

O ESTATUTO JURÍDICO DO EMBRIÃO HUMANO

José Eduardo de Souza Pimentel¹

1. Introdução. 2. Embrião humano. 2.1. Conceito filosófico. 2.2. Conceito biológico. 2.3. Da necessidade de um estatuto do embrião. 2.4. Conteúdo possível do estatuto do embrião. 3. O embrião no direito positivo brasileiro. 3.1. A vida como direito constitucional. 3.2. Tutela penal da vida. 3.3. Regulamentação atual. 3.4. O PL 90/99. 4. Conclusões.

1. Introdução

Nos últimos 150 anos a biologia e a medicina evoluíram de forma impressionante.

Alguns marcos dessas ciências ilustram a assertiva. Em 1876 foi possível ao homem descrever o fenômeno da fecundação, compreendendo-a, então, como a penetração de um espermatozóide no óvulo feminino para gerar um novo ser². Os cromossomos foram descritos em 1880. A teoria da transmissão das características hereditárias³ foi elaborada no início do século passado, em 1902. Em 1909 estabeleceu-se o conceito de gene. No ano de 1953, foi desvendado o maior enigma da fecundação: a estrutura em forma de dupla hélice do ácido desoxirribonucléico (DNA), que contém a informação genética, passou a ser conhecida. A partir da compreensão dessa estrutura e do processo de síntese de proteínas, as descobertas se sucederam, umas às outras, numa velocidade vertiginosa. Foram desenvolvidas técnicas de manipulação e intervenção genéticas. As últimas notícias dão conta, aliás, de que o homem decifrou o genoma humano⁴.

A par desses notáveis feitos, desenvolvem-se continuamente novas tecnologias no campo da reprodução humana. No dia 25 de julho de 1978, o

¹ O autor é Promotor de Justiça em Piracicaba e mestrando em Direito Processual Penal pela PUC/SP.

² Esse feito é atribuído a Oscar Hertwig (1849-1922).

³ Sutton e Boveri apresentaram, nessa época, a denominada teoria cromossômica da herança.

⁴ No dia 14 de abril de 2003, quando se comemoravam os 50 anos da descoberta do DNA, foi anunciada – dois anos antes do que o previsto – a conclusão do “Projeto Genoma Humano”, isto é, a descrição dos dados referentes a 3 bilhões de unidades de DNA. Estima-se que foram gastos 2,7 bilhões de dólares em treze anos de pesquisas (VEJA, edição 1799, ano 36, 23 de abril de 2003, p. 84).

mundo despertou com a notícia do nascimento, no Reino Unido, de Louise Brown, concebida a partir de um embrião constituído em laboratório (*in vitro*). Surgiam os denominados “bebês-de-proveta”.

A procriação humana artificial – ou medicamente assistida – por fertilização *in vitro* (F.I.V.) com transferência intra-uterina de embriões generalizou-se e hoje é uma realidade até mesmo em países em desenvolvimento⁵. O domínio da técnica, no entanto, precede, em geral, a sua regulamentação. Essa realidade, como se intui, transmuda-se em terreno fértil para desvios, ao menos onde o debate ético é menos enfático. O manuseio do embrião deu lugar a experimentos inusitados, de duvidoso valor científico e que desafiam a dignidade da natureza humana. Há notícia, por exemplo, da fertilização de óvulos humanos com espermatozoides de animal e vice-versa⁶.

De outra banda, a difusão das técnicas de fertilização *in vitro* estabeleceu um número muito significativo de embriões que, por motivos diversos, não serão destinados aos procedimentos de reprodução. São os embriões criopreservados, isto é, congelados e com seu desenvolvimento suspenso. A maioria deles foi obtida para evitar as múltiplas extrações de óvulos das mulheres inscritas em programas de reprodução assistida. Ocorre que o sucesso da reprodução ou o abandono do programa implicam na existência dos embriões excedentes e no dilema sobre a o seu destino⁷.

Discorreremos sobre o embrião humano e sobre o valor que lhe emprestam a biologia, a filosofia e o direito. Cumprido esse mister, invocaremos o seu “estatuto”, convencidos, desde logo, que o destino ou a

⁵ Estima-se que haja no Brasil 179 clínicas especializadas em F.I.V. e que estas teriam realizado no ano de 2002 nove mil tentativas. Uma semana após a criação do Centro de Reprodução Humana do Hospital das Clínicas de São Paulo, serviço gratuito, recebeu dez mil inscrições para o preenchimento de suas duas mil vagas (Isto É, Edição n.º 1751, de 23/04/2003).

⁶ SERRÃO, Daniel. **Uso de embriões humanos em investigação científica**. Ministério da Ciência e do Ensino Superior. Secretaria de Estado da Ciência e Tecnologia. Portugal. 2003.

⁷ Maria Celeste Cordeiro dos Santos alude em seu livro “O equilíbrio do pêndulo, a bioética e a lei: implicações médico-legais” ao “*Dilemma over Frozen Babe*”, sobre o destino de embriões excedentes preservados em clínicas do Reino Unido. Após intensa discussão, o Parlamento britânico autorizou a destruição dos embriões não reclamados, o que ocorreu, efetivamente, no dia 1.º de agosto de 1996.

aplicação indiscriminada da biotecnologia ao embrião não são indiferentes à sociedade.

O momento é dos mais oportunos e nos instiga ao debate, mormente porque se esboça no Congresso Nacional o projeto de lei que dispõe sobre a reprodução assistida⁸.

2. Embrião humano

Sob o enfoque puramente descritivo, o embrião humano é a fusão dos gametas masculino (espermatozóide) e feminino (óvulo), determinante da união de seus núcleos numa única célula (zigoto), num processo que se denomina fecundação.

Duas assertivas de relevo para o nosso estudo decorrem dessa realidade: (a) todo o organismo vivo se estrutura a partir de uma única célula; e (b) pela fecundação, transmitem-se ao novo ser as características genéticas de seus progenitores. Essas afirmações conduzem, a seu turno, à noção de identidade biológica do embrião.

Com efeito, a fecundação propicia uma diferenciação formidável das características genéticas do embrião pela reunião de células germinativas masculina e feminina haplóides (i.e., com a metade do número de cromossomos encontráveis nas demais células), produzido um ser único no que diz respeito ao seu conteúdo genético.

Uma vez constituído o zigoto, um programa interno inscrito no genoma determina, em condições ambientais favoráveis, a multiplicação das células e o crescimento contínuo do embrião, o que o faz, indiscutivelmente, um ente vivo da espécie humana.

Há que se indagar, contudo, sobre a “condição”, a “natureza”, a “identidade” desse “sujeito” (“*subectum*”, “*suppositum*”) que é o embrião

⁸ No dia 20 de março de 2003, foi aprovado, por 15 votos a favor, nenhum contra e nenhuma abstenção, em votação terminativa do Senado Federal, o substitutivo do projeto de lei n.º 90/99, de autoria do Senador Lúcio Alcântara, que dispõe sobre a reprodução assistida. O projeto segue agora para a Câmara dos Deputados.

humano. Estabelecidas essas respostas será definido o seu “status”, para condicionar as atividades individuais e explicitar as responsabilidades sociais em torno do embrião humano⁹.

2.1. Conceito filosófico

Os filósofos se ocuparão da natureza essencial dos seres e por isso não duvidarão de que o embrião é um ente vivo da espécie humana. Essa noção é quase que pacífica e deriva da noção clássica, proposta por Boécio, de que a pessoa é uma *substância individual de natureza racional*.

A filosofia reconhecerá o embrião como indivíduo. Isso porque, em linguagem filosófica, o indivíduo é o oposto do gênero. De outra banda, afirmará a natureza humana quando detectar a presença do espírito ou alma humana no embrião.

Mas, aí, o filósofo não conseguirá comprovar a presença de uma alma racional no minúsculo ser. Não poderá, igualmente, refutar a hipótese de que ela não exista. Não conseguirá estabelecer o instante *t* a partir do qual o embrião será dotado de humanidade. Estará, portanto, diante da dúvida ontológica que, no plano ético, conduz a respeitá-lo como pessoa.

Eis como se apresenta essa solução sob os prismas ético e jurídico: toda vez que haja dúvidas acerca de uma posição a seguir, deve-se adotar a que seja mais favorável ao sujeito mais fraco.

Esse é, aliás, o raciocínio que preside o Livro Branco¹⁰ que antecede a elaboração da lei sobre reprodução assistida em Portugal. Senão, vejamos:

“Admitindo a diversidade de pontos de vista sobre a fixação do instante *t*, a partir do qual o embrião, como ente vivo humano, deverá ter direito absoluto à vida, muitos filósofos adoptam a postura tuciorista (de *tutior*) que é a de escolherem a opção mais segura quando há incerteza: a vida do embrião, desde o zigoto, deve ser protegida

⁹ FERNANDÉZ. Francisco C. ***Estatuto do embrião: significado de um debate***. Conferência Nacional dos Bispos do Brasil. Setor Família e Vida. Tradução: Érica Ceolin Silva <<http://cnbb.org.br>> . Acesso em 20/04/2003.

¹⁰O livro branco condensa o resultado da fase de consulta da opinião pública, das associações profissionais envolvidas e outras agências com interesses específicos na matéria e que antecede a projetos legislativos sobre temas de alta relevância para a sociedade (cf. SANTOS, Maria Celeste Cordeiro dos. ***O Equilíbrio do pêndulo, a bioética e a lei.***, cit. , pág 129).

para se não correr o risco de discriminar seres humanos, instrumentalizando uns em benefício de outros. Para os moralistas e filósofos que adoptam a posição definida pela Igreja Católica não se pode afirmar que o embrião é uma pessoa mas é preferível protegê-lo como uma pessoa para evitar o risco de o discriminar, ao admitir a sua destruição para o benefício de outras pessoas. Outras tradições religiosas fazem uma interpretação moral diferente dos factos científicos ou continuam a apoiar-se em noções antigas como a percepção, pela mãe, dos movimentos fetais, para que o feto receba o estatuto legal de pessoa”.

Destarte, sob o enfoque filosófico, não basta observar no embrião a ausência de certas capacidades – que requerem forçosamente o tempo para desenvolvimento – para negar sua natureza humana.

2.2. Conceito biológico

O biólogo definiria o embrião como uma célula ou grupo de células capazes de se desenvolver em ser humano, desde que interagindo em ambiente adequado. Haverá embrião a partir da fecundação, isto é, da união dos gametas masculino e feminino, que constituem uma nova célula composta de 46 cromossomos e vocacionada à vida autônoma.

Não se negará que o embrião é um indivíduo¹¹, muito embora possa se dividir¹² nas primeiras semanas de vida, gerando um segundo embrião com as mesmas características genéticas do primeiro.

De ver-se, contudo, que é inerente ao conceito biológico a idéia da constituição progressiva do ser humano. Uma célula se multiplica continuamente, recebe nutrientes, adquire forma humana, até que, finalmente, se torna capaz de viver de forma autônoma.

É fato que, durante os primeiros catorze dias, o embrião se constitui de uma massa indiferenciada de células. Há quem diga a respeito desse grau de

¹¹ Do ponto de vista biológico, nada obsta que se chamem de “indivíduos” animais unicelulares (ameba, paramécio, etc.), que se reproduzem por divisão celular. A noção de indivíduo em biologia não se relaciona à impossibilidade de divisão, senão a idéia de *organização* da estrutura vivente. O indivíduo é um ser organizado, que vive uma existência própria e que, geralmente, não pode ser dividido sem ser destruído. É irrelevante para o conceito o grau de complexidade do ser.

¹² Dava-se o nome de pré-embrião a esse novo ser durante o período inicial de seu desenvolvimento, isto é, enquanto as células que o constituem são *pluripotentes* (não têm destinação específica). Hoje já não se aceita essa denominação, muito embora, entre nós, a Resolução n.º 1.358/92, do Conselho Federal de Medicina (Normas Éticas para a Utilização das Técnicas de Reprodução Assistida), em pleno vigor, a adote.

desenvolvimento que, até aqui, não nos deparamos com um indivíduo humano (a diferenciação celular se dá a partir do 14.º dia). Essa tese reduz o embrião, nas duas primeiras semanas de vida, a uma “massa indiferenciada de células”, para negar-lhe o *status* de ser humano. Outros sustentam que o prazo dos 14 dias foi estabelecido de modo arbitrário e tão-somente para servir de justificativa ao descarte dos embriões excedentes.

Joaquim Toledo Lorentz, em estudo de fôlego¹³, discorre sobre outros momentos destacados pela biologia para marcar o início da vida.

Diz que, no Brasil, a vida humana é compreendida como tal pela medicina a partir da nidação¹⁴. Argumentam os médicos que o embrião fecundado em laboratório morre se não for implantado no útero.

¹³ LORENTZ, Joaquim Toledo. **O início da vida humana**. In Biodireito. Maria de Fátima Freire de Sá, coordenadora. Belo Horizonte: Del Rey, 2002., pág. 329/359.

¹⁴ Giovanni Berlinger defende que a partir da nidação é que se pode identificar o corpo-indivíduo ou uma pessoa. Eis o seu raciocínio: “a fecundação é seguramente a fase inicial e necessária para a formação de um indivíduo, com características distintas de todos os outros e dos próprios pais. Por outro lado, A. Monroy nos lembrou qual é a peculiaridade do desenvolvimento dos mamíferos: ‘nestes, a segmentação do ovo (isto é o conjunto de divisões celulares do ovo que seguem a fecundação e levam à formação do blastócito, formado por cerca de 32 células) não pode prosseguir além do estágio de blastócito: para continuar o seu desenvolvimento e levar a termo a formação do feto, o blastócito deve implantar-se no útero. Ou seja, devem ser estabelecidas relações anatômicas e funcionais entre o embrião e a mãe: o implante é portanto o evento fundamental, crucial, do desenvolvimento do embrião. E é só depois do implante que começam os processos morfogenéticos, que levam à diferenciação dos vários tecidos e órgãos. Assim, mesmo estando convencido da importância fundamental de se apurar se já no blastócito, ou mesmo antes do implante, despontam as características imunológicas que distinguem o embrião humano de animais de espécies afins, estou também certo de que não tendo sido ainda iniciados os processos morfogenéticos, a formação do indivíduo ainda não começou. As células que compõem o nó embrionário (um grupinho de células das quais se diferenciará o embrião) não têm ainda destinação específica; são, como se diz, pluripotentes’. A este argumento, baseado na qualidade do desenvolvimento, associa-se a consideração de que cerca de dois-terços dos óvulos fecundados não chegam a implantar-se no corpo materno. A fecundação não é por isso condição suficiente. A nidação no útero o é? Minha propensão é pelo sim. Nesta fase, acontece a diferenciação celular e o aparecimento dos fenômenos imunológicos que constituem o aspecto diferenciador de outras espécies e também dos outros indivíduos da mesma espécie. Ali começa uma relação metabólica e posteriormente psicológica com a mãe. Depois desta fase, o desenvolvimento dá-se em passagens lentas, sem aqueles ‘saltos’ que aconteceram antes da fecundação e da nidação e que resultará depois no nascimento; mesmo que nos nove meses de vida intra-uterina ocorram sucessivas transformações que mudem a qualidade do embrião, tais como a formação do aparelho cardiovascular e sobretudo do sistema nervoso central. A própria probabilidade de completar o ciclo vital é mais alta no ovo nidado do que no óvulo simplesmente fecundado, altíssima em relação a cada óvulo e sem comparação com respeito aos espermatozoides. Não sei se existe, na teoria jurídica, a categoria de indivíduo com ‘direitos em evolução’. Se existisse, seria com certeza aplicável ao embrião e ao feto no percurso da nidação ao nascimento”. (BERLINGUER, Giovanni. **Questões de vida: ética, ciência, saúde**. Salvador, São Paulo, Londrina: Apce, Hucitec, Cebes, 1993, pag. 42).

Outros querem ver configurados os órgãos ou formado o sistema nervoso para a determinação da unidade e do novo ser.

Finalmente, há quem reclame a viabilidade, teoria segundo a qual somente é dotado de natureza humana aquele que alcançou maturidade suficiente para viver fora do útero materno.

Essas teorias, no entanto, contrariam declaração do Conselho da Europa (de 1986), pontificando que “desde a fecundação do óvulo, a vida humana se desenvolve de modo contínuo, de forma que não se pode fazer distinção no curso das primeiras fases (embrionárias) de seu desenvolvimento”.

2.3. Da necessidade de um estatuto do embrião

Roberto Andorno afirma a impotência da biologia ou da filosofia para definir com certeza se o embrião é ou não uma pessoa e conclui que cumpre a ética e ao direito, ainda que passando ao largo da questão ontológica, estabelecer qual deve ser nossa conduta de respeito ao embrião. Noutras palavras, impende que se defina o que se deve fazer com o embrião e não o que o embrião é¹⁵.

Ensina o autor que “tanto o direito como a ética são disciplinas que funcionam no plano prático e não aspiram diretamente a determinar a ontologia das realidades que nos rodeiam. Sem dúvida se apóiam na realidade, mas a superam, criando ficções e presunções, segundo as exigências da Justiça, quando o conhecimento da realidade resulta difícil ou impossível”.

Desse entendimento não diverge Francisco C. Fernández, para quem os aspectos práticos, éticos e legais da questão desfrutam de certa autonomia em relação àquilo que a biologia e a medicina já desvendaram em torno do embrião¹⁶.

¹⁵ **Bioética y dignidade de la persona**. pags. 104-108.

¹⁶ FERNANDÉZ. Francisco C. **Estatuto do embrião: significado de um debate**. Conferência Nacional dos Bispos do Brasil. Setor Família e Vida. Tradução: Érica Ceolin Silva <<http://cnbb.org.br>> . Acesso em 20/04/2003.

Destarte, em que pese não haver consenso nos debates travados sob diversos pontos de vista (biológico, teológico antropológico, etc), remanesce dessas discussões uma referência clara de respeito à dignidade humana que reclama a definição de um “estatuto do embrião”, isto é, uma norma de proteção legal ao embrião humano que defina o seu *status* jurídico e estabeleça um paradigma de comportamento em relação a ele.

Com efeito, “o debate sobre o estatuto do embrião humano é, antes de tudo, uma reflexão sobre um ‘regime’, ou seja, sobre um modo de comportar-se, sobre um marco respeitoso de comportamento, sobre um modelo de comportamento fundado numa axiologia e numa escala de valores socialmente reconhecidos e com validade jurídica e legal. O valor e a contribuição específicos das ciências positivas estão, precisamente, na condição de pressuposto e de auxílio ao estabelecimento da autêntica ‘condição do sujeito’: o embrião humano”.

Do que foi exposto se deduz que é necessário estatuir sobre o embrião humano e que, à vista da fenomenal avanço da biotecnologia, essa medida figura-se urgente. Embriões existem fora do corpo das mulheres; estão congelados ou serão descartados; alguns serão empregados em experiências insólitas ou de duvidoso valor para a humanidade.

Por tudo isso, a sociedade tem dizer imediatamente sobre o destino de seus embriões e lhes conceder uma proteção adequada, posto que é inequívoco que tem legitimidade para fazê-lo.

2.4. Conteúdo possível do estatuto do embrião

Uma postura ética defendida por alguns é a de que não devem existir embriões além daqueles que serão implantados no útero e portanto destinados ao procedimento de reprodução assistida.

A Alemanha acolheu essa orientação e considera ilícita a constituição de embriões humanos excedentes, isto é, em número superior aos que serão utilizados nas tentativas de implantação. Admite a preservação dos ovócitos entre as fases que precedem à união dos gametas (singamia).

Mas sendo um dado da realidade já existirem os embriões conservados, é preciso que se defina os seus *status* e destino.

Daniel Serrão, deparando-se com embriões excedentes, assinala que seria moralmente adequado que se buscasse o consentimento dos progenitores para que fossem doados a casais (estéreis ou não) que se dispusessem a tê-los como seus filhos. Obtempera que a lei deveria conciliar o direito dessas crianças de conhecer seus pais biológicos e, ao mesmo tempo, evitar que estas fossem de alguma forma responsáveis pelos filhos doados.

Esse festejado autor reconhece, entretanto, que, ainda assim, não há como olvidar da existência de embriões excluídos definitivamente dos projetos de procriação, e, por isso, cogita do conteúdo de seu estatuto e da extensão das regras de proteção. E, de fato, convocado pelo Ministério da Ciência e do Ensino Superior de Portugal – que carece de legislação sobre a reprodução assistida e o destino dos embriões – foi incumbido da redação do Livro Branco, documento ao qual já nos referimos e que antecede à produção legislativa.

De ver-se, então, que Portugal e Brasil tendem a estabelecer em breve as leis que disciplinam a reprodução assistida e que, de modo reflexo, consagram o estatuto moral do embrião humano.

São três as opções¹⁷ – e não há nenhuma que seja refratária a críticas – à disposição dos legisladores.

A primeira delas é a que atribui ao embrião humano os mesmos direitos da pessoa humana. Cuida-se, destarte, de um estatuto moral objetivo e claro e, por isso mesmo, a defesa da orientação que o preside passa ao largo de problemas éticos e morais de improváveis soluções.

Admite, contudo, matizes.

Na versão forte, a fertilização *in vitro* seria moralmente inaceitável. Conseqüência da ilicitude da F.I.V. seria a inexistência dos embriões

¹⁷ Essas opções e suas variantes são aquelas que constam do trabalho profícuo do professor Daniel Serrão, cuja íntegra poderá ser obtida no site do Ministério da Ciência e do Ensino Superior de Portugal (<http://www.mces.pt>).

excedentes, não sendo necessário e oportuno legislar sobre a matéria. Deriva dessa concepção a ilicitude do abortamento (em qualquer situação), inclusive o uso da denominada “pílula do dia seguinte”. Não se permite ao médico o recurso à técnica para o tratamento da infertilidade do casal.

Na versão fraca, o embrião merece respeito porque, embora ainda não seja uma pessoa, tende a sê-la. Sendo assim, a constituição de embriões *in vitro* é admitida apenas para o tratamento da infertilidade conjugal, mas com uma ressalva: não se cogita da doação de gametas e nem da constituição de embriões em número superior àqueles que serão efetivamente implantados no útero. Permite-se a observação e experimentação científica, mas até o momento da transferência e desde que a investigação inviabilize o programa de desenvolvimento para o qual foram constituídos. Noutras palavras, a observação e a experimentação não devem lhes causar qualquer dano nem os destruir. De ver-se que, ainda aqui, não há sacrifício de embriões, de modo que continua ilícita qualquer forma de abortamento.

A segunda opção consiste em estabelecer um estatuto moral de ente vivo da espécie humana. Nesta, o direito à vida é absoluto e, por isso, a experimentação destrutiva é expressamente vedada. Mantêm-se as técnicas de reprodução assistida em estreitos limites, mas se cogita da existência de embriões excedentes – gerados acidentalmente – facultando-se sua doação a outros casais, para que tenham o destino traçado pelo desígnio divino.

Na versão fraca é permitida a doação de embriões que se tornaram excedentes por vicissitudes imprevisíveis do processo de reprodução assistida. Não sendo evitável a morte desses embriões, seria moralmente lícito usá-los em benefício de outros embriões, na melhoria do processo de procriação artificial ou mesmo para benefício da saúde humana. Nessas hipóteses, não se deveria perder de vista que se viola o direito à vida do embrião como ente vivo da espécie humana. Essa orientação se harmoniza com o abortamento terapêutico admitido em nossa legislação, em que se estabelece o chamado “conflito materno-fetal grave” (artigo 128, inciso I, do Código Penal, permitido “se não há outro meio de salvar a vida da gestante”) e aceita o sacrifício de embriões cujo perecimento é inevitável pelo uso em investigação científica,

resolvendo, razoavelmente, o conflito entre a vida já perdida do embrião e o benefício para outros entes vivos da espécie humana, cuja vida pode ser salva ou melhorada.

Finalmente, pode-se imaginar um “estatuto moral de amontoado de células humanas” e conceder ao embrião as regras gerais de respeito aos tecidos humanos. Na hipótese, o uso dos embriões é livre, ressalvado de que não poderiam ser utilizados em experiências degradantes ou contrárias aos bons costumes. Não há consenso se, nesse caso, haveria a necessidade de leis específicas para tratar do embrião.

3. O embrião no direito positivo brasileiro

3.1. A vida como direito constitucional

A Constituição da República atribui à vida o *status* de direito fundamental. E nem poderia ser diferente. De fato, não há como se cogitar dos direitos de igualdade, da intimidade, da liberdade, do bem-estar, sem pressupor o direito à vida, como antecedente necessário aos demais.

Ao declarar o direito à vida, a Lei Maior enaltece a pessoa humana e sua inerente dignidade, contemplando, destarte, os valores que, hodiernamente, vêm se tornando universais¹⁸.

O constitucionalista José Afonso da Silva discorre, com profundidade, sobre o alcance do direito à vida.

Leciona que a vida humana de que trata a Constituição Federal, integra-se de elementos materiais (físicos e psíquicos) e imateriais (espirituais), sendo abrangente do direito à dignidade da pessoa humana, do direito à privacidade, do direito à integridade físico-corporal, do direito à integridade moral, e, especialmente, do direito à existência.

¹⁸ Cf., a propósito, a *Declaração Universal dos Direitos do Homem*. Cuida-se de texto que solenemente reconhece a dignidade da pessoa humana, como base da liberdade, da justiça e da paz.

É bem verdade que, no anteprojeto da Constituição, a Comissão Provisória de Estudos Constitucionais (que entre nós ficou conhecida como Comissão Afonso Arinos) pretendia inserir no corpo do texto constitucional dispositivo que garantisse “a existência digna”. Imaginava-se que, com essa feição, a norma reclamaria um mínimo de recursos materiais para a existência humana. Esse texto, entretanto, sequer foi apresentado ao Plenário da Assembléia Nacional Constituinte e José Afonso obtempera que tenha sido melhor assim, para evitar o risco de interpretações que conduzissem, por exemplo, à “eliminação de alguém portador de deficiência de tal monta que se viesse a concluir que não teria uma existência humana digna”¹⁹ (eutanásia).

Ousamos discordar do autor. Pensamos que o direito à existência digna foi efetivamente consagrado e decorre da conjugação do artigo 5.º, *caput*, com o artigo 1.º, inciso III, da Carta Constitucional. Nem por isso se corre o risco de invocá-lo pura e simplesmente como justificativa para as práticas que atentam contra a vida. É que o conteúdo desse princípio é vago, aberto, fluido, e, por isso mesmo reclama da Bioética e do Direito a sua delimitação, consoante as exigências axiológicas fundamentais da comunidade.

Mesmo que o texto do anteprojeto tivesse sido adotado, o direito à vida, de conteúdo mais preciso, validaria a idéia de Jacques Roberto, reproduzida pelo constitucionalista: “o respeito à vida humana é a um tempo uma das maiores idéias de nossa civilização e o primeiro princípio da moral médica. É nele que repousa a condenação do aborto, do erro ou da imprudência terapêutica, a não aceitação do suicídio. Ninguém terá o direito de dispor da própria vida, *a fortiori* da de outrem e, até o presente, o feto é considerado um ser humano”²⁰.

O que se afigura inequívoco, porém, é que, uma vez que restou expresso no texto constitucional que a dignidade da pessoa humana se constitui em fundamento da República Federativa do Brasil, deriva do comando

¹⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 9ª. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 183.

²⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 9ª. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 182.

a idéia de que o Estado deve envidar seus esforços para consagrá-la na plenitude dos aspectos material e moral que lhe são ínsitos.

Tem-se por certo, então, que o legislador ordinário, agora, não é livre para elaborar a lei. Deve fazê-lo auscultando a declaração constitucional, que se eleva à categoria de princípio. Será inconstitucional e norma legal permissiva de conduta que não guardasse respeito à dignidade humana.

Da mesma forma, será exigido dos juízes que, diante do fato concreto, inspirem suas decisões no princípio insculpido na Lei Maior, porque representa o valor axiológico contemplado pela sociedade nesse especial momento histórico.

3.2. Tutela penal da vida

A proeminência que a vida recebe da Constituição da República reclama a proteção desse direito no plano do Direito Penal. Nesse campo, como não poderia deixar de ser, a vida humana aparece como o bem jurídico de mais elevado valor. Basta ver que a descrição do homicídio inaugura a parte especial do Código Penal e que os crimes cujas penas são as mais severas têm em comum o resultado morte de um ser humano causado pela conduta dolosa de outrem.

Júlio Fabbrini Mirabete adota a definição de homicídio proposta por Euclides Custódio da Silveira porque ela já o distingue do aborto. Para o penalista, o homicídio é a eliminação da vida humana extra-uterina praticada por outrem, enquanto que o aborto é a eliminação da vida humana endo-uterina²¹.

Essa distinção se afigura desde logo importante para o nosso estudo porque, como se sabe, a punição do homicídio é sensivelmente mais intensa do que a do aborto, do que se conclui inequivocamente que, para o Direito Penal, a vida humana em desenvolvimento não vale tanto quanto a do indivíduo nascido.

²¹ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. v. 2, Parte especial, 3^a ed., 1996., p. 42.

Estabelecida essa premissa, impende dizer que, para se definir o aborto é indiferente o grau de amadurecimento do embrião humano. No entanto, está implícita na conceituação desse delito a idéia de que a conduta penalmente relevante é aquela que interrompe a gravidez²². É pacífico entre os doutrinadores, aliás, que o tipo penal tem por escopo garantir não somente o direito à vida do concepto como também a integridade física da gestante²³.

Destarte, à luz do Código Penal em vigor, a destruição de embriões humanos estocados não conduz à punição por crime contra a vida. Na disciplina atual, o descarte doloso de embriões, com o dissenso dos progenitores, teria relevância para o direito punitivo em razão da repercussão patrimonial da conduta. Em hipóteses específicas se vislumbraria o crime de dano.

Dessa circunstância decorre que, conforme a orientação que for acolhida para o estatuto do embrião humano (ver supra, item 2.4.) haverá ou não que se cuidar das conseqüências penais dos comportamentos voltados à geração de embriões excedentes²⁴, à destruição de embriões *in vitro* e à redução embrionária.

Não se perca de vista, porém, que há uma tendência mundial à liberação do aborto e que, atualmente, grande número de países não mais o incrimina quando provocado até o terceiro ou quarto mês de gravidez (Suécia, Dinamarca, Finlândia, Inglaterra, França, Alemanha, Áustria, Hungria, Japão,

²² Segundo Mirabete, o aborto “é a interrupção da gravidez com a destruição do produto da concepção. É a morte do ovo (até três semanas de gestação), embrião (de três semanas a três meses) ou feto (após três meses), não implicando necessariamente a sua expulsão. O produto da concepção pode ser dissolvido, reabsorvido pelo organismo da mulher ou até mumificado, ou pode a gestante morrer antes da sua expulsão. Não deixará de haver, no caso, o aborto”. (idem, pág. 73).

²³ Leciona Mirabete: “Tutela-se nos artigos em estudo a vida humana em formação, a chamada vida intra-uterina, uma vez que desde a concepção (fecundação do óvulo) existe um ser em germe, que cresce, se aperfeiçoa, assimila substâncias, tem metabolismo orgânico exclusivo e, ao menos nos últimos meses de gravidez, se movimenta e revela uma atividade cardíaca, executando funções típicas de vida. Protege-se também a vida e a integridade corporal da mulher gestante no caso do aborto provocado por terceiro sem o seu consentimento. Na Itália, o aborto é crime contra a continuidade da estirpe” (idem, pág. 74).

²⁴ Anote-se que, em nosso Direito, já há previsão como crime para quem produz, armazena ou manipula embriões humanos destinados a servirem como material biológico disponível, sendo o fato punido com pena de reclusão de 6 a 20 anos (artigo 13, § 3º, inciso III, da Lei n.º 8.974, de 5 de janeiro de 1995).

Estados Unidos, etc.)²⁵, figurando-se, então, inoportuno projetar a elevação à categoria de crime contra a vida a prática da destruição do embrião *in vitro*. Dizendo de outro modo, como se conciliariam as leis permissivas do abortamento com aquelas que pretendem a proteção integral do embrião?

Quem enfrenta essa contradição obtempera que as leis que admitem o aborto baseiam-se no fato de que o feto é indesejado pela mãe e que, no caso do embrião *in vitro*, este foi muito desejado pela mãe que nele investiu afeto, sacrifício e dinheiro, de modo que não faz qualquer sentido, nem é moralmente válido, usá-lo para outros fins ou destruí-lo.

Não é certo, porém, que a cogitada proteção penal à integridade e conservação do embrião excedente, de algum modo excluído do processo de reprodução, contemplates definitivamente a sua dignidade, pois não nos parece ético e viável conservá-lo indefinidamente e com a vida em suspenso.

3.3. Regulamentação atual

Verificamos que o direito positivo não confere proteção penal ao embrião *in vitro*. Protege-o, tão-somente sua vida intra-uterina, durante a gravidez através da punição ao abortamento.

A seu turno, o Direito Civil ocupa-se da vida do embrião enquanto se desenvolve na gestante. As disposições legais visam, essencialmente, à disciplina dos denominados direitos patrimoniais.

Para Clóvis Bevilácqua ao se afirmar que o homem tem personalidade jurídica está se dizendo que ele tem capacidade para ser titular de direitos.

Tal personalidade, conforme a lição de Silvio Rodrigues se adquire com o nascimento com vida, conforme o artigo 2.º do Código Civil²⁶ em vigor. Pelo mesmo dispositivo se reconhece, porém, direitos do nascituro, seguindo a orientação já consagrada no código de 1916.

²⁵ Idem, pág. 75 e 76.

²⁶ Art. 2º: A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

Nascituro é, para o civilista, o ser já concebido, “mas que ainda se encontra no ventre materno”.²⁷ E continua o autor: “a lei não lhe concede personalidade, a qual só lhe será conferida se nascer com vida. Mas como provavelmente nascerá com vida, o ordenamento jurídico desde logo preserva seus interesses futuros, tomando medidas para salvaguardar os direitos que, com muita probabilidade, em breve serão seus”.²⁸

Constitui-se em fato muito interessante que Clóvis Beviláqua propunha em seu projeto de Código Civil uma solução diferente. O artigo 3.º de seu texto dispunha que “a personalidade começa com a concepção, sob a condição de nascer com vida”.²⁹

Ora, como não há direitos subjetivos sem sujeito, pode-se concluir que os direitos preservados pertencem ao ser concebido. É verdade que o conceito pode perder esses direitos se não nasce com vida, mas esse fato futuro não dissolve sua personalidade, como “se a morte operasse de forma retroativa”, como salienta, com muita acuidade, Roberto Andorno:

“a análise histórica permite advertir que, contra a interpretação corrente que se tem feito das normas citadas, a ficção prevista pela lei não é a personalidade do concebido, senão o contrário, sua falta de personalidade quando nasce morto, e isto só para efeitos patrimoniais. É um abuso estender esta ficção de não personalidade a outros âmbitos não previstos em lei. Em outras palavras, o direito, nos países de tradição jurídica continental, tende a presumir a personalidade desde o momento da concepção. O sistema jurídico não faz mais do que retomar um princípio clássico, que é ético e jurídico de uma só vez, segundo o qual, cada vez que existam dúvidas acerca da decisão a tomar, deve adotar-se aquela que seja mais favorável ao sujeito em questão, especialmente, quando se trata do mais frágil. É o que ocorre, por exemplo, no direito penal: quando não se prova a culpabilidade do acusado de um delito, presume-se a sua inocência (*in dubio pro reo*). No caso do embrião, o mesmo critério deve sustentar que, porque não se prova que estamos diante de uma simples coisa, deve-se presumir que é uma pessoa (*in dubio pro vita, ou melhor, in dubio pro persona*).³⁰”

Mesmo assim, ninguém dirá que a Lei Civil se dedica à proteção do embrião conservado em laboratório. A bem da verdade, entre nós, a proteção jurídica ao embrião *in vitro* somente pode ser extraída de princípios gerais de

²⁷ RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil**. São Paulo: Saraiva, v.1, Parte Geral, 17ª ed., 1987, p. 38.

²⁸ Idem, p. 38.

²⁹ Ibidem, p.38.

³⁰ Ob. Cit., pág. 106 e 107.

tratados internacionais e de normas jurídicas, inclusive infralegais, que, a essa altura, já deveriam ceder lugar a controles sociais mais eficientes³¹.

Com efeito, em 5 de maio de 1986, o Brasil tornou-se signatário do Protocolo do Centro Internacional de Engenharia Genética e Biologia (adotado em Madri, em 13 de setembro de 1983, e em Viena, em 4 de abril de 1984). Por esse instrumento legal, o país se comprometera a participar da constituição de um centro de pesquisas voltado ao desenvolvimento dessas áreas do conhecimento humano e a concretização de suas aplicações em benefício da humanidade. O tratado foi aprovado pelo Decreto Legislativo n.º 76, de 29 de novembro de 1989, e o estatuto do órgão promulgado pelo Decreto n.º 2.929, de 11 de janeiro de 1999, pelo presidente Fernando Henrique Cardoso.

Após a edição desse diploma, cuidou-se de regulamentar os incisos II e V do § 1º do artigo 225 da Constituição Federal, com o estabelecimento de normas para o uso das técnicas de engenharia genética e liberação no meio ambiente de organismos geneticamente modificados (OGM). Isso foi feito através da Lei n.º 8.974, de 5 de janeiro de 1995, que, da mesma forma, autorizou o Poder Executivo a criar, no âmbito da Presidência da República, a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança (CTNBio).

A fertilização *in vitro* será, em regra, excluída do âmbito de aplicação desse instrumento legal, porque não é pressuposto da técnica a manipulação e modificação da estrutura do DNA (artigo 3.º).

Aliás, de modo expresso, a lei em questão veda a manipulação genética de células germinais humanas; a intervenção em material genético humano *in vivo*, exceto para o tratamento de defeitos genéticos, respeitando-se princípios éticos e com a aprovação da CTNBio; e a produção, armazenamento ou manipulação de embriões humanos destinados a servir como material biológico disponível (art. 8.º, incisos I a IV), estabelecendo, como se vê, as primeiras restrições ao uso de embriões humanos em experimentação científica. A Lei prevê, de forma inédita, punições administrativas e sanções penais (artigos 11 a 13).

³¹ Cf. Maria Celeste Cordeiro dos Santos. O Equilíbrio do pêndulo, a bioética e a lei, p. 165.

É uma resolução do Conselho Federal de Medicina publicada em 1992 que versa efetivamente sobre as “normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida”. Cuida-se da Resolução C.F.M. n.º 1.358, de 11 de novembro de 1992 que, à falta da lei, ganhou maior dimensão a respeito do assunto e hoje serve, inclusive, para alicerçar decisões de juízes e tribunais³².

Conforme estabelece a resolução, “as técnicas de reprodução assistida podem ser utilizadas desde que exista probabilidade efetiva de sucesso e não se incorra em risco grave de saúde para a paciente ou o possível descendente”. Pressuposto da utilização da técnica é o consentimento informado. Todo o procedimento e as circunstâncias da aplicação de uma técnica de reprodução assistida serão detalhadamente expostos aos pacientes. Deve ser formalizado um documento escrito que se refira ao conteúdo do consentimento informado.

As técnicas em questão não devem ser aplicadas com a intenção de selecionar o sexo ou qualquer outra característica biológica do futuro filho, exceto quando se trate de evitar doenças ligadas ao sexo do filho que venha a nascer.

A resolução proíbe a fecundação de ovócitos humanos, com qualquer outra finalidade que não seja a procriação humana e define em quatro o número ideal de embriões a serem transferidos para a receptora. Se de um lado divisa evitar a gravidez múltipla, de outro proíbe a redução embrionária.

Para o Conselho Federal de Medicina, somente a mulher civilmente capaz pode ser receptora das técnicas de reprodução assistida. Sendo casada ou vivendo em união estável, o procedimento será precedido da aprovação do cônjuge ou do companheiro.

A norma atribui às clínicas, centros ou serviços que aplicam técnicas o controle de doenças infecto-contagiosas e a responsabilidade pela coleta, manuseio, conservação, distribuição e transferência de material biológico

³² Nesse sentido, o parecer de Belfort Peres Marques, datado de 27 de janeiro de 1997, em face da consulta n.º 334/97, sobre tratamento de infertilidade e reprodução assistida (fonte: CD-ROM do Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, São Paulo, Care Ware Multimídia, 1998).

humano. Estabelece os requisitos mínimos para esses estabelecimentos e dispõe que mantenham, de forma permanente, um registro de dados clínicos de caráter geral, características fenotípicas e uma amostra de material celular dos doadores. Por esse registro tenciona evitar que, num delimitado espaço geográfico, definido de acordo com sua população, um doador produza mais que 2 (duas) gestações de sexos diferentes.

Sobre a doação de gametas, repele a finalidade lucrativa ou comercial e incentiva o anonimato dos doadores e receptores. Em situações especiais, as informações sobre doadores, cuja escolha compete às unidades, observadas, sempre que possível, as semelhanças fenotípicas, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do doador. A Resolução proíbe que médicos e o pessoal ligado às clínicas, unidades ou serviços sejam doadores de gametas.

Pela norma em estudo, espermatozoides, óvulos e embriões³³ podem ser criopreservados, cabendo aos cônjuges e companheiros expressar a vontade, por escrito e desde o primeiro momento da estocagem, quanto ao destino que será dado aos embriões preservados, em caso de divórcio, doenças graves ou de falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los. Embriões não podem ser destruídos ou descartados.

Para o Conselho Federal de Medicina é moralmente lícito que as técnicas de reprodução assistida sejam também utilizadas na preservação e tratamento de doenças genéticas ou hereditárias, quando perfeitamente indicadas e com suficientes garantias de diagnóstico e terapêutica.

A intervenção em embriões *in vitro*, com fins diagnósticos, não poderá ter outra finalidade que a avaliação de sua viabilidade ou detecção de doenças hereditárias, sendo obrigatório o consentimento informado do casal. A intervenção com fins terapêuticos, a seu turno, não terá outra finalidade que tratar uma doença ou impedir sua transmissão, com garantias reais de sucesso, sendo obrigatório o consentimento informado do casal.

³³ O texto fala em pré-embriões. Sobre a impropriedade do termo, cf. nota de rodapé n.º 11.

Restringe-se em 14 dias o tempo máximo de desenvolvimento de embriões *in vitro*.

O emprego da “gestação de substituição”, isto é, com doadoras temporárias do útero (barriga de aluguel) é excepcional, porém admitida caso exista um problema médico que impeça ou contra-indique a gestação na doadora genética. As doadoras do útero devem pertencer à família da doadora genética, num parentesco até o segundo grau, sendo os demais casos sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina. A doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.

3.4. PL 90/99

Há um projeto de lei que dispõe sobre a reprodução assistida, de autoria do Senador Lúcio Alcântara, e que, em 20 de março de 2003, em votação terminativa, foi aprovado no Senado por 15 votos a favor e nenhum contra. Trata-se do P.L. n.º 90/1999, que já seguiu para a Câmara dos Deputados, onde merecerá a apreciação de seus integrantes³⁴.

³⁴ Volnei Garrafa, coordenador do Núcleo de Estudos e Pesquisas em Bioética da Universidade de Brasília (UnB) e presidente da Sociedade Brasileira de Bioética, opõe-se ao projeto de lei. Diz o renomado professor: “o Congresso Nacional vem discutindo essa questão de uma forma atrasada, com o viés da Igreja. Quer dizer, depois acabam proibindo o uso de células-tronco proveniente de embrião, por razões religiosas, e acontece que daqui a uns cinco anos vamos estar pagando fortunas para a Inglaterra, onde o uso de célula-tronco embrionária está liberado, por tecnologia sofisticada para melhorar uma musculatura cardíaca, para curar uma diabete ou Mal de Alzheimer. Veja que ironia, nós não podemos usar (partindo do princípio que fique proibido o uso de células-tronco embrionárias), mas podemos comprar o remédio já industrializado, a altos custos na farmácia. Ah, isso não é imoral, porque aí, nesse momento, não se pergunta se a célula de onde proveio aquele medicamento foi retirada de um embrião humano. Esse cinismo tem que parar. Nós temos que separar, de uma vez por todas, essa história de Igreja/Estado. O Estado é laico. E a Igreja é religião. As pessoas que têm sua religião têm o direito de ter acesso a um medicamento desses se necessitarem e decidirem por isso. Mas o Estado tem que ser público, laico, leigo e não-religioso. Essas confusões sobre aborto, eutanásia, clonagem, deveriam passar por uma discussão técnica, efetiva, para trazer benefício. Vai melhorar a qualidade de vida das pessoas? Vai salvar a vida de pessoas? Então, é bom. (...)Tem que haver uma regulamentação para reprodução assistida e até hoje o Brasil não tem. O Congresso está discutindo o assunto, mas de uma maneira tímida, com poucas audiências públicas, o projeto brasileiro caminha para uma estrada muito estreita, atrasada, de quebra de confidencialidade do doador de esperma. Se o projeto passar do jeito que está, acabará com a reprodução assistida no Brasil. Por outro lado, a tecnologia da reprodução assistida tem que avançar. Veja a quantidade de gêmeos quádruplos e até quintuplos, que tem surgido por aí. Isso mostra que os médicos usam um número exagerado de embriões. A Inglaterra já restringiu isso, o médico só pode implantar um embrião no útero da mulher. Cai muito a possibilidade dela engravidar, claro. Mas isso significa, então, que a tecnologia tem que melhorar. Temos ainda muito caminho tecnológico para avançar nesse campo da fecundação assistida até querer ir para a clonagem. Sou favorável que se avance mais e que se apertem os

O projeto, consoante o texto consolidado (resultante da aprovação das emendas n.º 4 e 8; aprovação parcial das emendas n.º 1 e 2; e rejeição das emendas n.º 3, 5, 6, 7, 9 e 10) contém 26 artigos dispostos em 8 seções.

A seção I trata dos princípios gerais (artigos 1.º a 3.º). Delimita a aplicação da lei ao âmbito da reprodução assistida, assim compreendida como a implantação artificial de gametas ou embriões humanos, fertilizados *in vitro*, no organismo de mulheres receptoras, que serão sempre pessoas civilmente capazes. A utilização da técnica é restrita aos casos de infertilidade e para a prevenção de doenças genéticas ligadas ao sexo, consideradas as demais possibilidades terapêuticas disponíveis. Proíbe-se a gestação de substituição.

A seção II refere-se ao consentimento livre e esclarecido (artigo 4.º). Tal como a resolução do C.F.M. em vigor, o diploma legal contemplará o consentimento livre e esclarecido manifestado em documento escrito. A lei e seu regulamento explicitarão em que consiste esse esclarecimento. Aspectos como a indicação médica para o caso, implicações jurídicas do emprego da técnica e até mesmo o acesso aos dados estatísticos dos resultados obtidos, inclusive pertinentes aos efeitos indesejados, no serviço de saúde onde se realizará o procedimento de reprodução assistida serão objeto desse instrumento.

A seção III dispõe sobre os serviços de saúde e profissionais (artigos 5.º e 6.º). Exige que os serviços de saúde que realizam a reprodução assistida funcionem mediante licença da autoridade competente, cumpridos os requisitos legais. Devem manter o registro sigiloso de todas as informações relativas a doadores e aos casos em que a técnica foi empregada pelo prazo de 50 anos. Define que, no caso de encerramento das atividades, esses registros serão transferidos para o Poder Público.

limites da tecnologia da utilização de embriões. Agora, com relação a embriões supranumerários é uma discussão que cai também no campo da autonomia. O casal é autônomo para decidir o que fazer dos embriões que não foram usados. Sou a favor do aborto. Se não forem utilizados, têm que ser descartados. Para mim, embrião não é pessoa. Pessoa só começa a ser pessoa quando pensa e tem identidade” (extraído do site http://www.radiobras.gov.br/ct/falaciencia/2002/falaciencia_100502.htm - acesso em 17/04/2003).

A seção IV disciplina as doações de gametas (artigos 7.º a 12). Proíbe a qualquer título a comercialização dos gametas. Contém disposição que obriga o doador de gametas a declarar que não fez doação anteriormente e impõe o descarte dos gametas após o sucesso da gestação, sempre com o escopo de que um doador beneficie apenas uma única receptora. Institui-se o sigilo da doação para impedir que doadores e beneficiários venham a conhecer reciprocamente suas identidades, mas permite a lei que a pessoa nascida por processo de reprodução assistida tenha acesso, a qualquer tempo, às informações relativas ao processo que a gerou, inclusive a identidade civil do doador. A verificação de impedimentos matrimoniais e razões médicas permitem, igualmente, o acesso aos dados mantidos pelos serviços de saúde responsáveis pelo procedimento.

A seção V cuida dos gametas e embriões (artigos 13 a 15). Limita-se ao número de dois o número de embriões que poderão ser produzidos e transferidos a cada ciclo reprodutivo da mulher receptora. Todos os embriões originados *in vitro* serão obrigatoriamente transferidos a fresco. A lei esclarece que os embriões, enquanto não implantados no organismo da receptora, não são dotados de personalidade civil. É facultada a pesquisa e a experimentação com embriões transferidos e espontaneamente abortados, desde que haja autorização expressa dos beneficiários. O regulamento definirá o tempo máximo de desenvolvimento de embriões *in vitro*. A norma prevê a preservação tão-somente de gametas e permite a sua destruição com a autorização da pessoa depositante. A utilização póstuma de gametas é, em regra, vedada. Excetua-se a hipótese de falecimento do depositante que expressamente manifestou sua vontade no sentido de que fossem utilizados.

A seção VI estabelece as regras sobre a filiação da criança nascida mediante o emprego de técnica de reprodução assistida (artigos 16 a 18). A paternidade plena é atribuída aos beneficiários. Aliás, a morte dos beneficiários não restabelece a filiação aos pais biológicos. O doador e seus parentes não terão qualquer espécie de direito ou vínculo em relação à pessoa nascida a partir do emprego das técnicas de reprodução assistida, salvo no que se refere aos impedimentos matrimoniais de que cuida a lei civil. É nessa seção em que se prevê o acesso aos registros do serviço de saúde pela pessoa nascida por

processo de reprodução assistida, pelo doador de gametas e por seus parentes, até o 2.º grau, para obtenção de informações para transplante de órgãos ou tecidos.

A seção VII define crimes e penalidades (artigos 19 a 21). Dentre os delitos ora tipificados, destaca-se o que pune com detenção aquele que pratica a reprodução assistida sem estar habilitado. É criminalizada a prática da “barriga de aluguel” (*participar do procedimento de gestação de substituição, na condição de beneficiário, intermediário ou executor da técnica*) e, nesse caso, a pena é de reclusão, de 1 a 3 anos, e multa. A implantação de mais de dois embriões em mulher receptora é igualmente punida. A produção de embriões além da quantidade permitida também é conduta criminosa. O médico comete crime próprio se deixar de implantar na mulher os embriões produzidos, exceto no caso de contra-indicação médica, ou se os descartar antes da implantação no organismo receptor. Na prática, a previsão da pena mínima de um ano de reclusão a esses delitos os aproximam do aborto provocado por terceiro com o consentimento da gestante, cuja pena é de reclusão, de 1 a 4 anos (art. 126 do Código Penal). Aliás, essa é exatamente a pena prevista no projeto para a conduta de redução embrionária com o consentimento da gestante. Institui-se agora o crime de redução embrionária sem o consentimento da gestante cuja pena – reclusão, de 3 a 10 anos – é idêntica a do aborto provocado por terceiro já previsto no Código Penal (artigo 125).

E a seção VIII traz as disposições finais (artigos 21 a 26). Dispõe que os embriões conservados até a data de entrada em vigor desta lei poderão ser doados exclusivamente para fins reprodutivos, com o consentimento prévio dos primeiros beneficiários. A doação é presumida se os primeiros beneficiários não se manifestarem no prazo de 60 dias. Cumprirá ao Poder Público incentivar a utilização desses embriões preservados e armazenados por pessoas inférteis ou não, preferencialmente ao seu descarte. Entrando em vigor o texto consolidado, altera-se a Lei n.º 8.974/95, para que, de modo expresso, proíba a clonagem radical em seres humanos.

4. Conclusões

A evolução da medicina e da biologia ocorre em velocidade espantosa. Dentre as inúmeras conquistas nesses campos do conhecimento humano destaca-se a técnica da fertilização *in vitro*, já disponível até mesmo em países em desenvolvimento.

A profusão da técnica gerou uma superpopulação de embriões criopreservados, situação essa que precede a sua própria regulamentação.

Ocorre que, sendo a filosofia e a biologia imprecisas para determinar se o embrião é uma pessoa humana, cumpre ao direito e à ética, à margem indagação ontológica e com autonomia, a definição de um estatuto, isto é, uma norma que diga sobre o *status* jurídico do embrião e estabeleça um paradigma de comportamento em relação a ele.

No direito positivo brasileiro, a vida é alçada à categoria de direito constitucional. Decorre que o direito penal a tutela, estabelecendo sanções para crimes como homicídio e aborto, mas não incrimina a destruição de embriões se estes estão fora do corpo da mulher.

São normas infralegais – no caso a Resolução n.º 1.358, de 11 de novembro de 1992, do Conselho Federal de Medicina – que disciplinam a utilização das técnicas de reprodução assistida e normas de conduta em face dos embriões criados em laboratório, servindo de apoio a decisões de juízes e tribunais sobre o assunto.

Por outro lado, o Congresso Nacional se debruça sobre a matéria e, no Senado Federal, já se esboçou um projeto de lei acerca da reprodução assistida – o PL n.º 90/99 – não refratário a críticas ferozes de alguns setores da sociedade, inclusive porque se afigura por demais restritivo à investigação científica.

Bibliografia

ANDORNO, Roberto. *Bioética y dignidad de la persona*. Madrid: Editorial Tecnos S.A., 1998.

BERLINGUER, Giovanni. *Questões de vida: ética, ciência, saúde*. Salvador, São Paulo, Londrina: Apce, Hucitec, Cebes, 1993.

CD-ROM do Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo: São Paulo, Care Ware Multimídia, 1998.

FERNANDÉZ. Francisco C. *Estatuto do embrião: significado de um debate*. Conferência Nacional dos Bispos do Brasil. Setor Família e Vida. Tradução: Érica Ceolin Silva <<http://cnbb.org.br>> . Acesso em 20/04/2003.

MARTINS-COSTA, Judith. *A universalidade e a construção do Biodireito*. Bioética 2000 – vol. 8 – n.º 2, <<http://www.cfm.org.br/revista/bio2v8/simpo3.pdf>> . Acesso em 17/04/2003.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. v. 2, Parte especial, 3ª ed., 1996.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*. São Paulo: Saraiva, v.1, Parte Geral, 17ª ed., 1987.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. *Equilíbrio de um pêndulo: bioética e a lei: implicações médico-legais*. São Paulo: Ícone Editora, 1998.

SERRÃO, Daniel. *Uso de embriões humanos em investigação científica*. Ministério da Ciência e do Ensino Superior. Secretaria de Estado da Ciência e Tecnologia. Portugal. Fevereiro de 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9ª. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.