



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS**

ANA PAULA CORREIA DE ALBUQUERQUE DA COSTA

**DIREITOS HUMANOS E VIDA EXTRAUTERINA:
Risco versus responsabilidade na manipulação de matéria biológica humana nos
tratamentos de reprodução medicamente assistida**

João Pessoa/PB

2016

ANA PAULA CORREIA DE ALBUQUERQUE DA COSTA

**DIREITOS HUMANOS E VIDA EXTRAUTERINA:
Risco *versus* responsabilidade na manipulação de matéria biológica humana nos
tratamentos de reprodução medicamente assistida**

Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba, como exigência à obtenção do grau de Doutor.

Orientador: Prof. Dr. Robson Antônio de Medeiros

Doutorado sanduíche pelo Programa Capes PDSE no Centro de Direito Biomédico da Universidade de Coimbra, com coorientação do Prof. Dr. André Gonçalo Dias Pereira.

Área de Concentração: Direitos Humanos e Desenvolvimento

Linha de Pesquisa: Inclusão Social, Proteção e Defesa dos Direitos Humanos

**João Pessoa/PB
2016**

Costa, Ana Paula Correia de Albuquerque da. C837d Direitos humanos e vida extrauterina: risco versus responsabilidade na manipulação de matéria biológica humana nos tratamentos de reprodução medicamente assistida / Ana Paula Correia de Albuquerque da Costa – João Pessoa, 2016. 254 f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas, 2016. Orientador (a): Prof. Dr. Robson Antônio de Medeiros. 1. Reprodução Humana Assistida. 2. Matéria Biológica Humana. 3. Direitos Humanos. 4. Risco. 5. Responsabilidade. I. Medeiros, Robson Antônio de. II. Título. BSCCJ/UFPB CDU – 342.7(043)

ANA PAULA CORREIA DE ALBUQUERQUE DA COSTA

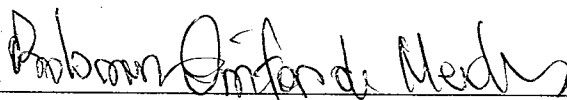
**DIREITOS HUMANOS E VIDA EXTRAUTERINA:
Risco *versus* responsabilidade na manipulação de matéria biológica humana nos
tratamentos de reprodução medicamente assistida**

Orientador: Prof. Dr. Robson Antão de
Medeiros

Área de Concentração: Direitos Humanos e
Desenvolvimento

Linha de Pesquisa: Inclusão Social,
Proteção e Defesa dos Direitos Humanos

BANCA EXAMINADORA

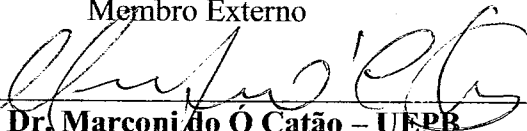


Prof. Dr. Robson Antão de Medeiros – UFPB

Orientador

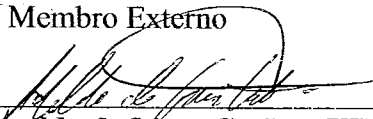
Prof Dr André Gonçalo Dias Pereira – FDUC

Membro Externo



Prof. Dr. Marconi do O Catão – UEPB

Membro Externo

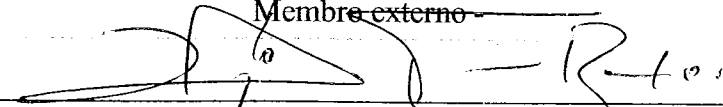


Prof. Dr. Adrualdo de Lima Catão – UFAL

Membro Externo

Prof. Dr. Francisco Ivo Dantas Cavalcanti - UFPE

Membro externo



Prof. Dr. Rodrigo Azevedo Toscano de Brito – UFPB

Membro Interno

João Pessoa/PB

2016

Àqueles que buscaram me ajudar, minha gratidão.

Aos que, imbuídos de egoísmo, só me trouxeram obstáculos, sou grata também, pois dificuldades são para serem vencidas. Na busca da perfeição, somos ora ditadores, ora democráticos. Contudo, agimos com a única preocupação de fazer desta vida algo inesquecível.

Dedico, de forma especial, ao meu tio, Clovis Correia

De Albuquerque (*in memoriam*) em quem encontrei exemplo e estímulo decisivos para iniciar a trajetória no

Direito, à minha mãe, Claudete, minha irmã, Maria Cláudia e meu pai, Paulo Braz, cujas presenças tanto motivam minhas conquistas.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente à Deus, minha fortaleza, e aos anjos, santos e bons irmãos de luz que ELE tem colocado no meu caminho, que andaram ao meu lado nos momentos de alegria e me “levaram em seus braços” nas horas de dificuldade, nas quais não conseguia caminhar sozinha.

Agradeço ao meu tio, Carlos Correia de Albuquerque, primeiro negro a ocupar o cargo de Secretário de Segurança do Estado de Pernambuco, cujo exemplo me inspira, pelo apoio e incentivo que sempre me deu.

Agradeço aos Professores Doutora Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer Feitosa, pelos ensinamentos para a academia e para a vida e pela confiança que tem depositado em mim e no meu trabalho; Doutor Fredys Orlando Sorto, cuja orientação e motivação foram imprescindíveis ao início da minha trajetória acadêmica, Doutor Luciano Mariz Maia, com quem iniciei os trabalhos de pesquisa e monitoria, e ao Desembargador Rogério de Meneses Fialho Moreira, cuja força e determinação sempre me serviram de exemplo, por sempre confiarem no meu potencial e nas minhas vitórias.

Agradeço ao Professor Doutor Robson Antão de Medeiros, meu orientador, pelo empenho com que me conduziu na elaboração deste estudo e pelas oportunidades que me foram oferecidas.

Agradeço ao Professor Doutor André Gonçalo Dias Pereira, meu orientador no Doutorado Sanduíche que realizei no Centro de Direito Biomédico da Universidade de Coimbra, cujas sugestões e ensinamentos foram fundamentais para a feitura da presente tese, pela gentileza com que conduziu minhas atividades em Portugal.

Agradeço ao *Institute Für Europäische Rechtswissenschaft*, nas pessoas do Professor Doutor Christian v. Bar e do amigo Doutor José Carlos Nóbrega, pela acolhida e pelo suporte que recebi durante o estágio de pesquisa realizado no instituto, onde coletei boa parte das referências utilizadas neste estudo.

Por fim, agradeço às minhas amigas e aos meus amigos, por compreenderem minhas ausências e estarem ao meu lado nos momentos de necessidade.

A todos, minha gratidão!

LISTA DE ABREVIATURAS

ADI – Ação Declaratória de Inconstitucionalidade
AHR – Assisted human reproduction
AIDS – Síndrome da imunodeficiência adquirida
ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária
BCTGs – Bancos de células e tecidos germinativos
CC – Código Civil
CF – Constituição Federal
CFM - Conselho Federal de Medicina
CNBS – Conselho Nacional de Biossegurança
CTNBio – Comissão Técnica Nacional de Biossegurança
DF – Distrito Federal
DIU – Dispositivo intrauterino
DNA – Ácido desoxirribonucleico
DNV – Declaração de nascido vivo
FIV – Fertilização *in vitro*
FIVETE – fertilização *in vitro* com transferência de embriões para o útero
GIFT – transferência intratubária de gametas
GIUT – transferência intrauterina de gametas
HFEA – *Human Fertilisation and Embryology Act*
HIV – Vírus da imunodeficiência humana
HLA – Antígeno leucocitário humano
IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
ICI – Inseminação intracevical
ICSI – injeção intracitoplasmática de espermatozoide
INC – Indicação
ITI – Inseminação intratubária
IUI – Inseminação intrauterina
MAPCs – Multipotent adult progenitor cells
MS – Ministério da Saúde
OGM – Organismo geneticamente modificado
OIT- Organização Internacional do Trabalho
ONU – Organização das Nações Unidas

PAISM – Programa de Assistência Integral à Saúde da Mulher

PL – Projeto de Lei

PMA – Procriação medicamente assistida

PNB – Política Nacional de Biossegurança

RA – Reprodução Assistida

REQ – Requerimento

Res. - Resolução

RIC – Requerimento de indicação

RHA – Reprodução Humana Assistida

SisEmbrio – Sistema Nacional de Produção de Embriões

STF – Supremo Tribunal Federal

StZG– Stammzellgesetz (German Stem Cell Act)

SUS – Sistema Único de Saúde

TGIVT – fertilização *in vitro* trigamética

TOST – Transferência de gametas por via transvaginal

UE– União Europeia

ZIFT – fertilização *in vitro* com transferência de zigoto

LISTA DE QUADROS

Quadro 01 – Projetos de lei e outras medidas normativas relacionados a utilização de técnicas de RHA	56
Quadro 02 – Resumo dos dados informados no SisEmbrio referentes a embriões congelados pelos BCTG segundo a Unidade Federativa (ano base: 2014)	89
Quadro 03 – Resumo dos dados informados no SisEmbrio referentes a embriões congelados pelos BCTG segundo a Unidade Federativa (ano base: 2015)	90
Quadro 04 – Números da RHA no Brasil em 2012	160
Quadro 05 – Números da RHA no Brasil em 2013	161
Quadro 06 – Números da RHA no Brasil em 2014	162
Quadro 07 – Números da RHA no Brasil em 2015	162

RESUMO

Os avanços da ciência e da tecnologia reprodutiva chegaram a patamares nunca antes imaginados. Com possibilidades reais de manipulação genética, gestação extrauterina e consequentes consequências econômicas que lhes são inerentes, há de se questionar os riscos envolvidos em procedimentos que surgiram outrora tão somente para auxiliar pessoas a realizarem o planejamento familiar. Além disto, estas tecnologias trouxeram ao mundo elementos cujos conceitos originariamente conhecidos pelo direito se apresentaram aparentemente como insuficientes para abarcar, que são os gametas e embriões *in vitro*, ainda carentes de normatização específica no Brasil. A partir da realidade que se anuncia, a presente tese tem o objetivo de resolver o seguinte problema: diante da ausência de lei a respeito no Brasil, como lidar com as repercussões éticas, jurídicas, econômicas e sociais acerca das técnicas de reprodução humana assistida, mais especificamente no que diz respeito ao uso de gametas e embriões humanos? Como conceitua-los e qual o respectivo estatuto a ser seguido? Pretendeu-se fazer uma análise crítica dos procedimentos de RHA a partir da Resolução nº 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina, sob a luz dos princípios de direito civil-constitucional. Para tanto, seguiu-se o método de abordagem dedutivo, partindo de um conjunto de ideias e normas relativas a institutos de direito civil para a análise de aspectos específicos relativos a tutela jurídica das técnicas de RHA, produção de gametas e embriões, chegando à conclusão seguindo uma ordem de raciocínio decrescente. No que diz respeito aos métodos de procedimento, conciliou-se o método histórico, em face do estudo da evolução do conceito e métodos de RHA e das normas jurídicas, notadamente de direito civil, pertinentes filiação e entidades familiares; o método interpretativo, a partir do aprofundamento da interpretação doutrinária dos conceitos citados anteriormente, associada às normas de direito público e privado aplicáveis à espécie, e o método comparativo, por meio de análise das normas aplicáveis na legislação estrangeira. Ao final, chegou-se à conclusão quanto a condição jurídica mais adequada aos gametas e embriões humanos, sendo estabelecidas diretrizes para uma tutela adequada, pautada em uma ética de responsabilidade.

Palavras-chave: reprodução humana assistida; matéria biológica humana; direitos humanos; risco; responsabilidade

ABSTRACT

Improvements in science and reproductive technology reached levels never before imagined. With real possibilities of genetic manipulation, extrauterine pregnancy and consequent economic fallout attached to them, It must be questioned the risks involved in procedures which emerged once just to help people achieve family planning. Moreover, these technologies have brought to the world elements whose concepts originally known by the law apparently presented as insufficient to cover, which are the gametes and embryos in vitro, still in need of specific regulation in Brazil. From the reality that is announced, the present thesis proposed to solve the following problem: in the absence of law about in Brazil, how to deal with ethical, legal, economic and social impact on the assisted human reproduction techniques, more specifically with regard to the use of gametes and embryos? How conceptualize them and what their Staff Regulations to be followed? In order to make a critical analysis of AHR procedures from the Resolution No. 2,121 / 2015 of the Federal Medical Council in the light of the principles of civil and constitutional law. To do so, it followed the deductive method of approach, starting from a set of ideas and rules relating to civil law institutes to analyze specific aspects of the legal protection of AHR techniques, production of gametes and embryos, concluding following a decreasing order of reasoning. In what regards the methods of procedure, reconciled to the historical method, in view of the concept of the evolution of the study and methods of AHR and legal standards, particularly of civil law, relevant affiliation and family entities; the interpretative method, from the deepening of doctrinal interpretation of the concepts mentioned above associated with the rules of public and private law applicable to the species, and the comparative method, through analysis of the rules applicable to foreign law. In the end, we came to the conclusion as to the most appropriate legal status to gametes and embryos, and established guidelines for proper protection, based on an ethic of responsibility.

Keywords: assisted human reproduction; human biological material; human rights; risk; responsibility

RESUMÉ

Les avancements de la science et de la technologie reproductive ont arrivée à niveaux jamais avant imaginée. Avec des possibilités réelles de la manipulation génétique, gestation extra-utérine e les conséquences économiques résultants, que les sont inhérentes, il à la question des risques encourus dans les procédures qui ont surgi autrefois si seulement pour aider les gens à atteindre la planification familiale. De plus, ces technologies ont porté éléments au monde des concepts connus à l'origine pour le droit, mais présenté comme insuffisant pour couvrir des définitions comme la des gamètes et les embryons in vitro, que encore besoin d'une réglementation spécifique au Brésil. De la réalité qui est annoncé , cette thèse se a proposé à résoudre le problème suivant : en l'absence de loi au sujet au Brésil , comme faire face aux conséquences éthiques, juridiques, économiques et impact social sur les techniques de procréation assistée , plus en particulier en ce qui concerne l'utilisation des gamètes et des embryons humaines? Comment les évaluer et quel est le statut à suivre ? Il est destiné à faire une analyse critique des techniques de PMA de la Résolution n ° 2.121 / 2015 du Conseil Fédéral de Médecine à la lumière des principes du droit civil et constitutionnel. Pour ce faire, il a suivi la méthode déductive d'approche, à partir d'un ensemble d'idées et de règles relatives aux instituts de droit civil pour analyser les aspects spécifiques de la protection juridique des techniques de PMA, la production de gamètes et d'embryons, arrivant à la conclusion par le raisonnement par ordre décroissant. En ce qui concerne aux méthodes de procédure, nous les conseillons avec la méthode historique, en face de l'étude de l'évolution du concept et les méthodes de PMA et des normes juridiques, notamment en droit civil, pertinentes à filiation et entités familiales ; la méthode interprétative, à partir de l'approfondissement de l'interprétation doctrinale des concepts mentionnés ci-dessus, accompagnée des règles de droit public et privé applicable à l'espèce, et la méthode comparative, à travers l'analyse des règles de droit étranger. Au final, nous sommes arrivés à conclusion sur la condition juridique le plus approprié pour les gamètes et les embryons, il est établi des lignes directrices pour une protection appropriée, fondée sur une éthique de la responsabilité.

Mots-clés : procréation médicalement assistée ; matériel biologique d'origine humaine ; droits de l'homme ; risque ; responsabilité.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	14
2. DIREITOS HUMANOS REPRODUTIVOS, PLANEJAMENTO FAMILIAR E LIBERDADE	21
2.1 LIBERDADES, CAPACIDADES E DESENVOLVIMENTO	23
2.1.1 O desenvolvimento como expansão das liberdades reais	23
2.1.2 Liberdades instrumentais e capacidades	25
2.2 ENTIDADES FAMILIARES NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	28
2.2.1 Família plural – art. 226 da Constituição Federal do Brasil	28
2.2.2 Planejamento familiar e RHA.....	31
2.3 LIBERDADES SUBSTANTIVAS E PLANEJAMENTO FAMILIAR – ENTRE REALIDADE E UTOPIA	39
2.3.1 Capacidades individuais e planejamento familiar	39
2.3.2 Liberdade, solidariedade e utopia	42
2.4 DIREITOS REPRODUTIVOS E REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA.....	45
2.4.1 Direito a reprodução	45
2.4.2 Direito a reprodução e filiação na RHA	48
3. REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E A FASE EMBRIONÁRIA DO DESENVOLVIMENTO HUMANO. DO EMBRIÃO <i>IN VIVO</i> E DO EMBRIÃO <i>IN VITRO</i>: ALGUMAS REFLEXÕES	54
3.1 DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA – ASPECTOS GERAIS	54
3.2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS: O DIREITO À VIDA E O EMBRIÃO EXCEDENTÁRIO	62
3.3 DO EMBRIÃO EXCEDENTÁRIO	73
3.4 DO EMBRIÃO <i>IN VIVO</i> E DO EMBRIÃO <i>IN VITRO</i>	82
3.5 EMBRIÃO EXCEDENTÁRIO PARA QUE?	88
4. HÁ MAIS ELEMENTOS ENTRE O CÉU E A TERRA DO QUE OS CONCEITOS TRADICIONAIS DE COISA E PESSOA PODEM ABARCAR: ANÁLISE DA CONDIÇÃO DOS GAMETAS E DO EMBRIÃO EXCEDENTÁRIO DE QUE TRATA O ART. 1597, IV, DO CÓDIGO CIVIL... 98	
4.1 A CONCEPÇÃO DE DIGNIDADE	99
4.2 SUJEITO DE DIREITOS: PESSOAS E ENTES DESPERSONALIZADOS	104
4.3 OBJETO DE DIREITO – ANÁLISE DO CONCEITO SE COISAS E BENS PARA VERIFICAR POSSÍVEL ADEQUAÇÃO DA CONDIÇÃO JURÍDICA DOS ELEMENTOS ORIGINÁRIOS DAS TÉCNICAS DE RHA	114
4.3.1 Objeto da relação jurídica – quem ou o que pode figurar no campo objetivo da relação	115
4.3.2 Coisas e Bens – do conceito de coisa ao conceito de bem jurídico civil, do elemento susceptível de direito de propriedade ao objeto digno de tutela	118
4.4 CONDIÇÃO JURÍDICA DO EMBRIÃO E DEMAIS CONCEITOS QUE EXSURGEM DA UTILIZAÇÃO DE TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA	122
5. ANÁLISE DAS TENDÊNCIAS DOUTRINÁRIAS E JURISPRUDENCIAIS ACERCA DO TRATAMENTO MAIS ADEQUADO A SER DISPENSADO AO EMBRIÃO <i>IN VITRO</i>	128
5.1 ANÁLISE DA DISCIPLINA JURÍDICA EM PAÍSES EUROPEUS	131
5.1.1 Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte	132
5.1.2 República Federal da Alemanha	137

5.1.3 República Francesa	142
5.1.4 República Italiana	145
5.2. REPÚBLICA PORTUGUESA	148
5.3 O ATUAL ESTADO DA ARTE NO BRASIL	158
5.4 A AÇÃO DECLARATÓRIA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 3510/2005 E O ESTATUTO JURÍDICO DO EMBRIÃO EXCEDENTÁRIO	173
6. DOS DESAFIOS PARA A BIOÉTICA: RISCO E RESPONSABILIDADE NA RHA	185
6.1 DO RISCO À RESPONSABILIDADE NA UTILIZAÇÃO DE TÉCNICAS DE RHA	186
6.2 RHA FACE AOS PRINCÍPIOS DA BIOÉTICA	201
6.3 RHA E MATÉRIA BIOLÓGICA HUMANA – DA COISIFICAÇÃO AO IMPERATIVO DO SER	214
CONSIDERAÇÕES FINAIS	226
REFERÊNCIAS	237
ANEXOS	247

1. INTRODUÇÃO

Entende-se por Reprodução Humana Assistida – RHA, o uso de meios artificiais para auxiliar no processo de procriação humana, mais especificamente a inseminação artificial e a fertilização *in vitro*. Estas técnicas implicam na coleta de gametas e eventual produção de embriões humanos para implanta-los no útero de uma mulher e dar início à gestação. Tratam-se de recursos que a medicina implementa para auxiliar no tratamento de infertilidade ou esterilidade. Desde o nascimento do primeiro bebê de proveta, Louise Brown, em 1978, diversos países passaram a discutir e legislar sobre a matéria. O Relatório Warnock, produzido em 1984 no Reino Unido, consubstanciou-se em documento de grande relevância para as relações que se seguiram.

Nesta seara, diversas nuances precisavam ser observadas: produção e destino dos embriões excedentários, pesquisas com células tronco embrionárias, clonagem, recolha e utilização de gametas, o debate acerca do início da vida e como isto afetaria o trato com embriões humanos. Ao mesmo tempo, não há como falar sobre o tratamento de RHA e a possibilidade de filiação dele decorrente sem fazer remissão ao planejamento familiar e a possibilidade da constituição de família ou aumento em decorrência da prole. Todavia, os altos custos envolvidos inviabilizam a utilização deste recurso por grande parte da população, principalmente em países ainda em vias de desenvolvimento, que é o que ocorre no Brasil.

O Brasil, aliás, ainda não dispõe de lei específica regulamentando a RHA, nem tão pouco um conceito jurídico estabelecido para a matéria biológica manipulada durante o tratamento, os gametas e embriões humanos. Muitos são os questionamentos que se levantam acerca do estatuto dos mesmos, se são coisa, bem jurídico, pessoa ou ente despersonalizado. Dependendo do conceito encontrado, ter-se-á desdobramentos diferenciados. Não obstante o primeiro bebê de proveta brasileiro ter nascido em 1984, portanto há mais de 30 (trinta) anos, o legislativo nacional ainda não logrou êxito em estabelecer uma disciplina jurídica para o recurso a estas técnicas e definição de um estatuto para gametas e embriões. Desde o ano de 1993, diversos projetos de lei foram apresentados na Câmara e no Senado, sem que nenhum tenha sido aprovado até o momento.

A falta de disciplina, entretanto, não impede o recurso às técnicas reprodutivas como tratamento para casos de infertilidade ou esterilidade, qualquer que seja a causa,

com números que crescem de maneira bem expressiva. Diante da ausência de lei específica, os profissionais da saúde seguem orientados pelas resoluções do Conselho Federal de Medicina, sendo atualmente regidos pela Resolução nº 2121/2015. Todavia, em que pese ser ato normativo em sentido amplo, não é lei geral e abstrata, com força vinculante perante toda a sociedade. As resoluções do CFM só vinculam os médicos e as clínicas, funcionando como uma orientação ética, cujo descumprimento é passível de punição pelos órgãos do Conselho. Mas isto não é suficiente diante do cenário que se revela.

Ocorre que a inexistência de lei que discipline a matéria possibilita a ocorrência de distorções no processo e o surgimento de questionamentos éticos e jurídicos cujas respostas ainda não se apresentam com clareza no cenário nacional. Hodiernamente, não há controle sobre a criação de embriões para o tratamento de fertilização *in vitro*, de modo que as clínicas fertilizam o máximo de óvulos que puder para, ao final, implantar apenas dois ou três dos embriões que resultarem do processo. Como consequência, gera-se um contingente vultoso de zigotos supranumerários que, já fora de um projeto de filiação, permanecem congelados e com destino incerto.

As possibilidades que se apresentam são, conforme resolução atual do Conselho Federal de Medicina, doação, pesquisa e descarte. A Lei Nacional de Biossegurança brasileira, Lei nº 11.105/2005, disciplina a possibilidade da realização de pesquisas com células tronco embrionárias. E é tudo o que existe em matéria de normatização no Brasil. Não há conceito jurídico definido, o que é fundamental para determinar quais institutos seriam aplicados. Do mesmo modo, não há previsão de tempo máximo de criopreservação¹, podendo permanecer congelados por mais de uma década sem que lhes seja dado um destino digno. Note-se que os custos de congelamento são altos, o que leva a questionar a provável existência de interesses econômicos na produção do excedente. A situação dos gametas não é diferente, também carecem de definição e disciplina específica.

Diante deste cenário, os objetivos da presente tese consistem em analisar a condição jurídica dos gametas e embriões excedentários e definir a tutela mais adequada, do ponto de vista do comportamento ético e conteúdo jurídico. Para tanto, é preciso verificar o contexto da utilização de técnicas de reprodução medicamente assistida, no intuito de compreender a produção de embriões humanos e verificar a

¹ Criopreservação é o processo através do qual gametas e embriões permanecem congelados em baixa temperatura aguardando eventual utilização ou, uma vez declarados inviáveis, o descarte.

necessidade de criação e destino do excedente, bem como as repercussões sociais e econômicas correlatas.

A análise parte da seguinte hipótese: a ausência de marco legal que discipline a procriação medicamente assistida no Brasil, assim como a indeterminação quanto à condição jurídica da matéria biológica humana manipulada estaria promovendo comportamento de risco, em desconformidade com uma ética de responsabilidade? O exercício do planejamento familiar, quando envolve o exercício de direitos reprodutivos positivos, pode demandar da realização de tratamento de reprodução humana assistida, conforme a condição pessoal do homem ou da mulher em questão.

Acredita-se que a inexistência de lei específica e de mecanismos de controle efetivo, no Brasil, estariam conduzindo a comportamentos de risco, mormente em relação a matéria biológica manipulada nas clínicas e hospitais, situação agravada pela falta de definição sobre o conceito jurídico de gametas e embriões e pelas incertezas em relação ao destino dos mesmos. Este estudo parte do pressuposto, e se pretende provar, que aqueles devem ostentar o *status* de bem jurídico civil, enquanto a estes merecem ser atribuída a condição de sujeito de direitos, ao mesmo tempo, verifica-se que, diante da inércia do legislador, os princípios da bioética podem oferecer a segurança necessária.

A pesquisa foi conduzida através de uma abordagem dedutiva, com métodos de procedimento histórico, no intuito de analisar as causas e motivos que levaram ao desenvolvimento das técnicas de RHA e a necessidade de coleta de gametas e produção de embriões, verificando as consequências humanas e econômicas que eclodem a partir das mesmas; comparativo, através do estudo de outros ordenamentos jurídicos para se chegar, ao final, ao caso brasileiro e determinar o que pode ser feito sobre a matéria no Brasil; e analítico, voltado para o pensamento crítico a respeito dos temas dispostos. As técnicas de pesquisa utilizadas foram a pesquisa bibliográfica, legislativa e jurisprudencial. O texto foi construído de forma a que o leitor compreenda as causas e efeitos da utilização de técnicas reprodutivas, verificando as repercussões humanas e econômicas envolvidas, estando dividido em introdução e mais 05 (cinco) capítulos.

Nas últimas décadas, os avanços da ciência e tecnologia têm colocado o homem e a mulher cada vez mais perto da possibilidade real de deter o total domínio da procriação humana. Parece que a expressão popular que diz que alguém está querendo “brincar de ser Deus” quando pretende fazer algo de extraordinário está se materializando no auxílio médico à procriação. Se os textos bíblicos dizem que “Deus” criou Adão do pó e Eva ao retirar uma costela de Adão, os cientistas lograram êxito em

conceber um embrião humano em laboratório, a partir de gametas dos seus respectivos genitores. Para a criação ser completa, falta “apenas” desenvolver a técnica de gestar o feto em ambiente laboratorial. As pesquisas neste sentido só não avançam mais por questões éticas, posto que já há registros de experimentos neste sentido com animais. Definitivamente, não se pode duvidar do engenho humano.

Todavia, como não poderia deixar de ser, estes fatos vieram acompanhados questionamentos acerca de novos direitos e prerrogativas, que possivelmente eclodiriam em conjunto. Primeiramente, questiona-se se as pessoas teriam direito a fazer uso dos tratamentos de reprodução assistida em busca da filiação, no exercício do planejamento familiar. Será que se pode falar em um direito humano à reprodução, e, em existindo, estaria o direito aos tratamentos de procriação medicamente assistida inserido neste contexto? E mais, diante dos preços elevados das técnicas disponíveis, ter-se-ia, de fato, acesso livre e universal?

Ademais, ao produzir embriões humanos em laboratório, tem-se outro questionamento jurídico que se considera fundamental: qual a condição jurídica do material manipulado? Até então, buscava-se, no Brasil, proteger os direitos das pessoas e garantir os direitos do nascituro desde a concepção. Ocorre que as normas foram pensadas em um momento em que não se falava em concepção *in vitro*, apesar do Código Civil Brasileiro ter sido promulgado em 2002, o projeto data de 1975, e o estatuto do embrião excedentário não foi considerado durante a votação, sendo o Código aprovado com uma referência ínfima, relativa à presunção de paternidade. Além disto, a inexistência de norma jurídica específica no país acarreta falta de controle com relação, entre outros aspectos, à produção de embriões supranumerários. São dezenas de milhares de embriões excedentes criados por ano, de modo que é preciso questionar se isto é realmente necessário.

Deste modo, as considerações que envolvem os primeiros capítulos do presente trabalho surgem, *a priori*, da necessidade de analisar a liberdade de exercício do planejamento familiar, notadamente quando se pretende exercer o direito humano à reprodução e é preciso recorrer às técnicas médicas de procriação, analisar a utilização dos tratamentos de reprodução humana assistida, a consequente produção do excedente e analisar as implicações jurídicas decorrentes.

O segundo capítulo, intitulado “Direitos humanos reprodutivos, planejamento familiar e liberdade”, a partir das teorias de Amartya Sen, Marta Nussbaun e Ernest Block, traz uma abordagem humana e econômica dos motivos que conduzem a

necessidade de recolha de gametas e criação de embriões. Analisa-se o instituto do planeamento familiar, verificando sua origem e capacidade real de exercício, diante de possíveis custos e dificuldades económicas em que vive grande parte da população. Mais do que isto, verificar-se-á se existe um direito humano à reprodução e como o tratamento de procriação medicamente assistida, com a consequente produção de embriões, estaria aí inserido.

O capítulo 3, “Reprodução humana assistida e a fase embrionária do desenvolvimento humano. Do embrião *in vivo* e do embrião *in vitro*: algumas reflexões”, dispõe, a partir da doutrina de Paulo Otero, Joaquim de Oliveira Ascensão, Jussara Meireles, Vera Lúcia Raposo, Ordás e Oduncu, sobre as técnicas médicas de auxílio a reprodução humana, verificando em que consistem, quem pode usar e em que situações. Verificar-se-á também a necessidade de produção embriões excedentários e o real significado de cada elemento que figura no processo de reprodução artificial, identificando os gametas e como são utilizados nas técnicas de reprodução e diferenciando os conceitos de embrião *in vitro* e embrião *in vivo*. Ao mesmo tempo, trará uma breve análise acerca das teorias que determinam o início da vida e verificará em que se aplicam aos elementos tratados neste estudo. Por fim, tecerá uma crítica sobre a necessidade de produção de embriões excedentes.

O quarto capítulo, “Há mais elementos entre o céu e a terra do que os conceitos tradicionais de coisa e pessoa podem abarcar: análise da condição dos gametas e do embrião excedentário de que trata o art. 1597, IV, do Código Civil”, com fulcro principalmente na doutrina francesa, portuguesa e brasileira, abordará o conceito de coisas, bens, pessoas e sujeito de direitos para analisar qual melhor se adequa aos gametas e embriões. A definição será construída com base na origem histórica dos termos e como são estabelecidos estes conceitos na doutrina estrangeira e também no ordenamento pátrio, para, então, tecer as orientações sem as quais não se poderia dar continuidade à tese que se apresenta.

Nos dois últimos capítulos, revelar-se-á o ponto central dos conceitos e institutos a que se propõe aqui analisar. Uma vez averiguados os problemas e estabelecidas as definições essenciais, partir-se-á em busca das soluções a que se propõe. Na primeira parte desta tese firmou-se a base técnica e conceitual para as construir os argumentos nos capítulos que seguem. Mais do que isto, chega-se a uma das principais considerações a que se propunha a proposta inicial, determinar a condição jurídica do embrião excedentário e demais substâncias originárias da manipulação de matéria

humana no uso de técnicas de RHA. Demonstrar-se-á que o embrião *in vitro*, uma vez que já ocorreu a concepção e existe, portanto, organismo vivo, ainda que não seja vida independente, com código genético próprio e diferente dos genitores, deve ter reconhecida a condição de sujeito de direitos, na categoria de ente despersonalizado.

Gametas masculino e feminino, assim como o pré-zigoto, a seu turno, ainda não tem código genético próprio, motivo pelo qual se entende que não deve ser considerada uma nova vida, mas constituem ainda partes destacadas do corpo dos respectivos dadores, motivo que impede o reconhecimento como sujeito de direitos. Todavia, são matéria humana e, como tal, inseridos no campo de proteção e respeito de que o ser humano é merecedor. Por este motivo, não lhes deve ser conferida a classificação de coisa comum, mas sim o *status* de bem jurídico, um bem a ser tutelado e, como se verá a seguir, digno de valor e não de preço.

Cientes das primeiras considerações, *mister* se faz agora determinar um estatuto ético a ser seguido, um modo de agir perante os embriões humanos e demais derivações biológicas que são manejados no recurso aos tratamentos de procriação medicamente assistida. Não se pretende ir de encontro aos avanços da ciência e tecnologia, mas, ao contrário, garantir que estes ocorram pautados em parâmetros éticos e jurídicos e, uma vez que se trata de organismos vivos e matéria humana, respeitando normas de caráter humanitário.

Assim, o capítulo 5, “Análise das tendências doutrinárias e jurisprudenciais acerca do tratamento mais adequado a ser dispensado ao embrião *in vitro*”, apresenta como o tema da reprodução humana assistida, produção e destino de gametas e embriões é regido em ordenamentos jurídicos estrangeiros, a partir da análise de instrumentos normativos e jurisprudenciais na Inglaterra, França, Alemanha e Itália, assim como em Portugal, neste último com maior aprofundamento doutrinário, posto que cenário de estágio doutoral realizado em 2015, e verifica o atual estado da arte em matéria de regulamentação da RHA no Brasil, onde problemas surgem diante da ausência de lei específica e dos conflitos conceituais. Por meio de análise legislativa e jurisprudencial, apresenta críticas aos conflitos éticos e normativos existentes, em especial no cenário brasileiro.

No sexto e último capítulo, cujo título é “Os Desafios para a Bioética: risco e responsabilidade na RHA” pretende-se, diante do cenário que se revela no quarto capítulo, fazer uma análise dos riscos que se apresentam relacionados ao processo, com base nas teorias de Ulrich Beck e de Nicklas Luhman, apresentar-se-á os problemas que

se visualizam com a falta de contornos que existe na atualidade, dentre os quais se podem citar a exploração econômica e os perigos que se anunciam para o patrimônio genético da humanidade, como a criação de seres híbridos, clonagem reprodutiva e gestação extracorpórea, procurando-se visualizar meios de se amenizar os riscos com base no princípio responsabilidade de Hans Jonas. Trará uma abordagem sobre os princípios da bioética que devem incidir sobre o uso da tecnologia de reprodução, ao mesmo tempo em que apresentará as reflexões finais sobre a condição dos gametas e também dos embriões humanos, determinando a tutela que se apresente como mais adequada e procurando compatibilizar interesses e preceitos éticos dos quais não se pode prescindir.

Ao final, não se verá mais uma proposta de estatuto, pois no universo de quase duas dezenas de Projetos de Lei apresentados ao Congresso brasileiro, entende-se que há propostas compatíveis com o que se defende neste estudo, mas se demonstrará os motivos pelos quais se acredita na necessidade de um estatuto e a importância de uma discussão pautada nos princípios da bioética, ao mesmo tempo em que se firmará conceitos, preceitos e prerrogativas tidos como essenciais.

2. DIREITOS HUMANOS REPRODUTIVOS, PLANEJAMENTO FAMILIAR E LIBERDADE

O ponto inicial deste capítulo está em compreender cidadania como conjunto de direitos e deveres, o qual vai muito além da redução “simplista” do conceito a direitos políticos, compreendendo também direitos civis e direitos sociais. Todavia, nem todo cidadão está na plenitude do exercício de seus direitos de cidadania, e isto acontece pelos mais diversos motivos, que se denominará aqui de incapacidades. Estas, dentre os mais variados motivos, podem decorrer de alguma limitação física, de doença mental ou, conforme a abordagem que iremos seguir, de privação de renda, que também limita o exercício de direitos, dentre os quais se destacam os direitos de liberdade.

Sen (2000, p. 17-18) analisa o desenvolvimento como expansão das capacidades humanas, na leitura deste autor, liberdades substantivas, cujo conceito será abordado mais adiante. Entende que a medida do desenvolvimento é a liberdade real, não apenas formal, mas também material, de satisfação de necessidades individuais, que orbitam em torno dos mais diversos fatos da vida: trabalho, estudo, saúde, lazer, constituição de família, entre outros. Mas o que interessa neste capítulo, em um primeiro momento, é analisar o livre exercício da capacidade de constituição da entidade familiar na perspectiva do desenvolvimento. Acredita-se, e pretende-se provar ao final, que a capacidade de exercício do planejamento familiar está intimamente relacionada com o conceito de liberdades substantivas trazido por Sen em sua obra.

Com efeito, a constituição de entidade familiar pode envolver muito mais do que apenas uma união de pessoas em um núcleo afetivo. Conforme será detalhado a seguir, as pessoas estão livres para escolher o modo de família que desejam constituir, desde que cumpridos os requisitos de publicidade, estabilidade e afetividade². O planejamento familiar não pode sofrer ingerência estatal, mas pode demandar de auxílio por parte do

² A Constituição Federal de 1988 consagrou o conceito de pluralidade das entidades familiares. Se outrora havia um *numerus clausus* fechado de núcleos socialmente aceitos e legitimados pelo ordenamento jurídico, revelando uma família patriarcal e com fulcro no casamento, nos dias atuais a entidade familiar é identificada quando supridos seus requisitos constitutivos: publicidade, que seja ostensiva aos olhos da sociedade; estabilidade, não há tempo firmado de comunhão de vida, mas é preciso que ela seja estável ou que se vislumbre a intensão de durabilidade; afetividade, afeto no sentido de dever jurídico consolidado, entre outros dispositivos, no artigo 229 da CF/88.

poder público, com fulcro no dever real de solidariedade, previsto na Constituição Federal de 1988³.

Ocorre que ao planejar a família, a pessoa ou o casal em questão pode inserir na mesma um projeto de filiação. Não obstante a procriação não figurar mais entre os objetivos ou entre as funções da família, é um modo de composição de entidade familiar. Sabe-se que, por diversos fatores, algumas pessoas ou casais não são capazes de desenvolver um projeto de filiação pelo modo natural. Para estes casos, a medicina já dispõe de métodos e técnicas de reprodução humana assistida (RHA), possibilitando a filiação artificial quando de outra forma ela não seja possível.

Todavia, o tratamento é demasiado caro⁴. Na realidade da grande maioria das famílias brasileiras, nem todos os candidatos a pais ou mães dispõem de numerário suficiente. Tem-se liberdade formal, mas esta pode não se revestir da capacidade correspondente, entendendo-se Capacidade no sentido de liberdade material, empoderamento. Se houver privação de renda, será necessário um conjunto de benefícios estatais. Se estes também não existirem, a liberdade substantiva certamente não irá prevalecer diante da necessidade.

Além disto, do exercício dos direitos reprodutivos, quando necessário a utilização de técnicas de reprodução medicamente assistida em busca da filiação, dependendo da necessidade da pessoa ou do casal, pode-se precisar recorrer à fertilização *in vitro*. Por este meio, óvulos femininos são fertilizados artificialmente e, uma vez ocorrida a concepção, tem-se a criação de embriões humanos. Estes nem sempre são utilizados em sua totalidade, gerando a formação de um contingente supranumerário, que deve permanecer criopreservado, a altos custos, até que seja determinada qual a destinação, e cujo estatuto ainda permanece indefinido no ordenamento jurídico brasileiro.

Pretende-se, neste primeiro momento, analisar, dentre os direitos de cidadania, a liberdade real de exercício do planejamento familiar na perspectiva do desenvolvimento; ao mesmo tempo, verificar-se-á como o direito humano à reprodução está inserido no contexto da RHA e da produção de embriões excedentários. Estaria o

³ Com o advento da CF/88, a solidariedade deixa de ser apenas uma virtude e aparece também como dever jurídico constitucional, conforme se extrai do texto do art. 3º, I:

“Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – construir uma sociedade livre, justa e **solidária**;

[...]”

(Grifos nossos)

⁴ Vide custos do tratamento no anexo B.

exercício do planejamento familiar relacionado com a perspectiva do desenvolvimento? A plenitude de exercício desta capacidade seria uma utopia? Qual a origem do planejamento familiar e quais as implicações humanas e econômicas que acompanham o exercício do direito humano à reprodução?

2.1 LIBERDADES, CAPACIDADES E DESENVOLVIMENTO

Na doutrina de Sen (2000, p. 17), o desenvolvimento pode ser visto como “expansão das liberdades reais que as pessoas desfrutam”. Segundo aduz o autor, este conceito entra em confronto com visões mais restritas do desenvolvimento, que o identificam, por exemplo, com o crescimento do produto interno bruto ou da renda *per capita* apenas. É certo que esses fatores são importantes para o país, mas isolados eles não bastam. Deve-se concordar com Sen quando ele conceitua o desenvolvimento como processo mais amplo, um processo em que todos tenham direito a desfrutar a plenitude de suas capacidades.

O entendimento de Sen (2000, p. 17) dialoga com o conceito de capacidades e incapacidades trazidos por Nussbaun em “Las Fronteras de la Justicia” (2012, p. 82-90). Ao mesmo tempo, esta visão do desenvolvimento se traduz no conceito de direito ao desenvolvimento defendido por Feitosa (2013, p. 174), vinculado ao campo dos direitos humanos.

2.1.1 O desenvolvimento como expansão das liberdades reais

A ideia defendida por Sen (2000, p. 18) e aqui adotada é a de que o desenvolvimento, para que seja usufruído em sua plenitude, requer que se removam as, nas palavras do autor, “principais fontes de privação de liberdade”. São elas: “pobreza e tirania, carência de oportunidades econômicas e destruição social sistemática, negligência dos serviços públicos e intolerância ou interferência excessiva de Estados opressivos” (SEN, 2000, p. 18).

Primeiramente, cumpre esclarecer a ideia de liberdade substantiva. Conforme entendem Costa e Santiago (2014, p. 4), a liberdade pode ser compreendida a partir de mais de uma faceta. Pode-se ter a liberdade = possibilidade/possibilidade, autorização, que é a liberdade formal, perante a lei, no sentido de não ser proibido, mas o simples fato de ser permitido não capacita necessariamente o indivíduo a realizar o

ato. A capacidade de fazer – não no sentido de capacidade jurídica, mas de ter possibilidades substanciais – é a segunda face da liberdade, ou seja, a liberdade real, de fato, substantiva e substancial, sobre a qual se referiu logo acima.

Segundo afirma Nussbaum (2012, p. 85), precisa-se saber se as pessoas estão realmente satisfeitas com a situação em que vivem e em face das escolhas que têm sido livremente feitas. Segundo a autora, “as pessoas ajustam suas preferências ao que pensam que podem conseguir e também ao que sua sociedade diz ser uma meta adequada para alguém como elas”⁵. Pessoas menos favorecidas, que se encontram em situação de incapacidades, teriam “preferências adaptativas”, cujas escolhas são regidas pelas condições – injustas – em que vivem (NUSSBAUM, 2012, p. 85). Com efeito, preferências adaptativas não podem significar liberdade de escolha. Por tudo que se tem dito, entende-se liberdade como o livre desenvolvimento dos modos de ser da pessoa. Salvo restrições legais em prol do bem comum, não deve sofrer qualquer direcionamento, sob pena de cerceamento de direitos.

Ao mesmo tempo, deve-se concordar com Sen (2000, p. 17) quando este identifica o desenvolvimento como expansão das liberdades, sendo esta, inclusive uma forma de avaliação daquele, visto que está visivelmente relacionado com o processo de expansão das liberdades. Desta forma, o desenvolvimento não deve ser confundido com crescimento econômico, aumento da renda *per capita* ou incremento tecnológico. Mais do que isto, só é alcançado em sua plenitude quando as pessoas são livres para suprir suas necessidades. Diz-se liberdade no sentido de ter o poder de fazer segundo suas reais convicções, de empoderamento⁶.

Ademais, também se concorda com Sen (2000, p. 18) quando ele afirma que as liberdades individuais se revelam também razão de eficácia do desenvolvimento, posto que, nas palavras do autor, “a realização do desenvolvimento depende da livre condição de agente das pessoas”. Mais adiante, o autor traz a importante constatação de que a liberdade de agir das pessoas depende de uma série de fatores externos, que têm o poder de ampliá-la ou restringi-la:

A ligação entre liberdade individual e realização do desenvolvimento social vai muito além da relação constitutiva – por mais importante que ela seja. O que as pessoas conseguem positivamente realizar é influenciado por oportunidades econômicas, liberdades políticas, poderes sociais e por

⁵ Texto Tradução nossa do do espanhol: “Las personas ajustan sus preferencias a lo que piensan que pueden conseguir, y también a lo que la sociedad disse que es una meta adecuada para alguien como ellos”.

⁶ Visto a partir da leitura de Amartya Sen sobre capacidades e *entitlements* (1982).

condições habilitadoras como boa saúde, educação básica e incentivo e aperfeiçoamento de iniciativas. (SEN, 2000, p. 19)

É importante perceber que a liberdade é fim e meio para o desenvolvimento. O objetivo que se procura alcançar é que todos tenham livre acesso ao desenvolvimento, mas para que se possa chegar até ele a liberdade também é instrumental. Neste sentido, o autor é preciso ao afirmar que:

Essas liberdades substantivas (ou seja, a liberdade de participação política ou a oportunidade de receber educação básica ou assistência médica) estão entre os componentes constitutivos do desenvolvimento. Sua relevância para o desenvolvimento não tem de ser estabelecida *a posteriori*, com base em sua contribuição indireta para o crescimento do PNB ou promoção da industrialização. O fato é que essas liberdades e direitos também contribuem muito eficazmente para o progresso econômico. (SEN, 2000, p. 19-20)

Assim, reconhece-se que existem também liberdades instrumentais que facilitam o processo de capacitação dos indivíduos. Conforme leciona o doutrinador em estudo, “as liberdades não são apenas os fins primordiais para o desenvolvimento, mas também os seus meios principais” (SEN, 2000, p. 25). As liberdades meio ou instrumentais tem o condão de capacitar o indivíduo para agir conforme suas necessidades, investindo-se na expressão do termo liberdade em toda sua amplitude.

2.1.2 Liberdades instrumentais e capacidades

Como já dito, as liberdades não são apenas fins, mas também meios para o desenvolvimento. Nesta perspectiva, Sen (2000, p. 25) aponta cinco tipos distintos de liberdades-meio, liberdades instrumentais, cuja percepção é indispensável para que o indivíduo esteja capacitado a suprir as respectivas necessidades, são elas: liberdades políticas; facilidades econômicas; oportunidades sociais; garantias de transparência e segurança protetora.

Liberdades políticas se revelam notoriamente na forma de liberdade de expressão e de eleições livres. Facilitam a atuação política do indivíduo e possibilitam meios de controle e cobrança dos gestores. Referem-se às oportunidades que cada um tem de decidir quem deve governar e quais princípios devem reger este governo. Abrangem também a possibilidade de vigiar e criticar as autoridades, como forma de controle da gestão, que deve ser conduzida de acordo com os princípios escolhidos pelo povo e expressos no texto constitucional do país, a oportunidade de gozar da liberdade de expressão política e de uma imprensa sem censura prévia, de liberdade de escolher

entre diferentes partidos políticos, entre outros. Este tipo de liberdade instrumental compreende, pois, a democracia em seu sentido mais amplo, abrangendo diálogo nas esferas políticas e participação no processo de escolha das lideranças e gestores.

Facilidades econômicas são, de maneira geral, as oportunidades de participar no comércio e na produção. Dizem respeito às capacidades que os indivíduos dispõem para utilizar recursos econômicos para produção, consumo ou troca. As capacidades econômicas que uma pessoa possui dependem inicialmente dos recursos que dispõe, mas também de outras condições externas, tais como condições de troca e preços. Na perspectiva do desenvolvimento aqui adotada, na medida em que o processo de desenvolvimento de um país avança, com aumento de riqueza e renda, este deve refletir no crescimento das capacidades ou liberdades econômicas daqueles que nele habitam.

Oportunidades sociais se apresentam na forma de serviços disponibilizados à população pelo poder público, como educação, saúde, lazer, entre outros, como forma de possibilitar que todos vivam melhor. Estes serviços são essenciais, tanto para conduzir a vida privada, por meios de serviços de saúde e lazer, por exemplo, garantindo uma boa qualidade de vida aos indivíduos, como também para garantir uma real e maior participação popular nas atividades econômicas e na vida política, através de instrução e informação as pessoas estarão mais conscientes de seus direitos, deveres e modos de participação social.

As garantias de transparência dizem respeito às necessidades de abertura que as pessoas podem esperar. Clareza, esclarecimento, informações acerca dos processos políticos e sociais. Tais garantias são importantes no combate à corrupção e à gestão irresponsável por parte das lideranças políticas.

Por fim, segurança protetora, que nada mais é do que proteger as pessoas da miséria. Por melhor que funcione um sistema econômico, ou por mais rico que seja o Estado, alguns, ou muitos indivíduos podem estar sucumbindo à beira da miséria, necessitando de auxílios para prover o que há de mais básico para subsistência. A segurança protetora é justamente o sistema de proteção econômica para aqueles que dela necessitam, materializando-se, principalmente, em serviços de previdência e assistência social, seguro desemprego, e outras tantas formas de suplementar a renda das pessoas que não a obtêm de modo suficiente através das facilidades econômicas, a segunda das liberdades instrumentais supracitadas.

Estas liberdades reforçam a capacidade das pessoas, devendo-se observar também a íntima relação que existem entre elas, estando interligadas de maneira que

uma facilita ou possibilita a outra. As liberdades políticas são importantes para que se cobre das autoridades a execução de oportunidades sociais. Ao mesmo tempo, sem serviço de educação, que faz parte desta última categoria de liberdade instrumental, as pessoas não terão instrução suficiente para exercício das primeiras. Do mesmo modo, as garantias de transparência são extremamente importantes para o exercício das liberdades políticas. Se homens e mulheres estiverem fora do processo de facilidades econômicas, precisarão estar inseridas na segurança protetora para garantir o mínimo necessário para a subsistência. São, portanto, instrumentos intimamente relacionados, há uma relação empírica entre eles.

Pode-se observar, então, que o reforço da liberdade humana é o objetivo e o principal meio do desenvolvimento: capacidades individuais dependem intimamente de dispositivos políticos, econômicos e sociais; liberdades instrumentais facilitam o processo de capacitação do indivíduo. Por meio delas, as pessoas podem efetivamente realizar aquilo que desejam, são instrumento ou meio para satisfação de necessidades e imprescindíveis para o efetivo gozo da liberdade.

Neste sentido, concorda-se com Sen (2000, p. 94-95) quando ele declara que dos muitos modos de avaliar o desenvolvimento, o mais apropriado é o das liberdades substantivas ou capacidades de escolher a vida que se tem para valorizar. Do mesmo modo, assim como o autor, entende-se que pobreza deve ser vista como privação de capacidades. É certo que a pobreza pode estar, e quase sempre estará, ligada à privação de renda, mas, ainda que o indivíduo disponha de facilidades econômicas e tenha renda, pode não conseguir desenvolver suas capacidades devido a outras carências e fatores pessoais.

Deste modo, diante da privação de renda, é necessário que se utilize de outras liberdades substantivas, tais como previdência, com a percepção de pensão, aposentadoria ou outros benefícios, e oportunidades sociais, por meio de serviços prestados pelo poder público à comunidade, como atividades ligadas a saúde e educação públicas e gratuitas, para realização de suas necessidades. Dentre estas necessidades, encontra-se, conforme a escolha pessoal⁷, aquela de constituir uma entidade familiar e,

⁷ Como se verá a seguir, a Constituição brasileira de 1988 consagrou o princípio na liberdade na composição da entidade familiar, de modo que é possível se reconhecer o status de família a uma pluralidade de arranjos familiares, desde que observados os princípios da publicidade, afetividade e estabilidade. A família pode ser constituída, então, da maneira que melhor supra as necessidades existenciais de seus membros, podendo assumir a forma de família heteroafetiva, com e sem filhos, família homoafetiva com e sem filhos, família monoparental, entre outros, sendo direito à procriação exercido conforme planejamento familiar das pessoas que compõem o núcleo familiar.

conforme o modo de família que se escolher, exercer o direito à reprodução em busca de filiação⁸.

2.2 ENTIDADES FAMILIARES NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A instituição família vem passando por mudanças, tanto na sua função quanto na sua concepção. Lôbo (2011, p.17), ao falar sobre a repersonalização e a constitucionalização da família brasileira corrobora com este posicionamento alegando que “a família sofreu profundas mudanças de função, natureza, composição e, conseqüentemente, de concepção, sobretudo após o advento do Estado social, ao longo do século XX”. O modelo de família patriarcal, adotado pela sociedade brasileira desde os tempos do Brasil Colônia, entrou em crise, culminando sua derrocada, no plano jurídico, pelos valores introduzidos pela Constituição Federal de 1988 (LÔBO, 2011, p.17). O paradigma atual sob o qual se ergue a matriz familiar é a afetividade.

2.2.1 Família Plural – art. 226 da Constituição Federal do Brasil

Apesar de, lamentavelmente, o Código Civil de 2002 não ser eficiente para recepcionar este novo perfil da entidade familiar, baseado mais no afeto, no amor e na dignidade do que em convenções sociais, a CF/88, em seu art. 226, traz em seu *caput* o mandamento de proteção à família, como base da sociedade. A doutrina de direito civil constitucional entende que os tipos familiares contidos nos parágrafos do artigo supracitado constituem um rol meramente exemplificativo. “As demais entidades familiares são tipos implícitos incluídos no âmbito de abrangência do conceito amplo e indeterminado de família indicado no *caput*” (LÔBO, 2011, p.83).

⁸ Interessante trazer a abordagem proposta pela teoria malthusiana sobre pobreza e crescimento populacional. Thomas Robert Malthus (1798, p. 6 e ss.) após estudos realizados, desenvolveu teoria demonstrando que a produção mundial de alimentos não acompanhava o crescimento populacional, o que levaria à pobreza e escassez de recursos. Nesta perspectiva, pode-se dizer que a privação de renda estaria relacionada também com o número elevado de filhos por núcleo familiar. Com efeito, segundo os dados do PNAD, a taxa de natalidade é mais alta nas regiões mais carentes do país. Claro que o elevado número de nascimentos não é, necessariamente, o principal fator gerador de pobreza, mas pode ser apontado como consequência da carência de recursos materiais em que vive grande parte da população, em especial no norte e nordeste do Brasil. Nas localidades de menor renda per capita, a carência de recursos para planejamento familiar e controle da natalidade se acentua, sendo ainda mais necessário a atuação de poder público por meio de políticas e programas de saúde da família. Para além da distribuição de remédios e acompanhamento médico, é necessário também ações de informação e educação.

Em virtude de uma análise sistemática das normas e princípios contidos na Constituição, sobretudo com fulcro na dignidade, conforme regra do art. 1º, e solidariedade, art. 3º, deve-se superar o *numerus clausus* das entidades familiares contidas no art. 226 e considerar o elenco exemplificativo, posto que traz os tipos mais comuns. Uma interpretação restritiva do art. 226 da CF/88, segundo Barboza (2008, p. 323), “não se harmoniza com os demais princípios constitucionais, na medida em que conduz a uma criação de famílias de ‘segunda classe’, de todo incompatíveis com o princípio da dignidade da pessoa humana, estrutural do sistema”.

Dados do IBGE também tem revelado um novo perfil das entidades familiares, demonstrando que os laços de afeto têm superado os laços de sangue, como a família monoparental, famílias recompostas e família homoafetiva. Neste contexto, a biotecnologia tem contribuído com a nova composição familiar. Técnicas de RHA tem possibilitado uma nova forma de filiação e, conseqüentemente, novos modos de composição familiar para pessoas e casais que outrora, por motivos médicos ou sociais, não poderiam alcançar. Segundo Gama (2003, p. 640), “opera-se, na contemporaneidade, a medicalização da procriação, ou seja, o crescente domínio que a medicina vem adquirindo no campo da reprodução humana [...]”.

De fato, as técnicas de RHA têm possibilitado uma nova forma de filiação e, conseqüentemente, novos modos de composição familiar para pessoas e casais que outrora, por motivos médicos ou sociais, não poderiam alcançar. Todavia, ao mesmo tempo, tem suscitado uma série de questionamentos que urgem por respostas no plano jurídico. A filiação artificial se revela uma realidade cada vez mais frequente e, carente ainda de base legal, há uma série de conflitos éticos e jurídicos que restam ainda sem resposta. Do conjunto de conflitos existentes, o que se pretende analisar com mais afinco é o papel da RHA na composição do núcleo familiar, como expressão do direito à filiação, e a liberdade de uso por parte dos indivíduos em geral.

Convém, inicialmente, analisar brevemente a evolução das entidades familiares e os princípios que regem a família moderna. Villela (1980, p.10) faz uma abordagem acerca da relação entre liberdade e família. Parte do pressuposto que a relação entre os dois fenômenos é ambígua, vez que declara que um se apresenta como limite e promoção do outro. A partir daí, analisa a evolução da família e a inserção e ampliação do conceito de liberdade como pressuposto para realização felicidade. Inicialmente, expõe que as relações entre família e liberdade possuem natureza ambivalente, afirmando que “a família cerceia a liberdade, ao mesmo tempo que a realiza sob outra

forma” (VILLELA, 1980, p. 10). Com efeito, ao mesmo tempo em que a constituição da família impõe certos deveres ao indivíduo, proporciona realização de direitos e liberdades, promove realização e crescimento pessoal. Gera obrigações, mas não prende, não escraviza.

Interessante a análise que Villela (1980, p. 10) traz, em texto sobre liberdade e família, da evolução desta até chegar ao panorama de liberdade proposto para a época. Em linhas gerais, parte da família tradicionalmente composta por pai, mãe e filhos, leia-se filhos “matrimoniais”, com base no casamento e nos vínculos formais, para o conceito de família atual, pautado na liberdade e na socioafetividade.

Parafraseando Sen (2000), poder-se-ia falar na família como liberdade. A instituição do casamento ganha novos contornos, com vistas à liberdade e realização pessoal. O casamento, como instituição familiar, deve servir para a realização individual, e não o contrário. A partir do momento em que não se esteja na plenitude de realização no seio matrimonial, devem os cônjuges se verem livres para buscar cada um o caminho que mais o satisfaça enquanto pessoa.

Hodiernamente, a família não apresenta outra função que não a afetiva, de realização pessoal e existencial, espaço de consecução das dignidades humanas das pessoas. A liberdade se revela também na composição do núcleo familiar, de modo que é aberta a opção de ter filhos ou não e também os modos pelos quais se pretende tê-los, se através da filiação natural, artificial ou adotiva.

Papel fundamental teve a Constituição Federal de 1988. A Carta constitucional não fechou os olhos aos clamores sociais, reconheceu a evolução nos modos de composição do núcleo familiar a partir das novas, talvez antigas, mas agora reconhecidas, necessidades de realização individual. A partir de parâmetros pautados na liberdade e dignidade, o desenho familiar, nas palavras de Fachin, “não tem mais uma única configuração. A família se torna **plural**” (FACHIN, 2010, p. 339) (Grifos nossos).

No mesmo norte, entendem Guedes, Sousa, Costa e Medeiros (2014, p. 509), afirmando que a Constituição Federal (CF) de 1988 representa grande marco para o Direito de Família, uma vez que, partir de sua edição, ampliou-se o conceito de entidade familiar, que não mais se identifica exclusivamente pela celebração do matrimônio; a família monoparental, a união estável heterossexual e a união homoafetiva aparecem, segundo os autores, como reflexos deste novo modelo.

Lôbo (2011, p. 57-75), ao falar sobre os princípios que regem o direito de família, dispõe, em linhas gerais, que aqueles refletem a nova percepção deste instituto, com fundamento no afeto e na realização pessoal. Com base no princípio da igualdade, não se fala mais em sujeição ou posições hierárquicas na família, a função econômica e procriativa cedeu lugar ao afeto e mesmo a filiação não tem mais como fundamento os laços de consanguinidade e sim os de afeição. Os princípios consubstanciados na CF/88, notadamente, mas não exclusivamente, nos arts. 226 e 227 da Carta Magna, devem, pois, servir de marco normativo na regência da família brasileira contemporânea. Em linhas gerais, o conceito se desvincula daquela figura tradicional composta pelos pais e filhos biológicos e passa para formas mais amplas de aceitação, nas quais pode estar inserido um projeto artificial de filiação, pelos mais variados motivos, conforme será analisado a seguir.

2.2.2 Planejamento familiar e RHA

Já se destacou aqui o conceito de família plural, consagrado no art. 226 da Constituição Federal de 1988. Pode-se concluir preliminarmente que não há fórmulas ou modelos pré-determinados de entidades familiares, mas as pessoas estão livres para escolher o modo de agrupamento familiar que melhor satisfaça as suas necessidades existenciais. Conforme se extrai do § 7º do artigo supracitado, a decisão ou o planejamento é de livre escolha do casal ou indivíduo, não podendo haver direcionamento do poder público, mas este tem o dever garantir a efetivação deste direito.

Portando, planejamento familiar foi outorgado na Carta Magna brasileira de 1988, no §7º do artigo 226, que diz que “fundado nos princípios da dignidade humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é de livre decisão do casal [...]”, e regulamentado no Código Civil de 2002, ao abrir o Capítulo IX, que trata da eficácia do casamento, no art. 1565, §2º⁹, onde também se lê que o planejamento familiar é de livre decisão do casal. Pelos dispositivos, conclui-se, com Madaleno (2009, p. 62-63), que o

⁹ Art. 1.565. Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família.

§ 1º Qualquer dos nubentes, querendo, poderá acrescentar ao seu o sobrenome do outro.

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

casal tem liberdade na formação de sua família, restringindo-se intervenções indevidas do poder Público.

Muito embora Diniz (2012, p. 171) afirme que o objetivo do planejamento familiar é garantir o conjunto de ações para regular a fecundidade do homem, da mulher ou do casal, de modo que estes possam constituir, limitar ou ampliar a prole, mister concordar com Lepargneur (1999, p. 115) ao entendê-lo como uma acepção bem mais ampla que mero controle de natalidade, e sua natureza, que compreende dimensões bioética, social, cultural e também religiosa, pressupõe liberdade na constituição da entidade familiar, sem qualquer obstáculo no exercício da procriação, apesar das dificuldades eventualmente impostas na vida cotidiana.

O instituto em comento surge no cenário brasileiro visivelmente com o único objetivo de promover o controle de natalidade, ainda que eventualmente pudesse ser visto a partir de fundamentos distintos¹⁰. Neste sentido, Santos e Freitas (2011, p. 3) afirmam que o planejamento familiar foi construído historicamente como um conjunto de métodos voltado ao controle dos números da prole pelas famílias. Segundo Coelho, Lucena e Silva (2000, p. 37), no início do século XX, eclodiram, na Europa e nos Estados Unidos, movimentos que relacionavam a pobreza com o crescimento populacional, tomando por base a teoria sobre o crescimento populacional de Malthus. Esta consiste em declarar que a população cresce em proporção geométrica, enquanto a produção de alimentos cresce em proporção aritmética; ao final, chegará ao tempo em que os itens de subsistência não serão suficientes para a demanda¹¹. Os adeptos da teoria malthusiana, ademais, alertam que as sociedades mais pobres possuem elevadas taxas de natalidade e densidade demográfica, o que reforça o entendimento por eles defendido.

Neves (1993, p. 231) pontua que a obra de Malthus pode ser resumida em três ideias elementares: verifica-se que há instintos reprodutivos que promovem o crescimento da população em progressão geométrica; presença de dois tipos naturais de

¹⁰ Pode-se apontar como fundamentos o controle demográfico como forma de combate à pobreza, bem como anseios de emancipação propostos pela teoria feminista, desvencilhando-se da prole, a mulher estaria livre dos afazeres domésticos, o que viabilizaria ocupar postos no mercado de trabalho e maior autonomia.

¹¹ “Taking the population of the world at any number, a thousand millions, for instance, the human species would increase in the ratio of -- 1, 2, 4, 8, 16, 32, 64, 128, 256, 512, etc. and subsistence as -- 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, etc. In two centuries and a quarter, the population would be to the means of subsistence as 512 to 10: in three centuries as 4096 to 13, and in two thousand years the difference would be almost incalculable, though the produce in that time would have increased to an immense extent” (MALTHUS, 1798, p. 08)

contenção a estas tendências – positivas, que aumentam a taxa de mortalidade, como a fome, a guerra e as doenças, e negativas, que diminuem a taxa de natalidade; crescimento da produção de alimentos em progressão aritmética, o que por si só já configura uma restrição. A teoria de Malthus não ficou isenta de críticas, posto que carecia de dados empíricos de demonstração (NEVES, 1993, p. 237-242). Ao analisar a teoria de Malthus, Galor e Weil (2000, p. 807-808; 824-825) também ressaltam que as localidades mais pobres são as que apresentam maior crescimento populacional, ao mesmo tempo em que alertam para outra nuance relacionada, os custos para criar e educar os filhos. Apesar das críticas quanto a pouca cientificidade da teoria, no pós II Guerra, com a explosão demográfica e crise na produção de alimentos, os neomalthusianos lideraram movimentos de controle de natalidade sob a roupagem do que foi concebido como planejamento familiar.

No caso brasileiro, historicamente se incentivou a natalidade; o modo de produção imposto pela colonização e durante muito tempo vigente no país, notadamente no Brasil rural, demandava famílias numerosas. Os filhos ajudariam no trabalho da lavoura e também garantiriam o sustento dos pais na velhice, exercendo o que se poderia chamar de função previdenciária. Do mesmo modo, a Igreja Católica, sempre muito presente na condução da família brasileira, condicionava a filiação ao sacramento do casamento, segundo os dogmas da religião, a conjunção carnal só se justifica com fins de procriação, sendo os métodos contraceptivos considerados atos pecaminosos.

A partir dos anos 60 este cenário começou a mudar; Coelho, Lucena e Silva (2000, p. 39-40) afirmam que, naquele momento, o imperialismo norte americano começou a pressionar o Brasil para que o país exercesse um controle demográfico. Neste momento, entram no país organismos que promovem ações voltadas para a contracepção. Os remédios anticoncepcionais entram no mercado brasileiro e as mulheres conseguem dissociar a sexualidade da procriação de maneira mais efetiva, ainda que, neste primeiro momento, sem assistência médica adequada.

Ao mesmo tempo em que eclodiam as teorias de controle demográfico, também ganhava corpo o clamor de controle de natalidade por parte do movimento feminista. Também no início do século XX, Margareth Singer nos Estados Unidos e Marie Stopes na Inglaterra, lideraram movimentos de controle de natalidade com fundamento na luta pelos direitos de cidadania das mulheres. Seja por razões sociais, econômicas ou de saúde, acreditava-se que o controle da natalidade possibilitaria que a mulher saísse da posição de dona do lar para ocupar sua função no mercado de trabalho em posição de

igualdade com o universo masculino. Segundo Avila (1992), as pretensões de controle de natalidade adotaram como justificativa três orientações doutrinárias: a que tomava por base as teorias feministas, que traziam a contracepção como direito fundamental da mulher; dos adeptos à teoria malthusiana, para quem controlar a natalidade seria uma forma de combater a pobreza; e, por fim, uma teoria defendida segundo fundamentação eugenista de melhoramento genético.

Nos anos 70, o movimento feminista no Brasil passa a defender a regulação da fecundidade como direito de cidadania (COELHO, LUCENA e SILVA, 2000, p. 40). Em 1983, esta reivindicação foi finalmente atendida, com a criação do Programa de Assistência Integral à Saúde da Mulher – PAISM, que tinha como uma das modalidades de atenção uma ação denominada de planejamento familiar. Tratava-se, pois, de ação de saúde básica, desenvolvida pelos profissionais de saúde da família nas unidades básicas de saúde, voltado ao controle da natalidade e difusão de métodos contraceptivos. O planejamento familiar foi, então, inserido na CF/88 como modalidade de atenção à saúde da família, sob a luz da liberdade de promover a concepção e contracepção, e regulamentado pela Lei 9.263/96.

O critério econômico tem sido bastante utilizado para esta aferição, Santos e Freitas (2011, p. 1815) afirmam que desde seu surgimento até os dias atuais, o planejamento está restrito à filiação. Significa programar ter filhos ou não, quantos ter e quando tê-los. Todavia, entende-se pertinente a observação dos autores supracitados no sentido de que há mais a planejar, citando questões relacionadas a saúde, orçamento, educação e, questão aqui considerada primordial, a afetividade.

Cumprе ressaltar ainda o posicionamento do Ministério da Saúde (2002, p. 7) no sentido de que o planejamento familiar deve ser tratado no contexto dos direitos reprodutivos, garantindo a homens e mulheres um direito básico de cidadania previsto na Carta Maior do Brasil, nomeadamente o direito à filiação. Importante salientar ainda, acompanhando o posicionamento da Secretaria de Políticas da Saúde no Brasil, que “o planejamento familiar, com conhecimento dos métodos e livre escolha, é uma das ações da Política de Assistência Integral à Saúde da Mulher preconizada pelo Ministério da Saúde, desde 1984” (BRASIL, 2002, p. 7), mas, a partir dos paradigmas que atualmente regem as entidades familiares, a assistência integral deve ser direcionada à família como um todo, atendendo tanto homens como mulheres, com programas de educação, tratamento clínico e distribuição de medicamentos, entre outras ações de atenção que eventualmente sejam necessárias.

É certo que o instituto do planejamento familiar tem sua origem ligada ao controle da natalidade. Todavia, norteados pelos princípios que regem hodiernamente o direito de família, dos quais cita-se os princípios da afetividade, liberdade e dignidade, mais do que controle de natalidade, o planejamento familiar deve significar viabilizar a família que se pretende ter, quer as pretensões se revelem no desejo de ampliar, quer no de restringir a prole. Deve-se, pois, defender uma ressignificação do conceito de planejamento familiar para que ele passe a representar o direito de constituir a família que se pretende ter e pelo modo que se deseja, um conceito muito mais amplo do que o mero controle de natalidade que marcou a origem da expressão no cenário nacional e internacional. Obviamente, sua realização não pode prescindir de práticas de atenção à saúde. Neste sentido, cumpre ressaltar que hoje já não é mais possível discutir planejamento familiar sem pontuar a questão das tecnologias reprodutivas e suas possíveis consequências.

Segundo a Lei nº 9.263/96, que versa sobre o planejamento familiar:

Art. 1º O planejamento familiar é direito de todo cidadão, observado o disposto nesta Lei.

Art. 2º Para fins desta Lei, **entende-se planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal.**

Parágrafo único - É proibida a utilização das ações a que se refere o *caput* para qualquer tipo de controle demográfico.

Art. 3º O planejamento familiar é parte integrante do conjunto de ações de atenção à mulher, ao homem ou ao casal, dentro de uma visão de atendimento global e integral à saúde.

Parágrafo único - As instâncias gestoras do Sistema Único de Saúde, em todos os seus níveis, na prestação das ações previstas no *caput*, obrigam-se a garantir, em toda a sua rede de serviços, no que respeita a atenção à mulher, ao homem ou ao casal, programa de atenção integral à saúde, em todos os seus ciclos vitais, que inclua, como atividades básicas, entre outras:

I - a assistência à concepção e contracepção;

[...] (Grifos nossos)

A depender do modo de convivência familiar desejado e das condições individuais das pessoas que compõe determinado núcleo, o planejamento familiar pode demandar o uso de técnicas de reprodução humana assistida. Segundo Maluf (2010, p. 153), RHA é, “basicamente, a intervenção do homem no processo de procriação natural, com o objetivo de possibilitar a pessoas com problemas de infertilidade ou esterilidade satisfaçam o desejo de alcançar a maternidade ou a paternidade.”. Diniz (2011, p. 610), a seu turno, define reprodução humana assistida como o “conjunto de operações para unir, artificialmente, os gametas feminino e masculino, dando origem a um ser humano [...]”.

Quando se fala a respeito da procriação medicamente assistida, costuma-se tratá-la como *ato médico*. Com efeito, nos termos da resolução 1.957/2010 do Conselho Federal de Medicina (CFM), a RHA era descrita como tratamento para pessoas com esterilidade ou infertilidade. A Resolução nº 2121/2015 da mesma entidade inova ao dispor, nos princípios gerais, que “1 As técnicas de reprodução assistida (RA) têm o papel de auxiliar a resolução dos problemas de reprodução humana, facilitando o processo de procriação”, possibilitando a atuação do médico em outros casos além dos que havia impossibilidade de procriar em razão de patologias clínicas.

Importante levantar as principais causas e efeitos que incidem na escolha pela forma assistida de reprodução. Neste aspecto, importante a reflexão que Gama (2003, p. 634) faz a respeito, *in verbis*:

As técnicas de reprodução medicamente assistida permitem o acesso à procriação através de recursos médicos – o que torna conhecido, portanto, o momento da concepção, diversamente da concepção resultante do ato sexual, **contornando o problema da esterilidade da pessoa ou do casal.**
(Grifos nossos)

Assim, deve-se considerar como causa determinante para se recorrer às técnicas assistidas de reprodução, a impossibilidade de procriação, seja esta unilateral ou por ambos os componentes do grupo familiar que se quer ampliar, quaisquer que sejam os motivos que conduziram a tal realidade. Estes, os motivos, podem ser das mais diversas ordens, das quais três merecem destaque: em virtude de patologias; em virtude de tratamentos ou por razões sociais, estando estas últimas relacionadas não a doenças, mas aos modos como se escolheu viver.

Existem doenças variadas que podem levar à impossibilidade de reprodução, seja porque a própria patologia causa infertilidade, seja para evitar risco de contaminação à prole ou ao parceiro, como é o caso do vírus da imunodeficiência humana – HIV. Sabe-se de casos em que mulheres com a síndrome da imunodeficiência adquirida – AIDS – conseguiram gestar uma criança sem que houvesse contaminação¹². O sucesso na gestação só foi possível através de acompanhamento médico por meio da assistência necessária à fecundação.

¹² A título de exemplificação, em janeiro de 2008, a imprensa anunciou caso de mãe portadora do vírus HIV que deu à luz a uma criança soronegativo. Infectada pela mãe ao nascer, a paulista fez uso de medicamentos retrovirais durante toda a vida, programou-se e se preparou para a gestação, junto com seu parceiro. O atendimento pré-natal e o uso regular e correto dos medicamentos foram determinantes para que a gestação fosse bem-sucedida. Realizando o tratamento adequado, a possibilidade de transmissão do vírus da mãe para o feto é de menos de 2%.

(Cf. Agência Fiocruz. Disponível em: <<http://www.agencia.fiocruz.br/filho-de-infectada-com-o-hiv-nasce-sem-o-v%C3%ADrus>>. Acesso em 20 ago. 2015).

Ao mesmo tempo, certos tratamentos pelos quais pessoas acometidas dos mais diversos males passam também podem levar o indivíduo a problemas de esterilidade ou infertilidade, sejam eles químicos ou cirúrgicos. Mulheres que passam por histerectomia, homens que fazem quimioterapia, entre outros. Resta a eles a possibilidade de preservar os gametas para uma futura inseminação.

Mas, para além dos males físicos, uma terceira causa destaca, as razões sociais. De fato, conforme será abordado com mais profundidade nos capítulos seguintes, a família contemporânea¹³ se apresenta com uma nova estrutura. A entidade monoparental e uniões homoafetivas são, hoje, uma realidade cada vez mais frequente, podendo surgir o desejo de procriar, o que não seria possível através da conjunção carnal, pelo menos não pelo modo de vida a que tais pessoas se propuseram, sendo necessário se utilizar de outros meios para tornar viável o sonho da paternidade e/ou maternidade.

Note-se que, neste terceiro ponto, as pessoas não apresentam, necessariamente, patologias ou distúrbios que as impossibilitem de procriar de forma natural. Todavia, por motivos sociais, seja pela falta de um parceiro, seja porque o parceiro é do mesmo sexo biológico, o uso de meios artificiais de filiação se faz necessário, e a medicina social não fechou os olhos para esta realidade. Importante observar, conforme Guedes, Sousa, Costa e Medeiros (2014, p. 516), pelos princípios da dignidade e igualdade na instituição familiar trazidos pela CF/88, os casais homoafetivos e pessoas solteiras possuem os mesmos direitos dos quais dispõem os casais heteroafetivos, inclusive o direito à procriação.

Neste sentido, a Resolução nº 2121/2015 não restringe a origem da causa da infertilidade ou esterilidade, mas se refere apenas a tal impossibilidade de maneira genérica. Qualquer pessoa que queira ter um filho e, por motivos físicos ou sociais, precise fazer uso de meios artificiais, pode procurar auxílio médico. Acrescenta-se que devem inclusive, ser fornecido pelo Sistema Único de Saúde (SUS), quando o candidato a pai ou a futura mãe não tiver condições de arcar com os custos do tratamento, tanto os procedimentos clínicos quanto os medicamentos.

A redação do instrumento normativo que norteia o presente estudo é extremamente inovadora, tocando claramente em aspectos que o próprio legislador civil,

¹³ A família, na contemporaneidade, não se apresenta mais em formas rígidas ou modelos estáticos, vários são os modos de composição, desde que se verifiquem os requisitos de afetividade, estabilidade e publicidade. Pode-se citar, a título de exemplificação, as seguintes entidades: monoparental; anaparental; heteroafetiva e homoafetiva, seja constituída pelo casamento ou união estável.

por ocasião da elaboração do novo código, o de 2002 – faz-se aqui o registro que ele foi lançado mais de uma década após a Constituição Federal de 1988, que consagrou a existência de outras entidades familiares para além dos tipos tradicionais – como a família monoparental e a família homoafetiva. A resolução do CFM traz, explicitamente, casais homoafetivos e pessoas solteiras como prováveis sujeitos. Reconheceu e abordou de forma clara estas entidades familiares e fez o que o legislador brasileiro e esquivou de fazer, *in verbis*:

II - PACIENTES DAS TÉCNICAS DE RA

1 - Todas as pessoas capazes¹⁴, que tenham solicitado o procedimento e cuja indicação não se afaste dos limites desta resolução, podem ser receptoras das técnicas de RA desde que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos sobre a mesma, de acordo com a legislação vigente.

2 - É permitido o uso das técnicas de RA para relacionamentos homoafetivos e pessoas solteiras, respeitado o direito da objeção de consciência do médico. (Grifos no original)

Como se pode ver, se no planejamento o familiar da pessoa ou casal estiver inserido um projeto de filiação, se a filiação não puder por qualquer motivo, ser natural, a medicina oferece meios de procriação artificial. Apesar de não contar, no Brasil, com uma lei que trate especificamente da utilização de técnicas de RHA, a lei do planejamento familiar, a qual já se referiu, garante expressamente o direito de assistência médica à concepção. Conclui-se assim que todos têm liberdade de recorrer a intervenção médica para o exercício do planejamento familiar, liberdade perante a lei. Todavia, deve-se questionar se esta garantia formal será convertida efetivamente em capacidade, ou seja, em liberdade material, substantiva, de exercício.

Sabe-se que o tratamento é caro, medicamentos são caros, consultas, o preço médio por tentativa – ressalte-se que nem sempre a primeira tentativa é bem-sucedida – pode chegar a R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) ou R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais)¹⁵, isto sem considerar custos com medicamentos, alguns exames e congelamento de gametas ou embriões, se houver. Considerando um país onde o salário mínimo no ano de 2016 é de R\$ 880,00 (setecentos e oitenta e oito reais) e a renda média *per capita*, segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE – referentes ao ano de 2014, varia entre R\$ 461,00 (quatrocentos e sessenta e um reais), no Maranhão, e

¹⁴ A capacidade deve ser compreendida à luz da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa Com Deficiência (Lei nº 13.146/2015).

¹⁵Cf. IPGO. Disponível em: <<http://www.ipgo.com.br/resumo-de-tratamentos-de-reproducao-assistida/>>. Acesso em 15 ago. 2015
Vide tabela disposta no Anexo B.

R\$ 2.055 (dois mil e cinquenta e cinco reais), no Distrito Federal¹⁶, esses valores são claramente inacessíveis para a grande maioria da população no Brasil.

Caso não disponha dos valores necessários, a Lei nº 9.263/96 diz claramente que o indivíduo pode recorrer ao Sistema Único de Saúde – SUS – em busca de assistência à concepção. Todavia, esta liberdade formal nem sempre se revelará em capacidade para a totalidade das pessoas. Está longe de ser pacífico o entendimento de que este tratamento deva ser financiado pela saúde pública. Em 22 de março de 2005, o Ministério da Saúde publicou a portaria nº 426/GM que estabeleceu, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), a Política Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida. Porém, apenas quatro meses depois de sua publicação, esta portaria foi revogada sob justificativa de que deveria haver uma análise dos impactos financeiros e até hoje não foi implementada novamente. Há clínicas que realizam o tratamento total ou parcialmente gratuito, mas são claramente insuficientes e não alcançam toda extensão territorial do país. Entende-se que nem sempre a liberdade formal de exercício do planejamento familiar vai se revestir em liberdade substantiva.

2.3 LIBERDADES SUBSTANTIVAS E PLANEJAMENTO FAMILIAR – ENTRE REALIDADE E UTOPIA

Entende-se que todos têm direito e liberdade de constituir família do modo que melhor satisfaça as necessidades existenciais individuais. Ocorre que para que esta liberdade formal seja de fato vivenciada, é preciso que se detenha o conjunto capacitário composto pelas liberdades substantivas descritas no capítulo inicial do presente texto, notadamente as facilidades econômicas e as oportunidades sociais, materializadas em serviços de saúde e educação. O livre exercício do planejamento familiar pode ser, pois, analisado a partir do viés do desenvolvimento como liberdade, como liberdade substantiva ou real de constituir a família que se deseja ter.

2.3.1 Capacidades individuais e planejamento familiar

Como se acabou de dizer, o exercício do planejamento familiar está intimamente relacionado com as capacidades individuais. As necessidades variam conforme o

¹⁶Cf. IBGE. Disponível em: <ftp://ftp.ibge.gov.br/Trabalho_e_Rendimento/Pesquisa_Nacional_por_Amostra_de_Domicilios_continua/Renda_domiciliar_per_capita_2014/Renda_domiciliar_per_capita_2014.pdf>. Acesso em 13 nov. 2015.

indivíduo. O conjunto capacitário, do mesmo modo, é composto e mensurado de acordo com as necessidades de cada um. O que se vai demonstrar é a relação que se identifica entre a capacidade de exercício do planejamento familiar e as liberdades substantivas propostas por Amartya Sen (2000, p. 17-24). Do mesmo modo que o texto base, também se fará uso de histórias de personagens reais, porém com nomes fictícios, para ilustrar a teoria que se pretende comprovar.

Como visto, o planejamento familiar deve ser de livre exercício da pessoa ou casal e a filiação não é mais função da família, mas é um modo de constituí-la. Se aqueles que pretendem formar uma entidade familiar ou alterar a composição através de um projeto de paternidade ou maternidade não conseguirem, por quaisquer dos motivos citados anteriormente, procriar de maneira natural, podem optar por métodos artificiais, por meio de técnicas de reprodução humana assistida. Pelos princípios da liberdade e da igualdade, todos têm livre acesso aos tratamentos de RHA e é livre o exercício do poder familiar, mas a realidade, de fato, é que para que esta possibilidade se transforme em capacidade é preciso que se tenha liberdades substantivas, notadamente as facilidades econômicas e sociais. Relatar-se-á, a título de exemplificação, a história de duas famílias, a família de João e Maria, e a família de Mauro e Júlia.¹⁷

João e Maria são casados há quatro anos. Ambos trabalham e possuem, juntos, uma renda média mensal de R\$ 18.000,00 (dezoito mil reais). Como já possuem casa própria e não são de muito luxo, conseguem viver bem gastando apenas um terço do rendimento mensal, depositando o restante na poupança. Maria sofre de uma endometriose severa, doença que gera infertilidade feminina. Como desejavam ter filhos há bastante tempo, resolveram fazer o tratamento de RHA, sendo utilizada a técnica de fertilização *in vitro*.

Maria e João não tiveram dificuldades em realizar suas necessidades, pois dispõem de facilidade econômica, tinham recursos e renda suficiente para concretizar o projeto de filiação. Ao todo, com medicamentos, consultas e exames, dos quais a maioria teve que ser feita em clínicas particulares e pagas por eles, pois não se aceitava plano de saúde no local, além do congelamento de embriões, gastaram em torno de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais).

No caso de Mauro e Júlia, casados há mais de quatro anos, a situação é bem diferente. Júlia também tem dificuldades para engravidar, mas vive em uma realidade

¹⁷ As histórias são reais, mas os nomes foram escolhidos aleatoriamente.

social e econômica diversa da de Maria. Júlia trabalha como auxiliar administrativa, recebendo um salário mensal de R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais); Mauro, por sua vez, percebe R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) mensais como professor de educação física em escolas da região e que moram. Não possuem casa própria e os custos mensais com alimentação, aluguel e outras necessidades consomem quase toda a renda do casal.

Ambos também planejam ter filhos naturais, mas as limitações quanto a fertilidade de Júlia só lhe permitiriam o acesso à maternidade após um procedimento de RHA. Como não dispõem de facilidade econômica, o exercício do planejamento familiar, conforme as necessidades existenciais do casal, só pode ser realizado por meio das oportunidades sociais, com o fornecimento de tratamento gratuito nas instancias do Sistema Único de Saúde (SUS). Diante da negativa do hospital público do município em que moram, no interior da Paraíba, foram à defensoria pública no intuito de obter o tratamento por decisão judicial. Ainda estão aguardando o resultado do processo.

Como se pode ver, o conjunto capacitário relativo ao planejamento familiar está ligado umbilicalmente a categorias de liberdades substantivas descritas anteriormente. Se as pessoas tiverem renda suficiente, no âmbito das facilidades econômicas, poderão exercer livremente o planejamento familiar e a liberdade formal será materializada em capacidade de exercício. Todavia, em um quadro de privação de renda, é necessário que o tratamento seja fornecido através de serviços públicos de saúde, oportunidades sociais, sob pena da liberdade de exercício ser frustrada pela privação de renda e não se revestir em capacidade substantiva.

Como foi dito no início deste capítulo, concorda-se com Sen (2000, p. 17-24) quanto ele identifica o desenvolvimento como ausência das principais fontes de privação de liberdade, dentre elas a privação de renda e carência de oportunidades sociais. Partindo deste pressuposto, pode-se observar que, famílias que vivem às margens do desenvolvimento nem sempre terão liberdade de exercício do planejamento familiar.

No exercício do planejamento familiar, custos podem aparecer perante a família em formação. Além dos gastos convencionais com moradia, saúde e alimentação, o próprio projeto de filiação, por vezes, só é possível através de intervenções médicas, a procriação artificial. A legislação brasileira permite que as pessoas recorram a tratamento de RHA quando necessário, mas para ter acesso aos procedimentos

disponíveis na medicina da reprodução é preciso o gozo das liberdades instrumentais ou liberdades-meio.

Devido aos altos custos, o tratamento só pode ser utilizado se as pessoas em questão tiverem renda suficiente (facilidades econômicas) ou, não dispondo de recursos suficientes, tratamento público gratuito disponibilizado pelo SUS (oportunidades sociais). As histórias de Júlia e Maria retratam bem os conceitos defendidos nesta tese. Para que se possa constituir família por meio da filiação artificial, é preciso que se detenha renda ou que o sistema público de saúde disponibilize gratuitamente o tratamento. Em outras palavras, é preciso que se tenha facilidades econômicas ou, na falta destas, oportunidades sociais, que são liberdades instrumentais ao desenvolvimento.

Em um quadro de privação de liberdades, o indivíduo não desenvolverá plenamente as suas capacidades. Se os indivíduos não estiverem livres da miséria ou da carência de oportunidades sociais, certamente não terão condições de suprir de maneira satisfatória suas necessidades existenciais, nas quais incluimos a formação do núcleo familiar.

Deste modo, observa-se que ainda que haja crescimento econômico e desenvolvimento tecnológico, a privação da liberdade de exercício do planejamento familiar por meio das técnicas de RHA é indicativo de que não estamos diante de um quadro de desenvolvimento na perspectiva de Amartya Sen, isto é, entendido como ausência de fontes de privação de liberdade.

2.3.2 Liberdade, solidariedade e utopia

O conceito contemporâneo de cidadania se estendeu em direção a uma perspectiva na qual o cidadão não é apenas aquele que vota, mas aquela pessoa que tem meios para exercer o voto de forma consciente e participativa. Portanto, cidadania é condição de acesso aos direitos sociais (educação, saúde, segurança, previdência) e econômicos (salário justo, emprego) que permite que o cidadão possa desenvolver todas as suas potencialidades. (BONAVIDES, MIRANDA e AGRA, 2009, p. 7)

Dentre as potencialidades que podem ser desenvolvidas pelo cidadão, encontram-se, certamente, a de compor núcleo familiar conforme suas próprias convicções. Ocorre que, em ambiente de privação de renda, se não houver facilidades sociais, esta capacidade vai ser adaptada às reais condições de exercício, em detrimento

da vontade real da pessoa. Neste sentido, invoca-se o pensamento de Nussbaum (2012, p. 22), quando ela diz que:

[...] Para resolver este problema falta uma nova forma de pensar a cidadania, e uma nova análise da finalidade de cooperação social (já não baseada em benefício mútuo), bem como uma maior ênfase na assistência como bem social [...]. (Tradução nossa)¹⁸.

Trata-se do princípio da solidariedade. Entende-se esta, aqui, não apenas como virtude, mas como dever jurídico, cuja obrigatoriedade foi disposta no direito brasileiro pela Constituição Federal de 1988, quando reza, em seu artigo 3º que “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: inciso I – constituir uma sociedade livre, justa e solidária”. Até então, a solidariedade era tratada como caridade, o que carecia de força juridicamente vinculante.

Passando ao conceito de liberdade, desta vez na lição de Bloch (2011, p. 281), tem-se que ser livre significa ausência de imposições externas e fazer o que quer, segundo sua própria vontade. Mais adiante, o autor alerta para a existência de “dependências invisíveis”, que impedem a pessoa de ser senhora absoluta de suas ações, de seu destino, finalizando por declarar que a liberdade de ação estava, para a maioria das pessoas, limitada pela dependência econômica.

O pensamento de Bloch ratifica o que vem se defendendo no decorrer do texto: a privação de renda, mormente na ausência de facilidades sociais, está diretamente relacionada com a privação de liberdade, inclusive o livre exercício do planejamento familiar. A decisão por ter filhos ou não pode ser direcionada pelas condições em que se vive e não pelo desejo de tê-los, levando as pessoas a constituírem a família que lhes é possível e não a que se pretende ter

Recorrendo mais uma vez aos ensinamentos de Bloch (2011, p. 299-300), encontra-se outro conceito defendido nesta tese para a efetivação da liberdade plena, a solidariedade, vista por ele sob o viés da fraternidade, definida como a “terceira cor” dos ideais da Revolução Francesa, a busca pelo bem comum, no sentido de chegar à igualdade de fato ou real, substancialmente vivenciada por todos, sem distinções de qualquer natureza. Só assim se atingiria a verdadeira liberdade, em uma sociedade livre, justa e solidária.

Todavia, Bloch (2011, p. 353-355) afirma que a solidariedade como relação jurídica básica é função utópica do direito. Segundo o autor, as utopias sociais estão

¹⁸[...] *Para resolver este problema hace falta una nueva forma de pensar la ciudadanía, y un nuevo análisis de la finalidad de la cooperación social (y no basada en el beneficio mutuo), así como también un mayor énfasis en la asistencia como bien social [...]*

voltadas para a eliminação da necessidade e da miséria, para a busca pela felicidade. Com efeito, o princípio da solidariedade é, segundo a visão aqui adotada, fundamento para a realização de uma sociedade livre e justa, torna obrigatório para o Estado a realização de políticas públicas e a consequente disposição das facilidades sociais citadas por Sen (2000, p. 25) à população. Mas não se pode deixar de reconhecer que em países não desenvolvidos, onde falta recurso para o básico, o exercício da solidariedade com fins de prover todas as necessidades humanas ainda é utopia, algo para o futuro e com pouca probabilidade de vir a ser realidade.

Direitos de liberdades são postos para todos, considerados – formalmente – iguais em direitos. Ao declarar direitos, o legislador o faz para o homem abstrato. O alcance desses direitos pelo homem concreto, dadas algumas incapacidades, fica a depender da solidariedade, vista no momento ainda como utopia. Seguindo a lição de Bobbio, garantir o exercício da cidadania, *in casu*, consubstanciada nos direitos de liberdade, é uma luta diária, que muito mais que elencar e fundamentar direitos, demanda de efetivação. O maior desafio hoje não é justificar direitos (BOBBIO, 1992, p. 24), mas efetivar aqueles já postos ao homem abstrato, mas insuficientes para servir ao homem concreto.

No que se refere à liberdade de composição da família, esta se aplica perfeitamente ao homem abstrato. Ao homem concreto em situação de privação de renda, na ausência de solidariedade, nunca se tornará realidade em sua plenitude. Diante do exposto, pode-se concluir que o efetivo exercício do planejamento familiar, notadamente diante da necessidade de utilização de meios artificiais de filiação, só se verifica em um cenário no qual estejam ausentes algumas das principais fontes de privação de liberdade: privação de renda e carência de serviços sociais.

Para que haja de fato o gozo do direito e liberdade de exercer o planejamento familiar do modo que melhor responda as necessidades pessoais e individuais, é preciso que estejam presentes as liberdades instrumentais previstas por Sen em sua obra, notadamente facilidades econômicas e oportunidades sociais. Na ausência destas, a liberdade formal prevista em lei dificilmente se materializará em capacidade, liberdade substantiva de suprir aquilo que se anseia alcançar. Em um ambiente de privação de renda, o real exercício da liberdade fica condicionado à expressão da solidariedade, mormente em forma de políticas públicas e facilidades sociais. Na ausência destas, as pessoas terão que adaptar suas o exercício de suas vontades às suas reais capacidades, restando prejudicada a realização plena da liberdade.

2.4 DIREITOS REPRODUTIVOS E REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

É possível afirmar que os tratamentos de reprodução assistida podem fazer parte do planejamento familiar da pessoa ou das pessoas que pretendem constituir família e exercer seu direito à filiação. Mas, mais que isto, há que se existir um direito à reprodução, que seria mais específico que o direito à filiação. A filiação pode ser biológica ou civil, no direito à reprodução, a filiação será, a princípio, biológica, mas mesmo que não o seja (como se verá a seguir, pode-se obter uma gestação a partir de gametas de terceiras pessoas, o que rompe o vínculo biológico que porventura existiria entre o pai e/ou a mãe e a criança), haverá todo um processo de gestação, sendo a filiação obtida por meio de procriação natural ou artificial (medicamente assistida).

2.4.1 Direito à reprodução

Na Itália, ao comentar o caso Antinori, a então ministra da saúde declarou que “direitos não são desejos e as crianças não são gêneros de consumo”¹⁹ (RAPOSO, 2014, p. 111). A declaração se deve ao fato de uma clínica em Florença ter realizado tratamento de procriação medicamente assistida em uma mulher de mais de 60 (sessenta) anos, a qual obteve êxito em iniciar uma gestação, depois desta ter tido seu pedido negado pelas autoridades do Reino Unido²⁰.

Relatando casos semelhantes, o geneticista Raskin (1995, p. 31) diz que os limites para uma mulher engravidar são estabelecidos pela natureza, visto que na menopausa deixa-se de produzir hormônios e o útero diminui, porém, o doutor em genética afirma que as dificuldades podem ser contornadas mediante tratamento médico. A possibilidade aberta pela medicina esbarra, contudo, em uma questão ética: quais as perspectivas que uma mãe com mais de 60 (sessenta) anos pode dar a uma

¹⁹ “I desideri non sono diritti e i bambini non soni generi di consumo” (RAPOSO, 2014, p. 111)

²⁰ “Na Itália, médicos como Severino Antinori satisfazem caprichos de mulheres que querem ser mães aos 60 anos. Proibida no Reino Unido (que atualmente concentra suas atenções no debate sobre o uso de fetos) e na França, a gravidez tardia é permitida pela lei brasileira.

[...]

O ginecologista italiano Severino Antinori, pioneiro da gravidez pós-menopausa, disse em entrevista publicada na *Folha de São Paulo*, que o amor compensa o fato de uma criança ter uma mãe velha.” (RASKIN, 1995)

criança? Mais do que isto, mesmo diante da possibilidade de tratamentos médicos e reconhecendo as inúmeras possibilidades que a ciência oferece, o corpo humano não é uma máquina, e há de se considerar os limites postos pela natureza. Na Itália, o médico Severino Antinori chegou, inclusive, a ser acusado de abusar no uso de hormônios para revitalizar o útero das mulheres²¹.

A frase ditada pela ministra da saúde italiana merece ainda outra reflexão, não pelo caso em si, uma vez que é preciso que os tratamentos disponibilizados à população respeitem tanto as possibilidades postas pela medicina no atual estado da arte em tecnologia da reprodução, como também há que se verificar os contornos jurídicos, quanto aos limites postos pelo direito. O fato é que há de se pensar até que ponto se pode considerar o fenômeno da reprodução humana como mero capricho ou desejo desprovido de direito que o acautele. Todos os direitos um dia foram desejos. Desejo de ter filhos, desejo de constituir família e que esta fosse reconhecida pelo direito, nas suas várias formas de expressão (matrimonial ou pela união estável; heteroafetiva ou homoafetiva...). Neste sentido, concorda-se com Fournier, Berthiau, d’Haussy e Bataille (2013, p.55), quando afirmam que mais do que oferecer tratamento médico contra infertilidade, as novas técnicas abriram uma “caixa de Pandora”, da qual o potencial natural para estabelecer a reprodução escapou, possibilitando assim a constituição de filiação a novas famílias e novos arranjos familiares.

Neste ponto, concorda-se com Raposo (2014 p. 111-112) quando ela diz que a reprodução corresponde a uma das necessidades mais básicas do ser humano, segundo a autora, é “quase um imperativo natural e que, como tal, deve ser satisfeito, uma vez que é central para a nossa identidade pessoal, dignidade e sentido da vida”. Conclui que, por sua importância, o desejo de reproduzir deve ser elevado à categoria de direito fundamental. Esta dedução, todavia, não é isenta de críticas.

²¹ “Nesse estranho mundo de variedades tecnológicas, oferecidas como mercadorias no balcão da reprodução humana, nem mesmo os antigos limites biológicos da menopausa são barreira para quem quer ter filhos. Na Itália, há registro de mulheres que engravidaram aos 60 anos por meio de doação de óvulos. Um dos casos mais conhecidos é o de Rossana Dalla Corte. Aos 62, ela deu à luz um menino graças às técnicas do médico romano Severino Antinori. Responsável pelo nascimento de dezenas de bebês de mães em menopausa, Antinori é acusado de abusar dos hormônios para revitalizar o útero das clientes. Por causa desse bombardeio, as experiências com mulheres na menopausa devem terminar. Ao menos oficialmente. Uma lei aprovada há cinco meses pelo Parlamento italiano limita as tentativas. Apenas as mulheres em idade fértil - e só até os 51 anos - poderão ter acesso à inseminação artificial. "Depois dessa idade, a saúde da gestante não pode ser completamente garantida", disse à Época o ginecologista Carlo Flamigni, presidente da Sociedade Italiana de Fertilidade e Esterilidade.” (Cf.: Revista Época. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EMI166142-15518,00.html>>. Acesso em: 15 jul. 2014).

Falando sobre o direito português, Otero (1999, p. 21) reconhece a existência de um direito à reprodução, mas leciona que a Constituição pode impor ao Estado o dever de regular a procriação artificial, isto não significa, porém, qualquer imperatividade de reconhecimento de todas as formas de procriação artificial, nem muito menos a sua elevação ao estatuto de direitos fundamentais.

Araújo (1999, p. 19), diz que há quem diga que a liberdade de procriar é um interesse muito relevante, mas que a sua promoção a direito poderia suscitar questões melindrosas: exemplifica questionando se a mulher casada teria direito a procriar ou deixar de procriar contra a oposição do marido ou se os portadores de doenças genéticas graves teriam o direito de procriar. Pergunta-se, aqui, por que não? Não se poderia aceitar que um cônjuge tenha frustradas suas expectativas em relação à filiação em virtude da não aceitação do consorte. Sustenta-se, assim, que existe um direito fundamental à procriação. Araújo (1999, p. 20) afirma, inclusive, que “esse direito existe como reflexo do impedimento da esterilização como sanção penal ou como medida de segurança, e da penalização de ofensas corporais que conduzem a uma esterilização não consentida”.

Uma vez reconhecida a existência de um direito à reprodução, determinar seu significado e conteúdo. Entende-se por direito à reprodução o direito de ter filhos biológicos (RAPOSO, 2014, p. 46-47; 118-122), ou, como hodiernamente, em virtude de práticas médicas, pode-se acrescentar, também sem vínculo genético, mas ainda através do processo de reprodução humana. É espécie do direito à filiação, mas enquanto o exercício deste engloba a filhos naturais e civis (pela adoção), aquele diz respeito especificamente à filiação natural.

Necessário também se faz estabelecer a extensão do direito à reprodução. Deste modo, pode-se dizer que este direito apresenta uma face positiva e outra negativa. Pela primeira, entende-se a prerrogativa de ter filhos biológicos, seja por vias naturais, seja com recurso às técnicas de RHA; por outro lado, fala-se também em um direito à não reprodução, que se materializa pelo recurso a métodos contraceptivos e também, nos países onde é permitido, na realização do aborto.

Há quem entenda que existirá hoje um direito de recusar a procriação natural o qual teria três expressões: o direito à contracepção, direito à esterilização e direito ao aborto – e, por último, que o progresso técnico tenha criado um direito a recorrer à procriação medicamente assistida (OTERO, 1999, p. 20). Observe-se que, ainda que não

simpatize com a ideia de elevar a reprodução assistida à categoria de direito fundamental, o autor reconhece sua qualidade de direito.

2.4.2 O Direito à reprodução e filiação na RHA

O tema da reprodução humana assistida é alvo de diversos questionamentos. De fato, não poderia deixar de ser, já que as inovações tecnológicas no campo das ciências médicas e biológicas possibilitaram ao homem a intervenção em um processo natural da vida, trazendo à tona dúvidas sobre esses procedimentos na questão médica mesmo, como questões religiosas também, mas principalmente dúvidas acerca da legitimação e regulamentação destas técnicas no campo jurídico. Estas novas formas de filiação fazem parte de transformações constantes na vida social e, como é de conhecimento geral, muitas vezes, o legislativo não acompanha tão rapidamente as mudanças que ocorrem na sociedade. O tema da reprodução assistida, apesar de ter alguns artigos que tratam sobre ele de forma incidental (a exemplo do 1.597 do Código Civil brasileiro), ainda não possui uma regulamentação detalhada sobre todos os pontos que precisam ser expressamente regulamentados sobre o tema, o que minimizaria dúvidas e possíveis abusos feitos neste ramo da medicina.

Esta espécie de filiação consiste na manipulação de gametas humanos. Na manipulação de espermatozoides e óvulos fora do organismo natural. Havendo, então, a fecundação fora do ambiente biológico manipulados por instrumentos e profissionais da medicina devidamente especializados em laboratórios. A fertilização *in vitro* consiste em fecundar ovócitos fora do corpo de uma mulher e implantá-los, já na forma de embriões, no útero de uma genetriz. A mulher que fornecer os óvulos pode ser ou não a mesma em que serão implantados os embriões, do mesmo modo, qualquer homem pode ser o dador do sêmen, não necessariamente aquele que assumirá a paternidade do ser que vai nascer. Os maiores problemas apontados para esta prática são a determinação do destino dos embriões excedentários, a intervenção de terceiros como dadores de gametas e a gestação por substituição, popularmente conhecida como barriga de aluguel (ARAÚJO, 1999, p. 24-26).

Os motivos para buscar esta alternativa são vários, mas teve sua origem como meio de possibilitar as mulheres estéreis o sonho de procriação e até mesmo a aceitação na sociedade. Aduz Gama (2003, p. 670) que a humanidade sempre procurou meios de controlar a reprodução da espécie, ressaltando que, na Antiguidade, a mulher estéril

poderia ser até mesmo repudiada pelo marido, posto que a incapacidade de procriar a tornaria menos digna. Registre-se que a filiação já foi, no passado, uma das funções do casamento, proporcionaria mão de obra para as atividades da família, daria sustento aos pais na velhice e, em sociedades como a dos romanos, propagaria o culto aos deuses familiares.

Em continuação, Gama (2003, p. 670) retrata oposições e a resistência que a técnica encontrou para se desenvolver, principalmente as de cunho religioso, e ainda assim prosseguiu com as atividades. Segundo o autor, a primeira inseminação artificial humana ocorreu na Idade Média. Esta técnica se encontra dividida em dois grandes ramos principais. São eles: a reprodução assistida homologa e a reprodução assistida heteróloga. Esses dois ramos da fertilização *in vitro*, apesar de originárias de uma mesma noção diferem muito entre si, inclusive e principalmente no que tange aos aspectos jurídicos de ambas.

Primeiramente diferenciando e conceituando, a reprodução assistida homologa, consiste na utilização de gametas do próprio casal. Desta forma se aproximando do modelo que estamos mais vivenciados de parentalidade e filiação, o que exclui da fecundação o ato carnal em si, mas que o óvulo e o espermatozoide utilizado para o procedimento são dos próprios indivíduos interessados em realizar o sonho da paternidade e/ou maternidade.

Já a reprodução assistida heteróloga se utiliza de um ou até mesmo de ambos os gametas de pessoas alheias ao casal. Deste modo, o óvulo da mulher da entidade familiar é utilizado para fecundação com espermatozoide de um terceiro por via de doação ou vice-versa. O que importa neste ramo é que há a equiparação com o instituto da adoção, se posicionando aos moldes da parentalidade-filiação civil. Isto porque haverá laços consanguíneos com um dos membros da entidade familiar mas para o outro ascendente esta relação vai se equiparar a adoção civil. E neste caso, o terceiro que doou o espermatozoide ou mesmo o óvulo para a fecundação não estabelecerá laços de filiação, abrindo mão dos direitos sobre aquela criança que eventualmente surgirá com o sucesso do procedimento.

Gama (2003, p. 628) demonstra o conceito de verdade biológica e os pilares da filiação nos dias atuais, como já dito anteriormente, fundados principalmente no caráter de afeto e desejo:

Enquanto a maternidade normalmente se definiu pela consanguinidade (verdade biológica), a paternidade se estabeleceu em outras bases: a vontade, a efetividade, o projeto parental, o consenso. Sob tal prisma

deve ser analisado o tema envolvendo a reprodução assistida heteróloga que, ao menos relativamente a um dos pais jurídicos, não produz parentesco com fundamento na verdade biológica.

A respeito das presunções legais, e até mesmo sociais, Fernando Araújo (1999, p. 45) afirma que a presunção de paternidade no caso de inseminação artificial heteróloga feita com o consentimento do cônjuge ou companheiro, o afastamento da possibilidade da dadora do óvulo ser reconhecida juridicamente como mãe, o que faz crer na possibilidade da verdade social se sobrepor à verdade biológica, considerando as “consequências sociais, psicológicas e econômicas que advêm do estabelecimento de nexos jurídicos estáveis, como os do estatuto familiar”.

Para Barboza (1993, p. 107), “é hora de se reconhecer que houve, pelo menos em parte, uma desbiologização da paternidade”. Hoje, dadas as possibilidades de se chegar a uma gestação com óvulos de doadora, ou mesmo o embrião já concebido com gametas de doadores, há de se acrescentar, ao lado da paternidade, a desbiologização também da maternidade. Desta forma, o principal prisma para uma relação de filiação é justamente o desejo da filiação, o carinho e afeto, além da idealização de um projeto de vida. De acordo com os ensinamentos de Lôbo (2011, p. 218):

No Brasil, os pais são livres para planejar sua filiação, quando, como e na quantidade que desejarem, não podendo o Estado ou a sociedade estabelecer limites ou condições. Os filhos podem provir de origem genética conhecida ou desconhecida (dadores anônimos de gametas masculinos ou femininos – art.1.597 do Código Civil), de escolha afetiva, do casamento, de união estável, de entidade monoparental ou de outra entidade familiar implicitamente constitucionalizada.

Há ainda a possibilidade de ambos os ascendentes do futuro embrião não serem os pais biológicos, no caso de doação de ambos os gametas necessários. Para os procedimentos, seja para reprodução medicamente assistida homóloga, como para a heteróloga, a resolução nº 2121/2015 do Conselho Federal de Medicina limitou para 14 dias o tempo máximo para desenvolvimentos dos pré-embriões assim como limitou, também, o número máximo de pré-embriões a serem transferidos para o útero da mãe em 4(quatro), uma vez que a realização do procedimento não é certeza de êxito e quanto maior o número de pré-embriões utilizados, maior a chance de sucesso.

Na inseminação artificial homóloga, a questão da filiação não vai ocasionar muitas divergências, porquanto o material genético empregado no método é fornecido pelas pessoas que formam o casal em questão, aquele que se submeterá ao procedimento e tomará a criança, logo há união de filiação afetiva e biológica. Por outro lado, a inseminação artificial heteróloga é causadora de possíveis incertezas, já que passarão a

existir dois pais para as crianças que sejam fruto deste método de reprodução na situação fática, o que irá lhe acolher, e o biológico que é o doador.

De acordo com Rodrigues (2002, p. 321), “filiação é a relação de parentesco, em primeiro grau e em linha reta, que liga uma pessoa àquelas que a geraram, ou a receberam como se as tivesse gerado”. Contudo, no ambiente do Direito, o conceito de filiação vem evoluindo constantemente, mudando-se a visão que se tinha a respeito de seu real significado, seus limites e extensões. Frequentemente, a filiação socioafetiva vem preponderando sobre a filiação genética, ganhando, assim, grande relevância a discussão a respeito daquela.

A mudança na ideia de filiação veio acompanhando as transformações na constituição da entidade familiar, que, ao deixar de ser predominantemente patriarcal, vem dando papel de destaque ao afeto ao cuidado ao carinho quando se vão determinar as relações familiares muito mais que os meros laços genéticos. Com a Constituição de 1988, que abre o leque dos tipos familiares e veda discriminações entre filhos, a família atual passa a embasar-se muito mais na estima e nos laços sentimentais. O pai socioafetivo, portanto, é aquele que toma a criança por filho de fato, o que inclui dar atenção, cuidados, sustento, educação e amor. Grande parte da doutrina vem se posicionando a favor da desconsideração do pai biológico na questão de filiação nos casos de inseminação heteróloga, para serem levados em conta somente os pais socioafetivos, analogamente ao que acontece na adoção.

Verifica-se o fenômeno que ficou conhecido como “desbiologização”, que nada mais é que uma troca na importância do elemento carnal na filiação, pelo elemento psicológico, sendo a troca advinda do desenvolvimento na tecnologia de reprodução que influenciou no direito de família. Com a devida vênia às opiniões contrárias, o posicionamento aqui adotado seguirá o norte estabelecido pelo Conselho Nacional de Justiça na I Jornada de Nacional da Saúde, realizada em 2014, cujos enunciados de número 39, 40 e 45 privilegiam os laços sociais em detrimento dos biológicos no estabelecimento da filiação. É o que se pode concluir a partir da leitura dos mesmos:

ENUNCIADO N.º 39. O estado de filiação não decorre apenas do vínculo genético, incluindo a reprodução assistida com material genético de terceiro, derivando da manifestação inequívoca de vontade da parte.

ENUNCIADO N.º 40. É admissível, no registro de nascimento de indivíduo gerado por reprodução assistida, a inclusão do nome de duas pessoas do mesmo sexo, como pais.

[...]

ENUNCIADO N.º 45. Nas hipóteses de reprodução humana assistida, nos casos de gestação de substituição, a determinação do vínculo de filiação deve contemplar os autores do projeto parental, que promoveram o procedimento.

Superada esta discussão, o que importa para o presente trabalho é reconhecer a existência de um direito à reprodução e, como uma das vertentes que apresenta, a possibilidade de fazer uso dos meios de procriação artificial. Esta, a depender da técnica utilizada, pode gerar alguns “produtos” em decorrência da matéria biológica manipulada, cujo conceito e destinação constituem, hoje, um dos maiores dilemas que envolvem o fenômeno da RHA. Fala-se aqui da recolha de gametas e produção de embriões humanos em laboratório. Acontece que são criados, no Brasil, mais embriões do que se poderia implantar no útero da mulher, e aqueles que não são utilizados ficam armazenados em laboratório.

Em países que já dispõem de lei sobre procriação medicamente assistida, a orientação é criar embriões em número suficiente para iniciar a gestação, variando entre 02 (dois) e 04 (quatro), conforme a legislação²². A produção de excedente é exceção, e mesmo diante de um contingente supranumerário, a condição e destino estão minimamente delimitados. No Brasil, ainda não se dispõe de norma jurídica específica, apesar do procedimento já ser largamente utilizado. Todavia, o procedimento das clínicas é produzir o máximo possível por ciclo reprodutivo, resultando em dezenas de milhares de embriões excedentários por ano²³, que ficam congelados à espera de uma destinação.

Em solo brasileiro, a produção de embriões supranumerários, na prática, é regra, não exceção, o que implica, necessariamente, que se levantem alguns questionamentos: diante dos altos custos que envolvem a produção e congelamento, a quem interessa manter tantos zigotos armazenados em clínicas e hospitais particulares (?) – as restrições quanto ao descarte e tempo de armazenamento mínimo possibilitará grande margem de lucros aos centros que disponibilizem serviços de criopreservação; não é permitido criar embriões para pesquisa ou qualquer outro fim que não a reprodução, diante dos números elevados de excedentes, pergunta-se se haveria risco de criação proposital de um contingente de supranumerários para servir a investigações ou outros fins, ao que já se deve apresentar receio pelo risco de mercantilização da vida. Assim, vê-se que a falta de definição da condição jurídica e estatuto correspondente tem suscitado problemas cujas soluções procurar-se-á apontar na análise que segue.

²² Vide análise no capítulo 4.

²³ Vide quadros 4, 5, 6 e 7.

Ao mesmo tempo, para além destes conceitos, não se pode deixar de expressar preocupação com os riscos e perigos que envolvem a utilização de técnicas médicas de reprodução, potencializados pela inexistência de leis específicas no Brasil. Diante do cenário que se anuncia, cumpre clamar por um novo padrão ético de comportamento, pautado no princípio da responsabilidade.

3. REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E FASE EMBRIONÁRIA DO DESENVOLVIMENTO HUMANO. DO EMBRIÃO *IN VIVO* AO EMBRIÃO *IN VITRO*: ALGUMAS REFLEXÕES

Tema de bastante relevância nos últimos anos tem sido as repercussões éticas e jurídicas que surgem a partir dos procedimentos de procriação artificial. Todavia, ao tempo em que a tecnologia oferece esperança a pessoas que outrora não poderiam gerar filhos, traz, segundo Costa e Medeiros (2014, p. 6), questionamentos ético-jurídicos acerca dos procedimentos e técnicas empregados e resultados obtidos. Aduzem os autores que na medida em que a medicina avança, as inquietações só aumentam, exemplificando com as ponderações, cada vez mais frequentes, entre o direito ao sigilo do doador do gameta e o direito do filho de conhecer a origem genética; disputas pela maternidade da criança em caso de cessão temporária de útero; implicações éticas e jurídicas dos procedimentos de procriação artificial heteróloga; entre outros. Todavia, sem que a produção legislativa seja capaz de conceder respostas em tempo hábil.

Diante da ausência de lei a respeito, como lidar com as repercussões éticas, jurídicas e sociais acerca das técnicas de reprodução humana assistida e, principalmente, o que fazer com os embriões excedentes após o tratamento bem-sucedido? Quais os direitos correlatos? Que tipo de proteção receber? As respostas ainda são muito incertas diante do vazio legislativo sobre a matéria no Brasil, ao mesmo tempo, estas situações são cada vez mais frequentes e aquelas não podem tardar a chegar.

3.1 DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA – ASPECTOS GERAIS

Já faz tempo que o ser humano é capaz de concretizar sua decisão de não ter filhos por meio de métodos contraceptivos, só para lembrar, as políticas de controle de natalidade, por meio do planejamento familiar, eclodiram nas décadas de 60 e 70. Hoje, vê-se com êxito cada dia maior, a possibilidade de materializar a decisão de tê-los, pelo modo e no tempo que preferir. É forçoso reconhecer que se assiste, hoje, a quebra de dualismos considerados, até então, como indissociáveis; com os métodos de reprodução humana assistida, a procriação encontra-se independente do sexo e a fecundação da gestação (RAPOSO, 2014, p. 52-60). A natureza perde o monopólio das relações de parentesco e começa a compartilhar lugar com a ciência.

Neste sentido, deve-se concordar com Leite (1995, p. 199) quando ele afirma que a reprodução humana, campo até então de domínio quase que exclusivo das leis da natureza, passou a estar também, com os avanços da ciência e da tecnologia, sobre o domínio do homem. No mesmo norte, observa Otero (1999, p. 11-12), de maneira bastante perspicaz, que se operou uma verdadeira revolução no controle histórico da humanidade: o controle da procriação humana pela ciência, com a utilização de técnicas médicas, acarretando uma possível alteração sobre o caráter natural da vida, isto por meio do domínio da biologia humana, que conduziu a uma dissociação entre a reprodução e a sexualidade, traduz, segundo o autor, “um marco apenas comparável à descoberta do fogo pelo homem primitivo ou à invenção da escrita em termos de divisão do tempo histórico” (OTERO, 1999, p. 12). Em tempo, mesmo que não se seja tão entusiasta, há de se reconhecer quão importantes são as inovações em tecnologia de reprodução, mormente para pessoas ou casais com dificuldades para procriar.

Assim, os avanços da medicina, com a possibilidade de fertilização *in vitro* e o nascimento de bebês de proveta, possibilitaram que casais com problemas de procriação realizassem o sonho da paternidade/maternidade. Ao mesmo tempo, porém, trouxe uma série de questionamentos sob o ponto de vista ético e jurídico. As polêmicas levantadas giram em torno da produção e destino de embriões excedentários, gestação de substituição e, conforme a Resolução número 2121 do CFM, datada de julho de 2015, a utilização dos métodos de inseminação artificial por pessoas que, apesar de não apresentarem quadro clínico de patologias que causem infertilidade ou esterilidade, optam pela realização da reprodução assistida em razão de orientação sexual e escolhas pessoais, como mulheres solteiras em projeto autônomo de filiação e a utilização das técnicas por casais homoafetivos.

Na medida em que a medicina avança, as inquietações só aumentam. Exemplo disto são as ponderações, cada vez mais frequentes, entre o direito ao sigilo do dador do gameta e o direito do filho de conhecer a origem genética; disputas pela maternidade da criança em caso de cessão temporária de útero ou de conflito entre a paternidade afetiva e biológica; implicações éticas e jurídicas do chamado “adultério genético”²⁴; entre outros.

²⁴ A reprodução humana artificial pode ser homóloga, quando os gametas masculino e feminino são provenientes do casal que se submete ao procedimento médico, ou heteróloga, quando um dos gametas utilizados no processo de fertilização é proveniente de doador anônimo. Neste último caso discute-se a possibilidade de existência de adultério genético, quando, por exemplo, o sêmen de doador é utilizado com desconhecimento ou revelia do consorte.

O que mais inquieta a população é a ausência de norma jurídica que regule a matéria. Conforme se pode verificar no quadro 01 abaixo, desde o ano de 1993 que são propostos projetos de lei na tentativa de estabelecer parâmetros normativos reais que regulamentem a matéria do auxílio médico à procriação humana, mas desde o projeto nº 3638/93 até o projeto nº 115/2015, somaram-se 21 propostas sem que nenhuma lei fosse regulamentada.

Quadro 01 – Projetos de lei e outras medidas normativas relacionados a utilização de técnicas de RHA

ANO	NÚMERO	AUTOR	ASSUNTO
1993	PL 3638	Luiz Moreira	Propõe normas para utilização de técnicas de reprodução humana assistida
1997	PL 2855	Confúcio Moura	Propõe normas para utilização de técnicas de reprodução humana assistida
1999	PL 0090	Lúcio Alcântara	Propõe normas para utilização de técnicas de reprodução humana assistida
2000	INC 1039	Francisco Garcia	Sugere a adoção de critérios para utilização de técnicas de RHA no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS
2001	PL 4665	Lamartine Posella	Propõe normas para utilização de técnicas de reprodução humana assistida
2002	PL 6296	Magno Malta	Propõe normas para utilização de técnicas de reprodução humana assistida
2003	PL 0120	Roberto Pessoa	Dispõe sobre a paternidade de pessoas nascidas através do recurso a técnicas de RHA
2003	PL 1135	Dr. Pinotti	Propõe normas para utilização de técnicas de reprodução humana assistida
2003	PL 1184	Senado Federal	Propõe normas para utilização de técnicas de reprodução humana assistida

2003	PL 2061	Maninha	Propõe normas para utilização de técnicas de reprodução humana assistida
2004	REQ 0032	Jandira Feghali	Requer que seja convocada audiência pública para debater os projetos de lei sobre RHA em tramitação
2004	INQ 2929	Jamil Murad	Sugere ao Ministério da Saúde que seja implantado um programa de criopreservação de sêmen
2004	PL 4555	Henrique Fontana	Dispõe sobre bancos de armazenamento de cordão umbilical, material placentário e embriões
2004	PL 4686	José Carlos Araújo	Acrescenta o art. 1597-A à lei n 104056/2002, assegurando o conhecimento da origem genética, disciplina sucessão e vínculo parental para seres gerados a partir da RHA
2005	RIC 3440	Nilson Mourão	Solicita informações ao MS sobre a Política Nacional de Atenção Integral à RHA
2005	PL 4889	Salvador Zimbaldi	Normas para funcionamento de clínicas de RHA
2005	PL 5624	Neucimar Fraga	Cria o programa de RHA no SUS
2005	PL 6150	Osmânio Pereira	Estatuto do nascituro
2010	PL 7701	Dalva Figueirêdo	Dispõe sobre a utilização <i>post mortem</i> do sêmen do cônjuge ou companheiro
2012	PL 4892	Eleuses Paiva	Propõe normas para utilização de técnicas de reprodução humana assistida
2015	PL 115	Juscelino Rezende Filho	Institui o Estatuto da Reprodução Assistida, para regular a aplicação e utilização das técnicas de reprodução humana assistida e seus efeitos no âmbito das

			relações civis sociais
--	--	--	------------------------

Fontes: Disponível em: <www.senado.gov.br>. Acesso em: 10 ago. 2015; disponível em: <www.camara.gov.br>. Acesso em: 10 ago. 2015

O quadro acima demonstra a quantidade de projetos propostos na Câmara dos Deputados e no Senado Federal sobre a reprodução humana assistida no Brasil até o momento. Ao todo são 18 projetos de lei e três outras medidas legislativas correlatas ao fornecimento de serviços de saúde. Diante deste cenário, o CFM procura estabelecer parâmetros de condutas éticas a serem seguidas pelos médicos e clínicas que realizam procedimentos de RHA. Neste sentido, Borges e Oliveira (2000, p.18) afirmam que:

No Brasil, enquanto impera a inércia do legislador ordinário, o Conselho Federal de Medicina, considerando a necessidade de harmonizar o uso das técnicas com os princípios da ética médica, aprovou, em novembro de 1992, a Resolução nº 1.358,²⁵ que reflete normas compatíveis com os princípios constitucionais e com o ordenamento jurídico, embora não solucionem diretamente os conflitos inerentes às práticas. Essa Resolução não tem força de lei, mas é hoje uma das diretrizes responsáveis pelo controle social da utilização das técnicas.

Antes de adentrar nos aspectos gerais da Resolução nº 2121 do CFM, convém levantar as principais causas e efeitos que incidem na escolha pela forma assistida de reprodução. Neste aspecto, cabe refletir que os métodos utilizados nos tratamentos de RHA possibilitam que a procriação humana ocorra por meio de recursos médicos, permitindo que a pessoa ou casal supere as causas da esterilidade ou infertilidade. Assim, deve-se considerar como motivo determinante para se recorrer às técnicas assistidas de reprodução, a impossibilidade de procriação, seja esta unilateral ou por ambos os componentes do grupo familiar que se quer ampliar, quaisquer que sejam os motivos que conduziram a tal realidade. Estes, os motivos, podem ser das mais diversas ordens, das quais três merecem destaque: em virtude de patologias; em virtude de tratamentos ou por razões sociais.

No art. 226, a CF/88 reconheceu a pluralidade das entidades familiares (§6º), reconheceu também que “o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício deste direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas” (art. 227, § 7º). Ao mesmo tempo, a já citada lei nº 9.263/96 traz, no art. 3º, que o instituto é

²⁵ Importante ressaltar que a Resolução supracitada foi substituída, em 2010, pela de nº 1.957, sendo esta última revogada pela Res. nº 2013, de abril de 2013, que foi substituída pela Resolução de número 2121/2015.

parte integrante das ações de atenção à saúde do homem, da mulher ou do casal, incluindo textualmente a assistência à procriação.

A redação do instrumento normativo que norteia a presente discussão é extremamente inovadora, tocando claramente em aspectos que o próprio legislador civil, por ocasião da elaboração do código de 2002, esquivou-se de abordar, como a família monoparental e a família homoafetiva – faz-se aqui o registro que ele entrou em vigor mais de uma década após a Constituição Federal de 1988, que consagrou a existência de outras entidades familiares para além dos tipos tradicionais. A Resolução de 2121/2015 do CFM traz, explicitamente, casais homoafetivos e pessoas solteiras como prováveis sujeitos, reconheceu e abordou de forma explícita estes arranjos familiares quando permite o uso das técnicas de RHA por casais homoafetivos e pessoas solteiras, sem discriminação.

A Resolução nº 2121/2015 traz, ainda, orientações acerca dos procedimentos realizados pelos médicos e clínicas especializadas, preservação e destinação de embriões excedentários, gestação de substituição, reprodução *post mortem*, entre outras temáticas. Vale salientar que a Resolução 2121/2015, apesar de ser ato normativo, não é lei, é norma técnica que serve de parâmetro ético a ser seguido pelos profissionais de saúde, mas, em vários aspectos, no direito brasileiro, é a única norma existente sobre a matéria.

Não obstante a inexistência de estatuto específico para reger a aplicação das técnicas de reprodução humana assistida, há mais de uma década tramitam no Congresso Nacional projetos de lei acerca do tema²⁶. Neste trabalho, citar-se-á alguns, considerados mais ilustrativos do cenário brasileiro. Antes, porém, não se pode deixar de questionar os motivos de tanta morosidade. Diferentemente do que aconteceu em Portugal, onde a procriação medicamente assistida – PMA – é atualmente regulamentada pela Lei nº 32/2006, que será abordada no capítulo 5, mas desde meados da década de 80, quando nasceram os primeiros bebês cuja concepção aconteceu com auxílio de técnicas artificiais de reprodução, há regulamentação do poder público sobre a matéria. A este respeito, Oliveira (2005, p. 15) cita o Decreto-Lei nº 319 de 25 de setembro de 1986, que já dispunha sobre a inseminação artificial homóloga, fertilização *in vitro* e fertilização intratubária.

²⁶ De acordo com os 18 (dezoito) projetos elencados no quadro 01 supracitados.

Note-se, mais uma vez, que o primeiro bebê de proveta nasceu em 1978 na Inglaterra (WARNOCK REPORT, 1984, p. 4), e, ao mesmo tempo que trouxe alegria e entusiasmo pelos avanços na ciência da embriologia, esperança para aqueles que padeciam de uma das muitas causas da infertilidade, levantou questionamentos acerca dos limites e controle que deveriam ser determinados. Logo se percebeu que as novas técnicas acarretariam situações nunca antes vistas ou imaginadas, jamais contempladas pelas normas de direito até então existentes, de modo que se chegou à conclusão de que novas leis seriam necessárias para reger os métodos de procriação medicamente assistida, manipulação de embriões e suas respectivas consequências²⁷.

Neste sentido, seguindo a lição de Otero (1999, p. 17), entende-se que o certo é que a dimensão dos novos fenômenos criados pela procriação artificial e, em geral, pela aplicação dos resultados das investigações genéticas ao ser humano não podem esbarrar numa qualquer postura de indiferença do Estado. A sociedade se vê diante de novos dilemas e o direito positivo atual não dispõe de respostas precisas imediatas. Exemplo: direitos sucessórios daquele que nasce por inseminação artificial homóloga anos depois da morte do doador; aquele que nasce por meio de inseminação heteróloga post mortem, poderá ser simultaneamente herdeiro de dois pais? (OTERO, 1999, p. 24). São problemas que já se apresentam hodiernamente e que urge por respostas, mormente em relação ao objeto da presente tese, o destino e tratamento jurídico dos embriões excedentários e dos demais componentes que figuram no tratamento de reprodução humana assistida.

Vários países, na sequência do Relatório Warnock, editaram normas sobre reprodução humana assistida. Alemanha ("Embryonenschutzgesetz" – Lei relativa à proteção dos embriões, de dezembro de 1990); em Portugal, a Constituição impõe ao Estado, no art. 67, no âmbito da proteção da família, a regulamentação da procriação assistida, sendo depois promulgada lei específica sobre a matéria, a Lei nº 32 de 2006; na Espanha tem-se as Leis nº 35 e nº 42, de 1988; Holanda e França possuem normas específicas (DINIZ e AVELINO, 2009, 543-544); na Espanha, desde 1988 há lei

²⁷ Segundo o relatório: "The development of science and medical technology in the field of human fertilization opens up many new issues for the law. In vitro fertilization, for example, has brought about situations not previously contemplated, in relation to which there is either no law at all, or such law as exists was designed for entirely different circumstances. We believe that new laws will be necessary to cope with the new techniques for alleviating infertility and their consequences, and to deal with the developments in research in the field of embryology. But we foresee real dangers in the law intervening too fast and too extensively in areas where there is no clear public consensus. Furthermore, both medical science and opinion within society may advance with startling rapidity." (WARNOCK REPORT, 1984, p. 16).

dispondo sobre a matéria (MONGE, 2002, p. 25). Na América Latina, a Argentina dispõe de dispositivos expressos no Código Civil de 2012, a exemplo do artigo 19²⁸, que cita o embrião *in vitro* e dos artigos 560 e seguintes, que versam sobre as regras relativas à filiação por técnicas de reprodução humana assistida.

É interessante também verificar a influência exercida pela religião na maneira como alguns países lidam com a matéria da procriação medicamente assistida. Mallia (2013, p. 386) analisa a prática de FIV em países católicos, tomando por base o caso de Malta, um país europeu. Lá, a Igreja Católica se pauta em um documento chamado *Dignitas Personae*, que promulgou a *Donum Vitae*, este último com mais de 25 (vinte e cinco) anos de existência. Na perspectiva da Igreja Católica, a principal causa do recurso à fertilização *in vitro* – FIV – é que a reprodução humana por meio da reprodução sexual é ignorada. A *Dignitas Personae*, na segunda seção, ao falar dos novos problemas envolvendo a procriação estabelece que as clínicas devem respeitar três “bens fundamentais”, quais sejam:

[...] o direito à integridade física de todo ser humano desde a concepção até a morte natural, a unidade do casamento no sentido de se tornar pai apenas através de sua própria esposa, e finalmente que uma pessoa venha ao mundo através do ato conjugal específico ao amor entre marido e mulher. (MALLIA, 2013, p. 385-386) (Tradução nossa)²⁹

Segundo os ensinamentos da *Donum Vitae*, a fertilização artificial, que substitui o ato conjugal, deve ser banida (MALLIA, 2013, p. 386). Vê-se que o que é combatido não é o tratamento de RHA pura e simplesmente, mas apenas os métodos que impliquem fazer a função exercida pelo ato sexual, ora denominado de ato conjugal, o que seria, na doutrina da Igreja, uma das funções do casamento. Outras técnicas, como a estimulação hormonal ou outros tratamentos medicamentosos não são alvos de ataques pelos documentos supracitados.

No Brasil, o primeiro bebê de proveta, Anna Paula Bettencourt Caldeira, nasceu em 7 de outubro de 1984, portanto, há mais de trinta anos, e ainda não se dispõe de lei sobre a matéria. Além da propositura tardia, os primeiros projetos de lei datam do início da década de 90, a tramitação no Congresso Nacional é bastante demorada. Há bancadas

²⁸ “Artigo 19. **Começo da existência.** A existência da pessoa humana começa com a concepção no ventre materno. Em caso de técnicas de reprodução humana assistida, começa com a implantação do embrião na mulher, sem prejuízo do que preveja a lei especial para proteção do embrião não implantado” Código Civil Argentino de 2012. (Tradução nossa.)

²⁹ “the right to physical integrity of every human being from conception to natural death, the unity of marriage in the sense of becoming a parent only through one’s spouse, and finally the requirement that a human person is brought to life through the conjugal act ‘specific to the love between spouses’.” (MALLIA, 2013, p. 385-386)

extremamente conservadoras e fechadas a temas mais polêmicos, dentre os quais estão assuntos conexos a utilização de técnicas de RHA (fertilização *in vitro* e inseminação artificial).

Dos projetos em tramitação atualmente, pode-se citar o projeto de lei – PL – nº 2061/2003, de autoria da Deputada “Maninha”, que dispõe que:

Art. 1º As técnicas de Reprodução Humana Assistida poderão ser utilizadas como um dos componentes auxiliares na resolução dos problemas de infertilidade humana, através dos serviços de saúde, públicos e privados, como forma de facilitar o processo de procriação, quando outras terapêuticas tenham sido ineficazes ou ineficientes para solução da situação de infertilidade.

No mesmo norte, o PL 1184/2003 reza que a RHA é permitida em caso de infertilidade ou de doenças ligadas ao sexo (art. 2º), porém restringe explicitamente os beneficiários a mulheres e casais. Mais recentemente, o PL 4892/2012, que aguarda votação no plenário da Câmara e teve os demais projetos nele apensados, define a RHA como técnicas médicas e cientificamente aceitas de modo a interferir diretamente no ato reprodutivo (art. 2º).

Em meio a tantas polêmicas, emerge a discussão sobre o destino do embrião excedentário, aquele que não mais está inserido em um projeto de filiação. No Brasil, problema se agrava pela inexistência de consenso sobre a natureza jurídica do embrião *in vitro*, problema que se pretende solucionar ao final da presente tese. Antes, porém, convém fazer algumas considerações acerca do início da vida, posto que será um dos conceitos fundamentais para o estabelecimento de um estatuto jurídico para o embrião excedentário.

3.2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS: O DIREITO À VIDA E O EMBRIÃO EXCEDENTÁRIO

Os direitos fundamentais foram sendo positivados gradativamente no decorrer da história. Apesar de serem direitos inerentes à condição humana, seu reconhecimento constitucional se deu em momentos diferentes, devido a sua inegável modificação ao longo dos anos. Primeiro foram formalmente consolidados os chamados direitos de primeira geração, isto é, os direitos civis e políticos, atraindo especial atenção o direito à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei, influenciados principalmente pelo liberalismo político e individualismo jurídico, marcando a passagem do Estado

Absoluto para o Estado Liberal de Direito. Em seguida os direitos de segunda geração, isto é, direitos sociais, econômicos e culturais, cuja herança provém dos excessos e falhas do capitalismo, marcando a passagem do Estado Liberal de Direito para o Estado Social de Direito. Logo após, foram firmados os direitos de terceira geração, isto é, os direitos difusos e coletivos, marcando a passagem para o Estado Democrático de Direito em que se vive hodiernamente.

Apesar de se usar termo “geração” para fazer referência à gradativa inserção constitucional das diversas nuances de direitos fundamentais insurgidas ao longo da história, esta locução tem sofrido ataques, visto que atrai a falsa impressão que um grupo de direitos fundamentais viria para substituir outro dado por ultrapassado. Sem embargo, a nomenclatura “dimensões” também recebe críticas, sob o argumento de que tal expressão serve para indicar dois ou mais componentes do mesmo fenômeno, sendo que, no caso em foco, há grupos de direitos fundamentais cujas conformações se revelam extremamente discrepantes. Diante de tal polêmica, geralmente esses termos são usados na qualidade de sinônimos.

Com efeito, o modo mais tradicional de contar a história dos direitos humanos é a divisão nas chamadas “gerações de direitos”. Esta teoria foi lançada pelo jurista francês, Karel Vasak, em 1979, e divide os direitos protegidos em três gerações. A primeira geração envolve os chamados direitos de liberdade, as conhecidas prestações negativas, nas quais o Estado deve garantir a autonomia do indivíduo. Canotilho (1993, p. 517) chama de direitos civis e políticos, onde serão definidas as competências entre o Estado e o ser humano. Esta geração tem como marco as revoluções liberais do século XVIII na Europa e nos Estados Unidos da América – EUA, que tinham o propósito de diminuir ou até mesmo extinguir o poder absoluto dos monarcas, limitando, deste modo, a atuação do Estado.

Bonavides (1997, p. 475) ensina que os direitos de primeira geração, também chamados de direitos de liberdade, têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico. Em suma, conclui o citado autor que estes são direitos de resistência ou de oposição do particular perante o Estado.

A Segunda geração de direitos humanos proporciona uma inversão no papel do Estado, não ficando somente na defensiva, de proteção e entra numa seara ativa, surgindo os conhecidos direitos sociais, que são denominados as prestações positivas do Estado. São exemplos desses direitos: saúde, educação, previdência social, habitação,

etc. Esta segunda geração nasceu das lutas sociais na Europa e nas Américas, tendo como marco a Constituição do México de 1917 e a Constituição alemã de Weimar de 1919, e o Tratado de Versalhes, que criou a OIT- Organização Internacional do Trabalho, reconhecendo direitos dos trabalhadores.

Os Direitos de terceira geração ou direitos de solidariedade são oriundos do olhar do homem sobre o planeta Terra. Exemplificando, seriam o direito à paz, ao meio ambiente equilibrado, à autodeterminação e ao desenvolvimento. Há autores, entre eles, Bonavides (1997, p. 571), que defendem uma quarta geração de direitos ou dimensão, fruto de uma globalização de direitos humanos, seriam os direitos de participação democrática, informação e direito ao pluralismo.

Esta visão de gerações sofre críticas atualmente porque traz consigo impressão de sucessão de uma geração por outra, porém, como deixa claro Bonavides (1997, 571-572), o que acontece na realidade é um acúmulo de direitos. Segundo o autor em comento, o melhor seria chamarmos dimensão ao invés de geração, pois quando um novo direito surge, os anteriores assumem uma nova dimensão, um novo modo de interpretação, não ocorrendo uma sobreposição de direitos como se faz pensar ao visualizar uma sequência de gerações de direitos. Trindade (1993, p. 38-39) sustenta a ideia de que a teoria geracional traz, ao invés de uma visão uniforme, uma percepção fragmentada do conjunto de direitos humanos. Para ele esta percepção fragmentada dos direitos humanos interessa majoritariamente àqueles que seguem e defendem regimes totalitários. Trindade (1993, p. 38-39) alega que esta visão recortada e limitada só serve aos interesses dos responsáveis pelos abusos e violações a direitos políticos que ocorreram no passado e pelas ausências diante de carências econômico-sociais do presente.

Após a edição da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, a Comissão de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas – ONU se reuniu na tentativa de elaboração de um tratado internacional de direitos humanos, onde se encontrasse todos os direitos aceitos pela comunidade internacional, no entanto, com o surgimento da Guerra Fria, não foi possível a elaboração de um só documento, pois os blocos capitalistas e socialistas não entraram em acordo sobre a preponderância desses ou daqueles direitos, surgindo dois tratados: o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Desta forma, os direitos protegidos foram classificados em cinco espécies: direitos civis, direitos políticos, direitos econômicos, direitos sociais e direitos culturais.

Os direitos civis são aqueles referentes a autonomia do indivíduo contra as interferências do Estado ou de terceiros, são direitos relativos à proteção dos atributos da personalidade e dignidade humana. Os direitos políticos são os direitos de participação, ativa ou passiva, da decisão política e nos cuidados com a coisa pública. Os direitos econômicos são aqueles que dizem respeito à ordem econômica do Estado, por exemplo, o direito da pessoa humana de obter um trabalho digno, uma existência digna para si e para sua família. Os direitos sociais seriam aqueles que garantem uma prestação positiva por parte do Estado, atendendo as necessidades dos indivíduos, proporcionando aos seres humanos um nível de vida adequado, dentre eles, uma alimentação, moradia, vestimenta. Os direitos culturais são aqueles que garantem a participação do indivíduo na vida cultural da comunidade, manutenção do patrimônio histórico cultural.

Na esfera internacional, os principais documentos existentes para a promoção e defesa dos Direitos Humanos são a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto dos Direitos Civis e Políticos e seus protocolos adicionais, o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, e a Convenção Americana dos Direitos Humanos, além de pelo menos 13 convenções ou declarações da Organização das Nações Unidas (ONU) que focalizam temas específicos como o racismo, direitos da mulher, criança trabalhadores migrantes, tortura, desaparecimentos forçados, povos indígenas e pessoas com deficiência. No Brasil, a Constituição Federal de 1988 incorporou os direitos consignados na Declaração Universal, assegurando a brasileiras e brasileiros que eles sejam garantidos pelo Estado com o apoio de toda a sociedade.

Importante também entender o significado do termo “direitos fundamentais”. Produto de uma lenta e difícil evolução histórica, os direitos fundamentais são resultado da consagração de grandes conquistas sociais que, a partir da superação de inúmeras e graves diferenças entre os sujeitos de direitos, nas palavras de Cambi (2010, p. 30), passaram a representar a pedra angular de praticamente toda a ordem jurídica atual, especialmente do ocidente, pois, apesar de dever ser buscado um aspecto global, os princípios que elencaram todas estas mudanças têm como cenário principal a Europa e os Estados Unidos. Estas conquistas transformaram o mundo e a sociedade, influenciando de forma cabal o modo como os Estados são construídos e organizados, atingindo diretamente a estrutura base das Leis Fundamentais (Constituições) dos mesmos.

Pode-se afirmar que estas liberdades públicas, como também podem ser chamados os direitos fundamentais – como visto anteriormente, surgiram da necessidade de defesa dos indivíduos perante os abusos que o Estado poderia cometer (como acontecia no Estado Absolutista e com os regimes totalitários nazifascistas, por exemplo), assim podemos inferir que esses direitos são construídos a partir dos frutos do idealismo da soberania popular.

Ao buscar, entretanto, um conceito de direito fundamental pode-se encontrar diversos, devido à tamanha complexidade do tema. Alguns autores podem dar a eles conceitos mais didáticos e positivo-dogmáticos, concebendo-os, por exemplo, como o conjunto de normas, incluindo princípios, prerrogativas, deveres e institutos, inerentes à soberania popular, com vista a garantir convivência pacífica, digna, livre e igualitária, independente de credo, raça, origem, cor, condição econômica ou status social (BULOS, 2011), ou então dando aos direitos fundamentais conceitos mais analíticos. Eduardo Cambi, por exemplo, traduz direito fundamental como “‘princípios’ que produzem efeitos sobre toda a ordem jurídica, sendo dotados de uma eficácia expansiva que inclui todos os âmbitos jurídicos.” (CAMBI, 2010, p. 31)

Como fora citado anteriormente, os direitos fundamentais possuem diferentes terminologias, podendo ser chamados de liberdades públicas, direitos naturais, direitos humanos fundamentais, direitos do homem, direitos individuais, dentre outros, e tamanha gama de expressões se deve justamente a complexidade e abrangência de seu significado. De certo modo a própria ideia de direitos fundamentais, como termo, é ainda assim limitadora e não traduz completamente todo o campo abrangido por tais fundamentos.

Apesar da dificuldade em determinar uma expressão exata que seja suficiente para abarcar todos os entendimentos sobre esses direitos é possível salientar que, desta forma, fazendo uma conexão com o tema nuclear deste estudo, existe a possibilidade real e clara de encontrar positivado em diversas áreas do direito, em especial no direito civil, normas e princípios declaradamente reconhecidos como direitos fundamentais, que a princípio poderiam ser preceituados como direitos exclusivamente Constitucionais e dotados apenas de eficácia vertical. Esta premissa enseja de certa forma a crescente constitucionalização dos direitos e a valoração da eficácia horizontal das liberdades públicas nas relações privadas.

Assim, tratando especificamente dos direitos fundamentais como meio de defesa e instrumentalização dos direitos poderemos caracterizá-los, partindo do preceito de que

possui natureza jurídica de norma constitucional positiva – podendo ser exemplificados enfaticamente no art. 5º da Constituição Federal Brasileira –, como dotados de historicidade, inalienabilidade, imprescritibilidade, exigibilidade, irrenunciabilidade, universalidade e podem ser cumulativos (concorrentes). É importante citar que os direitos fundamentais são, em sua grande maioria, relativos, pois não podem ser exercidos em absoluto e sem restrições, em resumo, eles possuem limites. Entretanto, tomando por base concepção pontiana, há direitos fundamentais relativos e absolutos, onde aqueles seriam assim considerados (relativos) devido a necessidade do seu conteúdo e incidência serem condicionados a previsão de lei (infraconstitucional), enquanto que os direitos absolutos seriam aqueles derivados diretamente da norma constitucional.

Bulos (2011) também faz referência a relatividade dos direitos fundamentais, admitida na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, e afirma também a existência de direitos que seriam absolutos e irrestritos. Um exemplo é a proibição à tortura e do tratamento desumano, que é um direito fundamental que em hipótese alguma poderia sofrer restrições por pior que possa parecer o indivíduo. Um ponto a destacar sobre os direitos humanos fundamentais é a questão de que por serem resultado da constante evolução histórica (derivados das lutas sociais), a doutrina e a jurisprudência atendem a existência das chamadas gerações, dimensões ou ainda famílias de direitos fundamentais. Este pensamento representa a ideia de que o direito fundamental é construído em fases e que se organizam formando, de certo modo, gerações, dimensões ou famílias, como dito. Os termos utilizados para a organização das etapas desses direitos, mais uma vez, não são consenso, onde cada doutrinador passa a adotar a expressão que melhor lhe aprouver.

Todavia, por se tratar de terminologia considerada mais didática, a denominação gerações é bastante utilizada, pois entende-se que assim melhor se ilustra as etapas evolutivas dos direitos fundamentais. Este termo entende a conexão das gerações umas às outras, de forma cumulativa, ou seja, os direitos conquistados nas gerações anteriores não são anulados com o passar das gerações, as novas conquistas se somam as anteriores, embora não haja uma relação de hierarquia, mas sim relação de união a fim de solidificar ainda mais as conquistas atingidas.

Em meio aos direitos fundamentais reconhecidos pelo ordenamento jurídico constitucional no Brasil, há que se destacar o direito à vida, podendo ser visto como pressuposto e fundamento dos demais direitos. Não há que se falar em igualdade,

liberdade, solidariedade, segurança, propriedade, saúde, educação, dignidade da pessoa humana, entre outros direitos igualmente essenciais, se não houver respeito ao direito à vida. Todavia, diante do cenário atual no qual as novas tecnologias em matéria de reprodução humana se apresentam, com a possibilidade de fertilização artificial e concepção extracorpórea, a determinação do início da vida humana suscita uma série de divergências, levando a questionamentos acerca do marco inicial de proteção.

Sabe-se que a definição de um *status* que se pretende conferir ao embrião *in vitro* não é tarefa fácil. A consideração do embrião como sujeito ou não de direitos está intimamente ligada ao marco inicial da vida, no entanto, diversas são as teorias que tentam delimitar seu início, e todas elas dispõem de embasamentos plausíveis tornando o assunto ainda mais complicado. Neste sentido, o Direito, como instrumento regulador de condutas, precisa da ajuda da biologia e da medicina para determinar o início da mais preciosa garantia individual, ressaltando que estas ideias acerca do início da vida são desenvolvidas em espaços não isentos de interesses, isto é, espaços políticos, consistindo numa escolha eminentemente política.

Vasconcelos (2006, p. 36-37) diz que para avaliar as teorias acerca do início da vida, é preciso antes compreender as fases pelas quais perpassa o processo de fertilização humana. Segundo a autora, deve-se concluir que o início do ciclo vital depende da fecundação do oócito pelo espermatozoide. A partir deste momento, nos passos que sucedem, tem-se a formação do ovo ou zigoto, ser autônomo em tudo aquilo que envolve as etapas seguintes ao seu pleno desenvolvimento, e em tudo diferenciado de seus genitores, posto que tem individualidade genética própria.

A determinação do momento em que se inicia a nova vida é deveras importante para as discussões que se travarão no presente trabalho. Isto porque o referido marco é fundamental para determinar o momento em que se deve iniciar a tutela jurídica do embrião humano e os respectivos níveis de proteção a que corresponde cada etapa da evolução.

De acordo com Rocha (2008, p. 78), são três as teorias que se formaram a fim de determinar o início do processo vital humano, a teoria concepcionista, a teoria genético desenvolvimentista e a teoria da pessoa humana em potencial. A primeira delas, a teoria concepcionista, prevê que a vida humana se inicia com a fertilização do ovócito secundário pelo espermatozoide, deste modo, a partir da fusão de duas células germinativas provenientes de organismos diferentes resulta-se na existência de um novo ser, que possui uma identidade genética individual, dotado de um sistema único e

distinto daqueles que lhe deram origem, e contendo todas as características de um ser humano adulto.

Assim, o marco inicial da vida seria, nesta acepção, o exato momento da fertilização. A embriologia humana demonstra que é a partir do momento da concepção que começa a existência de um novo ser, único e geneticamente diferenciado daqueles que lhe deram origem. O zigoto, ainda enquanto organismo unicelular, já contém toda informação genética que desencadeia o processo que impulsiona o seu desenvolvimento, e determina todas as características que terá se vir a nascer, como sexo, cores da pele e dos olhos, grupo sanguíneo, entre outros (VASCONCELOS, 2006, p. 36).

É impossível biologicamente e não existe técnica que permita gerar um ser humano a partir de outro ponto qualquer do desenvolvimento embrionário. Todas as técnicas de fertilização *in vitro* partem, obviamente, da fertilização, motivo pelo qual assim se denomina a tecnologia adotada para criação de embriões em laboratório. Por este motivo, Azevedo (2000, p. 89) afirma que a reprodução humana não oferece estágios iniciais alternativos, toda ela se inicia com uma única célula, o ovo ou zigoto. Cabe reconhecer, à luz da teoria concepcionista, que é este o início da vida humana.

Apesar dos termos fertilização e concepção serem tratados com identidade, e por este motivo estarem contemplados em uma mesma teoria, hora discutida, convém estabelecer algumas diferenças. Apesar de interligados, estes conceitos representam realidades distintas, fases sucessivas do processo biológico. A fertilização representa a penetração do óvulo pelo espermatozoide. Deste momento até a fusão dos pronúcleos e dissolução das membranas ocorre um lapso de aproximadamente 12 (doze) horas, só após este fenômeno é que se verifica de fato a concepção e constituição de uma vida distinta da dos respectivos genitores. Fala-se, então, das teorias da singamia e da cariogamia.

Decorrem, portanto, da teoria concepcionista outras duas proposições: a teoria singamia e a teoria cariogamia. A primeira diz que a vida se inicia no momento em que ocorre a penetração do espermatozoide no óvulo, a fusão dos gametas masculino e feminino, ou seja, no instante da fertilização, independente de não ter ocorrido ainda a fusão dos pronúcleos e a consequente formação do zigoto. Andorno (1997, p. 62) considera como irrelevante os fenômenos subsequentes, aos quais designa como “processo de individualização/personalização do homem”.

Por sua vez, a teoria cariogamia relaciona o início da vida ao momento da concepção, isto é, no momento que ocorre a fusão dos gametas que acarretará a formação de um novo ser, dotado de identidade genética própria. Em outras palavras, seus adeptos defendem que a vida humana só tem início com a formação do ovo ou zigoto, ou seja, após a fusão dos núcleos das células germinativas. A partir deste momento é que haveria, de fato, individualização, um ser humano com características genéticas próprias, distintas das daqueles que lhe deram origem.

A teoria genético-desenvolvimentista, condiciona o início da vida às fases de desenvolvimento embrionário, deste modo. O embrião humano adquire status jurídico e moral gradativamente, à medida que se desenvolve durante a gestação. Como se pode ver, a análise da teoria em discussão ultrapassa o conceito de embrião *in vitro* para tutelar apenas o embrião *in vivo*, já após iniciada a gestação. Dela decorrem outras três: a teoria da nidação do ovo, a teoria da formação dos rudimentos do sistema nervoso central e a teoria do pré-embrião.

A teoria do pré-embrião tem origem nos estudos ligados ao Relatório Warnock sobre Fertilização e Embriologia (1984, p. 59; 65-66) e foi a que mais exerceu influência na legislação mundial. Através dela se expõe uma série de motivos pelos quais se justifica que o conceito humano não pode ser considerado como indivíduo *ad initio*. Os partidários desta teoria entendem que até o 14º dia após a concepção o que existe não é um ser humano, mas uma célula germinativa ou progenitora capaz de gerar um ou mais indivíduos da mesma espécie, abrindo espaço para a experimentação científica até esta data. Apenas a partir do 15º dia é que o embrião adquiriria individualidade genética, o que seria tido como marco inicial da vida.

A teoria dos rudimentos do sistema nervoso central relaciona que a vida se inicia com o aparecimento dos primeiros sinais de formação do córtex central, que ocorre entre o décimo quinto dia e o quadragésimo dia de evolução embrionária, ou seja, após a verificação da emissão de impulsos elétricos cerebrais é que se pode afirmar que se iniciou uma vida especificamente humana, pois seria quando o homem teria a possibilidade de possuir consciência.

Vasconcelos (2006, p. 44-48) e Ferraz (2011, p. 17-18), também apontam as teorias da nidação, natalista e da personalidade condicional, as quais se entende no presente estudo como mais adequadas à discussão a respeito do estatuto jurídico do nascituro, posto que, em especial nas duas primeiras, já se pressupõe uma gestação. Os partidários da teoria da nidação defendem que o início da vida começa com a fixação do

ovo no útero da mulher, pois, do contrário, o embrião não teria condições de se desenvolver.

A teoria natalista, que tem origem no Direito Romano, determina que o feto seria uma condição da mãe que o “hospeda”, condicionando a aquisição da personalidade ao nascimento com vida. Em suma, não se compreende que o conceito humano tenha autonomia biológica, o que será adquirida apenas se nascer e puder sobreviver por si só. A teoria da personalidade condicional, a seu turno, afirma que a personalidade tem início com a concepção, mas condicionada ao nascimento com vida. Seus adeptos consideram que embora o embrião não tenha *status* de pessoa desde a concepção, tem possibilidade de vir a ser, mas esta realização fica pendente de uma condição suspensiva: o nascimento com vida. Todavia, deve-se verificar que ambas as teorias confundem o início da vida com o momento de aquisição da personalidade.

A teoria da pessoa humana em potencial mostra-se como uma alternativa as duas teorias supracitadas. De acordo com esta teoria, não é possível identificar totalmente o embrião como uma pessoa humana, visto que ele não possui personalidade e não é capaz de exercer direitos e contrair obrigações, no entanto, embora ele não seja uma pessoa humana, não se pode dizer que ele constitui um mero amontoado celular, uma vez que seu desenvolvimento leva a formação, indubitavelmente, de um ente humano. Deste modo, o embrião desde o momento da concepção estaria num estado de potência e ao passar da potência para o ato é que se efetivaria sua proteção jurídica.

Quanto a esta proteção, como foi visto anteriormente, o direito à vida está intimamente ligado à determinação da condição jurídica embrião e liberação da pesquisa com células-tronco embrionárias. Partindo deste viés, observa-se que vários são os diplomas nacionais e internacionais que buscam tutelar a vida, demonstrando um esforço jurídico e político no sentido de protegê-la.

No tocante a legislação internacional, o Estado brasileiro é signatário de várias Convenções sobre direitos humanos que dispõem sobre o direito à vida, tais como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966, que diz em seu artigo 6º que **“O direito à vida é inerente à pessoa humana. Este direito deverá ser protegido pela lei. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.”** (Grifos nossos), a Convenção Americana de Direitos Humanos que dispõe em seu artigo 4º: “Toda pessoa tem direito de que se respeite sua vida. Este direito deve ser protegido pela lei e, em geral, **desde o momento da concepção.** Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.” (Grifos nossos) e a Declaração Universal de Direitos Humanos que

diz no seu artigo 1º “Todas as pessoas nascem livres **e iguais em dignidade e direitos.** [...]” (Grifos nossos).

A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º assevera: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a **inviolabilidade do direito à vida** [...]” (Grifos nossos). Bem como o artigo 2º do Código Civil Brasileiro, que afirma: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; **mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.** ” (Grifos nossos).

Como aponta a Constituição Federal de 1988, os diplomas internacionais ratificados pelo Brasil podem ganhar força de norma constitucional, *in verbis*:

Artigo 5º, parágrafo segundo: 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. (Grifos nossos)

Artigo 5º, parágrafo terceiro: Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às **emendas constitucionais**. (Grifos nossos)

Diante do que foi exposto, observa-se que o Brasil, respeitando a legislação nacional e internacional deve proteger a inviolabilidade da vida desde o momento da concepção, ou seja, a princípio, não seria possível a pesquisa com células-tronco embrionárias, visto que o embrião seria um sujeito de direitos. No entanto, a Lei nº 11.105/2005 chamada Lei de Biossegurança diz em seu artigo 5º que “É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento (...)”, colocando em discussão a assertiva mencionada.

Sabe-se que a definição daquilo que de fato é protegido pelo direito fundamental à vida não é pacífica. Constatam-se três âmbitos de proteção de tal direito, havendo atribuição de significado ao direito à vida como direito à própria vida, direito de uma vida digna e direito à proteção em face aos avanços da biologia.

Neste cenário, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510-0-DF debateu a constitucionalidade do artigo 5º e parágrafos da Lei de Biossegurança, que envolve as pesquisas e terapias com células tronco embrionárias humanas, diante da proteção constitucional ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana. Na ocasião, o Supremo Tribunal Federal declarou, por maioria dos votos, pela constitucionalidade do referido

artigo e parágrafos, visto que apesar de reconhecer a necessidade de proteção ao embrião e por este motivo salvaguardar seus eventuais direitos, ele seria uma expectativa de vida humana, e para que ele adquira esses direitos é preciso que ocorra o nascimento com vida.

A ação foi proposta pelo Procurador Geral da República, que, considerando o zigoto como ser humano embrionário, alegou, em suma, que o dispositivo em comento violava os princípios da proteção à vida e da dignidade da pessoa humana. Na decisão, os Ministros do Supremo Tribunal Federal alegaram que a vida tutelada pela legislação nacional é a vida da pessoa física ou natural; ao mesmo tempo, ponderaram o princípio da dignidade humana, no qual consideraram contemplado o embrião excedentário, com o princípio da dignidade da pessoa humana, considerando esta a pessoa física ou natural cuja personalidade foi adquirida com o nascimento com vida. Prevaleceu o princípio da dignidade da pessoa humana.

Observa-se que, sobre a determinação do início da vida e a pesquisa de células-tronco embrionárias, existem muitas divergências, mas aqui se entende que a teoria mais adequada hodiernamente é a teoria da cariogamia. Todavia, não cabe ao direito determinar o momento exato em que começa a vida humana, mormente quando a própria ciência apresenta correntes cujos posicionamentos não são compatíveis entre si. Apesar disso, faz-se necessário analisar com cautela a condição jurídica da matéria biológica manipulada nos tratamentos de reprodução humana e refletir sobre o marco inaugural de tutela e o âmbito de proteção, ainda que para isto tenha que se definir novos parâmetros que prescindam da determinação do início da vida.

3.3 DO EMBRIÃO EXCEDENTÁRIO

As técnicas de RHA surgiram, pois, como tratamento para que casais que lutam contra infertilidade e esterilidade pudessem ter correspondidos seus anseios de procriação. Todavia, a evolução da sociedade e o surgimento de novas modalidades de entidades familiares fez com que novas demandas surgissem perante a comunidade médica, que estenderam tais procedimentos a pessoas que, muito embora não sejam acometidos de nenhuma doença que lhes retire a capacidade física de reprodução, encontram-se impossibilitadas de fazê-lo por motivos outros, como pessoas solteiras e casais homoafetivos. Segundo Gama (2003, p.640), “opera-se, na contemporaneidade, a

medicalização da procriação, ou seja, o crescente domínio que a medicina vem adquirindo no campo da reprodução humana [...]”.

A reprodução humana, domínio antes da competência e responsabilidade exclusiva dos pais, foi transferido ou partilhado com os médicos, que se deparam também com novos desafios em termos éticos. A relação bilateral entre pais e médicos alargou-se (dadores, mães portadoras), a própria clareza e identificabilidade da noção de pais torna-se controversa. A própria função do médico parece sofrer alteração: não é mais “apenas” aquele que garante o estado de saúde e a vida do paciente, “mas também aquele que cria, transforma e as vezes é constrangido a destruir”. (OTERO, 1999, p. 16)

Leite (1997, p. 31-52) já dizia que as indagações a respeito do embrião humano adquiriram uma visibilidade cada vez mais crescente. Com efeito, é cada vez maior o número de crianças nascidas sem sexo, por meio de técnicas de RHA. É cada vez maior o número de pessoas que recorrem a técnicas de fertilização *in vitro* e, por consequência, aumenta também o número de embriões supranumerários. Tornar o embrião tangível e visível a todos gera uma série de novos dilemas (LEITE, 1997, p. 31-52).

Ainda que não seja considerado pessoa, e mesmo que, ao final lhe seja atribuída a categoria de bem, o embrião é humano, quer na origem, quer no destino, está atrelado a uma história estritamente humana. Todavia, a vida embrionária não dispõe de proteção no direito positivo brasileiro. O que os códigos protegem é a vida intrauterina (nascituro) e a vida da pessoa humana. A vida humana embrionária carece ainda de disciplina ou tutela protetiva.

Quando se deparam com causas de infertilidade, muitos casais, motivados pelo desejo de formar família, procuram clínicas de reprodução humana. Desta forma, os bebês são gerados através da reprodução assistida, que consiste no encontro do óvulo com o espermatozoide fora do corpo da mãe, ou seja, neste caso a fertilização se dá em laboratório. Após a fertilização, o embrião pode se desenvolver em laboratório até 14 dias, sendo congelado até o décimo quinto dia (CFM, 2015) ou, antes disto, se for o caso, transferido para o útero materno.

Diante do risco do procedimento, vários óvulos são inseminados para que o tratamento tenha resultado satisfatório. Quando um casal procura este meio de reprodução, vários embriões são produzidos, mas nem todos são implantados, pois aqueles considerados menos viáveis, isto é, aqueles que possuem probabilidade de não se desenvolver com saúde não são inseridos no útero da mulher. Por outro lado, para

que a gravidez ocorra é necessário que dois ou mais embriões saudáveis sejam transferidos. Segundo a resolução 2121/2015 do Conselho Federal de Medicina (BRASIL, 2015), o número de oócitos e pré-embriões a serem transferidos não deve ser superior a quatro, como forma de evitar multiparidade, devendo os demais permanecerem criopreservados. Há limites para transferência de zigotos para o útero da genetriz, mas não se controla a quantidade de material fertilizado, motivo pelo qual é usual a fertilização de excedentes.

A grande problemática gira em torno do destino dado aos embriões excedentes. Estes poderão ficar congelados por tempo indeterminado, serem descartados ou até mesmo utilizados para pesquisas científicas. Para se saber qual destino deverá ser dado ao ser humano *in vitro* é preciso antes de mais nada saber se os mesmos possuem vida e se podem fazer parte de uma relação jurídica, não sendo, portanto, tratados como meros objetos.

Ocorre que, ao prestar este tipo de tratamento, as clínicas costumam “produzir”, por cautela, um número de embriões bem maior do que o que será, inicialmente, implantado no útero da mulher. Durante o procedimento, o recomendado é que se insira de dois a quatro embriões, para aumentar as chances de uma gestação bem-sucedida. O restante dos embriões, conforme se afirmou, fica armazenado na clínica à espera de um destino. A pergunta que fica é: que destino?

O art. 5º³⁰ da Lei Nacional de Biossegurança (Lei nº 11.105/2005) e a Resolução número 2121/2015 do Conselho Federal de Medicina, que adota normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução humana assistida, trazem algumas possibilidades, quais sejam, doação, pesquisa e descarte, ainda não é suficiente. Se os genitores quiserem, podem deixar os embriões armazenados até se tornarem inviáveis, sem que se permita doação ou destinação à pesquisa. Seria correto ou digno este

³⁰ Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

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

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

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

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

comportamento? Também não se pode dizer que seria correto ou incorreto obrigá-los a dar uma destinação.

A inquestionável importância de uma proteção jurídica específica do embrião excedentário justifica a necessidade da criação de um estatuto que lhe seja peculiar, através de disposições normativas que salvaguardem a sua tutela, a fim de que lhe seja resguardado o seu valor, enquanto origem da vida humana. Por via correlata, as opções para o destino do excedente estarão vinculadas ao estatuto ético do embrião.

Em que pese alguns países já disporem de normas específicas sobre a matéria, a exemplo da Alemanha e Espanha, o Brasil ainda carece de regulamentação especial e pouco se fala, na doutrina, sobre um estatuto, sobre quais seriam as condutas éticas e jurídicas que se deve adotar para com o embrião.

Neste ponto, cumpre destacar algumas legislações, no intuito de verificar quão diferenciado é o tratamento conferido à matéria, especialmente no que toca à possibilidade de destiná-los ao uso em investigação científica. Segundo Oduncu (2003, p. 5), o interesse da indústria farmacêutica e o consequente investimento no campo são altíssimos. Grande também é a pressão para um maior nível de permissibilidade, de modo a ampliar as possibilidades de utilização do embrião humano em pesquisas com células tronco.

Em janeiro de 2001, o Parlamento Britânico realizou uma emenda no *Human Fertilisation and Embryology Act* de 1990 para ampliar as possibilidades de pesquisa com embriões humanos, com a utilização de células tronco embrionárias e, inclusive, permitindo a clonagem terapêutica³¹. Na visão de Oduncu (2003, p. 5) o Reino Unido se tornou o primeiro país a permitir a pesquisa com células tronco embrionárias.

Estas podem ser geradas a partir dos gametas humanos, por meio do processo de fertilização artificial, extracorpórea, ou por clonagem. Mas a questão principal é saber se elas são apenas um amontoado de células ou algo mais do que isto (ODUNCU, 2003, p. 6). Mais uma vez, questiona-se qual o status moral que lhes deve ser concedido, pessoa, coisa ou sujeito de direito?

Na Alemanha, o anúncio do primeiro processo bem-sucedido de isolamento da célula tronco embrionária em estágios precoces do blastocisto originário do processo de

³¹ Há duas espécies de clonagem, a clonagem terapêutica e a reprodutiva. Esta consiste na criação de um embrião clonado para fins de reprodução, dando origem a um ser com o mesmo código genético do indivíduo que lhe deu origem; aquela consiste na criação de um embrião clonado para produzir células tronco embrionárias a serem utilizadas na constituição de tecidos e estruturas do corpo humano, a finalidade é de viabilizar tratamento de doenças, não a reprodução. No Brasil, ambas as modalidades de clonagem são proibidas pela Lei Nacional de Biossegurança (Lei nº 11.105/2005).

fertilização *in vitro* – FIV foi recebido com entusiasmo. A expressão células tronco embrionárias passou a ser vista como uma palavra mágica ou senha para entrar na utopia médica de que os cientistas seriam capazes de solucionar todos os males. Ao mesmo tempo, especialistas apontam controvérsias nas perspectivas éticas e econômicas (ODUNCU, 2003, p. 6).

Sob a vigência do *Gesetz zum Schutze von Embryonen*, 1990, as pesquisas com células tronco só poderiam ocorrer com a coleta de material proveniente de fetos abortados, mas não de embriões criados em laboratório para fins de reprodução. Em 2001, estimava-se existir 150 embriões excedentários em toda a Alemanha. Apesar da existência, o uso em pesquisa era proibido (ODUNCU, 2003, p. 6).

Ocorre que, após a lei que permitiu a pesquisa com embriões no Reino Unido, a comunidade científica na Alemanha começou a clamar que esta liberdade fosse também vivenciada no território germânico, de modo que o German Stem Cell Act (“Stammzellgesetz – StZG”) foi promulgado em 25 de abril de 2002. O novo Embryonic Stem Cell Act (Stammzellgesetz – StZG) entrou em vigor em 1 de julho de 2002 e desde então as pesquisas com células tronco já existentes têm sido permitidas na Alemanha.

O StZG, de 25 de abril de 2002 trouxe as seguintes definições: células estaminais são as que podem se multiplicar e gerar diferentes estruturas, mas não um novo ser; células estaminais embrionárias são as provenientes de embriões criados em laboratório; embrião é uma célula totipotente capaz de originar um novo ser humano, desde que colocado em condições para seu desenvolvimento.

Segundo a legislação alemã, permite-se a pesquisa com células tronco embrionárias, mas desde que seja relevante e de alta prioridade para a ciência e para a medicina, é preciso que se tenham esgotado os procedimentos prévios de investigação laboratorial e teste com células provenientes de animais e também em animais já nascidos, como também que os ganhos esperados justifiquem sua utilização. Caso todos os requisitos não sejam observados, cumpre ressaltar que é prevista pena de 3 a 6 anos de prisão para quem descumprir os termos da lei.³²

³² §13 Penal sanctions

(1) Persons who import or use ES cells without official approval according to § 6 StZG will face a prison sentence of three up to six years [...]

Tradução:

13 Sanções penais

(1) Quem importar ou utilizar células tronco embrionárias sem aprovação oficial de acordo com o § 6 do StZG, cumprirá pena de 3 a 6 anos de prisão [...]

O conteúdo da lei reflete a tensão existente entre diferentes grupos de interesse. Tenta balancear os interesses daqueles que querem acesso a células tronco embrionárias de outros países com os daqueles que pretendem respeitar o princípio fundamental da dignidade humana evitando que os embriões sejam mortos. Assim, apenas se pode importar e utilizar embriões que já existam e que sejam excedentários, não é permitido criar novos embriões unicamente para destiná-los à pesquisa. (ODUNCU, 2003, p. 8)

Interessante observar que a lei alemã de proteção ao embrião de 1990, o *Embryo Protection Act* of 1990 (GESETZ, 1990) determina completa proteção ao embrião in vitro antes da nidação. A lei penal alemã, ao contrário, não prevê nenhuma proteção ao embrião in vivo antes da nidação (ODUNCU, 2003, p. 9).

Na regulamentação da matéria em Malta, para ter como base o posicionamento vigente em um país católico, quanto ao destino dos embriões congelados, diz que estes não devem ser postos à disposição de casais inférteis, não seria eticamente aceitável, pelo mesmo motivo que julga ilegal a procriação medicamente assistida heteróloga, como também qualquer forma de maternidade subrogada. Do mesmo modo, os embriões excedentários não poderiam ser disponibilizados para adoção, o que se considera eticamente reprovável, a mulher fértil que evita estas práticas teria uma superioridade moral. O problema não é a criopreservação de embriões em si, mas as consequências decorrentes (MALLIA, 2013, p. 386).

A *Dignitas Personae* fala em aborto com relação aos embriões criopreservados e não utilizados, aborto não nos termos da literatura médica, mas no sentido de “matar” os embriões. (MALLIA, 2013, 387). Entendimento incongruente, posto que a partir do momento em que não se admite a utilização por outros casais que não os genitores, caso estes não desejem mais filhos, fatalmente os embriões serão um dia destruídos ou doados para pesquisas. Isto implicaria no chamado aborto ou morte dos embriões.

Segundo relatório do parlamento de Malta, datado de outubro de 2010, o casal deve ser aconselhado dos procedimentos legais ao decidir a custódia, especialmente dos embriões excedentários, e mais ainda em caso de separação do casal, e o que fazer quando chegar ao limite legal para o congelamento, ainda não ser fixado. (MALLIA, 2013, 387). Ademais, tem-se a necessidade de ser criada uma legislação específica segundo as normas da União Europeia.

A criopreservação dos ovócitos trará menos questionamentos de ordem moral, notadamente em países católicos. A Cúria de Malta recomenda o uso da *naprotechnology* – tecnologia procriativa natural – que não seria abortivo, como

consideram a FIV. É um método que monitora a saúde reprodutiva e ginecológica da mulher, mas carece de maiores estudos para verificar se seria, de fato, tão eficaz quanto a FIV. (MALLIA, 2013, p. 388).

Voltando à apreciação do atual estado da arte no Brasil, se aprovado, o Projeto de Lei nº 4892/2012³³, que se encontra aguardando apreciação pelo plenário da Câmara, soluciona parcialmente a questão, ao limitar a produção de embriões ao quantitativo a ser implantado na genetriz, sendo então congelados apenas os gametas masculino e feminino, a exemplo do que ocorre na Alemanha. Só em casos excepcionais se resultaria na produção de excedentes, *in verbis*:

Art. 27. É permitido o congelamento de óvulos e espermatozoides pelas Clínicas, centros médicos ou hospitais que disponibilizem tratamentos de reprodução humana assistida, cadastrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária.

Art. 28. É vedada a produção de embriões supranumerários, entendidos como aqueles que excedem o número necessário à transferência em razão da idade da mulher.

Art. 29. O número de embriões a serem transferidos para a receptora será de:

I – até dois embriões, em mulheres com até 35 anos;

II – até três embriões, em mulheres entre 36 e 39 anos;

III – até quatro embriões, em mulheres com 40 anos ou mais.

Art. 30. Em caráter excepcional, caso haja a indicação médica de não se transferir imediatamente os embriões para a receptora, eles poderão ser criopreservados.

(PL nº 4892/2012)

O Código Civil brasileiro cita o embrião pré-implantatário no art. 1597, inciso IV, mas não define sua natureza jurídica. Para a lei civil, portanto, ele existe e pode ser inserido em um projeto de filiação, mas não se esclarece em que categoria jurídica poderia ser colocado. Somando-se a isto, uma problemática recorrente nas técnicas de reprodução humana assistida é: o que se fazer com o embrião excedentário, aquele que já não mais se encontra em um projeto familiar.

A este respeito, Resolução nº 2121/2015 do CFM aumentou o tempo mínimo de criopreservação para o período de 05 (cinco)³⁴ anos e dá outras determinações:

V - CRIOPRESERVAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES

1 - As clínicas, centros ou serviços podem criopreservar espermatozoides, óvulos e embriões e tecidos gonádicos.

³³ No mesmo sentido, o PL nº 115/2015, apensado ao PL nº 4892/2012.

³⁴ Nota-se que este prazo de 05 (cinco) anos diverge com o tempo mínimo estabelecido pela lei nº 11.105/2005, a Lei Nacional de Biossegurança, que estabeleceu o período de 03 (três) anos para destinar os embriões para pesquisa ou descarte.

2 - O número total de embriões produzidos em laboratório será comunicado aos pacientes, para que decidam quantos embriões serão transferidos *a fresco*, devendo os excedentes, viáveis, serem criopreservados.

3 - No momento da criopreservação os pacientes devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos embriões criopreservados, quer em caso de divórcio, doenças graves ou falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los.

4 - Os embriões criopreservados com mais de 5 (cinco) anos poderão ser descartados se esta for a vontade dos pacientes, e não apenas para pesquisas de células-tronco, conforme previsto na Lei de Biossegurança.

Assim, o material preservado só pode ser descartado após o tempo mínimo determinado no citado ato normativo. Neste ponto, deve-se destacar que o Conselho Federal de Medicina foi além do que a Lei de Biossegurança determina, provavelmente como um cuidado maior para não descartar embriões que ainda poderiam desenvolver uma gestação.

O elemento determinante para a criopreservação é a viabilidade, leia-se possibilidade de dar origem a uma gravidez. A partir do momento em que a inviabilidade for averiguada, o descarte é permitido. Do mesmo modo, a destinação à pesquisa só será possível quando o embrião é declarado inviável. A inviabilidade diz respeito à possibilidade de desenvolver uma gestação, mas não inviabiliza ações de investigação científica com o material em questão.

Ainda com relação ao embrião, a fertilização *in vitro* só é possível única e exclusivamente para fins de procriação. Clonagem humana é terminantemente proibida, não é ético, é ilegal. Do mesmo modo, não é ético se utilizar das técnicas de reprodução assistida para escolha do sexo ou para fins de melhoramento genético. As técnicas devem ser utilizadas para tratamento e não como uma espécie de “baby shopping”³⁵. Conforme a Resolução nº 2121/2015, a determinação do sexo ou outros tipos de manipulações só serão permitidas com o intuito de diagnosticar doenças genéticas, conforme disposto no artigo VI do referido instrumento normativo³⁶.

³⁵ Utiliza-se a expressão *baby shopping* de maneira figurativa, posto que há relatos de casos, conforme se demonstrará no capítulo 5, de genitores que procuram e médicos que oferecem a possibilidade de escolher as características que desejam para a criança almejada, selecionar cor da pele, olhos e cabelos, altura e o que mais se desejar, como se os componentes genéticos do embrião estivessem dispostos em um *menu* para que os clientes escolham aqueles que mais lhes satisfaçam.

³⁶ **VI - DIAGNÓSTICO GENÉTICO PRÉ-IMPLANTAÇÃO DE EMBRIÕES**

1 - As técnicas de RA podem ser utilizadas acopladas à seleção de embriões submetidos a diagnóstico de alterações genéticas causadoras de doenças.

2 - As técnicas de RA também podem ser utilizadas para tipagem do sistema HLA do embrião, com o intuito de seleção de embriões HLA-compatíveis com algum filho (a) do casal já afetado por doença, doença esta que tenha como modalidade de tratamento efetivo o transplante de células-tronco ou de órgãos.

3 - O tempo máximo de desenvolvimento de embriões "in vitro" será de 14 dias.

Por fim, a Resolução nº 2121/2015 dispõe, ainda, sobre a possibilidade de doação de gametas e embriões³⁷. Deve-se destacar a preocupação com o sigilo do doador, bem como a provável tentativa de se prevenir futuras relações incestuosas, evitando “que um (a) doador (a) tenha produzido mais que duas gestações de crianças de sexos diferentes, numa área de um milhão de habitantes”.

Nos dois aspectos, a Resolução nº 2121/2015 foi muito segura. Talvez, entre ambos, o mais problemático seja a questão do sigilo, vez que cria uma colisão entre dois princípios constitucionalmente reconhecidos, quais sejam: direito ao sigilo e o direito de conhecer a origem genética, ambos intrinsecamente relacionados com os direitos da personalidade³⁸.

O direito ao sigilo versa sobre a preservação da intimidade. O doador do material genético não optou por um projeto de filiação, apenas realizou um gesto de altruísmo em prol da realização do sonho de alguém que lhe era estranho. Violar o sigilo

³⁷ **IV - DOAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES**

1 - A doação nunca terá caráter lucrativo ou comercial.

2 - Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa.

3 - A idade limite para a doação de gametas é de 35 anos para a mulher e 50 anos para o homem.

4 - Será mantido, obrigatoriamente, o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e embriões, bem como dos receptores. Em situações especiais, informações sobre os doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do (a) doador (a).

5 - As clínicas, centros ou serviços que empregam a doação devem manter, de forma permanente, um registro de dados clínicos de caráter geral, características fenotípicas e uma amostra de material celular dos doadores, de acordo com a legislação vigente.

6 - Na região de localização da unidade, o registro dos nascimentos evitará que um (a) doador(a) tenha produzido mais que duas gestações de crianças de sexos diferentes, numa área de um milhão de habitantes.

[...]

8 - 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

9 - É permitida a doação voluntária de gametas, bem como a situação identificada como doação compartilhada de oócitos em RA, onde doadora e receptora, participando como portadoras de problemas de reprodução, compartilham tanto do material biológico quanto dos custos financeiros que envolvem o procedimento de RA. A doadora tem preferência sobre o material biológico que será produzido.

³⁸ . Os direitos da personalidade estão presentes propedeuticamente na Constituição Federal de 1988 e em todo arcabouço do Direito Civil, haja vista o CC brasileiro trazer em seu Capítulo II o título referente "dos direitos da personalidade" dos arts. 11 aos 21 são estes que tratam da proteção dos referidos direitos, que também estão ligados à dignidade da pessoa humanas, direitos esses que são intransferíveis, indisponíveis, irrenunciáveis. Os direitos da personalidade possuem uma consolidação geral tanto no sistema brasileiro quanto nos mais diversos sistemas mundiais, tendo como vanguardistas os direito à Vida, Liberdade, Integridade Física ou Psíquica, Privacidade, Honra, Moral do autor e à Identidade Pessoal. Carlos Alberto Bittar (2006) considera como da personalidade os direitos reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade, cuja previsão no ordenamento jurídico existe para a defesa de valores inatos ao indivíduo, como a vida, a higidez física, honra e privacidade, entre outros. Tais prerrogativas, partindo de uma visão naturalista são inatos ao ser humano desde o seu nascimento (já resguardado a expectativa de direitos do nascituro, conforme previsto no artigo 2º do Código Civil brasileiro).

nesses casos seria violar a personalidade do doador e representaria um desestímulo para candidatos a procedimentos futuros. Ao mesmo tempo, o direito de conhecer sua origem genética também é intrínseco ao ser humano. O fato de saber sua origem não fará surgir direitos e deveres oriundos de relação de parentesco, não trará, para com o genitor, nenhum vínculo de paternidade, apenas concederá ao ser que foi gerado o direito de saber de onde veio, o que pode ser feito por meio de uma ação de investigação de ancestralidade.

A ponderação entre esses dois princípios é deveras delicada, deve ser guiada à luz do princípio da proporcionalidade e outros padrões que serão ditados pela realidade fática posta perante aquele que deverá dirimir a questão. Como na colisão de princípios, a aplicação de um em detrimento de outro não conduz este, o que deixou de ser aplicado, ao prisma da invalidade, a decisão por um ou por outro é casuístico, depende muito do caso concreto. A única determinação preponderante nesses conflitos é quando uma das partes do conflito padece de alguma doença cujo tratamento passe pelo conhecimento de sua ascendência. Neste caso o direito à saúde deve prevalecer, nos demais o sigilo do doador tende a ser preservado.

3.4 DO EMBRIÃO *IN VIVO* E DO EMBRIÃO *IN VITRO*

O Código Civil brasileiro de 2002 cita o embrião excedentário no inciso IV do art. 1597, quando afirma que se presumem concebidos durante o casamento os filhos “havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de **embriões excedentários**, decorrentes da concepção artificial homóloga” (Grifos nossos). Todavia, o dispositivo acima aludido não aborda da natureza jurídica do embrião, nem como deve ser tratado o excedentário. Entende-se aqui que o embrião *in vivo*³⁹, o nascituro, já está amparado pelo art. 2º do Código Civil onde se lê que “a personalidade civil da pessoa começa com o nascimento com vida, **mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro**”. (Grifos nossos)

Nascituro, na etimologia da palavra, significa aquele que está para nascer, *in casu*, aquele que já se encontra no útero da mulher, em processo de gestação. Este já é definido pela legislação civil como titular de direitos. Fica claro, pela leitura do artigo,

³⁹ Adota-se, para este conceito, a diferenciação estabelecida no Relatório Warnock (1984), que define como embrião *in vitro* aquele que se encontra em um tubo (*in a glass*), sendo definido como *in vivo* o que está no útero de uma mulher (*in a body*).

que embora não seja ainda pessoa física ou natural, o embrião *in vivo*, o feto, é sujeito de direito, sendo, pois, um ente despersonalizado. O embrião *in vitro*, apesar de citado pelo art. 1.597, IV da lei civil, carece de qualquer definição legal e ainda é tratado de maneira muito tímida pela doutrina jusprivatística. Por consequência, impossível distinguir se o mesmo deve ser visto como titular ou objeto de direitos e de que maneira deve ser protegido.

Existem teorias que explicam a situação jurídica do nascituro: teoria natalista, teoria da personalidade condicional e teoria concepcionista. A teoria natalista assegura que enquanto estiver no útero materno o embrião não estaria individualizado e não teria proteção legal, segundo esta teoria, o nascituro apenas teria expectativa de direito⁴⁰ e destarte, não teria personalidade jurídica. Mas a personalidade é direito subjetivo do homem; sendo pessoa natural possui direitos.

O nascimento não é pressuposto para a existência de personalidade jurídica, apenas faz com que esta se consolide, nos termos da lei civil em vigor na localidade, conforme se verá no próximo capítulo. A doutrina da personalidade condicional impõe que a personalidade existe desde a concepção se a criança nascer com vida, se nascer morto, contudo, provocar-se-á a não aquisição de direitos. De acordo com a teoria concepcionista, o início da personalidade ocorre desde a concepção, cabendo definir se o marco será a concepção *in vitro* ou *in vivo*, no útero da mulher.

A ordem legislativa civil no Brasil, segundo Meirelles (2004, p. 164-165), reconhece os seres humanos já nascidos como pessoas naturais; resguardam os direitos dos nascituros, aqueles concebidos que se encontram no ventre materno e se tornarão pessoas com o nascimento com vida; assim como assegura vantagens a uma categoria denominada pelo direito como prole eventual, seres humanos ainda não concebidos, sendo estes dois últimos classificados como sujeitos, porém, desprovidos de personalidade.

Todavia, as técnicas de RHA possibilitaram a concepção extrauterina e “a existência de embriões *in vitro*, o que veio a representar realidade nova, totalmente afastada da tradição que fundamentou a tradição civil brasileira” (MEIRELLES, 2004, p. 165). Ao lidar com esta preocupação inicial, Sá & Naves (2009, p. 112-113) retratam bem a celeuma existente sobre o tema:

⁴⁰ Segundo a teoria natalista pura, a personalidade só se adquire com o nascimento com vida, restando ao nascituro apenas a expectativa de direito. Todavia, o artigo 2º do Código Civil brasileiro atribui àquele que está para nascer a condição de sujeito de direitos expectativos, podendo-se concluir que o diploma legal não adotou a teoria natalista pura, mas mitigada.

Em resumo, portanto, o Direito brasileiro reconhece e protege os direitos das pessoas naturais (pessoas nascidas), assegura situações subjetivas do nascituro (aquele que se encontra no ventre da mãe), como também garante vantagens à prole eventual (seres não concebidos). Mas, e o embrião? Impossível caracterizá-lo como pessoa natural, porque inexistente o nascimento com vida; não é nascituro porque não se encontra no ventre materno; não pode ser considerado como prole eventual, porquanto já houve concepção.

“Mas e o embrião?” É forçoso reconhecer que as categorias tradicionais não contemplam de maneira precisa a situação do embrião excedentário. A discussão acerca da matéria não é fácil, diversos autores defendem a proteção jurídica do embrião e relacionam sua classificação a partir da determinação do início da vida, o que representa um tema delicado sob o ponto de vista da bioética e do biodireito. De fato, da determinação do início da vida decorre uma série de consequências éticas e jurídicas sobre as quais se refletirá no decorrer do texto, dentre elas, a classificação do embrião como ser humano ou como coisa.

Cumprido ressaltar que não há consenso ou certeza sobre quando a vida se inicia. Ciência, filosofia e religião apresentam parâmetros bem diferenciados que vão desde a concepção a fases posteriores da gestação, ou mesmo apenas ao fim desta, com o nascimento. Ao que parece, o direito brasileiro tem seguido o entendimento da embriologia, que determina o início da vida aos catorze dias de gestação⁴¹. Entretanto, como se pode observar, o marco temporal adotado pela embriologia não contempla o embrião *in vitro*, posto que, apesar de já existir como célula embrionária, ainda não está em fase gestacional, *in casu*, esta só se iniciará após a implantação do produto da fecundação artificial no útero de uma genetriz. Mas ainda não se pode concluir que o embrião extracorpóreo não tem vida.

Para Ascensão (2008, p. 9), o início da vida humana ocorre com a singamia ou concepção, ao mesmo tempo, admite a relevância jurídica dos gametas. Para o autor, eles são da ordem das pessoas e como tal deve ser visto o seu regime jurídico, mas também, toma como indispensável o nascimento com vida. No mesmo norte, Maluf (2010, p. 89) dispõe que “a vida humana recebe proteção legal desde o momento da fecundação natural ou artificial do óvulo pelo espermatozoide, como dispõe o art. 2º do Código Civil, os arts. 6º, III, *in fine*, 24, 25, 27, IV da Lei nº 11.105/05”.

⁴¹ Só para exemplificar a afirmação supratranscrita, basta verificar que antes de completar os catorze dias de gestação, a mulher pode fazer uso de métodos contraceptivos sem que isto seja considerado aborto. O DIU impede a implantação da célula embrionária no útero, o que ocorreria por volta do sexto dia; a pílula do dia seguinte, a seu turno, destrói as células até 72 horas após a fecundação.

Como se pode ver, ainda que, no Brasil, a tendência seja considerar o início da vida como o décimo quarto dia de gestação, há quem afirme que mesmo antes do início da gestação, o embrião *in vitro*, desde o momento da concepção, inicia a existência com vida. Além de verificar se o embrião excedentário tem existência com vida, no entanto, é preciso investigar se lhe é garantida a condição de ser humano. A este respeito, Santiago (2008, p. 129) afirma que:

A identificação metafísica do começo da vida humana com o momento da concepção requer homologar ser humano e pessoa em uma unidade ontológica que se constituiria literalmente na formação do ovo, e que já possuiria o *status* moral pleno que corresponde a todo membro da humanidade sem que esse status variasse na medida em que o novo ser se desenvolve.

Por outro lado, na visão de Meirelles (2000), não se considera, o embrião, ser humano, mas também não se pode negar a sua natureza humana. O embrião seria um ser humano em potencial, pois embora ainda não o seja, há possibilidade de vir a ser. Em suma, aduz que não se deve classificar o zigoto supranumerário como ser humano desde a concepção, mas também se deve reconhecer a possibilidade de vir a sê-lo, desde que passe pelas etapas posteriores ao seu pleno desenvolvimento. O *conceptus* teria uma autonomia própria, peculiar a sua condição. Não seria uma autonomia humana, como pretende os adeptos da corrente concepcionista, nem biológica, como defende a corrente desenvolvimentista, mas embrionária (MEIRELLES, 2000).

Mas, enquanto não se torna humano, o que seria o embrião *in vitro*? Coisa? A definição “ser humano em potencial” é deveras imprecisa. Tem potencialidade de ser, mas não é. Para vir a ser humano, inicialmente, há necessidade de implantação no útero da mulher, para que este embrião possa se desenvolver. Ainda não existe gestação extrauterina de seres humanos e embriões excedentários podem nunca vir a ser implantados. É preciso que se determine, justamente, a condição do embrião *in vitro* neste intervalo de “potencialidade”, entre a fecundação artificial e a colocação no útero da genitora. Aguiar (2005, p. 53), ao afirmar que o embrião humano não pode ser considerado coisa, suscita o princípio da dignidade humana:

[...] como realçado anteriormente, entre a pessoa e a coisa não há uma relação de uniformidade, mas de dominação do ente humano sobre o objeto. Essa prevalência não pode ser, entretanto, estendida à esfera da procriação assistida, quer por não ser o embrião humano coisa, quer porque essa dominação estaria em desacordo com o princípio da dignidade humana.

Ascensão (2008, p. 9 e ss.) defende que o embrião humano tem a dignidade de um ser humano completamente desenvolvido desde a concepção, estendendo-se, pois, também às técnicas de fecundação artificial. O embrião já teria, desde a singamia, uma identidade genética completamente diferenciada “*y un nuevo destino humano que a partir de ese momento comienza a expresar-se a sí mismo en sucesivas y graduales etapas de un proceso continuo*”⁴² (ORDÁS, 2002, p. 102).

No mesmo sentido, Meirelles (2004, p. 170) afirma que as pessoas nascidas foram embriões nas etapas iniciais de seu desenvolvimento e que, no futuro, muitas delas poderão ter sido embriões *in vitro*. “Daí porque toda e qualquer prática agressiva aos seres embrionários atinge, por via de consequência, o homem considerado em sua dignidade” (MEIRELLES, 2004, p. 170). O ser humano não pode desconhecer sua origem embrionária, antes disto, deve respeitar as fases iniciais de seu desenvolvimento como requisito necessário ao futuro da própria raça⁴³.

No início da década de 80, o relatório Warnock (1984), no Reino Unido, declarou que até então não havia *status* legal definido para o embrião *in vitro*. Declarava que ao embrião não deveria ser atribuída a mesma condição de uma criança ou adulto, e que não lhe deveria ser garantido o direito à existência com vida, mas recomendou que lhes fossem destinadas medidas de proteção⁴⁴.

De fato, o embrião *in vitro*, apesar de já ser, segundo as teorias concepcionistas, considerado um organismo vivo, ele só poderia de fato se desenvolver se colocado no útero de uma genetriz. Fora de um projeto de filiação, não iniciada ainda uma gestação, não há como garantir direito à vida ao objeto de estudo, todavia, não se pode deixar de

⁴² E um novo destino humano que a partir desse momento começa a expressar-se a si mesmo em sucessivas e graduais etapas de um processo contínuo. (Tradução nossa)

⁴³ Conforme se verá no capítulo 5, é preciso garantir e tutelar o patrimônio genético da humanidade. O atual estado da arte em matéria de pesquisa e embriologia já demanda de mais atenção de autoridades e poder público, em virtude de riscos que apresentam.

⁴⁴ “Although, therefore, the law provides a measure of protection for the human embryo *in vivo* it is clear that the human embryo under our definition of the term (1.4) is not, under the present law in the UK accorded the same status as a living child or an adult, nor do we necessarily wish it to be accorded that same status. Nevertheless we were agreed that the embryo of the human species ought to have a special status and that no one should undertake research on human embryos the purposes of which could be achieved by the use of other animals or in some other way. The status of the embryo is a matter of fundamental principle which should be enshrined in legislation. **We recommend that the embryo of the human species should be afforded some protection in law.**”

(Grifos nossos)

(WARNOCK REPORT, 1984, p. 63)

reconhecê-lo digno de tratamento com todo o respeito que merece um organismo constituído por matéria humana.

Na Argentina, o Código Civil de 2012, em seu artigo 19, diz que “a existência da pessoa humana começa com a concepção no ventre materno. Em caso de técnicas de Reprodução Humana Assistida, começa com a implantação do embrião na mulher, sem prejuízo do que prevê a lei especial para a proteção do embrião não implantado”. No artigo 21, reza que os direitos e obrigações são adquiridos em definitivo com o nascimento com vida.

Percebe-se que, à semelhança do que ocorre no direito brasileiro, o código argentino conceitua o embrião *in vivo*, o nascituro, como sujeito de direitos, porém, com o diferencial de já considerar pessoa. O embrião excedentário está fora deste conceito, mas há de forma expressa um mandamento de que este merece atenção especial.

É perfeitamente claro que o embrião *in vivo* e o embrião *in vitro* não são e não devem ser tratados como sinônimos, estão em fases diferentes do desenvolvimento humano e estas diferenças devem ser respeitadas também no marco legislativo. Todavia, o excedentário faz parte do desenvolvimento humano, é matéria humana, já é um indivíduo a parte dos genitores, motivo que se julga suficiente para que seja merecedor de status e direitos reconhecidos.

Araújo (1999, p. 55) questiona se a criação de embriões para pesquisa ofende o respeito coletivo pela santidade da vida humana mais do que a fertilização *in vitro* ou o uso experimental de embriões excedentários. No mesmo sentido, Oduncu (2003, p. 10-11) expõe as seguintes interrogações: Pode o embrião humano ser explorado como fonte material para pesquisas científicas ou possui um valor moral que o protege contra qualquer tipo de instrumentalização? Importante ressaltar que a terapia genética realizada em um embrião altera a identidade da pessoa que se desenvolve a partir do mesmo. Ofende o princípio da identidade pela alteração do conteúdo genético que o estrutura (ARAÚJO, 1999, p. 57).

Os proponentes da pesquisa com células tronco embrionárias não o consideram como um ser humano ou pessoa clamando por proteção, então demandam tratamento para pessoas doentes por todos os meios possíveis. Os oponentes arguem em sentido contrário ao imperativo terapêutico, dizendo que os embriões são seres humanos desde o momento da concepção. Argumentos favoráveis giram em torno do avanço nas pesquisas em busca de curas de doenças incuráveis, defendem a dignidade humana. Também com fulcro na mesma, os contrários dizem que a vida do embrião deve ser

protegida. De acordo com Kant, dignidade humana condena a instrumentalização e redução do ser humano a mero objeto (ODUNCU, 2003, p. 11).

Desta forma, se o embrião possui dignidade humana e deve ser protegido da mesma forma que o ser humano adulto é protegido contra a morte e instrumentalização. A principal vantagem das células tronco embrionárias é que elas se reproduzem mais rápido, podem ser modificadas geneticamente mais facilmente e podem gerar aproximadamente 250 diferentes tipos de células do corpo humano. As células tronco adultas têm maiores limitações, como a maior dificuldade de produção em larga escala e potencial de diferenciação mais restrito. Todavia, cientistas afirmam que estas limitações serão superadas, foram encontradas novas células na *bone marrow of adults* – dubbed “*multipotent adult progenitor cells,*” or MAPCs – que parecem ter o mesmo potencial de diferenciação das células tronco embrionárias (ODUNCU, 2003, p. 11), esta pode ser uma alternativa para o futuro.

3.5 EMBRIÃO EXCEDENTÁRIO PARA QUÊ?

Segundo a médica portuguesa Silvestre (2015, p. 91), nos países em que se permite a criopreservação de embriões produzidos em laboratório, frequentemente ocorre a criação e preservação de embriões supranumerários. Isto acontece seja por decisão dos genitores, seja pelo procedimento da clínica, procurando minimizar o sofrimento físico e psicológico do casal em virtude de intervenções terapêuticas, bem como em uma tentativa de minorar as repercussões econômicas do tratamento deveras oneroso.

Todavia, deve-se concordar com Silvestre (2015, p. 1) quando ela afirma que a criação de embriões supranumerários em laboratório deve ser considerada antes um efeito negativo da utilização de técnicas de procriação medicamente assistida do que um objetivo a ser alcançado. Com efeito, ao procurar utilizar técnicas de RHA e produzir mais embriões do que se poderia ou desejaria transferir para o útero de uma mulher, a fim de dar início à gestação⁴⁵, corre-se o risco do excedente jamais ser inserido em um projeto de filiação. Por inúmeras razões, motivos de ordem pessoal, familiar, de saúde ou por questões financeiras, pode-se optar por não mais utilizar os embriões que

⁴⁵ Como já foi dito, no Brasil, a Res. Nº2121/2015 dispõe que o número máximo de embriões que podem ser transferidos para o útero da genetriz é de 02 (dois) a 04 (quatro), a depender da idade da mulher que vai gestar o feto.

restaram criopreservados. É aí que surge a necessidade de se decidir o destino a ser dado ao excedente.

No Brasil, como se pode ver no quadro abaixo, segundo dados da Agência Nacional de Vigilância Sanitária - Anvisa, somente no ano de 2014 foram criopreservados 47.810 (quarenta e sete mil, oitocentos e dez) embriões. É provável que este número seja ainda maior: estima-se que existam no país cerca de 130 (cento e trinta) bancos de células e tecidos germinativos (BCTGs), mas até 20 de fevereiro de 2015, apenas 106 (cento e seis) BCTGs haviam enviado os dados referentes à produção de embriões do ano 2014; sabe-se que existem clínicas que realizam esses procedimentos em João Pessoa, mas na relação não consta nenhuma clínica da Paraíba.

É impressionante também observar a pouca atenção que, aparentemente, é destinada à pesquisa. Apesar da Lei Nacional de Biossegurança e das Resoluções do Conselho Federal de Medicina permitirem já há muito tempo a destinação de embriões a pesquisa com células tronco, dos 47.810 (quarenta e sete mil, oitocentos e dez) zigotos supranumerários, ou seja, aqueles que foram criados em excesso e “sobraram” após se lograr êxito na gestação, apenas 227 (duzentos e vinte sete), menos de 5% (cinco por cento) foram doados para investigação científica.

Quadro 02. Resumo dos dados informados no SisEmbrio referentes a embriões congelados pelos BCTG segundo a Unidade Federativa (ano base: 2014).

Unidade Federada	Quantidade de serviços	Embriões congelados (%)		Embriões doados para pesquisa com células-tronco embrionárias (%)	
BA	2	1.116	2,33	0	0
CE	3	2.254	4,71	0	0
DF	3	1.175	2,46	0	0
ES	2	1.449	3,03	0	0
GO	3	1.402	2,93	0	0
MA	1	303	0,63	0	0
MT	1	591	1,24	0	0
MS	1	530	1,11	0	0
MG	12	3.421	7,16	0	0
PA	1	71	0,15	0	0
PR	13	1.920	4,02	0	0
PE	1	611	1,28	0	0
PI	2	800	1,67	0	0
RJ	9	7.019	14,68	0	0
RN	1	148	0,31	0	0
RS	6	2.918	6,10	0	0
SC	6	1.104	2,31	0	0
SP	37	20.690	43,27	227	100
SE	2	290	0,61	0	0

TOTAL 106 47.812 227	106	47.812	227
---------------------------------------	-----	--------	-----

Fonte: SisEmbrio/Anvisa-2015, dados obtidos em 20/02/2015. Disponível em: <<http://sbra.com.br/images/stories/destaques/8sisembrio.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2014.

O 9º Relatório do Sistema Nacional de Produção de Embriões – Sisembrio, referente às atividades exercidas no ano de 2015, divulgado em abril de 2016, demonstra expressivo aumento no número de embriões congelados ao mesmo tempo em que se verifica uma queda sensível no número de doações para pesquisa com células tronco embrionárias, conforme se demonstra no quadro abaixo:

Quadro 03. Resumo dos dados informados no SisEmbrio referentes a embriões congelados pelos BCTG segundo a Unidade Federativa (ano base: 2015).

Unidade Federada	Quantidade de serviços	Embriões congelados		Embriões doados para pesquisa com células-tronco embrionárias (%)	
AM	1	180	0.27	0	0
BA	3	1.611	2.40	0	0
CE	3	1.459	2.17	0	0
DF	4	1.145	1.71	0	0
ES	3	1.435	2.14	0	0
GO	3	1.264	1.88	0	0
MA	2	786	1.17	0	0
MT	20	5.808	8.65	0	0
MS	2	903	1.64	0	0
MG	1	601	0.90	0	0
PA	2	614	0.91	0	0
PB	1	30	0.04	0	0
PR	14	2.411	3.59	0	0
PE	4	2.253	3.36	0	0
PI	1	843	1.26	0	0
RJ	12	8.324	12.40	0	0
RN	2	200	0.30	0	0
RS	10	4.122	6.14	27	56%
SC	8	1.461	2.18	0	0
SP	43	31.434	46.81	21	44%
SE	2	475	0.71	0	0
TOTAL	141	67.359		48	

Fonte: SisEmbrio/Anvisa-2015, dados obtidos em 18/02/2016. Disponível em: <<http://portal.anvisa.gov.br/wps/wcm/connect/2f1f8e804c36039f9fd4ff1cd37d2b72/9%C2%BA+Relat%C3%B3rio+SisEmbrio.pdf?MOD=AJPERES>>. Acesso em: 10 mai. 2016.

Observa-se, então, que os números referentes à produção de embriões excedentários são bem expressivos. Considerando que o embrião humano é um organismo vivo, com carga genética própria, uma individualidade a parte dos genitores, matéria humana e, portanto, ser humano, cabe questionar se, no atual estado da arte em

matéria de procriação medicamente assistida, seria mesmo necessário a produção deste montante de embriões supranumerários. Para refletir sobre esta questão, é preciso antes conhecer as técnicas de RHA existentes na atualidade.

Nas palavras de Vasconcelos (2006, p. 13), a procriação medicamente assistida consiste nas possibilidades de filiação através da utilização de técnicas de incriminação artificial, fecundação *in vitro* ou maternidade de substituição, sempre que verificada a impossibilidade de procriação pelos meios naturais. No mesmo norte, Raposo (2014, p. 381), define as técnicas reprodutivas como substitutivas da *copula carnalis*, resultando em reprodução sem sexo, o que não significa, todavia, dizer que é uma reprodução assexuada.⁴⁶

A título meramente ilustrativo, posto este estudo se trata de uma tese em direito e não em saúde, verificar-se-á, aqui, os procedimentos de reprodução assistida possíveis na atualidade, para se chegar até os produtos que deles resultam e que constituem objeto da presente análise. Inicialmente, cumpre classificar a RHA de acordo com o local onde ocorre a fecundação, se dentro ou fora do corpo da mulher. Sempre que a fecundação – a penetração do óvulo pelo espermatozoide, seguida da fusão dos pronúcleos – ocorrer *in vivo*, ou seja, dentro útero da genetriz, diz-se que a procriação é intracorpórea. Por outro lado, sempre que o óvulo for fecundado em *in vitro*, em laboratório, para posterior transferência para o corpo da mulher, a reprodução é extracorpórea.

Na primeira modalidade, a procriação intracorpórea, estão abrangidas a coleta de gametas e a transferência destes para o corpo feminino, seja para as trompas, por via laparoscopia (GIFT – transferência intratubária de gametas) ou por via transvaginal (TOST), seja para o útero (GIUT – transferência intrauterina de gametas); bem como as modalidades de inseminação artificial (IA), quais sejam, a inseminação intracevical (ICI), inseminação intrauterina (IUI) e inseminação intratubária (ITI). Nas palavras de Raposo (2014, p. 389-402), o que estas formas têm em comum é que, junto com a transferência de gametas, a fecundação ocorre dentro do corpo da mulher.

A palavra inseminação vêm do latim *inseminare* (in = dentro + semen = semente), que significa a introdução do sêmen masculino, seja do cônjuge, companheiro ou doador, no trato genital da mulher (VASCONCELOS, 2006, p. 15). Na inseminação artificial intrauterina, modalidade aplicada na atualidade, o sêmen masculino é

⁴⁶ A reprodução é assexuada quando o novo ser recebe contribuição genética de uma só pessoa (RAPOSO, 2014, p. 81), como acontece na clonagem. A Reprodução sexuada resulta na combinação de códigos genéticos masculinos e femininos (RAPOSO, 2014, p. 81-82), podendo essa combinação resultar de ato sexual ou não, caso a gestação tenha origem a partir de técnicas de RHA.

recolhido, tratado em laboratório e, no momento apropriado, introduzido no aparelho genital feminino. Após, toda a sequência ocorre como na reprodução sexual, ocorrendo a concepção *in vivo*, dentro do útero da mulher.

Ocorre que, por vezes, o processo reprodutivo não tem continuidade ou mesmo não se inicia dentro do aparelho reprodutivo feminino, seja porque a mulher não ovula ou por causas outras que impedem que o ciclo da vida siga o curso natural. Nesses casos, é necessário o recurso à segunda das espécies de reprodução humana assistida citadas acima, a fecundação extracorpórea. Compõe esta modalidade as espécies de fertilização *in vitro*.

Ne fertilização *in vitro*, os óvulos são fecundados em ambiente externo e só depois transferidos ao corpo feminino. Dependendo do estágio em que se encontrarem, o processo será a fertilização *in vitro* com transferência de embriões para o útero (FIVETE) ou fertilização *in vitro* com transferência de zigoto (ZIFT), sendo a primeira hodiernamente mais usada. O procedimento consiste na retirada de gametas masculinos daquele que se encontra em tratamento para possibilitar um projeto de filiação ou de um doador anônimo, a partir do material armazenado nos chamados bancos de sêmen, os espermatozoides são então selecionados a fim de verificar os que se encontram em boas condições e colocados para fecundar os óvulos em meio laboratorial. Os ovócitos, do mesmo modo que o esperma, podem advir da mulher a que se atribuirá a futura maternidade ou de uma doadora anônima. Tanto óvulos quanto espermatozoides podem ser coletados e criopreservados para futura utilização.

Ovócitos e esperma são preparados separadamente e colocados em contato na proporção de 50.000 (cinquenta mil) a 100.000 (cem mil) espermatozoides por óvulo (RAPOSO, 2014, p. 391). Feito isto, a fecundação ocorrerá de forma espontânea, seguindo o processo de seleção natural que aconteceria a fecundação *in vivo*, em que o gameta masculino mais forte seria o primeiro a penetrar no gameta feminino, o que impediria a passagem dos demais. Em caso de infertilidade masculina, pode-se recorrer à injeção intracitoplasmática de espermatozoide (ICSI), na qual, ao invés de promover ambiente propício a fecundação espontânea, haverá a introdução artificial no gameta masculino dentro do ovócito com a posterior fusão dos pronúcleos.

Em ambos os casos, a célula formada a partir da fecundação artificial é o ovo ou zigoto, que já tem um código genético próprio, identidade apartada da dos genitores. Entre a penetração do óvulo pelo espermatozoide e a fusão dos pronúcleos, decorre um lapso temporal de aproximadamente 12 horas, durante este tempo, está-se diante do pré-

zigoto. O zigoto deverá ser transferido para um ambiente de cultura propício ao seu desenvolvimento, onde permanecerá até o estágio mais adequado a ser introduzido no útero da mulher, dando início à gestação, ou até à criopreservação. Após a fecundação, na fase de cultura, terá início a divisão celular. Após 24 horas, o embrião já terá se dividido em 2 células, no 5º dia, já contará com mais de 100 células, atingindo o estágio de blastocisto.

Geralmente as clínicas esperam pelo menos até o 5º dia de cultura para poder congelar ou dar sequência ao tratamento no corpo da mulher. Isto acontece porque, conforme lição de Raposo (2014, p. 392-393), entre o 3º e o 5º dia muitos embriões se degeneram e não poderiam ser implantados com sucesso posto que se tornaram inviáveis para a reprodução. No Brasil, a Res. nº 2121/2015 do Conselho Federal de Medicina permite que os embriões sejam desenvolvidos até o 14º dia antes de serem implantados no útero feminino ou criopreservados.

A título de informação, sabe-se que, ainda que não se permita por questões éticas ou legais, atualmente a ciência permite que se vá muito mais além. Tem-se, assim, as técnicas de fertilização *in vitro* trigamética (TGIVT), clonagem, ectogênese e partenogênese. A TGIVT consiste em uma técnica que utiliza ovócitos de duas mulheres para gerar uma criança com a junção de 2 DNAs. Como não se prescinde da utilização do gameta masculino, o embrião seria formado a partir de 3 códigos genéticos diferentes. (RAPOSO, 2014, p. 394-395)

A clonagem pode ser reprodutiva ou terapêutica. Aquela significa criar um ser geneticamente idêntico a outro ser humano. Esta prática vem sendo proibida em vários países, inclusive no Brasil, e deverá continuar proibida na maioria dos países devido ao risco biológico que esta prática possui, ou seja, é bastante provável que humanos gerados através dela terão má formação. É exatamente isto que acontece com muitos dos animais que já foram clonados. Ocorre, por exemplo, de animais nascerem com gigantismo, doenças cardíacas etc.

Na clonagem reprodutiva o ácido desoxirribonucleico – DNA – de uma célula somática adulta é transferido para um ovócito enucleado, depois de um processo de divisão celular surge o estágio chamado de blastocisto, é justamente durante esta fase que haverá a transferência para o útero, e a partir daí resultará um embrião geneticamente idêntico ao doador do material genético (DNA). Neste processo de divisão celular surge em um primeiro momento a fase de mórula (oito células), sendo as células resultantes desta divisão denominadas totipotentes e isto significa que as

mesmas teriam a capacidade de originar todos os tipos de células. Posteriormente, surge as células do estágio de blastocisto que irão se agrupar e formar o trofoblasto (na cavidade externa). Este dará origem à placenta e aos anexos embrionários. Na cavidade interna existe cerca de trinta células-tronco embrionárias e a partir daí começa a organogênese (formação de vários órgãos), mas aqui as células não são ditas totipotentes, mas sim pluripotentes, o que significa que estas células têm a capacidade de formar qualquer tipo de célula, exceto as próprias células totipotentes. Estas células são hoje alvo dos cientistas (MARQUES, 2006, p. 14-17)

Os pesquisadores querem controlar e desvendar o funcionamento das células-tronco, com o objetivo de utilizá-las para a cura de doenças. Diante das questões éticas e morais que surgiram junto com a clonagem reprodutiva os cientistas passaram a utilizar outro tipo de nomenclatura para a clonagem, a chamada “clonagem terapêutica” que é nada mais é do que a clonagem passando pelos processos de divisão celular, mas sem a implantação no “útero de aluguel” e não ocorrendo a implantação não surgirá um bebê, caso o procedimento se aplique a humanos.

Este tipo de clonagem, a terapêutica, evitaria o problema de incompatibilidade, uma vez que o doador seria a própria pessoa. Porém existem outras questões a serem analisadas, se fosse uma doença genética o doador não poderia ser a própria pessoa, pois todas as células sofreriam com a mesma “doença”. Por outro lado, se recebesse células de outra pessoa poderia não haver compatibilidade. Assim, ainda é uma tecnologia que deve ser bastante estudada, pois não há muita segurança dos resultados da aplicação da mesma em tratamentos clínicos. Diante de tantas críticas e debates, as pessoas que necessitam das células-tronco embrionárias para fins terapêuticos, resultantes tanto da transferência como de embriões descartados, defendem esta técnica. Muitas academias de ciência são contra a clonagem reprodutiva e a favor da pesquisa com células embrionárias, desde que seja para fins de tratamento de doenças.

Um grande marco na biotecnologia foi o nascimento da ovelha Dolly em 1996. Esta conseguiu sobreviver após 276 tentativas e apresentou vários problemas, em virtudes destes ela morreu, com apenas seis anos de idade⁴⁷. Mais uma vez surgiu

⁴⁷ A ovelha Dolly foi criada em 1996, pelos cientistas do Instituto Roslin, na Escócia. Era um animal da raça Finn Dorset, produzida a partir de célula somática retirada do tecido mamário de uma ovelha de seis anos de idade. Apesar da origem, Dolly viveu como uma ovelha comum e procriou, deu à luz a dois filhotes, mas tinha doenças degenerativas relacionadas ao envelhecimento precoce. Acredita-se que os problemas de saúde estavam relacionados com a técnica de clonagem, uma vez que a célula que lhe deu origem foi extraída de um indivíduo que já contava com seis anos de idade, o que contribuiu para o

questionamentos éticos e preocupações de que este procedimento poderia ser perigoso dependendo da maneira como fosse feito. Foi um fracasso para ciência, que achava que a clonagem poderia ser um procedimento eficaz e lucrativo (MARQUES, 2006, p. 43-45).

O argumento mais utilizado e o que tem mais força é justamente a ineficácia do nascimento da ovelha Dolly. Sem falar, a possibilidade de esta tecnologia gerar bebês defeituosos. Como a ovelha Dolly morreu com apenas 6 anos e a expectativa de vida de uma ovelha proveniente de um nascimento natural é doze anos, acredita-se que o tempo de vida de uma pessoa gerada a partir da clonagem seria abaixo da média. Realmente, gerar um embrião depois de 200 tentativas ou mais me parece um tanto que inconfiável. A possibilidade de a criança nascer com doenças congênitas parece ser um grande motivo para a técnica seja proibida.

Finalmente, ectogênese e partenogênese são técnicas ainda não aplicáveis à espécie humana. A palavra ectogênese significa origem externa, e se aplicaria à completa reprodução de uma criança em laboratório, inclusive sendo gestada fora do útero materno. Embora o desenvolvimento desta técnica se depare com a proibição, na maior parte dos ordenamentos jurídicos, de se desenvolver o embrião em laboratório por mais de 14 (catorze) dias, o procedimento não seria de todo ruim, podendo ser utilizado, por exemplo, no acolhimento e tratamento de bebês prematuros (RAPOSO, 2014, p. 400-401). A partenogênese, cuja etimologia da palavra significa nascimento virginal, consiste na tentativa de dar origem a uma gestação que prescindia do gameta masculino. Seria uma reprodução assexuada, fazendo uso apenas do ovócito, gameta feminino, resultando em um novo ser necessariamente do sexo feminino. Todavia, os cientistas ainda não conseguiram fazer com que o óvulo ultrapasse o estágio de 8 a 16 células, motivo pelo qual a partenogênese ainda não se demonstrou uma técnica viável (RAPOSO, 2014, p. 401).

Há ainda pesquisas em desenvolvimento na tentativa de produzir gametas artificiais em laboratório a partir de células tronco (CUTAS et. al., 2014, p. 339-340). Sabe-se que ainda haveria muito o que falar a respeito de todas as técnicas citadas, sendo cada uma delas merecedoras de um estudo específico, mas, como já foi dito, o objetivo aqui é apenas demonstrar as possibilidades existentes e a origem dos elementos

abordados nos próximos capítulos da presente tese. Deste modo, diante de tudo o que foi exposto, tem-se os seguintes elementos cujo estatuto jurídico é preciso estabelecer com mais clareza: gametas, masculino (espermatozoide) e feminino (ovócito ou óvulo); pré-zigoto; ovo ou zigoto e embrião.

Viu-se, também, que é perfeitamente viável o congelamento dos gametas masculino e feminino e só promover a fertilização artificial no momento em se pretende iniciar a gestação. Assim, faz-se coro à afirmação de Silvestre (2015, p. 91) no sentido de que a produção de embriões excedentários deve ser exceção e não a regra nos tratamentos de reprodução humana assistida.

Questiona-se acerca da necessidade de criar esta infinidade de embriões supranumerários⁴⁸, quando é perfeitamente possível a realização do procedimento a partir de gametas criopreservados, conforme o protocolo seguido no sistema alemão, bem como conforme técnicas utilizadas em vários países, dentre eles o Brasil. O embrião humano é um novo ser, com identidade genética própria, cujo destino, a partir do momento em que não mais se encontra inserido em um projeto de filiação, suscita as mais variadas indagações de ordem ética e jurídica. Os gametas, a seu turno, podem ser considerados, conforme será abordado no capítulo a seguir, partes destacadas do próprio corpo, não constituem um novo ser e, apesar de considera-los um bem a ser protegido, as repercussões éticas e jurídicas são mais reduzidas, na medida em que não constituem nova forma de vida humana a ser protegida.

Mais do que isto, na medida em que os métodos da ciência e tecnologia avançam, logo se terá como viável a possibilidade de, em se querendo fecundar todos os óvulos coletados durante o tratamento de RHA, congelar o produto gerado ainda na fase do pré-zigoto, ou seja, antes da fusão dos pronúcleos e, para ser mais clara, antes de ocorrer efetivamente a concepção. Apenas com a concepção é que tem origem uma nova vida humana, devendo a condição do pré-zigoto, em que pese as diferenças conceituais, se assemelhar a condição dos gametas que se encontram congelados.

Diante da possibilidade de se preservar o material genético em estágios anteriores à concepção, insiste-se em se questionar se é realmente necessário a produção de embriões supranumerários, mormente quando se sabe que a transferência de blastocistos para o útero da mulher se dá em número limitado. Para que se produzir 10 (dez) ou mais embriões quando só se pode implantar na genetriz de 2 (dois) a 4

⁴⁸ Vide, no quadro 01 supra, que só no ano de 2014 os bancos de células e tecidos germinativos no Brasil criopreservaram mais de quarenta e sete mil embriões supranumerários.

(quatro)? É preciso refletir e repensar algumas práticas médicas em matéria de procriação medicamente assistida.

Do mesmo modo, também se considera urgente a definição do estatuto a ser destinado aos embriões supranumerários no ordenamento jurídico brasileiro. É preciso pontuar e conceituar não apenas o embrião, mas também todos os produtos envolvidos nas técnicas de RHA, o que inclui os gametas e o pré-zigoto, para só então definir o modo de agir que deve ser adotado para com eles. A seguir, analisar-se-á os conceitos de sujeito de direitos, coisas e de bem jurídico, no intuito de verificar o exato enquadramento jurídico de cada entidade que se encontra no cerne deste estudo.

4. HÁ MAIS ELEMENTOS ENTRE O CÉU E A TERRA DO QUE OS CONCEITOS TRADICIONAIS DE COISA E PESSOA PODEM ABARCAR: ANÁLISE DA CONDIÇÃO DOS GAMETAS E DO EMBRIÃO EXCEDENTÁRIO DE QUE TRATA O ART. 1597, IV, DO CÓDIGO CIVIL

No capítulo anterior, a partir das reflexões tecidas sobre a utilização de técnicas de reprodução humana assistida e da fase embrionária do desenvolvimento humano, chegou-se aos elementos que constituem a base do problema analisado na presente tese. Tratar-se-á, a seguir, dos conceitos e adequação jurídica dos gametas, pré-zigoto, embriões e nascituro. O exato enquadramento dos conceitos jurídicos é importante para a análise posterior do estatuto ético a ser seguido para cada um deles.

Compartilha-se do entendimento de Otero (1999, p. 13-14) no sentido de que:

A questão é tanto mais grave quanto os problemas que estão em causa, além de comportarem um diálogo difícil entre o direito e os desafios das novas tecnologias genéticas, envolvem uma verdadeira encruzilhada existencial: se optarem por um caminho, o homem assume a sua dignidade de pessoa, se optarem pelo contrário, seguir por outra via, o homem pode correr o risco de se transformar de pessoa em mera coisa, reduzindo-se à sua animalidade. E, neste preciso contexto, urge sublinhar que as tecnologias de reprodução representam um setor de progressiva subversão da tradicional distinção entre a pessoa e a coisa, isto através da tentativa de instrumentalização da pessoa humana, transformada de fim em simples meio.

Com efeito, os meios artificiais de procriação operaram uma verdadeira revolução nas fronteiras do direito, o progresso técnico que se observa hoje possibilita ao cientista interferir no domínio da vida, abrindo, segundo Otero (1999, p. 18) caminhos nunca antes trilhados por homens e mulheres, em lugares antes dominados exclusivamente pelas leis da natureza, a exemplo da procriação humana, trazendo o problema de eventual desconformidade das normas jurídicas tradicionais a realidades hodiernamente encontradas, ao mesmo tempo em que se alerta para a necessidade de novos enquadramentos legais, ou de uma releitura de institutos atuais.

Ost (1995, p. 7-8) já anunciava o que se pode chamar de insuficiência dos conceitos tradicionais de direito civil ao citar ensaio de Ch. Stone que concedia às árvores, elementos da natureza, o direito de pleitear em artigo publicado em 1972. A tese de Stone, à época, não prosperou, mas faz-se a reflexão de que só pleiteia quem é sujeito de direitos, elevar a flora a esta condição coloca em crise as definições convencionais de coisa, sujeito e pessoa.

Assim, diante das transformações pelas quais passou a humanidade até os tempos contemporâneos, notadamente no campo da medicina e da ciência, cumpre ao jurista repensar todo o conjunto de institutos estruturantes do direito, cuja configuração, nas palavras de Otero (1999, p. 19) “proveniente do direito romano, tem permanecido quase que intocável”.

Ao se fazer este exercício de raciocínio, é preciso ter em mente, conforme lição de Oduncu (2003, p. 12), que o debate bioético deve ser conduzido em torno dos conceitos biológico e antropológico do ser humano. O conceito de ser humano e o valor da dignidade humana a ele inerente pode ter maior aceitação ao se referir a espécie biológica do *homo sapiens*.

Questiona-se se o mais correto seria considerá-los como sujeito de direitos ou como objeto de direitos, levando, cada um desses enquadramentos, a estatutos e modo de agir diferenciado perante os gametas e embriões. Há, porém, outro conceito fundamental a ser considerado, o de bem jurídico. Mister se faz, portanto, apreciar estas definições, para então verificar e determinar o real enquadramento jurídico dos gametas e embriões humanos. Independente da categoria em que se enquadrem, importante considerar que sejam tratados com a dignidade que lhes cabe enquanto matéria humana.

4.1 A CONCEPÇÃO DE DIGNIDADE HUMANA

A noção, ou melhor, o reconhecimento da dignidade humana – dignidade, do grego *dignitas* (aquilo que merece respeito, consideração, mérito ou estima) – é conquista histórica dos tempos modernos, ainda que nem todos a gozem em sua plenitude. Conforme leciona Rabenhorst (2001, p. 21-22), as sociedades ocidentais não são igualitárias, mas hierárquicas, todavia, no que parece ser divisão em classes sociais, conforme a repartição social do trabalho, reside, segundo o autor, critério para se atribuir dignidade às pessoas.

Nas sociedades antigas, costumava-se reservar o adjetivo “humano” apenas aos pares, membros de grupos rivais eram qualificados como animais ou bárbaros. Para os gregos, a dignidade residia no uso da razão. O homem era o único animal capaz de fazer uso do *logos*, ou seja, de compreensão o mundo e organização lógica das ideias. Logo, o ser humano era um ser “digno”. Contudo os indivíduos não gozavam igualmente da dignidade, as pessoas eram mais ou menos dignas de acordo com a posição social.

As doutrinas estoica e cristã serviram de base para o jusnaturalismo moderno, trazendo a ideia de um direito natural que asseguraria a igualdade e liberdade entre os homens. Este direito seria anterior e superior ao direito positivado pela *polis* e sua verdade seria comprovada ou pela própria ordem das coisas, conforme o estoicismo, ou pela vontade divina, conforme o pensamento cristianista. Com efeito, em geral, as teorias jusnaturalistas modernas constituem uma reinterpretação da teoria estoica. Buscam conciliar os postulados de fraternidade e repúdio à escravidão com os princípios do cristianismo, ou seja, a existência de um único Deus, Senhor de todo o universo e criador das leis naturais.

Mais do que um conjunto de leis pertencentes ao direito pressuposto, anteriores e superiores àquelas provenientes do direito posto, o direito natural é uma faculdade ou qualidade moral intrínseca ao homem em razão de ser este um ser social e racional. O homem, segundo Cristian Wolff (apud RABENHORST, 2001, p. 30), é sujeito moral, ser moralmente obrigado, isto porque não age movido tão somente por instintos. Diferentemente dos outros animais, o homem atua conforme suas escolhas. A partir daí, possui um conjunto suplementar de direitos específicos (liberdade, igualdade...), diferente daqueles direitos naturais atribuídos tanto aos homens como aos outros animais, que lhes são imprescindíveis enquanto sujeito moral. Esses direitos são, por definição, universais, pertencem todos os homens indistintamente, em razão de sua natureza humana.

Em outro sentido, é interessante o entendimento de dignidade humana trazido por Arendt (1983, p. 15), que não aborda o conceito de dignidade humana sob o viés da natureza humana, sendo seu pensamento construído tomando como ponto de partida a análise de um governo totalitário, que ceifava as liberdades humanas e no qual o dever de obedecer vinha antes das capacidades de agir e de pensar, não sendo possível vida digna nestas condições. Neste sentido, Hanna Arendt fala não em natureza, mas em condição humana, esta seria o conjunto de requisitos essenciais para suprir as necessidades existenciais de cada indivíduo, para concretizar o modo de vida que se pretende ter. A condição humana é sistematizada por Arendt (1983, p. 15) em três aspectos: labor – aspecto biológico; trabalho – atividade de manufatura, transformar coisas naturais em artificiais; e ação – necessidade que o ser humano tem de viver entre seus pares, aspectos da vida em sociedade.

Com a evolução do pensamento ocidental, o conceito de dignidade humana dispensa o conteúdo teleológico conferido pelo cristianismo. O homem é digno não pelo

fato de ter sido criado à imagem e semelhança de Deus, mas por Ele ter-lhe conferido o livre arbítrio, ou seja, razão e autonomia. No mundo moderno, o conceito de autonomia, antes utilizado para designar cidades autárquicas, passa a ser destinado ao indivíduo entendido como sujeito moral, ou seja, titular de direitos e obrigações.

Kant (2009) foi quem melhor estabeleceu o vínculo entre autonomia e dignidade humana. Para ele, mais que a ausência de impedimentos externos, liberdade é agir conforme suas próprias escolhas. Assim, é livre apenas quem tem razão. Kant diz que tudo possui um preço ou uma dignidade. Aquilo que possui um preço tem um valor relativo, ou seja, pode ser comparado ou substituído por algo equivalente. Mas só tem dignidade aquilo que é insubstituível e incomparável, aquilo que se encontra acima de qualquer preço. Apenas o homem, enquanto ser autônomo e racional possuiria dignidade.

Neste sentido, corroborando com o que vem sendo dito, cita-se o entendimento de Otero (2004, p. 48) de que a pessoa é o homem considerado em seus direitos, independentemente de sua condição individual. Os homens possuem uma mesma essência livre e racional, uma idêntica humanidade. É no reconhecimento desta idêntica humanidade que residiria o respeito mútuo que todos devem ter para com os seus semelhantes. A visão cristã de dignidade humana se justificava em razão de todos possuírem a mesma natureza divina. Já Kant (2009) fundamenta a dignidade humana na autonomia do sujeito, na capacidade que a humanidade tem de se autogovernar de forma consciente e deliberada.

Antecedendo o conceito kantiano de moral subjetiva, Aristóteles já argumentava na sua *Politéia* que apenas o ser humano, devido a sua consciência, é capaz de distinguir entre o bem e o mal, entre o justo e o injusto, enquanto os outros seres vivos só são capazes de distinguir entre o prazer e a dor. É claro que o embrião não tem potencial para ato moral. A partir do pensamento de com Aristóteles, apesar de o embrião não ter esta habilidade atual, é suficiente que tenha potencial para desenvolver razão para interagir como um ser social. Este potencial se dá ao fato de que o embrião humano pertence à espécie humana (ODUNCU, 2003, p. 12).

Tem-se, agora, que definir uma questão fundamental: O que é o embrião humano? Um amontoado de células que se desenvolve para gerar um ser humano ou um ser humano que se desenvolve em suas próprias capacidades, seguindo o curso natural dos estágios da vida? Segundo Oduncu (2003, p. 12), o embrião possui a *potencia*

formalis aristotélica. Na sua metafísica, Aristóteles descreve a mudança como atualização da potencialidade. O embrião tem potencialidade de se desenvolver teologicamente como ser humano.

A nova concepção de dignidade humana foi recepcionada pelos instrumentos de proteção aos direitos humanos que surgiram a partir das revoluções políticas que ocorreram no mundo ocidental a partir do séc. XVIII. De fato, a Revolução Americana (1776) e a Revolução Francesa (1789) legitimaram em suas declarações de direitos a ideia de um direito natural que assegurasse liberdade e igualdade a todos. No entanto, a liberdade estabelecida foi de natureza tão somente jurídica e não socioeconômica, o que não resultou em maiores transformações a nível social. Seus textos sacralizaram o direito à propriedade, mas não conferiram a mesma proteção ao direito à igualdade. Aos escravos e mulheres, por exemplo, não era conferida a mesma esfera de proteção.

Esta diferenciação foi superada apenas com a Declaração Universal de Direitos Humanos, de dezembro de 1948⁴⁹, quando foi, finalmente, reconhecido que todos os homens são dignos de uma mesma consideração e respeito, mas a própria ideia de dignidade humana ainda continuava obscura. O que significa dizer que a dignidade humana é algo inerente a todos os seres humanos? Como provar que todos os homens são dignos do mesmo valor? Explicar-se-á.

Os homens não são iguais, apresentam diferenças tanto do ponto de vista moral, quanto do ponto de vista biológico. Não se quer dizer aqui que eles são melhores ou piores, apenas diferentes. Mas se acredita que os homens são universalmente dignos, deve-se separar esta qualidade fundamental das características particulares de cada indivíduo. A dignidade humana, para fazer sentido, deve ser vista, pois, como valor que pertence a todos, independentemente de suas qualidades particulares.

O reconhecimento de que todos os homens possuem valor não pode admitir gradação de hierarquia, preferências ou discriminações de qualquer tipo. Neste sentido, deve-se concordar com Bielefeldt (2000) quando ele afirma categoricamente que a inegociabilidade da dignidade humana implica que todos os homens e mulheres são iguais, independentemente de posição de destaque ou prestígio social. A condição de dignidade humana, conforme doutrina o autor, se sobrepõe a todo e qualquer tipo de posição ou aparentes e superficiais diferenciações. Segundo Bielefeldt (2000), nem

⁴⁹ De registrar que também tivemos a Declaração Interamericana de Direitos Humanos, de abril de 1948, que conferia semelhante esfera de proteção.

mesmo a virtude permite diferenciação de dignidade, pois esta não pode ser estratificada.

Premiação por reconhecimento de méritos, diz o autor supracitado, é uma menção honrosa, mas não pode servir de base para estabelecer diferenças de dignidade. Nesta, *as pessoas devem ter um tratamento igual*. É certo que a sociedade pode estabelecer tratamentos diferenciados a uns e a outros em razão das suas desigualdades (princípio da isonomia) ou impor restrições de direito como forma de punição de criminosos, mas sempre respeitando as suas dignidades.

A ideia de dignidade é um dos pensamentos mais discutidos dentro da filosofia. Não se pretende aqui esgotar as manifestações e debates acerca do tema, mas tão somente firmar a dignidade humana como alvo de proteção. Partindo do pensamento kantiano, pelo qual o homem é digno porque é autônomo e racional, portanto merecedor de respeito, sempre se procurou manter condições favoráveis para que ele pudesse exercer a sua dignidade.

Ao homem, como titular de direitos, devem ser proporcionadas condições de ter vida digna. A luta pelos direitos sempre foi no sentido de proporcionar todo o arcabouço necessário para que ele exercesse sua dignidade e, acima de tudo, que estas condições fossem estendidas a todos, enquanto seres autônomos e racionais, seja considerado enquanto indivíduo ou enquanto grupo.

Mais do que isto, é preciso refletir que, hodiernamente, considerando os avanços vividos pela sociedade notadamente no plano da ciência e tecnologia, que é o que mais interessa ao presente estudo, é preciso avançar no entendimento do vocábulo dignidade. Ocorre que, além do ser humano já existente, precisa-se pensar hoje, naquele que Mémeteau (1994, p. 30) denominou de homem sem vida, ou seja, aquele que ainda não nasceu, onde se enquadram as futuras gerações humanas, embriões e nascituros, e o que já faleceu, o cadáver humano. O questionamento que se faz é se o homem e a mulher sem vida teriam também dignidade.

A resposta a este questionamento deve ser afirmativa. Ainda com fulcro em Kant (2009, p. 207), a dignidade deve ser atribuída a tudo aquilo ou todo aquele que é único, insubstituível, incomparável e acima de qualquer preço, preço este que não se pode ser mensurado, portanto digno de valor. Ora, considerando este raciocínio, é perfeitamente aplicável o conceito de dignidade ao ser humano sem vida, o ainda não nascido e o cadáver, o que há de se diferenciar será o respectivo âmbito de proteção.

Deste modo, é possível se falar, na atualidade, em dignidade humana e da pessoa humana. Esta, com fulcro no art. 1º da Constituição Federal de 1988, destina-se à proteção do ser humano já nascido, já tendo, portanto, cumprido o requisito legal para aquisição da personalidade jurídica, conforme se verá a seguir. A expressão dignidade humana, a seu turno, tem maior amplitude, abrangendo também o ser humano sem vida, a exemplo dos embriões *in vitro*. Esse, aliás, foi o entendimento do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 3510/05-DF. Da leitura da decisão, verifica-se que o Tribunal reconhece a existência da dignidade humana do embrião excedentário, mas diante da necessidade de suprir necessidades pessoas já nascidas, a dignidade da pessoa humana deve prevalecer sobre aquela.

Assim, considera-se que gametas e embriões humanos são portadores de dignidade humana, posto que, na concepção kantiana, têm valor e não preço. Independente do conceito que será estabelecido ao final deste estudo, coisa, sujeito ou bem jurídico, o estatuto estabelecido deve ser compatível com a dignidade e respeito que ostentam.

4.2 SUJEITO DE DIREITOS: PESSOAS E ENTES DESPERSONALIZADOS

No debate bioético, o conceito de pessoa tem papel fundamental na atribuição do direito à vida a algo ou alguém. Apesar do status moral ou ontológico do embrião esteja para ser definido, a maior parte dos autores usam diferentes termos como ser humano, dignidade humana, pessoa, dignidade da pessoa etc. No geral, estes termos incluem algumas capacidades específicas que definem quem ou o que é pessoa e quem ou o que não é. Muitos pensam em pessoa como o oposto de ser um mero animal, é apenas ter algumas qualidades mais específicas, como a racionalidade. Segundo Oduncu (2003, p. 12), o conceito de pessoa é inapropriado, confuso e altamente problemático, desde que surgiu parece supérfluo, confuso e fadado ao pragmatismo. Apesar de considerar bastante crítico este posicionamento, diante das inovações trazidas pela ciência e tecnologia, que aqui se materializa nos questionamentos acerca do estatuto jurídico do embrião excedentário, deve-se reconhecer a pertinência da crítica exposta e a necessidade de revisão de conceitos.

Neste sentido, deve-se concordar com Otero (2004, p. 17) quando ele afirma que conceitos e institutos herdados do Direito Romano e integrados ao domínio do Direito Civil durante milhares de anos, repentinamente ficou drasticamente desatualizado e sem

resposta para algumas das novas interrogações colocadas, mormente na presente tese. A título meramente ilustrativo: a determinação da filiação nos processos de procriação assistida heteróloga.

No que se refere à pessoa, pode-se dizer acertadamente que é todo aquele que é sujeito de direitos. Contudo, devido ao que se pode verificar sobre o significado do vocábulo “pessoa”, as definições não são assim tão simples. Neste caso, seguindo o dicionário Aurélio, pode ser entendido como “o ser humano em seus aspectos biológico, espiritual e social”, o que demonstra um sentido leigo ou popular do vocábulo, ou então no sentido jurídico ditado por Diniz (2011, p. 115), “ente físico ou coletivo susceptível de direitos e obrigações”.

Ainda assim, como fica evidente após a explanação sobre a influência do princípio da dignidade humana, pessoa não será apenas aquele que detêm a possibilidade de figurar nas relações jurídicas, mas como afirmam claramente Farias e Rosenvald (2011, p. 142) pessoa “é o sujeito das relações jurídicas que traz consigo um mínimo de proteção fundamental, necessária para realizar tais atividades, compatível e adequada às suas características (que são os direitos da personalidade).”

Ao tentar significar da forma mais prática possível o que se entende por pessoa, juridicamente falando, retira-se também o que pode ser compreendido como personalidade. Venosa (2010, p. 134) indica que personalidade pode ser entendida como “a própria capacidade jurídica, a possibilidade de figurar nos polos da relação jurídica”, todavia, pode-se estender este conceito a ideia de que personalidade é o reconhecimento da pessoa para atuar nas relações jurídicas “e reclamar uma proteção jurídica mínima, básica, reconhecida pelos direitos da personalidade” (FARIAS e ROSENVALD, 2011, p. 144).

Vale acrescentar, também, que embora personalidade e capacidade venham constantemente atrelados, como pode ser percebido do conceito apresentado por Venosa, eles não constituem sinônimos, mas podem ser entendidos como complementos, onde personalidade será o aspecto geral (o valor jurídico que atinge todos os seres humanos) e capacidade o aspecto mais afunilado sendo concernente aos seres dotados de personalidade que podem ser sujeitos de direito em relações jurídicas patrimoniais, agindo e falando por si.

Assim, concorda-se com Lobo (2010, p. 105) quando ele afirma que se define como pessoa todo sujeito de direito pleno, capaz de adquirir direitos e obrigações no plano jurídico. Afirmar ainda que a personalidade é atributo conferido pelo direito, é

conceito cultural e histórico, não sendo, portanto, atributo inerente à natureza humana. Histórica e culturalmente, a qualidade de pessoa tem sido atribuída ao ser humano nascido com vida.

Algumas culturas, no entanto, trazem outros requisitos além do nascimento com vida. Os romanos consideravam pessoa o ser humano livre, uma vez que os escravos se enquadravam na categoria das coisas, classificados como seres semoventes, cujo nascimento cumprisse alguns requisitos essenciais. Para ser perfeito o nascimento, era preciso, inicialmente, que a criança estivesse completamente separada do corpo da mãe, enquanto persistisse o elo estabelecido pelo cordão umbilical, o bebê era tido como extensão do corpo materno e não um ser com existência independente daquele. Uma vez rompido este vínculo, era preciso que se cumprisse mais dois requisitos, ser viável e ter forma humana.

Não bastava nascer com vida, era preciso perspectiva de continuidade de existência. Se a criança morresse momentos depois do nascimento, nunca seria considerada pessoa e, conseqüentemente, impossível seria a aquisição de direitos no plano civil. Do mesmo modo, não adquiria personalidade aquele que nascesse sem a estética necessária para o requisito da forma humana. Segundo Alves (2011, p. 99), os meninos ou meninas que nasciam com alguma deformidade eram considerados monstros. Os romanos acreditavam na possibilidade de desenvolvimento de gestação a partir da cópula entre pessoas e animais, gerando como resultado uma espécie de ser híbrido ou quimera, que ficaria a meio caminho entre humano e animal.

Hodiernamente, sabe-se da impossibilidade, ao menos no atual estado da arte em matéria de ciência e medicina fetal, de se levar a termo uma gestação nos moldes supracitados. O nascimento de crianças com deformidades ocorre devido a doenças ou deficiências congênitas, não da cópula entre mulheres e animais. Nascer com forma humana não é mais requisito para aquisição de personalidade jurídica. O requisito da viabilidade, a seu turno, ainda permanece para algumas legislações, a exemplo da lei francesa e da lei italiana.

No direito brasileiro, o Código Civil atribui, no artigo 2º, personalidade a todo aquele que nascer com vida: “art. 2º. A personalidade começa com o nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. Sobre a segunda parte do artigo, comentar-se-á logo mais. Importa agora confirmar que o início da pessoa física ou natural começa com o nascimento com vida e apenas isto, sendo prescindíveis quais quer outros requisitos adicionais. Estes podem existir para o

exercício de direitos, para a capacidade de agir, mas não como forma de restringir ou inibir a aquisição de personalidade.

No direito português, só o ser humano é capaz de adquirir direitos e obrigações, ao que denominada de capacidade jurídica ou personalidade. Gonçalves (1929, p. 169) já dizia em seu Tratado de Direito Civil que a personalidade ou capacidade jurídica é pressuposto de todos os direitos, a possuem todos aqueles a quem a lei atribui, mesmo os recém-nascidos e doentes mentais. Gonçalves (1929, p. 169) continua afirmando com precisão que há ainda a capacidade de agir, que pressupõe a personalidade jurídica, sendo a “personalidade o homem jurídico num estado, por assim dizer, estático; a capacidade é o homem jurídico num estado dinâmico”.

Nesta perspectiva, para ser pessoa então, basta ser homem ou mulher. Basta que exista perante a ordem jurídica, requisitos outros só podem ser exigidos para o indivíduo agir por si, como sujeito de relação jurídica. Daí a distinção que alguns autores fazem entre capacidade de gozo e capacidade de exercício. Gozo e exercício exprimem um fato concreto e não uma potencialidade, além de não significarem ideias diversas, pois gozo também é exercício. Só se referem a direitos, pois obrigações não podem ser gozadas. Uma pessoa capaz pode ter gozo de um direito sem ter seu exercício, ou por tê-lo alienado ou porque tem representante que o exerce em seu nome. O incapaz exerce seus direitos através de seu representante legal.

Importante constatar que a pessoa precisa surgir ou aparecer no mundo dos fatos de alguma forma, devidamente estabelecida pelo direito vigente, para que possa agir, por si ou através de alguém que a represente, no exercício e gozo de direitos. Este aparecimento, no direito brasileiro, se dá através do nascimento com vida para a pessoa física ou natural, nos termos do supracitado art. 2º do Código Civil, ou pelo registro, no caso da pessoa jurídica, conforme o artigo 45 do mesmo diploma legal.

Nascer e aparecer no mundo dos fatos. Concorde-se com Trigeaud (1994, p.3) quando ele afirmava em 1994 que a interrogação sobre as pessoas está na ordem do dia, questionamento que ainda se repete hodiernamente. Segundo o autor, a personalidade é um suporte valorativo antes mesmo de ser qualificado como humano: entende-se uma realidade subjacente, uma hipótese do que a filosofia chamou de “ser”.

O fato é que a personalidade tal qual compreendida pelo direito não para de evoluir sob a influência de noções derivadas que se situam muito mais ao contato com os fatos, usos e costumes relidos à luz de uma investigação sobre fontes reais. Evolução chamada por interesses reais ou mudanças econômicas. (TRIGEAUD, 1994, p. 4-5).

Nas institutas de Gaius, *persona* se refere a um ator. O ator único, o trágico e o cômico, o soldado, o pai de família, o senador (TRIGEAUD, 1994, p. 7). Jogo que liga a pessoa a um ator ou personagem variável conforme a situação da vida, perdendo sua abstração uniforme: o vendedor no direito das obrigações, o nubente que contrai matrimônio, o patrão que contrata um funcionário. Passa-se da pessoa racional à pessoa concreta (TRIGEAUD, 1994, p. 7).

Hodiernamente, obstáculos mais profundos se manifestam, e a atualidade jurídica não os cessa de revelar. Eles mostram a insuficiência e os limites da definição de personalidade jurídica face a novas situações, caso estas introduzam um conceito diferenciado, uma referência à pessoa real: começo e fim da pessoa, interrupção da gravidez ou da fecundação artificial, eutanásia, período congelado para os embriões. Em todas estas situações, nada mais há do que uma subcategorização que se reporta à categoria mãe, discutida pelos juristas em toda sua compreensão e extensão temporal (a exemplo da discussão acerca da possibilidade de atribuir personalidade ao embrião e ao feto) e espacial (a exemplo do estrangeiro) (TRIGEAUD, 1994, p. 7-8).

Questão importante para Mémeteau (1994, p. 34) é saber desde quando e até quando a personalidade é protegida. Sabe-se que a personalidade é a aptidão para contrair direitos e adquirir obrigações. Mas quem é pessoa? O ser humano vivente? Os juristas não se atrevem a penetrar nos mistérios de ordem biológica, a vida não está nas suas definições, mas nas suas consequências. A vida é um estado, uma história, a existência biológica é um pleonasmo. É preciso considerar a situação do ser humano sem vida, definido por Mémeteau como o ainda não nascido e o cadáver.

No mesmo norte, há mais de 10 (dez) anos atrás, Venosa (2005, p. 151-152) já alertava que, em virtude dos avanços e novas perspectivas trazidas pela ciência, notadamente com as técnicas de RHA, procura-se proteger também o embrião. O problema, segundo o autor, é que o ser humano *in vitro* nem sempre representa uma forma de vida viável, mas aguardando respostas da ciência para que se possa considerá-lo titular de direitos. Com efeito, o embrião pode nunca vir a nascer, mas enquadrar-se-ia na situação de ser humano sem vida citada acima.

Ora, como já foi dito, tanto historicamente quanto culturalmente, a qualidade de pessoa física ou natural sempre foi atribuída ao ser humano que nasceu com vida (LÔBO, 2010, p. 105). Ainda que outros requisitos hajam existido, variando conforme o tempo e o espaço (forma humana, viabilidade...), o nascimento perfeito sempre foi um marco para o início da personalidade, quando se passa a interagir com as outras pessoas

e participar das dinâmicas da vida em sociedade. Neste sentido, importante considerar, com Habermas (2004, p. 49-51), que:

A individualização da história humana se inicia por meio da socialização. Aquilo que, somente pelo nascimento transforma o organismo numa pessoa no sentido completo da palavra, é o ato socialmente individualizante de admissão no contexto público de interação de um mundo da vida partilhado intersubjetivamente. Somente a partir do momento em que a simbiose com a mãe é rompida é que a criança entra num mundo de pessoas que “vão ao seu encontro”, que lhe dirigem a palavra e que podem falar com ela.

No mesmo sentido, Lôbo (2010, p. 107-108) afirma que o conceito de pessoa envolve relação com seus pares. Ser pessoa dignifica estar ou potencialmente vir a estar em relação jurídica com outrem. Portanto, desde a origem da palavra *persona*, a aquisição da personalidade está relacionada ao nascer, ao aparecer de novo ser para exercer seu papel ou papéis que lhe cabem no seio da sociedade. Em suma, os requisitos para aquisição da personalidade são estabelecidos pelo direito vigente no tempo e espaço, o que no direito brasileiro corresponde ao nascimento com vida. Mesmo que não tenha ainda capacidade de agir, desde o nascimento a pessoa tem capacidade jurídica para aquisição de direitos, sendo considerada o sujeito de direito em sua plenitude.

A palavra sujeito vem do latim, *subjectum*, entidade da qual se afirmar algo. Na filosofia, o vocábulo é utilizado com dois significados diferentes, ora para indicar aquilo de que se fala, designando o conteúdo do discurso, ora para indicar um ente ou “agente protagonista do conhecimento e da ação” (TAMAYO Y SALMORÁN, 1995, p. 168). Neste último significado, segundo Tamayo y Salmorán, o sujeito é entendido não só como substância, mas como um ser em si e por si. Em linguagem ordinária, sujeito significa entidade, ser ou ser humano.

Tamayo y Salmorán (1995, p. 168) chama atenção para os sentidos que o vocábulo sujeito representou no decorrer da história. Segundo o autor, os primeiros registros do uso gramatical do termo datam do Século II d.C., “denominava-se subjetiva a parte do discurso que os antigos chamavam “nome””. Na Idade Média, os autores seguiram a mesma linha de pensamento e utilizavam o termo para nomear tudo aquilo a que eram conferidas as qualidades.⁵⁰ Este significado se manteve durante o Renascimento e no Racionalismo. Christian Wolf define sujeito com ente dotado de essência, no mesmo sentido, Alexander Baumgarten (apud TAMAYO Y SALMORÁN, 1995, p. 169).

⁵⁰ Neste sentido falam Tomás de Aquino, Duns Scot e Guilherme de Ocean.

O segundo significado apontado por Tamayo y Salmorán (1995, p. 19) se consolida na obra *Crítica da Razão Pura*, de Immanuel Kant. Com efeito, para Kant (1974) o sujeito é a consciência que determina e condiciona toda atividade cognitiva. Na sequência, Hegel define o sujeito como condição prévia de existência de todo fenômeno ou objeto. O que existe ou acontece é em função do sujeito.

A locução latina *persona* deriva de *personare* (ressonar, reverberar, de per: intensidade + sonare: fazer barulho), cujo significado originário se referia à máscara usada pelos atores de teatro quando representavam uma personagem. A finalidade da máscara era dar mais volume e amplitude ao som da voz de quem a utilizava, mas a estética variava de acordo com a representação. Provavelmente, *persona* significava também o papel realizado, posto que, segundo Tamayo y Salmorán (1995, p. 170) “se usavam as expressões *personam gerere*, *personam agere* e *personam* para significar que, no drama, se fazia uma parte, se representava um papel”.

Segundo Tamayo e Salmorán (1995, p. 171), certos dogmas do Cristianismo também trouxeram à tona o vocábulo *persona*, cita como exemplo as três pessoas da Santíssima Trindade. Kant (2009) fez uso da tradição teleológica para concluir que toda pessoa tem um valor incondicional e absoluto. Afirma, em suma, que as coisas têm preço, mas as pessoas têm valor, que não pode ser mensurado. A pessoa é um fim em si mesma, um “sujeito transcendente”.

A partir daí, o conceito de pessoa é relacionado a noção de racionalidade e autonomia que lhes são atribuídas. Do mesmo modo, na literatura jurídica, pessoa é o sujeito dotado de razão e autonomia da vontade. Tamayo y Salmorán (1995, p. 171) afirma que os juristas usam a palavra *persona* no seu sentido paradigmático. De fato, deve-se concordar com o autor posto que, se *personna* significava uma personagem, do mesmo modo homens e mulheres, hoje, personificam papéis preestabelecidos pelo direito: herdeiro, nubente, representante, tutor, curador, contratante... Os direitos faculdades e obrigações, “as partes, os papéis e as cenas do direito” (TAMAYO Y SALMORÁN, 1995, p.171), são cenas ou conteúdo do drama descrito pelo direito para ordenar a vida em sociedade. O nascimento representa, então, a estreia nesta peça, momento no qual se adquire personalidade, veste-se a máscara teatral ou ocupa seu papel na vida social, passando a interagir com seus pares.

Nesta linha de raciocínio, a noção de sujeito de direitos está intimamente ligada à ideia de direito subjetivo, pode-se dizer que não são mais que os dois lados de uma mesma moeda. O sujeito de direito é o titular de direito subjetivo, de direito

preexistente. Quando o sujeito também é pessoa, ele já pode atuar, exercer seu papel respectivo, usar, fruir e dispor das prerrogativas que lhe pertencem e lhes são facultadas pelo direito. Se o sujeito ainda não nasceu (no sentido literal, pelo parto, ou no sentido figurado, pelo registro) e o direito já existe, será ele titular de direito expectativo, que é direito existente e resolúvel, na perspectiva da aquisição de personalidade pelo seu titular.

Note-se que direito expectativo não se confunde com expectativa de direito. O direito expectativo já existe, pode ser afetado a um titular e, inclusive, ser reclamado em juízo. Expectativa de direito é um direito futuro, ainda não consolidado e, portanto, não há que se falar em titularidade para este fenômeno. O direito expectativo, ao contrário, carece de um sujeito, ainda que não seja pessoa, pois não se deve admitir o fenômeno de direito sem titularidade.

Entende-se aqui que se deve concordar com Pontes de Miranda (1977, p. 163-166) quando este afirma categoricamente a contradição existente no fenômeno ora em comento. Se não há sujeito, direito também não há; na ausência daquele, este resta extinto. É o que ocorre, por exemplo, no falecimento do proprietário de determinado patrimônio, extinguindo-se para ele o direito, posto que não existe mais sujeito, e iniciando o direito dos respectivos herdeiros sobre os bens. Note-se que, para os países que adotam o princípio da saisine, a transmissão é imediata, ocorre no exato momento da morte do autor da herança, ainda que sejam desconhecidos os herdeiros, justamente para evitar o surgimento de patrimônio sem titular.

Diferente é o entendimento de Mota Pinto (2005, p. 193), para quem sujeito de direito é o ente apto a ser titular de direitos e obrigações, de fazer parte de uma relação jurídica. O doutrinador português, todavia, afirma que só a pessoa, física ou jurídica, pode ser titular de direitos e obrigações. Define personalidade como a aptidão para ser sujeito das relações jurídicas e confunde as duas expressões, sujeito de direito e pessoa física, identificando-as em significado. Este entendimento, todavia, leva a questionamentos acerca de prerrogativas conferidas a entes que ainda não tem personalidade, como é o caso do nascituro e da pessoa ainda não concebida. Sobre a resposta encontrada pelo autor, entende-se, na presente tese, com a devida *vênia*, como insuficiente para suprir a questão.

Ocorre que há situações, como doação a nascituro e destinação de bens em testamento à prole eventual, em que o titular da relação jurídica que se estabelece ainda não existe como pessoa. Para estes casos, Mota Pinto (2005, p. 196) enquadra a situação

como direitos sem sujeito, ficando esses bens no que o autor chamou de estado de vinculação, tendo em vista o surgimento futuro de uma pessoa com direitos sobre eles. Todavia, deve-se concordar com Lôbo (2010, p. 113) quando ele diz que esta definição é, nas palavras do autor, “odiosa”.

O próprio Mota Pinto (2005, p. 197) entra em contradição quando declara que toda relação jurídica deve estar conectada a um sujeito. Como justificar, então, a existência de direitos sem sujeito? Ainda que entenda transitória a situação, posto que a titularidade seria estabelecida quando superada alguma condição, como o nascimento, há de se reconhecer que é incongruente.

Colin et Capitant (1957, p. 43-44) designam como pessoas todos os seres humanos, na medida que podem ser titulares de direito. Consideram pessoa o homem enquanto ser social, remonta a origem latina da palavra *persona*, de modo que o ser humano existe enquanto pessoa na medida em que ele interage com os seus pares no jogo da vida. Causa espanto, ainda que a obra tenha sido lançada em 1957, a referência feita pelos autores aos escravos. Ao mesmo tempo em que asseveram categoricamente que os seres humanos são pessoas e, por conseguinte, sujeitos de direito, afirmam que os escravos, apesar de serem humanos, não são pessoas. Alegam que nas legislações que admitem a escravatura, aqueles são designados como coisas e, portanto, propriedade de seus respectivos senhores, não dispendo, inclusive, de nenhum recurso judicial contra possíveis abusos.

Goubeaux (1989, p. 13), por sua vez, afirmam que, segundo a análise clássica, os sujeitos de direito, titulares de direito subjetivo, são as pessoas. Aduz que homem, sujeito de direito e pessoa, sob o prisma do direito civil, podem ser vistos como sinônimos. Com efeito, todo homem é pessoa física, e toda pessoa física é sujeito de direitos. Da mesma forma que Colin e Capitant (1957, p. 44), ressaltam o fato de que os escravos, não obstante serem humanos, eram considerados coisas e não pessoas, portanto não poderiam ser sujeito de direitos; mas, ao contrário daqueles, a citação remete a tempos passados, um passado que o mundo prefere esquecer, e não a possibilidades contemporâneas de disciplina legal da escravidão.

A personalidade jurídica da pessoa física, de acordo com a lei francesa, adquire-se com o nascimento com vida, nos mesmos moldes do direito civil brasileiro. Todavia, enquanto o art. 2º do Código Civil brasileiro de 2002 estabelece como único requisito o nascimento com vida, o *Code Civil* prevê ainda um segundo requisito, que é a

viabilidade. Na França, pois, não basta o nascimento com vida, é preciso que o bebê tenha vida viável.⁵¹

Neste sentido, Mazeaud, Mazeaud e Chabas (1997, p. 9) explicam que para nascer vivo, é suficiente que a criança respire, o que seria facilmente comprovado pela presença de ar nos pulmões. Para a vida do recém-nascido seja considerada viável, é preciso que ele seja constituído de maneira que possa sobreviver, ou seja, que tenha todos os órgãos ou componentes necessários à sua existência. Esta definição, contudo, tem suscitado dúvidas nos estudiosos, de modo é que preferível que a viabilidade seja presumida, a menos que se prove o contrário.

No mesmo norte, Goubeaux (1989, p. 14-15) explica os requisitos exigidos pela lei francesa dizendo que para que a criança nasça viva, basta que após o parto ele mantenha as funções essenciais que lhe permitam ter uma existência própria e independente do corpo da mãe. Para ser viável, leciona Goubeaux (1989, p. 48), o recém-nascido deve ser constituído de modo a poder continuar a viver, ou seja, suficientemente formado e com os órgãos necessários à sua sobrevivência. Pelo direito francês, o natimorto e a criança com morte prematura, cuja vida tenha sido considerada inviável, não adquirem personalidade.

O conceito de sujeito de direito é mais abrangente do que o conceito de personalidade. Não é necessário a expansão do significado de pessoa, sob pena de sua descaracterização (LÔBO, 2010, p. 105-109). O direito também atribui a qualidade de pessoas a entidades que não têm existência física ou tangível, as pessoas jurídicas. Mas o fato é que se deve concordar com Pontes de Miranda (1977, p. 170-171) quando este afirma que “por trás das pessoas estão sempre, no plano jurídico e econômico, homens [...] Umas e outras têm começo; hão de ser nascidas, isto é, já estarem na vida social para serem pessoas”, pois o que o direito protege é o interesse dos homens e outros entes.

O ser humano nascido com vida é pessoa física. Esta denominação é tradicional e continua adequada para os fins atuais do direito civil. O conceito de pessoa física foi enriquecido com a expansão do conceito de direitos humanos, principalmente a partir dos mandamentos trazidos pela Declaração de 1948 da Organização das Nações Unidas, cujo artigo 1º reza que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e

⁵¹ Pelo art. 318 do Code Civil, a criança recebe personalidade jurídica desde o seu nascimento, ou mesmo desde a concepção, desde que nasça vivo e viável.

em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade.”

Sujeitos de direitos são todos os entes dotados de capacidade para adquirir ou exercer titularidades de direitos e responder por deveres jurídicos. Conceito mais amplo que o de personalidade, que fica abrangido por ele. Há sujeitos que não são pessoas, mas toda pessoa é passível de adquirir direitos e obrigações e, mesmo que não os tenha, é capaz de os ter, de modo que toda pessoa é sujeito de direitos (LOBO, 2010, p. 108). No mesmo sentido, Comparato afirma que a personificação não recobre toda a esfera da subjetividade: nem todo sujeito de direito é pessoa.

Lôbo (2010, p. 108) afirma que se confere a certos entes partes ou parcelas de capacidades para aquisição e defesa de direitos, dispensando-lhes a personalidade, são os entes despersonalizados. No direito brasileiro, pode-se tomar como exemplo o caso do nascituro (art. 2º do Código Civil, segunda parte – “a lei põe a salvo os direitos do nascituro desde a concepção); as gerações humanas futuras, como titulares do direito ao meio ambiente equilibrado, conforme dispõem o artigo 225 da Constituição Federal; os “entes despersonalizados” a que alude o artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor⁵². Percebe-se, portanto, que para o direito brasileiro não é preciso ter personalidade jurídica para ser sujeito de direitos.

4.3 OBJETO DE DIREITO – ANÁLISE DO CONCEITO DE COISAS E BENS PARA VERIFICAR POSSÍVEL ADEQUAÇÃO DA CONDIÇÃO JURÍDICA DOS ELEMENTOS ORIGINÁRIOS DAS TÉCNICAS DE RHA

Como se verificou no tópico anterior, tem-se o conceito de sujeito de direitos como todo ente que figura como titular em uma relação jurídica. Diz-se ente porque aquele não necessariamente será uma pessoa. Sujeito é todo aquele que figura em um dos polos da relação, sendo, este, pessoa ou ente desprovido de personalidade. Não é preciso, pois, ter personalidade para ser titular de direitos, mas todo direito só existe mediante um titular. Todavia, além dos sujeitos, a relação jurídica é composta também por um objeto de direitos, pode ser uma pessoa, uma coisa ou um bem. Superado o

⁵² Código de Defesa do Consumidor:

“Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os **entes despersonalizados**, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.”

[Grifos nossos]

conceito de pessoa, passar-se-á a analisar o que se entende por coisas e bens, passando também pelo instituto do bem jurídico, originário do direito penal, mas aqui aplicado no direito civil.

4.3.1 Objeto da relação jurídica – quem ou o que pode figurar no campo objetivo da relação

Falou-se, no tópico anterior, que sujeito de direitos é o titular de direito subjetivo e, portanto, também titular da relação jurídica. Nas palavras de Mota Pinto (2005), direito subjetivo é a atribuição de um poder a alguém. Este poder poderá sempre ser exercitado sobre algo, sobre um *quid*, seja coisa ou pessoa, bem corpóreo ou incorpóreo, que será o objeto de direito da relação jurídica, e confere a possibilidade de exercer suas faculdades sobre ele.

Na relação jurídica, o ato de satisfazer um interesse relevante para as partes, “que corresponde ao aspecto funcional do direito, exige a subordinação de um bem ao titular do direito. Este bem constitui o ponto de incidência do direito, está submetido à supremacia do titular ativo da relação jurídica e é o objeto desta” (MOTA PINTO, 2005, p. 331). Deste modo, considera-se objeto da relação jurídica o *subsractum* sobre o qual incidem os poderes do titular do direito. É todo o bem o ente sobre o qual ou sobre quem podem incidir os poderes do respectivo sujeito desta relação.

Convém diferenciar objeto de direito do seu respectivo conteúdo. Objeto é o *quid* sobre o qual recaem as faculdades do titular do direito, conteúdo é justamente o conjunto de poderes ou faculdades atribuídas. Exemplificando, o objeto do direito de propriedade sobre um bem imóvel (uma casa) é a coisa apropriada, seu conteúdo, todavia, são as respectivas faculdades de usar, fruir e dispor conferidas ao titular da relação jurídica. No direito de guarda, o objeto será a pessoa do menor, enquanto o sujeito será aquele sobre o qual recaem as obrigações; o conteúdo será o conjunto de poderes e deveres respectivos.

Com efeito, Rodrigues (1977, p. 21) afirma que a “guarda é o poder-dever de manter criança ou adolescente no recesso do lar enquanto menores e não emancipados, dando assistência moral, material e educacional”. O objetivo é a tutela protetiva do menor em situação de risco, cumprindo o mandamento do artigo 227 da Constituição Federal brasileira de 1988. A guarda não é um poder conferido livre e aleatoriamente a alguém, mas, antes de qualquer coisa, um dever imposto por razões de ordem pública,

cujas violações implicarão ao responsável as devidas sanções administrativas, civis e penais.

Outra diferenciação que convém ser aqui estabelecida é aquela referente ao objeto direto ou imediato e objeto indireto ou mediato. A distinção entre um e outro se refere ao fato do primeiro estar diretamente submetido ao poder do titular, enquanto o segundo necessita de um intermediário. Todavia, esta diferenciação, segundo Mota Pinto (2005), nem sempre se verifica. Nos direitos reais, por exemplo, o sujeito ativo exerce de maneira imediata suas prerrogativas sobre o objeto; por outro lado, nos direitos das obrigações isto não se verifica. O objeto direto da relação jurídica obrigacional é um comportamento de dar, fazer ou não fazer; o objeto imediato é o conteúdo do comportamento, ou seja, a coisa cuja entrega é devida (dar), a construção que deve ser realizada (fazer) ou a cerca viva que não deve ser podada (não fazer).

Como se pode ver, várias são as possibilidades de objeto de relações jurídicas. Não se pretende, aqui, esgotá-las, mas apenas citar duas hipóteses apontadas pela doutrina que se relacionam de maneira mais íntima com o objeto da presente tese: coisas, pessoas e entes despersonalizados.

Pode-se causar espanto a afirmação de que um ente ou pessoa possa ser objeto da relação jurídica. Mas a situação é perfeitamente compreensível quando se compreende, conforme o ensinamento de Mota Pinto (2005, p. 334), que direitos sobre outras pessoas, sejam físicas ou jurídicas, quando existem, têm um conteúdo diferenciado, não correspondendo a um direito subjetivo comum, mas ao que o citado autor chama de "poderes-deveres" ou "poderes funcionais". É o que acontece, por exemplo, com o já citado direito de guarda, o poder familiar, a tutela e a curatela.

Na relação jurídica do poder familiar, tem-se como titular as pessoas do pai e da mãe no exercício de poderes/deveres exercidos sobre os filhos. É um direito milenar, a antiga *patria potestas* dos povos romanos, onde o *pater* tinha poder absoluto sobre os *fili familiae* (ALVES, 2011, p. 114 e ss; 665 e ss.). *Pater* tinha sentido de chefe de família e não de pai, era o ascendente masculino mais velho da família, estando todos os demais a ele subordinados.

Hoje, o instituto não tem mais a conotação de subjugar aqueles que estavam subordinados ao sujeito ativo da relação, mas, ao contrário, deve ser exercido em função dos filhos e filhas, no dever de proteger, criar e educar. Neste sentido, Gonçalves (2011), define o poder familiar como o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, em relação à pessoa e aos bens dos filhos menores. No mesmo norte, Bevilacqua

(1959, p.363) conceituou o poder familiar (*in casu*, pátrio poder) como o complexo dos direitos que a lei confere aos pais sobre a pessoa e bens dos filhos.

Segundo Lôbo (2011, p. 295), o poder familiar representa, em suma, o exercício da autoridade dos pais sobre os filhos menores, sempre no interesse destes, representando autoridade temporária, uma vez que somente existirá até que estes se tornem capazes pela maioridade ou emancipação. Deste conceito, tem-se com clareza a titularidade e conteúdo do direito em análise.

A titularidade, conforme a Constituição Federal, é dos pais. É o que se extrai do seu artigo 226, § 5º, cujo teor dispõe que "os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher". No mesmo sentido, o artigo 1.631, do Código Civil brasileiro disciplina acerca da igualdade plena no tocante à titularidade e exercício do poder familiar pelos cônjuges ou companheiros.

No que toca ao conteúdo do poder familiar, pode-se claramente extraí-lo dos artigos 1634 e 1689 do CC/2002, *in verbis*:

- Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:
- I - dirigir-lhes a criação e educação;
 - II - tê-los em sua companhia e guarda;
 - III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
 - IV - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;
 - V - representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
 - VI - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
 - VII - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.
- Art. 1.689. O pai e a mãe, enquanto no exercício do poder familiar:
- I - são usufrutuários dos bens dos filhos;
 - II - têm a administração dos bens dos filhos menores sob sua autoridade.

Por fim, tutela, o último dos institutos supracitados, pode ser definido como um poder conferido pela lei a uma pessoa capaz para proteger e administrar os bens de uma criança ou um adolescente que não esteja sob o poder familiar, representando-o ou assistindo-o em todos os atos da vida civil. Do mesmo modo que a guarda e o poder familiar, terá uma pessoa como titular e os cuidados com o menor como conteúdo.

Estes direitos, como se pode ver, não conferem relação de domínio sobre a pessoa tutelada. Mais do que isto, estabelecem deveres a serem cumpridos pelos pais, tutores e curadores, titulares da relação jurídica, mais que um poder, constituem um *munus publico*, cujo descumprimento implicará sanções previstas pela legislação em vigor. São, portanto, poderes funcionais que incidem nas relações jurídicas de filiação,

tutela e curatela, cujo objeto é a pessoa do filho ou filha, ou pessoa tutelada ou curatelada.

Entende-se, portanto, perfeitamente possível a pessoa ou ente despersonalizado ser objeto de relação jurídica. Mas, para além destes, tem-se também as coisas como objeto de direito. Este já é um entendimento clássico que dispensa maiores comentários, cumpre apenas concordar com Mota Pinto (2005, p. 336) quando este diz que não há dúvidas acerca da possibilidade de realidades físicas carecidas de personalidade, as coisas materiais, ou produtos da atividade espiritual do homem, as atividades artísticas, literárias, científicas e intelectuais, que se situam no domínio das coisas incorpóreas ou imateriais, podem ser objeto de direitos subjetivos.

4.3.2 Coisas e Bens – do conceito de coisa ao conceito de bem jurídico civil, do elemento susceptível de direito de propriedade ao objeto digno de tutela

Menezes de Cordeiro (2002, p. 9) leciona que na tradição greco-latina, coisa é tudo aquilo que existe e ainda o que pode ser feito, dito ou pensado. Com efeito, em acepção mais ampla, coisa é tudo que pode ser pensado ou planejado pela imaginação humana, ainda que não tenha existência atual ou material. Em sentido físico, é tudo aquilo que, de alguma forma pode ser percebido pelos sentidos. Em sentido jurídico, pode-se apontar a definição do Código Civil português, que diz que coisa é tudo aquilo que pode ser objeto de relações jurídicas (MOTA PINTO, 2005, p. 333).

O Código Civil brasileiro de 2002 não traz, em seu texto, uma definição ou conceito, mais se preocupa em classificar os bens, a partir do art. 79. Pode-se, então, apontar a definição de Lôbo (2010, p. 204), no sentido de que coisas são todos os “objetos materiais ou imateriais que podem ser suscetíveis de apropriação ou utilização econômicas pelas pessoas físicas ou jurídicas”. Concorda-se também com o autor quando este fala que o conceito que se acaba de exprimir não inclui aquilo que se pode ser considerado bem jurídico, cuja análise será feita a seguir.

Não se pode ter o significado de coisas conforme interpretação literal da lei portuguesa, posto que, como já visto, há outras possibilidades de objeto de relação jurídica que não apenas os bens. Mas a redação se justifica quando se reflete que só se considera coisa em sentido jurídico os bens que possam ser objeto de relação jurídica. Mais prudente seguir a definição da doutrina brasileira no sentido de considerar bem tudo aquilo que, carente de personalidade, possa ter apreciação ou valoração econômica.

O vocábulo “bem” pode ter vários significados, é utilizado na filosofia, para designar tudo o que possa satisfazer o ser humano; na economia política, onde, segundo Bevilaqua (1999), o bem é tudo o que pode satisfazer uma necessidade humana; bem como no direito, onde se pode apontar que o bem é uma utilidade, porém não apenas econômica.

Atias (1999, p. 1) afirma que bens são todas as coisas que têm utilidade ao homem e são susceptíveis de apropriação privada. Já para Terré e Simler (2010, p. 3), a palavra bem pode ser entendida de formas diferentes: de maneira ordinária, para designar as coisas que são úteis aos homens e servem à satisfação de suas necessidades; para designar direitos destinados a alguma pessoa, física ou jurídica, mais precisamente créditos constantes no patrimônio de alguém.

Para Monteiro (2000), bens são todos os valores que podem ser objeto de relação jurídica, sejam eles coisas corpóreas ou incorpóreas, fatos ou abstenções humanas. Quanto ao conceito de coisas, o autor afirma que este corresponde ao conceito de bens, mas nem sempre coincidem em absoluto. No mesmo norte, Tepedino (2004) percebe que:

[...] a coisa, tomada em sentido comum, é conseqüentemente, porção da realidade anterior à qualificação jurídica e por isso mesmo considerada noção pré-jurídica e neutra, constituindo o elemento material do conceito jurídico de bem, este definido em tema de direitos reais, como coisa em sentido jurídico, no âmbito dos objetos materiais suscetíveis de medida de valor.

Deste modo, concorda-se com Mota Pinto (2005, p. 341) quando este afirma que se pode classificar como coisas todos os bens que possam ser objeto de relação jurídica e, portanto, objeto de direito de algum ente ou pessoa. Para tanto, devem apresentar três características fundamentais: existência própria, considerada de modo autônomo, separada de outros bens; possibilidade de apropriação por alguém, e ser apta a satisfazer as necessidades humanas.

No mesmo norte, Lôbo (2010, p. 204) aponta as seguintes características essenciais: economicidade, de modo que seja passível de avaliação econômica; suscetibilidade de apropriação, podendo ser incluída no patrimônio de alguém; e exterioridade. Importante se faz alertar que esses caracteres têm sido relativizados, haja vista as profundas transformações hodiernas das relações da pessoa humana com o meio ambiente e com outros interesses difusos e coletivos.

Por falar em patrimônio, convém, aqui, estabelecer uma breve definição. Nas palavras de Mota Pinto (2005, p. 344), patrimônio é o conjunto de relações jurídicas

susceptíveis de apreciação pecuniária, que uma pessoa é titular. Segundo Bevilacqua (1999) a maior parte da doutrina considera patrimônio uma universalidade de direitos, ou seja, uma unidade abstrata, distinta dos elementos que a compõem.

Pode-se ver, assim, que patrimônio é o conjunto de ativos (créditos) e passivos (débitos), cuja titularidade se atribui a um sujeito determinado ou pelo menos determinável. Por esta definição, é perceptível que as coisas em si não constituem objeto imediato do patrimônio, mas sim os respectivos direitos reais sobre elas (posse, propriedade, usufruto etc.), além dos direitos de crédito e obrigações, dentre outros. Além disso, relações jurídicas existenciais, também não constituem parte integrante do patrimônio. Mister se faz salientar que só integram o patrimônio relações jurídicas susceptíveis de apreciação pecuniária. Seguindo a doutrina de Kant (2009), apenas aquilo que tem preço, não o que tem valor.

Falou-se, então, sobre os conceitos de coisas e bens. Conceito abrangente e de múltiplos significados, foram apresentadas algumas de suas faces. De modo amplo, pode-se afirmar que bem é tudo o que possui valor, preço, dignidade, a qualquer título para o ser humano. Todavia, na categoria de bens, há aqueles que merecem receber do direito um tratamento diferenciado, devido à importância e valor que carregam, é o que se conhece por bem jurídico. Bem, de maneira genérica, pode ser um livro, um alimento, beleza, uma virtude. Não se pode dizer, contudo, que haja superposição do conceito de bem ao de bem jurídico, pois este se constitui num plano próprio e delimitado. É um conceito do direito penal que se pretende utilizar no âmbito do direito civil.

Define-se bem jurídico, pois, como valores ético-sociais que o direito seleciona, com o objetivo de assegurar a paz social, e coloca sob sua proteção para que não sejam expostos a perigo. O Direito Penal não procederá a proteção de bens de forma indistinta e aleatória, mas ficará adstrito à proteção dos bens jurídicos mais relevantes dos ataques mais graves que estes estejam suscetíveis de sofrer.

Hodiernamente, não se concebe a existência de uma figura típica que não afete um bem jurídico, e é por isto que este desempenha um papel central na teoria do tipo, dando o verdadeiro sentido teleológico à lei penal. Todavia, nem todo bem jurídico pode ser considerado um bem de natureza penal; de maneira mais precisa, bens jurídicos são valores ligados às concepções ético-políticas, preponderantes numa certa época, são convenções sociais, ou melhor, normas de cultura que refletem intensamente em um direito penal de feição teleológica. Mesmo valores de caráter

estritamente individual, como a honra, por exemplo, pode ser considerado bem jurídico e protegido como se fosse um interesse público.

A teorização acerca do conceito de bem jurídico sofreu um incremento a partir da primeira metade do século XIX, quando se iniciam as refutações da concepção clássica do crime como sendo uma ofensa a um direito subjetivo, passando a ser concebido como uma ofensa a bens (BECHARA, 2009, p. 18).

O autor que pela primeira vez usou a expressão bem jurídico foi Johann Michael Franz Birnbaum (RUDOLPHI, 1975, p. 329), em meados do século XIX, com a intenção de abranger um conjunto de valores, de cunho liberal, cuja ofensa fosse passível de punição. A intenção era, pois, proteger valores liberais de comportamentos ofensivos por parte de terceiros. Como não poderia deixar de ser, dada a motivação de sua criação, esta noção assumiu, inicialmente, conteúdo individualista, classificando-se o bem jurídico como os interesses fundamentais do indivíduo na sociedade, tendo como expoente máximo a proteção à vida, ao corpo, à liberdade e ao patrimônio.

Posteriormente, os positivistas, a exemplo de Binding, adotaram o conceito de bem jurídico, abandonando a ideia de delito como, pura e simplesmente, uma ofensa a direito subjetivo, porém o fizeram apenas como pressuposto para a norma (TAVARES, 1992, p. 79/80). Com efeito, passa-se a entender que a lesão a direito subjetivo só surtiria efeitos mediante agressão a bem jurídico, sendo inconcebível que aquela existisse sem esta última.

Para Dias (1999, p. 63), bem jurídico como é a expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objeto ou bem em si mesmo socialmente relevante e, por isto, juridicamente reconhecido como valioso. No mesmo sentido, Malaré (1992, p. 151-152), define os bens jurídicos como relações sociais concretas, de caráter sintético, protegidas pela norma penal, que nascem da própria relação social democrática, a partir da superação do processo dialético que tem lugar em seu âmbito. Em suma, é um bem a ser protegido conforme os valores eleitos pela sociedade em dado tempo e espaço.

Neste sentido, é preciso reconhecer, que os sentidos de bens jurídicos não se apresentam histórica e socialmente estanques. Muito pelo contrário, demonstram que são mutáveis. Uma vez que a função do direito penal é tutelar aquilo que é essencial à realização no homem na sociedade, os referidos bens serão considerados na medida daquilo que em cada momento se revelar como fundamental a este propósito.

4.4 CONDIÇÃO JURÍDICA DO EMBRIÃO E DEMAIS CONCEITOS QUE EXSURGEM DA UTILIZAÇÃO DE TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

O embrião não é um órgão, uma coisa ou simples parte do corpo da mulher, antes se afirma como um ser vivente humano, dotado de forma específica de vida humana que integra em si a completa potencialidade da pessoa. É também um ser único e irrepetível, possuidor de código genético exclusivo (OTERO, 1999, p. 44-45). Portanto, há de se considera-lo merecedor de uma tutela própria e específica.

Segundo Ost (1995, p. 12), a partir do momento em que verifica o patenteamento e comercialização de células tronco em estados estadunidenses – pondo-se o ser humano supostamente na condição de coisa, deve-se questionar onde foi parar a pessoa. Neste sentido, entende-se pertinente a análise de Ost (1995, p. 201-202) no sentido de “rejeitar a teoria hegeliana que atribui ao homem propriedade sobre todas as coisas em benefício de uma atitude de amor e curiosidade respeitosa pelas inúmeras interações de que é feito o ser vivo”.

Sobre a condição jurídica do embrião, Goubeaux (1989, p. 50) afirma que este, apesar de considerado um ser vivo, não tem autonomia suficiente para ter existência independente do corpo da mãe. O fato de ser um organismo dotado de vida não é suficiente para atribuir ao embrião uma personalidade jurídica plena desde a concepção, mas é, segundo Goubeaux (1989, p. 50-51), suficiente para que adquira, antes do nascimento, a qualidade de sujeito de direito.

O Código Civil francês dispõe de maneira explícita, nos artigos 725 e 906, que o ser humano concebido (mas ainda não nascido) pode ser beneficiário em herança, receber legado ou doação, reconhecendo, pois, a possibilidade de o embrião ser sujeito de direitos. No mesmo norte tem entendido a jurisprudência francesa. Deve-se ressaltar que, mediante as técnicas de reprodução humana assistida e a possibilidade de produção de embriões supranumerários em laboratório, o Comitê Nacional de Ética para as Ciências da Vida e da Saúde na França, em fevereiro de 1983, enunciou por decreto que o “embrião ou o feto devem ser reconhecidos como pessoa humana em potencial, este respeito deve ser imposto a todos” (GOUBEAUX, 1989, p. 50).

O Comitê ainda condena a produção de embriões humanos para fins exclusivos de investigação científica, mas nada impede que procedimentos de pesquisa se realizem com fetos mortos, após interrupção da gravidez, ou em embriões excedentários

comprovadamente inviáveis para reprodução. Pretende-se claramente proteger o postulado da vida, mas, ao mesmo tempo, pode-se observar que as garantias de proteção à vida humana não são incompatíveis com a ciência.

O jurista francês afirma que a chamada personalidade jurídica do embrião é condicional e relativa. Condicional porque só é atribuída conforme o nascimento ocorra de forma a contemplar os requisitos necessários para aquisição da personalidade, que, conforme já foi dito, no *Code Civil*, são vida e viabilidade. Ademais, é relativa porque só é atribuída naquilo que for de proveito para o embrião, não no que lhe for contrário. Goubeaux (1989, p. 51)

Verifica-se, pois, com o que se há de corroborar, que não se faz diferença entre o embrião *in vitro* e o embrião *in vivo* para efeitos de qualifica-los como sujeito de direito. Uma vez ocorrida a concepção e iniciada a vida humana, tem-se um sujeito de direito, ainda que este não seja considerado pessoa. A qualidade de pessoa só é adquirida após o nascimento com vida, ainda que opere efeitos retroativos, a contar da data da concepção.

Importante ressaltar a ressalva que Goubeaux (1989, p. 54) faz ao entendimento acerca da condição jurídica conferida ao embrião após a permissão legal para o aborto no sistema jurídico francês. A lei do aborto na França possibilita à mulher decidir se mantém ou não a gravidez até a décima semana de gestação; após este período, a única forma de aborto possível é o terapêutico, modalidade em que sua realização se dá não em virtude de escolha da genetriz, mas em razão de doença ou risco de vida para aquela que está gestando o nascituro.

Sancionada a lei do aborto, aponta o autor supracitado três soluções possíveis para o dilema acerca do status jurídico do embrião e do nascituro: a) considera-los como coisa, solução desde já refutada porque incompatível com a dignidade que possuem; b) tendo em vista a determinação do começo da vida desde a concepção, manter o status de sujeito de direito (lembrando que o doutrinador supracitado entende que há uma personalidade condicionada ao nascimento com vida); c) como solução intermediária, determinar como marco inicial da personalidade, ainda que condicional, a décima primeira semana de gestação, quando não mais se poderia realizar o aborto voluntário, o que dá margem a um vácuo conceitual no período entre a concepção e o final da décima semana de gravidez.

O princípio da inviolabilidade da vida humana não depende do nascimento. A Constituição portuguesa, ao afirmar a inviolabilidade da vida humana no art. 24, n1, não

faz qualquer distinção sobre a natureza extrauterina ou intrauterina. Nas palavras de Otero (1999, p. 38):

É que a Constituição não se limita a reconhecer um direito de vida, enquanto expressão de conservação de uma vida já nascida, envolvendo também a garantia de um direito à vida, no desenvolvimento de todas as manifestações de vida humana, incluindo o direito ao nascimento.

Acórdão do Tribunal Constitucional português nº 288/98 juiz-conselheiro Vítor Nunes de Almeida: a inviolabilidade da vida humana não pode deixar de ter o sentido a existência do ser humano desde o momento da concepção até ao da sua morte natural: toda a vida pré-natal é também vida humana e, enquanto tal, credora da dignidade pessoal que a Constituição garante à pessoa humana e, por isto, deve ser protegida (OTERO, 1999, p. 41).

A garantia da inviolabilidade da vida humana começa no momento de origem da vida. Este é marco essencial para determinar início e evolução do âmbito de proteção jurídica, mas cuja definição deve ser dada pela ciência. Já se tomou posicionamento neste trabalho pela teoria concepcionista, mas reconhece-se a fragilidade de certeza jurídica originária, independente da teoria escolhida, diante das divergências entre as várias correntes existentes na ciência e na medicina. No atual estado da arte, todavia, entende-se que a escolha mais acertada é aquela que determina que o início da vida ocorre na concepção, a partir da fusão dos pronúcleos dos gametas masculino e feminino, dando origem a uma única célula, o ovo ou zigoto. Bem empregadas as palavras de Otero (1999, p. 40) quando conclama por uma solução, aduz, em síntese, que determine a ciência quando é que começa a vida humana que o Direito, imediatamente, tem de garantir a sua inviolabilidade. No momento, o ideal é que os paradigmas de tutela empregados superem o conceito de existência com vida para determinar a tutela merecida. Propõe-se um resgate do conceito de homem sem vida de Mémeteau (1994, p. 30) para determinação dos conceitos que se busca e grau de proteção.

Concorda-se com Goubeaux (1989, p. 61) quando ele afirma que seria excessivo considerar o embrião como coisa em virtude da lei do aborto na França. De fato, deve-se reconhecer que, apesar de já considerar o embrião um ser vivo desde a concepção, reconhece-se que o nível de proteção a vida em seus momentos iniciais pode variar de acordo com o estágio de evolução em que se encontre, o que não retira sua qualidade de sujeito de direito ao mesmo tempo em que não a torna incompatível com a permissão da interrupção voluntária da gravidez.

Mantém-se, então, o entendimento de que, enquanto organismo vivo, tanto o embrião *in vitro* como o nascituro são considerados sujeito de direitos, condição que não mais se observa a partir do momento em que o feto é declarado morto, em virtude de aborto ou causa natural, ou em que o embrião excedentário é tido como inviável, o que se equipara, segundo aqui se entende, a sua morte ou destruição. Entende-se como inviável o embrião excedentário que não é mais capaz de desenvolver uma gestação saudável caso seja implantado no útero feminino, motivo que justifica a posição aqui adotada de equiparar a inviabilidade declarada à morte do embrião.

É certo que a personalidade só é adquirida com o nascimento com vida, no caso do ordenamento jurídico brasileiro, é esta a única condição estabelecida, e só então é que o indivíduo será considerado sujeito de direito em sua plenitude. Porém não é a personalidade que justifica a titularidade de direitos por parte do ser humano, antes, é a qualidade de ser humano que envolve a natural titularidade de certos direitos e que, conseqüentemente, justifica o reconhecimento da personalidade jurídica: a personalidade jurídica é sempre uma consequência e não uma causa da titularidade de direitos inatos ao ser humano (OTERO, 1999, p. 33).

Pelo que foi exposto, pode-se dizer que é preciso ser sujeito de direitos para adquirir personalidade. O conceito e, principalmente, a condição de sujeito de direitos precede a condição de pessoa física (ou jurídica), não o contrário. Só o sujeito apto, que reúna as condições previstas em lei, poderá ser considerado pessoa uma vez que aquelas sejam verificadas. É possível, conclui-se, a existência de sujeitos sem personalidade, o que leva a declarar que toda pessoa será sujeito de direito, mas nem todo sujeito de direito é pessoa.

Dito isto, mister destacar que, segundo a doutrina de Pontes de Miranda (1977, p. 163-166), direito sem sujeito é uma *contradition in adiecto*. Não pode o direito ser sem sujeito ativo nem o dever ser sem sujeito passivo. Se o direito perde o sujeito desaparece: renúncia à propriedade; denúncia à herança. Por falar em herança, nos países que seguem o princípio *saisine*, como é o caso do direito francês e do direito brasileiro, seria insustentável a possibilidade do patrimônio do de cujus ficar sem titularidade.

Em segundo lugar, cumpre fazer a seguinte reflexão – no direito português, o art. 369 do Código de Seabra – Código Civil – trazia a noção de que coisa se contrapõe à pessoa. Embora esta definição deva ser tida como insuficiente, traz duas ponderações importantes: primeiramente, exclui desta classificação as realidades humanas, o ser

humano, partes do corpo, sentimentos e aspectos ligados à personalidade; em segundo lugar, segundo Menezes de Cordeiro (2002, p. 29-30), exclui também realidades não humanas, mas às quais o direito atribui personalidade.

No mesmo norte, Atias (1999, p. 5) diz que o corpo humano e tudo que o compõe não poderia receber a qualificação de bem, afirmação que parece revelar o senso moral que mantém a distinção entre coisas e pessoas. Ora, sendo os gametas, pré zigoto e embriões realidades humanas, não poderia, portanto, ser-lhes atribuída a qualidade de coisa. Admitir o contrário seria atribuir preço e não valor a estas realidades, indo de encontro à concepção kantiana de ser humano, que é aqui adotada.

O fato de serem as realidades supracitadas inseridas na categoria de realidades humanas já lhes fazem merecedoras de um olhar mais atento do direito. Conforme afirma Pontes de Miranda (1977, p. 133), “O direito só se interessa pelo inter-humano; por isto, regula relações, cria-as, modifica-as, extingue-as”. É preciso, pois, definir a qualidade da inserção destas realidades no mundo dos fatos jurídicos.

O embrião *in vitro*, assim como aquele *in vivo*, biologicamente já é ser humano, embora juridicamente ainda não tenha entrado na vida social. Ainda não ocupou seu papel, ainda não vestiu a máscara da *personna*. Todavia, a qualidade de humano e, mais do que isto, a individualidade genética, ou seja, o fato de já ser, desde a concepção, indivíduo com código genético próprio e apartado de seus genitores, deve-lhe conferir a qualidade de sujeito de direitos, ainda que não tenha personalidade. Esta, ainda que pela garantia de segurança jurídica e estabilidade das relações, deve ser adquirida conforme marcos e parâmetros estabelecidos pelo ordenamento jurídico vigente, mas a ausência de personalidade não exclui a possibilidade de ocupar a posição de sujeito de um direito existente, sob pena, como já foi dito, de perecimento do próprio direito.

Os gametas, por sua vez, não podem ser considerados sujeitos, posto que lhes carece a individualidade genética que se compreende nos embriões. Os oócitos e o sêmen nada mais são do que partes destacadas do corpo de uma mulher ou de um homem e, como realidades humanas, não devem ser inseridos pura e simplesmente na categoria de coisas. Entende-se que devem ostentar a categoria de bem jurídico. Apesar de não os considerar sujeito de direitos, assim como os embriões, reconhece-se que, antes de serem propriedades de outrem, são bens a ser tutelados, protegidos e respeitados.

A condição do pré zigoto deve ser similar à dos gametas. Apesar de já ter se iniciado o processo de fecundação, este ainda se encontra incompleto, não tendo ainda

ocorrido a concepção e não tendo, pois, surgido o embrião. Diferentemente deste, aquele não possui ainda código genético próprio, o que só adquirirá com a fusão dos pronúcleos das células germinativas. Esta individualização deve ser tida como fundamental, marco inicial para que seja o novo ser compreendido como sujeito de direitos, mister por que é só a partir daí que surge um novo ser e, portanto, haverá um sujeito. Mas, do mesmo modo que os gametas, o pré zigoto é uma realidade humana, composto por matéria humana e, como tal, merecedor de proteção e tutela diferenciada, o que o coloca na categoria de bem jurídico, cujas repercussões serão analisadas ao final desta tese.

5. ANÁLISE DAS TENDÊNCIAS ACERCA DO TRATAMENTO MAIS ADEQUADO A SER DISPENSADO AO EMBRIÃO *IN VITRO*

Apesar do tratamento de reprodução humana assistida não ser exatamente uma novidade, o Brasil ainda não dispõe de regulamentação a respeito. Como consequência, a criação de embriões humanos excedentários é feita de maneira desmedida e descontrolada, chegando aos números deveras elevados vistos no terceiro capítulo desta tese. Do mesmo modo, ainda não há em vigor, no país, um estatuto jurídico específico para o ser humano *in vitro*, ficando seu tratamento legal reduzido à Lei Nacional de Biossegurança – Lei nº 11.105/2005, que regulamenta a pesquisa com organismos vivos – no tocante à permissão da pesquisa com células tronco e proibição da clonagem humana⁵³.

Não obstante da ausência de lei, é do conhecimento de todos que estas técnicas existem e são livremente utilizadas. Já foi dito aqui que a primeira bebê de proveta, Louise Brown, nasceu em 1979, no Reino Unido. No Brasil, a primeira pessoa nascida após o processo de fertilização *in vitro* nasceu em 1984, mais de 30 (trinta) anos atrás. Desde então, o recurso vem sendo cada vez mais empregado⁵⁴, tendo o número de clínicas e centros de congelamento de gametas e embriões aumentado ao longo dos anos, mesmo diante da falta de legislação nacional específica. Antes de propor, ao final da tese, diretrizes para a elaboração de um estatuto jurídico para o embrião e matéria

⁵³ Texto dos artigos 5º e 26 da Lei nº 11.105/2005:

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

I – sejam embriões inviáveis; ou

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

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

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

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

[...]

CAPÍTULO VIII

DOS CRIMES E DAS PENAS

Art. 26 Realizar clonagem humana:

Pena: Reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.”

⁵⁴ A título de ilustração, segundo os dados do Sisembrio, o número de bancos de células germinativas passou de 91, com 21.074 ciclos realizados em 2012, para 93 bancos, com 24.147 ciclos realizados em 2013 e 106 bancos, com 27.871 ciclos realizados em 2014.

humana manuseada durante os tratamentos de infertilidade e esterilidade, mister se faz analisar o atual estado da arte no Brasil. Para alcançar uma crítica mais completa a respeito do tema, verificar-se-á, também, como ele é tratado em países que já dispõe de legislação própria para lidar com a questão em estudo. Antes, porém, convém fazer uma breve demonstração das normas internacionais aplicáveis.

No plano internacional, pode-se apontar uma série de convenções que dispõem de artigos ou estabelecem princípios a serem seguidos na investigação científica envolvendo seres humanos e manuseio de embriões humanos. Apesar de não indicarem um possível estatuto para o embrião excedentário, é interessante a análise na perspectiva de se definir um modo de agir para com este. Neste sentido, serão expostos a seguir princípios e regras da Declaração de Helsinque sobre Princípios Éticos para a pesquisa Biomédica Envolvendo Sujeitos Humanos (1964); Declaração Universal sobre Genoma Humano e Direitos Humanos (1997); Convenção sobre Direitos Humanos e Biomedicina do Conselho da Europa (1997); Declaração sobre as Responsabilidades das Gerações Presentes para com as Gerações Futuras (1997); e a Declaração Internacional sobre dados Genéticos Humanos (2003).

A Declaração de Helsinque de 1964⁵⁵ veio em resposta às atrocidades cometidas em prol da pesquisa nas décadas que lhe antecederam, nomeadamente as atrocidades cometidas pelo nazismo e o caso do estudo da sífilis não tratada, em Tuskegee, no Alabama⁵⁶. Na ocasião, estabeleceram-se princípios para garantir que o bem-estar do ser humano estivesse sempre acima dos objetivos da pesquisa, determinando que: a pesquisa clínica deve se pautar em princípios morais e científicos e se basear em prévios experimentos laboratoriais e com animais; deve ser conduzida por profissionais qualificados; os benefícios sejam proporcionais aos riscos; os riscos devem ser previamente e cuidadosamente avaliados; precaução especial quando a investigação realizada for passível de causar danos aos pacientes.

⁵⁵ A Declaração de Helsinque já sofreu 06 (seis) revisões e 02 (duas) alterações, tendo a última revisão ocorrido na 59ª Assembleia, em Seul, Coreia do Sul, em outubro de 2008.

⁵⁶ O experimento consistiu em estudo realizado com 600 homens negros, dos quais 399 eram portadores de sífilis e 201 saudáveis, para servir de parâmetro de comparação com os indivíduos doentes. Os homens não foram informados da doença, não deram consentimento, sendo-lhes dito apenas que eram portadores de “sangue ruim” e que receberiam assistência, alimentação e transporte até a clínica gratuitamente. Mas não houve tratamento, a intenção era apenas observar a evolução da doença. Ao final do experimento, apenas 74 pacientes estavam vivos, muitas das esposas e crianças foram infectadas.

A Declaração Universal sobre o Genoma Humano foi adotada na 29ª sessão da Conferência Geral da Unesco e afirma princípios e valores intangíveis em temas como manipulação do genoma humano, clonagem humana e transgênicos. Reconhece que os avanços na ciência e tecnologia, ao mesmo tempo em que trazem esperança aos que precisam das respostas trazidas pela investigação científica, traz uma série de dilemas éticos acerca de potenciais riscos à dignidade humana. Neste sentido, declara nos artigos 10 e 11 que as pesquisas com genoma humano devem ser conduzidas de modo a não ferir dignidade e outros direitos fundamentais, e é com base neles que também se proíbe a clonagem humana.

O texto da Convenção sobre Direitos Humanos e Biomedicina do Conselho da Europa, também traz a preocupação existente em fazer como que os avanços da medicina e da biologia sejam compatíveis com a dignidade humana e direitos fundamentais. Ao contrário dos dois instrumentos supracitados, traz regra específica sobre o embrião, consubstanciada no artigo 18, onde se lê: “1 - Quando a pesquisa em embriões in vitro é admitida por lei, esta garantirá uma proteção adequada do embrião. 2 - A criação de embriões humanos com fins de investigação é proibida”⁵⁷. Permitiu-se a pesquisa com embriões excedentários oriundos de tratamentos de reprodução humana assistida, mas segundo padrões de eticidade e respeito.

A Declaração sobre as Responsabilidades das Gerações Presentes para com as Gerações Futuras, mais uma vez, traz a preocupação com o patrimônio genético e com o gênero humano, fala também sobre a necessidade de preservar o gênero humano e a identidade genética. Do mesmo modo, a Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos, aprovada na 36ª Conferência Geral da Unesco, em 2003, centra-se na proteção e respeito aos direitos humanos, assim como no princípio da dignidade humana, no momento de coleta e manuseio de dados genéticos de homem ou mulher. Como se vê, ainda que incidentalmente, clama-se pelas boas práticas nas investigações e procedimentos realizados com material biológico humano, portanto, consequentemente, também com gametas e embriões.

⁵⁷ Na ocasião da negociação e assinatura da Convenção, Alemanha e Inglaterra não concordaram com o texto do artigo 18º e acabaram por não assinar o acordo. A divergência girava em torno da pesquisa com embriões, mas por motivos diversos. A Alemanha não admitia, à época, a investigação científica com embriões humanos, não se admitindo, sequer, a produção de excedente; a Inglaterra, a seu turno, discordou pelo motivo oposto, as regras do país eram bastante permissivas, inclusive com permissão da clonagem de seres humanos, não pretendia, pois, implementar normas de proteção.

5.1 ANÁLISE DA DISCIPLINA JURÍDICA EM PAÍSES EUROPEUS

A análise de um estatuto jurídico para o embrião excedentário, gametas e zigotos sob a ótica da legislação de países europeus será de extrema valia, mormente pelos motivos que se passa a destacar. Inicialmente, ressalta-se o pioneirismo de alguns, notadamente da Inglaterra, não apenas em legislar a respeito da procriação medicamente assistida e destinação de gametas e embriões, como também no trato com a investigação científica com células tronco embrionárias. Em segundo lugar, considera-se extremamente válido explorar as diferentes maneiras de se lidar com a temática, seja por questões históricas, sociais ou mesmo de cunho religioso, independentemente dos motivos dos pontos discrepantes, sendo importante verificar como os modos de tutela variam de acordo com as conveniências ou convicções da comunidade.

As políticas públicas escolhidas pelos países europeus para lidar com os novos desafios das técnicas reprodutivas mais parecem um caleidoscópio do que uma situação de convergência. Cada país elege suas prerrogativas com base no que se pode chamar de 3 I's: instituições, interesses e ideais. (FOURNIER, BERTHIAU, D'HAUSSY e BATAILLE, 2013, p. 55). De fato, ao analisar o *status quo* de cada país quando o assunto é reprodução assistida e embriologia, percebe-se grande variação na legislação em vigor, de acordo com as situações políticas e ideológicas de cada região.

Pela necessidade de se fazer um corte metodológico na pesquisa, foram eleitos 05 (cinco) localidades para se proceder a verificação proposta. Inicialmente o Reino Unido, visto que a primeira bebê de proveta é nacional da Inglaterra, bem como pela amplitude de abertura que se observa quando o assunto é a realização de pesquisa com células tronco provenientes de embriões excedentários e mesmo a polêmica acerca da clonagem. Em situação de extrema cautela, encontra-se a Alemanha, que apresenta um expressivo controle na produção de embriões e uma admissibilidade bastante limitada quando o assunto é a permissão das pesquisas com células estaminais. Analisar-se-á, também, a situação na França, pela influência observada na construção do direito brasileiro, e Itália, cujas políticas restritivas merecem ser analisadas como contraponto à realidade encontrada no Reino Unido. No tópico seguinte, ver-se-á com maior atenção a doutrina e jurisprudência portuguesa, pelas raízes históricas que ligam as duas sociedades, a do Brasil e a de Portugal.

5.1.1 Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte

No Reino Unido, a regulamentação da pesquisa com células tronco embrionárias e da utilização de técnicas de RHA foi deflagrada a partir de ampla discussão bioética sobre as inovações no campo da tecnologia reprodutiva. Neste sentido, é preciso destacar o Relatório Warnock, de 1984, cujo nome faz referência à Mary Warnock, presidente do comitê, que se apresenta como importante peça de debate ético em um momento em que pouco existia de normatização sobre as matérias aqui tratadas.

Após o nascimento de Louise Brown em 1978, foi estabelecido, em julho de 1982, o Comitê de Inquérito sobre Fertilização Humana e Embriologia, com a finalidade de analisar as implicações éticas, legais e sociais acarretadas pelas novas e potenciais práticas terapêuticas e pesquisas no campo da reprodução humana. O Comitê reconheceu que a matéria sobre a qual se debruçava não era de fácil análise, bem como que as conclusões a que chegaria não seriam bem recebidas em todos os campos de interesse, mas era necessário se estabelecer uma orientação a se seguir, de modo que em junho de 1984, foi divulgado o relatório com importantes conclusões e recomendações.

O inquérito começa por examinar as implicações éticas, com o cuidado de reconhecer que o termo “ética” não está, absolutamente, livre de ambiguidades. Com efeito, a expressão é utilizada em vários sentidos, legal, social etc., podendo o significado e importância variar de acordo com fatores inclusive de ordem pessoal, como cultura e religião. Reconheceu que a ponderação ética seria feita de maneira menos restritiva, mormente porque se propunha a analisar não apenas aspectos de normas futuras, mas estabelecer os princípios que deverão nortear as leis que seguirão. O comitê foi taxativo ao declarar que uma sociedade que não estabelece limites em especial em matéria de nascimento e morte, cerne da presente discussão, é uma sociedade sem “escrúpulos morais”, o que não é desejável⁵⁸.

Ainda sobre a opinião social, ao ponderar sobre as críticas possivelmente feitas contra o uso de recursos da medicina para fins outros que não o de salvar vidas, o comitê concluiu que a medicina tem como finalidade também a de oferecer tratamento para doenças e mal funcionamento do corpo humano, que estão na matriz das questões

⁵⁸ “A society which had no inhibiting limits, especially in the areas with which we have been concerned, questions of birth and death, of the setting up of families, and the valuing of human life, would be a **society without moral scruples**. And this nobody wants” (WARNOCK REPORT, 1984, p. 2). (Grifos nossos)

de infertilidade e devem ser tratadas. Além disto, argumenta que a frustração eventualmente causada pela impossibilidade de ter filhos também pode levar a males ou distúrbios, o que reforça a justificativa para o tratamento, cuja técnica deve ser eleita pelo especialista responsável pelo paciente.

A depender da técnica escolhida, poder-se-á utilizar gametas ou embriões congelados, que é o que realmente interessa para a presente tese. Sobre a criopreservação de ovócitos, espermatozoides e embriões, o comitê recomendou que o uso seja autorizado pelos órgãos de licenciamento. Recomendou também que o tempo máximo de congelamento do zigoto deve ser de 10 (dez anos), após os quais o uso ou disposição deve passar pela autorização da autoridade competente. Ao mesmo tempo, os gametas congelados devem ser reavaliados a cada período de 05 (cinco) anos.

Apesar de não trazer um conceito específico para o embrião excedentário, o Relatório Warnock trouxe importantes recomendações sobre sua condição. Reconheceu que até o momento não se poderia imaginar na existência de embriões em situação externa ao útero materno, razão pela qual se previa possíveis questionamentos acerca da propriedade dos mesmos. Todavia, refletiu-se que não seria apropriado o estabelecimento de relações de propriedade e recomendou que a legislação a ser editada deveria reconhecer o direito dos genitores de dispor sobre os zigotos congelados, mas sem estabelecer a existência de um direito de propriedade sobre o embrião humano⁵⁹.

Ao mesmo tempo em que afastou a existência de relação de propriedade referente aos embriões congelados, mister se faz ressaltar que, antes de concluir o relatório, o Comitê responsável pela elaboração do Relatório Warnock estabeleceu uma recomendação contraditória e eticamente questionável. Diante dos valores monetários envolvidos, o Comitê reconheceu que licenças e congelamento de gametas e embriões podem gerar altos custos, de modo que seria razoável permitir a venda dos mesmos como forma de permitir às clínicas aquisição da receita necessária para compensar gastos gerados. Se, no primeiro momento, pode-se pensar que o Comitê não consideraria o material genético humano coisa comum, a recomendação disposta na

⁵⁹ “10.11 Until now the law has never had to consider the existence of embryos outside the mother’s uterus. The existence of such embryos raises potentially difficult problems as to ownership. The concept of ownership of human embryos seems to us to be undesirable. We recommend that legislation be enacted to ensure there is no right of ownership in a human embryo. Nevertheless, the couple who have stored an embryo for their use should be recognized as having rights to the use and disposal of the embryo, although these rights ought to be subject to limitation. The precise nature of that limitation will obviously require careful consideration. We hope the couple will recognise that they have a responsibility to make a firm decision as to the disposal and use of the embryo.”(WARNOCK REPORT, 1984, p. 56).

página 79⁶⁰ lhe retira toda humanidade ao deliberar que seriam gametas e embriões aptos a receber um preço.

Ao refletir sobre a pesquisa com embriões, o Comitê reconheceu a ausência de normas específicas sobre o estatuto do embrião *in vitro*, posto que os atos normativos existentes até então dispunham apenas sobre pessoas e embriões *in vivo*. Após ponderar posicionamentos contrários, cujos defensores consideravam que o embrião excedentário deveria ter o mesmo tratamento de uma criança ou pessoa viva (WARNOCK REPORT, 1984, p. 61), e favoráveis à permissão da pesquisa, posicionamento defendido por quem considerava o embrião apenas como “conjunto de células” sem nenhum valor moral, recomendou que só fossem permitidas pesquisas registradas e autorizadas pelos organismos de controle, devendo as práticas não autorizadas ser criminalizadas.

O Relatório Warnock foi uma peça de debate ético de vanguarda, em que se propôs o conceito de pré-embrião para representar o conjunto de células humanas com até 14 dias de desenvolvimento. Como resultado de quase uma década de discussão, o Reino Unido foi o primeiro país a autorizar em lei a pesquisa com células-tronco embrionárias e clonagem terapêutica, em 2001.

Após os princípios e recomendações estabelecidos em 1984, em novembro de 1990 foi publicado o *Human Fertilisation and Embryology Act*, cuja proposta era estabelecer normas de conduta para com o embrião humano e outras providências concernentes à utilização das técnicas de reprodução humana assistida⁶¹. Da leitura e análise do dispositivo, verifica-se que pouco se pode extrair sobre gametas e embriões humanos, o HFEA/90 tem como foco principal o estabelecimento de uma Autoridade que ficará encarregada das licenças e autorizações, demais atores administrativos e penalidades. Dispõe também sobre paternidade, maternidade e subrogação.

⁶⁰ “13.13 There is one further area where we see a role for a licensing body. It has been suggested that if the demand for human gametes and embryos, for either treatment or for research, increased, there could be a risk of commercial exploitation and of an export and import trade. We would see this as undesirable. On the other hand we can foresee situations where the supply of human gametes or embryos might reasonably involve some commercial transaction, for example if a licensed semen bank was asked to supply specimens to a distant part of the country which would involve them in considerable costs of transportation, we see no reason why they should not seek reimbursement of expenses. Thus a complete prohibition on the purchase or sale of such material would be inappropriate. A balance has to be struck and therefore we recommend that the sale or purchase of human gametes or embryos should be permitted only under licence from, and subject to, conditions prescribed by the licensing body and therefore unauthorised sale or purchase should be made a criminal offence”. (WARNOCK REPORT, 1984, p. 79)

⁶¹ “An Act to make provision in connection with human embryos and any subsequent development of such embryos; to prohibit certain practices in connection with embryos and gametes; to establish a Human Fertilisation and Embryology Authority; to make provision about the persons who in certain circumstances are to be treated in law as the parents of a child; and to amend the Surrogacy Arrangements Act 1985” (Human Fertilisation and Embryology Act de 1990, p. 01).

De qualquer modo, pode-se dizer que se esboçou um conceito de embrião ao descrevê-lo como embrião humano vivo cuja fertilização esteja completa – o que o Ato determina como concluída no zigoto com duas células – ou em processo, especificando que suas disposições só se aplicam àqueles produzidos em laboratório⁶². Além do mais, permite pesquisa com gametas e embriões, desde que devidamente autorizada pela Autoridade. Caso a prática de investigação seja realizada sem licença, será considerada ofensa (crime). Ao tempo em que possibilita a pesquisa, impõe limites éticos, ainda que mínimos, estabelecendo que não se deve fazer experiências com animais e humanos, não se deve fecundar uma mulher com gametas ou embriões de origem animal e determina o limite evolutivo até o qual se pode utilizar o embrião excedentário.

O Ato de 1990 foi emendado pelo *Human Fertilisation and Embryology Act* de 2001, que trouxe textualmente a permissão para pesquisa com células tronco embrionárias e clonagem humana (terapêutica), sendo o Reino Unido o primeiro país no mundo a autorizar tais atos (DECKERS, 2005, p. 251). A última modificação significativa na lei sobre fertilização humana e embriologia ocorreu em 2008. Pode-se considerar que as alterações foram uma verdadeira apoteose para os partidários da livre investigação científica.

Pela regulamentação atual há plena liberdade conferida aos genitores para deliberar sobre o destino dos embriões. Podem utilizar para tratamentos com células tronco para si mesmos, familiar ou terceira pessoa por eles indicados; destiná-los a pesquisa ou mesmo o descarte. Podem, inclusive, fazê-lo antes do prazo legal estabelecido, desde que haja consenso⁶³. Fica claro que, para legislação do Reino Unido, os embriões humanos, assim como os gametas, não passam de objeto de direito dos

⁶² “(2) This Act, so far as it governs bringing about the creation of an embryo, applies only to bringing about the creation of an embryo outside the human body; and in this Act—

(a) references to embryos the creation of which was brought about in vitro (in their application to those where fertilisation is complete) are to those where fertilisation began outside the human body whether or not it was completed there [...].”

⁶³ “CONSENTS TO USE OF GAMETES OR EMBRYOS

1. A consent under this Schedule must be given in writing and, in this Schedule, "effective consent" means a consent under this Schedule which has not been withdrawn.

2.—(1) A consent to the use of any embryo must specify one or more of the following purposes—

(a) use in providing treatment services to the person giving consent, or that person and another specified person together,

(b) use in providing treatment services to persons not including the person giving consent, or

(c) use for the purposes of any project of research, and may specify conditions subject to which the embryo may be so used.

[...].”

respectivos genitores, com estatuto de simples coisa, sem qualquer valor ou relevância moral.

Esta situação é claramente perceptível em decisões proferidas pelas Cortes Judiciais. Para ilustrar, cita-se o caso *Yearworth v Noth Bistol NHS Trust*⁶⁴. Em suma, seis homens foram diagnosticados com câncer e tiveram a indicação terapêutica de quimioterapia. Advertidos que o tratamento poderia causar infertilidade, o hospital, que tinha licença nos termos do Embryology Act de 1990, ofereceu aos pacientes a possibilidade de coletar sêmen e congelá-lo para uso futuro. Ocorre que houve falha no equipamento, somada a falha humana, e os gametas se tornaram inviáveis.

Diante da destruição do material coletado, os interessados deram início a uma disputa judicial pleiteando reparação pela perda, alegando que houve injúria pessoal. No processo, a Corte rejeitou a tese de injúria, mas considerou que houve dano à propriedade. Pelo *Embryology Act* de 1990, os seis indivíduos eram proprietários do material genético e caberia a eles deliberar sobre armazenamento e futura utilização. A clínica nada mais era do que uma espécie de depositário, que falhou com o dever contratual ao deixar que o material se estragasse.

⁶⁴ Trechos do processo:

“45...(f)...[The Trust] can validly argue that the men cannot “direct” the use of their sperm [under the Act]. For two reasons, however, the absence of their ability to “direct” its use does not in our view derogate from their ownership. First, there are numerous statutes which limit a person’s ability to use his property – for example a land-owner’s ability to build on his land or to evict his tenant at the end of the tenancy or a pharmacist’s ability to sell his medicines – without eliminating his ownership of it. Second, by its provisions for consent, the Act assiduously preserves the ability of the men to direct that the sperm be not used in a certain way: their negative control over its use remains absolute.”

“49... We find as follows [with regards to bailment]: (a) The unit chose to take possession of the sperm....(b) The unit’s assumption of responsibility for the careful storage of the sperm was express and unequivocal....(c) The unit acquired exclusive possession of the sperm. (d) The unit held itself out to the men as able to deploy special skill in preserving the sperm. (e)...The Trust admits that, if the unit was a bailee of the sperm, it was in breach of the duty of care consequent upon bailment.”

“41...It would, we consider, be a curious consequence of an Act designed to give legal effect to principles of good practice in modern reproductive medicine that it should deprive the men of what would otherwise be their ability to recover damages for an admitted breach of the Trust’s duty of care in respect of their sperm.”

“57. It seems clear to us that the arrangements between the men and the Trust for the storage of their sperm were closely akin to contracts and should fall within the ambit of these principles. The reference to peace of mind admirably fits the object of arrangements designed to preserve the ability of men to become fathers notwithstanding an imminent threat to their natural fertility. The arrangements were not in any way commercial and their object was, only too obviously, the provision to the men of non-pecuniary personal or family benefits. Any award of damages should reflect the realities behind these arrangements and their intended purpose.”

5.1.2 República Federal da Alemanha

A Alemanha apresenta uma legislação bastante protetiva em relação ao embrião. Pela legislação germânica, *The Embryo Protection Act – 1990*, a produção de embriões humanos deve ser realizada única e exclusivamente para fins de reprodução, na quantidade exata de zigotos que serão implantados no útero da mulher, cujo limite máximo estabelecido é de 03 (três) exemplares⁶⁵.

Definindo, na seção 08, o embrião como o produto da fecundação, capaz de desenvolver um ser humano ao final dos estágios evolutivos⁶⁶, o *Embryo Protection Act* traz dispositivos restritivos no que diz respeito ao manejo do material genético que envolve as técnicas de reprodução humana assistida. O Ato traz proibição expressa à clonagem e experimentos que envolvam animais, seres híbridos ou quimeras. Ao mesmo tempo, também criminaliza atos de alteração genética de células germinativas humanas e não dispõe sobre permissão à pesquisa com células tronco embrionárias.

A falta de disposição acerca da destinação de embriões à pesquisa no ato normativo supracitado merece atenção. Na verdade, não há que se falar em destino do

⁶⁵ “Improper use of reproduction technology

(1) Anyone will be punished with up to three years imprisonment or a fine, who

1. transfers into a woman an unfertilised egg cell produced by another woman,

2. attempts to fertilise artificially an egg cell for any purpose other than bringing about a pregnancy of the woman from whom the egg cell originated,

3. attempts, within one treatment cycle, to transfer more than three embryos into a woman,

4. attempts, by means of intrafallopian transfer, to fertilise more than three egg cells within one treatment cycle,

5. attempts to fertilise more egg cells from a woman than may be transferred to her within one treatment cycle,

6. removes an embryo from a woman before completion of implantation in the uterus, in order to transfer it to another woman or to use it for another purpose not serving its preservation, or

7. attempts to carry out an artificial fertilisation of a woman who is prepared to give up her child permanently after birth (surrogate mother) or to transfer a human embryo into her.

(2) Likewise anyone will be punished who

1. brings about artificially the penetration of a human egg cell by a human sperm cell, or

2. transfers a human sperm cell into a human egg cell artificially,

without intending to bring about a pregnancy in the woman from whom the egg cell originated”

(The Embryo Protection Act/1990)

⁶⁶ “Section 8

Definition

(1) For the purpose of this Act, an embryo already means the human egg cell, fertilised and capable of developing, from the time of fusion of the nuclei, and further, each totipotent cell removed from an embryo that is assumed to be able to divide and to develop into an individual under the appropriate conditions for that.

(2) In the first twenty four hours after nuclear fusion, the fertilised human egg cell is held to be capable of development except when it is established before expiry of this time period that it will not develop beyond the one cell stage.

(3) Germ line cells, for the purpose of this Act, are all cells that lead of the egg and sperm cells to the resultant human being and, further, the egg cell from capture or penetration of the sperm cell until the ending of fertilisation by fusion of the nuclei.”

excedente porque a lei alemã não permite a produção de embriões supranumerários. Mas, mais do que isto, à época, a proibição à pesquisa com embriões humanos e células tronco embrionárias era absoluta, quer com material produzido na Alemanha, quer com material importado.

Em 2001, após o Parlamento Britânico emendar o *Human Fertilisation and Embryology Act-1990*, com os fins de ampliar a pesquisa com embriões e permitir o uso de células tronco embrionárias, inclusive a modalidade de clonagem terapêutica, a comunidade científica alemã passou a clamar para que iguais prerrogativas lhes fossem conferidas (ODUNCU, 2003, p- 6-7). Seguiu-se uma série de debates que culminou no *Stem Cell Act* de 2002. Lei de redação confusa, aparentemente contraditória, proíbe, em regra a realização de pesquisas com células tronco embrionárias importadas, mas admite, de maneira excepcional⁶⁷, a ocorrência de ações de investigação.

A redação e aprovação do Ato de 2002 foi precedida de ampla discussão e manifestação de parecer opinativo do Conselho Nacional de Ética. Na discussão, o Conselho considerou que a legislação vigente na Alemanha proibia a produção de células tronco embrionárias e não havia previsão legal para a sua importação. Decidir

⁶⁷“ **Section 1**

Purpose of the Act

In consideration of the State's obligation to respect and protect human dignity and the right to life and to guarantee the freedom of research, the purpose of the present Act is

1. to ban, as a matter of principle, the importation and utilization of embryonic stem cells,
2. to prevent demand in Germany from causing the derivation of embryonic stem cells or the production of embryos with the aim of deriving embryonic stem cells, and
3. to determine the requirements for permitting, as an exception, the importation and utilization of embryonic stem cells for research purposes.

[...]

Section 4

Importation and utilization of embryonic stem cells

(1) The importation and utilization of embryonic stem cells shall be prohibited.

(2) Notwithstanding para 1, the importation and utilization of embryonic stem cells for research purposes shall be permissible under the conditions stipulated in section 6 if

1. the competent agency has satisfied itself that
 - a) the embryonic stem cells were derived before 1 May 2007 in the country of origin in accordance with relevant national legislation there and are kept in culture or are subsequently stored using cryopreservation methods (embryonic stem cell line),
 - b) the embryos from which they were derived have been produced by medically assisted in vitro fertilization in order to induce pregnancy and were definitely no longer used for this purpose and that there is no evidence that this was due to reasons inherent in the embryos themselves,
 - c) no compensation or other benefit in money's worth has been granted or promised for the donation of embryos for the purpose of stem cell derivation and if
2. other legal provisions, in particular those of the German Embryo Protection Act, do not conflict with the importation or utilization of embryonic stem cells.

(3) Approval shall be refused if the embryonic stem cells have obviously been derived in contradiction to major principles of the German legal system. Approval may not be refused by arguing that the stem cells have been derived from human embryos.”

por permitir ou vetar a entrada de material estrangeiro para as pesquisas seria, antes de tudo, uma questão ética.

O Conselho teceu ponderações a respeito do estatuto jurídico do embrião excedentário, algumas das quais é importante relatar. Primeiramente, considera que a discussão a respeito de que fase do desenvolvimento embrionário se passa a ser digno de proteção ou deixar de tê-la não está claramente definida pelos critérios biológicos, mas pode ter valor significativo se estabelecido por ato judicial ou normativo, cita como exemplo a decisão da Corte Constitucional Federal em que se operou a transição da determinação do fim da vida da parada cardíaca para a morte cerebral. (GERMAN NATIONAL ETHICS COUNCIL, 2001, p. 16).

Com relação ao embrião, pondera que a tutela deve ser tanto mais ampla quanto mais avançado o estágio de desenvolvimento. A proteção a um feto de sete meses deve ser maior que a conferida a um embrião no estágio de três semanas após a nidação; após o nascimento, a tutela da vida deve ser maior do que aquela com a qual o nascituro é agraciado (GERMAN NATIONAL ETHICS COUNCIL, 2001, p. 15-16), mas reconhece que a vida humana embrionária deve ser respeitada.

Neste sentido, o Conselho afirmou que a garantia da dignidade do homem e proteção à vida humana dispostos nos artigos 1 e 2 da Lei Fundamental alemã⁶⁸. Segundo o posicionamento adotado, o início da vida começa com a concepção, com a penetração do óvulo pelo espermatozoide, seguida da fusão dos pronúcleos das células germinativas. O zigoto, segundo consta no parecer opinativo publicado, já é um organismo vivo e traz consigo o potencial para seu próprio desenvolvimento. Diferente, porém é o posicionamento com relação aos gametas masculino e feminino, que não podem se desenvolver em uma nova entidade isolados um do outro (GERMAN NATIONAL ETHICS COUNCIL, 2001, p. 17).

⁶⁸ “Article 1

[Human dignity – Human rights – Legally binding force of basic rights]

(1) Human dignity shall be inviolable. To respect and protect it shall be the duty of all state authority.

(2) The German people therefore acknowledge inviolable and inalienable human rights as the basis of every community, of peace and of justice in the world. (3) The following basic rights shall bind the legislature, the executive and the judiciary as directly applicable law.

Article 2

[Personal freedoms]

(1) Every person shall have the right to free development of his personality insofar as he does not violate the rights of others or offend against the constitutional order or the moral law.

(2) Every person shall have the right to life and physical integrity. Freedom of the person shall be inviolable. These rights may be interfered with only pursuant to a law.”

Sobre a liberação à pesquisa, O Conselho reconhece que a liberdade de investigação científica é uma garantia fundamental protegida pela Constituição alemã, todavia é limitada se representa ofensa a outros valores constitucionais tutelados, particularmente direitos fundamentais. É exatamente este o caso da pesquisa com embriões, que apresenta dano potencial ao direito à vida, bem como à dignidade humana (GERMAN NATIONAL ETHICS COUNCIL, 2001, p. 35-36).

Apesar da polêmica, o Parlamento aprovou o *Stem Cell Act* de 2002, que proibiu, em um primeiro momento, a pesquisa com células tronco embrionárias, mas permitiu a título de exceção, a utilização de células embrionárias importadas, desde que observados os requisitos elencados no texto. Importante salientar que o material teria que ser de linhagens importadas e coletado até janeiro de 2002. Após muita pressão da comunidade científica, o prazo foi ampliado, em 2008, para maio de 2007. Mais uma vez, o aditamento da lei foi submetido ao Conselho Nacional de Ética da Alemanha, que, em seu parecer, admitiu a prorrogação do prazo anterior (GERMAN NATIONAL ETHICS COUNCIL, 2007, p. 61), porém com todas as ressalvas de outrora, de modo que a rigidez quanto a obrigatoriedade de fundamentar a necessidade de utilização de células tronco embrionárias permaneceu.

A restrição ao uso de células de linhagem alemã e permissão tão somente para o material produzido em países estrangeiros não passou despercebido e passível de críticas na seara internacional. Mesmo diante da proibição inicial, é possível a produção de excedente na Alemanha, desde que haja indicação clínica para tal procedimento. Ainda que escassos, existem embriões supranumerários na Alemanha – pouco depois do *Stem Cell Act* de 2002, Oduncu (2003, p. 6) afirmava que existiam cerca de 150 (cento e cinquenta) embriões criopreservados nas clínicas situadas em solo germânico. Diniz e Avelino (2009, p. 545) afirmam que a história do nazismo além de dificultar o debate democrático estaria relacionada com esta proibição.

Em suma, o ordenamento alemão apresenta tutela significativa conferida ao embrião *in vitro* e restrições à prática da pesquisa com células tronco embrionárias. Estende-se ao zigoto as garantias constitucionais de proteção à vida e à dignidade humana. Com relação aos gametas, a eles não são conferidas as mesmas prerrogativas, posto que, por si sós, não são capazes de se desenvolver em um novo ser.

A proteção a vida embrionária, em conformidade com o estágio de evolução, se reflete na jurisprudência da Corte alemã. Ao discutir a redação dada pela quinta reforma pela ao § 228º do Código Penal alemão no caso *Abortion BVerfGE* 39, 1, o Tribunal

deixou claro que, apesar da legalização do aborto, o princípio da proteção à vida humana continua a ser garantido e a vida embrionária tem o seu valor, mesmo que a proteção seja graduada de acordo com o estágio de desenvolvimento embrionário,⁶⁹ a despeito de afirmar textualmente que a vida ainda não nascida, do mesmo modo que a vida da nascida, é protegida por princípios constitucionais, ao menos a partir da nidadação⁷⁰ e acabou por considerar inconstitucional a 5ª Lei de Reforma Penal no sentido de garantir a prevalência da vida humana. Em nova apreciação sobre a interrupção da

⁶⁹ “Regarding the regulation of terms proposed by the SPD/FPD factions, which was later adopted by the Federal Parliament, the following considerations were, according to the report of the Special Committee--Federal Parliamentary Press, 7/1981 (new), p 9/10--especially decisive:

In the area of penal law the proponents of this draft suggest that we revoke the sanction for the first three months of pregnancy in the interest of improving the counseling situation. That is to say, the only duty imposed by penal law is for one to undergo comprehensive counseling and to allow the operation to be performed by a physician. Furthermore, this means that in the first three months the protection of developing life will no longer be guaranteed by a uniform penal sanction but rather by a counseling system, utilization of which will be required by a penal sanction. The supporters of the regulation of terms proceed from the premise that the penal sanction has a real effect only after the third month. It has become evident that a general criminal prohibition is not suited to guarantee the protection of unborn life. A pregnant woman who will allow her pregnancy to be interrupted will do this in any case without consideration of the penal statute. She will, in every case, find a way to obtain an abortion. The causes of the ineffectiveness of the penal provision were persuasively clarified by, among others, the experts in the public hearing who pointed out that the decision to interrupt the pregnancy has its origin in circumstances of serious conflict and is made in the depths of her personality, which a threat of punishment is not capable of reaching (Rolinski, AP VI, p. 2219, 2225; Schulte, AP VI, p. 2200; Brocher, AP VI, p. 2209). . **The regulation of terms does not abandon the idea that the unborn life requires defense and is worthy of it.** The advocates of this draft are only of the opinion that the penal law, properly conceived, is not the suitable means.

[...]

The fundamental right guaranteed by Article 2, Para-graph 2, Sentence 1, of the Basic Law, as the most fundamental and most original human right, protects, in comprehensive fashion, unborn life as well. This conception of the law is in agreement with the history of its origin and with dominant opinion, is in the tradition of German legal thinking, and can find support in the literal wording of the constitution. Above all, however, only this view of the law does justice to the recognizable function of a constitutional norm.”

(Grifos nossos)

⁷⁰ **The legal value of unborn life is to be respected in principle equally with that of born life.**

This determination is self-evident for the stage in which unborn life would also be capable of independent life outside of the mother's womb. **The determination, however, is already justified for the earlier stage of development which begins approximately 14 days after conception,** as, among others, Hinrichsen convincingly established in the public hearing (AP, VI, p. 2142 ff.). . . . That in the entire later development no corresponding point of demarcation may be established in the process is the completely overwhelming view in medical, anthro-pological, and theological science.

Therefore, it is impermissible to deny the existence of unborn life from the end of nidation on or to contemplate it merely with indifference. The question debated in the literature whether, and if the occasion arises, to what extent the Basic Law should include unborn life in its protection, need not be answered at this point. In any case, if one disregards the extreme ideas of individual groups, the concept of unborn life as a legal value of high rank corresponds to the general public's understanding of the law. This understanding of the law also lies at the basis of this draft.

(Grifos nossos)

gravidez, no caso *BVerfGE 88, 203(1993)*⁷¹, a Corte manteve o posicionamento protetivo em relação à vida humana não nascida, protegendo-a contra agressões ilícitas, mesmo que estas provenham da própria mãe, todavia considerou que, apesar de ilícito, o aborto não seria punido em caso de indicação médica ou a pedido da mãe mediante aconselhamento⁷².

Em relação à condição jurídica dos gametas, a Suprema Corte Federal da Alemanha já decidiu, no caso *BGHZ 124 S. 52*, onde um homem que teve os espermatozoides criopreservados destruídos na clínica em que estavam armazenados foi indenizado, que uma vez coletados e depositados em um tubo, o material biológico não deve ser considerado parte separada do corpo humano, não justificando reparação por injúria, mas tem o *status* de coisa, devendo o litigante ser indenizado em virtude de dano à propriedade.

5.1.3 República Francesa

Na França, os aspectos gerais da reprodução humana assistida, embriologia e genética são regulamentados pelo *Code de la Santé Public* – Lei nº 654/94, com as modificações da Lei nº 800/2004. Da leitura do dispositivo, percebe-se que a disciplina estabelecida é bastante restritiva quanto a possibilidade de acesso em comparação a países como Reino Unido e Brasil⁷³.

⁷¹ 1. The Basic Law requires the state to protect human life, including that of the unborn. This obligation to protect is based on Article 1, Paragraph 1 of the Basic Law; its object, and following from that, its extent are more precisely defined in Article 2, Paragraph 2. Even unborn human life is accorded human dignity. The legal system must create the statutory prerequisites for its development by granting the unborn its independent right to life. The right to life does not commence first with the mother's acceptance of the unborn.

2. The obligation to protect unborn human life is related to the individual life and not human life in general.

3. The unborn is entitled to legal protection even vis-à-vis its mother. Such protection is only possible if the legislature fundamentally forbids the mother to terminate her pregnancy and thus imposes upon her the fundamental legal obligation to carry the child to term. The fundamental prohibition on pregnancy termination and the fundamental obligation to carry the child to term are two integrally connected elements of the protection mandated by the Basic Law.

[...]

⁷² If the challenged provisions of the Pregnancy and Family Assistance Act are examined against the background of these standards, then it would appear that in respect of the shift to a counseling concept during the first twelve weeks of pregnancy, which in itself is permissible, the Act does not fulfill its duty to effectively protect unborn life arising from Article 1, Paragraph 1 read together with Article 2, Paragraph 2, Sentence 1 of the Basic Law. By comparison, the jurisdictional doubts raised against individual provisions apply only partially to Article 4 of the Fifth Penal Reform Act (new version)

⁷³ Mesmo diante da ausência de lei específica no Brasil, as normas e princípios aplicáveis às práticas realizadas garantem acesso universal, tendo como limite apenas questões de saúde previamente estabelecidas pelas entidades médicas (Vide Resolução nº 2013/2013 do Conselho Federal de Medicina).

Só podem recorrer à assistência médica reprodutiva casais em idade fértil, nos quais um ou ambos os componentes sofram de infertilidade ou esterilidade, ou caso seja necessário para evitar transmissão de doença grave aos descendentes, e que estejam juntos, casados ou em união estável, há pelo menos dois anos⁷⁴. Permite-se a RHA heteróloga, mas somente um dos gametas pode ser de pessoa estranha ao casal.

Ao se submeter ao tratamento de fertilização *in vitro*, só é possível, em regra, fecundar um óvulo, produzindo um embrião por tentativa. Excepcionalmente, contudo, diante de necessidade médica, os pacientes poderão por declaração expressa, determinar que sejam fecundados mais de um óvulo, havendo, nesses casos, produção de embriões supranumerários. Verifica-se que a produção de excedente é possível não como regra, mas como exceção. Os pacientes que, eventualmente, tenham embriões criopreservados, só poderão realizar outra tentativa de fertilização artificial após a utilização dos supranumerários ou comprovação de inviabilidade dos mesmos.

Só é permitida a produção de embriões para fins de reprodução⁷⁵. Todavia, já foi dito que, excepcionalmente, pode haver produção de excedente. Os destinos possíveis para os embriões excedentários, segundo a norma francesa, é a doação, pesquisa ou descarte, mas em quaisquer das hipóteses, o ato se concretizará mediante autorização dos genitores ou, no silêncio dos genitores por cinco anos consecutivos, o descarte fica tacitamente autorizado.

⁷⁴ I2141-2 L'assistance médicale à la procréation a pour objet de remédier à l'infertilité d'un couple ou d'éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité. Le caractère pathologique de l'infertilité doit être médicalement diagnostiqué.

L'homme et la femme formant le couple doivent être vivants, en âge de procréer et consentir préalablement au transfert des embryons ou à l'insémination. Font obstacle à l'insémination ou au transfert des embryons le décès d'un des membres du couple, le dépôt d'une requête en divorce ou en séparation de corps ou la cessation de la communauté de vie, ainsi que la révocation par écrit du consentement par l'homme ou la femme auprès du médecin chargé de mettre en oeuvre l'assistance médicale à la procréation.

⁷⁵ I2141-3 Un embryon ne peut être conçu in vitro que dans le cadre et selon les objectifs d'une assistance médicale à la procréation telle que définie à l'article L. 2141-1. Il ne peut être conçu avec des gamètes ne provenant pas d'un au moins des membres du couple.

Compte tenu de l'état des techniques médicales, les membres du couple peuvent consentir par écrit à ce que soit tentée la fécondation d'un nombre d'ovocytes pouvant rendre nécessaire la conservation d'embryons, dans l'intention de réaliser ultérieurement leur projet parental. Dans ce cas, ce nombre est limité à ce qui est strictement nécessaire à la réussite de l'assistance médicale à la procréation, compte tenu du procédé mis en oeuvre. Une information détaillée est remise aux membres du couple sur les possibilités de devenir de leurs embryons conservés qui ne feraient plus l'objet d'un projet parental.

Les membres du couple peuvent consentir par écrit à ce que les embryons, non susceptibles d'être transférés ou conservés, fassent l'objet d'une recherche dans les conditions prévues à l'article L. 2151-5.

Un couple dont des embryons ont été conservés ne peut bénéficier d'une nouvelle tentative de fécondation in vitro avant le transfert de ceux-ci sauf si un problème de qualité affecte ces embryons.

Quanto à pesquisa com embriões, mesmo que inicialmente declarada proibida, há mandamento permissivo mediante autorização⁷⁶, sendo possível a utilização de material de linhagem francesa ou importado. No mais, é terminantemente vedado a clonagem humana, reprodutiva e terapêutica, e a comercialização de embriões⁷⁷. A realização de condutas proibidas implicará em pena de multa e prisão de até 07 (sete) anos.

A legislação francesa assume postura protetiva em relação ao embrião. A semelhança das autoridades alemãs, tutela a vida embrionária respeitando o estágio de evolução em que se encontra, ainda não é um ser humano, mas tem a potencialidade de vir a ser, ultrapassadas todas as fases de seu desenvolvimento. Neste sentido, o Comitê Nacional de Ética para as Ciências da Vida e da Saúde na França declarou que o zigoto é um ser humano em potencial, e como tal deve ser respeitado.

O Código Civil francês não confere personalidade jurídica ao embrião *in vitro*, personalidade só se adquire com o nascimento com vida e demais requisitos legais. É possível, contudo, concluir que ao concebido e ainda não nascido é reconhecido o status de sujeito de direito, como ente despersonalizado, uma vez que o Código dispõe de maneira explícita, nos artigos 725⁷⁸ e 906⁷⁹, que o ser humano concebido (mas ainda não nascido) pode ser beneficiário em herança, receber legado ou doação, reconhecendo, pois, a possibilidade de o embrião ser sujeito de direitos. Os gametas, a

⁷⁶ 12151-5 I.-Aucune recherche sur l'embryon humain ni sur les cellules souches embryonnaires ne peut être entreprise sans autorisation. Un protocole de recherche conduit sur un embryon humain ou sur des cellules souches embryonnaires issues d'un embryon humain ne peut être autorisé que si :

1° La pertinence scientifique de la recherche est établie ;

2° La recherche, fondamentale ou appliquée, s'inscrit dans une finalité médicale ;

3° En l'état des connaissances scientifiques, cette recherche ne peut être menée sans recourir à ces embryons ou ces cellules souches embryonnaires ;

4° Le projet et les conditions de mise en œuvre du protocole respectent les principes éthiques relatifs à la recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires.

II.-Une recherche ne peut être menée qu'à partir d'embryons conçus *in vitro* dans le cadre d'une assistance médicale à la procréation et qui ne font plus l'objet d'un projet parental. La recherche ne peut être effectuée qu'avec le consentement écrit préalable du couple dont les embryons sont issus, ou du membre survivant de ce couple, par ailleurs dûment informés des possibilités d'accueil des embryons par un autre couple ou d'arrêt de leur conservation. A l'exception des situations mentionnées au dernier alinéa de l'article L. 2131-4 et au troisième alinéa de l'article L. 2141-3, le consentement doit être confirmé à l'issue d'un délai de réflexion de trois mois. Le consentement des deux membres du couple ou du membre survivant du couple est révocable sans motif tant que les recherches n'ont pas débuté. [...]

⁷⁷ 12151-3 Un embryon humain ne peut être ni conçu, ni constitué par clonage, ni utilisé, à des fins commerciales ou industrielles.

⁷⁸ “ Article 725.

Pour succéder, il faut exister à l'instant de l'ouverture de la succession ou, ayant déjà été conçu, naître viable. Peut succéder celui dont l'absence est présumée selon l'article 112”

⁷⁹ “Article 906.

Pour être capable de recevoir entre vifs, il suffit d'être conçu au moment de la donation. Pour être capable de recevoir par testament, il suffit d'être conçu à l'époque du décès du testateur. Néanmoins, la donation ou le testament n'auront leur effet qu'autant que l'enfant sera né viable.”

seu turno, não são tidos como merecedores do mesmo tratamento, sendo considerados partes destacadas dos corpos dos genitores.

No mesmo norte tem entendido a jurisprudência francesa. A Corte de Apelação de Toulouse, em 1987, reconheceu que o embrião tem, desde a concepção, de forma virtual, todos os atributos da pessoa humana, e que a criança já concebida deve ser considerada nascida cada vez que se tratar da defesa de seus interesses. Determina, pois, que apesar de não ter ainda adquirido personalidade física, para o que é preciso nascer vivo e ser viável, ostenta a qualidade de sujeito de direitos, posicionamento que vem sendo defendido na presente tese. Entende-se que é possível, pois, dissociar a qualidade de sujeito de direito da condição de pessoa, sendo esta espécie daquela e não condição de existência.

5.1.4 República Itália

Dos países citados no presente capítulo, a Itália é a que apresenta a legislação mais restritiva no que diz respeito às possibilidades de recurso às técnicas de reprodução humana assistida. A lei que rege a matéria no país é a Lei ° 40/2004, que deixa claro logo no primeiro artigo que a RHA é um tratamento a ser disponibilizado a pessoas que, por questões médicas, precisam contornar a impossibilidade de filiação, não como opção ou extensão da capacidade procriativa individual⁸⁰. Em outras palavras, pessoas solteiras ou casais homoafetivos não podem se submeter ao tratamento, posto que a

⁸⁰ ART. 1.
(*Finalità*).

1. Al fine di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana è consentito il ricorso alla procreazione medicalmente assistita, alle condizioni e secondo le modalità previste dalla presente legge, che assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito.

2. Il ricorso alla procreazione medicalmente assistita è consentito qualora non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità.

ART. 2.

(*Interventi contro la sterilità e la infertilità*).

1. Il Ministro della salute, sentito il Ministro dell'istruzione, dell'università e della ricerca, può promuovere ricerche sulle cause patologiche, psicologiche, ambientali e sociali dei fenomeni della sterilità e della infertilità e favorire gli interventi necessari per rimuoverle nonché per ridurre l'incidenza, può incentivare gli studi e le ricerche sulle tecniche di crioconservazione dei gameti e può altresì promuovere campagne di informazione e di prevenzione dei fenomeni della sterilità e della infertilità.

2. Per le finalità di cui al comma 1 è autorizzata la spesa massima di 2 milioni di euro a decorrere dal 2004.

3. All'onere derivante dall'attuazione del comma 2 si provvede mediante corrispondente riduzione dello stanziamento iscritto, ai fini del bilancio triennale 2004-2006, nell'ambito dell'unità previsionale di base di parte corrente "Fondo speciale" dello stato di previsione del Ministero dell'economia e delle finanze per l'anno 2004, allo scopo parzialmente utilizzando l'accantonamento relativo al Ministero della salute. Il Ministro dell'economia e delle finanze è autorizzato ad apportare, con propri decreti, le occorrenti variazioni di bilancio.

impossibilità di filiazione naturale non decorre da malattie, ma da scelta o stile di vita.

Pelo che se pode observar, então, apenas casais heteroafetivos podem fazer uso dos tratamentos. Diz-se isto porque, além da exigência da união conjugal, não é permitida a RHA heteróloga,⁸¹ nem como exceção. A única menção da lei se encontra no fato de que, se for utilizado gametas de terceira pessoa à revelia da lei, o outro cônjuge que não ignorou ou concordou não pode negar o estado de filiação *a posteriori*.

No que tange à embriologia, a lei italiana limita a liberdade de criação de embriões e estabelece um controle sobre eles por meio da criação de um registro nacional obrigatório dos procedimentos⁸². Só é permitida a criação de embriões para fins de reprodução humana, sendo defeso que a fecundação artificial ocorra com fins de investigação científica. No tratamento de fertilização *in vitro*, apenas serão fecundados óvulos por ciclo na quantidade em que serão introduzidos no útero da genitora, sendo criopreservados apenas aqueles que por motivos excepcionais e justificados não

⁸¹ ART. 4.

(*Accesso alle tecniche*).

1. Il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita è consentito solo quando sia accertata l'impossibilità di rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione ed è comunque circoscritto ai casi di sterilità o di infertilità inspiegate documentate da atto medico nonché ai casi di sterilità o di infertilità da causa accertata e certificata da atto medico.

2. Le tecniche di procreazione medicalmente assistita sono applicate in base ai seguenti principi:

a) gradualità, al fine di evitare il ricorso ad interventi aventi un grado di invasività tecnico e psicologico più gravoso per i destinatari, ispirandosi al principio della minore invasività;

b) consenso informato, da realizzare ai sensi dell'articolo 6.

3. È vietato il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo.

⁸² ART. 11.

(*Registro*).

1. È istituito, con decreto del Ministro della salute, presso l'Istituto superiore di sanità, il registro nazionale delle strutture autorizzate all'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita, degli embrioni formati e dei nati a seguito dell'applicazione delle tecniche medesime.

2. L'iscrizione al registro di cui al comma 1 è obbligatoria.

3. L'Istituto superiore di sanità raccoglie e diffonde, in collaborazione con gli osservatori epidemiologici regionali, le informazioni necessarie al fine di consentire la trasparenza e la pubblicità delle tecniche di procreazione medicalmente assistita adottate e dei risultati conseguiti.

4. L'Istituto superiore di sanità raccoglie le istanze, le informazioni, i suggerimenti, le proposte delle società scientifiche e degli utenti riguardanti la procreazione medicalmente assistita.

5. Le strutture di cui al presente articolo sono tenute a fornire agli osservatori epidemiologici regionali e all'Istituto superiore di sanità i dati necessari per le finalità indicate dall'articolo 15 nonché ogni altra informazione necessaria allo svolgimento delle funzioni di controllo e di ispezione da parte delle autorità competenti.

6. All'onere derivante dall'attuazione del presente articolo, determinato nella misura massima di 154.937 euro a decorrere dall'anno 2004, si provvede mediante corrispondente riduzione dello stanziamento iscritto, ai fini del bilancio triennale 2004-2006, nell'ambito dell'unità previsionale di base di parte corrente "Fondo speciale" dello stato di previsione del Ministero dell'economia e delle finanze per l'anno 2004, allo scopo parzialmente utilizzando l'accantonamento relativo al Ministero della salute. Il Ministro dell'economia e delle finanze è autorizzato ad apportare, con propri decreti, le occorrenti variazioni di bilancio.

puderem ser transferidos⁸³. Os gametas masculino e feminino podem ser criopreservados mediante consentimento.

Além de inibir a produção de embriões excedentários, a Lei nº 40/2004 também restringe sua utilização. A proibição da prática da inseminação artificial heteróloga inviabiliza de maneira absoluta a doação de embriões supranumerários, mormente quando não há dispositivo permissivo na norma supracitada. A única destinação possível, caso atestado que já não fazem mais parte de um projeto de filiação ou verificada a inviabilidade (caso de patologias, por exemplo), é à pesquisa⁸⁴. Ainda sobre

⁸³ ART. 14.

1. È vietata la crioconservazione e la soppressione di embrioni, fermo restando quanto previsto dalla legge 22 maggio 1978, n. 194.
2. Le tecniche di produzione degli embrioni, tenuto conto dell'evoluzione tecnico-scientifica e di quanto previsto dall'articolo 7, comma 3, non devono creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre.
3. Qualora il trasferimento nell'utero degli embrioni non risulti possibile per grave e documentata causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna non prevedibile al momento della fecondazione è consentita la crioconservazione degli embrioni stessi fino alla data del trasferimento, da realizzare non appena possibile.
4. Ai fini della presente legge sulla procreazione medicalmente assistita è vietata la riduzione embrionaria di gravidanze plurime, salvo nei casi previsti dalla legge 22 maggio 1978, n. 194.
5. I soggetti di cui all'articolo 5 sono informati sul numero e, su loro richiesta, sullo stato di salute degli embrioni prodotti e da trasferire nell'utero.
6. La violazione di uno dei divieti e degli obblighi di cui ai commi precedenti è punita con la reclusione fino a tre anni e con la multa da 50.000 a 150.000 euro.
7. È disposta la sospensione fino ad un anno dall'esercizio professionale nei confronti dell'esercente una professione sanitaria condannato per uno dei reati di cui al presente articolo.
8. È consentita la crioconservazione dei gameti maschili e femminili, previo consenso informato e scritto.
9. La violazione delle disposizioni di cui al comma 8 è punita con la sanzione amministrativa pecuniaria da 5.000 a 50.000 euro.

⁸⁴ ART. 13.

(Sperimentazione sugli embrioni umani).

1. È vietata qualsiasi sperimentazione su ciascun embrione umano.
 2. La ricerca clinica e sperimentale su ciascun embrione umano è consentita a condizione che si perseguano finalità esclusivamente terapeutiche e diagnostiche ad essa collegate volte alla tutela della salute e allo sviluppo dell'embrione stesso, e qualora non siano disponibili metodologie alternative.
 3. Sono, comunque, vietati:
 - a) la produzione di embrioni umani a fini di ricerca o di sperimentazione o comunque a fini diversi da quello previsto dalla presente legge;
 - b) ogni forma di selezione a scopo eugenetico degli embrioni e dei gameti ovvero interventi che, attraverso tecniche di selezione, di manipolazione o comunque tramite procedimenti artificiali, siano diretti ad alterare il patrimonio genetico dell'embrione o del gamete ovvero a predeterminarne caratteristiche genetiche, ad eccezione degli interventi aventi finalità diagnostiche e terapeutiche, di cui al comma 2 del presente articolo;
 - c) interventi di clonazione mediante trasferimento di nucleo o di scissione precoce dell'embrione o di ectogenesi sia a fini procreativi sia di ricerca;
 - d) la fecondazione di un gamete umano con un gamete di specie diversa e la produzione di ibridi o di chimere.
 4. La violazione dei divieti di cui al comma 1 è punita con la reclusione da due a sei anni e con la multa da 50.000 a 150.000 euro. In caso di violazione di uno dei divieti di cui al comma 3 la pena è aumentata.
- [...]

a pesquisa, proíbe a clonagem, seja reprodutiva ou terapêutica, e a realização de experimentos com animais, formação de seres híbridos ou quimeras.

As práticas proibidas, caso sejam executadas, podem incidir em multas bem severas, passando dos cem mil euros em alguns casos, o que realmente tem o condão de inibir comportamentos defesos na lei. No mais, importa observar que os italianos procuraram minimizar eventuais problemas com a produção de embriões excedentes, determinando limites e adotando as cautelas necessárias. A recomendação é congelar os gametas e realizar a fertilização apenas em número suficiente para dar início à gestação. Todavia, deve-se reconhecer a severidade da lei em negar a doação de zigotos supranumerários que já não mais se encontram inseridos em um projeto de filiação. Negar a possibilidade de serem recepcionados em uma nova família é condená-los à morte pelo descarte ou destinação à pesquisa.

Pela lei civil italiana, a personalidade só se adquire com o nascimento com vida, mas garante os direitos do nascituro desde a concepção⁸⁵, tal qual ocorre na lei brasileira, mas reconhece a tutela da vida humana pré-natal. Do mesmo modo, a Corte Constitucional italiana atribuiu proteção constitucional ao ser humano já concebido, porém de maneira mitigada em comparação com a proteção à pessoa humana⁸⁶, adotando linha de raciocínio similar aos sistemas francês e alemão.

5.2 ANÁLISE DO SISTEMA VIGENTE NA REPÚBLICA PORTUGUESA

Em Portugal, já em 1989, Oliveira (2005, p. 5) alertava sobre a necessidade de enquadramento jurídico para as, na época, novas técnicas médicas de reprodução. Na ocasião, o jurista português falava sobre o nascimento de crianças cuja gestação só foi possível em virtude dos tratamentos médicos e a respeito do anúncio de uma clínica de reprodução privada que se propunha a funcionar como banco de esperma. Interessante que na época, já apresentava preocupação em virtude da realização das práticas sem a regulamentação adequada e com o perigo da ocorrência de possíveis atividades clandestinas, ao que passou a analisar a aplicabilidade das normas existentes.

⁸⁵ **Art. 1 Capacità giuridica**

La capacità giuridica si acquista dal momento della nascita.

I diritti che la legge riconosce a favore del concepito sono subordinati all'evento della nascita (462, 687, 715, 784).

(3° comma abrogato).

⁸⁶ Sentenças nº 27 de 1975 e nº 35 de 1997.

No plano constitucional, Oliveira (2005, p. 6-11) cita os artigos 25º, 33º 36º e 69⁸⁷. Com efeito, no artigo 36º, 1, lê-se que “todos têm direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade”, mandamento que, segundo o autor, consagra liberdade fundamental de procriar e ter a prole reconhecida, a questão que se apresentava era saber se um casal com dificuldades de ter filhos teria o direito fundamental de procriar através da reprodução medicamente assistida. Neste ponto, Oliveira (2005, p. 6) traz importante reflexão sobre assertivas no sentido de declarar que o preceito constitucional foi criado em uma época em que não se falava em meios medicamente assistidos de reprodução, ao que responde de maneira precisa no sentido de que o direito positivo deverá possibilitar que a prerrogativa se aplique aos que recorrem na medida em que for tecnologicamente possível no momento em que se vive, argumento que se entende como bastante razoável, posto que o ordenamento jurídico deve acompanhar as evoluções da humanidade e ser interpretado e aplicado conforme a sociedade contemporânea. Cabe a doutrina e aos Tribunais modernizar a interpretação tradicionalmente dada aos dispositivos.

O artigo 33º garante o direito à identidade pessoal, à intimidade e à vida privada familiar, cuja leitura que se faz em conjunto com o tema em análise, conduz ao entendimento de que a constituição de família com a utilização dos meios de procriação medicamente assistida não deve sofrer interferência do Estado ou da lei, salvo para evitar abusos. A garantia disposta assegura, ainda, o direito ao sigilo nos procedimentos. Sobre a atuação do ente público estatal, cita-se ainda o artigo 67º, que dispõe se deve assegurar realizações pessoais dos membros do núcleo familiar. No que pertine à identidade pessoal e RHA, tem-se as polêmicas em torno da ponderação entre o sigilo do dador e eventual desejo de conhecimento da ascendência genética.

O artigo 25.º, que tutela o direito à vida com dois mandamentos: “1. A vida humana é inviolável” e “2. Em caso algum haverá pena de morte”, ao qual Oliveira (2005, p. 9) alertava em 1989 para possíveis contradições nos modos de garantir o direito em comento. Com efeito, refletia o autor que a técnicas reprodutivas poderiam fazer surgir um número maior de embriões do que o necessário à inserção no útero da genetriz no ciclo reprodutivo em questão, gerando um contingente excedentário; este traria problematizações sobre seu destino e eventuais facilidades quanto ao descarte, a

⁸⁷ A referência original no texto faz remissão, respectivamente, aos artigos 24, 26, 36 e 69, conforme redação da norma constitucional contemporânea à produção do artigo. Na presente tese, preferiu-se referir os dispositivos da Carta Maior da República Portuguesa conforme escrita atual.

despeito das teorias concernentes ao início da vida. Finalmente, o artigo 69.º dispõe sobre a proteção integral ao desenvolvimento da criança pela sociedade e pelo Estado, o que, segundo Oliveira (2005, p. 10) também estaria relacionado ao recurso a tratamentos de RHA, uma vez que poderia comprometer o desenvolvimento mental e afetivo dos indivíduos.

No direito ordinário, Oliveira (2005, p. 10-11) afirma que o Código Penal não tratava a respeito da RHA, da mesma forma, a Reforma do Código Civil de 1977 não regulamentou, mas permitiu no artigo 1801.º, que, segundo o autor, “tem o mérito de afirmar o propósito do sistema jurídico de aceitar os progressos da ciência com relevo forense, sem preconceito” (OLIVEIRA, 2005, p. 12). Na sequência, faz importante remissão à Lei nº 3, de 24 de março de 1984 e ao Decreto-Lei nº 319/86. A Lei 3/84 introduz o sistema de educação sexual e planejamento familiar, trazendo, no art. 9.º, número 2, a regra de que o “Estado aprofundará o estudo e a prática da inseminação artificial como forma de suprimimento da esterilidade”. Ainda que trazendo o significado do planejamento familiar como ação de atenção à saúde, é importante ressaltar que o dispositivo demonstra a receptividade do sistema jurídico português a tecnologias de reprodução.

Em 1986, o Ministério da Justiça criou a *Comissão para o enquadramento legislativo das novas tecnologias*, sob a presidência de Pereira Coelho, com o intuito de preparar o texto do anteprojeto de lei que viria a regulamentar o que se convencionou em chamar de procriação assistida (OLIVEIRA, 2005, p. 14). Em 25 de setembro do mesmo ano, a partir de texto com regime provisório proposto pela Comissão, foi promulgado o Decreto-Lei 319/86, que dispunha sobre inseminação artificial e fertilização *in vitro*. Apesar de ser um dispositivo cuja análise de mérito das novas tecnologias se apresentava bastante superficial – os três artigos se limitavam a reconhecer a inseminação e fertilização artificial homóloga e autorizar a heteróloga em caráter excepcional, foi importante ao firmar oficialmente o reconhecimento das práticas pelo Legislativo português.

Em texto publicado originariamente na década de 90 e reeditado em 2005, ainda na ausência de lei específica sobre PMA, Oliveira (2005, p. 87-88) faz importante observação – que seguramente pode ser aplicada no caso brasileiro – no sentido de que em uma época em que se difunde a responsabilização penal e civil dos profissionais da saúde, em matéria de tecnologia da reprodução, não seria mais suficiente apenas a ética corporativa para legitimar as práticas da medicina e da ciência. Ao mesmo tempo,

captava as dificuldades enfrentadas pela técnica legislativa em apreciar a matéria, as quais giravam em torno da rapidez dos avanços tecnológicos e da escassez em conhecimento com que o jurista teria que lidar. Todavia, segundo mandamento do Relatório Warnock, na Inglaterra, legislar era necessário, e eventuais obstáculos teriam que ser superados conforme o sistema jurídico de cada país.

No sistema jurídico português, é importante ainda analisar os pareceres e relatórios do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida (CNECV), que tem se pronunciado sobre o tema desde o início da utilização de técnicas reprodutivas no país, tecendo críticas e cobrando regulamentação. Em relatório sobre o projeto de lei relativo à PMA, o professor Joaquim Pinto Machado demonstra preocupação com a procriação medicamente assistida heteróloga e com a doação de gametas e embriões. Argumentava, à época, que RHA heteróloga punha em xeque valores tradicionalmente aceitos relativos à conjugalidade, geração da vida humana e identidade pessoal. Este último, direito garantido pela Constituição da República Portuguesa, corria o risco de ser relativizado quando da discussão do conhecimento da origem genética (CNECV, 1997, p. 3-4).

Considera-se interessante e extremamente pertinente a observação que o professor Pinto Machado faz em seu parecer com relação à terminologia empregada no projeto de lei. Diz que se pode falar em doação de gametas, mas não em doação de embriões, pois, nas palavras dele, “mesmo que se considere que estes ainda não são verdadeiramente seres humanos, são-no pelo menos potencialmente **pelo que não são coisas de que se é proprietário e que podem ser dadas a outrem**” (CNECV, 1997, p. 6) (grifos nossos). As palavras do jurista português corroboram com o entendimento adotado no presente estudo de que, embora não seja pessoa, não há como considerar o conceito humano como coisa em seu sentido jurídico.

Em parecer publicado em 1998, o CNECV demonstrou preocupação com os desdobramentos éticos das técnicas reprodutivas mais modernas, aduzindo que um dos efeitos mais marcantes da PMA é a dissociação entre sexualidade e paternidade/maternidade, havendo consequentes repercussões sobre identidade e origem genética, herança étnica e cultural da humanidade. Também se verifica preocupação com a reprodução humana heteróloga e ausência de normatização (CNECV, 1998, p. 20).

Em 2004, pouco tempo depois da aprovação da lei sobre RHA, o CNECV publicou parecer motivado pela apresentação de dois projetos de lei na Assembleia da

República, o 90/IX (PS), “Regula as técnicas de procriação medicamente assistida”, e 317/IX (BE), “Procriação medicamente assistida”, que culminou na Lei nº 32/06, sobre os quais foi solicitado a se pronunciar. Diante da provocação, após refletir sobre a matéria, em linhas gerais, o Conselho reconhece o sofrimento que a infertilidade pode causar e quão importante é a esperança que os recentes tratamentos anunciavam, ao mesmo tempo, afirmou a necessidade de se zelar pela integridade dos genitores e pela dignidade do que chamou de “ser humano em projeto”, declarando o direito a proteção que caberia ao embrião *in vitro*, “independentemente do seu estatuto ontológico” (CNECV, 2004, p. 3).

A partir das reflexões supracitadas, o Conselho passa a tecer recomendações no que concerne aos projetos de lei postos a sua apreciação. As orientações apresentadas foram no sentido de respeitar os valores éticos no procedimento e os direitos dos genitores envolvidos no processo, ao mesmo tempo em que se firmou entendimento de que só devem ser fertilizados gametas femininos na quantidade que se pretende utilizar no projeto parental, uma vez que, nos termos do parecer, “o embrião humano tem direito à vida e ao desenvolvimento, no corroborar do princípio universal de que todo o existente requer existir, pelo que o embrião originado *in vitro* deverá fazer sempre parte de um projecto parental” (CNECV, 2004, p. 6), de modo que a adoção embrionária foi declarada como procedimento ético mais adequado ao excedente e ações de investigação científica só poderão ocorrer sob rigoroso padrão de controle.

Em relatório que deu suporte ao parecer, o órgão declarou que, em que pesem as polêmicas existentes em torno do conceito jurídico do zigoto pré implanto, este deve ser respeitado enquanto princípio da vida humana (CNECV, 2004, p. 49). Sobre as pesquisas com células-tronco estaminais, convém salientar ainda que, no ano de 2005, se reconheceu como promissoras as possibilidades que poderiam surgir a partir a utilização destas em pesquisa, mas o Conselho recomendou rigor nos procedimentos de autorização e que a recolha de CE fosse realizada de modo a não destruir o embrião. Ao mesmo tempo, a orientação exposta foi de que a fertilização *in vitro* não ocorresse com fins únicos de utilização em investigação científica (CNECV, 2005, p. 5).

Bem ou mal, Portugal já superou a fase de discussão sobre as propostas legislativas, o projeto foi aprovado e, hodiernamente, a procriação medicamente assistida é regida pela Lei nº 32, de 26 de julho de 2006. Ao disciplinar o uso das

técnicas, as define, no artigo 4^o⁸⁸, como “método subsidiário, e não alternativo, de procriação”, cujos recursos só devem ser empregados verificada a necessidade de tratamento de infertilidade ou esterilidade ou para evitar transmissão de doenças de um dos membros do casal para a prole. Cabe ressaltar que, nos termos da redação original do art. 6.º, só pessoas em relacionamentos conjugais heteroafetivos (casamento ou união estável) estavam habilitadas ao tratamento.

Por falar em “casal”, da mesma forma que ocorre na Itália e na França, apenas casais, casados ou em regime de união estável, poderiam se submeter ao tratamento de reprodução assistida. Mais do que isto, o texto da lei trazia taxativamente a exigência de que a união fosse heteroafetiva, deixando de lado, consequentemente, pessoas solteiras e casais homoafetivos⁸⁹. Por ironia, o artigo 3º da mesma lei determina que as pessoas sejam tratadas de acordo com o princípio da dignidade e da não discriminação⁹⁰, não se imagina como passou despercebida a afronta proferida a estes princípios nos capítulos subsequentes, discriminando famílias em virtude de sua composição ou orientação sexual daqueles que a compõem⁹¹.

Todavia, a lei nº 17 de 20 de junho de 2016 promove alteração no ato normativo em comento no sentido de permitir que mulheres sem diagnóstico de infertilidade também tenham acesso aos tratamentos de PMA, incluindo entre os beneficiários mulheres solteiras e casais de lésbicas⁹². Em razão do pouco tempo de vigência da

⁸⁸ Artigo 4.º

Condições de admissibilidade

1 - As técnicas de PMA são um método subsidiário, e não alternativo, de procriação.

2 - A utilização de técnicas de PMA só pode verificar-se mediante diagnóstico de infertilidade ou ainda, sendo caso disso, para tratamento de doença grave ou do risco de transmissão de doenças de origem genética, infecciosa ou outras.

⁸⁹ Artigo 6.º

Beneficiários

1 - Só as pessoas casadas que não se encontrem separadas judicialmente de pessoas e bens ou separadas de facto ou as que, **sendo de sexo diferente**, vivam em condições análogas às dos cônjuges há pelo menos dois anos podem recorrer a técnicas de PMA.

2 - As técnicas só podem ser utilizadas em benefício de quem tenha, pelo menos, 18 anos de idade e não se encontre interdito ou inabilitado por anomalia psíquica.

(Grifos nossos)

⁹⁰ Artigo 3.º

Dignidade e não discriminação

As técnicas de PMA devem respeitar a dignidade humana, sendo proibida a discriminação com base no património genético ou no facto de se ter nascido em resultado da utilização de técnicas de PMA.

⁹¹ Fala-se em discriminação no sentido de negar acesso a algo em virtude de eventuais diferenças, como cor, raça, sexo ou orientação de gênero. *In casu*, negar acesso ao tratamento de reprodução assistida em razão dos diferentes modos de vivência familiar escolhidos pela pessoa ou pelo casal.

⁹² **Artigo 1.º**

A presente lei procede à segunda alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, alterada pela Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro, garantindo o acesso de todas as mulheres à procriação medicamente assistida (PMA)

norma, ainda não é possível analisar repercussões e impactos causados, mas certamente trará maior facilidade àquelas que antes precisavam realizar o procedimento em países vizinhos, em virtude da não aceitação no sistema jurídico português.

Com relação aos embriões, percebe-se que só podem ser criados para fins de reprodução, proíbe-se a clonagem reprodutiva e também práticas de eugenia. Diferente do que ocorre na Itália e na França, a legislação portuguesa não estipula número limite de ovócitos a serem fecundados por ciclo, mas apenas determina que sejam criados embriões apenas em número suficiente para êxito no tratamento, de acordo com o que denomina de “boa prática clínica”⁹³.

É preciso ver com cautela esses princípios muito abertos, entende-se que há aqui uma brecha na lei para que se produza o excedente, fato que se verifica na prática. Ao visitar o setor responsável pela assistência médica à reprodução humana no Hospital Universitário da Universidade de Coimbra, foi dito que a quantidade de ovócitos fecundados e o estágio de congelamento é feito conforme decidido por aqueles que se encontram em projeto de filiação. Alguns preferem congelar a matéria biológica na fase de pré zigoto, momento em que a concepção ainda não está completa, mas muitos determinam que a criopreservação se dê na fase de blastocisto, quando o material já conta com 5 (cinco) dias de evolução. Os embriões supranumerários, nos termos da lei nº 32/2006, poderão ser doados⁹⁴, ou destinados à pesquisa⁹⁵.

⁹³ Artigo 24.º

Princípio geral

1 - Na fertilização in vitro apenas deve haver lugar à criação dos embriões em número considerado necessário para o êxito do processo, de acordo com a boa prática clínica e os princípios do consentimento informado.

2 - O número de ovócitos a inseminar em cada processo deve ter em conta a situação clínica do casal e a indicação geral de prevenção da gravidez múltipla.

⁹⁴ Artigo 25.º

Destino dos embriões

1 - Os embriões que, nos termos do artigo anterior, não tiverem de ser transferidos, devem ser criopreservados, comprometendo-se os beneficiários a utilizá-los em novo processo de transferência embrionária no prazo máximo de três anos.

2 - Decorrido o prazo de três anos, podem os embriões ser doados a outro casal cuja indicação médica de infertilidade o aconselhe, sendo os factos determinantes sujeitos a registo.

[...]

⁹⁵ Artigo 9.º

Investigação com recurso a embriões

1 - É proibida a criação de embriões através da PMA com o objectivo deliberado da sua utilização na investigação científica.

2 - É, no entanto, lícita a investigação científica em embriões com o objectivo de prevenção, diagnóstico ou terapia de embriões, de aperfeiçoamento das técnicas de PMA, de constituição de bancos de células estaminais para programas de transplantação ou com quaisquer outras finalidades terapêuticas.

3 - O recurso a embriões para investigação científica só pode ser permitido desde que seja razoável esperar que daí possa resultar benefício para a humanidade [...]

Sobre, como dizem os portugueses, a “dádiva” desta matéria biológica para ações de investigação científica, o Conselho Nacional de Ética para ciências de vida emitiu parecer sobre princípios e regime jurídico para utilização de células estaminais embrionárias para fins de investigação e aplicações terapêuticas em mais de uma ocasião. Inicialmente, em 2005, a entidade declarou que a destruição de material criopreservado para utilização em pesquisas era ato contrário à dignidade da vida humana, motivo pelo qual aquela só deveria ser permitida em substrato recolhido de fetos abortados (CNECV, 2005, p. 5).

Em um segundo momento, analisando projetos de lei que visavam permitir e regulamentar as ações⁹⁶, ficou consignado que a prática é legítima, desde que realizada com matéria inviável ou com zigotos que, passados três anos da criopreservação, já não se encontrem mais em projeto parental (CNECV, 2007, p. 2). Ainda sobre a doação de gametas e embriões, em 2014 o Conselho emitiu parecer recomendando que o procedimento clínico adotado ocorra com o máximo padrão ético e de segurança, de modo a garantir a saúde dos envolvidos, em especial das crianças que nascerão após a conclusão do tratamento (CNECV, 2014, p. 8).

Outro ponto que merece destaque é que também aqui não há determinação de prazo mínimo durante o qual o embrião deva permanecer criopreservado, ao contrário, é estabelecido o prazo máximo de 03 (três) anos para os genitores utilizarem o material. Caso não o façam, ao termo final, os zigotos criopreservados poderão ser doados a outro casal ou, na impossibilidade de serem inseridos em um projeto familiar, destinados à pesquisa. Verifica-se, então, que a norma portuguesa permite a RHA heteróloga, cuja heteronomia seja tanto parcial, onde apenas um dos gametas é de pessoa estranha ao casal, quanto total, no caso da doação de embriões.

É possível também a criopreservação e doação de gametas masculinos e femininos, mas cumpre salientar que a regra proíbe a venda e comercialização de óvulos, espermatozoides e embriões. Observa-se que a lei, desde sua redação original, em 2006, respeita a dignidade de gametas e embriões e não os trata como coisa comum, ao não permitir que lhes seja atribuído preço e impor limites éticos à produção e pesquisa.

⁹⁶ PROJECTOS DE LEI N° 126/X (Estabelece os Princípios da Investigação Científica em Células Estaminais e a Utilização de Embriões), e N° 376/X (Estabelece o Regime Jurídico de Utilização de Células Estaminais, para Efeitos de Investigação e Respectivas Aplicações Terapêuticas)

No direito português, a definição da condição jurídica do embrião não é pacífica, todavia, apesar de existirem opiniões conflitantes, é possível apontar posicionamentos concretos e qual o entendimento majoritário. Conforme adverte Pereira (2015, p. 288), a personalidade jurídica é adquirida com o nascimento com vida. Aduz o autor que o artigo 66 do Código Civil português impõe como pressupostos o nascimento completo e com vida. Em suma, os juristas portugueses se agrupam basicamente em duas correntes: a primeira defende a tese de que o embrião é titular de personalidade jurídica; a outra, afastando a teoria da personalidade jurídica do embrião, o classifica na categoria de bem jurídico, mais do que uma coisa comum, o consideram um bem a ser protegido e tutelado.

A teoria do ente despersonalizado aplicada ao embrião não é bem percebida em Portugal. O conceito de sujeito de direitos se confunde com o de pessoa, entendendo-se em terras lusitanas que só esta última pode ser sujeito de direitos e obrigações. Para as situações nas quais um nascituro ou um embrião seriam, eventualmente, sujeito de um direito que lhes foi conferido por doação ou testamento, por exemplo, fala-se na figura de direitos sem sujeito, o que já foi criticado nesta tese de doutoramento. Resta, então, ao embrião excedentário no direito português, a qualificação como pessoa, coisa ou bem jurídico.

Como defensores da primeira linha de entendimento, pode-se citar Ascensão (2000, p. 55), Meneses de Cordeiro (2011, p. 364), Campos (2009, p. 49), Otero (1999, p. 61-62) e Loureiro (2003, p. 400). Em suma, estes autores admitem que a vida humana tem início na concepção, seja corpórea ou extracorpórea, bem como a possibilidade do ser humano concebido, embora não nascido, ser titular de direitos subjetivos. Como, conforme já foi dito, o direito civil português não trabalha com o conceito de ente despersonalizado, nestes casos, confundindo o conceito de sujeito de direitos e o conceito de pessoa, outra alternativa não há do que classificar o embrião humano como pessoa física. Esta teoria, contudo, é bastante criticada, posto que põe de lado um requisito fundamental estabelecido no artigo 66⁹⁷ do Código Civil português para aquisição de personalidade jurídica pela pessoa física ou natural, qual seja, o nascimento com vida.

⁹⁷“ ARTIGO 66º

(Começo da personalidade)

1. A personalidade adquire-se no momento do nascimento completo e com vida.
2. Os direitos que a lei reconhece aos nascituros dependem do seu nascimento.”

A tese dominante, contudo, segundo Pereira é a que “entende o embrião como um bem jurídico protegido ou um interesse juridicamente protegido” (PEREIRA, 2015, p. 296). Para o autor, “o estatuto de pessoa e o atributo da personalidade jurídica somente se obtém com o nascimento com vida. Ser pessoa demanda uma dimensão individual e uma dimensão de *comunitas*” (PEREIRA, 2015, p. 297). Neste sentido, ao tempo em que nega a personalidade jurídica ao embrião, também reconhece que deve ser considerado mais do que uma coisa comum, mais do que objeto de direitos de terceiros, é um valor a ser protegido e devidamente tutelado.

Capelo de Sousa (1995, p. 156) reconhece que a vida tem início desde a concepção e como tal deve ser protegida, declara o concebido como bem juridicamente protegido, que deve ser dotado de uma personalidade jurídica parcial na tutela de eventuais interesses, agindo juridicamente através de representantes legais. Mais uma vez, tem-se que a condição de pessoa, ou de sujeito de direito de acordo com o a interpretação que se dá ao termo em Portugal, só se adquire após o nascimento, sendo conferido ao embrião o status de bem jurídico.

No mesmo norte é o entendimento de Carvalho (1981, p. 171-172), no sentido de que deve o concebido ser tido como bem jurídico e não como pessoa física, mas que seria dotado de uma personalidade parcial, para tutela de seus interesses. Aduz Carvalho (1981, p. 172) que a personalidade surge ao termo de um processo biológico, sendo progressivamente constituída ao longo das fases de desenvolvimento embrionário.

Já Raposo (2014, p. 549 e ss.), ao tecer suas considerações acerca da condição jurídica do embrião excedentário, o reconhece como um ser frágil e carente de proteção, cujo grau de tutela deve ser compatível com as fases de desenvolvimento embrionário. Entendendo, como os autores recentemente citados, que a personalidade jurídica só deve ser reconhecida após o nascimento com vida, diz que, apesar de ter o que chama de potencialidades humanas e por isto merecer respeito, o embrião excedentário ainda não apresenta o requisito de nascido vivo, sem o qual não há como se conceber a personalidade. Todavia, como ser vivo composto de matéria biológica humana, declara Raposo (2014, p. 549 e ss.) a vida embrionária como um bem constitucionalmente protegido.

A jurisprudência dos tribunais portugueses tem seguido esta última orientação doutrinária. O Acórdão nº 75/2010 do Tribunal Constitucional, muito embora reconheça

que a vida humana seja protegida desde a concepção⁹⁸, não admite como viável a atribuição de parcela de personalidade jurídica ao embrião sob pena de instabilidade nas relações e institutos jurídicos. Da leitura da decisão, percebe-se que a orientação é não considerar o embrião como pessoa, mas como bem jurídico-constitucional.

5.3 O ATUAL ESTADO DA ARTE NO BRASIL

No item anterior, viu-se como é tratada a condição jurídica do embrião em diferentes realidades. Pelo que se pôde observar, em que pese as divergências observadas, em virtude de fatores históricos, sociais e culturais, dos cinco países analisados, o Reino Unido concede liberdade quase que total a pesquisa e produção de embriões, tratando-os mesmo como coisa, como objeto, e os demais Estados restringem a produção de excedente e impõem padrões éticos mais rígidos em relação às pesquisas desenvolvidas. Destes últimos, a França considera o zigoto como sujeito de direitos, mas não como pessoa, e os demais, Alemanha, Itália e Portugal adotam o posicionamento de que deve o embrião ser considerado como bem jurídico, antes de coisa banal, um bem a ser tutelado.

No Brasil, apesar da reprodução humana assistida já existir como prática médica desde o início da década de 80, tendo a primeira bebê de proveta, conforme já foi aqui mencionado, nascida em 1984, mais de 30 (trinta) anos atrás, o país ainda não possui um marco legislativo específico sobre a matéria. E não é por falta de tentativas. Desde 1993 há projetos de lei com o objetivo de regulamentar aspectos da RHA tramitando no Congresso Nacional, tendo o último sido proposto em 2015. Entre arquivamentos e processos apensados, o fato é que nenhum destes projetos foi aprovado e convertido em lei até o momento. Qual o resultado?

⁹⁸ “Conforme se pode, pois, verificar, sem exceder o âmbito da sua competência a ciência atesta hoje que um embrião derivado da união dos dois gametas é, desde o primeiro momento, um ser da espécie humana distinto da mãe – e não uma parte dela –, com um programa genético próprio e originariamente diferenciado.

[...]

Partindo de tais postulados, se tenderá a recusar-se a possibilidade de uma fundamentação exclusivamente biológica para o solucionamento das questões relativas, quer ao merecimento e à necessidade de tutela da vida pré-natal, quer, em especial, à natureza do meio ou instrumento a mobilizar para o efeito, do mesmo modo tenderá a aceitar-se que o reconhecimento, cientificamente atestado, de que o embrião é um ser da espécie humana distinto da mãe que o suporta, ao conferir, também pelo lado daquele, uma dimensão definitivamente ontológica ao problema, debilita a viabilidade normativa de construções que subordinem o reconhecimento do eventual grau de “pessoalidade” atribuível ao embrião à coincidente representação que dele faça a mãe, apenas admitindo a primeira onde a segunda esteja presente.”

O resultado é que, na falta de lei específica, a única orientação normativa, ressalte-se que apenas norma em sentido amplo, é a Resolução nº 2121/2015 do Conselho Federal de Medicina. Apesar das possíveis falhas sob o ponto de vista jurídico – não é lei geral e abstrata, a força normativa se restringe à conduta ética dos médicos, não vinculando à sociedade em geral – tem servido de parâmetro para conduta médica nas clínicas de fertilização, mormente quando o Poder Legislativo vem pecando por omissão, permanecendo inerte diante da realidade que se manifesta nas clínicas e hospitais brasileiros há mais de três décadas.

Convém questionar se as normas e princípios hodiernamente existentes não seriam já suficientes para lidar com as questões que envolvem os tratamentos de RHA. A resposta é não, não de maneira suficientemente eficaz, principalmente quando se lida com temas antes impensáveis ou pouco aceitáveis quando as atuais normas jurídicas foram propostas. Dentre esses temas, pode-se citar a gestação de substituição e, o que mais interessa, na presente tese, como lidar com a produção e criopreservação de embriões e demais materiais genéticos presentes utilizados nas técnicas de procriação medicamente assistida.

A condição jurídica do embrião excedentário ainda não está claramente definida no Brasil. Não há definição precisa se ele seria considerado coisa, pessoa ou ente despersonalizado, tendo os autores se dividido entre estas opções. Já foi manifestado no terceiro capítulo que a terceira corrente é a mais acertada, e é o que aqui se propõe a defender. Ocorre que, diante da ausência de norma jurídica, a produção é feita de maneira descontrolada, gerando um grande contingente de excedente cujos números que serão apresentados merecem cuidadosa reflexão. É preciso verificar a situação atual da RHA em território nacional.

A inexistência de regras não é impedimento para a utilização das técnicas médicas reprodutivas. E de fato, não poderia ser, são tratamento contra causas de infertilidade e esterilidade, facilitando o processo de procriação humana para aqueles que tem dificuldades biológicas, ou, no caso brasileiro, também por questões sociais. O problema que se pode apontar é a falta de controle e reflexão sobre alguns procedimentos de legalidade controversa e eticidade duvidosa.

Dentre esses temas, cabe citar a gestação de substituição, cuja determinação da maternidade entra em conflito com a Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/1973), que determina, pelo instrumento da declaração de nascido vivo – DNV – expedida pelo

hospital ou maternidade, que mãe é quem dá à luz⁹⁹, podendo, caso a mãe portadora se recuse a entregar a criança ao final da gestação, ficar o contrato eventualmente assinado na clínica ineficaz.

Outra questão controversa é a pertinente a produção e criopreservação desordenada de embriões no tratamento de fertilização *in vitro*. A única orientação vigente é a Resolução do CFM, que impõe normas de conduta aos médicos, clínicas e hospitais, e, apesar de dispor sobre o tratamento de FIV, não faz nenhuma referência a números limite de embriões a serem produzidos¹⁰⁰. Como consequência, a crescente busca e utilização das técnicas reprodutivas tem levado a um número cada vez maior de embriões supranumerários. Como se verá nos quadros a seguir, as estatísticas oficiais são realmente impressionantes.

Quadro 04 – Números da RHA no Brasil em 2012

Dados do ano de 2012						
Unidade Federada	Número de Serviços	Número de Ciclos	Oócitos produzidos	Embriões transferidos	Embriões descartados	Embriões congelados
BA	1	357	3327	487	400	566

⁹⁹ “Art. 49. Os oficiais do registro civil remeterão à Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, dentro dos primeiros oito dias dos meses de janeiro, abril, julho e outubro de cada ano, um mapa dos nascimentos, casamentos e óbitos ocorridos no trimestre anterior.

[...]

§ 3º No mapa de que trata o caput deverá ser informado o número da identificação **da Declaração de Nascido Vivo**.

§ 4º Os mapas dos nascimentos deverão ser remetidos aos órgãos públicos interessados no cruzamento das informações do registro civil e da **Declaração de Nascido Vivo** conforme o regulamento, com o objetivo de integrar a informação e promover a busca ativa de nascimentos.

[...]

Art. 54. O assento do nascimento deverá conter:

[...]

10) **número de identificação da Declaração de Nascido Vivo - com controle do dígito verificador, ressalvado na hipótese de registro tardio previsto no art. 46 desta Lei**

§ 1º Não constituem motivo para recusa, devolução ou solicitação de retificação da Declaração de Nascido Vivo por parte do Registrador Civil das Pessoas Naturais:

I - equívocos ou divergências que não comprometam a identificação da mãe;

[...]” (Grifos nossos)

¹⁰⁰ V - CRIOPRESERVAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES

1 - As clínicas, centros ou serviços podem criopreservar espermatozoides, óvulos e embriões e tecidos gonádicos.

2 - O número total de embriões produzidos em laboratório será comunicado aos pacientes, para que decidam quantos embriões serão transferidos a fresco, devendo os excedentes, viáveis, serem criopreservados.

3 - No momento da criopreservação os pacientes devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos embriões criopreservados, quer em caso de divórcio, doenças graves ou falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los.

4 - Os embriões criopreservados com mais de 5 (cinco) anos poderão ser descartados se esta for a vontade dos pacientes, e não apenas para pesquisas de células-tronco, conforme previsto na Lei de Biossegurança

CE	2	679	5859	1135	1322	1.843
DF	3	536	5371	983	913	789
ES	2	356	2706	260	160	1.112
GO	2	605	4796	1121	378	967
MA	1	46	378	94	26	101
MT	3	274	2542	457	371	533
MS	3	167	1690	308	331	303
MG	9	2202	18937	4391	3346	3.307
PA	1	189	1438	219	326	165
PR	14	1993	14154	3898	1707	1.384
PE	4	521	3715	364	35	1.143
PI	2	193	2413	527	390	327
RJ	9	2421	20062	4094	1587	4.067
RN	1	64	39	126	20	63
RS	4	742	7579	1637	1492	1.255
SC	6	562	4423	1131	515	539
SP	25	9043	81940	13441	12545	13.601
SE	1	124	19321184	291	120	136
TOTAL	91	21.074	182.908	34.964	25.984	32.181

Fonte: SisEmbrio/Anvisa-2015, dados obtidos em 23/04/2013. Disponível em: <
<http://portal.anvisa.gov.br/wps/wcm/connect/9741178040f9cbbbf48bf9cca79f4cf/6+relat%C3%B3rio+si+semeio.pdf?MOD=AJPERES>>. Acesso em: 20 ago. 2015.

Quadro 05 – Números da RHA no Brasil em 2013

Dados do ano de 2013						
Unidade Federada	Número de Serviços	Número de Ciclos	Oócitos produzidos	Embriões transferidos	Embriões descartados	Embriões congelados
BA	1	608	5166	888	347	744
CE	2	682	5839	1872	141	1944
DF	3	626	6022	1350	954	862
ES	2	351	3014	925	224	1296
GO	3	635	6140	1725	758	1263
MA	1	39	353	147	22	125
MT	1	133	1421	366	207	290
MS	1	177	1691	458	415	382
MG	8	1328	13377	3546	2536	2270
PA	2	276	1932	326	452	288
PR	13	1981	15651	4571	2136	1524
PE	1	406	3263	617	455	1393
RJ	9	2616	24521	6424	1502	5416
RN	1	52	386	141	14	102
RS	9	2424	22470	5441	3988	3243
SC	4	446	4452	1029	966	705
SP	31	11285	102458	1029	966	16244
SE	1	82	206	74	22	31
TOTAL	93	24.147	218.362	52.690	32.585	38062

Fonte: SisEmbrio/Anvisa-2015, dados obtidos em 27/04/2014. Disponível em: <
http://portal.anvisa.gov.br/wps/wcm/connect/b3df8a00449b6eb485a4851624d7ec81/7_relatorio.pdf?MOD=AJPERES>. Acesso em: 20 ago. 2015.

Quadro 06 – Números da RHA no Brasil em 2014

Dados do ano de 2014						
Unidade Federada	Número de Serviços	Número de Ciclos	Ovócitos produzidos	Embriões transferidos	Embriões descartados	Embriões congelados
BA	2	853	7.571	1.409	1.164	1.116
CE	3	910	6.506	3.040	246	2.254
DF	3	788	7.581	1.729	1.263	1.175
ES	2	455	3.809	1.305	376	1.449
GO	3	838	7.401	2.238	832	1.402
MA	1	62	671	172	76	303
MT	1	244	60	60	480	591
MS	1	226	2.105	493	543	530
MG	12	2.400	21.877	5.204	4.914	3.421
PA	1	119	784	222	168	71
PR	13	1.852	14.598	4.031	2.244	1.920
PE	1	245	2.941	1.831	370	611
PI	2	212	2.597	578	373	800
RJ	9	2.820	29.116	6.500	3.202	7.019
RN	1	57	474	160	-	148
RS	6	2.119	19.433	4.782	3.260	2.918
SC	6	748	6.382	1.907	1.041	1.104
SP	37	12.649	118.691	24.004	21.046	20.690
SE	2	194	1.652	462	226	290
TOTAL	106	27.852	257.006	60.668	41.830	47.812

Fonte: SisEmbrio/Anvisa-2015, dados obtidos em 20/02/2015. Disponível em: <<http://sbra.com.br/images/stories/destaques/8sisembrio.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2015.

Quadro 07 – Números da RHA no Brasil em 2015

Dados do ano de 2015						
Unidade Federada	Número de Serviços	Número de Ciclos	Ovócitos produzidos	Embriões transferidos	Embriões descartados	Embriões congelados
AM	1	73	841	141	152	180
BA	3	1.039	9.888	1.687	1.893	1.611
CE	3	832	6.568	3.385	207	1.459
DF	4	797	7.702	1.550	1.591	1.145
ES	3	477	3.794	1.346	540	1.435
GO	3	758	6.875	1.466	938	1.264
MA	2	169	1.889	436	171	786
MT	20	3.575	34.709	8.606	6.508	5.808
MS	2	470	5.470	1.117	1.004	903
MG	1	206	2.152	479	569	601
PA	2	406	3.320	669	736	614
PB	1	30	151	79	10	30
PR	14	2.337	16.913	5.025	2.355	2.411
PE	4	946	8.474	1.897	1.228	2.253
PI	1	193	2.345	615	222	843
RJ	12	3.700	32.995	7.798	3.891	8.324
RN	2	110	797	234	49	200
RS	10	2.953	26.650	6.228	5.799	4.122

SC	8	877	7.386	2.105	1.070	1.461
SP	43	15.411	146.875	28.013	26.884	31.434
SE	2	254	1.954	596	250	475
TOTAL	141	35.615	327.748	73.472	56.067	67.359

Fonte: SisEmbrio/Anvisa-2015, dados obtidos em 18/02/2016. Disponível em: <<http://portal.anvisa.gov.br/wps/wcm/connect/2f1f804c36039f9fd4ff1cd37d2b72/9%C2%BA+Relat%C3%B3rio+SisEmbrio.pdf?MOD=AJPERES>>. Acesso em: 10 mai. 2016.

O SisEmbrio, Sistema Nacional de Produção de Embriões, foi criado em 2008, pela Resolução nº 29 da Diretoria Colegiada da Anvisa e atualizado pela Resolução da Diretoria Colegiada – RDC – nº 23/2011, com o objetivo de conhecer o número de embriões produzidos pelas clínicas de RHA, saber o quantitativo que foi utilizado, congelado e doado para pesquisa com células tronco embrionárias e publicizar todas estas informações. Apesar de ser uma excelente fonte, estima-se que estes dados ainda estejam aquém da realidade, pois depende das informações prestadas pelas clínicas e nem todas as clínicas existentes estão cadastradas na pesquisa. De qualquer modo, tem-se clara percepção da evolução dos números de procedimentos no cenário nacional.

Da análise dos dados acima, verifica-se como tem crescido o número de procedimentos em RHA. O número de bancos de células e tecidos germinativos (BCTGs) passou de 91 em 2012, para 93 em 2013, para 106 em 2014 e para 141 em 2015. O número de ciclos de fertilização passou de 21.074 em 2012 para 35.615 em 2015. O número de óocitos produzidos também aumentou sensivelmente. Consequentemente, o acréscimo foi transferido para o quantitativo de embriões. Como já foi explicado no capítulo 2, o procedimento das clínicas é produzir o maior número de gametas femininos que puder, sendo então produzidos tantos embriões quanto possíveis.

Dos embriões produzidos, nem todos são transferidos para o útero feminino. Isto porque não há limites para que sejam criados, mas há na Res nº 2121/2015 do CFM o intervalo de 02 (dois) a 04 (quatro) zigotos, a depender da idade da genetriz, que deve ser respeitado pelos médicos e hospitais. Os embriões inviáveis são descartados e aqueles que forem viáveis, mas supranumerários, devem ser criopreservados pelo tempo mínimo determinado pela norma – 03 anos pelo art. 5º da lei de biossegurança ou 05 anos pela resolução supracitada. Note-se que, somando os quatro períodos, tem-se 185.414 (cento e oitenta e cinco mil e quatrocentos e catorze) embriões excedentários que foram congelados no Brasil.

É preciso questionar acerca da real necessidade de criar todo este contingente de embriões supranumerários. O ideal seria, como ocorre na Alemanha, França e Itália, restringir, em regra, numericamente o número de ovócitos a serem fertilizados por ciclo e só excepcionalmente e por motivos clínicos produzir embriões supranumerários, ou mesmo como em Portugal, cuja normativa não indica números, mas recomenda que os médicos usem de razoabilidade no manejo de técnicas reprodutivas. É forçoso pensar que, mais do que a ausência de limites taxativos, a excessiva produção, quase em escala mercantil, estaria relacionada aos custos e lucros relacionados com tratamentos e criopreservação. Todavia, fica claro que enquanto não existir norma que imponha limites, a produção de embriões excedentários continuará sendo regra e não exceção, restando o problema das dúvidas e incertezas sobre o estatuto jurídico desses embriões.

Atualmente, o que há de concreto em termos normativos no Brasil é a Lei Nacional de Biossegurança, Lei nº 11.105/2005, que é uma lei que dispõe sobre pesquisa com organismos vivos e não dos tratamentos de reprodução humana, e a Res. nº 2121/2015 do Conselho Federal de Medicina, ainda que esta última seja uma norma administrativa com recomendações éticas aos profissionais da medicina, serve como orientação diante da ausência de lei específica.

Sobre a terminologia empregada, a Lei n.º 11.105/2005 menciona embriões congelados e embriões inviáveis, enquanto a Resolução n.º 33/2006 da Diretoria Colegiada da Anvisa, utilizar o termo “pré-embrião”, tal como proposto pelo Relatório Warnock (1984, p. 18): “produto da fusão de células germinativas até 14 dias após a fertilização, *in vivo* ou *in vitro*, quando do início da formação da estrutura que dará origem ao sistema nervoso”. Esta dupla terminologia, de certa forma, pode representar uma diversidade conceitual.

Os mandamentos das normas supracitadas não são suficientes para que se possa extrair deles uma definição acerca do estatuto jurídico do *embrião in vitro*, bem como dos gametas masculino e feminino, mas impõem limites éticos às finalidades de utilização e à pesquisa com células tronco embrionárias. Ambas levam ao entendimento de que os ovócitos femininos só devem ser fertilizados para fins de procriação. Lei 11.105/2005 traz regra sobre a utilização de embriões humanos em pesquisa com células tronco, dispondo que só será possível após 03 (três) anos de criopreservação ou se declarado inviável para reprodução, ao mesmo tempo, proíbe tanto a clonagem terapêutica quanto a reprodutiva.

A Resolução do Conselho Federal de medicina, do mesmo modo, dispõe que o embrião deve ser criado para fins de reprodução humana, mas que o excedente pode ser doado para outras pessoas inférteis, destinados à pesquisa ou ao descarte, estas duas últimas possibilidades devendo ser precedidas de um período de criopreservação de 05 (cinco) anos ou declaração de inviabilidade. Em todos os casos demanda-se a autorização dos genitores.

No tocante às tentativas de edição de lei específica, até o momento, os seguintes projetos de lei tratando de matérias de RHA foram propostos no Brasil: PL 3638/93 (situação: arquivado); PL 2855/1997 (Situação: apensado ao PL 1184/2003); PL 90/99 (Aprovada por Comissão em decisão terminativa, com destino à Câmara dos Deputados, desde 28/12/2007 encontra-se aguardando decisão da câmara); PL 4665/2001 (Situação: Apensado ao PL 2855/1997); PL 6296/2002 (Situação: Apensado ao PL 1184/2003); PL 120/2003 (Situação: Apensado ao PL 1184/2003); PL 1135/2003 (Situação: Apensado ao PL 2855/1997); PL 2855/1997 (Situação: Apensado ao PL 1184/2003); PL 1184/2003 (Situação: Aguardando Parecer do Relator na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania); PL 2061/2003 (Situação: Apensado ao PL 1184/2003); PL 4555/2004 (Situação: Apensado ao PL 3055/2004); PL 4686/2004 (Situação: Apensado ao PL 120/2003); PL 3055/2004 (Situação: Aguardando Designação de Relator na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania); PL 4889/2005 (Situação: Apensado ao PL 1184/2003); PL 5624/2005 (Situação: Apensado ao PL 1184/2003); PL 6150/2005 (Situação: Arquivada); PL 7701/2010 (Situação: Apensado ao PL 1184/2003); PL 4892/2012 (Situação: Apensado ao PL 1184/2003); PL 115/2015 (Situação: apensado ao PL 4892/2012)

Como muitos dos projetos citados se encontram apensados a outros, optar-se-á por analisar os processos principais e individuais. O PL 3055/2004, apesar de versar sobre matérias correlatas, envolvendo o uso de material biológico humano e células tronco, se propõe a criar o “Programa Nacional de Coleta, Armazenamento, Exame e Transplante de células originárias de sangue de cordão umbilical”, não interessando diretamente à presente pesquisa, motivo pelo qual sua análise será preterida.

Proposto em 1993, o PL 3638 foi o primeiro a versar sobre a utilização de técnicas reprodutivas no país. Dispunha que os tratamentos poderiam ser utilizados por

mulheres com indicação clínica para fazê-lo e, sobre a produção e criopreservação de gametas e embriões, estabelecia regras muito semelhantes ao que diz a atual resolução do CFM, no sentido de que o excedente deveria ser congelado e os destinos possíveis a doação, pesquisa ou descarte.

Também arquivado, o PL 6150/2005 pretendia instituir o estatuto do nascituro. O projeto, contudo, continha disposições que causaram polêmica e estranheza, provavelmente por não considerar que a vida humana embrionária, apesar de ser digna de tutela, deve tê-la conferida gradativamente, com as medidas de proteção sendo empoderadas conforme avançam as fases de evolução.

O projeto de lei supracitado concedia à vida humana embrionária valor igual à vida humana já nascida, além de conter algumas impropriedades terminológicas. Primeiramente, equiparava o embrião *in vitro* ao nascituro, reconhecia que a personalidade só se adquiria com o nascimento com vida, mas já os considerava titulares de direitos nele elencados¹⁰¹, inclusive com direito a reparação por danos morais e materiais¹⁰². Além do mais, proibia congelamento e pesquisa com embriões, o que inviabiliza opções tradicionalmente adotadas ao excedente, induzindo ao entendimento de que não seria mais possível a produção de embriões supranumerários como regra aplicada¹⁰³, e determinava que o aborto fosse inserido no rol dos crimes hediondos¹⁰⁴.

Pelo grau de severidade de algumas disposições, o projeto não foi bem recebido por setores da sociedade, o que acabou por levar ao seu arquivamento. Todavia, importante destacar o fato de se reconhecer o embrião como sujeito de direitos, apesar de não se concordar com a forma de tutela estabelecida. O PL em comento declarava o nascituro como titular de expectativa de direitos, e não de direito expectativo, o que se

¹⁰¹ **Das disposições preliminares**

Art. 1º - Esta lei dispõe sobre a proteção integral ao nascituro.

Art. 2º - Nascituro é o ser humano concebido, mas ainda não nascido.

Parágrafo único - O conceito de nascituro inclui os seres humanos concebidos “*in vitro*”, os produzidos através de clonagem ou por outro meio científico e eticamente aceito.

Art. 3º - O nascituro adquire personalidade jurídica ao nascer com vida, mas sua natureza humana é reconhecida desde a concepção, conferindo-lhe proteção jurídica através deste estatuto e da lei civil e penal.

Parágrafo único - O nascituro goza da expectativa do direito à vida, à integridade física, à honra, à imagem e de todos os demais direitos da personalidade

¹⁰² Art. 21 - Os danos materiais ou morais sofridos pelo nascituro ensejam reparação civil.

¹⁰³ Art. 25 - Congelar, manipular ou utilizar nascituro como material de experimentação.:

Pena - Detenção de 1 (um) a 3 (três) anos e multa.

¹⁰⁴ Art. 31 - O art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990 (Lei dos Crimes Hediondos), passa a vigorar com o acréscimo do seguinte inciso VIII:

“Art. 1º

VIII - aborto (arts. 124 a 127) (NR)”.

entende ter maior compatibilidade com a situação jurídica que se coloca. O que vai ser destinado ao embrião é um direito já existente, não futuro. Ademais, conforme se conclui com a leitura conjunta de dispositivos e justificativa¹⁰⁵, o PL elenca prerrogativas claramente incompatíveis com a vida humana embrionária. Não há lógica em se conceder ao embrião *in vitro*, ainda na fase embrionária, todos os direitos que a criança teria ao nascer, há de se considerar o que de fato é compatível com as respectivas fases de desenvolvimento, e quais as garantias e limites que serão impostos, mormente quando se reconhece que o zigoto congelado pode nunca vir a nascer. É preciso garantir a segurança das relações jurídicas.

O PL 90/99 define os tratamentos de reprodução assistida como a inserção de gametas ou embriões humanos no aparelho reprodutor feminino. Define embriões como o produto da junção de gametas, considerando usuários mulheres ou casais inférteis ou estéreis que precisem de tratamento para contornar as causas de infertilidade ou esterilidade, permitindo, inclusive, o recurso à gestação de substituição¹⁰⁶. Todavia, ainda que não haja proibição explícita no texto, da análise do projeto de lei se percebe que casais homoafetivos estariam excluídos do rol de usuários, posto que não são necessariamente acometidos por patologias que os incapacite à procriação natural, de modo a justificar, nos termos da lei, o uso de técnicas reprodutivas. O tratamento deve ser precedido de consentimento informado, onde serão expostos riscos e condições inerentes, bem como pré-definidas algumas circunstâncias, como destino e doação de gametas e embriões.

¹⁰⁵ “O presente projeto de lei, chamado “Estatuto do Nascituro”, elenca todos os direitos a ele inerentes, na qualidade de criança por nascer. Na verdade, refere-se o projeto a expectativa de direitos, os quais, como se sabe, gozam de proteção jurídica, podendo ser assegurados por todos os meios moral e legalmente aceitos.”

¹⁰⁶ **SEÇÃO I**

DOS PRINCÍPIOS GERAIS

Artigo 1º Constituem técnicas de Reprodução Assistida (RA) aquelas que importam na implantação artificial de gametas ou embriões humanos no aparelho reprodutor de mulheres receptoras com a finalidade de facilitar a procriação. § 1º Para os efeitos desta Lei, atribui-se a denominação de:

[...]

IV - gestação ou maternidade de substituição ao caso em que uma doadora temporária de útero tenha autorizado sua inseminação artificial ou a introdução, em seu aparelho reprodutor, de embriões fertilizados *in vitro*, com o objetivo de gerar uma criança para os usuários.

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

[...]

Sobre a situação de gametas e embriões¹⁰⁷, não prevê controle em relação ao número de embriões a serem criados por ciclo reprodutivo, mas apenas o número máximo de 04 (quatro) exemplares a serem implantados no útero por tentativa. Não determina tempo mínimo de criopreservação, ao contrário, faz referência ao estabelecimento de tempo máximo, assim como torna obrigatório o descarte nos casos estabelecidos, como quando já decorridos 02 (dois) anos da doação sem utilização, quando solicitado pelos doadores, determinado pelos genitores no consentimento informado, falecimento de doadores ou de genitores. Chama atenção também o fato do projeto deixar claro no § 2º do art. 9º que ao embrião *in vitro* não serão aplicados os direitos do nascituro.

O projeto permite doação de gametas e embriões, determinando que o procedimento seja sigiloso, especialmente no tocante ao conhecimento da identidade de doadores, usuários e criança, mas garante a esta o direito de conhecer sua origem genética, inclusive com revelação da pessoa dos genitores – note-se que o direito a ancestralidade não implica, por si só, nos direitos e deveres correspondentes à relação paternidade/maternidade-filiação. Permite ainda, em caso de necessidades clínicas, o

¹⁰⁷ **SEÇÃO V**

DOS GAMETAS E EMBRIÕES

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

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

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

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

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

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

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

I - doados há mais de dois anos;

II - sempre que for solicitado pelos doadores;

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

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

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

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

(Grifos nossos)

profissional da saúde ter acesso às informações do doador e, caso necessário, entrevistá-lo, devendo tudo acontecer dentro do sigilo exigido para os procedimentos médicos¹⁰⁸.

No mais, o projeto prevê a utilização de embriões humanos em pesquisa, porém dentro de todos os procedimentos éticos aqui já dispostos. Ao que se pode observar, gametas e embriões humanos são claramente instrumentalizados na proposta em análise. A condição jurídica do zigoto está longe de ser considerado sujeito de direitos, questiona-se, inclusive, se o conceito de bem jurídico seria aqui aplicado.

O PL 1184/2003, a exemplo do projeto supracitado, começa por definir as técnicas de reprodução assistida basicamente nos mesmos termos, restringindo os usuários a mulheres e casais com indicação clínica para o tratamento, seja em virtude de esterilidade, infertilidade ou por transmissão de doenças relacionadas ao sexo, mas proíbe a gestação de substituição¹⁰⁹. Com esta redação, que segue o entendimento de

¹⁰⁸ **SEÇÃO IV**
DAS DOAÇÕES

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

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

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

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

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

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

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

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

(Grifos nossos)

¹⁰⁹ **CAPÍTULO I**

DOS PRINCÍPIOS GERAIS

Art. 1º Esta Lei regulamenta o uso das técnicas de Reprodução Assistida (RA) para a implantação artificial de gametas ou embriões humanos, fertilizados in vitro, no organismo de mulheres receptoras.

[...]

Art. 2º A utilização das técnicas de Reprodução Assistida será permitida, na forma autorizada nesta Lei e em seus regulamentos, nos casos em que se verifique infertilidade e para a prevenção de doenças genéticas ligadas ao sexo, e desde que:

[...]

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

Art. 3º É proibida a gestação de substituição.

que a RHA é tratamento e não alternativa à filiação, a proposta também exclui os casais homoafetivos do rol de usuários. Todavia, entende-se que este tratamento fere o princípio constitucional que garante o direito à igualdade e não-discriminação, bem como o mandamento de família plural recepcionado pela Constituição Federal de 1988.

No tocante aos gametas e embriões¹¹⁰, o projeto inova ao restringir não apenas o número de embriões a serem transferidos por ciclo reprodutivo, mas também o número de embriões produzidos, ao máximo de 02 (dois) exemplares, devendo os gametas ser criopreservados para a eventualidade novas tentativas serem necessárias. Concorde-se com o controle estabelecido com os fins de evitar a produção desenfreada de embriões excedentários, mas eventuais limites devem ser flexibilizados de acordo com a indicação clínica dos usuários, devendo constar autorização na norma regulamentadora. Como não permite a criação de embriões excedentários, não dispõe sobre o tempo de criopreservação mínimo ou descarte, restringindo-se a falar sobre criopreservação e descarte dos gametas apenas.

A pesquisa e experimentação com embriões só é permitida naqueles indivíduos abortados espontaneamente após transferidos, mediante autorização dos usuários. Mesmo em relação aos embriões criopreservados até a publicação e entrada em vigor da lei, em caso de aprovação, podendo-se, pelos quadros já expostos, estimar que existam mais de 185.000 (cento e vinte mil) exemplares, não é permitida a investigação,

¹¹⁰ CAPÍTULO V

DOS GAMETAS E EMBRIÕES

Art. 13. Na execução da técnica de Reprodução Assistida, poderão ser produzidos e transferidos até 2 (dois) embriões, respeitada a vontade da mulher receptora, a cada ciclo reprodutivo.

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

§ 2º Os embriões originados in vitro, anteriormente à sua implantação no organismo da receptora, não são dotados de personalidade civil.

§ 3º Os beneficiários são juridicamente responsáveis pela tutela do embrião e seu ulterior desenvolvimento no organismo receptor.

§ 4º São facultadas a pesquisa e experimentação com embriões transferidos e espontaneamente abortados, desde que haja autorização expressa dos beneficiários.

§ 5º O tempo máximo de desenvolvimento de embriões in vitro será definido em regulamento.

Art. 14. Os serviços de saúde são autorizados a preservar gametas humanos, doados ou depositados apenas para armazenamento, pelos métodos e prazos definidos em regulamento.

[...]

§ 2º É obrigatório o descarte de gametas:

I – quando solicitado pelo depositante;

II – quando houver previsão no documento de consentimento livre e esclarecido;

III – nos casos de falecimento do depositante, salvo se houver manifestação de sua vontade, expressa em documento de consentimento livre e esclarecido ou em testamento, permitindo a utilização póstuma de seus gametas.

(Grifos nossos)

devendo eles ser destinados à doação ou descartados¹¹¹. A proposta exprime clara preferência à doação, inclusive com a indicação de autorização tácita dos genitores, decorrido o prazo de sessenta dias sem manifestação a respeito, e previsão de campanha de incentivo à doação.

Em que pese se considerar o incentivo à doação expressão de respeito à vida humana, restringir a pesquisa científica, desde que esta ocorra dentro dos padrões éticos já estabelecidos pela Lei Nacional de Biossegurança, deve ser considerado um retrocesso. Há que se ter em mente que a destinação de embriões excedentários à investigação científica não constitui desrespeito à vida humana. É, antes de tudo, valorização da vida. Diz-se valorização por dois motivos: em primeiro lugar, diante da destruição iminente, maior dignidade teria o elemento supranumerário se servisse de instrumento para cura de moléstias graves; em segundo lugar, as pesquisas se destinam a curar e salvar vidas de pessoas humanas cuja existência está fadada ao sofrimento, a utilização do excedente trará esperança a inúmeras famílias que convivem com a dor de lidar com doenças incuráveis.

É permitida a doação de gametas¹¹², mas restringe a utilização por apenas uma pessoa. Uma vez que se obtenha êxito na gestação, o excedente deverá ser descartado, de modo que o doador beneficie apenas um receptor. Acredita-se que esta medida é pertinente, visando evitar futuras relações incestuosas e implicações correlatas. A

¹¹¹ Art. 22.Os embriões conservados até a data de entrada em vigor desta Lei poderão ser doados exclusivamente para fins reprodutivos, com o consentimento prévio dos primeiros beneficiários, respeitados os dispositivos do Capítulo IV.

Parágrafo único. Presume-se autorizada a doação se, no prazo de 60 (sessenta) dias, os primeiros beneficiários não se manifestarem em contrário.

Art. 23.O Poder Público promoverá campanhas de incentivo à utilização, por pessoas inférteis ou não, dos embriões preservados e armazenados até a data de publicação desta Lei, preferencialmente ao seu descarte.

¹¹² Art. 7ºSerá permitida a doação de gametas,sob a responsabilidade dos serviços de saúde que praticam a Reprodução Assistida, vedadas a remuneração e a cobrança por esse material, a qualquer título.

[...]

§ 4º Os gametas doados e não-utilizados serão mantidos congelados até que se dê o êxito da gestação, após o quê proceder-se-á ao descarte dosmesmos, de forma a garantir que o doador beneficiará apenas uma única receptora.

Art. 8ºOs serviços de saúde que praticam a Reprodução Assistida estarão obrigados a zelar pelo sigilo da doação, impedindo que doadores e beneficiários venham a conhecer reciprocamente suas identidades, e pelo sigilo absoluto das informações sobre a pessoa nascida por processo de Reprodução Assistida.

Art. 9ºO sigilo estabelecido no art. 8º poderá ser quebrado nos casos autorizados nesta Lei, obrigando-se o serviço de saúde responsável pelo emprego da Reprodução Assistida a fornecer as informações solicitadas, mantido o segredo profissional e, quando possível, o anonimato.

§ 1º A pessoa nascida por processo de Reprodução Assistida terá acesso, a qualquer tempo, diretamente ou por meio de representante legal, e desde que manifeste sua vontade, livre, consciente e esclarecida, a todas as informações sobre o processo que o gerou, inclusive à identidade civil do doador, obrigando-se o serviço de saúde responsável a fornecer as informações solicitadas, mantidos os segredosprofissional e de justiça.

Resolução do CFM determina que, uma vez iniciada a gestação, não deverão ser utilizados gametas do mesmo doador em um raio de um milhão de habitantes, mas a prática é de eficácia duvidosa para os fins que se propõe. Pretende-se evitar relações incestuosas no futuro, porém, uma vez que os nascidos a partir de material biológico doado não conhecem a origem genética, pode ser difícil, mas não impossível, que irmãos ou outros parentes biológicos ultrapassem a barreira de contingente populacional estabelecida e acabem se relacionando, alheios à existência de laços de sangue entre eles.

No que diz respeito à condição jurídica do embrião ainda não implantado, o projeto dispõe que ele não tem personalidade, com o que se concorda, mas não exclui a possibilidade de ser titular de direitos conferidos ao nascituro, como faz o PL 90/99, deixando aberta a probabilidade de que seja sujeito de direitos. No mais, o tratamento dispensado pelo PL 1184/2003 aos gametas e embriões, é compatível com o conceito de bem jurídico já tratado.

O projeto de lei mais recente, o de número 115/2015, é o que mais se aproxima dos parâmetros defendidos neste estudo. O referido PL define técnicas de RHA como meios de facilitação da reprodução humana e elenca os tipos principais no artigo 3º¹¹³. Da mesma maneira que nas demais propostas legislativas, só podem ser criados embriões para fins de procriação, é proibida a manipulação genética, salvo para tratamento e prevenção de doenças, do mesmo modo, é defeso a criação de seres híbridos. Importante observar que se inova ao trazer um capítulo sobre proteção principiológica, determinando, no art. 7º que:

Art. 7º A aplicação e utilização das técnicas médicas de reprodução humana obedecerão aos seguintes princípios:

- I – Respeito à vida humana;
- II - Serenidade Familiar;
- III – Igualdade;
- IV – Dignidade da pessoa humana;
- V - Superior interesse do menor;
- VI – Paternidade responsável;
- VII – Liberdade de planejamento familiar;
- VIII – Proteção integral da família;
- IX – Autonomia da vontade;
- X – Boa-fé objetiva;
- XI – Transparência;
- XII – Subsidiariedade.

¹¹³ Art. 3º As técnicas de Reprodução Humana Assistida que apresentam a acreditação científica relacionada no artigo anterior são:

- I – Inseminação Artificial;
- II – Fertilização in vitro;
- III – Injeção Intracitoplasmática de Espermatozoide;
- IV – Transferência de embriões, gametas ou zigotos;

Ao mesmo tempo, recomenda que a utilização de técnicas reprodutivas só ocorra se houver possibilidade de êxito conforme o caso clínico, evitando dor e sofrimento desnecessário, ou seja, que haja responsabilidade, mediante os princípios bioéticos da beneficência e da não maleficência. Permite-se a doação de matéria biológica humana e a gestação de substituição, desde que gratuita e mediante homologação judicial dos termos de sessão temporária de útero. Ao mesmo tempo, declara que só será possível fecundar ovócitos femininos na quantidade que será utilizada por ciclo reprodutivo, passando a criação de material excedente a ser exceção.

Os destinos possíveis do excedente serão, nos termos do artigo 32, a implantação pelos beneficiários, **adoção** por terceiros ou destinação a pesquisa. Chama-se atenção para o fato de que a utilização do termo destacado ao invés de doação revela cuidado do legislador em não considerar o embrião pré implantatário como coisa, posto que apenas estas podem ser doadas. Não se permite o descarte de ovócitos fecundados, o que está implícito no dispositivo supracitado e expresso no mandamento seguinte. A exemplo do que ocorre em Portugal, no momento da criopreservação, os genitores devem expressar o destino que desejam para as entidades biológicas congeladas.

Outra inovação que merece destaque diz respeito ao capítulo VI, que dispõe sobre direitos patrimoniais daqueles nascidos por meio de PMA e versa sobre a possibilidade de o embrião excedentário receber em sucessão, a exemplo do que ocorre com a prole eventual¹¹⁴. A leitura integral da proposta legislativa, demonstra que esta dedica um tratamento adequado à utilização de tecnologias da reprodução e também à matéria biológica humana envolvida, a declaração de princípios contida no artigo 7º, privilegiando o planejamento familiar e dignidade, entre outros, vem para coroar este entendimento.

5.4 A AÇÃO DECLARATÓRIA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 3510/2005 E O ESTATUTO JURÍDICO DO EMBRIÃO EXCEDENTÁRIO

A pretensão inicial para o presente tópico era a de analisar a jurisprudência sobre gametas e embriões nos Tribunais Superiores. Todavia, a única ação encontrada que guarda relação com a matéria foi a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº

¹¹⁴ Art. 59. Tratando-se de fecundação post mortem, garantir-se-á o direito sucessório do descendente, caso a gravidez ocorra em até 3 anos da abertura da sucessão do genitor que autorizou expressamente a utilização de seu gameta ou embrião criopreservado.

3510/05, a qual se passa a analisar. Com a entrada em vigor da já citada Lei Nacional de Biossegurança, que regulamenta os incisos II, IV e V do artigo 225, § 1º da Constituição Federal¹¹⁵, cujo mandamento reza que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é direito de todos, devendo o poder público garantir sua efetividade por meio de medidas de tutela ao patrimônio genético, entre outras. Além disto, a Lei nº 11.105/2005 também tem por objetivo instituir normas aplicáveis às atividades que utilizam organismos geneticamente modificados¹¹⁶ – OGMs, cria e estrutura órgãos de fiscalização e controle, nomeadamente o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS e a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB.

Como se pode ver, a Lei nº 11.105/05 não trata do estatuto jurídico do embrião *in vitro*, é uma norma destinada a reger atos de investigação com organismos geneticamente modificados, mas que dispôs, no artigo 5º, sobre a realização de pesquisas com células tronco embrionárias. Células tronco embrionárias são aquelas

¹¹⁵“ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao poder público:

I – preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

II – preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

III– definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

IV– exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade

V– controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

[...]”

(Grifos nossos)

¹¹⁶ “Art. 1º Esta Lei estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização sobre a construção, o cultivo, a produção, a manipulação, o transporte, a transferência, a importação, a exportação, o armazenamento, a pesquisa, a comercialização, o consumo, a liberação no meio ambiente e o descarte de organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, tendo como diretrizes o estímulo ao avanço científico na área de biossegurança e biotecnologia, a proteção à vida e à saúde humana, animal e vegetal, e a observância do princípio da precaução para a proteção do meio ambiente.

§ 1º Para os fins desta Lei, considera-se atividade de pesquisa a realizada em laboratório, regime de contenção ou campo, como parte do processo de obtenção de OGM e seus derivados ou de avaliação da biossegurança de OGM e seus derivados, o que engloba, no âmbito experimental, a construção, o cultivo, a manipulação, o transporte, a transferência, a importação, a exportação, o armazenamento, a liberação no meio ambiente e o descarte de OGM e seus derivados.

§ 2º Para os fins desta Lei, considera-se atividade de uso comercial de OGM e seus derivados a que não se enquadra como atividade de pesquisa, e que trata do cultivo, da produção, da manipulação, do transporte, da transferência, da comercialização, da importação, da exportação, do armazenamento, do consumo, da liberação e do descarte de OGM e seus derivados para fins comerciais.”

retiradas de embriões produzidos em laboratório, desenvolvidos até o 14º dia e que se encontram em estado de crioconservação. Em linhas gerais, a lei possibilita a pesquisa mediante alguns requisitos: que sejam os embriões inviáveis ou estejam congelados há mais de 03 (três) anos; autorização dos genitores; autorização e observância de padrões éticos quanto aos procedimentos de investigação pretendidos.

Diante da ausência de normas específicas em matéria de reprodução humana assistida e de um conceito mais preciso acerca do estatuto jurídico do embrião excedentário, o artigo 5º da lei de biossegurança suscitou uma série de questionamentos do ponto de vista ético e jurídico e teve sua constitucionalidade contestada na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510/2005, proposta pelo Procurador Geral da República. Alegou o autor da ação que o embrião é vida humana desde a concepção, independentemente de ser esta corpórea ou extracorpórea, e que a destruição de embriões para fins de pesquisa fere a inviolabilidade do direito à vida e o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, acrescentou, ainda, que a destruição de zigotos para pesquisa se equipara ao aborto.

Como o tema envolve matérias de outras naturezas que não exclusivamente jurídicas, o julgamento foi precedido de audiência pública e o processo contou com entidades interessadas na condição de *amici curiae*: Conectas Direitos Humanos; Centro de Direitos Humanos-CDH; Movimento em Prol da Vida – Movitae; Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero – Anis, e a Confederação Nacional dos Bispos do Brasil-CNBB. Da audiência pública, pode-se extrair duas correntes, assim sintetizadas no voto do Ministro Ayres Brito (relator):

I- uma, deixando de reconhecer às células-tronco embrionárias virtualidades, ao menos para fins de terapia humana, superiores às das células-tronco adultas. Mesma corrente que atribui ao embrião uma progressiva função de auto-constitutividade que o torna protagonista central do seu processo de hominização, se comparado com o útero feminino (cujo papel é de coadjuvante, na condição de habitat, ninho ou ambiente daquele, além de fonte supridora de alimento). [...] Numa síntese, a ideia do zigoto ou óvulo feminino já fecundado com o simples embrião de uma pessoa humana é reducionista, porque o certo mesmo é vê-lo como um ser humano embrionário. Uma pessoa no seu estágio de embrião, portanto, e não um embrião a caminho de ser pessoa.

I- a outra corrente de opinião é a que investe, entusiasticamente, nos experimentos científicos com células-tronco extraídas ou retiradas de embriões humanos. Células tidas como de maior plasticidade ou superior versatilidade para se transformar em todos ou quase todos os tecidos humanos [...] Bloco de pensamento que não padece de dores morais ou de incômodos de consciência, porque, para ele, o embrião in vitro é uma realidade do mundo do ser, algo vivo, sim, que se põe como o lógico início da vida humana, mas nem em tudo e por tudo igual ao embrião que irrompe e evolui nas entranhas de uma mulher. Sendo que mesmo a evolução desse último tipo de embrião ou zigoto para o estado de feto somente alcança a

dimensão das incipientes características físicas e neurais da pessoa humana com a meticulosa colaboração do útero e do tempo.

O Ministro Relator colacionou ainda a opinião de duas *experts* na área da embriologia, proferidas na audiência pública que precedeu ao julgamento, e que refletem bem esta dicotomia de posicionamentos. Primeiramente, Mayana Zatz, professora de genética da Universidade de São Paulo, declarou que realizar pesquisas com embriões *in vitro* não constitui aborto, posto que seria necessário haver uma gestação em curso. Continuou a geneticista afirmando que no caso do embrião excedentário, é preciso a atuação humana em todos os momentos, desde a fertilização até sua inserção no útero da mulher, caso ainda participem de um projeto de filiação, sem a qual nunca seguirão o curso natural da vida. Por outro lado, na visão de Lenise Garcia, professora do Departamento de Biologia Celular da Universidade de Brasília, a vida humana começa na fecundação, onde já estão postas todas as características genéticas do indivíduo, tornando-o um ser humano irrepetível.

As divergências que se acabou de demonstrar refletem bem o quão difícil é determinar as linhas mestras a serem seguidas, mormente quando a própria ciência diverge em relação a temas que compuseram a base do julgamento, como o momento exato em que se verifica o marco inicial da vida humana. Mas, independentemente das divergências ora apresentadas, consta do voto do Ministro relator que foi uníssono o reconhecimento da dignidade da vida em quaisquer dos seus estágios.

Na análise do mérito da ADI 3510/05, após a audiência pública, ouvidas as opiniões dos especialistas no assunto, decidiu-se pela improcedência total da ação e, consequentemente, pela constitucionalidade do artigo impugnado. O acórdão lavrado ao final do ato de julgamento firmou o posicionamento do STF sobre temas centrais para a presente tese, cujos aspectos principais se passará a verificar. Primeiramente, convém salientar que ficou claro que o Estado brasileiro é laico e que as decisões tomadas na ocasião deveriam ser norteadas pela neutralidade da ciência e imparcialidade do direito¹¹⁷.

Em que pese a matéria envolver dogmas religiosos, como o início da vida humana, este não deve ser, de fato, a orientação a ser seguida pelo Tribunal. A

¹¹⁷ “Aqui, a Constituição é a minha bíblia, o Brasil, minha única religião. Juiz, no foro, cultua o Direito. Como diria Pontes de Miranda, assim é porque o Direito assim quer e determina. O Estado é laico, a sociedade é plural, a ciência é neutra e o direito imparcial. Por isso, como todo juiz, tenho de me ater ao que é o núcleo da indagação constitucional posta neste caso: a liberdade, que se há de ter por válida, ou não, e que foi garantida pela lei questionada, de pesquisa e terapia com célulastronco embrionárias, nos termos do art. 5º, da Lei 11.050/2005.” (Ministra Carmem Lúcia)

Constituição Brasileira de 1988, roga pela proteção de Deus em seu preâmbulo, prima pelos princípios de igualdade e liberdade de crença e religião, mas não faz qualquer referência à doutrina ou religião oficial. Pode, cada indivíduo, agir individualmente conforme crenças pessoais, mas não devem os órgãos públicos decidir conforme dogmas religiosos, posto que esta não é a orientação extraída do texto constitucional.

Superada esta questão, os primeiros tópicos enfrentados no julgamento foram o conceito de células tronco embrionárias e a legitimidade da pesquisa autorizada pelo artigo 5º da lei de biossegurança¹¹⁸. Sobre o conceito, ficou consignado que células tronco embrionárias são aquelas extraídas do embrião criado a partir da fertilização artificial ou *in vitro*, até o 14º dia após a fertilização ou ainda na fase de blastocisto, que vai até o 5º dia. Note-se que, na ausência de lei específica, a norma técnica existente autoriza as clínicas a desenvolverem o embrião até o 14º dia antes do congelamento. Os que são contra a investigação com embriões humanos, corrente capitaneada nesta análise pelo Procurador Geral da República, que deu início à ação, argumentam que se deve preferir a pesquisa com células tronco adultas, que são aquelas retiradas de tecidos humanos, prescindindo da destruição de um embrião. Todavia, conforme afirmaram os Ministros do STF, não cabe ao direito avaliar a validade desta ou daquela pesquisa, tais parâmetros só podem ser definidos pela ciência.

Ao mesmo tempo, ao apreciar a legitimidade da lei ao autorizar a pesquisa com células tronco embrionárias para fins terapêuticos, o Supremo Tribunal Federal – STF – primou pelos princípios da fraternidade e da solidariedade. Segundo o Tribunal, antes de uma afronta aos embriões congelados, a lei é legítima ao expressar compaixão e sentimento fraterno aos que padecem de doenças degenerativas, diabetes e tantos outros males, que podem ter o sofrimento amenizado com o desenvolvimento das pesquisas. Trata-se de um ato de solidariedade. Ao clamar pelos princípios da fraternidade e da solidariedade, não se espera por virtude, mas pela observância do dever jurídico expresso na norma constitucional.

A CF/1988, traz em seu preâmbulo o valor da fraternidade. Ao mesmo tempo, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária é princípio constante no artigo 3º, I da Carta Magna. Neste sentido, a realização de pesquisas com fins terapêuticos, a busca

¹¹⁸II - LEGITIMIDADE DAS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS PARA FINS TERAPÊUTICOS E O CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. [...] **A escolha feita pela Lei de Biossegurança não significou um desprezo ou despreço pelo embrião "in vitro", porém uma mais firme disposição para encurtar caminhos que possam levar à superação do infortúnio alheio.** [...] (Grifos nossos)

da cura de tantos males físicos se revela como ato mais condizente com o dever de fraternidade e solidariedade do que só sentimento egoísta de destinar os embriões *in vitro* ao congelamento eterno ou ao descarte. O fato é que fora de um projeto de filiação, os zigotos criopreservados poderão nunca vir a nascer.

Não há que se falar também em violação ao direito à vida¹¹⁹, também não se verifica aborto¹²⁰. Independente do marco inicial da vida, algo bastante difícil de ser determinado por um jurista quando a própria ciência diverge, deve-se verificar que o texto constitucional traz o princípio da dignidade da **pessoa** humana, e todos os direitos e prerrogativas elencados no texto da Constituição Federal se destinam à tutela da pessoa e voltados ao bem do ser humano já nascido. Frisa-se aqui o termo “pessoa” não por acaso. O direito brasileiro segue a teoria natalista, a personalidade só é adquirida após o nascimento com vida. Ora, este requisito falta ao embrião excedentário e, conforme já dito, pode nunca ser suprido, de modo que ficou consignado que este não é alcançado de maneira imediata pelo princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Do mesmo modo, o direito à vida seria direcionado também às pessoas já existentes, não podendo, em análise preliminar, ser verificado um direito de o embrião permanecer vivo em laboratório ou um direito a nascer.

Também não há que se falar em aborto, aborto é interrupção da gravidez e inexistente gestação em curso na criopreservação do zigoto. Por outro lado, apesar de não ser pessoa, é inegável que exista no embrião dignidade humana, que o faz merecedor de tutela na legislação infraconstitucional. Tutela da dignidade não significa inibir a pesquisa, mas a permitir conforme parâmetros compatíveis à sua condição. Ao argumento de que a destinação de embriões excedentários à pesquisa vai de encontro ao

¹¹⁹ “III - A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À VIDA E OS DIREITOS INFRACONSTITUCIONAIS DO EMBRIÃO PRÉ-IMPLANTO. [...] **A potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Donde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana. [...]. O Direito infraconstitucional protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano. Os momentos da vida humana anteriores ao nascimento devem ser objeto de proteção pelo direito comum. O embrião pré-implanto é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição.**”

(Grifos nossos)

¹²⁰ “IV - AS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO NÃO CARACTERIZAM ABORTO. MATÉRIA ESTRANHA À PRESENTE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. [...] **A Lei de Biossegurança não veicula autorização para extirpar do corpo feminino esse ou aquele embrião. Eliminar ou desentranhar esse ou aquele zigoto a caminho do endométrio, ou nele já fixado. Não se cuida de interromper gravidez humana, pois dela aqui não se pode cogitar. A "controvérsia constitucional em exame não guarda qualquer vinculação com o problema do aborto.**”

(Grifos nossos)

princípio da dignidade humana, pergunta-se que dignidade haveria em permanecer congelado por toda a eternidade.

Diz-se isto porque, uma vez que não estejam mais inseridos em um projeto de filiação, só restam a os zigotos excedentes o destino da doação, pesquisa ou descarte. Neste sentido, manifestou-se o Tribunal sobre o planejamento familiar¹²¹, bem como sobre o direito à saúde e a liberdade de pesquisa científica. Com efeito, reza o art. 226, § 7º da CF/88 que “o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício deste direito”, dentre estes recursos, encontram-se os tratamentos de concepção, entre eles o recurso à fertilização *in vitro*. Está inserida na liberdade de planejamento familiar a decisão a respeito de quantos dos embriões fertilizados a pessoa ou casal irá utilizar, sendo incompatível, portanto, eventual obrigatoriedade de se utilizar todos os embriões criados.¹²²¹²³

A utilização compulsória de todos os embriões gerados por parte dos genitores é incompatível com o texto constitucional. Todavia, a destinação do excedente à pesquisa

¹²¹ “V - OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AUTONOMIA DA VONTADE, AO PLANEJAMENTO FAMILIAR E À MATERNIDADE. [...]. O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana opera por modo binário, o que propicia a base constitucional para um casal de adultos recorrer a técnicas de reprodução assistida que incluam a fertilização artificial ou “in vitro”. [...] De outra banda, para contemplar os porvindouros componentes da unidade familiar, se por eles optar o casal, com planejadas condições de bem-estar e assistência físico-afetiva (art. 226 da CF). Mais exatamente, planejamento familiar que, “fruto da livre decisão do casal”, é “fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável” (§ 7º desse emblemático artigo constitucional de nº 226). **O recurso a processos de fertilização artificial não implica o dever da tentativa de nidação no corpo da mulher de todos os óvulos afinal fecundados. Não existe tal dever (inciso II do art. 5º da CF), porque incompatível com o próprio instituto do “planejamento familiar” na citada perspectiva da “paternidade responsável”.** [...] (Grifos nossos)

¹²² VI - DIREITO À SAÚDE COMO COROLÁRIO DO DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA DIGNA. O § 4º do art. 199 da Constituição, versante sobre pesquisas com substâncias humanas para fins terapêuticos, faz parte da seção normativa dedicada à “SAÚDE” (Seção II do Capítulo II do Título VIII). Direito à saúde, positivado como um dos primeiros dos direitos sociais de natureza fundamental (art. 6º da CF) e também como o primeiro dos direitos constitutivos da seguridade social (cabeça do artigo constitucional de nº 194). Saúde que é “direito de todos e dever do Estado” (caput do art. 196 da Constituição), garantida mediante ações e serviços de pronto qualificados como “de relevância pública” (parte inicial do art. 197). A Lei de Biossegurança como instrumento de encontro do direito à saúde com a própria Ciência. No caso, ciências médicas, biológicas e correlatas, diretamente postas pela Constituição a serviço desse bem inestimável do indivíduo que é a sua própria higidez físico-mental.

¹²³ VII - O DIREITO CONSTITUCIONAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO CIENTÍFICA E A LEI DE BIOSSEGURANÇA COMO DENSIFICAÇÃO DESSA LIBERDADE. [...]. A regra de que “O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas” (art. 218, caput) é de logo complementada com o preceito (§ 1º do mesmo art. 218) que autoriza a edição de normas como a constante do art. 5º da Lei de Biossegurança. A compatibilização da liberdade de expressão científica com os deveres estatais de propulsão das ciências que sirvam à melhoria das condições de vida para todos os indivíduos. [...] (Ministra Cármen Lúcia).

é expressão do direito à saúde e da liberdade de expressão científica, conforme os artigos 199, 5º, IX e 218 da Constituição Federal. Com efeito, diante da impossibilidade de seguir adiante com uma gestação, impedir a pesquisa com células tronco embrionárias iria de encontro ao mandamento de promover o desenvolvimento científico e tecnológico, sendo de todo contrário à liberdade consolidada no artigo 5º da Carta Maior. Ao mesmo tempo, a pesquisa terapêutica visa buscar a cura de doenças e amenizar o sofrimento de um número inimaginável de pessoas nas presentes e futuras gerações. Sendo a promoção da saúde mandamento igualmente consolidado na CF/88, inconstitucional seria proibir a pesquisa.

Ademais, convém salientar que o texto da lei foi extremamente cauteloso em garantir que a destinação de zigotos à pesquisa se realize conforme os parâmetros de ética e dignidade¹²⁴. Em síntese, a investigação com embriões supranumerários só poderá ser realizada naqueles que forem declarados inviáveis ou naqueles que, não mais inseridos em um projeto de filiação, estejam congelados há mais de 03 (três) anos. Inviável é o embrião que, do ponto de vista clínico, não serve mais para a reprodução. Os demais, estando à parte de um projeto familiar, também não teriam mais chance de dar início a uma gestação. A lei, portanto, busca garantir que só se realize investigação quando a utilização para reprodução não é mais alternativa viável. Além do mais, a exigência do consentimento dos genitores, aprovação e registros nos órgãos competentes para avaliar a eticidade e legitimidade da pesquisa é garantia da segurança desejada. Pelo exposto, não há ofensa ao texto constitucional, motivo pelo qual a ação foi julgada improcedente¹²⁵.

O texto do acórdão não enfrentou diretamente a questão da condição jurídica do embrião excedentário, mas é possível se retirar algumas ponderações a partir de sua redação. Em primeiro lugar, o STF afastou a possibilidade de se ter o embrião como

¹²⁴ “VIII - SUFICIÊNCIA DAS CAUTELAS E RESTRIÇÕES IMPOSTAS PELA LEI DE BIOSSEGURANÇA NA CONDUÇÃO DAS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS. A Lei de Biossegurança caracteriza-se como regulação legal a salvo da mácula do aqodamento, da insuficiência protetiva ou do vício da arbitrariedade em matéria tão religiosa, filosófica e eticamente sensível como a da biotecnologia na área da medicina e da genética humana. **Trata-se de um conjunto normativo que parte do pressuposto da intrínseca dignidade de toda forma de vida humana, ou que tenha potencialidade para tanto.** [...] (Grifos nossos)

¹²⁵ IX - IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO. Afasta-se o uso da técnica de "interpretação conforme" para a feitura de sentença de caráter aditivo que tencione conferir à Lei de Biossegurança exuberância regratória, ou restrições tendentes a inviabilizar as pesquisas com células-tronco embrionárias. Inexistência dos pressupostos para a aplicação da técnica da "interpretação conforme a Constituição", porquanto a norma impugnada não padece de polissemia ou de plurissignificatidade. Ação direta de inconstitucionalidade julgada totalmente improcedente.”

pessoa, firmou entendimento de que o direito brasileiro segue a teoria natalista e de que a personalidade só se adquire com o nascimento com vida, posicionamento que converge com o que foi dito no capítulo 4 do presente texto. Ao mesmo tempo, percebe-se que também se rejeita o entendimento de que o zigoto seria uma simples coisa. Quando se fala que o embrião seria um “bem a ser protegido”, este conceito mais se aproxima do conceito de bem jurídico, mas também não afastou a possibilidade de aquele ser sujeito de direitos, limitando-se a afirmar que o embrião é digno de tutela através da legislação infraconstitucional, conforme se verifica da leitura dos votos.

Com efeito, o voto do Ministro Carlos Britto, viu-se clara opção pela teoria natalista para aquisição da personalidade civil, conforme consignado no acórdão, quando afirma que pessoa física ou natural é toda aquela que nasceu com vida. Todavia, aduz que este atributo compreende a pessoa em uma dimensão biográfica, o que significa mais do que biológica, de matéria orgânica. Esta acepção referia pelo jurista diz respeito ao homem ou mulher com vida exterior e interagindo em sociedade, corresponde, pois, ao resgate do termo *personna* feito no capítulo 4, tendo o nascimento como a estreia no grande teatro da vida.

A tutela constitucional, segundo o voto do Relator, alcança o indivíduo pessoa, aquele dotado de personalidade, posto que o que se protege é a “dignidade da pessoa humana”. Todavia, afirma que o direito protege de maneira diferenciada, cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano, até chegar a sua plenitude, na condição de homem ou mulher. De modo que, desde os primeiros momentos da vida embrionária até os estágios finais de evolução, deve ser destinatário de tutela proporcional e progressiva, a ser estabelecida, contudo, pela norma infraconstitucional. Estabelecendo-se a devida distinção entre embrião, feto e pessoa, reconhece-se o valor da matéria biológica em vida pré-uterina, posto que é o único início possível para formação de um ser humano, mas, em virtude da fragilidade de sua condição, notadamente no tocante a continuidade do ciclo evolutivo, a proteção a ser-lhe destinada é ainda bastante incipiente.

Fazendo um paralelo com a lei de doação de órgãos, que estabelece a morte cerebral como início da vida humana, o Ministro justifica o entendimento de que o art. 5º da Lei Nacional de Biossegurança, pois o embrião *in vitro* ainda não apresenta cérebro, nem mesmo em formação, motivo pelo qual não se verificaria pessoa humana nem em potencial. Adotou, nesta passagem, a teoria genético-desenvolvimentista como permissivo para destinar a matéria biológica à investigação científica sem que isto configure violação ao direito à vida. Esta, com o qualificativo de pessoa humana, se

iniciaria com o nascimento, tendo como termo final a morte encefálica, e conclui este raciocínio dizendo que não se impõe desprezo ou desvalor quanto à vida do zigoto congelado, mas “disposição para encurtar caminhos que possam levar à superação do infortúnio alheio” (STF, 2008, p. 180).

A Ministra Ellen Gracie, por sua vez, recorre à teoria do pré-embrião, trazida pelo Relatório Warnock (1984, p. 18) e defendida por Cesarino (2007, p. 347), para concluir que só a partir do 14º dia de desenvolvimento é que se pode reconhecer unidade biológica e vida humana individualizada. Ademais, alega também o princípio utilitarista para justificar a utilização da matéria biológica em investigação científica, posto que aquele significa a busca do maior alcance com o mínimo de sacrifício. Segundo a jurista, a destinação do excedente a pesquisa é extremamente mais útil do que o descarte.

O Ministro Menezes Direito, em voto de vista, resgata o conceito de embriões inviáveis estabelecido no Decreto nº 5.591/2005, segundo o qual são aqueles que:

- (i) apresentam alterações genéticas comprovadas por diagnóstico pré-implantacional, conforme normas estabelecidas pelo Ministério da Saúde;
- (ii) sofreram ausência espontânea de clivagem após um período superior a vinte e quatro horas; ou
- (iii) apresentam alterações morfológicas que comprometem o seu pleno desenvolvimento.

Na conclusão do seu voto, o Ministro propõe que seja declarada inconstitucionalidade parcial sem redução do texto para que a utilização da matéria humana *in vitro* seja realizada sem a destruição do embrião, quando viável, ou, em caso de inviabilidade, que esta seja declarada segundo padrões estabelecidos pelo Ministério da Saúde.

A Ministra Carmem Lúcia, a seu turno, argumenta a ponderação de princípios, como o direito à vida e a dignidade, para que o sistema possa ser integralmente acatado. Já o Ministro Ricardo Lewandowski traz à tona o fenômeno da coisificação humana, com fulcro em Habermas, alertando para o perigo da identificação da subjetividade humana a mercadorias, em um processo de alienação, no qual o ser humano se afasta de sua própria natureza. Ao mesmo tempo, reflete sobre o início da vida humana, alertando que, segundo convenções internacionais, das quais o Brasil é signatário, este tem como marco inicial a concepção, sem referência ao modo como esta ocorre, bem como traz importante referência aos sujeitos envolvidos, afirmando, conforme voto do Ministro relator, a necessidade de se respeitar o planejamento familiar. Na parte dispositiva da

intervenção, sustenta, seguindo linha de raciocínio semelhante à do Ministro Menezes Direito, que a redação do art. 5º da lei de biossegurança possibilite a pesquisa apenas nos embriões inviáveis ou, fora deste conceito, que ocorra sem destruição do elemento biológico envolvido.

O Ministro Eros Grau, a seu turno, afirmou categoricamente que a destinação de embriões a pesquisa configura afronta ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana, o que não significaria, porém, inconstitucionalidade da norma atacada. É possível a compatibilização do art. 5º da lei nº 11.105/2005 com a CF/88, bastando para isto que haja previa autorização das ações de investigação pelo comitê de ética em pesquisa do Ministério da Saúde, além da adoção dos parâmetros de zelo propostos pelo Ministro Lewandowski.

O então Ministro Joaquim Barbosa, trouxe pertinente colocação de que não cabe ao Tribunal determinar o início da vida humana, mormente quando nem a ciência o diz com precisão, além disto, segundo já alegou em outras ocasiões, a tutela da existência do ser deve compreender proteção progressiva, adequada ao estágio evolutivo em que se encontre. Caberia ao STF, portanto, verificar se a exceção proposta pela lei de biossegurança é compatível com o texto constitucional, indagação que o jurista entendeu como positiva.

O Ministro Cezar Peluso traz raciocínio interessante: ao tempo em que reconhece que o atributo de humanidade já está presente no embrião, como única matéria-prima possível para fazer surgir e desenvolver a pessoa humana, a qual mantém vínculo de origem biológica e mesma natureza moral e ontológica, aduz que aquele ainda não possui vida atual, nem lhe deve ser conferido direito a nascer ou existir. Todavia, afirma que, ainda assim, é alcançado pela tutela constitucional ao princípio da dignidade da pessoa humana, o que justifica o tratamento de zelo e respeito com que deve ser conduzida a manipulação terapêutica. Por fim, o jurista reconheceu que a norma contida no artigo 5º da lei 11.105/05 supre os requisitos necessários e deve ter a constitucionalidade reconhecida.

Como se pode observar, não houve reflexão específica sobre a condição jurídica do embrião humano *in vitro*, mas se percebe clara orientação em não coisificá-lo, tomando-o, inclusive, como detentor de tutela protetiva, ainda que proporcional e progressiva. Ademais, ficou claro que a discussão não se trata do início da vida individual, até porque nem cabe ao direito defini-la, esta é uma incumbência da ciência

médica, mas do momento e proporção em que a sociedade decide tutelá-la, o que foi feito com primor.

No mais, convém salientar que o artigo 5º da lei nº 11.105/2005 não pode ser entendido como ofensa ao embrião, mas, ao contrário, como garantia. Garantia de efetivação da norma constitucional de proteção à vida e à saúde e garantia do bom andamento das pesquisas e de que a investigação científica seja conduzida com ética e respeito. Ciente, agora, do atual estado da arte em matéria de embriologia, já se pode passar às ponderações acerca dos riscos envolvidos e necessária responsabilidade com que deve ser tratada a matéria envolvida no presente estudo.

6. DOS DESAFIOS PARA A BIOÉTICA: RISCO E RESPONSABILIDADE NA RHA

Uma vez determinados os conceitos de sujeito de direitos para o embrião excedentário e de bem jurídico para gametas e pré-zigoto, é chegado o momento de determinar diretrizes que melhor se adequem às respectivas condições. Não se pretende neste estudo se estabelecer um estatuto, pois entende-se que as propostas já existentes, notadamente o Projeto de Lei nº 115/2015, que se demonstra como o mais adequado¹²⁶, são suficientes para que isto venha a acontecer. A proposta desta tese é, além de firmar o conceito já debatido no capítulo 04, alertar para os perigos e riscos que a falta de normas e o agir irresponsável podem acarretar, de modo que se se passará a tecer estes indicativos e recomendações.

Deste modo, é necessário proceder a algumas considerações acerca dos riscos que perpassam os possíveis rumos do uso da RHA na atualidade, o que, inevitavelmente, envolve a utilização de material genético humano. As possibilidades que se apresentam são impressionantes do ponto de vista da ciência e, por vezes, acompanhadas de procedimentos eticamente questionáveis. As pesquisas mais recentes apontam para possibilidades de manipulação e seleção de embriões e mesmo, ainda que incerta no momento, a possibilidade de aperfeiçoamento da técnica de ectogênese. Como se não bastasse, diante da ausência de lei, no caso brasileiro, permite-se a produção irrestrita de embriões, gerando grande contingente de excedente, cujo destino se está por decidir.

Segundo Dantas (texto ainda não publicado, p. 4), a utilização de tecnologias como inseminação artificial e melhoramento genético de embriões já não era novidade na pecuária e medicina veterinária, mas a inserção destes métodos na reprodução humana para promover melhoramento da raça ou seleção de sexo alertaram para a mudança (pode-se dizer mesmo crise) de valores pela qual se atravessava.

Considerando os interesses econômicos eventualmente envolvidos e potenciais riscos ao patrimônio genético da humanidade, é preciso que parâmetros éticos e

¹²⁶ De autoria do Deputado Juscelino Rezende Filho, do PRP/MA, o PL Nº 115/2015 foi apresentado no dia 03 de fevereiro de 2015 e atualmente segue apensado ao PL nº 4892/2012. Entende-se o primeiro como mais adequado, inicialmente, porque é o que mais se aproxima dos princípios da bioética que serão tratados neste capítulo; em segundo lugar, proíbe a produção de embriões supranumerários, conforme se defende neste trabalho; em terceiro lugar, dentre outros motivos que poderiam ser apontados, porque concede a gametas e embriões condição muito semelhante ao que se entende como correto, dando margem a interpretação favorável a condição de sujeito de direito expectativo, aqui defendida ao embrião excedentário, conforme regra estabelecida no artigo 59.

normativos sejam estabelecidos com a maior brevidade possível. É justamente o estabelecimento de orientações de cunho ético para o trato com gametas e embriões que se passará a fazer aqui. Antes, porém, é preciso analisar os riscos envolvidos na manipulação de elementos biológicos humanos, ponderar aqueles que devem ser assumidos para impulsionar o desenvolvimento científico e tecnológico, os limites a serem estabelecidos e as margens de segurança necessárias.

6.1 DO RISCO À RESPONSABILIDADE NA UTILIZAÇÃO DE TÉCNICAS DE RHA

Conforme já demonstrado neste estudo, apesar das técnicas de reprodução medicamente assistida já serem utilizadas no Brasil desde o início da década de 80, hoje, cerca de 32 (trinta e dois) anos após o nascimento de Anna Paula Bittencourt Caldeira, primeiro bebê de proveta no país (o que se deu no ano de 1984), ainda não se dispõe de norma jurídica específica em território nacional.

O que existe de regulamentação são resoluções da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, dispondo sobre o funcionamento dos bancos de células estaminais e germinativas, mais preponderantemente de recomendações administrativas, e do Conselho Federal de Medicina, com recomendações para médicos e clínicas, cujo descumprimento implica em punição institucional por ferir preceitos de ética médica. Note-se que as resoluções do CFM são normas técnicas, não jurídicas; não são normas gerais e abstratas com força vinculante sobre a população em geral, mas contém dispositivos direcionados a médicos, clínicas e hospitais, cujo descumprimento implica em infração e sanção na perspectiva da ética profissional.

A nível de norma jurídica em sentido estrito, há apenas o artigo 5º da Lei Nacional de Biossegurança, que é uma norma que dispõe acerca da pesquisa com seres vivos e manipulação de organismos geneticamente modificados, e traz regras que versam sobre o destino de embriões excedentários, possibilitando a utilização dos mesmos em ações de investigação científica, desde que estejam inviáveis para reprodução.

Pode-se questionar se as normas existentes, ainda que não essencialmente jurídicas, não seriam suficientes para a tutela que se pretende, ao que se responde com um talvez. Poderiam ser eficazes em um cenário em que houvesse uma ética de respeito e precaução de cumprimento mais espontâneo, se estas fossem, de fato, observadas,

notadamente a nível político e econômico. Todavia, ocorre que a soberba e a vaidade, a ambição e a ânsia pelo lucro por vezes se colocam acima de quaisquer valores, independente dos riscos que se apresentam diante do comportamento adotado, e é isto o que acontece quando se investiga ações relacionadas com a matéria de PMA.

É preciso, então, fazer uma análise da teoria da sociedade de risco perpassando os avanços apresentados pela ciência e biotecnologia, notadamente em matéria de reprodução humana assistida. Dentre os riscos que se apresentam, falar-se-á a respeito das consequências da ausência de legislação no Brasil, produção exacerbada de embriões e possíveis interesses econômicos envolvidos, manipulação de material genético ao ponto das clínicas se transformarem em possíveis baby *shoppings*, ectogênese e suas potenciais consequências, entre outros.

Como dito, este estudo não pretende propor um estatuto, mas alertar para a urgência com que deve ser estabelecida uma regulamentação e determinar conceitos e diretrizes éticas fundamentais para lidar com as matérias biológicas humanas envolvidas. Para ilustrar a necessidade e urgência da edição de norma jurídica específica, passar-se-á a analisar fatos cujas polêmicas envolvidas dão maior clareza sobre os riscos que envolvem as temáticas abordadas.

O primeiro fato que se irá abordar é, certamente, o mais emblemático caso envolvendo problemas relacionados às clínicas de reprodução humana assistida ocorrido no Brasil, a denúncia de atos criminosos cometidos pelo ex-médico Roger Abdelmassih e sua posterior condenação. O então proprietário da *Clínica e Centro de Pesquisa em Reprodução Humana Roger Abdelmassih*, localizada no bairro Jardim Paulista, São Paulo, foi acusado e condenado inicialmente a 278 (duzentos e setenta e oito) anos de prisão pela prática do crime de estupro, tipificado no artigo 213 do Código Penal brasileiro, contra 56 (cinquenta e seis) pacientes.

Segundo consta na sentença prolatada pela 16ª Vara Criminal de São Paulo, no processo de número 050.08.082189-8¹²⁷, o então médico especializado em fertilização foi denunciado por constranger ou tentar constranger as vítimas, mediante violência, a praticar ou permitir que com elas praticasse atos libidinosos diversos da conjunção carnal, com exceção de três delas, com as quais consumou este último ato. Abdelmassih cometeu os crimes em um momento em que as mulheres estavam extremamente

¹²⁷ Processo nº 050.08.082189-8 da 16ª Vara Criminal De São Paulo, disponível em: <<http://www.estadao.com.br/infograficos/2010/11/abdelmassih-sentenca.pdf>> último acesso em 20 de janeiro de 2015.

vulneráveis, tanto psicologicamente, pelo desgaste emocional que enfrentavam devido às dificuldades em iniciar a gestação do filho ou da filha tão desejados, quanto fisicamente vulneráveis, posto que no momento em que os delitos ocorreram as pacientes se encontravam sedadas para a extração dos oócitos.

Em matéria publicada em agosto de 2009, a revista VEJA trouxe a história de Roger Abdelmassih e relatos de vítimas¹²⁸. O ex-médico ostentava um elenco de pacientes famosos na cartela de clientes da clínica de reprodução medicamente assistida que possuía, dentre os quais se pode citar o ex-jogador de futebol Pelé, o humorista Tom Cavalcante, o apresentador Gugu Liberato, a modelo e atriz Luiza Tomé e o político Fernando Collor de Melo, entre outros, e a expressão “foi doutor Roger que fez” virou, segundo a matéria, sinônimo de *status* por ser atendido ou atendida por aquele que se automeava o “doutor da vida”. O tratamento era caro, mesmo os fatos ocorrendo há mais de uma década, pacientes relataram que o valor médio cobrado no final dos anos 90 era de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) por até 03 (três) tentativas, mesmo muitas tendo ficado frustradas pelo insucesso e impossibilidade de continuação da prática terapêutica devido ao trauma psicológico pelo qual passaram por serem abusadas e assediadas sexualmente.

Mas, como se os fatos já narrados não fossem graves o suficiente, um “detalhe” importante foi esquecido ou suprimido pelos crimes supracitados e veio à tona mais recentemente, com o fechamento da clínica de Abdelmassih, pacientes da clínica foram em busca de embriões pré-implantatório que se encontravam armazenados em estado de criopreservação. Em 2014, o jornal “Fantástico” contou o drama vivido por quatro casais que realizaram tratamento no estabelecimento supracitado, e a análise da entrevista¹²⁹ se revela como necessária para compreensão das preocupações que motivaram o presente estudo.

Daquelas histórias narradas em 2014, elegeu-se para expor neste momento o caso da estilista Vana Lopes, que declarou que há mais de 20 (vinte) anos se empenha em saber o paradeiro de embriões que mantinha criopreservados na clínica do Roger Abdelmassih, segundo ela, a busca é por filhos que nem sabe se existem. De fato, a suspeita de que o material biológico armazenado pode ter sido extraviado ou entregue a outra família não afasta o vínculo biológico existente entre zigotos e genitores, ainda

¹²⁸ Conforme matéria publicada na Revista VEJA, n° 2127 - 26 de agosto de 2009.

¹²⁹ Transcrição da reportagem disponível em: <http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2014/12/mulheres-buscam-por-embrioes-fertilizados-na-clinica-de-abdelmassih.html> último acesso em 10 de janeiro do 2016.

que o princípio da afetividade surja para dirimir eventuais conflitos¹³⁰. A história da estilista se inicia de maneira semelhante a experiência de muitas mulheres que procuram tratamento médico na esperança da filiação, vão a uma clínica, passam por estimulação hormonal para favorecer e potencializar a ovulação, os oócitos primários são coletados, os óvulos fecundados e, se tudo correr bem, embriões são gerados e criopreservados para posterior transferência para o útero de uma genetriz.

A prática realizada pelos centros de tratamento especializados no Brasil é de fertilizar a totalidade de gametas femininos obtidos e congelar o material excedente, e foi exatamente assim que aconteceu com a personagem da presente narrativa. Conforme documento apresentado por Vana, assinado por Abdelmassih em 2009, após a estimulação hormonal, na sequência do tratamento, foram retirados 20 (vinte) óvulos, a partir dos quais foram produzidos 14 (catorze) embriões. Destes, 04 (quatro) foram implantados na paciente e os demais permaneceram congelados sob a guarda do ex-médico, na clínica de sua propriedade. As tentativas de fertilização realizadas pela senhora Lopes não surtiram efeito, mas a mesma não deu continuidade ao tratamento, foi uma das mulheres estupradas pelo “doutor” Roger e acabou por desistir de realizar outras investidas, mas não esquece que ainda lhe restaram dez zigotos que, conforme informação recebida do responsável pela clínica, estavam saudáveis, perfeitos e poderiam dar origem a dez crianças.

Conforme declarou, a estilista diz suspeitar que seus embriões foram gestados e hoje pode ter uma dezena de filhos biológicos que ainda não conhece, mas reconhece que nem sempre merece o título de mãe aquela que mantém vínculo genético com a criança, mas aquela que cria e atribui afeto ao menor. Por este motivo, revela que não tem interesse em brigar juridicamente pela atribuição da maternidade, mas apenas saber do paradeiro dos mesmos e se eles estão bem.

Pergunta-se o que foi feito do material biológico que estava sob a guarda da clínica de Abdelmassih, Vana não foi a única vítima da subtração de embriões, compartilha seu drama com muitas outras famílias, e muitos dos gametas e zigotos congelados foram esquecidos porque sua existência foi suprimida pelas denúncias do crime de estupro, considerados muito mais grave. Segundo a matéria veiculada pelo Fantástico em 2014, José Reinaldo Carneiro, promotor de justiça que assumiu o caso,

¹³⁰ A filiação pode fundamento na origem biológica e/ou na aplicação do princípio da afetividade, que aparece como elemento da entidade familiar conforme detalhado no primeiro capítulo do presente estudo.

afirmou que não havia um olhar de maior preocupação para o que estava acontecendo com aquele material.

A matéria jornalística trouxe, ainda, a história de 03 (três) outros casais que também se submeteram ao tratamento na clínica de Abdelmassih e, da mesma forma, foram fertilizados mais embriões do que o necessário para o ciclo reprodutivo e, uma vez que nem todas as unidades foram utilizadas, têm procurado, sem êxito, o material supranumerário.

Os relatos trazem um alerta sobre uma possível troca ou fornecimento de gametas e embriões para outras famílias sem o consentimento dos genitores, o que se leva a indagar se haveria e qual seria a tipificação legal deste comportamento, se existiria mais alguma punição além do procedimento ético perante o Conselho Federal de Medicina. Mais uma vez, recai-se no vácuo legislativo hodiernamente vigente no Brasil em matéria de reprodução medicamente assistida, apesar do passar dos anos desde os fatos até o momento, o país ainda não foi capaz de dar uma resposta legislativa para estas e outras questões.

Após as denúncias pela prática de estupro e posterior condenação do ex-médico, a clínica foi fechada e todo o material e patrimônio lá existente foi evacuado, a equipe da reportagem do Fantástico procurou o advogado de Roger Abdelmassih para saber notícias dos embriões, mas este informou que não sabia o destino que foi dado ao material armazenado e que procuraria pelos responsáveis para poder fornecer informações mais precisas.

O que se sabe é que o material genético e equipamentos utilizados na clínica de Roger Abdelmassih, com a cassação do diploma de medicina deste e o fechamento do estabelecimento, foram enviados à clínica de propriedade de Vicente Abdelmassih, filho do primeiro e também médico especializado em fertilização humana. Ao ser procurado, este, por meio de sua assessoria, declarou que havia, de fato, ficado com a guarda de materiais e equipamentos do pai, mas não foram encontrados registros das quatro pacientes supracitadas que possibilitasse descobrir o destino dos embriões supranumerários. Para ser mais precisa, nem mesmo os nomes das famílias cujas histórias acabaram de ser aqui reveladas foram encontrados na documentação e, para finalizar, a assessora ainda declarou que eles estavam isentos de culpa posto que não eram responsáveis técnicos pelos atos realizados no passado.

O Conselho Estadual de Medicina de São Paulo anunciou que iria abrir sindicância para investigar o destino dos embriões, ao procurar a Anvisa, a agência

declarou que a responsabilidade seria da Vigilância Sanitária do Estado de São Paulo; esta, ao ser questionada sobre o fato, eximiu-se da responsabilidade e afirmou que o órgão competente seria a agência do Município, que, por sua vez, afirmou que na ocasião do fechamento da clínica, a fiscalização era atribuição do estado. Atualmente, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária monitora os bancos de células germinativas, mas este sistema ainda não existia à época do fechamento da clínica de Roger Abdelmassih, o que, somado com a ausência de lei sobre RHA no Brasil, contribuiu para a falta de controle que se acaba de relatar.

A completa desorganização que vigorava e, de certa forma, ainda persiste no Brasil, conduziu aos fatos narrados acima. A adjetivação de gravidade ao desaparecimento de gametas e embriões foi sufocada pelas circunstâncias do momento, mas não se pode deixar de conhecer o destino que lhes foi dado; a própria tipificação do ocorrido e punição dos envolvidos fica prejudicada pela ausência de lei e conceitos específicos.

O enquadramento jurídico da relação existente entre genitores e o material biológico armazenado como sendo de propriedade não é apropriada e incompatível com as conclusões que podem ser extraídas do terceiro capítulo deste texto; caso o material subtraído tenha sido entregue a outras famílias, ainda que as relações de filiação possam ser validades pelo princípio da socioafetividade, tiveram início em base juridicamente frágil; ademais, a falta de controle pelos órgãos de fiscalização é inaceitável. Há de se alertar que a regulamentação da procriação medicamente assistida é urgente.

O segundo ponto de preocupação concerne às más práticas médicas de utilização de tecnologias reprodutivas e manipulação indevida de matéria biológica humana. O risco de eugenia é uma constante, podendo-se mais, pelo que é possível extrair da entrevista detalhada acima, já é realidade nos dias atuais, mediante escolha do sexo do embrião e outras características que se pretende ver na prole futura. A manipulação genética de gametas e zigotos não é um mal em si, ao contrário, pode ser utilizada como prática terapêutica apropriada ao tratamento e prevenção de doenças genéticas ou congênitas, o que é antiético e deve ser evitado é que aquela sirva para satisfação de desejos fúteis de fabricação de bebês como se estes fossem objetos planejados, cujas características estivessem expostas nos balcões da clínica ou em catálogos para livre escolha.

Além da possibilidade de eugenia, o desenvolvimento de técnicas de ectogênese também merecem atenção. O cientista francês H. Atlan analisa o surgimento desta nova

tecnologia reprodutiva, antecipa-se aos desafios traçados para o útero artificial, e fala que a hipermedicalização da procriação chegará ao ponto de desbiologizar as relações entre pais e filhos. Apesar de não estar ainda disponível para seres humanos, Raposo (2014, p. 400) afirma que há relatos bem sucedidos de experiências de gestação mecânica com fetos de animais, e Atlan (2006, p. 115) profetiza que estará disponível para gestar pessoas em menos de um século, com a tese de que haverá total reformulação dos conceitos do que é natural no campo reprodutivo, apelando para a solidariedade, fraternidade e amor maternal como justificativa do desenvolvimento da tecnologia de gestação extracorpórea.

Atlan (2006, p. 126) justifica a ectogênese em duas frentes: a primeira delas, com base nas teorias feministas, como forma de libertar o corpo da mulher do exercício da gestação, conferindo-lhe uma certa equiparação ao sexo oposto, a segunda, com apelo ao sentimento de solidariedade e fraternidade, ajudando casais homoafetivos, pessoas estéreis e mulheres sem útero a gestar seus próprios filhos, ainda que de maneira artificial. Gavarini (2008, p. 64) dispõe que a demanda pela procriação medicamente assistida revela que o desejo de procriar, que traz um misto de anseio à gravidez, paternidade/maternidade e filiação biológica, tem como pano de fundo uma série de promessas e utopias contemporâneas que se iniciaram com as promessas de cura da infertilidade e que hoje passam pela seleção embrionária, clonagem, ectogênese e gestação masculina; mais do que isto, deve-se atentar para realidade que merece reflexão, o desejo de se libertar da filiação sexuada e alcançá-la por meios que superem as restrições do passado e também das atuais.

Spiess (2007, p. 69) questiona se a ectogênese, clonagem e outras manipulações de gametas e embriões seriam delírio, pesadelo ou monstruosidade e completa o raciocínio alegando que a medicalização excessiva da filiação não corresponde a nenhuma urgência humana. Sobre o conceito de urgências humanas e filiação não se pretende alongar a discussão; entende-se, neste trabalho, que direitos surgem a partir de desejos, e já se abordou, no segundo capítulo, o direito humano à filiação, ao qual se faz remissão. No entanto, concorda-se com a autora no sentido de que o tema deve ser visto sob o viés da precaução.

Em matéria de biotecnologia, como afirma Dantas (texto ainda não publicado, p. 3), o futuro já chegou, é preciso que ordenamento jurídico-constitucional ofereça respostas às demandas que não param de surgir. Pergunta-se qual o limite, preocupa-se com os riscos inerentes às práticas de inovação. Até que ponto pode chegar a

manipulação genética, considerando que o artigo 225 da Constituição brasileira de 1988 protege o genoma humano como patrimônio para as presentes e futuras gerações, como se proteger dos riscos das práticas de eugenia, e o útero artificial, quais os perigos inerentes a esta tecnologia que já “bate às portas” das clínicas de reprodução assistida?

Sobre a ectogênese, o que se pode dizer é que se vê a técnica com muita temeridade, os prováveis custos econômicos serão demasiado elevados, de modo que só os mais ricos teriam acesso, porém, ainda mais grave seriam os resultados que incidiriam sobre os fetos assim gestados. A gestação no ventre humano possibilita trocas, emoções e sentimentos que uma máquina não seria capaz de reproduzir, mas que se demonstram como fundamentais para o adequado desenvolvimento da criança que está para nascer.

Todavia, há de se reconhecer que as tecnologias não se revelam como danosas por si, mas o uso indevido sim. A manipulação genética será bem-vinda se utilizada como tratamento, não como eugenia, do mesmo modo, o útero artificial seria um excelente avanço para acomodar e tratar bebês prematuros, com uma tecnologia superior às incubadoras atuais tradicionais. Se os avanços científicos forem utilizados como práticas terapêuticas, não há motivos para temor, mas há que se fazer o manejo adequado dos riscos e perigos, fazendo as escolhas com responsabilidade, sobre estes aspectos, mister analisar os primeiros à luz de Beck e Luhmann e esta última à luz da teoria de Hans Jonas.

Luhmann (1993, p. VIII-IX; 34-35) questiona qual o entendimento da sociedade do futuro, quando se fala em racionalidade e tecnologia, e em que momento se usa o termo risco? Como o locutor pode levantar este questionamento se, quando se fala no futuro, situa-se no campo da probabilidade ou improbabilidade, não da certeza? Geralmente se considera um nível medio de probabilidade, ignorando-se o que é muito improvável ou muito provável. O risco alerta para circunstâncias capazes de modificar o estado das coisas ao ponto de se realizar o que outrora seria extremamente improvável, e quando isto acontece, segundo Luhmann (1993, p. 30-31), ocorre um desastre.

Recusar-se a assumir riscos ou rejeita-los tem se tornado um comportamento perigoso, o futuro da humanidade depende das decisões tomadas hoje e o perigo é inerente às escolhas feitas. O risco não é para ser evitado, é para ser assumido, mas neste assumir deve se investir na forma de reconhecer que danos eventuais são possíveis e ter cautela, investir em medidas de prevenção.

O risco está endereçado, hoje, a uma grande variedade de pesquisas e áreas da ciência. Tradicionalmente, o cálculo dos riscos é de interesse da economia, não são calculados quantitativamente, ao menos não da maneira como as teorias convencionais propõem, os modelos de cálculo do risco são geralmente guiados pela expectativa de vantagem. Pode-se definir como um “limiar de um desastre”, geralmente se assume os riscos quando não se aproximam da linha do infortúnio, mas há atividades que estão permanentemente neste limiar, e se não se encarar os riscos seria impossível de realizar, como fazendeiros, em permanente risco de perder toda a produção em virtude de fatores climáticos inesperados (LUHMANN, 1993, p. 2-3; 8-9). É difícil haver um consenso no cálculo do risco nestas situações.

A avaliação e aceitação do risco não é um problema psicológico, mas acima de tudo social, saber quem ou o que decide se um risco deve ser levado em consideração ou não. A já conhecida discussão sobre o seu cálculo ou sua percepção é acrescida pela fonte que selecionará os riscos que devem ser considerados ou ignorados, esta escolha não deve ser feita ao acaso, mas norteada por fatores impostos pela comunidade contemporânea. Trata-se de reconstruir um fenômeno de múltiplas contingências, a partir de diferentes pontos de vista e perspectivas (LUHMANN, 1993, p. 13-14), perdas futuras podem ocorrer ou não, conforme o caso, visto a partir do presente, o futuro é incerto, mas é neste momento que se pode julgar as decisões presentes de maneira mais clara, cientes de todas as circunstâncias que envolvem o ato.

Por outro lado, o que vai acontecer no futuro depende das decisões do presente, que devem ser tomadas a despeito do perigo que envolvem, tudo depende da relação ou distinção entre realidade e potencialidade. Utiliza-se o conceito de risco para garantir esforços em busca de medidas de segurança nos processos, esta é o contraponto daquele, fazendo-se necessário calcular a medida exata entre um e outro como meio de cautela a nortear o agir humano.

Luhmann (1993, p. 23; 31) apresenta duas formas de risco: risco/segurança e risco/perigo, trata o perigo como fator externo e o risco intrínseco, alertando que não há decisões livres deste último, o que leva a atentar para a questão da prevenção, preparar-se para perdas futuras, tentando diminuir suas probabilidades ou extensão. Mesmo se for uma questão de perigo, a omissão em prevenção se transforma em risco a exemplo dos desastres naturais.

Para o autor, o presente deve ser visto como um ponto de vantagem para o observador, que analisa o tempo com a ajuda da distinção entre o passado e o futuro.

Em contraste com aquilo que se pode esperar, o desenvolvimento de novas tecnologias depende menos do progresso científico do que do desenvolvimento de relevantes mercados e capital, também planejamento estatal e legislação. O conhecimento médico da química e desenvolvimento biológico, doenças e tratamentos, desenvolvem a partir de um risco atual à vida de outrem.

Segundo Luhmann (1993, p. 83), o fato da matéria do risco atrair tanta atenção hoje, ao ponto de toda sociedade ser considerada sociedade de risco, deve-se muito ao rápido desenvolvimento tecnológico nos campos das ciências, física, química e biologia. A recusa a novas tecnologias, que outrora se devia basicamente a argumentos morais, ideológicos e religiosos, é hoje embasada no risco que se assume quando elas são introduzidas na sociedade, o progresso tecnológico pode produzir resultados irreversíveis, é evidente que a tecnologia tem consequências ecológicas.

A pesquisa científica também apresenta riscos, há riscos inerentes, principalmente quando está envolvida energia nuclear ou engenharia genética, a verdade científica pode ter apenas conotações positivas, mas também pode conter a pesquisa potencialidade de causar danos, o que leva à necessidade de adotar medidas de prevenção (LUHMANN, 1993, p. 95-96). A partir da análise do risco, as questões relacionadas à ciência devem ser disciplinadas ou desencorajadas pela sociedade; o conhecimento pode ser seguro, desde que se tome as devidas precauções.

Beck (2002, p. 1-2; 19-20), no livro *Ecological Politics in a Age of Risk*, aborda o paradigma do manejo dos perigos. Riscos químicos, atômicos e genéticos da virada do século XXI. O perigo não pode ser delimitado e só pode ser minimizado pela tecnologia, os acidentes, que frequentemente causam danos irreversíveis, tem um começo determinável, mas o fim é imprevisível, o autor cita o risco genético e o risco em larga escala, estando aquele intimamente ligado ao objeto desta tese.

Na obra *World Risk Society*, Beck (1999, p. 133) argumenta que a sociedade industrial foi substituída pela sociedade de risco. Nesta, o desenvolvimento da ciência e da tecnologia foi tamanho que chegou ao ponto de não ser mais possível ter o controle dos riscos que ajudou a gerar e que trazem sérias consequências para a saúde, o meio ambiente e consequentemente o futuro da humanidade. O perigo maior é que os desdobramentos só seriam percebidos a longo prazo, quando não mais seria possível reverter os danos. Entre os riscos, o autor cita categorias como ecológicos, nucleares, químicos e genéticos, que são produzidos pela indústria, legitimados pela ciência e minimizados politicamente, posto que há interesses econômicos em jogo.

Em suma, na teoria do risco, Beck (1999 p. 19-23; p. 133 e ss.; 2002, p. 4-7) alega que o este tem dupla face: oportunidade e perigo, o autor ilustra inicialmente com o tema nas grandes navegações do Século XVI, na qual os homens se lançavam para o futuro que ele mesmo construía, em busca do desconhecido pelas suas próprias pernas e não mais carregados nos braços de Deus ou dos deuses, mas assumindo riscos que não se podia prever. Segundo esta teoria, o risco tem uma dimensão de experimentação, de modo que não se poderia teorizar sobre ele, estando no campo da probabilidade. É um tipo de conhecimento que lida com incertezas, o mais intrigante é que estas não são resolvidas pelo saber, mas, conforme sustenta Beck (1999, p. 148-152), aumentam conforme cresce o conhecimento.

O risco é, pois, inerente à atividade científica, e na altura em que se encontra a humanidade, há de se ter em mente que se chegou a um ponto no qual não é mais possível deter os avanços científicos e tecnológicos. Porém, há de se levar em consideração que os perigos impostos devem ser manuseados sob a égide do princípio da responsabilidade.

Ao introduzir sua obra “O princípio responsabilidade”, Jonas (2015, p. 21) destaca que nenhuma ética tradicional instrui o intérprete ou o agente sobre quais normas do bem e do mal devem ser aplicadas às novas modalidades do saber e do poder, o que inclui, portanto, os avanços na ciência, medicina e tecnologia da reprodução que vêm sendo debatidos neste estudo. Continua o autor, de modo muito pertinente, alertando que “o novo continente da práxis coletiva que adentramos com a alta tecnologia ainda constitui, para a teoria ética, uma terra de ninguém” (JONAS, 2015, p. 21), e é neste território em situação de *nudus domino* em matéria de bioética que se situam os objetos de interesse da presente tese.

Aplicando-se a teoria do estudioso em análise, a indefinição quanto ao melhor comportamento ético a ser adotado se deve ao fato do relativismo cultural, posto que há muitas culturas e valores envolvidos, quando se pensa em escala mundial, mas há muita coisa em jogo, de modo que é preciso que normas e princípios sejam bem definidos. Trata-se do destino e da sobrevivência do ser humano e de sua percepção no mundo e de mundo, da integridade física do indivíduo e também da essência, de modo que a preservação da humanidade depende de uma ética de respeito (JONAS, 2015, p. 94).

Ao dispor sobre o princípio responsabilidade, Jonas (2015, p. 39-40) traz alguns questionamentos e apontamentos os quais se revelam fundamentais para a matéria tratada neste estudo, o modo de agir para com os elementos biológicos humanos

manipulados nos tratamentos de reprodução medicamente assistida. Em primeiro lugar, questiona como a técnica influencia a natureza do modo de agir humano e afirma que o homem é responsável pela natureza e pela manutenção de condições propícias para a própria existência no futuro.

Ao mesmo tempo, afirma que o *homo faber* está hoje acima do *homo sapiens*, o que coloca, segundo seu pensamento, a tecnologia em um lugar central nos fins da vida humana, o que leva a uma maior necessidade de refletir sobre seus usos e fins, bem como, e principalmente, sobre o comportamento ético e responsável que se deve ter para com ela. Entende-se que o fim e o centro de tudo deve ser o homem e as técnicas os meios, qualquer inversão é extremamente perigosa, com riscos e possíveis danos que poriam em risco a própria humanidade.

Neste ponto, entende-se como cabível a citação que Hans Jonas faz de Kant, propondo uma releitura do imperativo categórico que diz “Aja de modo que tu também possas querer que tua máxima se torne lei geral” para, em uma versão contemporânea, ser visto como “Aja de modo a que os efeitos da tua ação sejam compatíveis com a permanência de uma autêntica vida humana sobre a terra” (JONAS, 2015, p. 47). Parte-se de um imperativo da razão, da construção de uma lógica em que se possa ter concordância consigo próprio para um comando de ética e cuidado com a ação, com o agir dos homens e mulheres.

Trata-se da preocupação com a atuação do *homo faber* sobre a natureza e possíveis interferências da técnica nas condições próprias de sobrevivência, concorda-se com o autor quando ele diz que “os novos tipos e limites do agir exigem uma ética de previsão e responsabilidade compatíveis com esses limites, que seja tão nova quanto as situações com as quais ela tem de lidar” (JONAS, 2015, p. 57). No que diz respeito à manipulação genética e à biotecnologia, Jonas expressa bem as preocupações reveladas neste estudo, ao dizer que o sujeito ativo aqui exposto tem por desejo tomar para si sua própria evolução, mas o perigoso é que os meios desenvolvidos não são para manutenção e melhoramento das condições de vida da espécie, mas para impor-lhe melhorias e modificações segundo projeto individual e, pode-se dizer aqui, egoísta. Deve-se questionar se o indivíduo é qualificado para exercer este papel criador e quais os possíveis destinos que perante o desconhecido se irá revelar, este questionamento implica em respostas difíceis, mas é mister se determinar um conteúdo moral para este agir, antes que os danos traçados assumam forma e consequências irreversíveis.

Nesta seara, é importante observar, com o autor, que na medida em que o risco for “desconhecido, não se saberá o que há para proteger e por que devemos fazê-lo: por isto, contrariando toda lógica e método, o saber se origina daquilo contra o que devemos nos proteger” (JONAS, 2015, p. 70-71). Com efeito, no que diz respeito às tecnologias reprodutivas, no início, o horizonte se apresentava muito nebuloso, a princípio não se vê os riscos, mas tão somente a esperança; todavia, ao se aperfeiçoar os meios existentes e aprofundarem os estudos, a vaidade da ciência e, quiçá, a ambição humana tem conduzido a caminhos perigosos, revelando-se através de manipulação genética, possibilidade de criação de seres híbridos ou quimeras e mesmo a gestação extracorpórea, algumas técnicas por meio das quais se põe em risco a própria existência do homem do futuro, ao menos na forma como este é conhecido nos dias hodiernos.

Nesta altura, há de se verificar o primeiro dever de ética para o futuro que é a prevenção, visualizar, segundo Jonas (2015, p. 72) os efeitos a longo prazo, atentando-se para um importante fato que o mesmo alerta: na medida em que se acelera o desenvolvimento da ciência e tecnologia, menor será o prazo e mais limitadas as possibilidades de correção dos erros que hão de vir, motivos pelos quais a vigilância nos primeiros passos deve ser ainda maior. Há sempre que se refletir se a expectativa de sucesso almejada de fato justifica o risco a ser assumido, ao mesmo tempo em que se questiona se haveria realmente algo tão gratificante e precioso para justificar possíveis danos a ontologia do ser humano.

O fato é que não se pode apostar a totalidade do interesse alheio, aqui revestida na manutenção de condições futuras de existência em troca de interesses individuais e, por vezes, egoístas; a vaidade científica revelada na criação de técnicas mirabolantes, realização de clonagem, manipulação genética, entre outros, e se intitular de Deus da criação como fez o ex-médico Roger Abdelmassih, mais se situam, conforme entendimento de Jonas (2015, p. 85), com o qual se compartilha, no campo da soberba do que no da necessidade. A garantia da existência do homem e da mulher no futuro não pode ser objeto de aposta, vaidades ou jogos políticos e de poder econômico, a busca pela cura da infertilidade e esterilidade, melhoramento das técnicas atuais e maiores garantias de sucesso nos tratamentos é louvável, mas não se pode aceitar uma completa inversão de valores e que se assumam riscos de danos irreparáveis, de modo que as incertezas que ora se apresentam no horizonte da ciência devem ser tratadas com prudência e responsabilidade.

Concorda-se com Jonas (2015, p. 86-87) quando ele diz que há um imperativo de responsabilidade pela existência da humanidade, de modo que o homem de hoje é responsável pela manutenção das condições de vida necessárias para o homem do futuro. Fala-se, então, na teoria da responsabilidade, pela qual se entende que o agente é responsável por aquilo que deu causa, como uma imputação causal de atos realizados. Na seara da ciência e tecnologia, bem como nos demais objetos abordados por este estudo, não há que se falar em culpabilidade, quando se assume o risco, há de se comprometer com os efeitos independentemente de culpa subjetiva, bastando verificar a relação entre a causa e o respectivo dano.

Assim como, na doutrina de Jonas (2015, p. 177), o artista é responsável por sua obra, é possível dizer que o cientista é responsável por seus experimentos e invenções, ele, não raras vezes, assume riscos que demandam prevenção e cautela no labor em exercício. Ao tempo em que se chama a atenção para o que se denominou no texto da obra ora em comento de “expectativas de milagres instaladas pelo desejo e pela necessidade, frequentemente alimentadas por uma crença supersticiosa na onipotência da ciência” (JONAS, 2015, p. 205), neste estudo revestida no anseio de se criar um novo ser livre da reprodução sexuada, a semelhança da passagem bíblica em que Deus criou Adão do pó e Eva a partir da costela deste último, pretende a ciência assumir a paternidade divina da criação, inclusive com modificações genéticas visando ao melhoramento da raça ou modelagem do novo ser conforme desejos vis dos futuros pais e mães.

Mas há de se questionar com Jonas (2015, p. 206) se o homem iria ou deveria se adaptar a uma nova realidade, o que leva novamente ao fato de ser responsável pelas condições futuras de existência. Nesta perspectiva, concorda-se com o autor supracitado quando ele afirma que o “futuro da humanidade é o primeiro dever do comportamento coletivo humano na idade da civilização técnica, que se tornou ‘toda poderosa’ no que tange ao seu potencial de destruição” (JONAS, 2015, p. 229), e continua dizendo que o homem se tornou perigoso tanto para a natureza quanto para si. Com efeito, os recentes avanços tecnológicos ameaçam quebrar o equilíbrio vigente, o poder da ciência e da execução material dos meios detidos pelo *homo faber* devem ser conjugados com o uso da razão, só assim haverá responsabilidade, está-se diante de um abismo em que os meios (tecnológicos) podem destruir os fins (perpetuidade e qualidade da existência).

Concorda-se com Jonas (2015, p. 237) quando ele afirma que o progresso moral não acompanhou o progresso científico e tecnológico, o progresso tecnológico e os

êxitos científicos e econômicos caminham junto com uma ameaça constante de riscos e catástrofes, cabendo perfeitamente a frase que diz que o “poder tornou-se autônomo, enquanto sua promessa transformou-se em ameaça e sua perspectiva de salvação em apocalipse”.

Do mesmo modo, compartilha-se do entendimento de Jonas (2015, p. 345) quando ele diz que não há uma natureza pré-definida para o ser humano, este tem aptidão para ser bom e para ser mau e mesmo, conforme afirma, assumir as duas facetas ao mesmo tempo, agir de uma ou de outra forma não retira ou acrescenta característica de humanidade ao ator, mas a revela em sua essência. Entende-se que ações e comportamentos são condicionados tanto pelos princípios e valores provenientes do ambiente e da formação do ser, como também de normas e valores éticos impostos pela sociedade em que se vive, daí a importância de se propor uma ética de responsabilidade.

Questiona-se se esta ética de responsabilidade estaria mais relacionada à utopia de Bloch (2011, p. 353) do que à realidade, é provável que hoje esteja situada em um futuro ainda incerto, mas há de se propor que venha a ser materializado nas ações e comportamentos da contemporaneidade. Ao propor uma ética não utópica da responsabilidade, Jonas (2015, p. 351) afirma que é preciso relacioná-la com o medo e a esperança. Aduz que esta última é condição do agir humano, pois é o elemento que faz supor que aquilo que se pretende fazer é possível; o medo que aqui se apresenta não se investe do significado de incerteza, mas como condição do agir responsável, nas palavras do autor, “O medo que faz parte da responsabilidade não é aquele que nos convida a não agir, mas aquele que nos convida a agir” (2015, p. 351).

O medo é, pois, aqui apresentado como elemento intrínseco da responsabilidade, assim como o dever de cuidado. Este, quando emerge como obrigação em relação aos demais, preocupação e zelo quando há risco de dano ou ameaça a vulnerabilidade de terceiros, é o verdadeiro sentido da responsabilidade. É o agir diligente e assumir responsabilidade pelo futuro da humanidade.

É este o cuidado que se propõe como indispensável na administração dos riscos que acompanham as novas tecnologias da reprodução, notadamente no trato com a matéria biológica humana, quais sejam, gametas e embriões. Entende-se que a importância destas substâncias para o homem do futuro implica na obrigação de uma atuação ética e responsável, motivo pelo qual se passa agora a verificar os princípios da bioética aplicáveis ao objeto do presente estudo.

6.2 RHA FACE AOS PRINCÍPIOS DA BIOÉTICA

A bioética, bios (vida) + ethos (ética), pode ser definida como “estudo transdisciplinar entre biologia, medicina, filosofia (ética) e direito que investiga as condições necessárias para uma administração responsável da vida humana, animal e responsabilidade ambiental” (MALUF, 2010, p. 7). Estuda a moralidade humana nos campos das ciências da vida¹³¹.

Outro conceito que dever ser considerado na presente crítica é o de biotecnologia, Bios (vida) + tecno (uso prático da ciência) + logia (conhecimento). Corresponde à aplicação de processos biológicos na produção de matérias e substâncias para o uso industrial, medicinal e farmacológico, podendo ser mais precisamente definida como “qualquer aplicação tecnológica que utilize sistemas biológicos, organismos vivos ou seus derivados para fabricar ou modificar produtos ou processos para utilização específica no processo de produção industrial” (art. 2º da Convenção da Diversidade Biológica).

Diante dos conflitos éticos e conceituais até então apresentados, faz-se necessário estudo sobre os princípios da bioética a serem aplicados na solução de problemas relacionados ao uso da matéria biológica humana no recurso a tecnologias de RHA. É preciso refletir sobre as principais diretrizes a serem seguidas na definição de conceitos e destino dos gametas e embriões supranumerários, para isto, é imperativo se ater com técnica e rigor aos preceitos éticos em vigor, para que não se repita mais os erros do passado, quando, por mais de uma vez, o valor do que é humano foi completamente desprezado em troca de supostos benefícios para a ciência. Basta citar como exemplo os horrores praticados em Nuremberg e os experimentos com negros para avaliar a progressão da sífilis em Tuskegee.

Ao mesmo tempo, é com pesar que se reconhece que médicos e cientistas do presente ainda defendem práticas pretéritas, justificando que os benefícios alcançados justificam todo sofrimento imposto a terceiros. Em verdadeiro ato de instrumentalização da vida humana, ou mesmo de outras vidas, cientistas admitem desvios de conduta ética com vistas a alcançar determinado fim. Sabe-se que já estão adiantadas as pesquisas

¹³¹ Segundo o professor Ivo Dantas (texto ainda não publicado), os princípios éticos servem de parâmetro para elaboração de regras ou normas de conduta, enquanto os preceitos morais ditam normas que regulam condutas humanas. Nesta perspectiva, o termo bioética conduz a uma ética normativa e deve nortear as práticas e discussões que envolvam uso manipulação de matéria humana biológica nos centros de reprodução medicamente assistida.

voltadas para a criação de seres híbridos, utilizando gametas de humanos e porcos, para obtenção de órgãos destinados ao transplante. Embora a cura de doenças e novas alternativas terapêuticas sejam objetivos nobres, questiona-se a eticidade do fato do nascimento de um indivíduo destinado a ser destruído em benefício de outrem. Do mesmo modo, deve-se refletir sobre os riscos envolvidos.

Sgreccia (2009, p. 190 e ss.) traz abordagem muito interessante acerca dos fundamentos da bioética e princípios relacionados. Define ética normativa como “valores, princípios e normas com relação ao que é lícito ou não lícito” (SGRECCIA, 2009, p. 190) e coloca o ethos da sociologia como a variação de tais valores conforme povos e culturas. Neste sentido, o que vai importar primariamente ao estudo da bioética é a ética normativa, porém o ethos da sociologia poderá ser analisado conforme as particularidades do caso. Um exemplo clássico da aplicação destes parâmetros é a ponderação da destinação de certos tratamentos conforme a religião do paciente.¹³²

No mesmo norte, Dantas e Araújo (2008, p. 94) trazem um conceito de bioética que remete a um sistema normativo:

Em nosso entender, ao nos referirmos à Bioética, temos de destacar o seguinte: a Biologia (bios = vida; logos= estudo), enquanto estudo da Vida, pode ser encarada no sentido de ciência, ou seja, de estudo científico; contudo, quando se parte deste conhecimento para uma aplicação eticamente correta, portanto, valorativa, não se há de falar em ciência, mas, sim, de um **conjunto de normas ou técnicas que devem ser respeitadas, especialmente, levando-se em conta o Valor (ou princípio) Dignidade da Pessoa Humana o que, no caso brasileiro é, inclusive, imperativo constitucional** (CF 88, art. 1º, III).
(Grifos nossos)

Mister ressaltar que o sistema binário da ética normativa se pauta na licitude da conduta, não na justiça¹³³, de modo que nem sempre as soluções e caminhos apontados serão justos, mas deverão ser lícitos. Outro ponto a ser ressaltado é quando a vida é apontada como valor maior, bem como a desproporção entre a vida e a vontade. Ao falar nesta, foi muito bem colocada a relação entre o querer, intelecto e consciência. A vontade exprime, segundo o autor, “sua vitalidade ao agir”, o intelecto, a seu turno, vive para conhecer, busca a verdade, já a consciência representa o conhecimento do valor ético (SGRECCIA, 2009, p. 191).

¹³² Nesta seara, pode-se citar a ponderação que se faz entre a preservação da vida e a liberdade de crença e religião que envolve a polêmica decisão de administrar ou transfusão de fluidos corporais a pessoas que professam o credo das testemunhas de Jeová.

¹³³ O sistema binário do direito se pauta no conflito entre o lícito e o ilícito, não entre o justo e o injusto.

A partir do que foi comentado, conclui-se que a bioética se revela como uma vontade consciente, o agir ético, tomando como valor maior o respeito à vida. Diniz (2001, p. 21) relata a história do médico anestesista Henry Beecher¹³⁴ que publicou, em 1966, uma série de relatos de pesquisas desenvolvidas com pessoas tradicionalmente tidas como abaixo da humanidade, quais sejam, presidiários, pacientes em manicômios, recém-nascidos, entre outros, mas todas teoricamente incapazes de “assumir uma postura moralmente ativa diante do pesquisador e do experimento” (DINIZ, 2001, p. 21). Os experimentos foram conduzidos sem o consentimento dos pacientes, posto que o pesquisador os considerava inaptos a compreender o que se passava, e a forma como a investigação foi conduzida levou a autora a uma conclusão que deve ser compartilhada, a de que imoralidade e falta de ética não era exclusiva dos médicos nazistas, mas também presente nos médicos do pós II Guerra e, com pesar, há de se reconhecer que é existente também na atualidade¹³⁵. Percebeu-se então que apenas as declarações de direitos não seriam suficientes, sendo necessário passar a tratar do assunto nos assentos da academia, originando-se a disciplina bioética.

Diniz (2001, p. 197 e ss.) apresenta uma crítica no sentido de que os valores éticos universalmente defendidos representam o sentimento ético de uma classe apenas, conclamando para a necessidade de um debate ético. Seria possível uma bioética geral e universal? Quais os riscos que envolvem a relativização? Sobre a venda de órgãos, relata casos em que considera que, mesmo dentro das condições de pobreza extrema do sujeito da pesquisa, a decisão de vender um rim por dois ou três mil dólares pode ser considerada como compatível com o princípio da autonomia, uma vez que teria escolhido entre trabalhar em condições sofríveis percebendo salário mensal insuficiente

¹³⁴ Logo no início, o autor esclarece que o artigo se trata de relatos de experimentação em pacientes não em benefício destes, mas de terceiros. Afirma, inicialmente, que todos concordam que violações éticas devem ocorrer, a questão prática é com que frequência, ele realmente demonstra com dados empíricos que comportamentos eticamente questionáveis não são incomuns, relatando conhecimento de pelo menos 500 artigos nesta situação. Sobre o consentimento esclarecido, Beecher (1966, p. 368 e ss.) reconhece sua importância, porém afirma o fato de que em um estudo realizado com número elevado de pessoas, provavelmente boa parte delas desconhece os riscos que se insurgem contra a vida ou a saúde delas, e poderiam escolher não passar por eles caso lhes fossem informados, e boa parte dos pesquisadores sabem disto, motivo pelo qual o médico diz que nem sempre os perigos são revelados aos sujeitos. O artigo publicado traz uma última crítica extremamente relevante, afirma-se que os ganhos esperados devem ser ponderados com os riscos envolvidos, ao mesmo tempo, os fins previstos não justificam os meios questionáveis. Em outras palavras, a investigação não se torna ética ao final, a mácula inicial contamina todo o procedimento. O fato é que Beecher (1966, p. 372) reconhece a fragilidade bioética das ações realizadas nos 22 (vinte e dois) estudos publicados, não propõe que tenham o status moral validado ao final, mas friamente demonstra que esta pode ser uma prática recorrente entre os médicos.

¹³⁵ Basta lembrar o caso do médico Roger Abdelmassih, já mencionado neste estudo.

para manter uma vida digna ou ter alguns anos de tranquilidade com o lucro decorrente do negócio praticado.

O tema é de difícil deslinde, ao questionar a validade do consentimento e a efetivação da autonomia em tão difíceis condições de vida, volta-se a crítica sobre a roupagem imperialista com que teriam sido estabelecidos os princípios da bioética. Todavia, entende-se neste trabalho que a leitura mais correta a ser feita é conforme a doutrina de Sen (2000, p. 17-18), disposta no segundo capítulo, no sentido de que as carências pelas quais as pessoas passam acabam por privá-las da liberdade real, e escolher com as amarras da necessidade, consubstanciando as preferências adaptativas na lição de Nussbaum (2012, p. 85), também deixa os indivíduos longe da prerrogativa ora tratada.

Com efeito, o debate bioético é imperativo, mas as respostas que hão de ser dadas aos clamores sociais urgem que sejam imediatas. Crê-se que a análise casuística precisa ser conduzida com base não apenas em um, mas nos vários princípios norteadores da bioética.

Segundo Costa e Diniz (2001, p. 119 e ss.), a entrada definitiva dos princípios éticos dos direitos humanos na ciência médica foi marcada pela Declaração de Helsinki da Associação Mundial Médica, em 1964, desde então, espera-se que pesquisas, ensaios e protocolos clínicos sejam conduzidos segundo padrões éticos e de respeito à humanidade. Todavia, os parâmetros definidos em 64 não impedem que o capital busque meios de se impor sobre o humano, exemplo disto foi o que os autores citados chamaram de substituição da garantia dada aos que participam como sujeitos de pesquisa de receber os melhores cuidados de saúde, o que se chamou de um "relativismo superficial que apela para a desigualdade de renda da humanidade como justificativa para que diferentes protocolos de pesquisa possam ser conduzidos, a depender de onde a pesquisa for desenvolvida" (COSTA e DINIZ, 2001, p. 119). Trata-se o fato de substituir a utilização de tratamento consolidado para tratamento disponível na região respectiva. Conforme alerta a doutrina citada, corre-se o risco de inversão de valores, o lucro se sobrepôr à vida e a ciência à humanidade.

Sobre os valores a serem seguidos, ao relatar o caso de gêmeas siamesas inglesas, Diniz (2001, 177 e ss.) traz importante reflexão. Trata-se de duas crianças, Mary e Jodie, que nasceram unidas pelo abdômen e, aos seis meses de vida, os médicos verificaram que a união não poderia mais se manter. Mary não tinha pulmão e dependia da irmã para atividades de respiração, além de apresentar severas deformidades físicas,

sendo um bebê bastante frágil, cuja sobrevivência seria bastante improvável; Jodie, ao contrário, apresentava condições boas de saúde, mas não conseguiria sobreviver se tivesse que sustentar o que os clínicos chamaram de gêmea parasita.

Ocorre que os pais não queriam promover a cirurgia de separação por motivos religiosos, acreditavam estar sendo punidos por pecados cometidos no passado, sendo a condição e eventual morte das filhas uma penitência pela qual teriam que passar e que aceitavam com resignação, valorizavam, pois, o espiritual. A equipe médica, a seu turno, ingressou com ação judicial solicitando suprir o consentimento que foi negado pelos genitores, alegavam que era imperativo fazer a operação e proporcionar maiores chances de sobrevivência àquela que apresentava autonomia corporal para isto, valorizavam o corpo. Os juízes ingleses, ao decidirem o caso, entenderam que Mary explorava o corpo de Jodie, decidindo pela separação com fulcro em valores de liberdade (Diniz, 2001, p. 177 e ss.). Após analisar o caso, a autora questiona o que de fato se deve valorizar na ética: o espírito, o corpo ou a liberdade? No caso, a “Corte Inglesa, coerentemente com a sua longa tradição de defesa das liberdades individuais, optou pela integridade física de Jodie, permitindo o sacrifício de Mary” (DINIZ, 2011, p. 179).

Sgreccia (2009, p. 201-202) analisa a liberdade humana a partir de 03 (três) planos distintos: 1 – liberdade como autodeterminação, relacionada com a autonomia humana, o autogerir-se, tomar suas próprias decisões. Na biotecnologia e na bioética, deve-se refletir até que ponto vai à liberdade do paciente em escolher o tratamento ou em se submeter à pesquisa. Esta liberdade, na biotecnologia, deve ser ponderada com princípios elencados no final do texto em análise, como o da beneficência e o do mal menor/bem possível; 2 – liberdade como autor realização, definida como o caminho para a completude do agente; 3 – liberdade como relação, ou seja, considerar o outro.

As dimensões 2 e 3 da liberdade, segundo Sgreccia (2009, p. 201-202), demandam de formação moral. Ao falar sobre normas, valores, lei e moral, Sgreccia define a dignidade humana e o amor ao próximo como norte. Com efeito, a dignidade humana deve pautar todo o ordenamento jurídico. A vida, como valor, deve ser digna. Toda a luta pelo direito deve seguir na busca de proporcionar ao homem uma vida digna. A bioética, enquanto ética da vida, deve seguir a trilha da dignidade.

No mesmo norte, afirmam Dantas e Araújo (2008, p. 85) que o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana deve servir de limite à atuação estatal e ao agir dos demais atores da sociedade. Reconhece-se que a liberdade de investigação é garantia que consta no texto da Constituição Federal brasileira de 1988, todavia, em

uma espécie de sistema de freios e contrapesos, tem-se os valores da vida, integridade e dignidade.

Sgreccia (2009, p. 218), ao elencar os princípios da bioética, relaciona como princípios gerais a defesa da vida, vida digna, o que importa garantia de direito à saúde e assistência; liberdade e responsabilidade, colocados em conjunto, como se a responsabilidade fosse um parâmetro para a liberdade, o que de fato deve acontecer; princípio da totalidade ou princípio terapêutico, considerando o ser humano em sua completude; princípio da solidariedade e subsidiariedade, o que seria a socialização da medicina, o ideal de alcance universal.

Os princípios da beneficência, respeito e justiça na repartição de ônus e riscos da experimentação são elencados como princípios da bioética norte americana, mas crê-se que podem ser definidos também como princípios universais. Cumpre ressaltar que em outubro de 2005, a Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para Educação, Ciência e Cultura – UNESCO adotou a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, que acrescentou os seguintes princípios – naturalismo (vida, religiosidade, racionalidade); contratualismo; personalismo (princípio da dignidade).

Bastante perspicaz a declaração do autor ora em comento quando ele afirma, dentre as possíveis situações de conflito, o mal menor e o bem possível. Na bioética e na biotecnologia estas situações se encontram em constante tensão, o que se reflete nos aspectos relacionados a utilização de tecnologias reprodutivas. Este conflito deve ser solucionado a partir dos princípios supracitados, notadamente vida e dignidade, beneficência e autonomia.

Sobre as preocupações éticas que envolvem a reprodução humana assistida, Sérgio Costa (2001, p. 181 e ss.) afirma que, ao lado dos benefícios, as técnicas de RHA chamam atenção em virtude das especulações do que se pode fazer a com elas, citando como exemplos o que chama de comercialização da vida (venda de gametas e embriões, barriga de aluguel) e a programação eugênica da filiação, ou seja, escolher as qualidades do bebê visando uma melhoria genética da prole. Aduz que na visão de muitos estudiosos da bioética, se está em jogo algo que se situa entre “a futilidade e o terror”, com a possibilidade de filhos programados. Estes são gerados com manipulação da fase pré-implantação, a pedido dos genitores, para que se proceda a escolha de sexo e outras características.

O ato de programar o filho com características idealizadas sempre foi proibido por resoluções do Conselho Federal de Medicina, mas, como afirma Costa (2001, p.

184), são normas de natureza infralegal e não vinculam juridicamente o profissional, havendo constantes relatos de desrespeito aos seus mandamentos, o que só piora diante da ausência atual de lei específica. Escolha de sexo e manipulação genética da matéria biológica humana só é eticamente permitido e aceitável quando implica em tratamento, devendo ser desprezadas todas e quaisquer práticas que impliquem em eugenia.

Vera Lúcia Raposo (2007, p. 59-60), no mesmo sentido, alega que a escolha do sexo e outras características, como cor dos olhos, pele e cabelo, vigor físico, quociente de inteligência, entre outros, só se justifica por motivos médicos, fora desta roupagem estar-se-á diante do que denomina de escolha frívola. Por outro lado, o chamado diagnóstico genético pré implantacional (DGPI) tem-se como possível quando a seleção e manipulação de embriões é feita como tratamento, não como eugenia.

Ainda que realizado dentro de padrões aceitos pela sociedade médica, há casos de DGPI que, não obstante a aparente recepção, não afastam polêmicas no campo da bioética, é o que se passa com a seleção de embriões com vistas a gestar um feto compatível a figurar como doador a pessoa já existente e que necessita de tratamento como transplante de medula para sobreviver. O professor Guilherme de Oliveira (2005, p. 277 e ss.) analisou com bastante propriedade um desses episódios, um edital de financiamento em que o Centro de Histocompatibilidade do Norte, localizado na cidade do Porto/Portugal, se propõe a utilizar a técnica de diagnóstico pré-natal para selecionar zigotos para salvar crianças com leucemia ou outras patologias tratadas com transplante de medula. O material compatível será implantado no útero da mãe e, quando do nascimento do bebê, será coletado sangue do cordão umbilical.

Questiona-se se a seleção de embriões vai de encontro aos princípios da bioética, a resposta não é fácil, mas presume-se negativa. Ocorre que o que Guilherme de Oliveira (2005, p. 288) chamou de “procura de um irmão à medida” é visto por alguns como instrumentalização da vida, enquanto outros acham uma louvável representação do instituto da solidariedade familiar. Mas o fato é que esta prática levará fatalmente a produção e matéria supranumerária e que muitos do contingente excedentário poderão ser destinados ao descarte; por outro lado, a finalidade inicial é a reprodução, ainda que se procure fazer com que a prole futura seja um doador compatível com aquela já existente. Mais uma vez, está-se diante de conflitos éticos trazidos pela utilização de novas tecnologias reprodutivas.

Apesar dos conflitos, é possível zelar pelo do bom uso da biotecnologia. Conforme afirma Fukuyama (2003, p. 190-191):

O debate sobre a biotecnologia está polarizado entre dois campos. O primeiro é libertário e sustenta que a sociedade não deveria e não pode impor limitações ao desenvolvimento de nova tecnologia. Esse campo incluiu pesquisadores e cientistas que querem fazer recuar as fronteiras da ciência, a indústria biotecnológica que esperam lucrar com avanços tecnológicos irrestritos e, particularmente nos Estados Unidos e na Grã-Bretanha, um grande grupo que está ideologicamente comprometido com alguma combinação de livres mercados, desregulação e interferência governamental mínima na tecnologia.

O outro campo é um grupo heterogêneo com preocupações morais relativas à biotecnologia, composto pelos que têm convicções religiosas, por ambientalistas com uma crença na santidade da natureza, opositores da nova tecnologia e pessoas da esquerda que se inquietam com o possível retorno da eugenia

Segundo Fukuyama (2003, p. 192), é preciso superar esta polarização e refletir sobre quais instituições seriam necessárias para ter controle sobre o ritmo e abrangência do desenvolvimento tecnológico. O autor aborda a dualidade de posicionamentos acerca da pesquisas e experimentos no campo da biotecnologia. Ocorre que a humanidade se encontra em uma verdadeira encruzilhada, onde os caminhos apontam para a restrição total a determinados tipos de pesquisa, ou sua liberação sem limites. Com efeito, já se vivenciou momentos de terror envolvendo pesquisas com seres humanos, notadamente por ocasião do holocausto judeu e demais experimentos aqui relatados com populações menos favorecidas; ao mesmo tempo, porém, se respeitados parâmetros éticos, as pesquisas podem trazer resultados úteis à sociedade.

Deve haver um caminho intermediário entre a proibição e a liberação total. As pesquisas e estudos devem ser fomentados, inclusive como respostas e esperança a pessoas que padecem de males cuja cura demanda o desenvolvimento das ações de investigação, todavia, normas diferenciadas entre os países leva a ocorrência de um fenômeno migratório de laboratórios para locais onde a pesquisa é permitida, o que torna sem efeito a proibição. Vai-se em busca dos chamados paraísos legais, onde nada é proibido, o que se leva a necessidade de pensar meios de inibir tal prática. Esta reflexão pode ser suprida com fulcro nos princípios da bioética.

Koerich, Machado e Costa (2005, p. 108) explicam que o comportamento ético em atividades de saúde vai muito além do plano individual, devendo também ter uma compreensão que abranja os conceitos de responsabilidade social e direitos de cidadania; afirmam que “A ética da responsabilidade e a bioética conduzem a responsabilidade para com as questões do cotidiano e das relações humanas em todas as dimensões desde que tenhamos uma postura consciente na arte de cuidar do outro como se fosse a si mesmo”.

Pode-se dizer, então, que o debate atual necessita propor uma ética da alteridade, ou seja, com um olhar para o outro. E com este novo horizonte, as reflexões devem abranger também o campo da experimentação com seres vivos e matéria biológica humana, bem como as relações entre pacientes, sujeitos das ações e profissionais de envolvidos; devem englobar preocupações atuais e responsabilidade para com o futuro, junto com todos os campos do saber cujos agentes estejam envolvidos, ultrapassando as ciências da saúde para alcançar também juristas, ambientalista, entre outros. Para lidar com os dilemas que se revelam diuturnamente, a bioética se apoia em princípios, cuja abordagem se faz necessária. A este respeito, cumpre citar aqueles elencados pela Resolução nº 466/2012 do Conselho Nacional de Saúde como norteadores da pesquisa com seres humanos: beneficência, não maleficência, autonomia, justiça e equidade, aos quais se acrescentará o princípio da responsabilidade.

O princípio da beneficência e o princípio da não maleficência caminham juntos nas atividades clínicas e de pesquisa. O primeiro, segundo Koerich, Machado e Costa (2005, p. 108), está relacionado com o dever de fazer bem ao outro e de promover o que for melhor para seus interesses, potencializar o bem e reduzir o mal, de modo que o pesquisador se comprometa a avaliar os riscos e benefícios e buscar ao máximo estes últimos, minorando aqueles fatores.

Segundo Sgreccia (2009, p. 231) o princípio da beneficência corresponde ao fim primário da medicina, promover o bem do paciente e evitar o mal. Aduz o autor que não significa apenas o dever de se abster e evitar o dano, mas se investe em um comportamento positivo de praticar o bem e, inclusive, prevenir o mal. Koerich, Machado e Costa (2005, p. 108-109) observam que o profissional da saúde, no trato com o paciente, tem o vício de entender que sabem o que é melhor para este último, todavia, deve-se considerar que o paciente sabe o que é apropriado para si, de modo que deve fazer suas próprias escolhas, guiados pelo princípio da autonomia e expressando o consentimento livre e devidamente esclarecido para as intervenções que lhes são destinadas.

No que pertine aos objetos deste estudo, obviamente a matéria humana manipulada nas clínicas de reprodução humana assistida não tem capacidade de consentir e decidir o que lhe cairá melhor, mas isto não afasta a incidência do princípio da beneficência. A obrigatoriedade de praticar o bem e evitar o dano persiste, o que muda é o consentimento, que deve ser atribuído às pessoas às quais a responsabilidade sobre gametas e embriões é investida.

Não maleficência significa que o pesquisador deve se abster de fazer o mal, avaliar os riscos e evitar os danos previsíveis. Para cumprir este princípio, é preciso evitar situações de perigo para os sujeitos da pesquisa, avaliar se os procedimentos adotados são realmente aqueles capazes de evitar ou minimizar ao máximo os danos individuais ou coletivos e sempre avaliar se não existiria um protocolo de pesquisa mais seguro (KOERICH, MACHADO e COSTA, 2005, p. 109). O fato de não existir, ainda, vida no sentido biográfico da palavra não autoriza o investigado a suprimir a observância do presente mandamento, ao contrário, este, assim como os demais princípios supra elencados, devem eclodir como postulados éticos e morais obrigatórios em toda ação de investigação com organismos vivos.

É uma garantia de que danos previsíveis e irreparáveis sejam evitados ao embrião. Revela os princípios da segurança e da precaução, bem como garante o mandamento previsto no artigo 5º, III, da Constituição Federal de 1988, que traz a garantia ao direito à integridade física e moral (“[...] ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante [...]”), e repudia a prática de experimentos científicos que rebaixem a dignidade do homem ou da mulher e de terapias que os submetam a sofrimentos injustos. Ainda que não se lhe reconhece a personalidade, a matéria biológica de que trata este estudo constitui a origem de toda vida humana, e, nesta condição, deve-lhe ser conferido o devido cuidado, posto que também possui o valor da dignidade.

O princípio da autonomia, segundo Sgreccia (2009, p. 231), traduz o respeito aos direitos fundamentais do ser humano, no qual se insere a autodeterminação, aduz o autor que o mandamento se situa na máxima de não se fazer a outrem aquilo que não se deseja para si, revelando um sentido intrínseco de respeito mútuo. Fala ainda que se funda na existência tácita de uma aliança terapêutica entre o profissional e o doente ou sujeito da pesquisa, e no consentimento para os protocolos a serem seguidos no tratamento ou na pesquisa. Para aqueles que não podem expressar a vontade, Sgreccia (2009, p. 231) sabiamente responde que esta será suprida com o recurso aos princípios da beneficência e da justiça.

Koerich, Machado e Costa (2005, p. 109), dizem que autonomia diz respeito ao autogoverno ou o poder de decidir sobre si mesmo, expressa liberdade de agir e de pensar, cujos únicos limites deveriam ser imperativos legais e o dever de não causar danos a terceiros. O direito moral do ser humano à autonomia, implica aos demais o dever de respeito, motivo pelo qual as ações de investigação e tratamento devem ser

desenvolvidas mediante consentimento esclarecido e, em se tratando de sujeitos com discernimento reduzido, como crianças e deficientes mentais, Koerich, Machado e Costa (2005, p. 109) afirma que se deve agir pautando-se na responsabilidade.

Com efeito, a ausência de capacidade para expressar a própria vontade não deve ser encarada como um cheque em branco para o médico ou pesquisador, conferindo a estes direitos irrestritos ou ilimitados na condução das ações de investigação ou terapêuticas. A história já demonstrou quão perigoso isto seria, servem de exemplo os horrores praticados pelos cientistas alemães no holocausto judeu e os já citados casos de Beecher e da pesquisa sobre a evolução da sífilis quando já existia protocolo de tratamento, em Tuskegee, no Alabama. Mais do que relações interindividuais, está em jogo um comportamento digno de respeito à toda humanidade.

Godinho (2014, P. 92) proclama a autonomia da vontade como “um dos mais importantes alicerces do fenômeno jurídico”, segundo o autor, a expressão da vontade se revela como fonte de libertação do indivíduo, sendo a autonomia a faculdade de ditar as próprias regras. Sustenta ainda que o alcance da autonomia nem sempre se revelou homogêneo, fazendo alusão ao período anterior às revoluções burguesas e aos movimentos que eclodiram nos séculos XVIII e XIX, em que se primava pelo valor da liberdade consagra-se o princípio da autonomia da vontade em sua máxima potência: a vontade livre e declarada tem força de lei entre as partes (GODINHO, 2014, p. 92).

De fato, grande foi a evolução em termos de autonomia e liberdade alcançada à luz do liberalismo, todos são livres e iguais perante a lei, e, salvo mandamento jurídico-normativo, ninguém pode ser coagido a fazer algo contra a vontade. Koerich, Machado e Costa (2005, p. 109) declaram que a autonomia não nega a existência de influências externas à formação da vontade, mas confere ao indivíduo a possibilidade de refletir sobre elas e decidir conforme sua conveniência. Todavia, deve-se observar que as liberdades formais sem sempre são suficientes para livrar o ser humano das amarras da necessidade, é preciso capacitá-lo ou empoderá-lo para que se invista realmente de autonomia. Diante da carência econômica, muitos consentem em realizar procedimentos para suprir a falta de recursos para sobrevivência, como alugar útero, vender órgãos, gametas e embriões, mais uma vez, os princípios da justiça e da beneficência surgem para suprir ou superar os vícios do consentimento, revelando a ideia de que a aplicação dos mesmos deve ser sistemática.

Koerich, Machado e Costa (2005, p. 109) se referem ao princípio da justiça como uma distribuição equitativa de deveres e benefícios. Sgreccia (2009, p. 232), a seu turno, afirma que:

[...] refere-se à obrigação de igualdade de tratamentos e, relativamente ao Estado, de distribuição equitativa dos fundos para a saúde, a investigação, etc. Este princípio, se bem que não implique certamente tratar todos da mesma forma, porque são diferentes as situações clínicas e sociais, deverá implicar, pelo menos, a adesão a alguns dados objetivos como, por exemplo, o valor da vida e o respeito por uma proporcionalidade das intervenções.

Concorda-se com Dantas e Araújo (2008, p. 96) quando afirmam que o princípio da justiça significa imparcialidade na distribuição de riscos e benefícios entre os agentes que atuam nas ações de investigação científica e tratamentos médicos, bem como uma distribuição equitativa dos recursos sanitários. Nesta última abordagem, percebe-se que o justo se aproxima do princípio da solidariedade¹³⁶.

Assim, em uma análise principialista, e conjugando os princípios abordados até o momento, a atuação do pesquisador, para ser justa, precisa ser orientado para a realização do bem próprio, dos sujeitos da investigação científica e da sociedade como um todo. O princípio da justiça rege ainda que ela deve ser distributiva, ou seja, ele só se perfaz realmente diante da igualdade social, mas em locais em que esta igualdade seja apenas formal, ele só se realiza mediante o valor da solidariedade.

Por falar em princípio da justiça, mister se fazer uma análise à luz da teoria de Rawls. O autor traz a justiça e a verdade como duas das principais virtudes sociais, teorias e leis que sejam injustas ou tragam inverdades, devem ser abolidas, reformuladas ou rejeitadas. De maneira muito lúcida, faz a seguinte reflexão: “A única coisa que nos permite concordar com uma teoria errônea é a falta de qualquer coisa melhor; de forma análoga, a injustiça só é tolerável quando é necessário evitar injustiças ainda maiores” (RAWLS, 1981, p. 28). Percebe-se que se reconhece a possibilidade de estas ocorrerem, mas se deve lutar para que aquela virtude seja consumada em sua plenitude, na necessidade de se fazer ponderações, é preciso que se estabeleça um sistema de pesos e medidas que garantam soluções equitativas e próximas ao que se poderia esperar de um panorama ideal.

Rawls (1981, p. 4) fala em princípios da justiça partindo do entendimento de que a vida em sociedade é uma associação de pessoas que reconhecem a certas normas de

¹³⁶ A distribuição de recursos, em um país ainda em desenvolvimento, como parte expressiva da população vivendo em condição de pobreza, só pode ser equitativa se uns (mais abastados) forem solidários com outros (mais necessitados).

conduta o papel de nortear o comportamento humano, agindo conforme os mandamentos nela contidos, considerando que as regras instituem um sistema de cooperação para, além de garantir a subsistência daqueles que a integram e uma convivência pacífica, estejam orientados a promover vantagens recíprocas a totalidade de seus membros, seria necessário um conjunto de princípios para promover os ajustes de distribuição adequada de encargos e benefícios, ao que o autor denominou de princípios da justiça. A sociedade terá atingido seu êxito se, além de promover o desenvolvimento de todos aqueles que dela fazem parte, tiver conseguido sintetizar e aplicar princípios básicos de justiça.

Estes, podem apresentar uma perspectiva utilitarista ou contratualista. Pela primeira, seriam eleitos os princípios que mais vantagens apresentassem para as partes que estão envolvidas na situação, através desta ótica, em escala social, a leitura correta seria potencializar aqueles que mais benefícios trouxessem ao grupo entendido em sua coletividade, maiores vantagens para um maior número de pessoas. A segunda ótica que se apresenta, origina-se de um acordo de vontades onde eventuais vantagens seriam discutidas e compartilhadas, seria a soma das intenções, onde todos voluntariamente negociariam e cederiam competências e prerrogativas reciprocamente, visando o bem coletivo, mais se aproximando, segundo Rawls (1981, p. 33), do conceito de equidade.

Sobre quais os princípios da justiça arrolados por Rawls (1981, p. 36 e ss.), cumpre destacar a liberdade e igualdade, estas devem ser entendidas não apenas no sentido formal, como também no sentido material. De fato, partindo-se da perspectiva contratualista, os indivíduos que assinam o contrato precisam fazê-lo de vontade livre e consciente, sob pena de prejudicar a designação do mesmo como justo ou injusto. Liberdade formal todos têm, mas sua acepção material demanda igualdade, esta sendo vista pelo viés das capacidades/empoderamento de Amartya Sen, de forma como foi trabalhada na segunda seção do presente texto.

Analisando a relação entre os princípios da justiça e a matéria em estudo, há de se considerar que, partindo-se da teoria contratualista, não é justo impor ao homem do futuro perigos e danos cuja decisão para suportar ele não participou, mas será o único a quem se incidirão efeitos eventualmente nefastos. Os conceitos e qualidades de livre e igual só se aplicam ao homem do presente, que tem obrigação constitucional de zelar pela manutenção de condições de existência. Ao mesmo tempo, considerando a possível vulnerabilidade das pessoas que fazem o tratamento, dificilmente se iria alçar o gozo dos princípios da liberdade e da justiça. O fundamental é estabelecer um ponto comum

onde estas prerrogativas se encontrem e uma ordem de prioridade, de modo a reconhecer qual o princípio da justiça que merece maior proteção no contrato em geral.

Mais uma vez, cumpre lembrar o princípio da responsabilidade de Jonas (2015, p. 351) de modo a se estabelecer as prioridades e cobrar que em uma ética de futuro, se mantenha o cuidado para com os seres humanos que ainda estão por vir e que se assine um contrato que esteja em conformidade com os interesses de todos. Aos princípios da bioética já citados, é do interesse deste estudo acrescentar o princípio responsabilidade, como modo de, junto com as demais normas elencadas, garantir um tratamento de cuidado e respeito para gametas e embriões humanos. Nesta altura, já está em tempo de traçar as diretrizes para o tratamento que se entende como ideal.

6.3 RHA E MATÉRIA BIOLÓGICA HUMANA: DA COISIFICAÇÃO AO IMPERATIVO DO SER

Diante de tudo o que vem sendo abordado até o momento, percebe-se que o debate sobre a condição e tratamento a ser dispensado aos gametas e embriões humanos é tema bastante delicado, envolve muitos conflitos éticos e jurídicos, perpassando pela vivência moral, pessoal e orientação política e religiosa de todos os envolvidos. Os desafios impostos implicam em determinar o conceito que se demonstre mais compatível com a condição dos elementos biológicos humanos manuseados nos tratamentos de procriação assistida e diretrizes que fundamentem o comportamento ideal a ser adotado perante os mesmos, mormente diante da variedade de interesses envolvidos.

Com efeito, não se trata apenas de determinar o destino e o tratamento mais justo para gametas e embriões em si, mas também de traçar limites ao manuseio e utilização por terceiros, recomendar entre um comportamento eticamente aceitável e a coisificação. A proposta, no entanto, é determinar uma rota que garanta um comportamento de respeito e cuidado, ao mesmo tempo em que possibilite, sob a égide dos princípios da bioética acima elencados, a satisfação de necessidades humanas.

Este dilema acerca dos fundamentos e modos de utilização sempre esteve no cerne da questão quando se fala em zigotos e gametas humanos, e, em meio aos debates travados, frequentemente vê-se os interesses políticos, médicos e científicos diante dogmas morais, religiosos, convicções culturais e pessoais. Este impasse foi ilustrado por Cesarino (2007, p. 347) quando, através de um artigo com o sugestivo título “Nas

fronteiras do Humano”, analisou os debates ocorridos no Brasil e no Reino Unido por ocasião da liberação da pesquisa com células tronco embrionárias.

De fato, a liberação das pesquisas com células tronco embrionárias em ambos os Estados difere em diversos aspectos, como em relação ao tempo em que foi promovida a autorização, limites e fundamentação que legitima as ações de investigação em detrimento da preservação da integridade do zigoto humano. O tema da situação da pesquisa com células tronco embrionárias no Reino Unido já foi tratado com mais detalhes nos capítulos anteriores, mas é necessário trazer mais um olhar sobre ele para melhor esclarecer as diferenças que Cesarino (2007, p. 347) apontou existir em ambos os sistemas.

Mas em um e em outro caso, há de se observar que a discussão ultrapassa os limites da política e parece estar inserida na definição ou redefinição das próprias realidades social e cultural, em se tratando dos embriões produzidos em laboratório, seu manuseio em ações de investigação científica, manipulação e eventuais melhoramentos genéticos, o que está em jogo, segundo Cesarino (2007, p. 348) é a redefinição do que ela chamou de fronteiras do humano, do que seria natural e cultural em meio a esta rede de interesses.

Deste modo, a problemática envolvendo o embrião extrauterino se insere na concepção do significado e extensão do que é sujeito e do que é pessoa e, mais que isto, possibilidades e modos de explorar, seja em cunho científico ou econômico, esta substância em benefício de outrem. Com relação aos gametas, apesar de se defender para com eles uma atitude de respeito, eventuais questionamentos morais são minimizados pelo fato de ainda não ter havido fecundação e surgimento de um novo ser, em todo diferenciado dos genitores, de modo que a problemática maior em determinar se é ou não humano, condição de pessoa, sujeito ou objeto atinge maior expoente quando se trata do zigoto produzido em laboratório.

O momento inspira reflexão sobre o que é ou não humano, o que possui ou não dignidade, se o embrião supranumerário é da natureza das pessoas físicas ou naturais, ainda que não lhe seja destinado o atributo de personalidade, mas ter-se a consciência de que são iguais em origem e formados a partir do mesmo substrato, ou se, em situação oposta, ser objetificado e ostentar uma natureza não humana. É preciso reconhecer que, diante das possibilidades que se apresentam perante o horizonte da investigação científica e utilização da matéria biológica congelada, cresce a pressão por definições legislativas, transferindo para a política os anseios apresentados pela ciência, “trata-se

de definir politicamente a própria ontologia natural” (CEZARINO, 2007, p. 349). Mas será que é mesmo necessário colocar limites tão rígidos? Não seria, a condição de sujeito, compatível com a utilização em benefício de seus pares? É chegado o tempo de analisar limites de densidade das tais fronteiras do humano.

Nos países do Reino Unido, diferente do que acontece no Brasil, onde até o momento se carece de lei específica sobre reprodução medicamente assistida e que indique a condição jurídica da matéria biológica manipulada em laboratório, tão logo o anúncio do nascimento do primeiro bebê de proveta foi proferido em 1978, as autoridades locais se apressaram em estabelecer diretrizes para orientar o trato com gametas, embriões e o protocolo do tratamento de PMA. Ainda que não se concorde com todos os mandamentos estabelecidos, conforme já disposto no capítulo 3, o que importa é que as classes de cientistas e políticos, de maneira rápida e eficaz, estabeleceram os direcionamentos que a sociedade precisava, conforme os valores vigentes no tempo e espaço.

Fala-se isto porque para os interesses da ciência e a vontade política convergirem em uma norma que venha reger temas tão polêmicos, é extremamente importante que a fundamentação correlata responda e supere de maneira satisfatória os questionamentos morais e culturais apresentados. Assim, após o nascimento de Louise Brown, travou-se uma discussão em comissão instituída para analisar temas envolvendo embriologia e RHA, que resultou no Relatório Warnock, em 1984. As definições traçadas no documento foram fundamentais para a legislação que veio em seguida.

A comissão responsável pela elaboração de um texto com recomendações ao Parlamento britânico em matéria de embriologia era presidida pela filósofa Mary Warnock, que emprestou o nome ao documento gerado, e composta por 16 (dezesesseis) estudiosos de diversas áreas, dentre os quais se pode citar cientistas, juristas e teólogos. Ao final da discussão, houve consenso em quase totalidade das recomendações a serem expedidas, exceto quanto à liberação da pesquisa com embriões excedentários, que acabou por obter uma recomendação positiva aprovada por maioria, mas com pouca margem de vantagem, em uma votação apertada (CESARINO, 2007, p. 350).

A manobra utilizada foi definir os conceitos de pré-embrião e de embrião como estágios diferenciados do desenvolvimento humano, de modo que apenas este último seria merecedor de uma tutela mais protetiva, ao passo que aquele, definido como o zigoto até o 14º dia de desenvolvimento, por apresentar maior fragilidade e ainda não ser possível assegurar individualidade, entre outros aspectos, poderia ser descartado ou

utilizado em ações de investigação. Ao mesmo tempo, a matéria originada a partir da fecundação dos gametas em ambiente artificial não pode atingir fora do útero da genetriz 14 (catorze) dias, ao final dos quais deve ser congelado.

A teoria do pré-embrião respondeu bem aos anseios de cientistas e pesquisadores, todavia, ainda faltava a aprovação de uma lei que garantisse a liberalidade almejada de maneira mais efetiva, o que aconteceu em 1990, conforme estabelecido no capítulo 4 do presente estudo. Mas aqui também a aprovação das pesquisas com células tronco embrionárias não foi livre de polêmica, para convencer o Parlamento, organizações da sociedade civil promoveram encontros entre políticos e pessoas doentes, deficientes e suas famílias, como tentativa de sensibilizá-los para a necessidade de avanços nas ações de investigação em busca da cura (CESARINO, 2007, p. 352-353). A ação surtiu efeito e a pesquisa foi liberada, mas note-se que a definição de pré-embrião com base na qual apenas o zigoto com 15 (quinze) dias de vida seria merecedor de tutela mais ativa foi fundamental para o deslinde da questão, servindo para fundamentar os textos das leis que permitiram de maneira ampla a utilização destes elementos biológicos nas ações de investigação.

No Brasil, no ano de 2016, portanto mais de 20 (vinte) anos após ser publicada a lei sobre embriologia no Reino Unido, ainda não foram editadas normas específicas. Não custa lembrar que a procriação medicamente assistida já é realidade no país há mais de três décadas e, do mesmo modo que ocorria no Reino Unido, a comunidade científica clamava por ser autorizada a realizar pesquisas com o material supranumerário, as pesquisas com células tronco adultas, segundo Cesarino (2007, p. 356), já acontecia desde 1999 e a potencialidade revelada com o uso de material extraído de embriões tornou este anseio ainda maior, mas ainda faltava uma norma com mandamento permissivo.

Com demora excessiva na regulamentação da matéria de RHA e embriologia, os trabalhos preparatórios para elaboração da lei nacional de biossegurança, cientistas, organizações sociais que integravam doentes, deficientes e seus familiares, médicos e laboratórios ingressaram em uma ação política para que fosse ali inserido um dispositivo que possibilitasse a pesquisa com células tronco embrionárias. O expediente utilizado pelo grupo foi semelhante ao que aconteceu no Reino Unido, levando vítimas e familiares ao encontro dos congressistas e demonstrando a urgência na liberação de pesquisas cuja esperança potencial no descobrimento de curas e melhoramentos de condições de vida era grande.

Assim, ainda que de maneira deslocada, em uma lei que disciplina o manuseio de organismos geneticamente modificados, foi inserido o artigo 5º, que trata da regulamentação da pesquisa com embriões excedentários. As polêmicas a respeito desta norma já foram discutidas no capítulo anterior, mas impõe ressaltar que não há determinação da condição do elemento biológico, ao mesmo tempo, convém observar que a regra teve por motivação curar e amenizar o sofrimento de doentes e familiares, com fulcro no princípio da solidariedade, nada dispondo acerca da qualidade de sujeito ou não do material supranumerário.

É preciso considerar, no entanto, que a utilização de embriões em pesquisa não lhes retira a humanidade nem prejudica a conceituação como sujeito de direito, à semelhança do que ocorre com a doação de sangue e de órgãos, o doador não deixa de ser humano pela realização da liberalidade, nem o material doado ou transplantado é reduzido ao status de coisa. Entende-se neste estudo que, apesar de não poder ser considerado pessoa, pela falta de elementos objetivos determinados pelo sistema jurídico, *in casu*, no Brasil, o nascimento com vida, o ovo ou zigoto possui uma dignidade que é humana, o que lhe confere a prerrogativa de ser titular de uma tutela digna de respeito. Ocorre que, na outra ponta da questão, estão pessoas humanas necessitando de avanços que perpassam pela utilização do material criopreservado e, diante da necessidade de ponderar a dignidade humana daqueles com a dignidade da pessoa humana destes últimos, esta deve prevalecer.

Em uma ponderação de princípios, a prevalência de um não retira a validade do outro, de modo que, se em um momento a vida humana embrionária foi suprimida em benefício da saúde de outrem, isto não significa que aquela perdeu sua validade na totalidade. Ao contrário, o mandamento de respeito permanece, e ações futuras só podem ser autorizadas mediante parâmetros éticos e legais rígidos e bem definidos. É importante que a utilização e manuseio da matéria biológica humana se pautem nos princípios da bioética já elencados, de modo a garantir tutela da dignidade e evitar danos irreparáveis ao homem ou mulher do futuro.

Na condição de sujeito de direitos, o embrião humano, desde a sua concepção, pode ser titular de proteção, ser herdeiro em testamento ou receber liberalidades em doação, no entanto, é preciso formatar estes elementos a situação peculiar de seu destinatário. Em primeiro lugar, convém salientar que o embrião pode ser titular de direitos patrimoniais, na qualidade de direitos expectativos, cuja consolidação

demandará da necessidade do nascimento com vida, da mesma forma como acontece com o nascituro e com a prole eventual¹³⁷.

Veja-se então, quais seriam os direitos e prerrogativas compatíveis com a condição do zigoto *in vitro*:

Em relação aos direitos patrimoniais, entende-se possível a o recebimento de bens por testamento e doação, a exemplo do que acontece com o nascituro e com a prole eventual. Esta, conforme disposto no artigo 1799, I, do Código Civil, são os filhos ainda não concebidos de pessoas indicadas pelo testador, neste caso, havendo o falecimento do autor da liberalidade, conforme o artigo 1800 do mesmo diploma, após a liquidação da partilha, os bens serão confiados a um curador especialmente nomeado pelo juiz, que ficará na administração dos bens enquanto se aguarda as concepção e posterior nascimento com vida, como medida de segurança jurídica, de maneira análoga, é recomendado que se estabeleça o prazo decadencial de 02 (dois) anos para que se tenha início a gestação e eventual nascimento com vida. A doação deve seguir os mesmos parâmetros¹³⁸, aplicando-se, de maneira análoga, os mandamentos dos artigos 877 e 878 do diploma civil, que disciplina a posse em favor do nascituro.

No que pertine ao direito à vida, não se pode negar a existência de uma tutela da vida embrionária, ainda que de maneira mitigada e com incremento progressivo da proteção à medida em que as etapas do desenvolvimento embrionário forem sendo superadas. Não se revela como um direito a viver, mas em garantir condições necessárias para que possa vir a existir um dia. O início de uma gestação depende do fato de se estar inserido no planejamento familiar, em um projeto de paternidade filiação, conforme analisado no segundo capítulo, que é de livre disposição do homem, da mulher ou do casal.

Estes não podem ser obrigados a trazer ao mundo todos os zigotos originados no tratamento de RHA, mais uma vez, há uma ponderação de princípios entre o direito à vida do embrião excedentário e o direito à liberdade de constituição do núcleo familiar

¹³⁷ Segundo o art. 2º do Código Civil, o nascituro já se apresenta como sujeito de direitos, embora só venha a adquirir personalidade com o nascimento com vida. Os artigos 542, que possibilita que aquele venha a ser donatário, bem como os artigos 877 e 878, que disciplinam a posse em nome do nascituro, corroboram com este entendimento.

Do mesmo modo, a lei civil entende como sujeito de direitos “pessoas ainda não concebidas”, mais conhecidas como prole eventual, ao dispor, no artigo 1799, I, que podem ser nomeados como herdeiros em testamento filhos ainda não concebidos de pessoas vivas.

¹³⁸ O artigo 59 do Projeto de Lei nº 115/2015 contempla a prerrogativa de qualidade de herdeiro ao embrião humano criopreservado. Se é detentor de direitos sucessórios, ainda que expectativos, há de ser reconhecida a condição de sujeito de direitos.

que detém a pessoa humana e, como dito, quando um de deparar com o outro, as prerrogativas desta última devem prevalecer. O direito à vida aqui disposto se refere à obrigação de preservar, na medida do possível, condições necessárias para que venham a existir, coibindo o descarte irresponsável e se estabelecendo limites éticos a realização de pesquisas.

No que toca a proteção à integridade do embrião, esta aqui se revela na necessidade de proibir a manipulação genética, alteração de características originais e criação de seres híbridos. Qualquer manipulação só deve ser permitida quando se fizer necessária para tratamento de doenças genéticas ou congênitas, devendo ser inibido também tentativas de melhoramento genético em prol de uma raça superior, posto que seria um caminho de futuro incerto, cujos riscos são inimagináveis. Ademais, modificações no ser embrionário com intenção de criar uma criança perfeita configura eugenia, comportamento que afronta os princípios de bioética já analisados.

Vê-se também a possibilidade de adoção. Quando se considera a entrega de embriões que já não estão mais inseridos no projeto de paternidade ou maternidade/filiação dos genitores, tem-se falado em doação, conforme a terminologia utilizada nas Resoluções do Conselho Federal de Medicina, todavia, deve-se reconhecer que este não é o instituto jurídico mais adequado. De acordo com a regra do artigo 538 do CCB, “considera-se doação o contrato em que uma pessoa por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra”. Fala-se em transmissão de patrimônio, bens ou vantagens, de objetos da propriedade alheia, conceito de todo incompatível com o que se defende para o ovo ou zigoto. O que mais se adequa, segundo o entendimento posto neste trabalho, é o instituto da adoção, que é o ato jurídico solene que estabelece vínculo de paternidade e filiação entre o adotante e o adotado, revelando a satisfação dos anseios de quem vai em busca de embriões excedentários gerados por terceiros, como medida de tratamento da infertilidade.

No que diz respeito aos institutos de posse e propriedade, o estatuto ético do embrião não deve comportar a ideia de serem objetos de propriedade alheia, do mesmo modo, ao se evitar a coisificação, afasta-se também a possibilidade de serem objetos de posse. A figura jurídica mais apropriada para definir os deveres das clínicas e dos genitores para com eles é a guarda, definida como o poder-dever ou um conjunto de direitos e deveres voltados para proteger e amparar aquele que se encontra em situação de vulnerabilidade. As prerrogativas deveriam estar definidas em lei, mas na ausência desta, recomenda-se que os deveres estejam voltados para a preservação da matéria

humana em boas condições para eventual futura gestação, evitar manipulações ou ações com risco potencial de dano irreversível, dever de cuidado e comportamento norteado pelos princípios da bioética.

Vislumbra-se também a possibilidade de curador especial, uma vez que, para tutela de seus interesses, o embrião *in vitro* pode ser detentor de uma capacidade processual específica, mediante representação, de modo a garantir que os direitos subjetivos expectativos que possui venham a ser efetivamente gozados após o nascimento. Se o zigoto ainda estiver inserido em um projeto de filiação, aos genitores caberá a responsabilidade de representá-lo, caso contrário, deverá ser estabelecida uma curatela especial, nos moldes da que é concedida pelo artigo 1.779 do Código Civil brasileiro ao nascituro.

Quanto aos gametas masculino e feminino, sabe-se que a situação é diferenciada, não sendo possível atribuir-lhes a condição de sujeito, mas de bem jurídico civil, um bem a ser tutelado. Isto porque, enquanto embrião, após a concepção, tem uma identidade genética própria e diferenciada dos seus genitores, podendo, desde que passe pelas etapas seguintes de seu desenvolvimento, gerar uma criança ao final da gestação, aqueles ainda possuem o mesmo código genético dos indivíduos dos quais foram retirados e, em condições regulares, não poderiam dar origem a um novo ser sem passar pelo processo de fecundação.

Deste modo, uma vez que possuem o mesmo código genético daqueles de quem foram extraídos, não há fundamento para lhes atribuir condição de sujeito de direitos. São, na verdade, elementos destacados dos corpos de origem, devendo ser enquadrados na categoria de bem jurídico civil, apresentando status superior ao de uma simples coisa, sendo considerado um bem a ser protegido pela legislação infraconstitucional.

Por serem matéria humana, são também abrangidos pela dignidade humana e merecedores de uma tutela de respeito. Em razão desta qualidade, são, do mesmo modo que os embriões, detentores de valor, não de preço, o que impede de virem a ser objeto de qualquer sorte de exploração econômica, mas, conforme definição de bem, podem ser doados, devendo-se tomar como base os regimes jurídicos existentes para doação de sangue e doação de órgãos.

Em virtude de sua origem, o estatuto mais adequado aos gametas deve ser equivalente ao tratamento de partes destacadas do próprio corpo, seguindo princípios estabelecidos pela lei de doação de órgãos, observando-se o seguinte: podem ser doados, mas não vendidos, a exploração econômica não se revela como comportamento

eticamente aceitável; após a coleta, fica sob a guarda dos bancos de células germinativas onde forem armazenados, não incidindo relação de posse ou de propriedade; devem ser considerados uma extensão do corpo do qual foram extraídos, de modo que casos de perda ou deterioração serão considerados injúria e implicarão na incidência de danos morais por violação a direito da personalidade.

Sobre a relação entre danos morais e direitos da personalidade, convém explicar que na tentativa de unificar de forma protecionista, voltada para o *ser*, o pensamento constitucional com o legal, o Novo Código Civil, tenta adequar em matéria privada uma postura de guarida dos bens ditos primordiais, estabelecendo novas regras, que em muito se distanciam do modelo arcaico do Código de 1916. Ocorreu a funcionalização do direito civil, que segundo Gustavo Tepedino (2003) é um processo socializante, em que determinadas liberdades civis, como a liberdade contratual passa a sofrer uma contenção principiológica baseada na socialidade. Observa-se que o Direito Civil passa por um processo de oxigenação das bases jurídicas com elementos de ordem social, filosófica, histórica, econômica e ética, com o nítido objetivo de satisfazer as demandas sociais em prol de uma ordem jurídica e social mais justa. Visa-se, portanto, a concretização dos princípios constitucionais.

Utilizando-se novamente das lições de Tepedino (2003, pág. 25), este novo panorama instaurado com a Carta Magna de 1988 e complementado pela vigência do Código Civil de 2002, configura “verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana”¹³⁹. O Código Civil atual cuidou dos direitos da personalidade de forma bastante tímida e fragmentada, nos artigos 11 a 21. A disciplina fica aquém da proteção merecida por tal categoria de direitos. Cumpre ressaltar que, os direitos da personalidade, por serem não patrimoniais, sempre encontraram dificuldades em se estabelecer um mecanismo eficaz de tutela jurídica. No mesmo norte, Luiz Edson Fachin (2000, p. 94) adverte que a noção de direitos da personalidade deve veicular “mecanismos efetivos de realização de tais direitos”. Ao mesmo tempo, segundo leciona Lôbo (2001, p. 80):

[...] os danos morais se ressentiam de parâmetros materiais seguros, para sua aplicação, propiciando a crítica mais dura que sempre receberam de serem deixados ao arbítrio judicial e à verificação de um fator psicológico de aferição problemática: a dor moral.

¹³⁹ Cláusula geral é uma disposição normativa a ser observada pelo juiz na regulação in concreto de determinada relação de direito. Tem conteúdo variável que é preenchido conforma as necessidades de cada povo em dada época.

A Constituição brasileira de 1988 tratou de ambos os institutos em conjunto no art. 5º, inciso X. Deve-se concluir que a “interação não é ocasional, mas necessária” (LÔBO, 2001, pág. 79). Observa-se que “os direitos da personalidade, por serem não patrimoniais, possuem a mesma natureza do dano moral, também não patrimonial” (LÔBO, 2001, pág. 79/80).

De fato, concorda-se com o supracitado autor quando ele diz que:

De modo mais amplo, os direitos de personalidade oferecem um conjunto de situações definidas pelo sistema jurídico, inatas à pessoa, cuja lesão faz incidir diretamente a pretensão aos danos morais, de modo objetivo e controlável, sem qualquer necessidade de recurso à existência da dor ou do prejuízo. A responsabilidade opera-se pelo simples fato da violação (*damnum in re ipsa*); assim, verificada a lesão a direito da personalidade, surge a necessidade de reparação do dano moral, não sendo necessária a prova do prejuízo, bastando o nexo de causalidade. Por exemplo, a instituição financeira que promove a indevida inscrição de devedor em bancos de dados responde pela reparação do dano moral que decorre dessa inscrição; basta a demonstração da inscrição irregular. (LÔBO, 2001, p. 80)

Pode-se afirmar, assim, que o dano moral consiste na lesão a um interesse que visa a satisfação ou gozo de um bem jurídico extrapatrimonial contido nos direitos da personalidade, integridade psíquica e integridade moral. Danos eventualmente causados a gametas em estado de criopreservação constitui, claramente, violação a bem extrapatrimonial e à integridade daqueles que coletaram e confiaram o material ao estabelecimento, devendo haver reparação por danos morais em decorrência da injúria praticada e não em virtude a perda ou deterioração de propriedade, posto que este poder não está envolvido na relação entre pessoas e material genético. Ao lado dos danos morais, também devem ser reparados os danos materiais relativos aos procedimentos clínicos de coleta e criopreservação, nos termos das normas de responsabilidade civil em vigor.

Em suma, os embriões são sujeitos de direitos patrimoniais e têm capacidade processual especial, mediante representação, para tutela de seus interesses, seu manuseio deve ser pautado nos princípios da bioética e da responsabilidade, para não ser danificado em prol de caprichos da ciência, e zelar-se pela manutenção do patrimônio genético da humanidade, revelando-se, conforme Jonas (2015) o dever de preservar a existência do homem do futuro. Ações de investigação com matéria biológica humana só devem ser permitidas quando tiverem como finalidade a busca por

procedimentos terapêuticos de cura de doenças ou melhoria da qualidade de vida de pessoas doentes e deficientes enquanto aquela ainda não for possível.¹⁴⁰

Não tem direito a ser gestado, nascer ou viver, posto que deve estar inserido nas perspectivas de planejamento familiar dos genitores. Podem ser dados em adoção e esta nomenclatura deve ser preferida à terminologia doação, melhor aplicada quando se tratar de óvulos e espermatozoides. Não podem ser objeto de exploração econômica e a manipulação só será eticamente aceitável como tratamento de patologias genéticas ou congênitas.

É importante refletir que o essencial não é atribuir direitos às, nas palavras de Ost (1995, p. 204), “entidades não convencionais”, como gametas e embriões, mas, conforme o entendimento do autor, assegurar uma condição ou estatuto definido em lei, conferindo deveres aos homens e mulheres. A partir daí se poderá determinar um conjunto de regras e benefícios que se traduzirão em limites de segurança e respeito na utilização de matéria biológica humana durante os tratamentos de RHA. Enquanto o estatuto não é definido, a utilização dos princípios da bioética aparece como uma luz para retirar a matéria biológica humana do que Ost (1995, p. 245) chamaria de trevas do não direito.

As preocupações no campo da biotecnologia são representadas neste estudo pelos riscos inerentes ao exercício de ações de procriação medicamente assistida e manipulação de matéria biológica humana. Nesta seara, é importante a observação de Jonas (2015, p. 231) no sentido de que “a união do poder com a razão traz consigo a responsabilidade” e de que “o dever do qual falamos surge com a ameaça sobre aquilo de que falamos”.

O que se pretende dizer é que a necessidade de uma ética de responsabilidade para com a matéria biológica humana cresce na medida em que as possibilidades de manuseio desta se agigantam com o desenvolvimento de novas tecnologias. Além disso, eventuais interesses econômicos, diante da ausência de mecanismos de controle, seja do ponto de vista ético ou jurídico, apresentam um potencial de risco que deve ser levado em consideração e conduz a um clamor por medidas de prevenção.

Concorda-se com Hiskes (1998, p. 100) quando ele afirma que os riscos gerados por novas tecnologias demandam decisões coletivas, nas quais o sujeito deve levar em conta o bem-estar do outro. Quando está em jogo conflitos de interesses (por exemplo:

¹⁴⁰ O que se coíbe não é a pesquisa em si, mas a exploração econômica indevida.

avanço nas pesquisas x preservação dos embriões; investigação científica x direitos dos pacientes), os anseios de uns podem violar direitos de terceiros, caso em que, segundo o autor em comento, o interesse coletivo deve prevalecer, soma-se a este entendimento, o significado do princípio da justiça como equidade. Hiskes (1998, p. 102) ainda acusa a necessidade humana por sistemas morais, ao mesmo tempo estes sistemas precisam proteger a vida e segurança dos agentes morais.

Clama-se pelo que Jonas (2015, p. 232) chama de “ética da preservação e da proteção, não por uma ética do progresso e do aperfeiçoamento”. A responsabilidade surge a partir do risco. Este e aquela são companheiras constantes na ciência, a presença de um reclama a existência da outra, para que as ações de investigação estejam comprometidas tanto com o progresso quanto com o bem de todos e a preservação da humanidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pretensão inicial deste estudo era propor um estatuto jurídico para o embrião excedentário no direito brasileiro, todavia, durante as pesquisas desenvolvidas, verificou-se que já existem quase duas dezenas de projetos de lei propostos, um dos quais, o PL nº 115/2015, satisfaz os requisitos aqui defendidos. Percebeu-se que o que falta no país é um maior reconhecimento social sobre a importância da regulamentação da procriação medicamente assistida e alertar para a importância de se estabelecer preceitos éticos rigorosos, que propiciem um tratamento responsável e minimizem riscos de dano futuros. Ademais, verificou-se também que se fazia necessário determinar um conceito jurídico adequado para os elementos biológicos provenientes dos tratamentos de reprodução humana assistida e indicar direitos e deveres correlatos. Ao final, chega-se às seguintes conclusões:

1. Para desenvolver as prerrogativas inerentes ao exercício de direito reprodutivos e planejamento familiar, iniciou-se a análise das capacidades substantivas de constituição do núcleo familiar, exercício do direito à filiação e eventual necessidade de tratamento de procriação medicamente assistida para executar o direito ao livre exercício do poder familiar em sua plenitude. Quanto ao primeiro ponto, restou demonstrado que as liberdades formais não são garantia de efetividade de direitos nem de suprimento de necessidades individuais, é preciso que as pessoas sejam capacitadas ou empoderadas de meios para suprir o que desejam. Este empoderamento se revela através do que Amartya Sen denominou de capacidades substantivas, um conjunto capacitário instrumental à realização de liberdades. Na ausência destas, homens e mulheres acabam adaptando suas necessidades às capacidades que ostentam efetivamente, mas ao optar, não o fazem com amparo do princípio da autonomia, a escolha foi viciada pela situação de carência em que vivem, não revestem em liberdade.

2. Observa-se que a família brasileira vem se revelando por meio de novos arranjos, assumindo um conceito plural. Reconhece-se como entidade familiar o conjunto de pessoas unidos por laços de afetividade, que convivam de modo público e estável na intenção de compor este núcleo, cuja composição não se demonstra mais com a rigidez da lei civil de 1916, assumindo a forma que melhor se adequa às necessidades individuais das pessoas que o compõem. Diante das transformações pelas quais passou a

instituição, a família contemporânea não apresenta mais função de filiação, mas há de se reconhecer que aquela pode ser constituída ou ampliada por meio desta, a depender do planejamento realizado.

A filiação pode ser civil ou natural, é certo que não se pode fazer distinção ou permitir discriminação entre elas, mas, ao mesmo tempo observa-se que muitas mulheres e muitos homens nutrem o desejo pela segunda modalidade. Ocorre que alguns candidatos a futuros pais ou mães apresentam alguma situação de infertilidade ou esterilidade, precisando de auxílio médico à reprodução. Observa-se uma medicalização da procriação, chegando-se mesmo, conforme a técnica utilizada, a dissociar esta função da conjunção carnal. A este respeito, cumpre dizer que a Constituição Federal brasileira de 1988 e legislação infraconstitucional garantem a todos o direito ao planejamento familiar, sobre o qual o ente público não deve ter ingerência, só podendo agir para garantir o seu exercício.

3. A respeito do planejamento familiar, importa dizer que este instituto surgiu como forma de controle de natalidade, mas há de se propor uma nova leitura, um novo olhar, para que seja entendido como liberdade de pensar e constituir a família que desejar, implicando na utilização de recursos médicos para evitar ou retardar a procriação, como também para possibilitar o aumento da prole, conforme a necessidade das pessoas que a compõem, como expressão de direitos reprodutivos, que podem ser positivos ou negativos.

O exercício do planejamento familiar, quando do exercício de direitos reprodutivos positivos, pode esbarrar na infertilidade dos possíveis genitores, seja em virtude de doenças, de orientação sexual ou pelo estilo de vida a que se propôs, no caso de pessoas solteiras, e demandar de auxílio médico à procriação. Fala-se em reprodução humana assistida quando o tratamento indicado consistir no recurso a técnicas de inseminação artificial ou fertilização *in vitro*.

4. Observa-se que os tratamentos de RHA são demasiado caros, podendo chegar a aproximadamente R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) por tentativa, valores claramente muito acima do orçamento da grande maioria dos brasileiros, cuja renda familiar não chega a um quinto deste valor. Analisando a necessidade de auxílio médico à procriação sob a luz do conceito de liberdades substantivas supracitado, nota-se que, primeiramente, é preciso que os pacientes tenham capacidade econômica de arcar com

os altos custos de medicamentos, consultas e demais procedimentos, caso o casal ou a pessoa não disponha de recursos financeiros suficientes para custear exames, consultas e medicamentos, será preciso que o Estado supra esta carência através de políticas públicas de saúde.

Todavia, apesar dos princípios da universalidade e da integralidade que devem nortear a atuação do Sistema Único de Saúde, em um país ainda em desenvolvimento, como é o caso do Brasil, onde falta recursos para ações básicas de saúde, como vacinação e distribuição de medicamentos de uso contínuo, é difícil disponibilizar meios para tratamentos de RHA a todos os que necessitam. Desta forma, no cenário brasileiro, o livre exercício do planejamento familiar, quando da necessidade de utilização de técnica de PMA, verifica-se que esta liberdade, mormente na ausência de capacidades econômicas, ainda se encontra no plano da utopia na visão de Ernest Bloch, esta considerada como um ideal para o futuro, mas inexistente nos dias atuais.

O que importa é que, dentro do exercício do direito ao livre planejamento familiar, quando sua execução contar com um projeto de filiação, há pessoas que não conseguem obtê-la pelos modos naturais, precisando de auxílio médico para procriação e, se o tratamento recomendado para a situação necessitar da utilização das técnicas de inseminação artificial e fertilização *in vitro*, está-se falando reprodução humana assistida. Não há dúvidas, e ficou demonstrado no texto, que, conforme o ordenamento civil-constitucional vigente, o livre exercício do planejamento familiar é direito de todos. O problema é que este exercício tem suscitado problemas na sua execução, seja em virtude de carência econômica, seja em virtude de excessos facilitados pela ausência de lei específica que regule a matéria no Brasil.

5. A procriação medicamente assistida com a utilização das técnicas acima mencionadas não é fato recente, para muitos, é a chance de realizar o sonho da filiação. Ocorre que a ausência de norma jurídica específica no direito brasileiro tem proporcionado o surgimento de uma série de problemas, uns perceptíveis a curto prazo, outros não, que demandam urgentemente de solução. Atualmente, a única orientação normativa é dada por resoluções do Conselho Federal de Medicina, que prestam as devidas recomendações à classe médica, porém são normas técnicas apenas, não são normas gerais e abstratas nem vinculam juridicamente. O descumprimento das recomendações contidas em uma resolução do CFM por si só implica apenas em infração à ética médica, não havendo determinação de penalidades a nível cível ou

criminal. Estas só ocorrerão se o comportamento estiver previsto também na legislação em vigor ordenamento jurídico brasileiro.

6. Com a medicalização da procriação, a função do médico alargou-se, ele não é mais só aquele que assegura a manutenção e qualidade de vida, mas, hodiernamente, também auxilia o início da mesma. Ao mesmo tempo, observa-se alguns dilemas, a identificabilidade da noção de pai e mãe vem sofrendo alterações, derrubando presunções antes tidas como absolutas, como a presunção *juris et de juri* atribuída à maternidade. Hoje, *mater* nem sempre será certa, posto que o vínculo biológico poderá não coincidir com o vínculo afetivo – como ocorre nos tratamentos em que se utiliza material biológico de doadores.

A crescente utilização da RHA e a consequente criação de excedente tem dado maior visibilidade ao embrião *in vitro*, levando-se a necessidade de refletir sobre sua condição e eventual reconhecimento de vida pré-uterina. De qualquer forma, reconhece-se que o zigoto está atrelado à história humana, sendo o único meio possível de início da vida de um homem ou de uma mulher, e, como tal, deve ser respeitado, posto que merecedor de valor, não de preço.

7. O direito brasileiro tem ciência da existência de embriões excedentários, como se observa a partir da leitura do artigo 1597, IV, do Código Civil, mas não determina conceito ou disciplina. Tutela-se a pessoa, o nascituro e a prole eventual, mas o zigoto supranumerário não se enquadra em nenhuma destas definições. Apesar de carecer de previsões mais precisas em lei, considera-se este como matéria humana, ser humano em seu sentido ontológico, o que por si só já justifica a necessidade de um tratamento ético para com o mesmo.

Diante da falta de regras específicas, conforme ficou demonstrado no texto, os problemas foram inevitáveis. Dentre estes, destaca-se o que se pode chamar de produção em larga escala de gametas e embriões, gerando um número demasiado expressivo de material supranumerário e cujo destino, quando não mais inseridos em um projeto de filiação, ainda é incerto. Questiona-se a quem interessa a fertilização em excesso de material supranumerário, uma vez que é possível a preservação de gametas para futura fertilização. Acaba-se criando um ser humano embrionário, cuja utilização ainda é incerta. O ideal seria que, a exemplo da legislação francesa, italiana e alemã, só

se fertilizasse quantidade suficiente para transferência para o útero da genetriz por ciclo reprodutivo, evitando criação de excedente.

8. Como se não bastasse, o Brasil ainda não dispõe de conceituação juridicamente definida para os elementos biológicos manipulados nos tratamentos de procriação medicamente assistida, o que potencializa as dúvidas que circundam possíveis destinos a serem traçados. Em matéria de tecnologia reprodutiva, observa-se basicamente três elementos relacionados ao presente estudo: gametas, embrião *in vivo* e embrião *in vitro*.

Os gametas masculino e feminino são as células germinativas humanas, antes da fertilização possuem o mesmo código genético dos respectivos genitores; o embrião *in vitro* é aquele que foi fertilizado em laboratório e se mantém em estado de criopreservação. O embrião *in vivo* surge quando a concepção ocorre dentro do ventre de uma genetriz ou, tendo ocorrido em ambiente externo, já tenha sido implantado naquele ambiente, assumindo, portando, a condição de nascituro. Destes elementos, apenas o nascituro tem condição definida no ordenamento jurídico nacional.

9. É preciso, pois, firmar um conceito jurídico específico para a matéria biológica humana e traçar diretrizes que orientem o melhor comportamento a ser adotado perante ela. A este respeito, foram trabalhados os conceitos de pessoa, sujeito de direitos, coisas e bens jurídicos, restando determinado que a personalidade física ou natural só é adquirida quando cumpridos certos requisitos definidos pelo ordenamento jurídico em vigor. No caso brasileiro, o marco inicial é o nascimento com vida, nos termos do artigo 2º do Código Civil, sendo resguardados os direitos do nascituro desde a concepção.

O conceito de pessoa envolve relação com os pares, exercendo os respectivos papéis no mundo dos fatos, um sujeito transcendente, que já estreou e representa nas cenas do drama escrito pelo direito. Como analogia à situação do embrião excedentário, pode-se entender o sujeito como o papel previsto para uma personagem, aquele já existe mesmo antes da estreia da peça teatral que se chama existência; ao se adquirir personalidade, o sujeito de direito entra em cena.

Seguindo este raciocínio, a concepção de sujeito de direitos está ligada à noção de direito subjetivo. Aquele é o titular de direito pré-existente, do papel previsto no drama ou na comédia; pessoa é o indivíduo que já pode atuar e exercer este papel. O

sujeito que ainda não nasceu é titular de direito expectativo, na ausência dele não existe direito. Não é preciso ter personalidade jurídica para ser sujeito de direitos.

10. Neste estudo, analisou-se a condição de três modalidades de substâncias biológicas manipuladas nas clínicas de reprodução: embriões *in vitro*, gametas masculinos e femininos e o estágio do que se convencionou chamar de pré-zigoto, sendo cada um deles merecedor de conceitos e prerrogativas diferenciadas, posto que equivalentes ao estágio de desenvolvimento em que se encontram. Pode-se resumir as etapas do processo de fertilização artificial da seguinte maneira: as células germinativas são coletadas dos respectivos genitores, em ambiente laboratorial, o óvulo é fecundado pelo espermatozoide, podendo este fenômeno ser dividido em dois momentos, a penetração deste naquele, formando-se o pré-zigoto, seguindo-se da fusão dos pronúcleos, que ocorre cerca de 12 (doze) horas depois, dando origem a um novo ser, com identidade e código genético próprios, diferente de seus genitores, e com capacidade de fazer surgir um novo homem ou uma nova mulher, desde que superadas as demais etapas do processo evolutivo.

Não tendo havido ainda o nascimento ou a estreia da *persona* no mundo dos fatos, não se pode falar em pessoa física ou natural, pelo que se afasta desde logo este enquadramento para os elementos tratados neste estudo, mas o conceito de coisa também não se julga pertinente para a totalidades das substâncias disponíveis. É preciso reconhecer que as categorias tradicionais de direito civil precisam passar por um processo de releitura ou ressignificação para que possam abarcar uma gama de novos elementos trazidos pela tecnologia.

Nesta seara, o ordenamento jurídico brasileiro possui dispositivos que abrem possibilidade de uma definição intermediária, que garante uma atitude de respeito e tutela de direitos, ainda que falte o atributo da personalidade, o enquadramento como sujeito de direitos. É esta condição que deve ser atribuída ao embrião *in vitro*.

11. Independente das definições indicadas, cumpre ressaltar que todos estes elementos fazem parte do início e evolução da vida humana e, portanto, também merecedores de dignidade e respeito. Ao mesmo tempo, é necessário reconhecer que, devido a fragilidade que lhe é própria, a tutela protetiva deve ser mitigada e progressivamente implementada na medida em que avançam as etapas em direção ao nascimento e consequente aquisição do status de pessoa. Conceder esta colocação a

matéria biológica ainda no estágio embrionário ou pré-embrionário é bastante temerário, posto que ainda dependentes de ações de terceiros para que se tenha início uma gestação e venha a nascer, o que pode nunca vir a acontecer. Ademais, entende-se apropriado seguir a lei civil brasileira no sentido de conferir personalidade só àquele que nasceu com vida, embora reconheça a possibilidade de conferir direitos ao ser humano ainda não nascido, na condição de ente despersonalizado.

A ausência de personalidade, todavia, não impede a proteção e destinação de direitos compatíveis com a condição de cada um. Este estudo possibilitou refletir acerca dos institutos supracitados e chegar às seguintes considerações: o embrião humano, desde o momento em que a concepção se dá por concluída, já detém código genético próprio e perfeitamente individualizado, capaz de fazer surgir uma criança após iniciado o processo de gestação, motivos pelos quais é compatível com o *status* de sujeito de direitos, conforme discutido no capítulo 4.

Os gametas, a seu turno, ainda permanecem com o mesmo código genético dos genitores e, atualmente, com as tecnologias existentes e permitidas, não podem originar um novo ser na ausência de concepção, de modo que o *status* mais apropriado vai ser considerá-los partes destacadas do corpo humano e, pela característica de humanidade e valor que carregam, inseri-los na categoria de bens jurídicos, afastando a definição simplista de coisa. Estas carregam um sentido de economicidade que lhe é intrínseco, deve ser passível de apreciação econômica, o que é de todo incompatível com os atributos de valoração correlatos a tudo que é humano.

A solução mais acertada é a utilização do conceito de bem jurídico na esfera cível. Este pode ser considerado como um conjunto de valores éticos e sociais que o direito seleciona, protegendo aqueles que considera relevantes, expressão de interesse juridicamente reconhecido como valioso, um elemento a ser protegido conforme preceitos vigentes.

12. Neste sentido, o pré-zigoto, que se encontra em um estágio evolutivo em que ainda não foi concluída a concepção, não dispondo, portanto da individualidade genética que detém o embrião, não deve ostentar ainda o *status* de sujeito que se atribui a este, nem o conceito de coisa, posto que de igual modo que não é passível de apreciação econômica, dispondo de igual valor conferido aos demais elementos aqui tratados. Entende-se que também lhe cai melhor o enquadramento na categoria de bem jurídico.

Note-se que o conceito de pré-zigoto aqui tratado nada tem em comum com a definição de pré-embrião desenvolvida no Relatório Warnock. Neste documento o elemento biológico em questão é, na verdade, o embrião humano, mas nos estágios iniciais do desenvolvimento, com idade igual ou inferior a 14 (catorze) dias; no presente estudo, aquele estágio corresponde ao lapso temporal entre a fecundação e a conclusão da concepção, momento em que, desde o primeiro dia de existência, tem-se o conceito de embrião.

13. Ao analisar o tratamento dispensado à matéria pelos sistemas jurídicos de outros países, no capítulo 5, verificou-se que não se consegue constatar muitas convergências, ao contrário, apesar de verificar algumas semelhanças, nota-se que, em cada país, há uma condição particular adaptada à realidade política e social respectiva. As prerrogativas são eleitas a partir do que se convencionou chamar de 3 “Is”, instituições, interesses e ideais.

De fato, percebe-se que a forma de lidar com a utilização de técnicas de reprodução humana assistida, ocorrência e destino de embriões excedentários está diretamente relacionada aos valores vigentes na sociedade, sejam políticos, morais, religiosos ou econômicos. O Brasil ainda está construindo esta política a passos lentos, discussão de projetos de lei fica travada, notadamente em virtude das bancadas mais conservadoras e das questões éticas que envolvem as práticas a serem disciplinadas. Enquanto não se aprova uma norma jurídica específica, fica o clamor para que os interesses econômicos não superem o ideal de uma ética de responsabilidade.

14. Conforme o *status* definido, há de se verificar direitos e prerrogativas correspondentes a condição e estágio de desenvolvimento na vida pré-uterina. Os embriões excedentários, cujo conceito atribuído foi o de sujeito de direitos, na categoria de entes despersonalizados, podem ser titulares de direitos patrimoniais, caso sejam indicados como herdeiros em testamento ou donatários em ações de liberalidade, são direitos expectativos, posto que existentes, cuja consolidação só será atingida após o nascimento com vida, na defesa de direitos, ser-lhes-á conferida capacidade processual específica, por meio de curador especial.

Além disso, têm também direito à vida – considera-se que a vida humana deve ser respeitada, a tutela deve ser tanto mais ampla quando mais avançado o estágio de evolução – e à integridade física, prerrogativas que se revelam na proibição da

destruição sem justificativa e manipulações que transformem sua essência, intervenções só serão aceitas como tratamento de doenças ou deficiências e a destruição só deve ser permitida quando declarados inviáveis ou caso sejam destinados à pesquisa científica; podem ainda ser adotados por outra família e devem ser rechaçadas eventuais possibilidades de exploração econômica, posto que são dignos de valor, não de preço. Não se pode, portanto, falar em doação de embriões, posto que não são coisas, objeto de propriedade, para serem dados a outrem.

Gametas e pré-zigoto, a seu turno, ainda mantém identidade com seus respectivos genitores, de modo que estes últimos serão os sujeitos de direitos, não aqueles. Todavia, a importância que deve ser dada a matéria humana impede que lhes seja atribuída a categoria de coisa, sendo definidos como bem jurídico e, nesta condição, dignos de valor e alheios a qualquer tipo de exploração econômica. Podem ser doados e eventuais agressões àquelas estruturas implica necessariamente em dano moral à pessoa do seu genitor. Do mesmo modo que os embriões, não deve ser permitida manipulação genética, salvo para fins de tratamento. Ao mesmo tempo, o manuseio tanto destes como daqueles deve ser realizado sob a égide de uma ética de respeito.

15. No atual estado da arte, notadamente quando se fala em tecnologia reprodutiva e nas diversas possibilidades que surgem, a teoria kantiana pura da dignidade não demonstra como suficiente para identificação da matéria biológica humana manipulada em tratamentos de RHA, posto que não se admitiria outro destino a gametas e embriões excedentários que não o congelamento. Do mesmo modo, a teoria utilitarista não é suficiente para responder ao tratamento a ser dado a gametas e embriões humanos, sob pena de caracterizá-los como coisa em sentido estrito, objeto à disposição de outrem.

Propõe-se, então, a releitura contemporânea ou mitigação da teoria da dignidade em Kant, para que nela se incluam novos elementos trazidos por novas tecnologias, inexistentes ao tempo em que ela foi criada. Por esta teoria, homem e mulher existem como fim em si mesmo e, portanto, não podem ser utilizados como objeto para alcançar finalidades de outrem. Na seara dos fins, atribui-se preço ou valor ao *abstracto* de que se trata, determinando só as coisas tem preço, posto que podem ser substituídas por outras, e ao ser humano é conferido valor, uma vez que é único e insubstituível. Hodiernamente, com a possibilidade de coleta de gametas humanos, fertilização extracorpórea, embriões supranumerários e criopreservação destes elementos, o

conceito de humano aplicado na teoria kantiana deve ser expandido e alcançar homem, mulher e tudo o que deles derivam, de modo que se entende que à matéria biológica manipulada nos tratamentos de RHA é também atribuído o valor da dignidade.

Na releitura que se propõe da teoria kantiana, considera-se que a matéria biológica humana manipulada nos tratamentos de inseminação artificial e fertilização *in vitro* possui o mesmo respeito conferido à pessoa física ou natural, não tem preço, não compõe acervo patrimonial e, portanto, não podem ser comercializados nem descartados discricionariamente. Considerando, porém, a geração de excedentes que, caso não utilizados terão como destino a destruição ou o congelamento eterno, entende-se apropriado permitir que este material seja destinado a outrem, ou mesmo à pesquisa – quando fora de projeto parental ou inviável para reprodução – sem, contudo, perder a dignidade. Nestes casos, não lhes seria atribuído preço, não se admite aqui o comércio de gametas e zigotos humanos, eles ainda são detentores de valor. Propõe-se apenas a flexibilização ou mitigação da teoria kantiana da dignidade para que, ao mesmo tempo em que se proíba a fertilização de matéria excedentária, salvo por motivos justificados em laudo médico, pondere-se o melhor destino possível para embriões supranumerários, se o congelamento por tempo indeterminado, a destruição, a pesquisa ou a dação para pessoas que desejam utiliza-los no âmbito do planejamento familiar. Diante destas possibilidades, entende-se que, prioritariamente, a destinação deve ser a dação para pessoas ou casais que tenham interesse na procriação, caso não seja possível, a utilização em pesquisas, a criopreservação e, em último caso, constatada a inviabilidade, a destruição.

16. Nesta matéria, o debate ético também se faz necessário, mormente diante dos riscos e perigos que ganham força com o incremento do saber humano e diante da ausência de limites normativos. A estas preocupações, viu-se que os riscos apresentados pela ciência e tecnologia podem ser superados pelo princípio responsabilidade, entendido como dever de cuidado que o indivíduo deve ter para com o homem do futuro. Somando-se a isto, a análise dos princípios da bioética demonstra que, desde que respeitados, é possível compatibilizar a tutela da vida extrauterina, aqui visualizada como a matéria humana criopreservada nas clínicas de reprodução, com os anseios pela pesquisa e demais necessidades da pessoa humana.

É preciso que o progresso moral alcance o progresso científico. Quando a perspectiva de salvação traz consigo ameaça de catástrofe, vê-se a necessidade de

parâmetros éticos e normativos sólidos. Seguindo a ética de responsabilidade, deve-se agir com medo, no sentido de precaução, e esperança. O medo do qual se fala é aquele que convida ao agir responsável na esperança do sucesso.

Percebeu-se que médicos e cientistas contemporâneos não estão alheios a imoralidade e falta de ética, de modo que se deve propor uma ética normativa, que determine o que é lícito ou não em matéria de biotecnologia. Além disto, a responsabilidade deve ser condição para a liberdade: a liberdade de investigação há de ser responsável.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR, Mônica. *Direito à filiação e bioética*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 14 eds. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- ANDORNO, Roberto. *El derecho frente a la procreación artificial*. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma, 1997.
- ARAÚJO, Fernando. *A Procriação Assistida e o Problema da Santidade da Vida*. Coimbra: Almedina, 1999.
- ARENDT, Hanna. *A Condição Humana*. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1983.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil*. Teoria Geral. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2000.
- _____. O início da vida. In: ASCENSÃO, José de Oliveira (coord). *Estudos de Direito da Bioética*. Vol. II. Coimbra: Almedina, 2008. p. 9-28.
- ATIAS, Christian. *Droit Civil: les biens*. 4 ed. Paris: Litec, 1999.
- ATLAN, H. *O Útero Artificial*. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz; 2006.
- AVILA, M.B. *Direitos reprodutivos: uma invenção das mulheres*. Recife: SOS Corpo, 1992.
- AZEVEDO, Eliane. Aborto. In: GARRAFA, Volnei; COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira. *A Bioética no Século XXI*. Brasília: UNB, 2000.
- BARBOZA, Heloisa Helena. *A Filiação em face da inseminação artificial e da fertilização 'in vitro'*. Rio de Janeiro: RENOVAR, 1993.
- BARBOZA, Heloisa Helena Gomes. Aspectos controversos do direito das sucessões: considerações à luz da Constituição da República. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). *Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008.
- BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. O Rendimento da Teoria do Bem Jurídico no Direito Penal Atual. In: *Revista Liberdades*. Nº 1, maio-agosto de 2009. p. 16-29.
- BECK, Ulrich. *Ecological Politics in a Age of Risk*. Trad. Amos Weiz. Polity Press, 2002.
- _____. *World Risk Society*. Cambridge: Polity Press, 1999.
- BEECHER, Henry K. Ethical and Clinical Research. In: *The New England Journal of Medicine*. Vol 274, nº 24, 1966, p. 367-372.
- BEVILAQUA, Clóvis. *Teoria Geral do Direito Civil*. São Paulo, 1999.
- _____. *Direito da Família*. São Paulo: Freitas Bastos, 1959
- BIELEFELDT, Heiner. *Filosofia dos Direitos Humanos*. São Leopoldo: Unisinos, 2000.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da personalidade*. São Paulo: Forense Universitária, 2006.

BLOCH, Ernest. Caps. 16-20. In:_____. *Derecho natural y dignidade humana*. Trad. Felipe Gonzales Vicén. Madrid: Dykinson, 2011. P. 213-360.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 17ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura. *Comentários à Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002).

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7 ed., São Paulo: Malheiros, 1997.

BORGES JÚNIOR, Edson; OLIVEIRA, Deborah Ciocci Alvarez de. *Reprodução assistida: Até onde podemos chegar?* São Paulo: Editora Gaia, 2000.

BRASIL, Agência Nacional de Vigilância Sanitária. *6º Relatório do Sistema Nacional de Produção de Embriões – Sisembrio*. 2013.

_____. *7º Relatório do Sistema Nacional de Produção de Embriões – Sisembrio*. 2014.

_____. *8º Relatório do Sistema Nacional de Produção de Embriões – Sisembrio*. 2015.

_____. *9º Relatório do Sistema Nacional de Produção de Embriões – Sisembrio*. 2016.

BRASIL, Ministério da Saúde. Secretaria de Políticas de Saúde. Área Técnica de Saúde da Mulher. *Assistência em Planejamento Familiar: Manual Técnico/Secretaria de Políticas de Saúde, Área Técnica de Saúde da Mulher*. 4 ed. Brasília: Ministério da Saúde, 2002.

_____. Projeto de Lei nº 3638/93 (Luiz Moreira). Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=19976>>. Acesso em: 10 ago. 2015.

_____. Projeto de Lei nº 2855/97 (Confúcio Moura). Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=18719>>. Acesso em: 10 ago. 2015.

_____. Projeto de Lei nº 90/99 (Lúcio Alcântara). Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/lucioalcantara/1999/projetos/reprod.htm>>. Acesso em 10 ago. 2015.

_____. Projeto de Lei nº 4665/2001 (Lamartine Posella). Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=28415>>. Acesso em: 10 ago. 2015.

_____. Projeto de Lei nº 6296/2002 (Magno Malta). Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostraintegra?codteor=1281277&filenome=PL+6296/2012>, acesso em: 10 ago. 2015.

_____. Projeto de Lei nº 120/2003 (Roberto Pessoa). Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=104774>>. Acesso em: 10 ago. 2015.

_____. Projeto de Lei nº 1135/2003 (Dr. Pinotti). Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=117461>>. Acesso em: 10 ago. 2015.

_____. Projeto de Lei nº 1184/2003 (Senado Federal). Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=118275>>. Acesso em: 10 ago. 2015.

_____. Projeto de Lei nº 2061/2003 (Maninha). Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=166567&filename=PL+2061/2003>. Acesso em: 10 ago.2015.

_____. Projeto de Lei nº 4555/2004 (Henrique Fontana). Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=255685&filename=PL+4555/2004>. Acesso em: 10 ago.2015.

_____. Projeto de Lei nº 4686/2004 (José Carlos Araújo). Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=259391&filename=PL+4686/2004>. Acesso em: 10 ago.2015.

_____. Projeto de Lei nº 4889/2005 (Salvador Zimbaldi). Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=282844&filename=PL+4889/2005>. Acesso em: 10 ago.2015.

_____. Projeto de Lei nº 5624/2005 (Neucimar Fraga). Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=322712&filename=PL+5624/2005>. Acesso em: 10 ago.2015.

_____. Projeto de Lei nº 6150/2005 (Osmâio Pereira). Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=353042&filename=PL+6150/2005>. Acesso em: 10 ago.2015.

_____. Projeto de Lei nº 7701/2010 (Dalva Figueirêdo). Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=792197&filename=PL+7701/2010>. Acesso em: 10 ago.2015.

_____. Projeto de Lei nº 4892/2012 (Eleuses Paiva). Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1051906&filename=PL+4892/2012>. Acesso em: 10 ago.2015.

_____. Projeto de Lei nº 115/2015 (Juscelino Rezende Filho). Disponível em: http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=9B70D2BA457259C2408555F488A6E40F.proposicoesWeb2?codteor=1300959&filename=Avulso+-PL+115/2015>. Acesso em: 30 nov. 2015.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2011

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo*. São Paulo: RT, 2009.

CAMPOS, Diogo Leite. A capacidade sucessória do nascituro (ou da crise do positivismo legalista). In CAMPOS, Diogo Leite de; CHINELATO, Silmara Juny de Abreu (coord.). *Pessoa Humana e Direito*. Coimbra; Almedina, 2009.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*, 6.^a ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CAPELO DE SOUSA, Rabindranath. *O Direito Geral da Personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

CARVALHO, Orlando de. *Teoria Geral do Direito Civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 1981.

CESARINO, Letícia da Nóbrega. Nas fronteiras do "humano": os debates britânico e brasileiro sobre a pesquisa com embriões. *Mana* [online]. 2007, vol.13, n.2, pp. 347-380. ISSN 1678-4944.

COELHO, E. A. C. et al. O planejamento familiar no Brasil contexto das políticas de saúde: determinantes históricos. *Rev.Esc.Enf.USP*, v. 34, n. 1, p. 37-44, mar. 2000.

COLIN, Ambroise; CAPITANT, Henri. *Traité de Droit Civil*. Vol. I. Paris: Dalloz, 1957.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CONGREGAÇÃO PARA A DOCTRINA DA FÉ, Instrução *Donum vitae*, I, 1: AAS 80 (1988).

CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA. *PARECER SOBRE OS PROJECTOS DE LEI Nº 126/X (Estabelece os Princípios da Investigação Científica em Células Estaminais e a Utilização de Embriões), E Nº 376/X (Estabelece o Regime Jurídico de Utilização de Células Estaminais, para Efeitos de Investigação e Respectivas Aplicações Terapêuticas (53/CNECV/07).*

_____. *PARECER Nº 23 SOBRE O PROJECTO DE PROPOSTA DE LEI RELATIVO À PROCREIAÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA (23/CNECV/98).*

_____. *Relatório sobre o projecto de proposta de lei relativo à procriação medicamente assistida – Joaquim Pinto Machado (1997).*

_____. *PARECER Nº 44 DO CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA (44/CNECV/04).*

_____. *Relatório Procriação Medicamente Assistida - Agostinho de Almeida Santos, Michel Renaud, Rita Amaral Cabral (2004).*

_____. *PARECER Nº 47 DO CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA (47/CNECV/05).*

_____. *PARECER Nº 48 DO CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA (48/CNECV/06).*

_____. *PARECER SOBRE “DIAGNÓSTICO GENÉTICO PRÉ-IMPLANTAÇÃO” (51/CNECV/07).*

_____. *Parecer sobre a Proposta de Lei do Governo n.º 215/XII/3ª - Regime jurídico da qualidade e segurança relativa à dádiva, colheita, análise, processamento, preservação, armazenamento, distribuição e aplicação de tecidos e células de origem humana (79/CNECV/14).*

_____. *PARECER N.º 63 DO CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA (63/CNECV/12).*

CORDEIRO, Antônio Menezes. *Tratado de Direito Civil Português – I Parte Geral*. Tomo II. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2002.

_____. *Tratado de Direito Civil Português – I Parte Geral*. Tomo IV. 3 ed. Coimbra: Almedina, 2011.

COSTA, Ana Paula Correia de Albuquerque da; MEDEIROS, Robson Antão. Reflexões acerca da reprodução humana assistida e da fase embrionária do desenvolvimento humano. Do embrião in vivo, do embrião in vitro e do nascituro In: *Biodireito* I.1 ed. Florianópolis: Conpedi, 2014, v.1, p. 3-25.

_____, SANTIAGO, Maria Cristina Paiva. Liberdades substantivas, planejamento familiar e reprodução humana assistida: análise à luz da perspectiva de Amartya Sen.

In: *RELAÇÕES PRIVADAS E DEMOCRACIA: XXIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI*. 1 ed. Florianópolis: Conpedi, 2014, v.1, p. 280-296

COSTA, Sérgio; DINIZ, Debora. Declaração de Helsinki: o futuro incerto da pesquisa com seres humanos. COSTA, Sérgio; DINIZ, Debora. *Bioética: ensaios*. Brasília: Letras Livres, 2001, p. 119-121.

COSTA, Sérgio. Reprodução Humana Assistida. In: COSTA, Sérgio; DINIZ, Debora. *Bioética: ensaios*. Brasília: Letras Livres, 2001, p. 181-186.

CUTAS, Daniela; DONDORP, Wybo; SWIERSTRA, Tsjalling; REPPING, Sjoerd; WERT, Guido de. Artificial Gametes: perspectives of geneticists, ethicists and representatives of potential users. In: *Medicine Health Care and Philos*, 2014. n. 17. p. 339-345.

DANTAS, Ivo; ARAÚJO, Ionnara Vieira de. Dignidade da Pessoa Humana e Bioética. *Revista da Faculdade de Direito da UFG*, v. 32, n. 2, p. 85-97, jul./dez. 2008.

DANTAS, Ivo. *A Era da Biotecnologia: Constituição, bioética e biodireito*. (Capítulo de livro em preparação).

DECKERS, J. Why current UK legislation on embryo research is immoral: how the argument from lack of qualities and the argument from potentiality have been applied and why should be rejected. *Bioethics*. 2005;19(32):251-71. DOI: 10.1111/j.1467-8519.2005.00440

DEPARTMENT OF HEALTH AND SOCIAL SECURITY: *Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology* (Warnock-Report). London, 1984.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

DINIZ, Débora; AVELINO, Daniel. *Cenário Internacional da Pesquisa em Células-Tronco Embrionárias*. *Revista de Saúde Pública* 2009;43(3):541-7.

DINIZ, Debora. Fronteiras da Pesquisa Antropológica: ética, autonomia e tráfico de órgãos. COSTA, Sérgio; DINIZ, Debora. *Bioética: ensaios*. Brasília: Letras Livres, 2001, p. 197-206.

_____. Nos Limites da Ética: o caso das gêmeas inglesas. In: COSTA, Sérgio; DINIZ, Debora. *Bioética: ensaios*. Brasília: Letras Livres, 2001, p. 177-179.

_____. Henry Beecher e a História da Bioética. COSTA, Sérgio; DINIZ, Debora. *Bioética: ensaios*. Brasília: Letras Livres, 2001, p. 21-26.

DINIZ, Maria Helena. *O Estado Atual do Biodireito*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Curso de direito civil brasileiro: Teoria Geral do Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2011.

FACHIN, Luiz Edson. Inovação e Tradição no Direito Contemporâneo sob o Novo Código Civil Brasileiro. In: Bastos, Eliane Ferreira (coord.). *Afeto e estudos familiares*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: Teoria Geral*. 9.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FERRAZ, Carolina Valença. *Biodireito: a proteção jurídica do embrião in vitro*. São Paulo: Editora Verbatim, 2011.

FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. O Direito ao Desenvolvimento Como Resultado do Encontro entre Direitos Humanos e Desenvolvimento. In: FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer; FRANCO, F.C.O.; PETERKE, Sven; VENTURA, V. A. M. F. *Direitos Humanos de Solidariedade: avanços e impasses*. 1.ed. Curitiba: Appris, 2013.

FOURNIER, Véronique; BERTHIAU, Denis; D'HAUSSY, Julie; BATAILLE, Philippe. Access to assisted reproductive technologies in France: the emergence of the patients' voice. In: *Medicine Health Care and Philosophy* (2013) 16 p.55–68 DOI 10.1007/s11019-012-9402-z

FRANCE. *Code de la santé publique*. Version consolidée du code au 9 mai 2015.

_____. *Code Civil*. Version consolidée du code au 22 décembre 2014.

FUKUYAMA, Francis. *Nosso Futuro Pós-Humano: consequências da revolução da biotecnologia*. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Rocco, 2003.

GALOR, Oded; WEIL, David N. Population, Thecnology and Growth: from Malthusian stagnation to the demographic transition and beyond. In: *The American Economic Review*, setembro/2000, vol. 90, n. 4. p. 806-828.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A Nova Filiação: O Biodireito e as Relações Parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GERMAN CONSTITUCIONAL COURT. *BVerfG:1993:fs19930528.2bvf000290*

_____. *BVerfG:39,1*

GERMAN NATIONAL ETHICS COUNCIL. *Opinion - The Import of Human Embryonic Stem Cells*, 2001.

_____. *Opinion - Should the Stem Cell Law be amended?* 2007.

GERMAN BUNDESTAG. *Basic Law for the Federal Republic of Germany*. Translated by Professor Christian Tomuschat and Professor David P. Currie. 2010.

GERMANY. *Stem Cell Act – (Stammzellgesetz – StZG)* of 28 June 2002 (amended by the “Act amending the Stem Cell Act” of August 14th 2008).

GONÇALVES, Carlos Alberto. *Direito Civil Brasileiro*. Direito de Família, v. 6. São Paulo: Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de Direito Civil: em comentário ao Código Civil Português*. Coimbra: Coimbra, 1929.

GOUBEAUX, Gilles. *Traité de Droit Civil: les personnes*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1989.

GUEDES, Ana Carla C., SOUSA, Clarissa G., COSTA, Ana Paula Correia de Albuquerque da, MEDEIROS, Robson Antão. Reprodução Humana Assistida Heteróloga nas Uniões Homoafetivas: garantia do direito à filiação In: COSTA, Ana Paula Correia de Albuquerque da, FEITOSA, Maria Luiza Alencar M., MEDEIROS, Robson Antão, BRITO, Rodrigo Toscano de, DANTAS, Erica S. B. (coords.) *Rediscutindo a Constitucionalização do Direito Civil*. 1 ed. João Pessoa: Editora da UFPB, 2014, p. 508-521.

HABERMAS, Jürgen. *O Futuro da Natureza Humana*. Trad. Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

HISKES, Richard P. *Democracy, Risk and Community: Technological Hazards and the Evolution of Liberalism*. New York: Oxford University Press, 1998.

HORMAZABAL MALARÉE, Hernán. *Bien jurídico y estado social e democrático de derecho (el objeto protegido por la norma penal)*. 2ª. Edição. Santiago de Chile: ConoSur, 1992.

JONAS, Hans. *O Princípio Responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2015.

KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*. São Paulo: Abril Cultural, 1974.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. de Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Discurso Editorial: Barcarolla, 2009.

Koerich MS, Machado RR, Costa Eliane. Ética e bioética: para dar início à reflexão. In: *Revista Texto Contexto Enfermagem*, 2005 Jan-Mar; 14(1):106-110.

LEITE, Eduardo de Oliveira. O direito do embrião humano: mito ou realidade? *Revista de Ciências Jurídicas*, ano 1, nº 1, p. 31-52, 1997.

_____. *Procriações Artificiais e o Direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

LEPARGNEUR, Hupert. Planejamento familiar. In: SILVA, Reinaldo Pereira; AZEVÊDO, Jackson Chaves de. *Direitos da Família, uma abordagem interdisciplinar*. São Paulo: LTR, 1999.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011

_____. *Direito Civil: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2010

_____. A repersonalização das relações de família. In: BITTAR, C. A. (coord.). *O Direito de Família e a Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. Princípios do Direito de Família. *Revista do Ministério Público do Estado de Sergipe*. Nº 21 (março de 2008)

_____. *Princípios do Direito de Família*. Revista do Ministério Público do Estado de Sergipe. Nº 21 (março de 2008) LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LOUREIRO, João Carlos. *Constituição e Biomedicina: contributo para uma teoria dos deveres bioconstitucionais na esfera da genética humana*. Coimbra: 2003.

LUHMANN, Niklas. *Risk: a sociological theory*. Trad. Rhodes Barrett. New York: de Gruyter, 1993

MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MALLIA, Pierre. *Developments in IVF legislation in a Catholic Country*. *Medicine, Health Care and Philosophy* (2013) 16:385–390. DOI 10.1007/s11019-012-9447-z

MALTHUS, Thomas Robert. *An Essay on the Principle of Population - An Essay on the Principle of Population, as it Affects the Future Improvement of Society with Remarks on the Speculations of Mr. Godwin, M. Condorcet, and Other Writers*. Londres: Printed for J. Johnson, in St. Paul's Church-Yard, 1798.

- MALUF, Adriana Caldas do Rego Dabus. *Curso de Bioética e Biodireito*. São Paulo: Atlas, 2010.
- MARQUES, Marília Bernardes. *O Que é Célula-Tronco*. São Paulo: Editora Brasiliense, 2006.
- MAZEAUD, Henri et Léon; MAZEAUD, Jean; CHABAS, François. *Leçons de Droit Civil: les biens*. Tome I. vol. II. Paris: Montchrestein, 1997.
- MEIRELLES, Jussara Maria Leal. *A vida humana embrionária e sua proteção jurídica*. 1 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. Estatuto Jurídico do Embrião. In: SÁ, Maria de Fátima Freire & NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (coord). *Bioética, Biodireito e o novo Código Civil de 2002*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 163-178.
- MÉMETEAU, Gérard. Vie Biologique et Personnalité Juridique – “Qui se souvient des Hommes?”. In: *La personne humaine, sujet de droit – Quatrième journées René Savatier*. Paris, Presses Universitaires de France, 1994, p. 21-56.
- MONGE, Marina Pérez. *La Filiación Derivada de Tecnicas de Reproducción Assistida*. Madrid: Centro de Estudios Registrales, 2002.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil, parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- NEVES, João César das. Memorial – os 195 anos do “Ensaio sobre o Princípio da População” de Thomas Malthus – 1978. In: *Economia*, Vol. 17, n 2, maio/1993, p. 231-247.
- NUSSBAUM, Martha. *Las fronteras de la justicia: consideraciones sobre la exclusión*. Trad. Ramon Vilà Vernis; Albino Santos Mosquera. Barcelona: Paidós, 2012.
- ODUNCU, Fuat S. *Stem cell research in Germany: Ethics of healing vs. human dignity*. *Medicine, Health Care and Philosophy* 6: 5–16, 2003.
- OLIVEIRA, Guilherme de. Aspectos Jurídicos da Procriação Assistida. In: OLIVEIRA, Guilherme de. *Temas de Direito da Medicina*. 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. P. 5-30.
- _____. Legislar sobre Procriação Assistida. In: OLIVEIRA, Guilherme de. *Temas de Direito da Medicina*. 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. P. 87-104.
- _____. Um Caso de Seleção de Embriões. In: OLIVEIRA, Guilherme de. *Temas de Direito da Medicina*. 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. P. 277-288.
- ORDÁS, Maria Cristina Hidalgo. *Análisis jurídico-científico del concebido artificialmente* El marco de la experimentación génica. Barcelona: Bosch, 2002.
- OST, François. *A Natureza à Margem da Lei: a ecologia à prova do direito*. Trad. Joana Chavez. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.
- OTERO, Paulo. *Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do Ser Humano: um perfil constitucional da bioética*. Coimbra: Almedina, 1999.
- PARLAMENTO ITALIANO. *Legge 19 febbraio 2004*, n. 40
- PEREIRA, André Gonçalo Dias. *Direito dos Pacientes e Responsabilidade Médica*. Coimbra: Coimbra Editora, 2015.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*. 4.ed. Coimbra: Almedina, 2005.

PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. Parte Geral. 4. ed. São Paulo: RT, t. I, 1977.

PORTUGAL. Decreto-Lei n.º 319/86, de 25 de setembro.

_____. Lei n.º 32/2006, de 26 de julho.

RABENHORST, Eduardo Ramalho. *Dignidade Humana e Moralidade Democrática*. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

RAPOSO, Vera Lúcia. *O Direito à Imortalidade: o exercício de direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto jurídico do embrião in vitro*. Coimbra: Almedina, 2014.

_____. “Podes trazer-me o menu, por favor? Quero escolher meu embrião” – os múltiplos casos de seleção de embriões em sede de diagnóstico genético pré-implantação. In: *Lex Medicinæ* – Revista portuguesa de direito da saúde. Coimbra: Coimbra Editora, ano 4, nº 8, jul-dez 2007, p. 59-84.

RASKIN, Salmo. Ética e Genética. In: *Revista Educar*. Curitiba: Editora da UFPR, 1995. nº 11, p. 27-32.

RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Trad. Vamireh Chacon. Brasília: Editora da UNB, 1981.

ROCHA, Renata. *O direito à vida e a pesquisa em células-tronco*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil. Atualizado por Francisco José Cahali, com anotações ao novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10.01.2002)*. 27.ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

RODRIGUES, Sílvia Paulo Brabo. *Manual da Guarda no Direito da Criança e do Adolescente*. Belém: CEJUP, 1997.

RUDOLPHI, Hans-Joachim. Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico. Trad. Enrique Bacigalupo. Nuevo pensamiento penal. *Revista de Derecho y Ciencias Penales*. Buenos Aires: Depalma, ano 4, 1975.

SÁ, Maria de Fátima Freire; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Manual de Biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

SÁ, Maria de Fátima Freire; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (coord). *Bioética, Biodireito e o novo Código Civil de 2002*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SALMORÁN, Rolando Tamayo y. El Sujeto del Derecho. *Isonomía – Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, Instituto Tecnológico Autónomo del México, n 3, out 1995, p. 167-189.

SANTIAGO, Robson Luiz. O estatuto do embrião frente à racionalidade humana. In: MEIRELLES, Jussara Maria Leal de (coord.). *Biodireito em discussão*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 119-143.

SANTOS, Júlio César dos; FREITAS, Patrícia Martins de. Planejamento familiar na perspectiva do desenvolvimento. *Ciência & Saúde Coletiva*. Nº 16 (3), 2011, p. 1813-1820.

SEN, Amartya. *O Desenvolvimento como Liberdade*. 3. ed. São Paulo: Cia das Letras, 2002.

_____. *Poverty and famines: an essay on entitlements and deprivation*. Oxford: Oxford University Press, 1982.

SGRECCIA, Elio. *Manual de Bioética: fundamentos e ética biomédica*. Tradução Mário Matos. Cascais: Princípia Editora, 2009.

SILVESTRE, Margarida. *Embriões Excedentários: entre a técnica, a lei e a ética*. Coimbra: Coimbra Editora, 2015.

TAVARES, Juarez. Critérios de Seleção de Crimes e Cominação de Penas. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: RT, 1992. Número especial de lançamento. p. 75-87.

TEPEDINO, Gustavo, Heloisa Helena Barboza, Maria Celina Bodin Moraes. Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República. Volume I Parte Geral e Obrigações (art. 1º. a 420), Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: *Temas de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TERRÉ, François; SIMLER, Philippe. *Droit Civil: les biens*. 8 ed. Paris: Dalloz, 2010.

TRIGEAUD, Jean-Mmarc. La Personne Humaine, Sujet de Droit. In: *La personne humaine, sujet de droit – Quatrième journées René Savatier*. Paris, Presses Universitaires de France, 1994, p. 3-18.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A interação entre o direito internacional e do direito interno na proteção dos direitos humanos. In: *Arquivos do Ministério da Justiça*, Brasília, v. 46, n. 182, jul./dez. 1993

VASCONCELOS, Cristiane Beuren. *A Proteção Jurídica do Ser Humano In Vitro na Era da Biotecnologia*. São Paulo: Atlas, 2006.

VENOSA, Sílvio de S. *Direito civil. Parte geral*. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. *Direito civil. Parte geral*. São Paulo: Atlas, 2005.

VILLELA, João Baptista. *Liberdade e família*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1980.

ANEXOS

ANEXO A – Doutorado Sanduíche	248
ANEXO B – Resumo dos tratamentos de reprodução assistida	249

ANEXO A - Doutorado Sanduíche

1 Bolsista no Programa de Doutorado Sanduíche no Exterior – PDSE – da CAPES.

Local de realização do estágio doutoral: Centro de Direito Biomédico da Universidade de Coimbra/Portugal

Coorientador estrangeiro: Professor Doutor ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA

Período: de março a setembro de 2015.

2 Estágio de pesquisa no Instituto de Estudos Jurídicos Europeus da Universidade de Osnabrück, no período de 29 de junho a 3 de julho de 2015.

ANEXO B – Resumo dos tratamentos de reprodução assistida

PROCEDIMENTO	INCLUI	INDICAÇÃO	CUSTO ESTIMADO *
COITO PROGRAMADO “Namoro programado” – Acompanhamento médico no ciclo menstrual do melhor período para ter relações sexuais para a concepção* Taxa de sucesso*	Acompanhamento Médico Acompanhamento da Enfermagem Avaliação periódica do crescimento dos folículos por ultrassom. Avaliação hormonal	Casais com todos os exames normais que ainda não realizaram tratamentos de indução da ovulação e com vida sexual sem restrições quanto à frequência.	Tratamento R\$ 1.300,00 + Custo aproximado da Medicação R\$ 1.500,00
INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL Taxa de sucesso **	Acompanhamento Médico Acompanhamento da Enfermagem Avaliação periódica do crescimento dos folículos por ultrassom. Processamento de Sêmen Inseminação Avaliação hormonal	Inseminação: Homens com alterações discretas do sêmen (avaliadas pelo médico), falhas nos tratamentos anteriores de coito programado ou casais que desejam um tratamento com maior chance de resultados positivos.	Tratamento R\$ 3.100,00 + Custo aproximado da Medicação R\$ 2.000,00
FERTILIZAÇÃO IN VITRO ICSI/ICSI MAGNIFICADO/SUPER ICSI/PICSI Taxa de sucesso *****	Acompanhamento Médico Acompanhamento de Enfermagem Avaliação periódica do crescimento dos folículos por ultrassom – Coleta de Óvulos Avaliação e preparo de sêmen Médico Anestesiologista Laboratório de Embriologia Transferência de Embriões Avaliação hormonal	FIV - Homens com alterações importantes do sêmen, avaliadas pelo médico, vasectomizados, mulheres com problemas nas tubas, endometriose e outras possibilidades. Casais psicologicamente cansados das dificuldades de engravidar, e desejam um tratamento com maior taxa de sucesso gravidez.	Tratamento R\$ 11.880,00 Em 4 vezes + Custo aproximado da Medicação R\$ 3.500,00 a R\$ 6.000,00
FERTILIZAÇÃO IN VITRO Em Duas Etapas ICSI/ICSI MAGNIFICADO/SUPER ICSI/PICSI Com Congelamento (vitrificação) de óvulos ou embriões Taxa de sucesso *****	Acompanhamento Médico Acompanhamento de Enfermagem Avaliação periódica do crescimento dos folículos por ultrassom – 1ª. Etapa: Coleta de Óvulos Avaliação e preparo de sêmen Médico Anestesiologista Vitrificação de óvulos ou embriões por um período máximo de até 3(três) meses 2a. Etapa: Laboratório de Embriologia Transferência de Embriões Avaliação hormonal	FIV – Homens com alterações importantes do sêmen, avaliadas pelo médico, vasectomizados, mulheres com problemas nas tubas, endometriose e outras possibilidades. Casais psicologicamente cansados das dificuldades de engravidar, e desejam um tratamento com maior taxa de sucesso gravidez. Em algumas situações especiais e nem sempre previsíveis como má resposta ou hiper-resposta ao estímulo ovariano, mal-estar da paciente, surgimento	Tratamento R\$ 11.880,00 Em 4 vezes + Custo aproximado da Medicação R\$ 3.000,00 a R\$ 6.000,00 + Adicionar Vitrificação intraciclo R\$ 1.000,00

		de pólipos ou outros, poderá ser prudente e recomendável que o tratamento seja dividido em 2 (duas) etapas em meses distintos: A primeira onde só se coleta os óvulos e a segunda onde se transfere os embriões. Entre estas duas etapas os óvulos ou embriões deverão permanecer congelados (vitricificados) enquanto se aguarda o melhor momento para a transferência	
MINI-FIV Taxa de sucesso****	Acompanhamento Médico Acompanhamento de Enfermagem Avaliação periódica do crescimento dos folículos por ultrassom Coleta de Óvulos Avaliação e preparo de sêmen Médico Anestesiologista Laboratório de Embriologia Transferência de Embriões Avaliação hormonal	Mini FIV – Mulheres que não desejam ou não podem receber altas concentrações de hormônios injetáveis, que produzem poucos óvulos , independente das doses de medicamentos injetados (más respondedoras), que tenham ovários policísticos ou em casos especiais. Está frequentemente associado a várias coletas de óvulos acompanhada de vitricificação dos embriões e ”coletânea” dos mesmos	Tratamento R\$ 11.880,00 + Custo aproximado da Medicação R\$ 3.000,00
MINI-FIV Em duas Etapas Com Congelamento (vitricificação) de óvulos ou embriões Taxa de sucesso****	Acompanhamento Médico Acompanhamento de Enfermagem Avaliação periódica do crescimento dos folículos por ultrassom –1ª. Etapa: Coleta de Óvulos Avaliação e preparo de sêmen Médico Anestesiologista Vitricificação de óvulos ou embriões por um período máximo de até 3(três) meses 2a. Etapa: Laboratório de Embriologia Transferência de Embriões Avaliação hormonal	Mini FIV – Mulheres que não desejam ou não podem receber altas concentrações de hormônios injetáveis, que produzem poucos óvulos , independente das doses de medicamentos injetados (más respondedoras), que tenham ovários policísticos ou em casos especiais. Está frequentemente associado a várias coletas de óvulos acompanhada de vitricificação dos embriões e ”coletânea” dos mesmos. Nessas situações especiais o tratamento será dividido em 2 (duas) etapas em meses distintos: A primeira onde só se coleta os óvulos e a	Tratamento R\$ 11.880,00 Em 4 vezes + Custo aproximado da Medicação R\$ 3.000,00 + Adicionar Vitricificação intraciclo R\$ 1.000,00

		segunda onde se transfere os embriões. Entre estas duas etapas os óvulos ou embriões deverão permanecer congelados (vitrificados) enquanto se aguarda o melhor momento para a transferência	
PLANO PARA 3 TENTATIVAS FERTILIZAÇÃO IN VITRO ICSI /ICSI MAGNIFICADO/SUPER ICSI PLANO PARA 3 TENTATIVAS Taxa de sucesso*****	Acompanhamento Médico Acompanhamento de Enfermagem Avaliação periódica do crescimento dos folículos por ultrassom. 3 Coletas de Óvulos Avaliação e preparo de sêmen Médico Anestesiologista Laboratório de Embriologia 3 Transferências de Embriões Avaliação hormonal	Plano de 3 tentativas. É uma opção do casal. Alguns casais sentem-se mais seguros psicologicamente e principalmente mais confortáveis se souberem que mesmo frente a um primeiro resultado negativo terão mais duas chances livres de honorários médicos para repetir o procedimento. Esta tranquilidade pode ser positiva nos resultados da primeira tentativa além permitir que o profissional médico possa fazer ajustes nos ciclos seguintes. Os detalhes serão explicados pela enfermagem especializada da clínica e setor administrativo.	Tratamento R\$ 30.000,00 + Custo aproximado da Medicação (por ciclo) R\$ 6.000,00
COLETA ADICIONAL	Acompanhamento Médico Acompanhamento de Enfermagem Avaliação periódica do crescimento dos folículos por ultrassom Coleta de Óvulos		Tratamento R\$ 6.490,00 +Custo aproximado da Medicação (por ciclo) R\$ 3.000,00 a R\$ 6.000,00
PLANO DE 2 COLETAS PARA 1 TRANSFERÊNCIA Em Duas Etapas FERTILIZAÇÃO IN VITRO ICSI /ICSI MAGNIFICADO/SUPER ICSI Taxa de sucesso= variável Se houver decisão de última hora de migração para o plano de 2 coletas e 1 transferência, o custo final deverá ser pago em até 5(cinco dias) após a 1ª coleta. Caso contrário esta coleta não terá o desconto programado e passara a ser	Acompanhamento Médico Acompanhamento de Enfermagem Avaliação periódica do crescimento dos folículos por ultrassom. 1ª. Etapa: Coleta de Óvulos Avaliação e preparo de sêmen Médico Anestesiologista Vitrificação de óvulos ou embriões por um período máximo de até 3(três) meses 2ª. Etapa: Coleta de Óvulos Avaliação e preparo de sêmen Médico Anestesiologista Avaliação e preparo de sêmen Vitrificação de óvulos ou	Plano de 2 coletas para 1 transferência: Mulheres que respondem com poucos óvulos ou formam poucos embriões aos estímulos ovarianos, que desejam realizar o exame cromossômico/ genético dos embriões (PGD/CGH) e necessitam um número maior de óvulos. Este procedimento inclui a vitrificação temporária dos embriões. Os detalhes serão explicados pela enfermagem especializada da clínica e setor administrativo.	Tratamento R\$ 18.500,00 + Custo aproximado da Medicação (por ciclo) R\$ 3.000,00 a R\$ 6.000,00

considerada como Coleta Adicional.	embriões por um período máximo de até 3(três) meses Laboratório de Embriologia 1 Transferência de Embriões Avaliação hormonal.		
PLANO DE 3 COLETAS PARA 1 TRANSFERÊNCIA Em Três Etapas FERTILIZAÇÃO IN VITRO ICSI /ICSI MAGNIFICADO/SUPER ICSI Taxa de sucesso= variável	Acompanhamento Médico Acompanhamento de Enfermagem Avaliação periódica do crescimento dos folículos por ultrassom.1ª. Etapa: Coleta de Óvulos Avaliação e preparo de sêmen Médico Anestesiologista Vitrificação de óvulos ou embriões por um período máximo de até 3(três) meses 2ª. Etapa: Coleta de Óvulos Avaliação e preparo de sêmen Médico Anestesiologista Avaliação e preparo de sêmen Vitrificação de óvulos ou embriões por um período máximo de até 3(três) meses 3ª. Etapa: Coleta de Óvulos Avaliação e preparo de sêmen Médico Anestesiologista Avaliação e preparo de sêmen Vitrificação de óvulos ou embriões por um período máximo de até 3(três) meses Laboratório de Embriologia 1 Transferência de Embriões Avaliação hormonal.	Plano de 3 coletas para 1 transferência: Idem ao plano anterior acrescido de uma coleta a mais, caso as duas primeiras coletas não sejam suficientes. Os detalhes serão explicados pela enfermagem especializada da clínica e setor administrativo.	Tratamento R\$ 24.800,00 + Custo aproximado da Medicação (por ciclo) R\$ 5.000,00
VITRIFICAÇÃO DE ÓVULOS FIV/ ICSI	Acompanhamento Médico Acompanhamento de Enfermagem. Avaliação periódica do crescimento dos folículos por ultrassom. Coleta de Óvulos Médico Anestesiologista Laboratório de Embriologia, Avaliação e contagem de óvulos. Avaliação hormonal	Vitrificação (Congelamento) de óvulos-Preservação da fertilidade Mulheres que desejam preservar sua fertilidade por motivos diversos	Tratamento = R\$ 8.500,00 + Vitrificação = R\$ 1.500,00 + Anuidade = R\$ 900,00 Custo aproximado da Medicação (por ciclo) R\$ 5.000,00
CRIOPRESERVAÇÃO DE EMBRIOES FIV/ ICSI	Acompanhamento Médico Acompanhamento de Enfermagem. Avaliação periódica do crescimento dos folículos por ultrassom.	Vitrificação (Congelamento) de Embriões	Tratamento R\$ 9.680,00 + Custo aproximado da Medicação

	Coleta de Óvulos Médico Anestesiologista Laboratório de Embriologia, Avaliação e contagem de óvulos. Avaliação hormonal		R\$ 3.500,00 a R\$ 6.000,00 + Criopreservação: Vitrificação = R\$ 1.500,00 + Anuidade = R\$ 900,00
PGD/ CGH Diagnóstico Implantacional BIOPSIAS E ANÁLISES EMBRIONÁRIAS EMBRIÃO FRESCO	Pré- PGD (Pré-Implantation Genetic Diagnosis) ou Diagnóstico Pré-Implantacional, é um exame que pode ser feito no processo de FIV – Fertilização In Vitro, com o objetivo de diagnosticar nos embriões doenças cromossômicas, antes da implantação no útero da mãe. A Hibridação genômica comparativa (a-CGH – microarray- Comparative Genomic Hybridization) estuda os 24 cromossomos do corpo humano (22 pares de cromossomos autossomos denominados com números de 1 a 22 e mais dois sexuais X e Y). Identifica aneuploidias que causam abortos e doenças como Síndrome de Down, Síndrome de Patau, Síndrome de Edwards, Síndrome de Klinefelter e Síndrome de Turner.		**IN GENE: 1 embrião – R\$ 3.600,00 2 embriões – R\$ 4.600,00 3 embriões – R\$ 7.800,00 4 embriões – R\$ 8.800,00 5 embriões – R\$ 11.700,00 6 embriões – R\$ 12.700,00 Adicional (+) – R\$ 2.100,00
PGD/ CGH Diagnóstico Implantacional BIOPSIAS E ANÁLISES EMBRIONÁRIAS EMBRIÃO CONGELADO	Pré- PGD (Pré-Implantation Genetic Diagnosis) ou Diagnóstico Pré-Implantacional, é um exame que pode ser feito no processo de FIV – Fertilização In Vitro, com o objetivo de diagnosticar nos embriões doenças cromossômicas, antes da implantação no útero da mãe. A Hibridação genômica comparativa (a-CGH – microarray- Comparative Genomic Hybridization) estuda os 24 cromossomos do corpo humano (22 pares de cromossomos autossomos denominados com números de 1 a 22 e mais dois sexuais X e Y). Identifica aneuploidias que causam abortos e doenças como Síndrome de Down, Síndrome de Patau, Síndrome de Edwards, Síndrome de Klinefelter e Síndrome de Turner.		**IN GENE: 1 embrião – R\$ 2.000,00 2 embriões – R\$ 4.000,00 3 embriões – R\$ 6.000,00 4 embriões – R\$ 8.000,00 5 embriões – R\$ 10.000,00 6 embriões – R\$ 12.000,00 Adicional (+) – R\$ 2.000,00
PGD/ CGH Diagnóstico Implantacional BIOPSIAS E ANÁLISES EMBRIONÁRIAS EMBRIÃO FRESCO	Pré- PGD (Pré-Implantation Genetic Diagnosis) ou Diagnóstico Pré-Implantacional, é um exame que pode ser feito no processo de FIV – Fertilização In Vitro, com o objetivo de diagnosticar nos embriões doenças cromossômicas, antes da implantação no útero da mãe. A Hibridação genômica comparativa (a-CGH – microarray- Comparative Genomic Hybridization) estuda os 24 cromossomos do corpo humano (22 pares de cromossomos autossomos denominados com números de 1 a 22 e mais dois sexuais X e Y). Identifica aneuploidias que causam abortos e doenças como Síndrome de Down, Síndrome de Patau, Síndrome de Edwards, Síndrome de Klinefelter e Síndrome de Turner.		***IGENOMIX: 1 embrião → R\$ 3.970,00 2 embriões → R\$ 4.970,00 3 embriões → R\$ 8.250,00 4 embriões → R\$ 9.250,00 5 embriões → R\$ 12.700,00 6 embriões → R\$ 13.700,00

		Adicional (+) → R\$ 2.500,00
PGD/ CGH Diagnóstico Implantacional BIOPSIAS E ANÁLISES EMBRIONÁRIAS EMBRIÃO CONGELADO	Pré- PGD (Pré-Implantation Genetic Diagnosis) ou Diagnóstico Pré-Implantacional, é um exame que pode ser feito no processo de FIV – Fertilização In Vitro, com o objetivo de diagnosticar nos embriões doenças cromossômicas, antes da implantação no útero da mãe. A Hibridação genômica comparativa (a-CGH – microarray- Comparative Genomic Hybridization) estuda os 24 cromossomos do corpo humano (22 pares de cromossomos autossomos denominados com números de 1 a 22 e mais dois sexuais X e Y). Identifica aneuploidias que causam abortos e doenças como Síndrome de Down, Síndrome de Patau, Síndrome de Edwards, Síndrome de Klinefelter e Síndrome de Turner.	***IGENOMIX: : 1 embrião → R\$ 4.270,00 2 embriões → R\$ 5.570,00 3 embriões → R\$ 9.150,00 4 embriões → R\$ 10.450,00 5 embriões → R\$ 14.200,00 6 embriões → R\$ 15.500,00 Adicional (+) → R\$ 2.800,00
<i>**Estas estimativas estarão sujeitas a alterações sem aviso prévio, a contar da data de sua entrega para a paciente, favor confirmar os valores antes do início do tratamento</i>		

Disponível em: <<http://www.ipgo.com.br/resumo-de-tratamentos-de-reproducao-assistida/>>.

Acesso em: 15 ago. 2015