

O DIREITO AO RESPEITO DA VIDA EMBRIONÁRIA NA REPRODUÇÃO ASSISTIDA

THE RIGHT OF RESPECT FOR THE EMBRYONARY LIFE IN THE ASSISTED REPRODUCTION

Débora Gozzo *

Fernando Baleira Leão de Oliveira Queiroz **

Resumo: O objetivo deste artigo é o de explorar alguns aspectos ligados ao tema do respeito que se deve ter à vida do embrião que é gerado *in vitro*, decorrente do uso das técnicas de reprodução assistida. Por óbvio que este respeito tem a ver diretamente com o princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que o embrião representa o início da vida de todo e qualquer ser humano. Se assim é, apesar de o direito ao planejamento familiar ser um direito fundamental, o uso das técnicas de reprodução assistida não deve ser feito de modo indiscriminado. Essencial que se analise bem o caso concreto, para que o embrião não seja considerado um mero objeto, que eventualmente poderá ser descartado, ou servir para propósitos seletivos da espécie humana, porquanto ele é uma pessoa em potência.

Palavras-chave: reprodução assistida; embrião; dignidade humana, respeito à vida

Abstract: This article aims at exploring different aspects of the respect that needs to be paid to an embryo created *in vitro* with the aid of the techniques of assisted reproduction. It is evident that this respect is directly connected to the principle of human dignity, as the embryo represents the beginning of each and everyone's life. This being so, methods of assisted reproduction must not be applied indiscriminately - in spite of the fact that the right to plan a

* Pós-doutora pelo *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht*, Hamburgo/Alemanha. Doutora em Direito pela Universidade de Bremen/Alemanha. Mestre em Direito pela Universidade de Münster/Alemanha e pela Universidade de São Paulo. Ex-bolsista da *Alexander von Humboldt Stiftung*. Professora Titular do Mestrado em Direito e da graduação do UNIFIEO. Professora de Direito Civil da USJT. Professora convidada da EPM e do IICS-CEU. Advogada.

** Mestrando em Direito do Unifio/Osasco. Bolsista CAPES-PROSUP. Graduado em Direito pela EE Anhanguera (2012) e Faculdades Integradas do Brasil (2009). Ex-aluno da Universidade de Direito de Lisboa UL.FD 2009/2010 (intercâmbio). Programa de Aperfeiçoamento e Prática Supervisionada em Direito de Família. Advogado.

family is a fundamental right. It is, therefore, essential to analyze every single case individually. It can thus be avoided that an embryo will be considered to be a mere object, eventually apt to be discarded or to be used for selective purposes: an embryo is a person to be.

Key words: assisted reproduction, embryo, human dignity, respect for life

1 INTRODUÇÃO

Os avanços biotecnológicos são cada vez mais significativos. A cada dia somos surpreendidos por notícias, no campo da medicina que até pouco tempo eram inimagináveis.

A Constituição de 1988 e o Código Civil vigente, apesar de recentes, não respondem a grandes dilemas éticos e jurídicos no campo das inovações biotecnológicas colocadas à disposição da sociedade. Tem-se a falta de regulamentação de leis específicas que tratem de tais inovações. Assim, hoje, o Conselho Federal de Medicina, regulamenta e define como serão tratadas as novas práticas biotecnológicas no campo do ser humano.

Num contexto médico e jurídico encontram-se inseridos os diversos gêneros da reprodução assistida, entre eles, em especial, o caso da fertilização *in vitro*, técnica que propicia o chamado *bebê de proveta* ou *test-tube-baby*. Esta técnica que surgiu no fim dos anos 70, revolucionou todo o campo da medicina no tratamento da infertilidade. Por ela promove-se a manipulação dos materiais genéticos do homem e da mulher, em um ambiente externo ao do corpo humano, no intuito de que sejam superadas as dificuldades de fertilização das pessoas envolvidas nesse processo.

Será a partir dessa técnica da fertilização *in vitro* que se desenvolverá o presente estudo, posto ser por seu intermédio que se poderá falar no *embrião extracorpóreo*. Até então o embrião, formado que é pela união do óvulo com o sêmen, só teria existência no escuro aconchegante do útero materno. Dessa concepção extrauterina decorre uma série de situações que podem muito bem ser objeto de questionamentos éticos. Ademais, não se poderá esquecer

que o ponto de partida para que a medicina chegasse a essa modalidade de reprodução humana, foi a vontade de duas pessoas de se realizarem como pais.

Assim é que o presente estudo terá início com o Direito Fundamental ao Planejamento Familiar. Em seguida serão analisadas a Resolução n. 2013/13 do Conselho Federal de Medicina (CFM), a fertilização *in vitro*, propriamente dita, e os aspectos dela resultante em relação ao embrião extracorpóreo, tendo em vista o respeito que ele merece, por não ter a natureza jurídica de um “bem”.

2 DIREITO FUNDAMENTAL AO PLANEJAMENTO FAMILIAR

A Constituição de 5 de outubro de 1988, em seu artigo 226, *caput*, e parágrafo 7º, dispõe:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

(...)

§ 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

O Direito Fundamental ao Planejamento Familiar, portanto, encontra-se positivado no artigo 226 da Constituição e regulamentado pela Lei nº 9.263/96, que estabelece como direito de todo cidadão a livre escolha de ações que regulem a fecundidade, garantida a igualdade de todos de constituir, limitar e aumentar sua prole. Isto porque, entre os deveres de prestação do Sistema Único de Saúde, está prevista a assistência à concepção.¹

Haveria, no entanto, um Direito Fundamental à utilização dos métodos de reprodução assistida? Antes de se responder a esta questão, deve-se questionar: O que seriam Direitos Fundamentais?

¹Lei nº 9.263/96, conhecida como Lei de Planejamento Familiar prevê: “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; (...).”

Segundo José Afonso da Silva (2002, p.178-179), os Direitos Fundamentais do Homem são resultados da concepção do mundo e das ideologias políticas positivas de cada ordenamento jurídico, visando concretizar a convivência digna, livre e igualitária de todas as pessoas. São Fundamentais os Direitos, por versarem situações jurídicas de realização, convivência e até mesmo sobrevivência da própria pessoa humana, sendo garantia de todos e dever do Estado concretizar e materializar tais Direitos. (SILVA, 2008, p. 178-179).

Quanto à diferença entre Direitos e Garantias Fundamentais, Direitos Fundamentais são disposições meramente declaratórias já previstas por lei, que estabelecem mandamentos legais aos direitos já estabelecidos, enquanto Garantias Fundamentais são disposições assecuratórias, que na defesa dos direitos limitam o poder do Estado, muitas vezes um Direito também é Garantia. (MOARES, 2013, p. 31).

A livre escolha das técnicas de reprodução humana, quando fruto de uma impossibilidade física ou psíquica, caracteriza-se minimamente como uma Garantia Individual Fundamental de cada pessoa. E como garantia, limita o poder estatal em não poder negar tratamento aos que dele dependem. Com fulcro na realização da própria dignidade da pessoa humana, na construção da família, o acesso às técnicas de concepção humana medicamente assistida classificam-se verdadeiramente como Direitos Fundamentais.

Observe-se que o próprio surgimento do Estado tem sua origem na família. O livre desenvolvimento de cada grupo de família primitiva alargou-se até a criação daquilo que hoje se reconheceu por Estado. A própria ideia de Estado exige um povo, um território e um Direito, e para a manutenção do povo é essencial à prole de cada família. O planejamento familiar, antes mesmo de Direito Fundamental é a própria fundamentação do Estado. (DALLARI, 2001, p. 54).

Para Jorge Miranda (2008, p. 9), os Direitos Fundamentais, são direitos ou posições jurídicas relativas à pessoa, considerada esta tanto no âmbito institucional, quanto no individual. Possuem um sentido formal e outro material, que podem ou não coincidir. Tais Direitos Fundamentais podem ser divididos em direitos de agir e de exigir. Aquele implica o direito de defesa e de liberdades pessoais. Eles são direitos potestativos como o de se casar, ou viver em união estável, ainda de escolher livremente o desenvolvimento familiar. Já no que concerne aos direitos de exigir, pode-se afirmar que eles necessitam de prestações jurídicas

positivas materiais, e também comportamentos negativos, de abstenção do Estado. Eles se dividem em duas partes: 1) direito de exigir comportamentos negativos, sendo exemplo disso a criminalização da esterilização compulsória, de mutirões de esterilização ou de qualquer indução e instigação a tais procedimentos por parte do Estado; qualquer tipo de limitação a quantidade de filhos que um casal deseje ter; e até mesmo a tentativa de proibir ou coibir mulheres e homens solteiros, ou casais homoafetivos de terem seus filhos, seja pela adoção ou por técnicas médicas de fertilização; 2) Um Direito Fundamental de exigir prestação material para concretização de seus direitos, ou seja da efetiva disponibilização pelo Sistema Único de Saúde de técnicas de reprodução humana, e procedimentos pré-natal e neonatal, e até mesmo de auxílio financeiro às famílias, por meio de programas sociais. (MIRANDA, 2008, p. 90)

Há, todavia, grande dificuldade na efetivação dos Direitos Fundamentais de prestações materiais positivas em face ao Estado, posto serem eles inesgotáveis frente a recursos e orçamentos estatais. Todo Direito Fundamental que exige prestação positiva depende de planejamento nos planos e metas da União, dos Estados e dos Municípios. Assim, o direito de um casal em ter seu filho de modo natural é facilmente respeitado. Quando esse direito exige alocar recursos públicos tanto no tratamento de eventual infertilidade, como na própria manutenção e sobrevivência da criança que vier a nascer, está limitado à reserva do possível, mas também está vinculado ao não retrocesso social. Limitar tratamento de infertilidade, com critérios objetivos e legais à reserva do possível, não reduz seu *status* de Direito Fundamental.

Outro ponto inerente aos Direitos Fundamentais é a possibilidade de colisão entre dois ou mais Direitos Fundamentais em um mesmo caso concreto, sem que um deles necessariamente seja afastado, ou suprimido. Deve-se entender que a Constituição protege ao mesmo tempo todos os Direitos, Bens e Valores Fundamentais, e nenhum deles poderá ser plenamente afastado em detrimento de outro. A problemática reside justamente em como resolver tais contradições. A melhor maneira para que isto seja feito, é harmonizando os preceitos divergentes. (ANDRADE, 1987, p. 220).

Haveria inclusive discussão sobre o próprio Direito de Família ser ou não Direito Fundamental, apesar de tratar-se, possivelmente, de um dos mais Fundamentais do Estado. Direitos operacionais além de implementarem Direitos Fundamentais, também podem ser Fundamentais. Quando se fala em Direitos Fundamentais o primeiro exemplo sempre colocado é o direito à vida; mas para que haja vida é necessário primeiro que haja família. E é

da família que decorrem vários outros direitos, como o direito à convivência familiar, ao afeto, à paternidade responsável, à filiação e outros, sem que nenhum deles perca o *status* de Fundamental. (BARROS, 2006, p. 177-178).

Filhos são a maior riqueza que um casal pode possuir e, portanto, se um casal tem condições e desejo de ter dez filhos, não há razões para que tenham apenas nove. Se outro casal, porém, que não deseja, ou não tem condições de ter dois filhos, devem parar no primeiro. Quando um casal livremente, e em comum acordo opta por não ter mais filhos, ele deve buscar métodos para limitar a gravidez. De modo equiparado devem agir os que pretendem ter um ou mais filhos, que devem recorrer aos métodos de concepção. O mesmo direito à paternidade responsável, que garante aos casais ter acesso a pílulas contraceptivas, preservativos, dispositivos intrauterinos para limitar a quantidade da prole, também deve facilitar o acesso a tratamentos de fertilidade, independente da quantidade de filhos que o casal já possua, ou qualquer outra razão, seja pela idade, incapacidade etc. Paternidade responsável não é limitar a quantidade de filhos, mas preocupar-se com a qualidade de vida de cada criança. (AQUINO, 2007, p. 73-76). É pensar no *melhor interesse da criança* (*the best interest of the child*), que deve prevalecer acima de tudo!

O tratamento de fertilidade constitui verdadeiro Direito Fundamental das pessoas, todavia isso implicaria dizer que há um Direito Fundamental à filiação? Em primeiro lugar devemos diferenciar direito à filiação, de direito a um filho. Como já foi mencionado no item 2, supra, o planejamento familiar implica na livre escolha da família de quantos filhos se deseja ter. Defender o Direito Fundamental a um filho limitaria a atividade estatal em promover tratamentos de fertilidade somente às pessoas que ainda não possuem filhos, o que não parece ser o intuito da lei de planejamento familiar. Direito Fundamental à filiação atenderia melhor à autonomia das pessoas, no que se refere ao modo de condução de sua família.

Reconhecendo haver um direito de filiação, seria então o filho o objeto desse direito? Não seria ele, na verdade, o próprio sujeito de direitos? Para que se fale em Direito de filiação, primeiro deve haver um dom em ser Pai e Mãe. Segundo Philippe Malaurie

expressou em evento na cidade de Buenos Aires, ”muito direito de família mata a família; muito direito mata o Estado”.²

Enfim, os Direitos Fundamentais são a base normativa, diretiva e programática dos atuais Estados, Democrático e Social de Direito, e constituem-se minimamente como programas de governo a serem seguidos. A família, como base da sociedade é a célula *mater* do Estado, devendo constituir-se e desenvolver livremente. As técnicas de fertilidade e reprodução humana são cada vez mais avançadas e presentes em nossa sociedade, e constituem verdadeiros Direitos Fundamentais da pessoa humana, vinculadas ao livre desenvolvimento da família e a concretização da dignidade humana. Nascer, crescer, procriar e morrer são fases da vida humana que nunca foram tão passíveis de ingerência como hoje. Todavia a capacidade de que elas sejam manipuladas ao longo da existência do ser humano pode constituir-se como uma dádiva ou uma desgraça. Tudo depende do modo com que são utilizados os novos conhecimentos, como será objeto de exame nos itens a seguir.

3 RESOLUÇÃO Nº 2013/13 DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

Tendo sido analisado no item supra que o planejamento familiar é de livre decisão do casal, deve-se passar agora ao estudo da Resolução nº 2013/13, do Conselho Federal de Medicina, que regulamenta as técnicas da reprodução humana.

O Conselho Federal de Medicina, em sua Resolução nº 2013/13 trouxe à baila várias novidades no campo da reprodução humana, tendo por fundamento, a infertilidade humana como um problema de saúde. Dentre estas modificações estão:

a) A doação de óvulos como forma de custeio do tratamento. As técnicas de fertilização *in vitro*, costumam ser muito dispendiosas, principalmente quando se tem a necessidade de realizar o tratamento por diversas vezes. Assim o Conselho Federal de Medicina decidiu por meio da Resolução nº 2013/13, no dispositivo IV-9, permitir “a *doação voluntária* de gametas (...), em que doadora e receptora, participando como portadoras de problemas de reprodução, *compartilham tanto do material biológico quanto dos custos financeiros* que envolvem o procedimento de Reprodução Assistida.” (Grifos nossos).

²Tradução livre “Demasiado derecho de la familia mata la familia, demasiado derecho mata al Estado”. (MALAURIE, 20013, palestra).

Admite-se o risco desses pais, já fragilizados por sua infertilidade, que permutam seu material genético, não conseguirem engravidar, e saber que um filho biológico seu será criado por outros pais, desconhecidos, que “adquiriram” seu filho por meio de uma doação de embrião, por exemplo.

Uma maneira fácil de acabar com esse problema seria o Estado reconhecer a infertilidade como um verdadeiro problema de saúde pública, e colocar à disposição o tratamento da fertilização *in vitro* pelo Sistema Único de Saúde, e ainda determinar que os convênios assegurem o tratamento da fertilização *in vitro*. Há hoje algumas clínicas no país, que fazem o tratamento pelo Sistema Único de Saúde, e que não correspondem à demanda. Nesta hipótese, a mulher, por um ato altruísta, pode livremente escolher se deseja fazer a doação de seu óvulo. Do modo em que foi colocado, o que se tem são vários casais sendo induzidos a fazer a “doação” de gametas – óvulos e sêmen -, sem saber se realmente é o que desejam. Com medo, eles a fazem. Depois, em caso de arrependimento, poderá ser tarde: um novo filho do casal poderá estar a caminho, só que para outros pais.

b) Apesar de já ser considerada uma prática comum, o Conselho Federal de Medicina previu, em 2013, expressamente, a permissão para que casais homoafetivos possam recorrer à técnica da fertilização *in vitro*, tornando um tratamento de infertilidade, em um direito sem restrições. Justifica-se esta posição pelo entendimento do Supremo Tribunal Federal em reconhecer como entidade familiar à união homoafetiva³. A verdade é que, permitir que casais homoafetivos venham a ser pais e mães de uma criança por intermédio da reprodução humana, é levantar uma série de outros problemas, pertinentes à paternidade socioafetiva (ASCENSÃO, *on line*, p. 401). Aqui, obrigatoriamente, ter-se-á uma fertilização heteróloga, posto só um deles fazer a doação do material genético para a fertilização *in vitro*. Isto implicará que aquele que não fez a doação do material genético seja considerado pai/mãe socioafetivo. Pode inclusive acontecer de não ser nem um nem outro o doador do sêmen ou do óvulo. Neste caso, eles dependerão dos gametas de doadores, de terceiros alheios à relação havida entre eles. Ambos serão, pois, pais socioafetivos. Seria como uma adoção.

³O STF, no dia 5 de maio de 2011, reconheceu como entidade familiar a união homoafetiva (ADI 4.277 e ADPF 132). Sobre a decisão v.: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo625.htm>. Acesso em 1.2.2014.

c) A Resolução nº 2013/13 do Conselho Federal de Medicina veda a implantação de embriões em mulheres acima dos cinquenta (50) anos. Enfim, seria possível limitar-se a idade para o tratamento de infertilidade? O fato é que cada equipe multidisciplinar deve ter autonomia para fazer a análise do caso concreto, e dizer se a mulher tem capacidade física, biológica e psicológica para gerar uma criança.

A citada Resolução, além de limitar a idade para utilização do útero, também limitou em 35 anos para a mulher e 50 anos para o homem, a possibilidade de que eles possam fazer a doação do material genético, óvulo e espermatozoide respectivamente.⁴

d) A Resolução nº2013/13, do Conselho Federal de Medicina, proíbe, ainda, o diagnóstico pré-implantatório de embriões, desde que seja só para a escolha do sexo. Se for para detectar alguma doença, ou o sexo da futura pessoa, por causa de doenças transmissíveis por um ou outro gênero, a investigação está autorizada.

5) Por fim, para efeitos deste estudo, vale a pena mencionar que a referida Resolução prevê o descarte de embriões, havendo concordância dos doadores, se eles já estiverem congelados há cinco (5) anos ou mais.

Alguns destes aspectos serão relevantes para o desenvolvimento do tema proposto e, portanto, serão objeto de maior aprofundamento nos itens que seguem.

4 DO PROCESSO DE ESCOLHA DA FERTILIZAÇÃO *IN VITRO*

As técnicas de reprodução humana como tratamento de infertilidade surgem com a moderna embriologia médica, sendo que o primeiro caso de sucesso no mundo data de 1978 no Reino Unido, onde a paciente Leslie Brown, estéril por obstrução das trompas de falópio, deu à luz a criança Louise Joy Brown. (LEITE, 1995, p. 42)⁵ Já no Brasil, a primeira criança fruto da técnica do bebê de proveta foi Anna Paula Caldera em 1984. (DINIZ, 2007, p. 513).

A evolução das biotecnologias coloca à disposição do mercado uma série de alternativas para a manutenção e criação humanas, para resolver problemas como doenças crônicas, e a própria satisfação pessoal em ter um filho, com métodos não naturais de

⁴V. sobre o tema da maternidade/paternidade responsável: (GOZZO, 2014, *on line*).

⁵Sobre o tema: (ALVARENGA, 2005, p. 232 e s.).

reprodução humana, de criação e manutenção de uma gestação. Esses métodos vão desde a manipulação de vitaminas para ajudar o desenvolvimento embrionário, até os mais invasivos como a fertilização *in vitro*.

A técnica da fertilização *in vitro* consiste em aplicar-se uma injeção de hormônios semelhantes aos produzidos pelo corpo feminino, em grandes doses, que estimulem a produção de vários óvulos maduros. Em seguida, outro medicamento é utilizado para impedir a ovulação espontânea. Após um ultrassom vaginal avaliar a resposta do procedimento, os óvulos são coletados e fecundados, sendo um espermatozoide para cada óvulo, *in vitro*. Os embriões são mantidos em cultura de dois (2) a seis (6) dias, onde evoluem de dois (2) a oito (8) células. Só depois disto os embriões são implantados no útero materno (PRO-CRIAR, 2013, *on line*).⁶

Para a utilização dos métodos de fertilização *in vitro*, alguns fatores devem ser analisados. Aqui reside a relevância para o Direito, verificando-se a forma pela qual esse processo de escolha se dará, devendo sempre levar em conta as regras gerais da boa-fé, as relações de consumo entre médico e paciente, a bioética⁷, e especificidades do caso concreto da fertilização *in vitro*.

A fertilização *in vitro* pode ser tanto homóloga, quanto heteróloga. É homóloga a fertilização quando o material genético é dos pais, isto é, do próprio casal, ou seja, o sêmen é do marido e o óvulo é da mulher. Já a heteróloga implica necessariamente a doação de sêmen ou óvulo ou ambos, por parte de um terceiro, a saber, um estranho ao casal. (FERNANDES, 2005, p. 34). O Código Civil de 2002, em seu artigo 1.597, nos incisos III, IV e V, aliás, previu ambas as hipóteses, a fim de estabelecer que, em especial no caso da heteróloga, se o marido com ela concordar, o filho que daí resultar será considerado como seu.

⁶Sobre o tema: (FERNANDES, 2005, p. 32 e s.); (ALVARENGA, 2005, P. 233 e s.).

⁷Entre os Princípios da bioética, i) Princípio da autonomia, que requer do profissional da saúde o respeito da vontade dos pacientes, levando sempre em consideração seus valores morais e religiosos, devendo sempre prestar todas as informações pertinentes ao caso, para que o consentimento seja livre e informado, isento de qualquer coação; ii) O princípio da beneficência, onde prevê que os médicos e enfermeiros devem buscar atingir sempre o bem-estar do paciente e sempre que possível evitando causar qualquer dano desnecessário; iii) O princípio da não-maleficência, como desdobramento da beneficência, seria a obrigação de não criar dano intencional; iiiii) O princípio da justiça, que exige a imparcialidade na distribuição dos riscos e benefícios, sua aplicabilidade esta tanto no tratamento isonômico de toda pessoa, bem como na difusão de informação para a opinião publica, que busque combater qualquer tipo de discriminação. (DINIZ, 2007, p. 14-16).

Com o desenvolvimento da técnica da fertilização *in vitro* aumentaram as chances de um casal estéril vir a ter filhos, podendo, pois, dar vazão ao livre desenvolvimento de sua pessoa em sua integralidade.

4.1 O RECURSO À TÉCNICA DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

O primeiro ponto a ser discutido na prática de qualquer reprodução humana assistida é o momento em que devemos recorrer a esses métodos. A fertilização *in vitro* não deve ser utilizada indistintamente pela mulher. Ela deve ser oferecida pelo médico, ou buscada pelo paciente, quando não houver outra maneira eficaz do casal alcançar o resultado desejado, isto é, a gravidez, especialmente quando existe uma doença, por exemplo, que impossibilite a reprodução humana natural. Esta técnica, portanto, nunca deve ser utilizada como método alternativo se a pessoa puder procriar pelos métodos naturais.

Há casos de razões egoístas em se ter um filho como o de pessoas que buscam tê-lo, na mera tentativa de manter seu casamento. A verdade é que, sejam quais forem os motivos, o acompanhamento multidisciplinar com psicólogos, assistente social e outros são indispensáveis para a tomada da decisão da constituição da família. Por se tratar de um método invasivo, a fertilização *in vitro* pode, em certas situações, transferir materiais genéticos distintos das partes para alcançar seu resultado. Cite-se aqui o caso do médico que utiliza espermatozoide que não o do marido, ou óvulo de um banco de congelamento. Ao assim agir, esse médico propõe uma fecundação heteróloga, gerando filhos biológicos de uma das partes e apenas afetivos e eventualmente registral da outra.

Uma grande discussão que se tem é quanto à utilização da reprodução humana assistida, nos casais homossexuais⁸, ou nos casos de pessoa que vive só. Seria aceitável ou não tais procedimentos? Seja como for, o Conselho Federal de Medicina, ancorado na decisão do STF⁹, que autorizou o casamento entre duas pessoas do mesmo sexo, por falta de lei regulamentadora determinou que é direito desses grupo a utilização da fertilização *in vitro*.

⁸ A favor da maternidade por mulher homossexual: (HANSCOMBE, 2012, p.104 e s.).

⁹ Sobre a decisão, v. informativo do STF. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo625.htm>. Acesso em 1.2.2014.

4.2 CUSTOS DO TRATAMENTO

Os custos do tratamento devem ser sempre colocados na balança, pois vão além dos meramente pecuniários. Eles trazem custos físicos e psicológicos para as partes envolvidas. Fato é que estando vulneráveis e fragilizados pela busca de serem pais, eles podem se tornar vítimas de clínicas e médicos que não possuem responsabilidade alguma ao passar as informações necessárias, para a escolha livre dos pacientes. Médico e Paciente, na verdade, estabelecem uma verdadeira relação de consumo, entre si, sendo este a parte vulnerável da relação, por não ser o detentor das informações que o ajudarão a formar seu consentimento¹⁰.

Quanto aos custos econômicos, com base no princípio da autonomia, o médico deve sempre informar os pacientes sobre eventuais intercorrências, sem omissões. Deve, portanto, informá-los de que o método é falível, e que pode haver a necessidade eventualmente, de terem que refazê-lo por diversas vezes. Seu valor pecuniário, neste caso, tornar-se-á, extremamente elevado.

As modificações aprovadas pela Resolução nº 2013/13, do Conselho Federal de Medicina são inúmeras, como o casal que “vende” ou “permuta” seu material genético, faz para pagar o tratamento. Ainda que em determinados casos eles não aceitem plenamente a ideia, eles se sentem constrangidos pelo medo de não virem a se tornar pais. De fato, os que recebem o material genético daqueles que “doam” seus gametas, “pagam a conta” felizes. Outra grande problemática é a possibilidade dessas crianças no futuro terem relações incestuosas, já que a doação é anônima¹¹.

Outro importante aspecto a ser considerado é o desgaste físico que a mulher sofre no procedimento de fertilização *in vitro*. Para o homem, a retirada do espermatozoide é um processo indolor e fácil¹², não exige tratamento hormonal, e a qualquer momento pode ser retirado sem grande dificuldade. Já para a mulher, o processo de retirada de seu óvulo é procedimento complexo, exigindo-se que tome doses altíssimas de hormônios para a liberação de vários óvulos a serem fecundados. Antigamente, eram necessárias cerca de sete injeções

¹⁰V. a respeito: (NETO, 2004, p. 357 e s.); (BRAUNER, 2003, p. 87-88); (LIGIERA, 2012, p. 91 e s.); (PERRONI, 2012, p. 174 e s.).

¹¹Quanto ao anonimato do doador, v.: (BRAUNER, 2003, p. 88-89); (NETO, 2004, p. 588 e s.); (GOZZO, 2009, p. 430-432).

¹²Apesar de não haver normativa, ou diretiva do Conselho Federal de Medicina a retirada do espermatozoide pelo homem deve ser realizadas pela masturbação ou eletroejaculação, sendo imoral, nas palavras de Maria Helena Diniz (2007, p. 516), a coleta seminal obtida durante a relação sexual do marido com a mulher.

hormonais no mês, para que fossem produzidos mais hormônios que o natural. Acontecia que muitas mulheres acabavam abandonando o procedimento já na primeira injeção, por causa das fortes dores. Recentemente o mesmo processo é feito com apenas uma injeção, com concentração extra de hormônios. (PRO-CRIAR, 2013, *on line*)

Os custos do tratamento contra a infertilidade, em razão da complexidade do procedimento, portanto, justificam mais ainda que o Estado, de acordo com a Lei de Planejamento Familiar, como visto no item 2 supra, coloque à disposição da população os métodos de reprodução assistida.

4.3 ORIGEM DA VIDA: DE “COISA” À “PESSOA HUMANA”

É importante salientar as divergências de quando tem início a vida humana. Ou seja: quando deixamos de ser “algo”, e passamos a ser “alguém”, verdadeiros sujeitos de Direito, protegidos e regulamentados pelos Direitos Humanos. Enfim, quando nasce a humanidade tutelada pelo Estado de Direito.

Após emprestar conceitos da biologia, da religião e da sociedade, o Direito vislumbra *a priori* quatro teorias do início a vida: 1) Teoria Concepcionista, 2) A Teoria Natalista, 3) A Teoria da Nidação e 4) A Teoria do Córtex Cerebral. Existem inúmeras outras teorias, todavia estas seriam as mais aceitas. Para o Direito o início da vida tem relação direta e imediata com a existência jurídica da pessoa, sua aquisição de personalidade e principalmente a tutela constitucional da Dignidade da Pessoa Humana, e do Direito à vida, pois só é possível falar em dignidade e vida se houver o elemento objetivo pessoa. (POLARINI, 2012, p. 248).

A Teoria Concepcionista defende a existência da vida a partir da fecundação, da simples fusão dos gametas masculino e feminino, da junção do óvulo e do espermatozoide¹³. A partir desta união surge um novo ser, com todas as suas aptidões e com material genético único.

Apesar do Código Civil de 2002 dispor em seu artigo 2º que a personalidade jurídica é adquirida a partir do nascimento com vida, ela ainda resguarda o direito do nascituro desde a

¹³Acerca desta teoria v.: (ALMEIDA, 2000, p. 158 e s.).

concepção.¹⁴ Para Maria Helena Diniz (2010, p.35), a personalidade que se adquire com o nascimento com vida é a personalidade material, pois a personalidade formal já é protegida desde a concepção, tanto é que o natimorto possui direitos de personalidade, como nome, imagem e sepultura.¹⁵

(...) Poder-se-ia até mesmo afirmar que, na vida intrauterina, tem o nascituro, e, na vida extra-uterina, tem o embrião personalidade jurídica formal, no que atinge aos direitos da personalidade, visto ter a pessoa carga genética diferenciada desde a concepção, seja ela *in vivo* ou *in vitro* (...). (DINIZ, 2010, p. 35).

Esta é a teoria mais favorável ao início da vida humana, pois protege o embrião desde a junção do óvulo e do sêmen dentro ou fora do ventre materno. Ao se pensar biologicamente em vida, em um estado anterior a este, em que só haveria os gametas masculino e feminino, seria afirmar que a mulher pratica o crime de aborto todos os meses, desde a puberdade até a menopausa; e o homem, por sua vez, a cada relação sexual com métodos contraceptivos, a masturbação e a própria poluição noturna. Ele praticaria, de fato, um verdadeiro genocídio¹⁶. Há religiões, aduzam-se, que vedam o ato sexual, que não para fins procriativos¹⁷.

A Teoria Natalista, no Brasil, foi defendida principalmente por Luis Roberto Barroso, na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510/2005, perante o Supremo Tribunal Federal, pelos que defendem as pesquisas com células-tronco embrionárias e os favoráveis à legalização do aborto. De acordo com ela, a humanidade se inicia apenas com o nascimento com vida¹⁸. Desde que o bebê tenha respirado uma única vez fora do útero materno, ele é pessoa nos termos do artigo 2º do Código Civil. Antes disso, o embrião ou feto tem apenas uma expectativa de direito. E expectativa é um “nada” jurídico. (BARROSO, 2007, p. 251-

¹⁴O Código Penal, protege a vida embrionária como bem jurídico, mesmo contrário a vontade da mãe. O artigo 124 do Código Penal penaliza o aborto ou seu consentimento, exceto nos casos de aborto necessário ou de mulher vítima de estupro.

¹⁵Tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei 276/2007 (CÂMARA DOS DEPUTADOS 276/2007, *On line*), que prevê a alteração do artigo 2º do Código Civil (2002), acrescentando a palavra **embrião** (Grifos nossos). ao lado de nascituro. Esta modificação traria igualdade aos embriões *in vitro*, e aos nascituro dentro do ventre materno.

¹⁶A prática sexual com métodos contraceptivos e a masturbação para o catolicismo são consideradas ilícitas. (BIBLIA, 2011, Genesis 38: 7-10 e Levítico 15: 16).

¹⁷Segundo a Carta Encíclica *HUMANAE VITAE* de autoria do PAPA PAULO VI, que trata a respeito da natalidade, apesar de permitirem o ato sexual do casal sem a finalidade da procriação, considera ilícita a utilização de meios contrários à fecundação natural. “a Igreja ensina que qualquer ato matrimonial deve permanecer aberto à transmissão da vida”. (VATICANO, 2014, *on line*). Sobre esta parte da Encíclica v., ainda: (OBIGLIO, Hugo O.M.; RAY, Carlos A., 2010, p. 250).

¹⁸V.: (ALMEIDA, 2000, p. 145 e s.).

252). Por esse entendimento, portanto, caberia apenas aos pais decidir o destino do nascituro, a saber: se eles desejariam continuar ou não com a gestação, ou ainda escolher características físicas, como sexo, cor dos olhos e etc. No momento, no Brasil, de acordo com as normas constantes da Resolução nº 2013/13 isto não é possível, mas não se sabe se um dia será.

Já a teoria da Nidação celebra que a vida se inicia com a fixação da mórula no endométrio, tornando-se conhecido biologicamente como embrião. Seria apenas nesse período que haveria a viabilização da vida pelo embrião. Antes disso não seria possível falar em pessoa. Vemos a aplicabilidade desta teoria, quando se fala em alguns métodos contraceptivos como o DIU medicamentoso (Dispositivo Intra Uterino), ou a própria Pílula do “dia seguinte”, ambos legalizados. De fato, parte dos métodos contraceptivos disponíveis impossibilita a fixação do ovo fecundado no endométrio, impossibilitando a gestação, fazendo com que o organismo da mulher o expurgue, o que segundo a Teoria Concepcionista tais métodos seriam considerados como aborto (DINIZ, 2010, p. 36). “Como a nidação é pré-requisito para se considerar que a gravidez foi, de fato, consumada, a pílula do dia seguinte não pode ser considerada abortiva. Aliás, é válido lembrar que, caso tal evento já tenha ocorrido, seu uso não será capaz de impedir a gestação e, felizmente, não causará danos ao embrião.” (BRASIL-ESCOLA, 2013, *on line*).

A quarta e última das grandes teorias é a do Córtex Cerebral. Por ela, defende-se que é a partir da formação completa do sistema nervoso central, que se pode falar em pessoa humana. Ainda mesmo que mínimo o embrião recebe seus primeiros impulsos elétricos, mesmo que sem consciência. Ele tem certas sensações, entre elas a de dor. Isto ocorre por causa da transformação biológica de embrião para feto por volta das 10-12 semanas de gestação. (POLARINI, 2012, p. 249). Isto fez com que grande parte dos países que legalizaram de modo indiscriminado o aborto, limitassem-no até determinado período gestacional. Isto é o que ocorre em Portugal, onde se permite a interrupção da gravidez até a 10ª semana da gestação a pedido da mulher, independente de justas razões¹⁹.

A verdade é que nenhuma dessas teorias tem aplicabilidade unânime. Em cada dispositivo de lei em que o início da vida é tratado, tem-se correntes diferentes para explicá-la, seja no Brasil ou em qualquer outro país. É um eterno conflito de Direitos Fundamentais

¹⁹Lei 16/2007. Disponível em <http://www.dre.pt/pdf1sdip/2007/04/07500/24172418.PDF>. Acesso em: 22.2.14.

entre a saúde, a dignidade e a vida dos pais, do embrião e da própria sociedade. O mais importante é que o Direito esteja aberto a estas discussões e ponderações, em busca da justiça material.

5 EMBRIÕES VIÁVEIS

É a fecundação do óvulo pelo espermatozoide, fora do corpo da mãe, em um tubo de ensaio, a que chamamos de fertilização *in vitro*. A partir daí tem início os grandes problemas da bioética. A primeira, que já foi acima discutida, diz respeito ao início da vida, e é dessa problemática que deriva boa parte das demais.

Dada a grande dificuldade no procedimento de extração do óvulo da mulher para este procedimento, como já mencionado anteriormente, são extraídos quantos óvulos forem possíveis. Desse material recolhido parte é fecundado e congelado, para pesquisas quanto à viabilidade e a inviabilidade desse embrião e o excedente é congelado nos bancos de óvulos. Com as novas técnicas de mapeamento do DNA, hoje já é possível, logo após a fecundação, ter conhecimento sobre grande parte da história genética, propensões a doenças ou até mesmo o sexo dessa pequena vida. O questionamento que surge é: existem limites ao mapeamento dessas informações? Pode o homem superar a seleção natural? Como o direito, a bioética e legislação devem tratar o tema? Estas são dúvidas que ainda precisam ser mais aprofundadas pela comunidade científica, a fim de que se possa chegar a uma resposta que estejam em consonância com a ética e com a vida humana.

5.1 DIAGNÓSTICO PRÉ-IMPLANTATÓRIO

O diagnóstico pré-implantatário realiza-se por meio do mapeamento genético do embrião, é feito cerca de dois a seis dias após a fecundação, quando já se iniciou a divisão celular, havendo cerca de oito células, em que uma delas é retirada e mapeada. Neste mapeamento é possível investigar diversas doenças crônicas e genéticas, como por exemplo, a *síndrome de Down*, assim é possível escolher-ser quais embriões devem ou não ser implantado. (GOZZO, 2009. p.393)

Será que a retirada de uma célula nesse estágio da vida não afetaria o desenvolvimento normal dessa criança? O fato é que há estudos sobre o tema, mas ainda não há uma conclusão no mundo científico sobre ele, e ferindo o princípio da precaução o diagnóstico é plenamente aceitável na fertilização *in vitro*. Uma verdade é que fazer o exame genético no embrião é abandonar o processo de seleção natural, é prática eugênica, com o objetivo de criar uma raça perfeita livre de doenças genéticas, qual será o próximo passo? A criação de criança transgênica, geneticamente modificada, pois escolha do sexo apesar de imoral e ilegal, já vem sendo praticada com muita frequência²⁰.

5.2 LIMITES À EUGENIA

Eugenia significa “nobre de origem”, “bom nascido”. (MELO, 2008. p. 19) Ao contrário do que se imagina, práticas eugênicas vêm ocorrendo desde o início da história, onde havia infanticídio de deficientes. Na teoria darwinista onde seleção natural eliminaria os membros menos competitivos, cria-se uma legitimidade biológica para práticas eugênicas modernas negativas e positivas²¹.

Nos Estados Unidos a esterilização coercitiva entre 1907 e 1950 de doentes mentais, portadores de sífilis e epilepsia, os surdos, os tóxico-dependentes, alcoólatras e condenados à prisão perpétua, era prática médica rotineira. (MELO, 2008. p. 31)²² Mas é com o nazismo alemão que se difundiram as práticas eugênicas, que anos depois abriram as portas para a necessidade da criação do Estado Democrático de Direito, e o próprio princípio da Dignidade da Pessoa Humana. O nazismo cultuava uma higiene racial, em que os arianos, por serem a raça superior, deveriam exterminar quaisquer tentativas de “contaminação” de sua pureza. O Estado de Direito, alemão, podia justificadamente suprimir a vida que não merecia ser vivida, pois não haveria vantagens econômicas em educar e conservar inúteis. A Alemanha iniciou o processo de esterilização e extermínio dos indesejáveis sociais, como os deficientes, os judeus, pessoas negras e outros, sempre respeitando os princípios processuais e constitucionais daquela época. (MELO, 2008. p. 62-63).

²⁰V. sobre a manipulação de embriões: (SANDER, 2007, p. 45 e s.).

²¹Eugenia negativa: é descartar o embrião “inviável”, matar recém-nascido deficiente, esterilizar coertivamente, já a eugenia positiva é a modificações genéticas, escolha de fatores biológicos que nada tem a ver com proteção do feto, como a escolha do sexo. (MELO, 2008. p. 19).

²²Para maiores informações sobre a eugenia e o controle de natalidade, v.: (BLACK, 2003, p. 219 e s.).

Hoje se vive um período novo, em que a manipulação genética é praticamente uma realidade. Colocam-se à disposição das pessoas tratamentos de reprodução assistida como método alternativo, e não apenas como o tratamento de doenças que impossibilitam a gravidez. Assim é, por exemplo, o que acontece com o diagnóstico pré-implantatário referido no item 5.1 supra.

Admitir que a reprodução humana se realize apenas com base no princípio da autonomia da parte, é permitir que haja a utilização irrestrita de sêmen, de óvulos, de úteros de “aluguel” ou substitutos; é, no fundo, abrir o “negócio jurídico” da pessoa humana.

A prática da fertilização *in vitro*, portanto, poderá, eventualmente, tornar do direito a ter um filho em algo ilícito, pois transformará o filho em um mero objeto de desejo de seus futuros pais. Ele ainda poderá ser objeto da disputa por vários pais e mães, o que tornaria direito a um filho incompatível com a dignidade deste. De sorte que, com o passado se possa aprender, e ver que o direito e a sociedade devem ativamente proteger a dignidade da pessoa humana, a dignidade do feto, e a dignidade do embrião como forma de autoproteção da espécie. Por mais que já disponha de capacidade técnica e científica para a realização de uma série de avanços no campo da engenharia genética, todo cuidado é pouco. Isto porque, suas consequências podem ser desastrosas. Imperioso que as ações, neste campo da medicina reprodutiva, sejam pautadas nos Direitos Fundamentais²³.

6 EMBRIÕES INVIÁVEIS

Com a entrada em vigor da Lei nº 11.105/2005²⁴, mais conhecida como Lei de Biossegurança, passou-se a cogitar sobre o que se deveria entender pela expressão “embriões inviáveis”. A explicação para esta discussão ficou marcada pelo texto do art. 5º e alguns de seus incisos e alguns parágrafos da referida lei, que tratam do uso de embriões humanos, caso

²³Interessante mencionar, aqui, o pensamento de Fábio Amadeu Martins Perroni: “Realmente o desejo de ter filhos é uma aspiração legítima de todo ser humano, inclusive daqueles que apresentam problemas de fertilização e necessitam de tratamento médico por meio das várias técnicas de reprodução assistida. Porém, a realização desse desejo deve ser embasada no prévio consentimento informado, bem como nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável.”(PERRONI, 2012, p. 166).

²⁴A lei de biossegurança cuida, no fundo, da ideia da vida embrionária inviável, e também é nela que o legislador define limites aos Organismos Geneticamente Modificados, biotecnologia, clonagem humana e outros temas ligados ao direito ambiental. Ao abordar temas como inviabilidade embrionária, clonagem humana e outros temas ligados bioética, mais uma vez declina-se de elaborar um Código Nacional de Bioética.

sejam inviáveis, para uso em pesquisas com células-tronco embrionárias. Dispõe o art. 5º, portanto:

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.

(...)

§ 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.

Os embriões “inviáveis”, como se percebe pelo texto legal, que têm origem na prática da fertilização *in vitro*, em que são inseminados mais de um óvulo por vez, fazendo com que os que não forem implantados, sejam congelados, são justamente a matéria-prima das polêmicas pesquisas com células-tronco embrionárias. Note-se, desde já, que a lei veta a criação de embriões para essa finalidade. Só é possível realizar investigações com o estoque de embriões excedente das técnicas de fertilização *in vitro*, desde que eles sejam considerados *inviáveis* ou estejam congelados há mais de três anos.

A grande relevância que as células-tronco possuem em pesquisas é a sua capacidade de se diferenciarem das demais células do corpo humano, como explica Luiz Roberto Barroso. Elas possuem capacidade de converter-se em distintos tecidos do organismo, de auto-replicar-se e produzirem cópias de si mesmo. As células do corpo humano podem ser divididas em: a) Totipotentes: estas têm capacidade de se transformar em qualquer tecido do corpo humano; b) Pluripotentes ou multipotentes: estas podem transformar-se em quase todos os tecidos, exceto placenta e anexos embrionários; c) Oligopotentes: estas só podem se transformar em poucos tecidos; d) Unipotentes: estas têm capacidade limitadíssima e só se transformam em um só tipo de tecido. (BARROSO, 2007, p. 245). Ainda de acordo com o citado autor, as duas primeiras espécies são encontradas única e exclusivamente em embriões, “e podem ser extraídas até três semanas após a fecundação (aproximadamente 14 dias)” (BARROSO, 2007, p. 245). As demais, afirma ele, são encontradas nas células humanas de

um corpo adulto, são importantes para pesquisas, mais significativamente menor que a embrionária. (BARROSO, 2007. p. 245).

O então Procurador-Geral da República, Cláudio Fonteles, no uso de suas atribuições insurgiu-se contra artigo 5º da Lei de Biossegurança, na parte em que se permitem as pesquisas com células-tronco embrionárias. Segundo seu entendimento, a vida nasce *na*, e a partir *da*, fecundação²⁵. Pode-se concluir então que a sua utilização de embriões, mesmo *in vitro*, seria prática de homicídio. Todavia o Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510, do dia 28 de maio de 2008²⁶, decidiu pela constitucionalidade do Artigo 5º da referida lei.

Apesar de atentatórios à Dignidade da Pessoa Humana, a divisão na fertilização *in vitro* em embriões viáveis e inviáveis é prática rotineira, e aos embriões inviáveis só restam três soluções possíveis: o descarte, o congelamento eterno, ou serem utilizados em pesquisas.

Nenhuma das soluções é tão difícil de aceitar como o descarte embrionário. Ora, aceitar que embriões sejam jogados pelo ralo da pia de um laboratório, após mapeamento quanto a ser ou não viável, ou em razão do desinteresse dos pais pelo embrião, por qualquer motivo que seja (sucesso em gravidez, anterior, rompimento do laço matrimonial pelo divórcio ou pela morte de um deles) é imoral, criminoso e racista. Assinale-se que na já inúmeras vezes citada Resolução nº 2013/13 do Conselho Federal de Medicina, este autoriza as clínicas de reprodução assistida a fazerem o descarte embrionário após cinco (5) anos de congelamento, ou pela simples vontade dos doadores²⁷, violando, desse modo, o previsto no artigo 5º *caput*, da Constituição da República, que dispõe que “todos são iguais (...) garantindo-se (...) a inviolabilidade do direito à vida(...)”

O congelamento é a alternativa colocada à disposição dos pais, que devem pagar quantias periódicas às clínicas para a conservação desse material genético. Algumas vezes, porém, os pais não têm mais interesse em manter os embriões, especialmente os inviáveis. O

²⁵(Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2299631>. Acesso em 15.6.13).

²⁶ (Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoTexto.asp?id=2756995&tipoApp=RTF>. Acesso em 7.9.13).

²⁷Dispõe a Resolução n. 2013/13 do Conselho Federal de Medicina, no n. 4, do título V, que trata do tema da Criopreservação de gametas ou embriões: Os embriões criopreservados com mais de 5 (cinco) anos poderão ser descartados se esta for a vontade dos pacientes, e não apenas para pesquisas com células-tronco, conforme previsto na Lei de Biossegurança.

que fazer, se isto ocorrer? Deixá-los congelados eternamente? Utilizá-los em pesquisas, que acarretarão sua morte? O que mais se aproximaria à dignidade deste embrião? Aliás, seria ele realmente detentor de dignidade?

O fato é que ao escolher a fertilização *in vitro*, como alternativa à infertilidade, os pais e o Estado, assumem a criação dessas vidas, e devem ter sua responsabilidade social no que concerne ao excedente posterior (embriões) que forem criados. Afinal, o Estado tem sido omissivo ao não legislar sobre a matéria. Ademais, o descarte de embriões deve ser obstado a todo custo, se viável o embrião. O ideal, no entanto, seria a proibição da produção de embriões excedentários, como já acontece em alguns países como, por exemplo, na Alemanha²⁸. Com isto a vida embrionária deixaria de ser considerada como “coisa” à disposição de grandes corporações, deixando de induzir os pais, isto é, os doadores do óvulo e do sêmen, a quererem se livrar dos altos custos de manutenção dos embriões, pós-fertilização, fazendo-os concordar com a “doação” do embrião para pesquisas.

Dividir a humanidade em viável e inviável é verdadeira prática eugênica, ideia que não se coaduna com o Estado Democrático de Direito.

7 Conclusão

A partir de todo o exposto, percebe-se que há uma necessidade premente da criação de mecanismos nacionais, e quiçá, internacionais, de proteção à vida desde o seu início. Pesquisas médicas trazem avanços inegáveis, todavia limites éticos devem ser observados, pois cada vez que isto não acontece, constata-se a existência de abusos, de infrações aos direitos fundamentais da pessoa humana, os quais atingem em cheio sua dignidade.

Toda e qualquer técnica de reprodução assistida deve, pois, ser levada mais a sério. Os limites desta nova tecnologia devem ser respeitados como algo capaz de resolver o problema de infertilidade de muitos casais. Em momento algum, contudo, ela deve ser aplicada como

²⁸Em 1990, com a entrada em vigor da Lei de Proteção aos Embriões (*Embryonenschutzgesetz*) o legislador alemão proibiu-se a criação de embriões excedentários. Dispõe o § 1, (1), 5, que poderá ser condenado a até três anos de prisão ou à multa em dinheiro, quem fecundar mais óvulos do que ela o faria durante um ciclo reprodutivo. (No original: “Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wer es unternimmt, mehr Eizellen einer Frau zu befruchten, als ihr innerhalb eines Zyklus übertragen werden sollen (...)”). Disponível em: <http://www.gesetze-im-internet.de/eschg/>. Acesso em 20.2.14). Isto significa que nas clínicas de reprodução humana só se pode inseminar quantos óvulos vierem a ser implantados no útero da mulher.

alternativa à gravidez natural, o que certamente dará ensejo à produção de bebês de proveta que serão investigados, como no caso mencionado do diagnóstico pré-implantatório, independentemente de haver algo que justifique tal intervenção, ou do uso para pesquisa com células-tronco embrionárias. Nada justifica praticarmos atrocidades eugênicas, em desrespeito aos princípios constitucionais da vida e da dignidade. Defende-se, pois, que no uso de toda e qualquer técnica de reprodução humana antes de qualquer outra coisa, haja o merecido respeito à ordem constitucional, em especial ao princípio da dignidade humana, que deverá sobrepor-se, em todos os sentidos, em prol da vida do embrião.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. **Tutela Civil do Nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000.
- ALVARENGA, Raquel de Lima Leite Soares. Considerações sobre o congelamento de embriões, *in*: CASABONA, Carlos Maria Romeo. QUEIROZ, Juliane Fernandes. (Coord.) **Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, p. 229-247.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais da Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987.
- AQUINO, Felipe. **Matrimônio**. São Paulo: Canção Nova, 2007.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. O casamento de pessoas do mesmo sexo. Disponível em: http://www.biblioteca.porto.ucp.pt/docbweb/download.asp?file=multimedia/associa/pdf/roa_12_71.pdf. Acesso em 10.2.14.
- BARROS, Sérgio Resende de. Direitos humanos fundamentais da família. *in*: **Revista Mestrado Direitos Humanos e Fundamentais**. Osasco: EdiFieo v.6/1, 2006, p. 175-180.
- BARROSO, Luis Roberto. Em Defesa da Vida Digna: Constitucionalidade e Legislação das pesquisas com Células-Tronco embrionárias, *in*: SARMENTO, Daniel e PIOVISAN, Flávia (Coords). **Nos limites da Vida: Aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 241-263.

BÍBLIA sagrada. João Ferreira de Almeida(trad.). 2 ed. Barueri: Sociedade Bíblica do Brasil, 2011.

BLACK, Edwin. **A guerra contra os fracos: a eugenia e a campanha norte-americana para criar uma raça superior.** São Paulo: A Girafa, 2003.

BRASIL-ESCOLA. **PORTAL BRASIL ESCOLA.** Disponível em: <http://www.brasilecola.com/biologia/pilula-dia-seguinte.htm>. Acesso em: 2.6.13.

BRAUNER, Maria Claudia Crespo. **Direito, sexualidade e reprodução humana.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **PROJETO DE LEI 276/2007.** Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=E9EF29E9BE3E416E70CE2CA0E98EAEAD.node2?codteor=438647&filename=PL+276/2007. Acesso em: 15.2.14.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da Teoria Geral do Estado.** 22 ed., atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado.** 15 ed., rev., atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito.** 4 ed., atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

FERNANDES, Silvia da Cunha. **As técnicas de reprodução humana assistida e a necessidade de sua regulamentação jurídica.** Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

GOZZO, Débora. Diagnóstico pré-implantatório e responsabilidade civil à luz dos Direitos Fundamentais, *in*: MARTINS-COSTA, Judith e MÖLLER, Letícia Ludwig (Coords). **Bioética e responsabilidade.** Rio de Janeiro: Forense, 2009, 391-422.

GOZZO, Débora. O direito fundamental à intimidade x o direito fundamental à identidade genética, *in*: DIAS, Maria Berenice. (Org.). **Direito das Famílias**: Contributo do IBDFam em homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 423-441.

GOZZO, Débora. Limites para a maternidade/paternidade responsável!, *in*: www.bomdia.adv.br. Acesso em 20.1.14.

KRUSE, Helga. SINGER, Peter.(Coord.) **Bioethics**: an anthology. 2ª. ed.. Oxford: Blackwell, 2012, p. 104-107.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações Artificiais e o Direito**: Aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

LIGIERA, Wilson Ricardo. Consentimento informado do paciente, *in*: GOZZO, Débora. (Coord.). **Informação e Direitos Fundamentais**: a eficácia horizontal das normas constitucionais. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 91-105.

MALAUURIE, Philippe. Un droit a l'enfant?, *in*: **Jornada Franco-Argentina en Homenaje a Philippe Malaurie: La procreación asistida y la adopción internacional en un mundo globalizado**. Palestra. Buenos Aires: Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina – UCA, 28 de novembro de 2013.

MELO, Helena Pereira de. **Manual de Biodireito**. Coimbra: ALMEDINA, 2008.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional Tomo IV**. 4 ed., Coimbra: Coimbra editora, 2008.

MOARES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 29 ed., ver. e atual. São Paulo: Atlas, 2013.

NETO, Luísa. **O direito fundamental à disposição sobre o corpo humano**: a relevância da vontade na configuração do seu regime.

OBIGLIO, Hugo O.M.; RAY, Carlos A.(Org.). **Bioética**: de Pio XI a Benedicto XVI. Buenos Aires: Educa, 2010.

PERRONI, Fábio Amadeu Martins, *in*: GOZZO, Débora. (Coord.). **Informação e Direitos Fundamentais**: a eficácia horizontal das normas constitucionais. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 164-179.

POLARINI, Giovana Meire. O direito fundamental à vida e a xenotransplantação: o uso de animais transgênicos *in*: AZEVEDO, Álvaro Villaça e LIGIERA, Wilson Ricardo (Coords). **Direitos do Paciente**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 247-267.

PRO-CRIAR. **MEDICINA REPRODUTIVA**. Disponível em: <http://www.pro-criar.com.br/tratamentos/fertilização-in-vitro-fiv>» Acesso em: 4.6.13.

SANDER, Michael J. **The case against perfection**: ethics in the age of genetic engineering. Cambridge: Harvard University Press, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20 ed., ver. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

VATICANO. **CARTA ENCÍCLICA**. Disponível em: http://www.vatican.va/holy_father/paul_vi/encyclicals/documents/hf_p-vi_enc_25071968_humanae-vitae_po.html. Acesso em: 17.1.14.