

FERTILIZAÇÃO ARTIFICIAL E O DESTINO DOS EMBRIÕES CONGELADOS: ASPECTOS ÉTICO-LEGAIS

*Antônio Macena de Figueiredo**

Resumo: Neste texto, o autor discute os aspectos ético-legais relacionados às conseqüências da aplicação da técnica de fertilização *in vitro*, em especial, sobre o destino dos embriões excedentes. O debate enfatizará os principais conflitos metajurídicos controversos acerca do destino dos embriões, os quais se encontram armazenados em botijões de nitrogênio líquido nas mais de 100 clínicas de reprodução humana existentes no Brasil. Além da superpopulação de embriões representar uma realidade concreta, uma das questões mais inquietantes é que, muitas clínicas de Reprodução Humana não vêem qualquer objeção ética ou legal no descarte, destruição, doação ou mesmo disponibilizar os embriões à pesquisa. Na tentativa de avançar nesta discussão, partiremos de um breve histórico sobre os avanços da técnica de fertilização *in vitro*, legislação comparada a respeito do destino dos embriões congelados, análise da legislação pátria, documentos de natureza ética e exame dos projetos de lei que encontram-se em tramitação no Congresso Nacional. Conclui-se que ainda existem sérias objeções sobre a proteção jurídica entre a fecundação *in vitro* até a implantação do embrião no útero. Assim como, as normas ética-deontológicas e o amparo normativo positivado ainda estão longe de encontrar uma solução pacífica para o destino dos embriões que se acumulam nos porões das clínicas de fertilização *in vitro*.

1. Considerações preliminares

*Prof. Universitário, Advogado, Enfermeiro, Mestre em Educação (área de concentração ensino da ética profissional e bioética), especialista em Ética aplicada a bioética, pós-graduado em Administração Hospitalar, prof. Do Curso de Pós-graduação em Direito Médico da UERJ, Coordenador da disciplina “Ética Profissional e Legislação” do Curso de graduação em Enfermagem da Universidade Federal Fluminense. Membro da Sociedade Brasileira de Bioética e Membro da Sociedade Brasileira de Vitimologia.

Há pelo menos 50 anos que as técnicas de reprodução humana vêm se desenvolvendo no mundo. A aceleração das técnicas de reprodução humana ocorreu especialmente a partir da descoberta do biólogo Jean Rostand, em 1945, quando observou que os espermatozóides submetidos ao frio, com o emprego de glicerol, podiam ser conservados por muito tempo.¹ A partir daí os avanços no campo da medicina reprodutiva foram extraordinários, culminando com o nascimento de Louise Brown, primeiro bebê de proveta do mundo, em 1978 na Inglaterra. Seis anos depois, em 1984, nascia em São Paulo, o primeiro bebê de proveta Brasileiro.

De modo que, há pouco mais de 20 anos os casais dependiam exclusivamente natureza, hoje, já é possível criar em laboratórios embriões, conservá-los em nitrogênio líquido durante anos e depois utilizá-los. Porém, se de um lado os avanços técnico-científicos foram estrondosos, por outro surgiram sérios questionamentos éticos, sócio-culturais, biológicos e jurídicos sobre tal intervenção na natureza humana e sobretudo a partir de quando o amparo a pessoa humana se dará.

Inicialmente, considerando à utilização genérica do termo “embrião”, talvez seja oportuno fazer alguns esclarecimentos. A utilização de forma distinta do termo “embrião”, revela que existe uma questão terminológica a ser esclarecida. “Em embriologia, antes da implantação, o óvulo fecundado chama-se ‘zigoto’, em vez de embrião”². O desenvolvimento da vida intra-uterina divide-se em três fases: pre-embrionária, embrionária e fetal. Fase pré-embrionária, também chamada de fase do ovo abrange as três primeiras semanas após a fecundação. Fase embrionária começa com a quarta semana e continua até a oitava. A partir da oitava semana, o embrião entra na fase fetal. “A diferença entre embrião e feto é baseada em grande parte em uma diferença no processo de desenvolvimento desses dois períodos. O período embrionário é principalmente um período de

¹. LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações Artificiais e o Direito: Aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos**. São Paulo: RT, 1995, p.31)

². HERMAN, Nys. Experiências com embriões. In: CASABONA, Carlos Maria Romeu (org.). **Biotecnologia, Direito e Bioética**. Belo Horizonte: Delrey, 2002, p.175).

organogênese. O período fetal caracteriza-se pelo crescimento e novo desenvolvimento dos órgãos e sistemas organizados durante a fase embrionária”³. Em síntese, o embrião é a entidade em desenvolvimento a partir da implantação no útero até oito semanas depois da fecundação; no início da nona semana começa ser denominado feto e conservará esse nome até nascer. Portanto, os termos embriões excedentes, embriões congelados, doações de embriões, transferência de embriões são inapropriados, já que em todos esses casos estamos falando de ‘zigoto’ e não de embriões.⁴

Para ser mais preciso, alinhamos ao entendimento de Herman⁵, por afirma que o termo mais adequado a ser utilizado durante os primeiros 14 dias de desenvolvimento anterior a implantação no útero seria ‘zigoto’ e não embriões. O Conselho Federal de Medicina, na edição da Resolução nº 1.358/92, ao estabelecer o tempo máxima de 14 dias para desenvolvimento *in vitro*, preferiu utilizar o termo pré-embrião. No nosso debate optamos pela utilização dos termos “embrião pré-implantatória”, uma vez que a expressão “pré-embrião” isoladamente também vem sendo questionada.

A criação da expressão “pré-embrião” surgiu inicialmente no meio científico nos Estados Unidos para definir o ser humano no espaço de tempo que vai da fecundação à nidação. Segundo alguns autores é um artifício que serviria a alguns propósitos, como por exemplo: a) possibilidade de eliminação do ser humano no início de sua existência sem que fosse qualificado de aborto; b) possibilidade de realizar legalmente experiências em seres humanos; c) tornar possível a fabricação e venda de produtos que causam abortos na fase inicial da vida em países onde o aborto é proibido (alguns produtos usados no planejamento familiar artificial - DIUs, pílulas e injeções hormonais).⁶

³. ZIEGEL, Erna, CRANLEY, Mecca. **Enfermagem obstetrícia**. 7ª. Rio de Janeiro: Interamericana, 198, p.54.

⁴. HERMAN, Nys. Op. cit., p.175.

⁵. *Ib.id.*

⁶. MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. **A vida humana Embrionária e sua proteção jurídica**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2000, p. 300.

É oportuno também esclarecer, que o termo nascituro empregado pela Lei Civil, em seu art. 2º, deve ser entendido como o “ser humano que está para nascer, já concebido no ventre materno” e não *in vitro*. Portanto, “é um conceito que só existe quando há gravidez”.⁷ Ressalvando ainda que “a lei não lhe confere o título de pessoa, mas resguarda-lhe, desde logo, seus direitos futuros, por meio de medidas que salvaguardem seus inalienáveis interesses”, inclusive o direito a dignidade e a vida, uma vez que há uma esperança natural concreta de nascimento.⁸ Resta indagar, se o embrião fecundado *in vitro* teria a mesma tutela legal assegurada no Código Civil brasileiro ao nascituro, uma vez que a esperança de nascimento depende de um ato de terceiro, qual seja: a transferência para o útero da receptora? Portanto, o pré-embrião implantatório *in vitro* teria a mesma proteção do embrião fecundado *in vivo*?

É importante também sublinhar que a lei 8.974, de 5 de janeiro de 1995, proíbe a produção, armazenamento ou manipulação de embriões humanos destinados a servirem de material biológico disponível. De onde se deduz, que o embrião pré-implantatório fecundado *in vitro*, embora a esperança de nascimento dependa de um ato de terceiro, tem uma proteção legal.

Julgamos pertinentes estas considerações porque não será matéria de reflexão e aprofundamento a demarcação do início da vida e da personalidade civil da pessoa, com base nas várias correntes doutrinárias. O ponto fundamental do debate é as principais questões éticas e jurídicas controversas acerca do destino dos embriões que encontram-se armazenados em botijões de nitrogênio líquido nos porões das mais de 100 clínicas de reprodução humana existentes no Brasil, uma vez que algumas das mais inquietantes interrogações ético-legais são, o não estabelecimento do número de óvulos que devem ser coletados, a superpopulação de pré-embriões armazenados nas clínicas, a limitação do tempo de congelamento dos embriões pré-implantatório em laboratórios, o impedimento

⁷. MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. Op cit., p.86.

⁸. FRANÇA, Genival Veloso. Intervenções fetais – uma visão bioética. In: **Novos temas de biodireito e bioética**. BARBOSA, Heloisa Helena; MEIRELLES, Jussara M. L. de; BARRETTO, Vicente de Paulo. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003, p.28.

do descarte, sua utilização em pesquisa, a responsabilidade das instituições e dos pais quando resolvem abandonar os pré-embriões nos laboratórios.

A superpopulação e o destino dos embriões congelados, ponto mais específico da discussão, além de representar uma realidade concreta, o que vem gerando muita polêmica é o fato de que há muitos autores resistem em reconhecer a natureza humana e jurídica dos embriões pré-implantados. Por essa ótica, muitas clínicas de reprodução não vêem objeção ética ou legal em descartar, destruir, doar ou disponibilizar os embriões como simples material biológico. Outra questão que causa melindre é o “aborto seletivo” ou “redução embrionária”, dada à incidência da gravidez múltipla, na utilização da técnica de fertilização *in vitro*.⁹

Assim, na tentativa de avançar nesta discussão, partiremos de um breve histórico sobre os avanços da técnica de fertilização *in vitro*, legislação comparada a respeito do destino dos embriões congelados, análise da legislação pátria, documentos de natureza ética e exame dos projetos de lei que encontram-se em tramitação no Congresso Nacional.

2. Breve Histórico

Se remontarmos a história, as primeiras tentativas de realização de inseminação artificialmente assistida ocorreram no final do século XVIII. Em 1780, o italiano Lazzaro Spallanzani mostrou que o contato entre óvulo e espermatozóide era essencial para o desenvolvimento de um novo ser. Spallanzani também realizou as primeiras inseminações artificiais em pequenos animais. Segundo relato de Glezerman, a primeira inseminação artificial homóloga, com sucesso, foi feita por John Hunter no final do século XVIII e a primeira inseminação heteróloga, ou seja, com doação de esperma por terceiro, só ocorreu no final do século XIX, em 1884, por Pancoast, ginecologista americano,

na Filadélfia, Pensilvânia. Até o início do século XX o desenvolvimento da técnica de inseminação artificial foi muito lento. A literatura médica internacional até a década de 1930 só tinha registrado 88 casos.¹⁰

A aceleração da técnica ocorreu após duas descobertas fundamentais: primeiro, em 1932, quando Ogino e Knaus conseguiram determinar com precisão o período de fecundação da mulher, e segundo, em 1945, quando o biologista Jean Rostand observou que os espermatozóides submetidos ao frio, com o emprego de glicerol, podiam ser conservados por muito tempo.¹¹ Com o desenvolvimento da técnica de congelamento de sêmen em glicerol, por volta de 1949, causou “explosão” da técnica de inseminação artificial, uma vez que aumentou o sucesso da introdução do sêmen no útero. A utilização bem sucedida do emprego do esperma congelado ocorreu em 1953, nos Estados Unidos¹² e em 1956, ocorrem os primeiros êxitos na fertilização *in vitro* – união do óvulo e do espermatozóide – fora das trompas. Em 1961, os pesquisadores italianos mantêm numa proveta, por 29 dias, um embrião fecundado artificialmente. Em 1970, as primeiras experiências sobre fertilização *in vitro* são divulgadas. Em 25 de julho de 1978, nascia o primeiro bebê de proveta do mundo - Louise Brown, no Hospital Geral de Oldham, Inglaterra, após quase dez anos de experiências. “Pela mesma técnica nascia na França, Armandine, em 1982, e no ano seguinte Victoria Ana nascia em Espanha. Em 1984 nascia Zoe na Austrália (depois de ter estado 4 meses congelada) e Ana Paula em S. Paulo [o primeiro bebê de proveta brasileiro]. Dois anos mais tarde era a vez de Paulo e Eliana nascerem na Argentina”. 1987, nascia em Portugal Carlos Miguel.¹³

Em 1983, uma “mãe de substituição” dá à luz uma criança microcéfala. Ninguém quis ficar com o bebê, e este foi entregue a uma instituição para crianças abandonadas. Em 1986, nasce o primeiro bebê com sexo pré-determinado. Em

⁹.ARAÚJO, Fernando. **A Procriação Assistida e o Problema da Santidade da Vida**. Portugal – Coimbra, 1999, p. 59.

¹⁰. LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações Artificiais e o Direito**. São Paulo: RT, 1995, p.31.

¹¹. *Ib. Id.*

¹². *Ib. Id.*, p. 32

1987, pela primeira vez, uma avó dá à luz seus netos – uma sul-africana de 48 anos desenvolveu em seu útero os filhos, trigêmeos, de sua filha de 25 anos. Em 1987/1988, os pesquisadores ingleses escolhem o sexo de embriões de três dias em proveta. Em 1990, ocorre a primeira terapia gênica em humanos. Em 1992, são divulgados os primeiros testes de doenças genéticas em embriões de poucos dias. Em 1993, multiplicam-se os casos de fertilização *in vitro* em mulheres pós-menopausa. Em 1997, cientistas americanos anunciam gravidez obtida a partir de óvulos que foram congelados antes da fertilização. Em 1998, uma técnica consegue separar os espermatozóides X dos Y.

Em maio de 2001, através da técnica de fertilização *in vitro*, já havia nascido cerca de 300.000 bebês proveta no mundo¹⁴

Hoje, já se conseguem congelar em nitrogênio líquido embriões, sêmen, óvulos e até mesmo tecidos ovarianos com sucesso para posterior implante. O mais recente sucesso aconteceu no dia 23 de setembro de 2004, nasceu o primeiro bebê do mundo concebido por uma mulher na Bélgica, em Bruxelas, submetida a um transplante de ovário, o médico Bob Edwards afirmou que “esse é um dos avanços mais significativos na área da fertilização humana desde Louise Brown”. Em 1997, uma jovem Belga de 25 anos recebeu o diagnóstico de linfoma de Hodgkin – câncer do sistema linfático. Antes de submeter-se ao tratamento do câncer, foram retirados do córtex ovariano, onde se produzem as células precursoras, cerca de setenta amostras do ovário esquerdo da jovem, ficando congelados por seis anos. Em 2003, vencida a doença, foi reimplantado as amostras, após cinco meses o ovário da Belga voltou a funcionar normalmente e em janeiro deste ano, ela engravidou naturalmente¹⁵

Em fim, apesar dos avanços das novas tecnologiaa da medicina reprodutiva, acumula-se um grande problema que encontra-se adormecido nos

¹³ . DUARTE, Tiago. In Vitro Beritas? **A procriação Medicamente Assistida na Constituição e na lei**. Portugal: Almedina, 2003,p.23.

¹⁴ . OLIVEIRA, Fátima. As novas tecnologias reprodutivas conceptivas a serviço da materialização de desejos sexistas, racistas e eugênicos?.**Rev. de Bioética do Conselho Federal de Medicina**. V. 9, nº 2, 2001.

¹⁵ . NEIVA, Paula. Vitória da vida. **Revista veja**. Edição 1874, ano 37, nº 40, de 6/10/2004, p. 61.

porções das mais de 100 clínicas brasileiras de reprodução assistida, aguardando uma resolução – o que fazer com os embriões congelados?

2. Fertilização artificial

A reprodução assistida (RA) constitui um conjunto de técnicas que visa obter uma gestação, substituindo ou facilitando uma etapa deficiente do processo reprodutivo. Dentre os métodos mais comumente empregados temos: a inseminação artificial (deposição de sêmen no trato reprodutivo feminino sem concurso de ato sexual), GIFT (transferência intratubária de gametas, em que a fertilização ocorre em seu sítio fisiológico), ICSI (injeção intracitoplasmática de espermatozóide) e a FIV ou FIVETE (fertilização *in vitro*)¹⁶

O nosso debate, restringe-se à fertilização *in vitro* e ao destino dos embriões supranumerário decorrentes da indução ovariana. A fertilização *in vitro*, foi inicialmente indicada para os seguintes casos: primeiro, indicação absoluta, para as mulheres com obstrução irreversível ou ausência tubária bilateral e, segundo, indicações relativas nos casos de oligozoospermia (escassez de espermatozóide no semen), falha do tratamento cirúrgico tubário, esterilidade imunológica, endometriose¹⁷ e esterilidade sem causa aparente - idiopática.

O processo compreende várias etapas: Estimulação da ovulação; coleta dos óvulos realizada por via transvaginal, sob orientação ecográfica; cultura de óvulos; coleta e preparação do esperma, inseminação e cultura, por fim a transferência dos embriões fecundados para o útero da receptora.

A indução da ovulação “é um recurso adotado com muita frequência. Sua finalidade é obter uma superestimulação ovariana [através de altas doses de hormônio indutor da ovulação - gonadotropina] e, em consequência obter mais de um folículo por

¹⁶. BADOLOTTE, Mariangela. Bioética Aplicada à Reprodução Assistida. **Rev. De bioética do Conselho Federal. Brasília**: CFM, Ano X nº 87 nov/1997, p.8

¹⁷. Endométrio (Do gr. *endon*, interno, *metra*, útero, *oma*, tumor). Endometriose - Infiltração de tecidos de outros órgãos no endométrio. Cf. GOLDOFREDO, Polisuk. Dicionário de Termos Médicos. 3ªed. Rio de Janeiro: Atheneu, 1988.

ciclo. Tal procedimento aumenta no número de folículos e, conseqüentemente, o de óvulos a ser coletado. Com isso, aumenta-se a possibilidade de se obter mais de um óvulo fertilizado”¹⁸.

A coleta do óvulo é feita através de punção. A punção é realizada sob controle ecográfico (um agulha de aspiração atravessa o abdômen e a bexiga, o fundo da vagina ou a uretra). Entretanto a técnica mais moderna de punção é a sonda ecográfica vaginal.¹⁹

Ocorre que no momento da transferência dos pré-embriões, com dito acima, é que surgem as maiores objeções, tanto de natureza ética, quanto de ordem jurídica, qual seja: implantam-se um número não superior a quatro embriões, conforme estabelece a Resolução nº 1.358/92 do CFM ou em busca de melhores resultados, implantam-se todos os embriões fecundados no útero da receptora?²⁰ Congelam-se os excedentes, com o objetivo de utilizá-los no futuro ou doar ou disponibilizar para experiências? Ou simplesmente podem ser descartados, isto é, jogados fora? Há de se indagar ainda se estamos falando de vida ou de um amontoado de células que pode ficar a disposição da ciência? Além disso, surge outra questão, considerando os altos índices de gravidez múltipla nos caso de fertilização *in vitro* com indução ovariana, leva-se à gravidez a termo, apesar dos riscos para a saúde da gestante e dos futuros bebês ou opta-se pela “redução embrionária”. Isso seria então um atentado contra vida? Trata-se de uma prática abortiva?

2.1. Redução embrionária

Afirma o chefe do departamento de obstetrícia e ginecologia da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo, USP, Marcelo Zugaib que “a espécie humana não foi programa para gerar mais de um feto por vez. ‘Até dois, a

¹⁸. LEITE, Eduardo de Oliveira, Op. cit. p. 44/45, *apud* NAKAMURA, Milton e POMPEO, Antônio Carlos Lima. **O casal estéril: Conduta Diagnóstica e terapêutica**. Rio de Janeiro, São Paulo: Atheneu, 1990, p 253

¹⁹. Id.

natureza consegue dar conta do recado com certa tranquilidade”. “A partir de três, as complicações são inevitáveis, tanto para a mãe quanto para os fetos”, acrescenta o ginecologista Thomaz Rafael Gollop, Diretor do Instituto de Medicina Fetal e Genética Humana.²¹ Para estas eventualidades foi desenvolvido o método chamado de redução embrionária ou fetal, pelo qual o médico com o auxílio da ultra-sonografia e através de uma agulha de aproximadamente 15 centímetros de comprimento e um milímetro de diâmetro injeta uma solução salina ou cloreto de potássio no coração do bebê, impedindo a continuação da vida de um dos gêmeos para que a gestante possa dar à luz apenas a um só filho, conforme havia sido planejado. Isso geralmente ocorre em torno da 12^a semana de gestação, época em que o feto já está com todos os órgãos formados, medindo cerca de 8 a 9 cm e pesando cerca de 45 gr.²² Depois de quatro semanas aproximadamente, após a realização do procedimento, o feto é totalmente absorvido pelo organismo materno.

O método de redução fetal foi idealizado para solucionar as eventualidades de gravidez múltipla. Na verdade “os tratamentos de fertilização mudam as regras da natureza. Vai-se de um extremo a outro”²³. No processo natural “estima-se que a ocorrência de dois fetos se dê uma vez em cada 90 gestações, e a de três uma vez em cada 9.000 nascimento”²⁴ e a possibilidade de uma mulher ter sete bebês de uma só vez é de uma em 262 bilhão, enquanto entre mulheres submetidas a tratamentos de fertilização, as chances de gerar mais de um bebê ao mesmo tempo é de 1 em 5 e de três é de 1 em 10. Uma Nigeriana, em 1998, num hospital de Bostom, estados Unidos, deu à luz a oito bebês de uma só vez. Sem o auxílio do tratamento uma mulher ter esse número de filhos seria praticamente impossível. A probabilidade é de uma gestação em 21 trilhão.²⁵

²⁰. PASTORE, Karina. A escolha mais difícil: o aumento no número de gestações múltiplas coloca o dilema: abortar ou não alguns dos fetos? *Revista veja*, ano 32, nº 5, fev / 1999, p. 84.

²¹. Id.ib., p.81.

²². ZIEGEL, Erna, CRANLEY, Mecca. *Enfermagem obstétrica*. 7^a.Rio de Janeiro: Interamericana, 1980, p.79.

²³. PASTORE, Karina. Op. Cit.,p. 82

²⁴. Id.ib., p.81/82.

²⁵. Id., p.80.

De maneira que a notícia da gravidez, pode vir acompanhada do drama e a agonia do casal, em ter que decidir se irá levar a gestação até o final ou se irá sacrificar alguns dos embriões, uma vez que estão em jogo a saúde da mãe e a vida dos futuros filhos.

Embora seja ilegal a redução embrionária, posto que é um procedimento não amparado pela legislação penal, são comuns as narrativas de mulheres que recorrem “à ilegalidade da interrupção da gestação como forma de manter a gravidez. Curiosamente, o debate em torno das gestações múltiplas e a prática da redução embrionária estão, hoje, dissociados de uma discussão sobre a eficácia e os limites científicos das NTRS”. Não se comenta, por exemplo, que a redução embrionária é consequência da superprodução de embriões na fertilização *in vitro* com indução ovariana.²⁶

2.2. Os embriões pré-implantados crioconservados

Desde o nascimento do primeiro bebê de proveta Brasileiro, em 1984, que a técnica de fertilização *in vitro* ganhou prestígio social e difundiu-se no país. “As novas tecnologias reprodutivas chegaram ao país quase que exclusivamente pela medicina privada, setor no qual, até hoje, encontram-se instalados 99% das clínicas e hospitais que oferecem este tipo de serviços”²⁷ Tal característica talvez explique a ausência de uma instância de registro permanente das atividades desses serviços, fato que acaba escapando o controle mais efetivo da sociedade, assim como é um serviço acessível a uma pequena parcela da população que pode pagar pelo preço do procedimento.

Se por um lado, a técnica de fertilização *in vitro* atingiu um nível de excelência científica, por outro, ainda há pouca transparência na aplicação desta tecnologia, levando em consideração os índices de sucesso e insucesso, os riscos da técnica, a possibilidade de intervenção genética nas células, o número de gestantes submetidas ao procedimento de redução embrionária e a imprecisão

²⁶. CORRÊA, Marilena; DINIZ, Débora. Novas tecnologia reprodutivas no Brasil. In: CARNEIRO, Fernanda; EMERICK, Maria Selest. **A ética e o Debate Jurídico sobre Acesso e Uso do Genoma Humano**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2000, p. 103.

dos dados relativos ao número de embriões que se encontram congelados nas clínicas de reprodução assistida.

Segundo Marilena & Diniz “em quase vinte anos de atividades de RA, foram produzidos apenas dois registros nacionais no país. O primeiro, animado pela Sociedade Brasileira de Reprodução Humana, publicado em 1994, relativo a dados de 1992 e o segundo, pela então Sociedade Brasileira de Reprodução Assistida, em 1997”. De acordo com a autora, permanecem sem respostas questões básicas como: quantos embriões efetivamente estão congelados, onde e quem os mantém? Que tipo de contrato rege essa prática ou outras, como a doação de óvulos e espermatozoide? Quantos folículos são produzidos por ciclos, quantos embriões supranumerários são criados, quantos são implantados? De quem é a decisão sobre esse número? O que é efetivamente feito com os embriões não-implantados? Qual o número de embriões transferidos? Qual a taxa de gravidez múltipla? As clínicas e hospitais brasileiros realizam a redução embrionária? ²⁸ Além de outras práticas, que apesar de proibidas, como por exemplo a “escolha do sexo do bebê, são procedimentos estabelecidos por alguns serviços”²⁹.

A redução embrionária e o destino dos embriões congelados, são talvez as questões mais delicadas da técnica de fertilização “*in vitro*”. Segundo Oliveira³⁰, em artigo publicado na revista de bioética do Conselho Federal de Medicina, em maio de 2001, ressalta que no Brasil existem cerca de 20.000 embriões congelados e aproximadamente 200 embriões foram adotados nos últimos cinco anos. Porém, esses dados são imprecisos, uma vez que o próprio presidente da Sociedade Brasileira de Reprodução Humana, Edson Borges, diz que o número

²⁷. Id.Ib., 103.

²⁸. Marilena & Diniz. Op. Cit., p.103.

²⁹. “Nem todos os especialistas em reprodução assistida admitem (ou admitem que admitem) a escolha do sexo do bebê que vai nascer, mas o doutor Roger, como é chamado, assume. Em sua clínica, a prática da sexagem, como é conhecida, é coisa estabelecida – sempre em nome do ‘equilíbrio’ ou “balanceamento” familiar, que significa restringir a possibilidade de escolha apenas a casais que já possuam filhos e sejam todos do mesmo sexo”. (Rev. Veja, 22/09/2004, ano 37, nº 38 ed.1872, p. 101).

³⁰. OLIVEIRA, Fátima. Op. Cit.

de embriões excedentes congelados existentes no país é desconhecido. (<http://www.sbrh.méd.Br>).

Segundo o Dr. Peter Brinsden, médico da equipe que “criou” Louise Brown (1978), disse que o principal desafio é aprimorar as técnicas e evitar a gravidez múltipla, assim como a clonagem, o descarte de embriões é um dos dilemas que levanta sérias questões éticas. Segundo ele são milhares de embriões congelados em todo mundo que foram abandonados pelos pais nas clínicas de reprodução assistida, só nos Estados Unidos existem cerca de 250.000.³¹

Conforme declaração do presidente da Sociedade Brasileira de Reprodução Assistida, Dr. Edson Borges, em 17 de fevereiro de 2002, na revista do jornal do Brasil, “a Superpopulação de embriões é um problema real. É uma bomba-relógio que não vai demorar muito a explodir”. A sua clínica, a Fertility, em São Paulo, está com o segundo maior depósito do país, com 1.500 embriões congelados. O maior fica no Centro de Reprodução Sinhá Junqueira, em Ribeirão Preto, ligado à Universidade de São Paulo, com cerca de 6.000 embriões armazenados.³²

De maneira que para os pré-embriões excedentes advindos do processo de fertilização *in vitro*, só existem três destinos: criopreservados, doados, seja para casais estéreis ou destinados a pesquisa ou simplesmente descartados.

Após esta breve exposição, é preciso deixar assinalado, que toda discussão a respeito das conseqüências da técnica de fertilização *in vitro* e em especial, ao destino dos embriões excedentes que encontram-se congelados nas clínicas de reprodução humana não pode caminhar desvinculada do debate ético, amparado sobretudo pelos estatutos jurídicos pátrio e demais legislações correlatas.

³¹. Id.Ib.

³². NOGUEIRA, Danielle. Depósito de embriões: Clínicas de reprodução assistida não sabem o que fazer com os 11 mil óvulos fecundados que mentem congelados. **Revista Domingo do** Jornal do Brasil, JB, 17/02/2002, p.10/11.

3. Aspectos ético-legais

Quanto às técnicas de Reprodução humana, ainda não existe uma lei que regule por completo a prática da Fertilização *in vitro*. Algumas disposições encontram-se reunidas basicamente em três diplomas ético-deontológico: Código de Ética Médica, Resolução nº 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina, Resolução nº 196/96 do Conselho Nacional de Saúde. Sob o aspecto estritamente jurídico a matéria deve ser examinada a começar pelo texto da Constituição da República Federativa do Brasil, Código Civil Brasileiro (Lei nº 10.406/2002), Código Penal, seguindo a lei nº 7.437/85, lei nº 7.716/89 (define os crimes resultantes de preconceito de raça e cor), Lei 8.974/95 e projetos de lei sobre as Técnicas de Reprodução Assistida.

3.1. Documentos éticos normativos

O Código de Ética Médica, de 1988, trata da matéria de forma muito genérica em alguns de seus artigos. Fato perfeitamente compreensível porque, a sua missão não é disciplinar matérias específicas e sim se reportar a princípios gerais da conduta profissional. Desfolhando as páginas do código, verificamos que alguns de seus artigos fazem referência a conduta profissional em relação ao emprego da fecundação artificial:

Art.42 - É vedado ao Médico: “Praticar ou indicar atos médicos desnecessários ou **proibidos pela legislação**”.

Art. 43 - É vedado ao Médico: “Descumprir legislação específica nos casos de transplantes de órgãos ou tecidos, esterilização, **fecundação artificial e abortamento**”.

Art. 68 - É vedado ao Médico: “Praticar fecundação artificial sem que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente **esclarecidos sobre o procedimento**”.

Art. 122 - É vedado ao Médico: “Participar de qualquer tipo de experiência no ser humano com fins bélicos, políticos, **raciais ou eugênicos**.”³³

Outro documento de valiosa importância é a Resolução nº 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina. Na verdade, trata-se do primeiro conjunto de Normas Éticas Deontológicas que disciplinam a utilização das Técnicas de Reprodução Assistida, surgida oito anos após o nascimento do primeiro bebê de proveta brasileiro. A sobredita Resolução estabelece os princípios gerais à aplicação das novas tecnologias de reprodução humana, dentre outras orientações determina a obrigatoriedade de se obter o consentimento informado das pacientes inférteis, doadoras e a anuência do cônjuge; que deve ser fornecido todas as informações paciente sobre os aspectos biológico, ético, jurídico e econômico das técnicas de RA; que o número de pré-embriões a serem transferidos para a receptora não deve ser superior a quatro; que nos casos de gravidez múltipla, decorrente do uso de técnicas de RA, não pode realizar qualquer procedimento que visem a redução embrionária; que um mesmo doador não produza mais que 2 (duas) gestações, de sexos diferentes, numa área de um milhão de habitantes; que os serviços que aplicam técnicas de RA são os responsáveis pela coleta, manuseio, conservação, distribuição e transferências de material biológico humano para usuária, observando como requisito mínimo: 1) um responsável por todos os procedimentos médicos e laboratoriais, 2) um registro permanente de nascimento e malformações de fetos ou recém-nascidos, 3) um registro permanente das provas diagnósticas a que é submetida o material biológico humano que será transferido às usuárias das técnicas de RA; que o número de embriões produzidos deverá ser comunicado aos pacientes, para que se decida quantos pré-embriões serão transferidos a fresco, devendo o excedente ser crioconservado, não podendo ser descartados ou destruições; que as clínica,

³³. CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA. Rio de Janeiro: CREMERJ, 2003. p.10/12/15/20.

centro ou serviços podem criopreservar os espermatozoides, óvulos e pré-embriões; que os cônjuges ou companheiro devem expressar sua vontade por escrito, quanto ao destino que será dado aos pré-embriões congelados, em caso de divórcio, doença graves ou de falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doa-los, determinando ainda que o tempo máximo de desenvolvimento de pré-embriões *in vitro* será de 14 dias³⁴.

Com o desdobramento do debate bioética especialmente a partir dos anos 90, surge também uma resolução do Conselho Nacional de Saúde, órgão normativo e consultivo de âmbito nacional para a saúde, conhecida como Resolução CNS 196/96.³⁵ Documento de orientação ética que estabelece as “Diretrizes e Normas Regulamentadoras de Pesquisa envolvendo Seres Humanos”. A Resolução é orientada pelas Diretrizes éticas Internacionais sobre pesquisas biomédicas Envolvendo seres humanos, fazendo referência a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e das demais legislações correlatas, como o Código Civil, Código Penal, Estatuto da Criança e Adolescente, Lei nº 8.974/95 sobre as técnicas de engenharia genética, etc..., além de instituir a Comissão do CONEP Nacional de ética em Pesquisa (CONEP). Dentre as novas áreas temáticas de acompanhamento pelos comitês de ética foi destacada como especiais a pesquisa em reprodução humana.

Considerando que a Resolução CNS nº 303/2000³⁶, estabelece as normas sobre pesquisa em reprodução humana, considerando que a pesquisa em Reprodução Humana “se ocupam com o funcionamento do aparelho reprodutor, **procriação e fatores que afetam a saúde reprodutiva** da pessoa humana” e considerando que “nas pesquisas em Reprodução Humana serão considerados ‘sujeitos de pesquisa’ todos os que forem afetados pelos procedimentos da mesma”, não compreendemos o porquê dos procedimentos técnicos que envolvem a técnica de fertilização *in vitro*, não ser considerada uma prática

³⁴. MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. **A vida humana Embrionária e sua proteção jurídica**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2000, p. 300.

³⁵. NORMAS PARA PESQUISA ENVOLVENDO SERES HUMANOS. **Res. CNS nº 196/96 e outras**. 2ª ed ampliada. Séria Cadernos Técnicos. Brasília – DF. Editora MS, 2003.

³⁶. Id. Ib.

experimental, a qual deveria ser submetidos aos protocolos de pesquisa do CONEP.

Em outros países, como por exemplo, na Alemanha, o controle das atividades são tão rigorosos que “o médico é obrigado a arquivar os dossiês confidenciais relativos às partes para permitir o acesso a identificação do doador ao filho que a deseje”³⁷

Assim, como a competência do CONEP/CEPs restringe-se apenas a análise dos aspectos éticos dos protocolos de pesquisa apresentados aos CEPs, não havendo exigência dos Centros de FIV apresentarem um protocolo sobre a utilização das novas tecnologias de reprodução humana, acaba escapando ao controle do Estado as atividades desenvolvidas nas grandes Instituições de FIV. Considerando ainda, que a Resolução nº 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina exige o registro permanente das provas diagnósticas a que são submetida o material biológico humano, o CONEP poderia ser a instância de registros de tais atividades.

Conforme salienta **Marilena & Diniz**³⁸ “para que algum tipo de controle se instale, é necessário, como primeiro passo, a constituição de uma instância de registro das atividades de reprodução assistida”. Segundo as autoras, no caso brasileiro os registros são mínimas e muito pobres em termos de dados.

Após a análise desses documentos, constata-se que algumas questões permanecem aguardando solução: 1) uma instância de registro das atividades de reprodução assistida; 2) o destino dos embriões pré-implantatórios que encontram-se crioconservados nos laboratórios; 3) a determinação do tempo em que os embriões pré-implantatório devem ficar congelados, uma vez que não existem legislação no Brasil ética ou jurídica, que limite esse período e determine qual o destino dos embriões supranumerários; 4) apesar da expressa proibição de

³⁷. FURKEL, Françoise. A bioética de alguns aspectos essenciais na República Federal da Alemanha. In: LEITE, Eduardo de Oliveira. **Atualidade Bioética e Biodireito: aspectos jurídicos e metajurídicos**, Rio de Janeiro; Editora Forense, 2004, p. 131.

³⁸. *Ib. Id.*, p. 107.

qualquer procedimento que visem redução embrionária, são comuns as narrativas dessa prática como forma de resolver os riscos da gravidez múltipla.³⁹ Outras duas questões ainda chama a atenção: 1) A Resolução nº 1.358/92 ao atribuir ao casal um relativo poder de decisão sobre o destino dos embriões pré-implantarórios, denota certa titularidade em relação a ele. Isso parece afastar-se do princípio constitucional de valorização da dignidade humana e do direito fundamental referente à vida; 2) ao estabelecer o limite de 14 dias para o desenvolvimento *in vitro* dos embriões, parece que a Resolução tendem a diferenciar pré-embrião de embrião, legitimando, assim, a utilização dos pré-embriões para pesquisas e fins terapêutico.⁴⁰

3.2. Aspectos legais da Proteção do embrião

Sobre os aspectos jurídicos da proteção dos embriões pré-implantatório passaremos a examinar as principais legislações, a começar pelo texto da Constituição da República Federativa do Brasil, Código Civil Brasileiro (Lei nº 10.406/2002), Código Penal, seguindo a lei nº 7.437/85, lei nº 7.716/89 (define os crimes resultante de preconceito de raça e cor), Lei 8.974/95 e projetos de lei sobre as Técnicas de Reprodução Assistida.

Dentre os fundamentos que devem alicerçar a proteção dos embriões pré-implantatório, merecem destaque o artigo 1º, III, 3º, IV e 5º da Constituição Federal. Logo em seu artigo 1º, inciso III destaca o princípio do respeito à dignidade humana. Este princípio está intimamente ligado às reflexões filosóficas kantianas, nas quais se fulcrou a Declaração dos Direitos do Homem, que concebe o homem como um fim em si mesmo. “Os embriões humanos como pertencente à mesma natureza das pessoas humanas nascidas via da similitude, a eles são perfeitamente aplicáveis o princípio fundamental à dignidade humana e a proteção ao direito à vida”.

³⁹. SÁ, Maria da Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord). **Bioética, Biodireito e o novo Código Civil de 2002**. Minas Gerais: Del Rey, 2 2004, p.171.

Nesta esteira é inaceitável no ordenamento jurídico brasileiro, a comercialização de embriões excedentes, posto que a vida é um bem jurídico indisponível, não possui valoração econômica, possui uma dignidade, por isso deve ser respeitada desde a concepção. Comercializar embriões excedentes é o mesmo que equipará-lo a uma coisificação (ou *reificação* do latim *res* - coisa), portanto, sua **exterminação** fere irremediavelmente o direito à vida, cuja inviolabilidade é entabulada no Título II da Constituição Federal, que versa sobre direitos e garantias fundamentais.

O artigo 3º, inciso IV evidencia a promoção do bem de todos e veda qualquer tipo de discriminação e preconceitos: raça, sexo, cor, idade ou qualquer outra forma discriminatórias. Em referência aos preconceitos devem ser destacada as leis nº 7.437/85 (constitue contravenção penal a prática de atos resultantes de preconceitos de raça, sexo etc) e lei 7.716/89 (tipifica como crime qualquer tipo de preconceito ou discriminação contra raça, sexo, cor, etnia etc.). Por esse prima, a prática da sexagem (escolha do sexo do futuro bebê), defendida por alguns especialistas em Fertilização *in vitro*, é considerada ilícita. Segundo o Deputado José Aristodemos Pinotte, autor de um projeto de lei sobre a sexagem apresentado no congresso Nacional, ressalta que “a possibilidade de escolher livremente o sexo do filho acabaria apontando para a discriminação contra a mulher”. Acrescentando ainda o parlamentar, que “no Brasil, em geral, só depois de ter dois filhos homens é que os casais começam a querer uma menina”⁴¹.

O artigo 5º da FC/88 garante a inviolabilidade do direito à vida. A garantia do direito à vida está acima dos demais, é um direito, não somente contra a pessoa, mais sim um direito em face da espécie humana. Por isso é que o ordenamento constitucional, o coloca em grau superior. “Consagrando, desse

⁴⁰. SÁ, Maria da Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord). **Bioética, Biodireito e o novo Código Civil de 2002**. Minas Gerais: Del Rey, 2 2004, p.171.

⁴¹. Menino ou Menina? Nas clínicas de reprodução assistida, os pais decidem, com quase 100% de acerto, o sexo do futuro filho. **Revista veja**, edição 1872, ano 37 – nº 38 de 22/09/2004.

modo, no texto constitucional, os valores fundamentais da ordem jurídica em que a pessoa humana é referencial basilar”⁴².

Salienta Meirelles que

os embriões de laboratório podem representar as gerações futuras; e, sob ótica oposta, os seres humanos já nascidos foram, também, embriões, na sua etapa inicial de desenvolvimento (e muitos deles foram embriões de laboratório). Logo, considerados os embriões humano concebidos e mantido *in vitro* como pertencentes à mesma natureza das pessoas humanas nascidas, pela via da similitude, a eles são perfeitamente aplicáveis o princípio fundamental relativo à dignidade humana e a proteção do direito à vida.⁴³

Ressalvando, ainda, que atualmente, o art. 8º, inciso IV da Lei 8.974 de 5 de janeiro de 1995, veda a produção ou armazenamento de embriões humanos destinados a servir de material biológico disponível, qualificando como crime, no art. 13, com pena de reclusão de 6 (seis) a 20 (vinte) anos.

O Projeto da Lei de Biossegurança (PL 2401/2003), aprovado na câmara dos deputados no dia 4 de fevereiro, mantém a proibição de manipulação de embriões humanos. O destino dos embriões excedentários, um dos pontos mais polêmicos, segundo o projeto de lei, será crioconservado, “ficando disponíveis para utilização pelo casal em um novo processo de transferência embrionária pelo prazo máximo de três anos” ou podem “ser doados para outro casal infértil ou para outros fins definidos por lei”. Findo esse prazo, “poderão ser utilizados, mediante consentimento expresso do casal”⁴⁴.

Entretanto,

a utilização de embriões para fins de investigação ou experimentação médico-científica só é permitida se tiver como objetivos a preservação, o diagnóstico ou a terapêutica de embriões, o aperfeiçoamento de técnicas de procriação medicamente assistida, a prevenção, diagnóstico

⁴². MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. **A vida humana Embrionária e sua proteção jurídica**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2000, p.93.

⁴³. *Ib. Id.*

⁴⁴. Câmara aprova projeto de lei de biossegurança vetando pesquisa com embriões. Portal família. Disponível em <http://www.portal.org/scnews/news036.shtml>, capturado em 20/10/2004.

ou terapêutica de doenças humanas ou o aperfeiçoamento de técnicas médicas que não possam ser prosseguidas por outros meios.⁴⁵

Em outros países já existem leis que definem o prazo de congelamento dos embriões pré-implantatários, como por exemplo, na Espanha a legislação permite o congelamento de embriões durante 5 anos e depois deste prazo obriga sua destruição. Na Filândia, desde 1999, a lei permite o congelamento em nitrogênio líquido por 15 anos de óvulos, espermatozóide e embriões. No final, são utilizados ou destruídos. Na França os embriões excedentários ficam armazenados durante 5 anos. Findo o prazo, os progenitores podem decidir sobre o destino dos embriões. Na Inglaterra, em obediência a uma lei limitando o tempo de estocagem de embriões humanos em cinco anos, milhares de embriões foram eliminados. A eliminação em massa provocou uma imensa reação nacional, o que não significa que esta prática não seja regular, porém discreta e em pequena escala, quando os embriões tornam-se desnecessário.⁴⁶ Nos Estados Unidos a lei sobre a pesquisa em seis Estados proíbe o congelamento dos embriões. Na opinião da Sociedade Americana de fertilização, os embriões não devem ser conservados além do tempo do parto da mulher.⁴⁷

Em 13 de dezembro de 1990 a Alemanha aprovou uma lei de proteção ao embrião, que regulamenta a procriação assistida de forma indireta por via do Direito Penal e não na âmbito Civil. Segundo a lei a proteção começa desde o instante em que o ovócito é fecundado. “Nos termos do § 8, o embrião não é apenas o oócito fecundado e suscetível de desenvolvimento, mas o é igualmente ‘toda célula totipotente [célula embrionária ainda não diferenciadas, capazes de se desenvolver num organismo inteiro] retiradas de um embrião, suscetível de se dividir se outras condições necessárias são reunidas, para se tornar um indivíduo’”⁴⁸.

⁴⁵. Id.

⁴⁶. FRANÇA, Genival Veloso. **Direito Médico**. 8ª ed. São Paulo: Fundo Editorial Byk, 2003.

⁴⁷. LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações Artificiais e o Direito**. Op cit., p.272.

⁴⁸. LEITE, Eduardo de Oliveira. **Atualidade Bioética e Biodireito: aspectos jurídicos e metajurídicos**. Op. Cit.,p.139.

“As manipulações de embriões em proveta –diagnóstico pré-implantatório, experimentações diversas, tentativas de manipulação de informações hereditárias – não eram então sancionadas pelo direito”. Anteriormente “os embriões supranumerários foram sem a menor dúvida produzidos para fins de experimentação e não a de implantação”⁴⁹. A lei proíbe “realizar a fecundação de óvulos provenientes de uma mesma mulher, mais numerosos que os que devem lhe ser reimplantados no curso de um mesmo ciclo”. A lei prevê a “implantação de um embrião humano numa mulher (§ 9,nº 2 Embryonenschutzgesetz)”⁵⁰. Também interdita a escolha do sexo (§ 3 Embryonenschutzgesetz), exceto para proteger o filho de uma miopática de Ducenne ou uma doença hereditária muito grave ligada ao sexo⁵¹.

Assim como no Brasil, na Alemanha o “embrião achava-se sem nenhuma proteção jurídica até sua implantação no útero”⁵². Com a vigência do novo Código Civil Brasileiro, a partir da lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, duas questões exigem uma profunda reflexão: Em relação ao Estatuto Jurídico do Embrião e as hipóteses de procriação artificial admitida pelo novo Código Civil.

1ª) Estatuto jurídico do embrião: “A partir de quando começa o amparo da pessoa humana? Do nascimento com vida? Do início da Gestação? Da concepção, seja *in vivo* ou *in vitro*, indiferentemente? Ou há alguma distinção entre a concepção *in vivo* e *in vitro*? Mediante a leitura da nova redação do art. 2º do CC, em que momento há de se iniciar a proteção da pessoa?”⁵³.

Na redação do novo Código Civil, em seu artigo 2º dispõe: “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mais a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. Anote-se que a lei não “confere o título de pessoa ao nascituro, mas resguarda-lhe, desde logo, seus direitos futuros, por meio de medidas que salvaguardem seus inalienáveis interesses”, sob uma

⁴⁹. Ib.Id.,p. 142.

⁵⁰. Id.,p. 128/129.

⁵¹. Id.,p.137.

⁵². Id.,p.142.

⁵³. MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. Op. Cit. p. 83.

condição, qual seja: o nascimento com vida.⁵⁴ Nascituro é o “ser humano que está para nascer, já concebido no ventre materno” e não *in vitro*. Por esta linha de raciocínio não é possível estabelecer uma sinonímia perfeita entre nascituro e embriões congelados, uma vez que o “conceito de nascituro só existem quando há gravidez, ou seja, após a denominada nidação”. “Em se tratando de fecundação *in vitro*, para que ao novo ser seja atribuída a condição de pessoa natural, é necessária a implantação no útero” Entretanto, isso não significa que o embrião crioconservado seja merecedor de proteção jurídica e ética como pessoa virtual.⁵⁵ Assim, a grande divergência reside no fato de que o embrião fecundado *in vitro* teria a mesma tutela legal assegurada no Código Civil brasileiro ao nascituro.

Daí a necessidade de legislação que proteja expressamente os denominados embriões pré-implantatários. Atualmente não existe nenhuma normatização jurídica que proteja expressamente o embrião da fertilização *in vitro* até sua implantação no útero.⁵⁶

2ª) O novo Código Civil contemplou três hipóteses de procriação artificial, nos termos do art.1597, III, IV e V: Presume-se(concebido) concebidos na constância do casamento os filhos: III - havidos(nascidos) por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; IV – havidos (nascidos), a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; V – havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido”.

Portanto, o novo Código Civil reconhece a procriação artificial juridicamente. Nesta esteira, analisando os dois primeiros incisos, parece que a intenção do legislador era estender a presunção da paternidade aos filhos em decorrência de fecundação artificial, inclusive valendo-se dos embriões excedentário, mesmo que falecido o pai. Quanto ao inciso III, resta “indagar se a intento do legislador foi

⁵⁴. FRANÇA, Genival Veloso. Intervenções fetais – uma visão bioética. In: **Novos temas de biodireito e bioética**. Op. Cit., p.28.

⁵⁵. MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. Op. Cit. p. 86.

⁵⁶. FURKEL, Françoise. A bioética de alguns aspectos essenciais na República Federal da Alemanha. In: LEITE, Eduardo de Oliveira. Op. Cit., p. 131.

realmente estender a presunção aos filhos concebidos após a morte do marido, permitindo a mulher valer-se de material fecundante crioconservado”⁵⁷.

Quanto ao inciso IV, se havendo autorização do marido, inseminação heteróloga, parece não haver dúvida quanto estar o filho beneficiado pela presunção da paternidade.

Tal presunção servirá para a hipótese do um marido que autoriza a sua mulher a fazer inseminação artificial, mas antes de nascer à criança eles venham a romper o casamento e tal marido não querer mais assumir aquela paternidade, por ele antes desejadas e autorizada.
⁵⁸

O art. 1601 do CC diz que “cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível”. Embora não se tenha regulamentado a autorização do marido para a inseminação heteróloga de sua mulher, entende Barbosa (2004, p.156), que neste caso não se aplica o sobredito dispositivo.

3.3 - Projetos de leis sobre as Técnicas de Reprodução Assistida.

Como dito anteriormente, no Brasil, a única normatização existente sobre Reprodução Assistida é a Resolução nº 1.358/1992 Conselho Federal de Medicina. Há três projetos de Leis sobre Reprodução Assistida: 1)PL 2.855/1997 do Dep. Confúcio Moura (PMDB-RO), 2) PLS 90/1999 do Ex-Senador Sen. Lúcio Alcântara (PSDB-CE) e o Substitutivo PLS 90/1999 do Sen. Roberto Requião (PMDB-PR)⁵⁹.

1) PL 2.855/1997 do Dep. Confúcio Moura (PMDB-RO):

- Consentimento da mulher e do cônjuge;
- Proíbe a clonagem. Pena: Reclusão de 4 a 12 anos
- Proíbe a seleção de sexo ou outras características. Pena: Reclusão de 1 a 3 anos, e multa;
- Não fixa o nº de embriões a ser transferidos;

⁵⁷.BARBOSA, Heloisa Helena.Direito à procriação e às técnicas de reprodução assistida. In: LEITE, Eduardo de Oliveira. Op. Cit.,p.154.

⁵⁸.BRASIL. **Código Civil Comparado**. Lei nº 10.406, de 10/01/2002. São Paulo: Saraiva, 2002.

⁵⁹.MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. Op. Cit. p. 289/300.

- Permite a redução seletiva em caso de risco de vida;
- Permite a doação de gametas ou embriões;
- A doação temporária do útero não pode ter fins comerciais ou lucrativos;
- Permite a Crioconservação de gametas e embriões por até cinco anos, depois poder ser utilizados em experimentos ou descartados. Pena: reclusão de 1 a 3 anos, e multa caso mantenha in vitro óvulos fecundados além do prazo;
- O casal manifestará por escrito, o destino dos embriões em caso de morte de um dos pais ou separação.
- Cria a Comissão Nacional de RHA, vinculada ao Conselho Nacional de Saúde de caráter permanente. A missão é orientação das técnicas, elaboração de critérios para funcionamento dos serviços e suas competências.

2)PLS 90/1999 do Ex-Senador Sen. Lúcio Alcântara (PSDB-CE)

- Exige consentimento da mulher e do cônjuge;
- Cabe os serviços de RHA guardar as informação sobre doadores por 20 anos;
- Permite a crioconservação(o tempo será definido em regulamento - omissão);
- É obrigatório o descarte de embriões: doados por mais de 2 anos, no caso de falecimento de um dos doadores; por solicitação pelos doadores
- Não limita o nº de óvulos a serem fecundados em cada ciclo;
- O casal manifestará por escrito, o destino dos embriões em caso de morte de um dos pais ou separação;
- Não restringe a reprodução assistida a casais;
- Crime: A utilização de gametas de falecido: Detenção de 2 anos e 6 meses ou multas; Implantar mais de quatro embriões: Detenção 6 meses a 2 anos; Pré-seleção do sexo: Detenção 2 a 6 meses, ou multa;

Conservar gametas ou embriões doados por período superior a 2 anos ou utiliza-los: Detenção de 2 a 6 meses, ou multa.

3)Substitutivo PLS 90/1999 do Sen. Roberto Requião (PMDB-PR)

a)Limita a Procriação Medicamente Assistida somente para os casos de infertilidade e prevenção de doenças ligadas ao sexo. Limitada aos cônjuges em união estável. Elimina-se a fecundação artificial para solteiras, evitando-se assim a "produção independente". O projeto prevê uma **pena** de seis meses a dois anos de detenção e multa caso se realize a procriação medicamente assistida em pessoas que não sejam casadas ou que vivam em união estável.Limita a quatro o número de embriões a serem produzidos em cada ciclo. A produção de embriões acima desse limite implica em detenção de três a seis anos, e multa

b) proíbe embriões excedentes - Ao permitir a coleta de gametas (espermatozóide e óvulo) e determinar a transferência a fresco dos embriões produzidos eliminando a possibilidade de embriões supranumerários (excedentes);

c) Tipifica como crime a prática de redução embrionária, aplicando a pena de um a três anos, e multa. No caso dos quatro embriões serem implantados e todos se desenvolverem não é permitida qualquer procedimento que vise a redução embrionária.

d) Proíbe a utilização de gametas após o falecimento do doador (pós morte) salvo no caso do depositante autorizar sua utilização pela esposa ou companheira.

e) Sobre os embriões congelados a proposta de redação da lei é: Art. 41 - Os embriões congelados existentes até a entrada em vigor da presente lei poderão ser utilizados, com o consentimento das pessoas que os originaram, na forma permitida nesta Lei. § 1º - Presume-se autorizada à utilização, para implantação de embriões originados in vitro existentes antes da entrada em vigor desta Lei, se, no prazo de sessenta dias a contar da data de publicação desta Lei, os depositantes não se manifestarem em contrário.

§ 2º - Decorrido o prazo de que trata o parágrafo anterior, os estabelecimentos e profissionais que realizaram a procriação medicamente assistida estarão obrigados a transferir os embriões congelados existentes para mulheres que se dispuserem a aceitar gestar sob forma de 'adoção de embriões', nos termos previstos nesta lei.

§ 3º - Incorre em pena prevista no crime tipificado no art. 34 da propôs de lei, aquele que descartar embriões congelados anteriormente a esta lei que estejam em condições de utilização. § 4º - Os embriões congelados anteriormente a presente lei que não tenham sobrevividos à crioconservação poderão ser destruídos mediante autorização prévia do Poder Público.

Sintetizando, o Projeto de Lei inicial - 90/99 contém dispositivos que atentam contra a vida ao admitir o descarte de embriões, o que torna a proposta inconstitucional. Também não limita o número de óvulos a serem fecundados em cada ciclo menstrual o que possibilita existência de excedentes a serem crioconservados. Tão pouco restringe a reprodução assistida a casais o que enseja a implantação de embriões em mulheres solteiras, dando origem à chamada "produção independente". Além de ser omissivo quanto aos embriões congelados anteriormente a vigência da lei. O Substitutivo apresentado corrige esses inconvenientes. Proíbe expressamente a redução embrionária. Admite o máximo de 4 óvulos fecundados em cada ciclo menstrual e todos eles devem obrigatoriamente ser transferidos a fresco para o aparelho reprodutor feminino. Apesar de ter horado substancialmente o projeto inicial, o substitutivo poderia ainda evitar o descarte dos embriões crioconservados até a vigência da lei, admitindo a 'adoção' de embriões por mulheres que o desejassem.

Conclusão

Com o avanço da medicina reprodutiva, várias questões éticas e jurídicas surgiram. O progresso científico afetou as relações matrimoniais, de parentesco e filiação. Para os "subprodutos" da tecnologia, embriões, sêmen e óvulos que encontram-se congelados ainda não existem uma solução pacífica. A utilização futura desse material criaram dilemas que ultrapassaram os direitos e desejos dos

pais de terem filhos. Questionam-se a viabilidade do uso do material genética após a morte do marido, no caso de sêmen, pela viúva – chamada de gestação post-mortem. Situação que o bebê já nasce órfão. Assim como, romperam-se os laços tradicionais que uniam ao casal à criança com o procedimento da reprodução assistida heteróloga. Uma criança pode possuir dois pais – o biológico e o afetivo - marido da mãe, bem como, três mães - a genética, a portadora e a afetiva – que pagou para gerar, surgindo ainda uma disputa pela maternidade e paternidade. Somando-se a tais dilemas, constitui outro conjunto de situações delicadas: as gestações múltiplas e o destino dos embriões congelados quando o casal se separa, falece ou abandona os embriões nos laboratórios.

Por outro lado os métodos de fertilização artificial criaram um mercado de prestação de serviços, reservados a poucos, onde muitas vezes a ótica que orienta ética das novas tecnologias é a do lucro. No Brasil, estimava-se existirem cerca de 100 clínicas, onde uma única instituição revela que “faz em Média 1400 tentativas de fertilização *in vitro* por ano”. E cada uma “não sai por menos de 15.000 reais. E “freqüentemente é preciso fazer mais de uma tentativa” é lógico que é sobre essa hegemonia que se move os interesses para a legação aberta deste mercado lucrativo.⁶⁰

Diante das objeções sobre a proteção jurídica do embrião entre a fecundação *in vitro* até a implantação no útero, justifica-se a urgência de uma legislação clara que discipline este campo de atividade. Sobretudo, que venha assegurar o devido amparo da lei ao embrião *in vitro*, atendendo assim, de um lado, os imperativos do progresso das novas técnicas de fertilização, não obstaculizando o seu horizonte e, do outro, assegurando o respeito pelo maior bem jurídico protegido – a vida.

⁶⁰. Menino ou Menina? Nas clínicas de reprodução assistida, os pais decidem, com quase 100% de acerto, o sexo do futuro filho. **Revista veja**, edição 1872, ano 37 – nº 38 de 22/09/2004.

