

A QUESTÃO DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA EM FACE DA BIOÉTICA, BIODIREITO E DIREITO AMBIENTAL BRASILEIRO

MARCHI. Willian Ricardo de Almeida ¹

Resumo:

Enfrentando as dificuldades impostas pela escassez doutrinária e pela falta de legislação específica, o presente estudo visou identificar e analisar as implicações éticas e jurídicas da questão da reprodução humana assistida, em face do Biodireito e da Bioética, e sob o foco do Direito Ambiental Brasileiro.

Os debates a respeito da biotecnologia e das normas que devem discipliná-la vêm gerando discussão em todo o mundo graças a velocidade e as contundentes conseqüências dessas novas descobertas para a humanidade.

Torna-se imprescindível que o Direito brasileiro dialogue com a sociedade e o com os fundamentos da bioética a fim de encontrar um caminho eficiente para a regulamentação dessas práticas científicas.

Palavras chaves:

Reprodução Humana Assistida, Bioética, Biodireito e Direito Ambiental.

Abstract:

Facing the difficulties imposed by the scarcity doctrine and by the lack of specific legislation, the present study aimed to identify and to analyze the ethical and legal implications of the assisted human reproduction, considering biorights, bioethics and Brazilian Environment Law.

¹ Mestre em Direito, Professor no Centro Universitário Dr. Edmundo Ulson (UNAR) e-mail: williammarchi@gmail.com.

The debates regarding biotechnology and the norms that must discipline it are generating public debates all over the world, because of the speed and the forceful consequences of these new discoveries for the humanity.

It becomes essential that the Brazilian Law dialogues with the society and with the beddings of the bioethics to find an efficient way for the regulation of these scientific practical.

Keywords:

Assisted Human Reproduction, Bioethic, Bioright and Environment Law.

1 – INTRODUÇÃO:

A Reprodução Humana Assistida é um dos temas abrangidos pela Bioética, Biodireito e Direito Ambiental, assim como a eutanásia, distanásia, ortotanásia, aborto eugênico, transplantes de órgãos e tecidos, clonagem humana, esterilização humana, pesquisas com células tronco, recusa na aceitação de transfusão de sangue, mudança de sexo, organismos geneticamente modificados, consentimento do paciente, greve de fome, experiências em seres humanos, dentre outros.

Podemos afirmar desde já que a ciência tem uma característica irremovível, que é a sua irreversibilidade.

Uma vez a ciência tendo avançado, não mais é possível o seu retrocesso, pois os conhecimentos novos que ela traz ficam incorporados definitivamente ao saber da humanidade. Nesse contexto, o Direito ganha maior importância na definição dos contornos de sua liberdade de ação. Não se pode simplesmente coibir a ciência de dar prosseguimento às suas pesquisas, nem tampouco determinar preliminarmente, com absoluta certeza de acerto, os limites que ela deve observar.

As milhares de descobertas e conquistas da medicina e da ciência de uma forma geral não teriam se desenvolvido e nem gerado grandes proveitos para o homem se fossem os cientistas cerceados em sua liberdade de busca incessante. As pesquisas biomédicas têm ganhado cada vez mais impulsos e muitas vezes

ficamos assustados com os resultados. Será que o Direito teria direito de intervir nesses avanços, procurando determinar até onde a ciência pode ir?

Já que sabemos que não basta o Direito determinar onde a ciência deve ir para que ela avance, pois se as suas conquistas têm caráter irreversível, não é possível promover esse avanço pela simples vontade do homem. Pesquisar ele pode, mas nem sempre é evidente que conseguirá sucesso. Aliás, muitas das descobertas são obtidas ao acaso, inesperadamente, quando se procura por outros resultados. Destarte, como então o Direito importa um ritmo a elas ou impediria que as suas conclusões fossem obtidas? Além disso, aquilo que é ético e moral hoje, amanhã poderá não ser mais, ou vice-versa.

Mesmo os modelos animais, ditos “cobaias”, têm merecido a preocupação dos cientistas, no sentido de não os submeter em sofrimentos desnecessários, tendo sido criado todo um conjunto de regras usadas para proteger os animais utilizados nas pesquisas de laboratório. As necessidades e interesses do homem são insaciáveis, de sorte que é impossível parar o avanço da ciência.

Podemos permitir que a ciência avance, mas devemos limitar a entrada em vigor daquilo que ainda ofereça mais riscos que soluções.

Assim, considerando o tema proposto na presente pesquisa – A Reprodução Humana Assistida, faremos uma breve análise do ponto de vista médico e jurídico, buscando as fontes na Bioética, Biodireito e no Direito Ambiental.

2 – CONCEITOS DE BIOÉTICA E BIODIREITO:

Para se conceituar "Biodireito", deve-se, antes, dar uma idéia do que seja "Bioética", o que, por sua vez, exige um breve conceito de "Ética".

De uma forma simplificada, ética é um modelo de conduta humana capaz de guiar o indivíduo, concomitantemente, ao bem pessoal e ao bem público.

Aplicando-se este conceito no campo profissional, "ética médica" seria, por exemplo, o estabelecimento de um rol de condutas que fossem capazes de

resguardar a boa relação (pessoal e profissional) recíproca entre os profissionais da área médica.

Quanto à Bioética, esta poderia ser considerada, de forma bem simplificada, como sendo a ética da vida (Bio + Ética), um conjunto de comportamentos que objetivem o bem à Humanidade como um todo e, ao mesmo tempo, a cada pessoa, individualmente.

Então, o Biodireito nada mais é do que a positivação das normas jurídicas bioéticas e a discussão sobre a adequação – necessidade de ampliação ou restrição – dessa legislação. Biodireito é o conjunto de regras jurídicas já positivadas e direcionadas a impor ou proibir uma conduta médico-científica e que sujeitem seus infratores às sanções por elas previstas.

3 – BIODIREITO E DIREITO AMBIENTAL:

O Biodireito está vinculado ao Direito Constitucional, que é o principal ramo do Direito, uma vez que fixa as diretrizes políticas e jurídicas básicas de um Estado e é o ponto de partida de todo e qualquer ramo jurídico.

Está também relacionado com outros ramos do Direito, tais como o Direito Civil, Administrativo, Penal, do Consumidor, Filosofia, Direitos Humanos, Religião e Direito Ambiental.

O Biodireito pode ser encarado como um ramo jurídico intimamente ligado ao Direito Ambiental, uma vez que ambos derivam da Bioética. O Direito Ambiental variando da macro-bioética e o Biodireito variando da micro-bioética.

Sendo o Meio Ambiente “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”², podemos afirmar que as questões tratadas no Biodireito ligam-se ao Direito Ambiental por trazerem implicações, nocivas ou não, a todo o ecossistema e dependendo da extensão e da profundidade das alterações no meio ambiente, são capazes de colocar em risco a própria existência do Homem enquanto espécie.

² Artigo 3º I da Lei 6938/81 que institui a Política Nacional do Meio Ambiente

Outro ponto comum às matérias é no que diz respeito a manipulação genética de células germinais humanas, uma vez que ao depender das conseqüências advindas destas experimentações, isso poderia trazer um grande desequilíbrio para a vida no Planeta; como seria, por exemplo, o caso de uma experimentação que implicasse em longevidade excessiva para a espécie humana, uma vez que poderia não haver condições planetárias para a alimentação da superpopulação que poderia decorrer desta alteração genética.

Estas duas disciplinas podem ser consideradas irmãs, residindo a diferenciação no fato de o Direito Ambiental se preocupar com uma generalidade maior de situações, protegendo o meio-ambiente como um todo único e indivisível (a vida em todas as suas formas), ao passo que o Biodireito se preocupa com apenas uma porção desta realidade, a porção que toca ao ser humano enquanto espécie e enquanto portador de valores individuais próprios.

3.1 – Patrimônio Genético da Pessoa Humana:

Podemos definir patrimônio genético no sentido amplo, como sendo "a informação de origem genética, contida em amostras do todo ou de parte de espécime humana, animal, vegetal, fúngico ou microbiano, na forma de moléculas ou substâncias provenientes do metabolismo destes seres vivos e de extratos obtidos destes organismos vivos ou mortos".

O patrimônio genético não se restringe ao DNA e RNA, mas também abrange todo e qualquer material que contiver essa informação de origem genética, como as biomoléculas, por exemplo, que são alvos freqüentes de bioprospecção.

A informação, por ser imaterial, pode ser destacada do material biológico e ser disponibilizada em outros meios. Esse é o caso, por exemplo, do desenho de uma molécula ser reproduzida num artigo científico, possibilitando, em tese, a sua construção, sem a necessidade de obtenção de material biológico. E essa é, precisamente, outra decorrência importante da definição, uma vez que essa informação publicada, por ser de origem genética, será considerada patrimônio genético.

O “patrimônio genético” não é exclusividade da área médica ou da Bioética, é também tratado pelo Direito Ambiental onde é dividido em patrimônio genético da pessoa humana e patrimônio genético de espécimes vegetal, fúngico, microbiano e animal, tanto que o Professor Celso Fiorillo, classifica o “Patrimônio Genético” ao lado do Meio Ambiente Natural, Artificial, Cultural e do Trabalho³.

Tratando-se o presente experimento da Reprodução Humana Assistida, faremos uma breve exposição sobre o patrimônio genético da pessoa humana.

A tutela jurídica do patrimônio genético da pessoa humana no Direito Ambiental Brasileiro, pode ser observada na própria Constituição Federal - artigos 1º III, 225 § 1º II, IV e V, 1º IV cc 170, 218-219, 215- 216 e 5º XXXV e na Lei 11.105/05 (Lei de Biossegurança).

Quando do advento da Constituição Federal de 1988, o ser humano passou a ser a figura principal, pois logo no inciso III do artigo 1º do Diploma Maior, foi estabelecido o princípio da *dignidade da pessoa humana*. Assim, o Direito ao Meio Ambiente é voltado para a satisfação das necessidades humanas.

A Carta Constitucional recepcionou a definição de Meio Ambiente dada pela Lei 6938/81, e em seu artigo 225 estruturou uma composição para a tutela dos valores ambientais.

Nos incisos II e V do referido artigo, a CF trouxe pela primeira vez o devido tratamento jurídico ao patrimônio genético, vez que não protege somente a vida humana, mas a vida em todas as suas formas, sempre em função da sadia qualidade de vida da pessoa humana:

“Artigo 225: Todos tem direitos ao Meio Ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações .

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

II – Preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

IV – Exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação ao meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

V – Controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem riscos para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;⁴”

³ Curso de Direito Ambiental Brasileiro, p. 24.

⁴ C.F. art. 225

O patrimônio genético merece proteção jurídica pela possibilidade da engenharia genética utilizar gametas conservados em bancos genéticos para a construção de seres vivos, possibilitando a criação e o desenvolvimento de uma unidade viva, sempre que houver interesse.

Assim, o patrimônio genético da pessoa humana tem proteção ambiental constitucional observada em face do que determina o artigo 225 § 1º II e V, iluminada pelo artigo 1º III da Constituição Federal.

Importante ainda frisar o que estipula os artigos 225 IV cc 1º IV cc 170 VI e 218-219 da Constituição Federal, ou seja, quando da produção, comercialização ou emprego de técnicas, métodos ou substâncias que comportem riscos para a vida, qualidade de vida ou meio ambiente, além do Estudo Prévio de Impacto Ambiental – EIA, disposto no inciso IV do artigo 225, deverá ser observado o que regem os artigos 1º IV cc 170 VI e 218 e 219 da Carta Magna, sobre a livre iniciativa observado o princípio da defesa do meio ambiente e o incentivo às pesquisas científicas e tecnológicas.

Qualquer ameaça ou dano ao patrimônio genético, no âmbito constitucional, é assegurado pelo artigo 5º XXXV da Lei Maior, a apreciação pelo Poder Judiciário.

3.2 – Lei de Biossegurança:

A regulamentação da matéria foi dada pela Lei 11.105/05 que assegura a proteção do patrimônio genético e define a tutela jurídica dos mais importantes materiais genéticos vinculados à vida humana.

A citada lei estabelece normas sobre Organismos Geneticamente Modificados (OGM) e seus derivados. Estabelece ainda a definição de organismo, ácido desoxirribonucléico, moléculas ADN/ARN, engenharia genética, organismo geneticamente modificado, derivado de OGM, célula germinal humana, clonagem, clonagem para fins reprodutivos, clonagem terapêutica e células-tronco embrionárias. Traz também a previsão de responsabilização civil, administrativa e criminal, quando violadas as normas previstas na legislação supra.

No tocante a reprodução humana a Lei 11.105/05 também prevê punição à utilização inadequada dos embriões excedentes, a ser tratada no decorrer da presente exposição.

4 – REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA:

Tratar do direito à procriação é, em certa medida, buscar enxergar a questão dos direitos do nascituro também sob o ponto de vista dos pais, desde o momento imediatamente anterior a sua concepção e mesmo após o seu nascimento. Cuida-se de refletir sobre os direitos da pessoa humana desde os seus momentos mais remotos e em uma de suas manifestações mais fundamentais, com vistas à perpetuação da espécie.

O objetivo da reprodução é a geração de novos indivíduos. Uma questão de extrema atualidade é a caracterização do momento em que o novo ser humano passa a ser reconhecido como tal. Atualmente podem ser utilizados 19 diferentes critérios para o estabelecimento do início da vida de um ser humano.

As tentativas de realizar procedimentos de reprodução medicamente assistida foram iniciadas no final do século XVIII. Em 1978 estes procedimentos ganharam notoriedade com o nascimento de Louise Brown, na Inglaterra, que foi o primeiro bebê gerado *in vitro*. Neste mesmo ano, nascia na Austrália um outro bebê, denominado de Baby Zoe, o primeiro ser humano a se desenvolver a partir de um embrião criopreservado.

Os aspectos éticos mais importantes que envolvem questões de reprodução humana são os relativos a utilização do consentimento informado, a seleção de sexo, a doação de espermatozóides, óvulos, pré-embriões e embriões; a seleção de embriões com base na evidência de doenças ou problemas associados; a maternidade substitutiva; a redução embrionária, a clonagem, pesquisa e criopreservação (congelamento) de embriões.

Um importante questionamento que deve ser amplamente discutido é o da utilização destas técnicas de reprodução medicamente assistida em casais sem problemas de infertilidade. Uma demanda já encaminhada a vários serviços é a utilização para fins de proteção do parceiro de uma mulher portadora do vírus HIV.

As técnicas de reprodução seriam utilizadas com o objetivo de proteger o parceiro de uma eventual contaminação e permitiria ao casal ter filhos.

Em matéria jurídica específica, relacionada à reprodução assistida, ao contrário das técnicas de reprodução que evoluem a cada dia, nada há, principalmente porque as discussões ainda estão em curso. As grandes dúvidas são: quem é a mãe da criança gerada mediante as técnicas de reprodução assistida? A mulher que gerou ou a que forneceu o óvulo? Quem poderá ser beneficiado destas técnicas? Solteiros, viúvos, casados ou homossexuais? Quais serão os órgãos fiscalizadores? Quais os efeitos do congelamento sobre os embriões? As práticas estão liberadas, já que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei"⁵.

4.1 – Ordenamento jurídico brasileiro quanto à procriação:

Entre os diversos dispositivos legais que podem dizer respeito ao direito à procriação, alguns merecem destaque, em função de sua direta relação com o tema e da inevitabilidade de sua invocação para a compreensão da questão.

Quanto à questão do princípio da dignidade humana, do direito à vida, do direito à liberdade, e da igualdade entre homens e mulheres, a Constituição Federal se pronuncia em seus artigos 1º, inciso III, e 5º, *caput* e inciso I. No tocante ao planejamento familiar livre e responsável, ainda merece destaque a Constituição Federal, como se infere de seu artigo 226, §§ 5º e 7º.

De molde a regulamentar o mandamento concernente ao planejamento familiar livre e responsável, inclusive com a previsão das tarefas cabentes ao Poder Público nesta seara, foi editada a Lei 9.263/96.

O Código Civil de 2002, por sua vez, também não descuidou do tema do direito à procriação, eis que em seu artigo art. 1.565, § 2º, reafirma a liberdade de toca aos seus titulares e à necessidade da atuação estatal com vistas ao seu pleno exercício. Finalmente, o Código Civil de 2002 tratou das conseqüências advindas da

⁵ CF art. 5 II.

procriação natural e assistida, em matéria de filiação, como se depreende de seu artigo 1.597.

4.2 – Ordenamento jurídico brasileiro quanto à reprodução humana:

Antes de adentrarmos aos conflitos jurídicos que envolvem as novas técnicas de reprodução humana assistida, vamos voltar nossos olhos para a total falta de legislação acerca de tão controvertido tema.

Atualmente, no Brasil, não temos nenhuma lei que ampara e regula a reprodução humana artificialmente assistida. Portanto, a carência de legislação específica, o brocardo jurídico segundo o qual o que não é proibido é permitido e mais a evolução tecnológica que hoje integra o nosso cotidiano, fazem com que a reprodução humana artificial seja livremente praticada, explorada e consentida, sem que nenhum controle governamental se faça valer.

Para uma lei ser publicada no Brasil é necessário um trâmite burocrático tão grande que faz com que, ao nascer, já seja considerada velha e ultrapassada, pois as evoluções sociais e tecnológicas não acompanham a morosidade da feitura das leis.

Exemplo claro e atual é o nosso Novo Código Civil que já nasceu ultrapassado e carente de reformas, antes mesmo de ser publicado. Vários temas hoje presentes em nosso cotidiano sequer foram esclarecidos ou abarcados pelo Novo Código, tais como inseminação artificial, clonagem, eugenia, uniões homoafetivas e outros de relevante importância.

Atualmente, a única norma que possuímos acerca da reprodução humana assistida vem do pioneirismo e celeridade do Conselho Federal de Medicina que, em 1992, através da Resolução 1.358, resolveu adotar normas éticas, como dispositivo deontológico, no que diz respeito a regulamentação e procedimentos a serem observados pelas clínicas e médicos que lidam com a reprodução humana assistida.

Seguindo o caminho traçado pela Resolução 1.358 do CFM, alguns legisladores propuseram (tardiamente e infrutíferos) projetos de lei referentes à

matéria (PL 3.638/93 do Dep. Luiz Moreira – arquivado em 08/06/07 e PL 2855/97 do Dep. Confúcio Moura – arquivado em 31/01/03).

Quase a unanimidade de tais projetos segue fielmente as disposições constantes na Resolução 1.358, em nada inovando a respeito dos reflexos jurídicos e das conseqüências advindas do uso das técnicas artificiais de reprodução.

O projeto de Lei mais completo e abrangente que dispunha sobre a matéria é o de nº 90/99, de autoria do Senador Lúcio Alcântara que tramitou burocraticamente no Congresso Nacional até ser arquivado em 28 de fevereiro de 2007, e será brevemente comentado no capítulo 4.4.4.

Portanto, mesmo que as clínicas especializadas em reprodução humana assistida estejam atuando a todo o vapor não existe nenhuma lei que as ampare ou que regule os seus procedimentos ou os reflexos jurídicos advindos de tais técnicas e a Resolução 1.358 do CFM somente serve para traçar os caminhos éticos a serem seguidos pelos médicos e clínicas, pois não possui força de lei.

Como já mencionado anteriormente, foi publicada em 24 de março de 2005 a Lei 11.105, que estabelece normas para o uso das técnicas de engenharia genética e que condena, em seu artigo 25, a prática de engenharia genética em célula germinal humana, zigoto humano ou embrião humano, imputando pena de reclusão de um a quatro anos e multa.

Portanto, ante a carência total de uma legislação específica e abrangente, o profissional da saúde tem de ter um exacerbado senso ético e profissional para que os seus procedimentos e técnicas não sejam alvos de lides judiciais.

4.3 – Fecundação post-mortem:

Tema controvertido e de grande repugnância no âmbito da procriação humana é o da inseminação *post mortem*, designada como a possibilidade de fecundação de filhos com o gameta do cônjuge ou pessoa morta que tenha, em vida, deixado sêmen ou óvulo congelado, para esta finalidade, em vida ou não.

Os argumentos contrários à reprodução assistida posteriormente a morte do doador residem no fato de proteção ao direito da família e à identidade pessoal da criança, que já nasceria órfã, não se beneficiando consciente e deliberadamente da estrutura familiar biparental, além de criar situação distinta no atinente ao estabelecimento da filiação e ao direito sucessório.

Três são as sugestões a serem consideradas, no que concerne a permissão estatal de inseminação *post mortem*: A primeira adotada pelo sistema alemão, que através da lei n. 745/1990 proíbe a inseminação *post mortem*, punindo com prisão de até 3 anos ou multa todo aquele que conscientemente utilize gameta de doador morto.

A segunda sugestão é a de permitir a inseminação *post mortem*, excluindo todo direito hereditário da criança concebida, o que não é mais justo e não seria aceitável no nosso ordenamento jurídico, visto que numa análise técnico jurídica o Estado protege os direitos da criança desde a sua concepção de conformidade com o artigo 4º do CCB. Porém, solucionar o problema à luz de conceitos tradicionais seria demasiado abstrato, já que o embrião pode ficar congelado por anos e a sucessão poderia ter que esperar *ad eternum*.

Por último, o modelo espanhol que permite a inseminação posterior à morte do doador, desde que feita dentro do prazo de seis meses a contar do falecimento do mesmo e se consentida em escritura pública, resguardando à criança todos os direitos advindos da filiação.

O prazo estabelecido pelo ordenamento espanhol talvez seja o caminho para se minimizar o problema da sucessão, não deixando a criança sem proteção e nem deixando de forma indeterminada a mercê da vontade humana a instituição do herdeiro do *de cuius*.

4.4 – Dos embriões excedentes:

Na fertilização *in vitro* a mulher é submetida a altas doses de hormônios a fim de propiciar a ovulação em larga escala. Em geral cerca de quinze óvulos são fecundados e apenas três ou quatro implantados.

O que fazer com os frutos das concepções excedentes? Os pais podem dispor livremente dos embriões, inclusive alienando-os? Deverão ser destruídos? Ou cedidos a casais estéreis? Devem ser destinados à pesquisa científica em prol da humanidade?

A fecundação se traduz na concepção de uma nova vida, o feto é uma vida humana em evolução que passa por fases naturais, biológicas e fisiológicas. Admitir-se a comercialização do embrião ou sua destinação para fins científicos é invocar a teoria utilitarista de Jeremy Bentham (1748-1832), tão difundida na cultura anglo-americana ⁶.

Pela *teoria utilitarista* o homem é considerado apenas sob o ponto de vista bio-sócio-econômico, ou seja, um meio para alcançar ideais superiores. Não há ajustamento com a idéia de personalidade. Tais concepções se baseiam no individualismo hedonístico, dando especial relevo ao consentimento individual. “A única lei a governar o homem é o consentimento, razão pela qual todos os atos de disposição sobre si mesmo seriam eticamente indiferentes” ⁷. Esta teoria justifica o sacrifício de alguns em favor de um número maior de pessoas.

Contrapõe-se a ela a *teoria personalista* adotada pela Constituição da República Federativa do Brasil, na qual o homem é um ser valioso em si mesmo. Por este motivo a vida do homem é um valor ético-social imprescindível, sobre o qual se fundamentam todos os demais valores da pessoa humana. Daí surgiu o princípio da indisponibilidade da pessoa humana, da inviolabilidade da vida, da integridade física e saúde do homem, do respeito à dignidade humana e à liberdade individual. Por esta teoria o embrião é possuidor de todos os atributos da pessoa humana.

A probabilidade de sucesso na fecundação *in vitro* é maior quanto maior for o número de óvulos utilizados e quanto maior for a estimulação na ovulação através de hormônios. Essa atitude, no entanto, em uma ordem de causa e consequência, conduz a sobra de embriões não implantados, dando origem aos chamados embriões excedentários cuja sociedade não sabe o que fazer e as propostas de destinação são as mais variadas possíveis.

⁶ O Direito *in vitro*, p. 47.

⁷ Biotecnologia e Direito Penal, pp. 284-285.

Na tentativa de prevenir o número excessivo de embriões, a sociedade médica tem buscado o aperfeiçoamento da técnica de fecundação artificial *in vitro*, com a finalidade de se restringir o número de embriões ao mínimo necessário ao êxito da procriação.

Indiscutivelmente, esta é a melhor saída e a mais coerente. Pois a produção excessiva de possíveis vidas humanas, como se fossem objetos de consumo ou meros instrumentos a justificar o desejo dos casais de terem filhos nos dá a sensação de que a espécie humana não é nada mais do que um meio e não um fim em si mesmo.

Porém, no nível que a técnica de fertilização *in vitro* se encontra só há registro de que na Alemanha, onde a lei limita ao número de 3 embriões e nos EUA, onde as equipes médicas vêm aplicando o princípio da limitação de embriões. Nos demais países onde a fecundação *in vitro* é efetuada isso não vem ocorrendo, apesar do consenso da necessidade de limitar o número de embriões. Na França há notícias de que sobram por ano mais de 30 mil embriões. Na Austrália, uma pesquisa de 1983 retrata que de cada 984 embriões implantados, somente nascem 95 bebês, destruindo-se assim 889 embriões.⁸

No Direito pátrio, a lei 11.105/05, aderindo ao princípio de limitação de embriões, instituiu como crime a utilização de embrião humano em desacordo com o disposto na própria lei, punindo com pena de detenção de um a três anos e multa.

O artigo 5º da mencionada lei permite, 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, desde que sejam embriões inviáveis ou congelados há pelo menos três anos e, desde que haja o consentimento dos genitores.

Prevê o parágrafo 3º do mesmo artigo, que comete crime disposto na Lei de Doação de Órgãos e Tecidos (Lei 9434/97), a comercialização do material biológico supra mencionado.

⁸ **Direito ao Patrimônio Genético**, p. 89.

Todavia, enquanto a ciência não consegue atingir o método ideal, evitando a produção de embriões excedentários, outras sugestões são consideradas na órbita mundial, dentre elas a de: congelar os embriões, doar a outro casal, experimentar e por último, destruir.

4.4.1 – Crioconservação:

A crioconservação de embriões excedentários é prática corrente no meio científico, sendo autorizado por diversos ordenamentos jurídicos. A Lei 11.105/05 exige o mínimo de três anos de congelamento para a sua utilização em pesquisa e terapia (células-tronco), porém, apenas permite, não obriga. Não existe consenso de quanto tempo poderá ficar o embrião congelado. No Reino Unido, a Comissão de Warnock estabeleceu um período máximo de 10 anos. Na Noruega, 12 meses. Na Espanha, 5 anos.

Independente do tempo que o embrião venha a ficar congelado, sendo conservado na sua integridade, chegará o momento em que teremos que decidir o futuro desses embriões, tornando o problema atinente ao seu destino tão vivo quanto no seu início.

Assim, o congelamento de embriões - que apesar de ser uma técnica paliativa, não chega a ser uma panacéia para o problema - mais cedo ou mais tarde terá de ser resolvido, sem contar que a utilização, posteriormente, de embriões congelados carrega em si mesmo uma gama de questões jurídicas diante do Direito posto, porque futuramente sendo utilizado, qual o momento da aquisição de direitos: o da concepção ou o do nascimento?

Consta na Resolução Normativa 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina:

V - Criopreservação de Gametas ou Pré-Embriões:

1 - As clínicas, centros ou serviços podem criopreservar espermatozóides, óvulos e pré-embriões.

2 - O número total de pré-embriões produzidos em laboratório será comunicado aos pacientes, para que se decida quantos pré-embriões serão transferidos a fresco, devendo o excedente ser criopreservado, não podendo ser descartado ou destruído.

Mas, congelar até quando? A crioconservação é cara e nem sempre os pais estão dispostos a implantar os embriões excedentes.

4.4.2 – Doação:

A doação a outro casal, dos embriões congelados para concepção é a opção menos criticada entre os estudiosos. Essa solução carrega consigo agravante de ordem social, pois com tantas crianças órfãs, já concebidas, por que se incentivar o nascimento de outras crianças que não terão as características biológicas de seus futuros pais?

Nesta linha de raciocínio, a comunidade científica vem exigindo que os embriões detenham pelo menos 50% do DNA de seus progenitores, ou seja, que a criança detenha ao menos o patrimônio genético de um dos membros do casal.

4.4.3 – Experiência:

A investigação genética já se encontra num estágio avançado, pouco resta para que os segredos da vida sejam reduzidos a números e letras transcritos para papéis. Existem propostas de se valer dos embriões supranumerários para efetuação de pesquisas genéticas em prol da sociedade, buscando a cura de doenças ou a clonagem de órgãos para salvar vidas humanas.

Em contrapartida, a tese negativa à manipulação genética de embriões argumenta que essa solução, caso seja aceita, tornar-se-ia demasiadamente melindrosa, eis que para salvar vidas teríamos necessariamente que matar outros entes da espécie humana, o que seria condenável sobre todos os aspectos.

Lição preciosa a este respeito é a do Código de Nuremberg, que determina que nenhuma experiência deve ser conduzida onde existam *a priori* razões para crer a morte ou incapacidade, devendo primeiro as experiências ser feitas com animais e só após seu êxito, que se realize com seres humanos.

O mesmo ensinamento nos oferece Stela Barbas, para quem a manipulação "só se justifica quando realizada em animais e vegetais, mas nunca quando tem lugar o homem, que, como pessoa, é um fim em si mesmo e nunca um meio⁹".

Importante acrescentar às lições enunciadas a necessidade de ser a experimentação em prol da sociedade, não se justificando a manipulação pelo bel prazer de quem a faz.

Quanto à manipulação genética de embriões em nosso país, a lei 11.105/05 taxativamente proíbe no seu artigo 25, a prática de engenharia genética em célula germinal humana, zigoto humano ou embrião humano.

A Procuradoria Geral da República impetrou uma Ação Direta de Inconstitucionalidade junto ao Supremo Tribunal Federal, apontando como inconstitucional o artigo 5º da Lei 11.105/05 que permite as pesquisas com células-tronco embrionárias. A decisão do STF, que tornou improcedente a ação, se deu no 29 de maio de 2008, sob a alegação de que referidas pesquisas não violam o direito à vida, muito pelo contrário, contribuem para dignificar a vida humana.

4.4.4 – Destruição:

Em detrimento à lei da vida e à dignidade da pessoa humana, a Grã-Bretanha mandou eliminar embriões supranumerários que já se encontravam congelados a mais tempo que a lei permitia.

Os atos de incinerar e destruir vidas já fecundas fere diretamente o respeito à vida humana, haja vista que o Direito protege o ser humano desde a sua concepção, dotando-o de personalidade jurídica, com o seu nascimento com vida.

Entre a destruição e a proteção aos embriões deve esta última prevalecer, visto que a dignidade da pessoa humana e o direito à vida são direitos unificadores de todos os direitos fundamentais e razão de ser da tutela jurídica do Estado.

⁹ **Direito ao Patrimônio Genético**, p. 113.

Permitir o extermínio generalizado de esperanças de vida é ato criminoso praticado contra toda humanidade, o que não o diferencia muito do aborto, a não ser pela quantidade e modo cruel que é praticado.

Considerando todas as sugestões oferecidas salvo a de implantações desses embriões *a posteriori*, todas as demais direcionam a destruição de milhares de vidas, antes mesmo de nascerem. E eliminar vários entes da espécie humana, em prol do desejo do casal em conceber um filho, como se essa justificativa fosse suficiente para matar seres humanos que não terão a chance de viver, guardadas as devidas proporções, pouco se diferencia do holocausto realizado durante a Segunda Guerra Mundial.

Embora já arquivado, merece destaque neste capítulo o Projeto de Lei 90/99 do Senador Lúcio Alcântara, o qual, se aprovado na época seria revogado pela Lei 11.105/05. Algumas das matérias abrangidas no projeto eram bastante polêmicas, como a destinação a ser dada aos embriões excedentes. As diferentes possibilidades - doação para terceiros, doação para pesquisas, preservação ou descarte - esbarravam nas divergentes opiniões sobre o status existencial do embrião, opiniões que se baseiam em critérios éticos, religiosos ou filosóficos de cada pessoa. Alguns autores consideram que os embriões já são seres humanos em desenvolvimento, o que inviabilizaria o descarte, a doação para pesquisa e mesmo a criopreservação.

Consta no projeto do Senador Lúcio Alcântara, já arquivado:

“Art. 9 § 1º Não se aplicam aos embriões originados “in vitro”, antes de sua introdução no aparelho reprodutor da mulher receptora, os direitos assegurados ao nascituro na forma da lei.

Art. 9 § 4º - O número total de embriões produzidos em laboratório durante a fecundação in vitro será comunicado aos usuários para que se decida quantos embriões serão transferidos a fresco, devendo o restante ser preservado, salvo disposição em contrário dos próprios usuários, que poderão optar pelo descarte, a doação para terceiros ou a doação para pesquisa.

Art. 9 § 5º - É obrigatório o descarte de gametas e embriões:

I - doados há mais de dois anos;

II - sempre que for solicitado pelos doadores;

III - sempre que estiver determinado no documento de consentimento informado;

IV - nos casos conhecidos de falecimento de doadores ou depositantes;

V - no caso de falecimento de pelo menos uma das pessoas que originaram embriões preservados.

Art. 13 - É crime:

X - conservar gametas ou embriões doados por período superior a dois anos ou utilizar essas gametas e embriões;

Pena: detenção, de dois a seis meses, ou multa.¹⁰

5 – Considerações Finais:

Indubitavelmente a evolução da ciência dotou a humanidade de benesses até então consideradas utópicas, concedendo a algumas pessoas a possibilidade de realizarem o sonho de ter um filho e formar uma família, aonde a infertilidade era absoluta. Sonho cujo mérito pertence ao trabalho científico, ao casal e à humanidade que com os novos conhecimentos podem buscar a cura de doenças tidas como incuráveis.

Mas essa conquista trouxe também angústias ligadas ao desrespeito aos direitos do Homem e à dignidade da pessoa humana, preocupações não ponderadas e que hoje merecem reflexos. É claro que frear a evolução científica não é o caminho, até porque só com este avanço poderão os investigadores equacionar o problema dos embriões excedentários, evitando sua produção e destruição em série.

Todavia, enquanto isso não ocorre, é preciso repensar a respeito da liberação e uso das técnicas de procriação artificial humana na sociedade contemporânea, restringindo-a a casos excepcionais e proibindo-a em outros casos, pois o que não podemos fazer é continuar a matar seres, cuja esperança de vida depende de homens que, "brincando de deuses", escolhem quem vive e quem morre.

Aos *fabricantes* de produtos para implantes, medicamentos e outros equipamentos medicinais, que a nova onda de experiências e conquistas seja uma etapa da história universal marcada por avanços científicos e tecnológicos comprometidos tão-somente com a vida.

Aos *advogados*, que procurem na dignidade íntima de cada um e com lucidez, traçar vias que se abram para novas práticas que se encontrem ao invés de destruir a evidência científica.

Aos *médicos*, receptivos às transformações, que acolham as possibilidades e os perigos, transmitindo-os a seus pacientes.

Aos *magistrados*, que, sem ficarem presos aos postulados do precedente, às vezes imperfeito, osem assumir, com eficiência, sua

¹⁰ PLS – Projeto de Lei do Senado n. 00090 de 09/03/1999 – Dispõe sobre a Reprodução Assistida.

parcela de poder julgar, fazendo o direito. Sem contrariar sua consciência, privilegiem a estabilidade jurídica, no sentido nobre do termo.

E, por derradeiro, para os *pacientes em geral*, a lembrança de que a vida é o único fenômeno que é um fim em si mesmo, o valor supremo; é um pacto; é um processo contínuo de superação.¹¹

Referências Bibliográficas:

CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.

CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO.

LEI 6938/81 – Institui a Política Nacional do Meio Ambiente.

LEI 11.105/05 – Lei de Biossegurança.

LEI 9263/96 – Institui sobre o Planejamento Familiar.

LEI 9434/97 – Lei de Doação de Órgãos e Tecidos.

PLS – Projeto de Lei do Senado 00090/99.

PLC – Projeto de Lei da Câmara 3638/93.

PLC – Projeto de Lei da Câmara 2855/97.

RESOLUÇÃO 1358/1992 do Conselho Federal de Medicina

ALMEIDA, Aline Mignon de. **Bioética e biodireito**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

ARAÚJO JÚNIOR, João Marcelo de. **Biotecnologia e Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. **Direito ao Patrimônio Genético**. Coimbra: Almedina, 1998.

CARLIN, Volnei Ivo. **Deontologia Jurídica – Ética e Justiça**. Florianópolis: Obra Jurídica, 1996.

COUTINHO, Carlos Nelson. **A Era dos Direitos**. 9ª ed., Rio de Janeiro: Campus, 1992.

COSTA, Helena Regina Lobo da. **Genética e Direito: A questão das experiências com embriões humanos**. Boletim IBCCRIM, São Paulo: ano 12, n. 138, p. 10, maio, 2004.

¹¹ **Deontologia Jurídica – Ética e Justiça**, p. 58.

DINIZ, Maria Helena. **o estado atual do biodireito**. 3ª ed., aumentada e atualizada conforme o novo Código Civil (Lei 10406/02) e a Lei 11.105/05. São Paulo; Saraiva, 2006.

FABRIZ, Dauri César. **Bioética e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 9ª Ed. rev., atual. E ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

GOYA, Paulo. **A Bioética**. São Paulo: Ática, 1998.

LEPARNEUR, Hubert. **Força e fraqueza dos princípios da bioética**. Bioética. Conselho Federal de Medicina. Brasília: v. 4, n. 2, p. 138, 1996.

MOREIRA FILHO, José Roberto. **Conflitos jurídicos da reprodução humana assistida. Bioética e Biodireito**. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 54, fev. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2588>>. Acesso em: 22 out. 2006.

NOSTRE, Guilherme Alfredo de Moraes. **O Direito em face da revolução biológica**. São Paulo: Boletim IBCCRIM, ano 13, n. 152, pp. 09-10, julho, 2005.

OMMATI, José Emílio Medauar. **As novas técnicas de reprodução humana à luz dos princípios constitucionais**. Jus Navigandi, Teresina, ano 2, n. 25, jun. 1998. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1854>>. Acesso em: 22 out. 2006.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro leite (org). **Biodireito: ciência da vida, novos desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SAUWEN, Regina; HRYNIEWICZ. **O Direito *in vitro***. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1997.

SILVA, Reinaldo Pereira e. **Introdução ao Biodireito: investigações político jurídicas sobre o estatuto da concepção humana**. São Paulo: LTr, 2002.

VARELLA, Marcelo Dias; FONTES, Eliana; ROCHA, Fernando Galvão da. **Biossegurança e Biodiversidade: contexto científico regulamentar**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Bioética e Direito**. 2ª Ed. Atual.. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 2003.