

# DA RESPONSABILIDADE PARENTAL QUANTO AOS EMBRIÕES PRODUZIDOS EM UM CICLO DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA: UMA ANÁLISE À LUZ DO PRINCÍPIO DA PATERNIDADE RESPONSÁVEL

PARENTAL RESPONSIBILITY REGARDING THE EMBRYOS PRODUCED IN A CYCLE OF ASSISTED HUMAN REPRODUCTION: AN ANALYSIS IN THE LIGHT OF THE PRINCIPLE OF RESPONSIBLE PARENTHOOD

\*Carlos Alexandre Moraes

\*\*Tatiana de Freitas Giovanini Mochi<sup>□</sup>

**RESUMO:** É direito de qualquer cidadão o livre planejamento familiar, contudo, o recurso a técnicas artificiais de fecundação também deve estar atrelado ao princípio da paternidade responsável e da dignidade da pessoa humana, o que também implica na responsabilidade em relação ao destino de todos os embriões produzidos em uma fertilização *in vitro*. A Lei de Biossegurança, objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 3.510, julgada improcedente pelo Supremo Tribunal Federal, veio regulamentar a possibilidade dos embriões excedentários de um ciclo de fertilização serem destinados à pesquisa científica. Contudo, a Lei apresenta incoerências, como a redação do inciso III do art. 5º. Além disso, o STF adotou uma visão utilitarista não só do embrião como do princípio da dignidade da pessoa humana, o que culminar com a coisificação do próprio ser humano. Deve existir, pois, uma responsabilidade por parte daqueles que se dispõem a gerar um filho de modo artificial, e isto decorre do princípio da paternidade responsável, sendo necessário, portanto, limitar, por exemplo, o número de embriões produzidos em cada ciclo de fertilização, dentre outras medidas que primem pelo respeito à vida humana.

Palavras-chave: Planejamento familiar. Paternidade Responsável. Embrião. Reprodução Assistida.

**ABSTRACT:** Every citizen has the right to free family planning, however, the use of artificial fertilization techniques should also be linked to the principle of responsible parenthood and the dignity of the human person, which also implies the responsibility for the destiny of all embryos produced an *in vitro* fertilization. The Biosafety Law, which was the object of the Direct Action of Unconstitutionality (ADI) n. 3510, rejected by the Supreme Court regulated the possibility of surplus embryos from a fertilization cycle be destined for scientific research. However, the Act introduces inconsistencies, as the wording of item III of article. 5th. Moreover, the Supreme Court adopted a utilitarian view not only of the embryo as well as the principle of human dignity, which culminate with the reification of the human being. There must be, therefore, a responsibility on the part of those who are willing to bear a child in an artificial way, and this derives from the principle of responsible parenthood, being therefore necessary to limit, for example, the number of embryos produced in each fertilization cycle among other measures that excel for respect for human life.

Keywords: Family Planning. Responsible Parenthood. Embryo. Assisted Reproduction.

---

\* Advogado, Coordenador do Curso de Direito do Unicesumar, avaliador dos Cursos de Direito do MEC, Doutor em Ciências da Educação pela UPAP, Mestre em Ciências Jurídicas pelo CESUMAR.

\*\* Advogada em Maringá, mestre em Ciências Jurídicas pelo Unicesumar, professora do Unicesumar e da Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

## **1 INTRODUÇÃO**

A utilização de técnicas de reprodução humana assistida e sua crescente procura têm gerado discussões acerca das implicações que estas novas formas de fecundação podem acarretar para a sociedade. Para tanto, é imprescindível analisar o tema a partir de uma revisão bibliográfica do direito ao livre planejamento familiar associado ao princípio da paternidade responsável e da dignidade da pessoa humana, a fim de se compreender se a responsabilidade parental na realização do projeto parental deve ou não englobar as fases iniciais de desenvolvimento humano, isto é, a partir da formação do embrião.

Preliminarmente, faz-se necessário analisar a vulnerabilidade do embrião e a necessidade de protegê-lo ou não. Tal questionamento desemboca no destino dos embriões excedentários de um ciclo de fertilização *in vitro* e a regulamentação dada pela Lei de Biossegurança. Pretende-se, pois, realizar uma interpretação do art. 5º da citada Lei, bem como da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.510, julgada improcedente pelo Supremo Tribunal Federal por maioria de votos.

O *decisum* da Corte constitucional brasileira baseou-se, dentre outros argumentos, no princípio da dignidade humana. Todavia, ponderar-se-á acerca da visão utilitarista que o Supremo adotou em relação a tal princípio, isto é, ao considerar o embrião como um meio para se atingir fins maiores.

Finalmente, abordar-se-á a responsabilidade parental quanto aos embriões oriundos de técnicas de reprodução assistida, sobretudo aqueles não implantados em útero materno. A discussão, portanto, enfatizará a possibilidade de se limitar ou não o número de ovócitos fecundados em cada ciclo, a utilização do diagnóstico genético pré-implantação para a seleção de bebês “sob medida”, bem como o destino dos embriões que se tornaram excedentes.

## **2 DO PLANEJAMENTO FAMILIAR ASSOCIADO AO EXERCÍCIO DA PATERNIDADE RESPONSÁVEL NAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA**

As causas da infertilidade encontram-se fora do controle humano, e muitos casais necessitarão recorrer às técnicas de reprodução humana assistida. Segundo as estatísticas, 20% da população mundial é infértil, e, conforme o sequenciamento do genoma humano,

passará essa infertilidade às futuras gerações.<sup>1</sup>

As técnicas de reprodução humana assistida auxiliam na fecundação humana e podem ser conceituadas como o conjunto de técnicas que possibilitam a fecundação humana, por meio da manipulação de gametas e embriões, com o intuito de propiciar o nascimento de um novo ser.

Tanto a infertilidade, quanto a esterilidade estão previstas na Classificação Internacional de Doenças, CID 10 da Organização Mundial da Saúde, logo são consideradas um problema de saúde pública, passíveis de tratamento. Pode-se citar algumas das técnicas mais utilizadas para dirimir tais problemas, tais como: a inseminação artificial, a fertilização *in vitro* e a maternidade substitutiva, etc.

A cada ano é maior o número de casais que se utilizam de técnicas de fertilização artificial para a concretização do planejamento familiar, em decorrência de alguma incapacidade na concepção natural de um filho. Isto porque, de acordo com dados apresentados por Juliane Fernandes Queiroz, a infertilidade afeta entre 10 a 15% dos casais na idade reprodutiva, sendo que, em 40% dos casos, estima-se que a causa do problema seja associada à mulher, em 40% ao homem, e nos 20% restantes ao casal ou a algum motivo desconhecido.<sup>2</sup>

Segundo estatísticas da Rede Latinoamericana de Reprodução Assistida (RED), havia no ano de 1999 noventa e cinco centros ou clínicas que realizavam procedimentos de inseminação artificial ou de fertilização *in vitro* em toda América Latina<sup>3</sup>. Em 1990, este número era de apenas 21<sup>4</sup>. Por outro lado, no ano de 2009, foram reportados 135 centros de reprodução localizados em onze países<sup>5</sup>.

Pode-se conceituar a reprodução assistida (RA) como o “conjunto de técnicas que favorecem a fecundação humana, a partir da manipulação de gametas e embriões, objetivando principalmente combater a infertilidade e propiciando o nascimento de uma nova vida humana”<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> CRUZ, Ivelise Fonseca da. *Efeitos da reprodução humana assistida*. São Paulo: SRS Editora, 2008.

<sup>2</sup> QUEIROZ, Juliane Fernandes. *Paternidade: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 67.

<sup>3</sup> RED LATINOAMERICANA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA. *Registro Latinoamericano de Reproducción Asistida de 1999: 10 años*. Disponível em: <[http://www.redlara.com/aa\\_portugues/registro\\_anual.asp?categoria=Registros Anuais&cadastroid=23](http://www.redlara.com/aa_portugues/registro_anual.asp?categoria=Registros Anuais&cadastroid=23)>. Acesso em 26 mar. 2012.

<sup>4</sup> Ibid.

<sup>5</sup> Ibid.

<sup>6</sup> RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson Rodrigues; BORGES, Janice Silveira. Alteração da vontade na utilização das técnicas de reprodução assistida. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coord.). *Manual de direito das famílias e das sucessões*. Belo Horizonte: Del Rey: Mandamentos, 2008, p.

Existe uma série de técnicas de reprodução assistida, como a inseminação artificial intrauterina, a transferência tubária de gametas e embriões, a injeção intracitoplasmática de espermatozoide e a fecundação *in vitro*, sendo que a diferença entre tais procedimentos é a complexidade, o custo financeiro e a indicação terapêutica<sup>7</sup>.

Por meio da inseminação artificial, o espermatozoide é introduzido no interior do canal genital feminino, por processos mecânicos, sem a prática de um ato sexual. Trata-se de uma técnica simples, cuja utilização remonta à Idade Média<sup>8</sup>. A expressão “inseminação” possui sua origem na expressão latina “inseminare”, de “in” (que significa, dentro), e “semem” (que quer dizer, semente).<sup>9</sup>

Ao lado da inseminação artificial, destaca-se a fertilização *in vitro* como uma das técnicas mais utilizadas atualmente. Nesta modalidade, a fecundação ocorre *in vitro*, ou seja, a fertilização do óvulo pelo espermatozoide é realizada em laboratório e, uma vez formado o embrião, este é transferido para o útero materno<sup>10</sup>.

O direito ao planejamento familiar foi regulamentado no Brasil pela Lei n. 9.263, de 12 de janeiro de 1996, sendo definido pelo art. 1º como o conjunto de ações que visam a regulação da fecundidade, a fim de garantir direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal, vedando-se a utilização das referidas medidas como forma de controle de natalidade.

Conforme a redação do art. 9º da Lei supramencionada, cabe ao Estado oferecer todos os métodos e técnicas de concepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, para o exercício do direito ao planejamento familiar. Isto implica na autorização para que casais impossibilitados de conceberem filhos do modo natural recorram à técnicas de reprodução assistida, como forma de assegurar a realização do projeto parental.

De acordo com o art. 226, §7º da Constituição Federal, o planejamento familiar é um direito garantido constitucionalmente a todos os cidadãos, que deve, contudo, ser exercido

---

228.

<sup>7</sup>RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. Breve comentário sobre aspectos destacados da reprodução humana assistida. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coord.). *Biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p.287.

<sup>8</sup>Juliane Fernandes Queiroz assevera que “Arnaud Villeneuve, médico de reis e papas, teria obtido sucesso na inseminação artificial com a introdução do espermatozoide de Henrique IV, de Castela, em sua esposa”, e que, outrossim, “relatos do século XVII registram que um monge italiano, chamado Spallanzini, já havia feito tentativas de inseminação”. In: *Paternidade: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 71.

<sup>9</sup>LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 38.

<sup>10</sup>SÁ, Maria de Fátima Freire; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Manual de Biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 111.

com fundamento nos princípios da dignidade da pessoa humana e da parentalidade responsável.

Consoante José Pinto-Barros, o planejamento familiar pode ser conceituado como o:

processo correcto da divulgação, aprendizagem, consciencialização, aplicação das técnicas e métodos anticoncepcionais, clinicamente apoiados no pleno respeito dos direitos da pessoa humana, na plena satisfação afectivo-sexual e como resultado último à desejada dimensão e estruturação da família, de acordo com as características paternas: psíquica, física, social, económica e outras; traduzindo-se no número de filhos que uma dada família desejar quando quiser.<sup>11</sup>

No entanto, o planejamento familiar associado à paternidade responsável compreende não só a decisão acerca do número de filhos, mas também o intervalo adequado entre as gestações, a possibilidade de utilização das técnicas de reprodução assistida como último recurso à procriação, a discussão acerca da reprodução da forma monoparental, da inseminação *post mortem* etc.

Clayton Reis defende que a geração de um filho implica no dever de responsabilidade dos pais, o qual decorre do poder familiar, conforme previsto no artigo 1.634 do Código Civil. Logo, aqueles que pretendem gerar uma criança devem ponderar as consequências oriundas de seu nascimento, a fim de que desempenhem os cuidados indispensáveis para a manutenção e educação deste novo ser humano<sup>12</sup>.

A parentalidade responsável decorre do exercício dos direitos reprodutivos pelos seres humanos. No entanto, a liberdade sexual do homem e da mulher implica em uma responsabilidade quanto ao resultado dessa relação, ou seja, são responsáveis pelos embriões produzidos por meio de reprodução assistida, e também pelo eventual nascimento de um ou mais filhos, ainda que não desejados ou planejados<sup>13</sup>.

É indispensável, destarte, que as pessoas exerçam seu direito de procriação e de se relacionar sexualmente com responsabilidade, haja vista que têm um dever de cuidado quanto à criança que poderá ser concebida como fruto deste relacionamento. Por outro lado, se o casal optar por uma reprodução medicamente assistida, devem ter a consciência de que também serão responsáveis por todos os embriões produzidos em laboratório.

---

<sup>11</sup>PINTO-BARROS, José. *Planeamento familiar: aborto e o direito*. Coimbra: Coimbra, 1992, p. 37.

<sup>12</sup>REIS, Clayton. O planejamento familiar: um direito de personalidade do casal. *Revista Jurídica Cesumar - Mestrado*, Maringá, v. 8, n. 2, p. 415-435, 2008.

<sup>13</sup>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, p. 453-454.

Acerca da relação entre direitos reprodutivos, planejamento familiar e paternidade responsável, cite-se a Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento realizada no Cairo, Egito, de 5 a 13 de setembro de 1994, que reuniu representantes de mais de 180 governos, inclusive o brasileiro, bem como 1.254 organizações não-governamentais.

Ao final da Conferência, a comunidade internacional estabeleceu três metas a serem alcançadas até o ano de 2015: a redução da mortalidade infantil e materna; o acesso à educação, especialmente para as meninas; e o acesso universal a uma ampla gama de serviços de saúde reprodutiva, incluindo o planejamento familiar<sup>14</sup>, como se extrai do item 7.6 do Programa de Ação de Cairo:

7.6 Todos os países devem o mais cedo possível e não depois de 2015, envidar esforços para tornar acessível, por meio de um sistema primário de assistência à saúde, a saúde reprodutiva a todos os indivíduos em idades adequadas. A assistência à saúde reprodutiva, no contexto de uma assistência primária à saúde, deve incluir *inter alia*: aconselhamento, informação, educação, comunicação e serviços de planejamento familiar; educação e serviços de assistência pré-natal, de parto seguro e de assistência pós-natal; prevenção e o devido tratamento da esterilidade; aborto como especificado no parágrafo 8.25, inclusive a prevenção do aborto e o tratamento de suas sequelas; tratamento de infecções do aparelho reprodutivo e informação, educação e aconselhamento, conforme a necessidade, sobre a sexualidade humana, saúde reprodutiva e paternidade responsável. Devem estar sempre disponíveis, conforme a necessidade, os referidos serviços de planejamento familiar e de diagnóstico e tratamento de complicações de gravidez, parto e aborto, esterilidade, infecções do aparelho reprodutivo, câncer de mama e cânceres do sistema reprodutivo, doenças sexualmente transmissíveis, inclusive HIV/AIDS. Efetivos desestímulos de práticas prejudiciais, como a mutilação genital feminina, devem ser parte integral da assistência à saúde, inclusive de programas de assistência à saúde reprodutiva.<sup>15</sup>

A relevância do planejamento familiar, seja no aspecto relacionado ao controle de natalidade ou na busca por formas artificiais de concepção, está em possibilitar as condições mais favoráveis para o nascimento de uma criança desejada e pronta para ser acolhida em um ambiente que está preparado para recebê-la.

A Constituição Federal brasileira reconhece, pois, no art. 226, §7º a importância do planejamento familiar como forma de proteção da família e da própria sociedade, desde que associado à dignidade da pessoa humana e à paternidade responsável, a qual pode ser

---

<sup>14</sup>UNITED NATIONS. *International Conference on Population and Development*. Disponível em: <<http://www.un.org/popin/icpd2.htm>>. Acesso em 02 out. 2012.

<sup>15</sup>Ibid.

conceituada como a obrigação que os pais têm de prover a assistência moral, afetiva, intelectual, material, sexual e espiritual aos filhos<sup>16</sup>.

Por óbvio, a expressão “paternidade responsável” não se limita às obrigações exigidas da figurina masculina quanto ao cuidado dos filhos, mas também abrange o papel materno no desenvolvimento psicofísico dos infantes. Por esta razão, Guilherme Calmon Nogueira da Gama prefere utilizar-se do vocábulo “parentalidade” para se referir à responsabilidade que o pai e a mãe possuem na educação e criação de seus filhos<sup>17</sup>.

De acordo com Clayton Reis, o dever de educar o infante e lhe transmitir valores é solidário, ou seja, cabe não só à mãe que gerou à criança, como também ao homem que ofertou seu material genético.<sup>18</sup> Tal obrigação está inserta no art. 229 da Constituição Federal, o qual prescreve que “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”.

Se o casal utilizou-se de reprodução humana assistida para realizar o projeto parental, é certo que existe o dever de assistirem os filhos oriundos destas técnicas em todas as suas necessidades. No entanto, deve-se estender a aplicação do princípio da paternidade responsável a todos os embriões produzidos laboratorialmente, independentemente se serão ou não introduzidos no ventre materno, gerando o nascimento de uma criança.

A partir do momento em que o ordenamento jurídico pátrio estabelece como um direito do cidadão o de constituir uma família, inclusive com a utilização de técnicas de fertilização artificial, torna-se ínsita a responsabilização dos pais por cada uma das etapas médicas de produção de embriões que apenas foram formados em razão desse desejo de realizar um projeto parental.

## **2 DOS EMBRIÕES EXCEDENTÁRIOS DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA**

### **2.1 Da Vulnerabilidade do embrião humano e da necessidade de proteção**

Os embriões são seres vulneráveis. Na verdade, todas as pessoas são vulneráveis. Essa afirmação é resultado da análise do próprio conceito de vulnerabilidade – do latim

---

<sup>16</sup>CARDIN, Valéria Silva Galdino. Do planejamento familiar, da paternidade responsável e das políticas públicas. *IBDFAM*, Belo Horizonte. Disponível em: <www.ibdfam.org.br>. Acesso em: 01 abr. 2012.

<sup>17</sup>GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Cuidado e Planejamento Familiar. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). *Cuidado e vulnerabilidade*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 239.

<sup>18</sup>REIS, Clayton. O planejamento familiar: um direito de personalidade do casal. *Revista Jurídica Cesumar - Mestrado*, Maringá, v. 8, n. 2, p. 415-435, 2008.

*vulnerabilis*, “que pode ser ferido”. O fato é que qualquer ser vivo “pode ser ‘vulnerado’ em condições contingenciais”. No entanto, alguns indivíduos têm essa vulnerabilidade potencializada, daí poder-se afirmar que esta apresenta graduações.<sup>19</sup>

Há certos grupos de pessoas, como, por exemplo, os portadores de deficiência, os idosos, a criança e o adolescente, que, por determinadas condições socioeconômicas ou psicofísicas, se encontram em condição de desigualdade em relação aos demais, o que os torna vítimas em potencial, ou seja, estão inevitavelmente submetidos a uma constante situação de risco. A pessoa que se encontra nessa condição “está impedida ou tem diminuída a possibilidade de exercer seus direitos”, e, por essa razão, “necessita de proteção especial”<sup>20</sup>.

Se a criança e o adolescente são seres vulneráveis por excelência, é evidente que esta situação de vulneração também se estende ao nascituro, e, por consequência, ao embrião *in vitro*, os quais têm a capacidade de autodefesa e de exercer direitos diminuídas<sup>21</sup>.

Além disso, o embrião *in vitro* não pode ser considerado uma pessoa em potencial apenas porque ainda não foi inserido no útero materno. O ser humano passa por diversas etapas de desenvolvimento, de modo que não se converte em alguém apenas quando adulto, como se pensava até meados do século XX, senão que é alguém desde o início de seu desenvolvimento. O que altera é o grau de dependência que este ser tem em relação a outrem, todavia isto não lhe retira a qualidade de humano<sup>22</sup>.

É em decorrência da vulnerabilidade do embrião humano que o princípio da paternidade responsável, atrelado ao livre planejamento familiar, deve abranger as fases iniciais de formação da vida humana.

## **2.2. Da lei de Biossegurança e do julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade n. 3.510**

A Lei n. 11.105, de 24 de março de 2005, denominada de Lei de Biossegurança, regulamentou os inc. II, IV e V do § 1o do art. 225 da Constituição Federal, que tratam da proteção ao patrimônio genético do Brasil, estabelecendo normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados e células-

<sup>19</sup>BARBOZA, Heloisa Helena. Vulnerabilidade e cuidado: aspectos jurídicos. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). *Cuidado e vulnerabilidade*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 110.

<sup>20</sup>Ibid, p.113 e 114.

<sup>21</sup>FIGUEIREDO, Patrícia Cobianchi. O início da vida para proteção jurídica sob os ditames da Constituição e dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil. In: GARCIA, Maria; GAMBÁ, Juliane Caravieri; MONTAL, Zélia Cardoso. *Biodireito Constitucional: questões atuais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 28-29.

<sup>22</sup>SILVA, Reinaldo Pereira e. *Biodireito: a nova fronteira dos direitos humanos*. São Paulo: LTr, 2003, p. 120-121.

tronco embrionárias.

De acordo com Wanderlei de Paula Barreto:

O surgimento da biotecnologia representa um marco para a ciência jurídica e para o Direito na sua missão reguladora e harmonizadora das relações sócio-jurídicas, ao mesmo tempo em que constitui fator de ruptura do modelo articulado sobre as bases da concepção natural.<sup>23</sup>

No art. 5º da supramencionada Lei, são regulamentadas as pesquisas e terapias realizadas com células-tronco embrionárias oriundas de reprodução humana assistida, ou seja, que resultam de fertilização *in vitro*, admitindo-se a destinação dos embriões excedentários à pesquisa científica se observados os seguintes requisitos: a) se forem embriões inviáveis ou se estiverem congelados antes da data de publicação da lei, sendo que, neste caso, o período mínimo de criopreservação será de três anos; b) que haja o consentimento dos genitores; c) que as pesquisas sejam submetidas à fiscalização dos comitês de ética em pesquisa; d) a proibição da comercialização dos embriões que preencherem estes requisitos.

Ocorre que a Procuradoria Geral da República propôs uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, autuada na data de 30 de maio de 2005 sob n. 3.510, contra o art. 5º da Lei n. 11.105/2005, alegando ofensa ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana consagrados na Constituição Federal.

Em sua petição inicial, o então Procurador-Geral da República Cláudio Lemos Fonteles adotou a teoria concepcionista acerca do início da vida, defendendo que esta se inicia com a fecundação, ou seja, com a união entre óvulo e espermatozóide, gametas feminino e masculino respectivamente.

De acordo com Renata da Rocha:

A teoria concepcionista, considerando a primeira etapa do desenvolvimento embrionário humano, entende que o embrião possui um estatuto moral semelhante ao de um ser humano adulto, o que equivale a afirmar que a vida humana inicia-se, para os concepcionistas, com a fertilização do ovócito secundário pelo espermatozóide. A partir desse evento, o embrião já possui condição pela de pessoa, compreendendo, essa condição, a complexidade de valores inerentes ao ente em desenvolvimento.<sup>24</sup>

---

<sup>23</sup> BARRETO, Wanderlei de Paula. Inovações sobre a personalidade jurídica e os direitos da personalidade no novo Código civil brasileiro. DBJV - Mitteilungen, n. 2, fev. 2004. Disponível em: [http://www.dbjv.de/dbjv-high/mitteilungen/04-02/DBJV\\_Mitteilungen\\_02-2004.pdf](http://www.dbjv.de/dbjv-high/mitteilungen/04-02/DBJV_Mitteilungen_02-2004.pdf). Acesso em: 20 ago. 2011.

<sup>24</sup> ROCHA, Renata da. *O Direito à Vida e a Pesquisa com Células-Tronco: limites éticos e jurídicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 75.

Em 29 de maio de 2008, a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.510 foi julgada improcedente pelo pleno do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos. Foram parcialmente vencidos os votos dos Ministros Menezes de Direito, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cezar Peluso e o então presidente Gilmar Mendes. Eis parte da ementa do acórdão:

CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DE BIOSSEGURANÇA. IMPUGNAÇÃO EM BLOCO DO ART. 5<sup>o</sup> DA LEI N<sup>o</sup> 11.105, DE 24 DE MARÇO DE 2005 (LEI DE BIOSSEGURANÇA). PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO DIREITO À VIDA. CONSTITUCIONALIDADE DO USO DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS EM PESQUISAS CIENTÍFICAS PARA FINS TERAPÊUTICOS. DESCARACTERIZAÇÃO DO ABORTO. NORMAS CONSTITUCIONAIS CONFORMADORAS DO DIREITO FUNDAMENTAL A UMA VIDA DIGNA, QUE PASSA PELO DIREITO À SAÚDE E AO PLANEJAMENTO FAMILIAR. DESCABIMENTO DE UTILIZAÇÃO DA TÉCNICA DE INTERPRETAÇÃO CONFORME PARA ADITAR À LEI DE BIOSSEGURANÇA CONTROLES DESNECESSÁRIOS QUE IMPLICAM RESTRIÇÕES ÀS PESQUISAS E TERAPIAS POR ELA VISADAS. IMPROCEDÊNCIA TOTAL DA AÇÃO<sup>25</sup>.

O Supremo Tribunal Federal adotou entendimento majoritário de que a vida protegida pelo texto constitucional é aquela do “indivíduo-pessoa”, já nascido, de modo que os embriões não inseridos em útero materno, por lhes faltar a viabilidade de se transformarem em vida humana, deveriam ser tutelados apenas como bem jurídico, evitando-se “tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade biológica”<sup>26</sup>.

Além disso, a constitucionalidade do art. 5<sup>o</sup> da Lei de Biossegurança também se fundamentou na liberdade de pesquisa garantida pelo art. 5<sup>o</sup>, IX, da Constituição Federal e nos benefícios que estas pesquisas podem trazer para a humanidade, como forma de se garantir o direito à saúde.

Para a corte suprema brasileira, os critérios adotados pelo art. 5<sup>o</sup> da Lei de Biossegurança, o qual elenca quais embriões poderão ser destinados a pesquisa, foram razoáveis, sendo que alguns dos Ministros, como Carmen Lucia, citou que após o período de três anos de congelamento, é praticamente ineficiente o implante da célula embrionária criopreservada, sendo que seu destino, assim como dos embriões inviáveis, seria o “lixo”.

O que todos os Ministros do Supremo Tribunal Federal deixaram de observar é a

---

<sup>25</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.510. Relator: Ministro Ayres Britto. Julgamento: 29/05/2008.

<sup>26</sup> Trecho extraído da ementa da ADI n. 3.510. Ibid.

incongruência do texto do inc. II do art. 5º da Lei de Biossegurança, o qual assim prescreve:

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:

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.

Extrai-se da interpretação do citado dispositivo legal que apenas os embriões congelados até a data da publicação da Lei é que poderão ser destinados à pesquisa. O critério dos três anos também se limita a estes embriões. Logo, todos os embriões excedentários e criopreservados depois da data da publicação da Lei n. 11.105/2005, que ocorreu em 28 de março de 2005, não poderão ser utilizados para terapia ou tratamento.

Ives Gandra Martins e Fátima Fernandes de Souza também comentaram a incoerência do critério utilizado pela Lei de Biossegurança:

Porém, arbitrária que tenha sido a fixação dos três anos, a verdade é que ela não autoriza que embriões congelados após a publicação da Lei sejam utilizados em pesquisas [...]. Trata-se, portanto, de um número pequeno de embriões – absolutamente insuficiente para as pesquisas, a julgar pelo depoimento dos cientistas ouvidos -, que nem por isso podem ter negado o seu direito vida<sup>27</sup>.

Os médicos Alvaro Petracco, Ricardo Azambuja, Lilian Okada e Mariangela Badolotti relatam que as clínicas de reprodução assistida enfrentam um grande desafio na atualidade: a criopreservação de embriões, em decorrência de que a Lei de Biossegurança apenas autorizou a utilização dos que foram congelados até 28 de março de 2005. Considerando que existe uma limitação quanto ao número de embriões implantados no útero materno, como forma de se evitar gestações múltiplas, e que cada ciclo de reprodução gera uma média de dois embriões excedentes, é alarmante pensar no número de embriões criopreservados no Brasil, o que justifica a preocupação dos médicos e das clínicas<sup>28</sup>.

Além disso, de acordo com os supramencionados autores, as técnicas de criopreservação permitem o acondicionamento por tempo indeterminado e de forma viável

---

<sup>27</sup>MARTINS, Ives Gandra da Silva; SOUZA, Fátima Fernandes Rodrigues de. Os direitos fundamentais dos seres humanos na sua forma embrionária. In: PEREIRA, T. S.; MENEZES, R. A.; BARBOZA, H. H. *Vida, morte e dignidade humana*. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p 162.

<sup>28</sup>PETRACCO, Alvaro, et. al. Congelamento de embriões, óvulos e tecidos ovarianos. In: DZIK, Arthur, et. al. (Ed.). *Tratado de Reprodução Assistida*. São Paulo: Segmento Farma, 2010, p. 353.

dos embriões excedentes<sup>29</sup>. Destarte, ao contrário do que pensava a Ministra Cármen Lúcia, o prazo de três anos previsto no art. 5º, inc. II, não se referia à eficácia de uma implantação com um embrião congelado por mais de três anos, mas sim ao tempo considerado como mínimo para que a família decidisse qual seria o destino daquele pequeno ser, se manteriam criopreservados para uma futura gestação, se encaminhariam para a adoção ou se seria destinado para a pesquisa científica.

Existe, portanto, uma contradição insuperável no art. 5º da Lei de Biossegurança, porquanto apenas podem ser utilizados para pesquisas os embriões congelados até 28 de março de 2005, como se estes não tivessem direito à vida, enquanto aqueles criopreservados após tal data, estes sim teriam a vida tutelada pela legislação brasileira. Não existe fundamento constitucional para esta diferenciação, e os Ministros do Supremo Tribunal Federal não poderiam ter se desapercebido desta desigualdade material.

Novamente surge a questão quanto ao destino dos embriões criopreservados após a data da publicação da Lei n. 11.105/2005. Por enquanto, devem ser mantidos em tal condição por tempo indeterminado. No entanto, é preciso evitar a proliferação de material genético congelado. O Estado não pode mais se omitir quanto ao número de embriões que podem ser produzidos em cada ciclo de reprodução assistida e os pais também devem assumir a responsabilidade por isso.

### **3.3 Dos perigos de uma visão utilitarista acerca do embrião humano e da dignidade da pessoa humana**

A dignidade da pessoa humana, na visão de Gregorio Peces-Barba Martínez, não é em sua origem um conceito jurídico, mas sim um *constructo* filosófico que expressa o valor intrínseco da pessoa, que a faz única e irrepetível, sendo o centro do mundo e, ao mesmo tempo, centrada no mundo, como um fim que ela mesma decide qual é e, portanto, nunca um meio<sup>30</sup>.

O supramencionado entendimento fundamenta-se no pensamento de Immanuel Kant, para quem a dignidade é o valor absoluto da própria racionalidade humana. Diferentemente das coisas, as quais podem ser consideradas como entes destituídos de razão, as pessoas qualificam-se como seres racionais, detentores de vontade, o que, por sua vez, atribui-lhes dignidade, isto é, o

---

<sup>29</sup>PETRACCO, Alvaro, et. al. Congelamento de embriões, óvulos e tecidos ovarianos. In: DZIK, Arthur, et. al. (Ed.). *Tratado de Reprodução Assistida*. São Paulo: Segmento Farma, 2010, p. 354.

<sup>30</sup>MARTINEZ, Gregorio Peces-Barba. *La dignidad de la persona desde La filosofía del derecho*. 2. ed. Madrid: Dykinson, 2003, p. 68.

valor e atributo mais supremo da pessoa humana. Se as coisas possuem um preço, os seres humanos têm dignidade<sup>31</sup>.

Ingo Wolfgang Sarlet defende que:

[...] na sua qualidade de princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana constitui valor-guia não apenas dos direitos fundamentais mas de toda ordem jurídica (constitucional e infra-constitucional), razão pela qual, para muitos, se justifica plenamente sua caracterização como princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativa [...].

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.510, os Ministros realçam a força constitucional do princípio da dignidade da pessoa humana, dedicando inúmeras páginas a explanações acerca deste princípio. No entanto, o conceito de dignidade da pessoa humana na visão do Supremo está concatenado à busca da felicidade e à eliminação do sofrimento, conforme se extrai do seguinte trecho da ementa da ADI:

Inexistência de ofensas ao direito à vida e da dignidade da pessoa humana, pois a pesquisa com células-tronco embrionárias (inviáveis biologicamente ou para os fins a que se destinam) significa a celebração solidária da vida e alento aos que se acham à margem do exercício concreto e inalienável dos direitos à felicidade do viver com dignidade.<sup>32</sup>

Este é um conceito utilitarista de dignidade da pessoa humana, à medida que é digno aquilo que acarreta prazer ou felicidade, e indigna a existência com dor ou com sofrimento.

O pai do utilitarismo é Jeremy Bentham, para quem “a natureza colocou o gênero humano sob o domínio de dois senhores soberanos: a dor e o prazer. Somente a eles compete apontar o que devemos fazer, bem como determinar o que na realidade faremos”<sup>33</sup>. Este é o princípio da utilidade, que reconhece essa sujeição cujo objetivo é alcançar a felicidade por meio da razão e da lei, sendo que a felicidade consiste justamente “em desfrutar prazeres e estar isento de dores”<sup>34</sup>.

Ensina Alessandro Zenni que “o princípio utilitarista cria meios propiciadores da felicidade através da razão e do direito (lei), aprovando ou desaprovando toda ação, segundo a tendência que pareça estar aumentando ou diminuindo a felicidade da parte a cujo interesse

---

<sup>31</sup>KANT, Immanuel. *Fundamentação à metafísica dos costumes e outros escritos*. São Paulo: Martin Claret, 2005, p. 17.

<sup>32</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.510. Relator: Ministro Ayres Britto. Julgamento: 29/05/2008, p. 333.

<sup>33</sup>BENTHAM, Jeremy. Uma introdução aos princípios da moral e da legislação. Tradução de Luiz João Baraúna. In: Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1994, p. 46.

<sup>34</sup>Ibid, p. 60.

está em jogo”<sup>35</sup>.

Será que, de fato, a ausência de sofrimento tem o condão de dignificar o homem ao aumentar-lhe a felicidade? O médico Paul Brand, juntamente com o jornalista americano Philip Yancey, narram na obra “A dádiva da dor” uma série de experiências de pessoas que, pela insensibilidade à dor, suportaram consequências terríveis, algumas até fatais:

Condições como lepra, diabetes, alcoolismo, esclerose múltipla, distúrbios nervosos e danos à coluna espinhal podem também resultar num estado de insensibilidade à dor estranhamente perigoso. De modo irônico, enquanto a maioria de nós procura farmacêuticos e médicos em busca de alívio para a dor, essas pessoas vivem em constante perigo pela ausência dela<sup>36</sup>.

Leonardo da Vinci descrevia a dor e o prazer como dois gêmeos siameses, “formando como que uma unidade, pois um não vem nunca sem o outro; e se colocam um de costas para o outro porque se opõem um ao outro”.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal adotou, por maioria de votos, uma visão utilitarista não só da dignidade da pessoa humana como da dignidade do próprio embrião, ao defender que a utilização de células-tronco embrionárias para pesquisa não agride a dignidade humana, mas, antes, valoriza-a, já que proibir tal possibilidade seria conduzir os embriões à indignidade, isto é, ao lixo<sup>37</sup>.

É perigoso compreender a dignidade da pessoa humana a partir de uma visão utilitarista, em decorrência de que coisifica o embrião, tornando-o um meio para atingir um fim maior, que é a diminuição do sofrimento atrelada à busca da felicidade e do prazer, os quais conduziriam à suposta dignificação do homem.

Renata da Rocha alerta acerca dos perigos da pesquisa científica com embriões humanos, e pondera que tal prática “o reduz a um meio” e “conduz à reificação do ser humano, que lhe nega o direito fundamental à vida e à dignidade da pessoa humana”<sup>38</sup>.

No mesmo sentido, Reinado Pereira e Silva defende que deve haver um respeito à dignidade humana, “independentemente do grau de desenvolvimento individual das potencialidades humanas, isto é, desde a concepção, ainda que extrauterina, até a fase

---

<sup>35</sup>ZENNI, Alessandro Severino Vallér. *A crise do direito liberal na pós-modernidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006, p. 52.

<sup>36</sup>YANCEY, Philip; BRAND, Paul. *A Dádiva da Dor: por que sentimos dor e o que podemos fazer a respeito*. Tradução de Neyd Siqueira. São Paulo: Mundo Cristão, 2005, p. 13.

<sup>37</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.510. Relator: Ministro Ayres Britto. Julgamento: 29/05/2008, p. 362.

<sup>38</sup>ROCHA, Renata da. *O Direito à Vida e a Pesquisa com Células-Tronco: limites éticos e jurídicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 155.

adulta”<sup>39</sup>.

A partir de uma concepção utilitarista de dignidade da pessoa humana, é possível questionar se uma pessoa com deficiência ou portadora de uma doença crônica tem sua dignidade diminuída. Ou, ainda, se a dor ou o sofrimento pelos quais passam o homem lhe retiram sua dignidade. Obviamente, a resposta a tais indagações é negativa, haja vista que, conforme explicita Luiz Antônio Rizzato Nunes, “a dignidade nasce com a pessoa. É-lhe inata. Inerente à sua essência”. E mais, “o ser humano é digno porque é”<sup>40</sup>.

Portanto, se o embrião é portador de dignidade humana, não é possível que seja utilizado como meio, sob o fundamento de que a pesquisa científica poderia acarretar a diminuição do sofrimento da humanidade. Ora, um pensamento nestes moldes implicaria na coisificação do próprio ser humano, violando, portanto, o princípio da dignidade da pessoa humana insculpido no inc. III do art. 1º da Constituição Federal.

#### **4 DA RESPONSABILIDADE DOS PAIS EM RELAÇÃO AOS EMBRIÕES PRODUZIDOS EM LABORATÓRIO**

O direito constitucional ao livre planejamento familiar tem contribuído para que inúmeros casais realizem o projeto parental por meio de técnicas de reprodução humana assistida, dentre elas a fertilização *in vitro*, que implica na fecundação de diversos óvulos, a fim de que, formando-se embriões viáveis, alguns destes sejam introduzidos no útero materno, conforme a idade da mãe e outras condições específicas de cada caso.

Não existe no Brasil legislação em sentido estrito que regulamente o número de embriões que podem ser formados em laboratório ou quantos deles podem ser transferidos para o útero da paciente interessada. Há, tão somente, a Resolução n. 2.013/2013, do Conselho Federal de Medicina, a qual regulamenta, no item “6” dos “Princípios Gerais” que:

**6** - O número máximo de oócitos e embriões a serem transferidos para a receptora não pode ser superior a quatro. Quanto ao número de embriões a serem transferidos faz-se as seguintes recomendações: a) mulheres com até 35 anos: até 2 embriões; b) mulheres entre 36 e 39 anos: até 3 embriões; c) mulheres entre 40 e 50 anos: até 4 embriões; d) nas situações de doação de óvulos e embriões, considera-se a idade da doadora no momento da coleta dos óvulos

---

<sup>39</sup>SILVA, Reinaldo Pereira e. *Biodireito: a nova fronteira dos direitos humanos*. São Paulo: LTr, 2003, p. 104-105.

<sup>40</sup>NUNES, Luiz Antônio Rizzato. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 49.

Diante desta falta de regulamentação legislativa e administrativa, as clínicas e laboratórios de reprodução humana são livres para, em concordância com os pacientes interessados, fecundarem diversos óvulos, ainda que apenas uma parte dos embriões obtidos sejam de fato implantados, surgindo a questão acerca de qual destino conferir aos embriões excedentários.

Renata da Rocha<sup>41</sup> cita o exemplo da Alemanha, cuja legislação determina que sejam transferidos ao útero materno todos os embriões obtidos. Ives Grandra Martins<sup>42</sup> também cita o exemplo da Áustria e da Itália, nas quais também há a vedação da produção de embriões excedentários.

Os médicos Newton Eduardo Busso e Cristiano Eduardo Busso explicam que para a obtenção de vários ovócitos e, por conseqüência, múltiplos embriões, são necessários protocolos de estimulação ovárica de altos custos, que podem ocasionar sérias complicações, como a síndrome de hiperestimulação ovariana, responsável pelo aumento do volume intravenoso, complicado por trombose e/ou insuficiência renal, hepática e respiratória, podendo ser fatal em alguns casos<sup>43</sup>.

Para se evitar tantos malefícios, pesquisadores têm sugerido a utilização de protocolos de estimulação mínima, com baixas doses de medicação, ou mesmo o ciclo natural de reprodução assistida, em que não se utiliza qualquer medicamento, produzindo-se apenas um embrião. Estes protocolos, além de ocasionarem menos prejuízos para a saúde da mulher, podem ser uma possível solução para o problema dos embriões excedentários<sup>44</sup>.

Na Resolução n. 2.013/2013, o Conselho Federal de Medicina dispõe no Capítulo V, item “3” que “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”. Contudo, esse congelamento dos embriões não é por tempo indeterminado, em decorrência de que o item “4”, do mesmo capítulo, permite que, depois de cinco anos de criopreservação, os embriões sejam descartados “se esta for a vontade dos pacientes, e não apenas para pesquisas de células-tronco, conforme previsto na Lei de

---

<sup>41</sup>ROCHA, Renata da. *O Direito à Vida e a Pesquisa com Células-Tronco: limites éticos e jurídicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 50.

<sup>42</sup>MARTINS, Ives Gandra da Silva; SOUZA, Fátima Fernandes Rodrigues de. Os direitos fundamentais dos seres humanos na sua forma embrionária. In: PEREIRA, T. S.; MENEZES, R. A.; BARBOZA, H. H. *Vida, morte e dignidade humana*. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p 163.

<sup>43</sup>BUSSO, Newton Eduardo; BUSSO, Cristiano Eduardo. Indução da ovulação: ciclo natural e minimamente induzido. In: DZIK, Arthur, et. al. (Ed.). *Tratado de Reprodução Assistida*. São Paulo: Segmento Farma, 2010, p. 240.

<sup>44</sup>Ibid, p. 241-242.

Biossegurança”.

Ora, além de permitir a destinação para pesquisa dos embriões criopreservados, independentemente de terem sido formados antes ou depois da Lei de Biossegurança, a Resolução em comento prevê a possibilidade de descarte destes seres, desde que haja consentimento dos pacientes.

Nota-se um extremo utilitarismo por parte do Conselho Federal de Medicina e das clínicas de reprodução, que extraem da mulher o maior número possível de ovócitos, produzindo, assim, múltiplos embriões, muitos dos quais sabem os profissionais da área e os próprios pacientes que sequer serão utilizados. É que para o eventual risco dos embriões implantados no útero materno não se desenvolverem, a clínica já terá disponível outros para serem novamente utilizados, diminuindo custos.

O livre planejamento familiar deve ser exercido de forma atrelada ao princípio da paternidade responsável. O desejo de um casal de ter filhos não pode legitimar um abuso consistente na coisificação do embrião que culmina com o próprio desprezo da vida humana.

A ausência de limites na extração de ovócitos da mulher e produção de embriões pode levar a situações mais extremas, como a eugenia, em que os pacientes desejam que vários embriões sejam produzidos para que escolham o sexo do filho, suas características físicas, eliminando, pois, aqueles que lhes são “indesejáveis”.

Cite-se o diagnóstico genético pré-implantação de embriões, o qual permite que os médicos e cientistas diagnostiquem alterações genéticas causadoras de doenças. O príncipe William e sua esposa Kate Middleton recorreram a essa técnica para, recentemente, terem uma filha livre do risco de desenvolver em 75% um câncer de mama<sup>45</sup>.

Além disso, a técnica tem sido muito utilizada para casais que já têm um filho que possui uma doença genética para a qual a única cura é o transplante de medula realizado por uma pessoa compatível. Nesses casos, diversos embriões são produzidos em laboratório para que, apenas aquele que se enquadrar nas características prescritas pelo médico, seja implantado em útero materno.

É o que ocorreu no Brasil com Maria Vitória, uma menina de seis anos de idade que sofria de talassemia maior, tendo sido curada após se submeter a um transplante de medula óssea e de sangue de cordão umbilical doados pela sua irmã, Maria Clara, de um ano, que nasceu após ter sido geneticamente selecionada, já que além de não possuir o gene da talassemia, era 100% compatível com a irmã mais velha. Ocorre que, para que Maria Clara

---

<sup>45</sup>TIRABOSCHI, Juliana. *Crianças sob medida*. Disponível em: <<http://revistagalileu.globo.com/Revista/Galileu/0,,EDR86212-7855,00.html>>. Acesso em 05 set. 2013.

fosse gerada, produziram-se dez embriões em laboratório, dos quais apenas dois foram inseridos no útero da mãe, sendo que apenas um se desenvolveu.<sup>46</sup>

O próprio Conselho Federal de Medicina autoriza no capítulo 6 da Resolução 2.013-2013, a utilização do diagnóstico pré-implantação para produzir um “bebê medicamento”:

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

Nota-se, mais uma vez, o caráter utilitarista de se valer das técnicas de reprodução assistida aliada ao diagnóstico pré-implantação para evitar a dor – riscos de doença, e alcançar-se a felicidade – cura de um filho doente. Todavia, para que este fim fosse alcançado, diversos embriões foram produzidos, sabendo os pais que provavelmente nunca seriam implantados em um útero materno.

É de se questionar, pois, a responsabilidade dos pais em relação a todos os embriões produzidos em decorrência da utilização das técnicas de fertilização artificial. Na ADI n. 3.510, o Supremo Tribunal Federal esclareceu no item V que:

A opção do casal por um processo ‘in vitro’ de fecundação artificial de óvulos é implícito direito de idêntica matriz constitucional, sem acarretar para esse casal o dever jurídico do aproveitamento reprodutivo de todos os embriões eventualmente formados e que se revelem geneticamente viáveis.

De fato, obrigar uma mulher a inseminar em seu útero todos os ovócitos fertilizados que fossem viáveis seria no mínimo absurdo e perigoso tanto para a saúde da mãe quanto dos bebês. Contudo, retirar do casal a responsabilidade pelo destino dos embriões excedentários é violar o direito ao livre planejamento familiar associado aos princípios da parentalidade responsável e da dignidade da pessoa humana.

Margeando-se a questão da ética em se produzir bebês “sob medida”, seja para evitar uma doença congênita ou para ser doador de um irmão doente, deve-se ponderar acerca do destino dos inúmeros embriões viáveis que são desprezados simplesmente por não se enquadrarem na “prescrição” desejada pelos pais.

Do mesmo modo, deve-se repensar a prática corriqueira de fecundação de inúmeros

---

<sup>46</sup>BASSETTE, Fernanda. *Transplante inédito de cordão e medula cura menina com talassemia*. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/impreso,transplante-inedito-de-cordao-e-medula-cura-menina-com-talassemia-,1022797,0.htm>>. Acesso em 05 set. 2013.

ovócitos como forma de disponibilizar aos pacientes vários embriões, permitindo que, caso aqueles implantados na mãe não se desenvolvam, os demais possam ser utilizados, evitando-se, assim, mais gastos com a retirada dos ovócitos, já que os custos de uma reprodução assistida devem-se em grande parte aos hormônios de estimulação ovariana.

Destarte, o casal ou paciente que procura uma clínica de reprodução assistida deve ter consciência de que, para se gerar o filho desejado, seja “sob medida” ou não, pode ser necessária a produção de diversos embriões. Sempre que possível, deve-se evitar o excedente embrionário, mas caso isso ocorra, o destino daqueles que são excedentários também é de responsabilidade de quem lhes planejou. Não existe a obrigação de que todos sejam inseridos no útero materno, contudo, permitir o descarte seria o desprezo pela vida humana.

É necessário que o Poder Legislativo se manifeste, regulamentando a questão. Em primeiro lugar, deve ser estabelecido um número máximo de ovócitos a serem fecundados em cada tentativa de gestação, mesmo nos casos de bebês “sob medida”. Além disso, considerando que a Lei de Biossegurança apenas permitiu a pesquisa com embriões produzidos até sua promulgação (2005), enquanto não houver uma alteração legislativa não se deve permitir que os embriões excedentários de técnicas de reprodução adotadas em data posterior sejam enviados para pesquisa. Neste caso, são os pacientes que devem arcar com os custos de sua criopreservação, permitindo-se, sempre, a adoção.

Se houvesse uma limitação à produção de embriões por técnica, bem como a obrigatoriedade do casal ou da pessoa que buscou uma clínica responder pelos custos de criopreservação de todos os embriões excedentários, que também não podem ser baixos, tais pessoas refletiriam sobre a fecundação desmedida de ovócitos.

O princípio da paternidade responsável tem implicações que vão além da vida de uma criança ou de um adolescente. Quanto uma pessoa deseja realizar o projeto parental por meio de técnicas artificiais, sua responsabilidade já inicia desde o momento em que os ovócitos são fecundados, quando já há formação de vida humana em um sentido *lato*, a qual merece tutela. Pensar o contrário é demasiadamente perigoso, pois a adoção de um utilitarismo desmedido pode conduzir a uma coisificação do embrião, e, por consequência, do próprio ser humano.

## **CONCLUSÃO**

A crescente procura por métodos de reprodução humana assistida revela o anseio pela realização do projeto parental por parte de casais inférteis ou que dependem da realização

de um diagnóstico genético pré-implantação para escolher embriões que não são portadores de anomalias congênitas ou que são compatíveis com uma criança que necessita de um transplante de medula óssea, por exemplo.

É direito de qualquer cidadão o livre planejamento familiar, contudo, o recurso a técnicas artificiais de fecundação também deve estar atrelada ao princípio da paternidade responsável e da dignidade da pessoa humana, como preceitua o art. 226, §7º da Constituição Federal. Tais princípios não implicam somente na obrigação parental de zelar pela observância aos direitos infantojuvenis assegurados aos filhos, como também na responsabilidade em relação ao destino de todos os embriões produzidos em uma fertilização *in vitro*.

Os embriões são seres vulneráveis que necessitam de uma tutela especial em decorrência de que representam vida humana, ainda que em um sentido *lato*. O recurso aos meios de reprodução assistida culminam com a produção de embriões excedentários, sendo que a Lei de Biossegurança veio regulamentar a admissibilidade destes embriões serem destinados à pesquisa científica desde que preenchidos os requisitos do art. 5, dentre os quais se destaca a necessidade de terem sido formados antes da promulgação da citada lei, e estarem criopreservados a pelo menos três anos (inciso III)

A supramencionada Lei foi objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.510, a qual foi julgada improcedente por maioria de votos, sem que os Ministros do Supremo Tribunal Federal percebessem sequer a incoerência do inciso III do art. 5º da Lei. A maioria dos votos vencedores fundamentou-se no benefício que a pesquisa com células-tronco embrionárias poderia acarretar para pessoas com deficiência ou doentes crônicos, de modo a permitir que estas pudessem alcançar uma vida com felicidade, observando-se, assim, o princípio da dignidade da pessoa humana.

No entender dos ministros, a destinação dos embriões excedentários à pesquisa dignifica-os, haja vista que tem a possibilidade de permitir a diminuição do sofrimento e o aumento da felicidade daqueles que poderão se beneficiar com os resultados de tais experimentos. Contudo, esta é uma visão utilitarista da dignidade da pessoa humana, e tem o perigo de coisificar o homem, tornando-o meio de um fim maior, qual seja a felicidade da humanidade, como se a dor pudesse ser algo indigno.

O direito ao planejamento familiar por meio de técnicas de reprodução assistida não pode legitimar uma visão utilitarista acerca do embrião humano, que, nas últimas consequências, permitirá que a fertilização *in vitro* seja utilizada como verdadeira forma de eugenia, já que o diagnóstico genético pré-implantação permite que os cientistas verifiquem a

presença de anomalias, bem como o sexo e até mesmo características pessoais como cor dos olhos, da pele, do cabelo etc.

Existe uma responsabilidade por parte daqueles que se dispõem a gerar um filho de modo artificial, e isto decorre do princípio da paternidade responsável. Logo, os embriões excedentários não são uma preocupação apenas do Estado ou dos cientistas, pois isto seria relegar a vida humana a uma mera utilidade, que seria produzir outras vidas humanas mais “saudáveis” ou com o estereótipo desejado pelos pais.

É necessário evitar que um número incalculável de embriões excedentários sejam criopreservados, e, para tanto, o Poder Legislativo deve agir, criando uma lei que limite o número de embriões produzidos em cada ciclo de reprodução humana assistida, a exemplo do que ocorre na Alemanha e na Itália. Até o presente momento existe tão somente uma regulamentação por parte do Conselho Federal de Medicina, a qual também não trata desse aspecto.

Outrossim, considerando que a Lei de Biossegurança não permite que os embriões produzidos após sua promulgação sejam destinados à pesquisa, devem ser imputados aos pacientes os custos de se criopreservar os embriões excedentários, a não ser que sejam doados para adoção.

Não se pode interpretar a decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.510 no sentido de desprezo ao embrião humano. A visão utilitarista adotada pela corte constitucional brasileira é perigosa. Os órgãos legiferantes precisam posicionar-se na defesa da vida humana, regulamentando todas as fases de reprodução assistida, responsabilizando, inclusive os pais por todos os embriões produzidos, independentemente se forem implantados ou não em útero materno.

## **REFERÊNCIAS**

BARBOZA, Heloisa Helena. Vulnerabilidade e cuidado: aspectos jurídicos. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). *Cuidado e vulnerabilidade*. São Paulo: Atlas, 2009.

BARRETO, Wanderlei de Paula. Inovações sobre a personalidade jurídica e os direitos da personalidade no novo Código civil brasileiro. *DBJV - Mitteilungen*, n. 2, fev. 2004. Disponível em: [http://www.dbjv.de/dbjv-high/mitteilungen/04-02/DBJV\\_Mitteilungen\\_02-2004.pdf](http://www.dbjv.de/dbjv-high/mitteilungen/04-02/DBJV_Mitteilungen_02-2004.pdf). Acesso em: 20 ago. 2011.

BASSETE, Fernanda. *Transplante inédito de cordão e medula cura menina com talassemia*. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/impreso,transplante-inedito-de-cordao-e-medula-cura-menina-com-talassemia-,1022797,0.htm>. Acesso em 05 set. 2013.

BENTHAM, Jeremy. Uma introdução aos princípios da moral e da legislação. Tradução de Luiz João Baraúna. In: Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1994.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.510. Relator: Ministro Ayres Britto. Julgamento: 29/05/2008.

BUSSO, Newton Eduardo; BUSSO, Cristiano Eduardo. Indução da ovulação: ciclo natural e minimamente induzido. In: DZIK, Arthur, et. al. (Ed.). *Tratado de Reprodução Assistida*. São Paulo: Segmento Farma, 2010.

CARDIN, Valéria Silva Galdino. Do planejamento familiar, da paternidade responsável e das políticas públicas. *IBDFAM*, Belo Horizonte. Disponível em: <[www.ibdfam.org.br](http://www.ibdfam.org.br)>. Acesso em: 01 abr. 2012.

CRUZ, Ivelise Fonseca da. *Efeitos da reprodução humana assistida*. São Paulo: SRS Editora, 2008.

FIGUEIREDO, Patrícia Cobianchi. O início da vida para proteção jurídica sob os ditames da Constituição e dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil. In: GARCIA, Maria; GAMBA, Juliane Caravieri; MONTAL, Zélia Cardoso. *Biodireito Constitucional: questões atuais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

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.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Cuidado e Planejamento Familiar. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). *Cuidado e vulnerabilidade*. São Paulo: Atlas, 2009.

KANT, Immanuel. *Fundamentação à metafísica dos costumes e outros escritos*. São Paulo: Martin Claret, 2005.

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

MARTINEZ, Gregorio Peces-Barba. La dignidad de la persona desde La filosofía del derecho. 2. ed. Madrid: Dykinson, 2003.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; SOUZA, Fátima Fernandes Rodrigues de. Os direitos fundamentais dos seres humanos na sua forma embrionária. In: PEREIRA, T. S.; MENEZES, R. A.; BARBOZA, H. H. *Vida, morte e dignidade humana*. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002.

PETRACCO, Alvaro, et. al. Congelamento de embriões, óvulos e tecidos ovarianos. In: DZIK, Arthur, et. al. (Ed.). *Tratado de Reprodução Assistida*. São Paulo: Segmento Farma, 2010.

PINTO-BARROS, José. *Planeamento familiar: aborto e o direito*. Coimbra: Coimbra, 1992.

QUEIROZ, Juliane Fernandes. *Paternidade: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

RED LATINOAMERICANA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA. *Registro Latinoamericano de Reproducción Asistida de 1999: 10 años*. Disponível em: <[http://www.redlara.com/aa\\_portugues/registro\\_anual.asp?categoria=RegistrosAnuais&cadastroid=23](http://www.redlara.com/aa_portugues/registro_anual.asp?categoria=RegistrosAnuais&cadastroid=23)>. Acesso em 26 mar. 2012.

REIS, Clayton. O planejamento familiar: um direito de personalidade do casal. *Revista Jurídica Cesumar - Mestrado*, Maringá, v. 8, n. 2, p. 415-435.

RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. Breve comentário sobre aspectos destacados da reprodução humana assistida. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coord.). *Biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

ROCHA, Renata da. *O Direito à Vida e a Pesquisa com Células-Tronco: limites éticos e jurídicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson Rodrigues; BORGES, Janice Silveira. Alteração da vontade na utilização das técnicas de reprodução assistida. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coord.). *Manual de direito das famílias e das sucessões*. Belo Horizonte: Del Rey: Mandamentos, 2008.

SÁ, Maria de Fátima Freire; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Manual de Biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

SILVA, Reinaldo Pereira e. *Biodireito: a nova fronteira dos direitos humanos*. São Paulo: LTr, 2003.

TIRABOSCHI, Juliana. *Crianças sob medida*. Disponível em: <<http://revistagalileu.globo.com/Revista/Galileu/0,,EDR86212-7855,00.html>>. Acesso em 05 set. 2013.

UNITED NATIONS. *Internacional Conference on Population and Development*. Disponível em: <<http://www.un.org/popin/icpd2.htm>>. Acesso em 02 out. 2012.

YANCEY, Philip; BRAND, Paul. *A Dádiva da Dor: por que sentimos dor e o que podemos fazer a respeito*. Tradução de Neyd Siqueira. São Paulo: Mundo Cristão, 2005.

ZENNI, Alessandro Severino Vallér. *A crise do direito liberal na pós-modernidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.