

REVISTA  
DE  
INFORMAÇÃO  
LEGISLATIVA

Brasília • ano 42 • nº 165  
janeiro/março – 2005

SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS DO SENADO FEDERAL

# Embriões

## A busca de um estatuto

Maria Edelvacy Pinto Marinho

### Sumário

1. Introdução. 2. Teorias acerca da natureza do embrião. 3. O problema do descarte de embriões. 4. O que fazer com os embriões criopreservados? 5. Experiências envolvendo embriões. 6. Uma visão bioética. 7. Legislação: estudo comparado. 8. Tendência jurídica brasileira. 9. Conclusão.

### *Introdução*

Os avanços das pesquisas científicas no campo biotecnológico têm promovido debates quanto à liberdade científica. Até onde pode ir a ciência? A bioética surge para tentar conciliar a ciência e os valores da sociedade. Trata-se de matéria de fronteira, em que os limites estão em constante questionamento. O problema do descarte de embriões constitui um desses temas de fronteira.

A desvinculação do sexo na geração de um outro ser representou uma quebra de paradigma, tanto na contracepção, quanto na evolução das técnicas de reprodução humana assistida. Foi possível a criação de seres humanos sem a necessidade do ato sexual como também o controle da reprodução por meios contraceptivos. A liberdade sexual apresentou como uma de suas conseqüências um novo posicionamento, principalmente no que se refere à mulher na sociedade.

As técnicas de reprodução humana assistida têm permitido a casais com problemas de fertilidade realizar o sonho de ter

Maria Edelvacy Pinto Marinho é Mestranda em Direito das Relações Internacionais – UNICEUB e bolsista da CAPES.

filhos. Para se ter uma idéia, estima-se que, a cada 10 casais, dois não conseguem conceber um filho sem algum tipo de intervenção. Constata-se que a busca por clínicas especializadas tem crescido exponencialmente. Ao reconhecer o direito à reprodução como um direito fundamental, o SUS tem realizado o tratamento.

Entretanto, na busca de se conceber um filho, os meios utilizados acabam por produzir, além da esperada criança, embriões excedentes que não serão implantados no útero, mas que serão criopreservados. O crescente número de embriões excedentes trouxe como consequência um problema de caráter ético e jurídico quanto ao destino a ser dado aos embriões.

Pelo que se pode observar, os “pais” dos embriões criopreservados não demonstram a intenção de que estes venham a nascer. Cientistas vêem nesse fato a possibilidade de que os embriões sejam utilizados em pesquisas, tais como as desenvolvidas com células tronco que prometem muitos benefícios à saúde humana.

Por outro lado, a corrente dominante defende que, por-se tratar de vida humana, o embrião não poderia ser objeto nem de descarte, nem de experimentações. No Brasil, existem cerca de 130 clínicas especializadas em técnicas de reprodução humana assistida. Nessas, estima-se a existência de cerca de 20.000<sup>1</sup> embriões congelados. Que destino dar a esses embriões? O descarte é a solução?

A situação acima exposta explicita o problema de se determinar quando começa a vida. O problema se configura de difícil solução, pois passa pela conceituação do que seria o ser humano. O presente artigo busca apresentar o problema, nas suas diversas nuances, e analisar as soluções que estão sendo propostas em outros países. Não há pretensão de demonstrar o que seria correto nem de responder a questionamentos tais como quando começa a vida, por exemplo. A idéia é apresentar como o tema vem sendo tratado no Brasil e em outros países no intuito de assinalar a tendência jurídica.

## 2. Teorias acerca da natureza do embrião

O embrião é ser humano? Ser humano potencial? Objeto? A definição da natureza do embrião humano está na determinação de quando ocorre o início da vida, de quando se pode dizer que há um ser humano. Os parâmetros utilizados para determinação possuem, em sua maioria, fundamentos religiosos não aplicáveis a todas as comunidades. Essa pode ser apontada como uma das razões para o tema ser tão polêmico.

Eduardo Oliveira Leite (1996) aponta a existência de três teorias acerca da natureza do embrião<sup>2</sup>. A teoria concepcionista defende a existência de ser humano desde a fecundação. O embrião seria pessoa, possuindo, dessa forma, todos os direitos principalmente o direito à vida (Cf. ALMEIDA, 1989). Seguindo esse raciocínio, as técnicas de reprodução humana assistida estariam indo de encontro à dignidade do embrião, uma vez que esse é tratado como objeto. A Convenção Americana de direitos humanos reconhece no seu artigo 4º a teoria concepcionista<sup>3</sup>. Doutrinadores como Silmara Chinelato Almeida, Francisco Amaral e Maria Helena Diniz defendem essa teoria<sup>4</sup>.

A teoria genético-desenvolvimentista assevera que o embrião seria um conjunto de células nos seus primeiros estágios de desenvolvimento. Seria apenas um material biológico. Assim, as fases que se seguirão desde a fecundação, “de tão elementares, não geram qualquer prerrogativa capaz de gerar direitos” (LEITE, 1996, p. 127). Há que se ressaltar que, ocorrendo a implantação no útero, os adeptos dessa teoria defendem o direito “da criança” de nascer. A comunidade científica se identifica mais com esse pensamento, principalmente aqueles que defendem o uso de embriões em experiências.

Quanto à natureza do embrião, a Suprema Corte Americana, no caso *Roe vs. Wade*, considerou que embrião não é pessoa, dessa forma, não estaria protegido pela 14ª emenda, que garante entre outros o direito à

vida. Foi adotada nessa decisão a teoria genético-desenvolvimentista.

Pelo caráter extremista, as teorias concepcionista e desenvolvimentista tendem a não serem aplicadas. Ao se falar que o embrião já é pessoa e que sua vida é inviolável, diante do caso de se preservar a saúde da mãe em detrimento da do embrião, qual interesse deveria ser defendido? O da mãe? O do embrião? Um dos problemas da teoria desenvolvimentista está em não determinar claramente em que estágio de desenvolvimento o embrião se tornaria pessoa.

A terceira teoria se apresenta como intermediária às duas estudadas acima. Por essa, o embrião seria pessoa em potencial. O embrião não seria ainda pessoa, nem poderia ser considerado apenas um conjunto de células. A natureza seria embrionária. Essa teoria defende a responsabilidade dos pais no desenvolvimento do embrião. O caráter humano do embrião “é adquirido pelo doar-se constante da mãe na gravidez” (LEITE, 1996, p. 129). A gestação teria a função de humanizar o embrião. A falha dessa teoria estaria em admitir que só haveria ser humano se o embrião se enquadrasse em um projeto familiar, na responsabilidade de seus genitores.

Silmara Chinelato Almeida (1989), ao analisar a natureza jurídica do nascituro, observa a existência de três teorias: a concepcionista, abordada acima; a natalista, segundo a qual o marco para existência da personalidade é o nascimento com vida; e a da personalidade condicional, que, apesar de assegurar o momento da concepção como referência, reconhece que esta fica condicionada ao nascimento com vida.

Ao analisar o problema, Casabona (1999, p. 256) critica a utilização do caráter apenas biológico na definição de quando começa a vida humana. Argumenta que o critério biológico não se revelou menos obscuro, sendo utilizado por ambas as partes do debate. Assim, a depender do posicionamento defendido, atrasa-se ou adianta-se o momento em que a vida humana inicia-se.

Para o autor, deve-se estabelecer um “critério de valoração das diferentes situações biológicas” para se determinar em quais situações há projeção de valores determinando, dessa forma, a existência de bens jurídicos a serem protegidos pelo direito.

Observa-se do exposto que não há unanimidade quanto à natureza do embrião. A Recomendação 1046 de 1986 do Conselho Europeu traça a atual conjuntura ao afirmar que as inovações biotecnológicas têm demonstrado a frágil natureza jurídica dos embriões. Informa também que a ausência de um estatuto é decorrente da pluralidade de opiniões no plano ético.

### 3. O problema do descarte de embriões

Em virtude da ausência de normas a respeito da reprodução humana assistida, e sobretudo quanto ao destino dado aos embriões excedentes, o Conselho Federal de Medicina elaborou a Resolução 1.358/92 com normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida. O Conselho reconheceu, primeiramente, a infertilidade como um problema de saúde e que as técnicas de reprodução buscavam a solução desse problema.

Entre outras determinações, resolveu: “O número total de pré-embriões produzidos em laboratório será comunicado aos pacientes, para que se decida quantos pré-embriões serão transferidos a fresco, devendo o excedente ser criopreservado, não podendo ser descartado ou destruído”. Estipulou ainda que o número de embriões a serem transferidos ao útero não deveria ser superior a quatro.

O Hospital Albert Einstein requisitou que o Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo se posicionasse quanto ao seguinte problema: antes de ter sido proferida a Resolução 1.358/92 do CFM, o hospital, ao promover a reprodução humana assistida, assinava contratos com os casais prevendo a possibilidade de descarte de embriões não utilizados mediante solicita-

ção do casal. Entretanto, com a Resolução, o descarte de embriões passava a ser proibido. Do exposto, questionava-se qual o destino a ser dado aos referidos embriões. Mediante parecer do CFM 23/96, o Conselho determinou que fosse reaberta a comissão que elaborou a Resolução 1.358/92 para que a hipótese de descarte de embriões fosse estudada com mais profundidade.

No corpo do parecer, o relator Dr. Henrique Pedrosa Neto afirma: “Finalmente, entendo que um pré-embrião em estágio de oito células sem desenvolvimento da placa neural não pode ser considerado um ser humano. É uma expectativa potencial de vida. Assim como, também, são expectativas de vida os gametas masculinos e femininos, isoladamente. São partes que se completam para permitir, através de sua fusão, a mágica maior da vida: o ser humano<sup>5</sup>”. Esse posicionamento é favorável ao descarte uma vez que não reconhece no embrião um ser humano.

Questionamentos como os citados acima tendem a aumentar no Brasil, uma vez que não há legislação específica sobre o assunto.

#### *4. O que fazer com os embriões crioconservados?*

Diante dos milhares de embriões que já se encontram congelados nas clínicas de reprodução humana assistida, há a necessidade de que uma solução seja apontada pela sociedade. Nesse sentido, as possíveis soluções estão relacionadas diretamente ao conceito adotado para o embrião.

A doação para outros casais inférteis, para que o embrião tenha possibilidade real de nascer, em um primeiro momento, pode parecer uma solução que não feriria o ordenamento jurídico. Entretanto, se o embrião for considerado pessoa, este não poderá constituir-se como objeto nesse ato unilateral. Não poderia ser objeto muito menos passível de comercialização. Seria uma afronta à dignidade humana.

A doação para pesquisa apresenta também um caráter, em princípio, nobre, uma vez que aqueles embriões não chegariam a nascer e poderiam, dessa forma, ser úteis no desenvolvimento de terapias que visassem o tratamento de enfermidades que dizimam milhares de pessoas a cada ano como o câncer; no desenvolvimento de tecidos; no auxílio das pesquisas em células tronco, entre outros. Sendo considerados pessoas, ou como defendem outros, possuidores do DNA humano que os individualizaria, não poderiam ser meio para pesquisa. As correntes desenvolvimentista e a que defende o embrião como ser humano em potencial aceitam essa hipótese utilitarista, na medida em que o embrião a ser utilizado não seria de fato pessoa.

Ao se aceitar a possibilidade de descarte, há a presunção de que o embrião não seja pessoa. E não sendo este mais útil, a melhor solução seria o descarte. Esse posicionamento, como veremos a seguir, tem sido adotado por boa parte dos países que legislaram sobre o assunto.

Contudo, se formos seguir a teoria concepcionista, os embriões excedentes, por serem considerados pessoas, teriam direito a nascer, tendo o direito de ser implantados para que se efetivasse seu direito à vida. Mantê-los crioconservados seria, nesse sentido, uma ofensa ao princípio da dignidade humana. Não obstante, diante da quantidade de embriões excedentes, esse direito não seria viável, factível para ser aplicado.

#### *5. Experiências envolvendo embriões*

Percebe-se, por parte da comunidade científica, o desejo de que sejam aprovadas as experiências envolvendo células germinais e embrionárias. As alterações que fossem realizadas em células germinais acarretariam modificações no patrimônio genético, o que afetaria, por conseguinte, outras gerações. Esse tem sido o principal argumento para a proibição dessas pesquisas. Além disso, há o temor de que a eugenia seja pra-

ticada quando for possível escolher livremente as características a serem repassadas aos descendentes. Outra razão para essa pesquisa ser tão desejada consiste no potencial das células embrionárias de se transformarem em qualquer tipo de tecido humano.

A liberdade científica assegurada na constituição (Art. 5º, inc. IX) tem sido evocada pelos favoráveis à experiência. Para esses, o estudo com embriões poderia auxiliar na compreensão da formação do homem e no desenvolvimento de terapias que ajudariam na cura de doenças degenerativas e hereditárias. Os contrários acreditam que experimentação em embriões configuraria ofensa ao princípio da dignidade humana por utilizar o ser humano como meio e não como fim nas pesquisas.

O Parlamento europeu, em relatório elaborado pela Comissão temporária sobre genética humana e outras novas tecnologias da medicina moderna, afirma não haver diferenças entre clonagem reprodutiva e terapêutica. Afirma ainda que a diferenciação entre estas visa atenuar a proibição existente aumentando as chances de utilização dos embriões. Verifica-se o aumento da pressão dos setores de desenvolvimento da pesquisa biotecnológica no sentido de permitir a utilização de embriões na condução de experiências.

No Brasil, a Lei 8.974/95 determina em seu artigo 13, III, que é proibida “a produção, armazenamento ou manipulação de embriões humanos destinados a servirem como material biológico disponível”. A produção de embriões não pode ter outra finalidade que não a reprodutiva. A lei também proíbe as manipulações genéticas com intuito de modificar a estrutura genética do ser humano com fins não-terapêuticos mediante intervenção nos gametas, embriões, fetos e sujeitos já nascidos.

Os favoráveis à experimentação ressaltam que ficariam impossibilitados de desenvolver técnicas terapêuticas se não puderem utilizar embriões em pesquisa. Argumentam ainda que, se os embriões não têm possibili-

dade de nascer, por que não poderiam ser objeto de pesquisas?

O impasse deve ser resolvido por meio de normas que disciplinem a matéria e que determinem qual bem é socialmente mais relevante.

## 6. *Uma visão bioética*

A bioética versa basicamente sobre conflito. O desenvolvimento das pesquisas no campo biotecnológico tem suscitado questionamentos éticos que têm incidência jurídica. Problemas como a natureza do embrião, clonagem terapêutica e reprodutiva, identidade dos doadores de material genético e patenteamento de genes são problemas que ainda não chegaram ao judiciário, mas carregam em si conflito de princípios como o direito a conhecer a origem, o direito ao sigilo dos doadores, liberdade científica e dignidade humana, por exemplo. A bioética, tida como ética prática, surge num clima de indefinição em relação a parâmetros éticos.

H. Tristram Engelhardt Jr. (1997, p. 31) define bem esse período, “portanto, a bioética contemporânea colocada diante de um fundo de considerável ceticismo, perda de fé, convicções persistentes, pluralidade de visões morais e crescente desafio das políticas públicas. É dentro desse caos moral que a política de assistência médica deve ser enquadrada”. Ceticismo, porque não se observa a confiança necessária nas instituições. Tem-se a impressão de que o poder econômico é que determina o caminho a ser seguido. Perda de fé, no sentido de que não se observa um poder religioso predominante, uma corrente de fato a ser seguida.

Ao longo dos anos, uma série de paradigmas têm sido quebrados e não se tem observado a formação de outros tão fortes quanto os anteriores. A revolução Copérnica (1543) retirou o homem do centro do universo. Darwin (1859) propôs que o homem é fruto da evolução das espécies. A ciência passava a contradizer as afirmações defendidas pela Igreja. O ceticismo e perda de fé

provocaram, segundo o Papa João Paulo II, “um obscurecimento moral”.

Quanto à pluralidade de visões morais, deve-se recordar que essas sempre existiram. O que se observa, no entanto, é que essas não podem mais ser ignoradas. Com o fortalecimento dos direitos humanos, a necessidade de se respeitar as diferenças culturais constitui um dos pilares do Estado democrático e as decisões do Estado devem respeitar essas comunidades morais<sup>6</sup>.

A bioética, assim, designa, como defende G. Hottois (1990, p. 136), “um conjunto de questões éticas, que coloca em jogo valores, originados pelo poder cada vez maior da intervenção tecnocientífica no ser vivo [...] designa também um certo espírito de aproximação entre a ética e os problemas científicos”. Os problemas tratados carregam um dilema ético, havendo conflito de princípios e direitos constituídos. Conforme assevera Débora Diniz (2001), a bioética trabalha com a idéia de tolerância em virtude do pluralismo das comunidades morais.

Para facilitar a compreensão do tema pelo ponto de vista bioético, utilizaremos a divisão proposta por Pegoraro (2002) que analisa a bioética a partir de quatro paradigmas: secular, confessional, principialista e fenomenológico. A bioética secular defendida por H. Tristan Engelhardt (1997) é contrária à instauração de princípios absolutos, devendo cada comunidade moral definir a cada caso; é defensor do pluralismo ético. A solução dos problemas passaria então pelo crivo cultural da comunidade.

Débora Diniz e Dirce Guilhem (2002, p. 51) fazem uma crítica acertada neste ponto: “Essa linha argumentativa, muito comum aos antropólogos culturais, é de uma fragilidade enorme quando transposta para os limites de uma dada cultura, já que a referência à cultura como entidade legítima de julgamento também se converte em uma instância cruel de manutenção de certos padrões de dominação e opressão. Não há espaço no modelo Engelhardiano para a crítica cultural, uma vez que a cultura seria o

limite e o conteúdo dos julgamentos”. A idéia de pessoa por esse modelo é desvinculada da idéia de ser humano. Existiriam, dessa forma, seres da espécie humana que não seriam pessoas. Ainda nesse modelo, só se considera ser humano o ser que tem condições de declarar a sua vontade, excluindo os embriões e nascituros. O pensamento de Engelhardt é baseado na idéia de propriedade em que a pessoa é proprietária dos produtos por ela organicamente desenvolvidos<sup>7</sup>. O embrião estaria nessa categoria. Além disso, para o autor, ser pessoa significa ter “o poder para permitir algo”<sup>8</sup>. O embrião, portanto, não poderia ser considerado pessoa. Adverte, entretanto, que as comunidades podem conceder uma personalidade fictícia a essas entidades.

A bioética confessional ou antropológica personalista se apresenta sob duas concepções: a primeira é tida como clássica e a segunda é chamada de contemporânea. A importância do paradigma está em conferir ao homem valor em si mesmo. Essa teoria tem por base, na primeira concepção, a dignidade do homem por sua origem divina e, na concepção contemporânea, o raciocínio do ser humano que o eleva à categoria de digno. Preza uma ética universal e é influenciado fortemente por valores cristãos. Por essa teoria, o embrião humano, por sua constituição, é possuidor de dignidade e deve ser protegido.

O modelo principialista<sup>9</sup> tem por fundamento a instituição de princípios gerais. Foi desenvolvido ao longo das declarações internacionais com intuito de oferecer respostas práticas a questões bioéticas.

Na Segunda Guerra Mundial, a comunidade internacional foi apresentada às pesquisas científicas desenvolvidas pelos nazistas que chocaram o mundo. Em decorrência, foram instituídas normas de condutas éticas a serem adotadas pelos profissionais de saúde e pesquisadores que foram consolidadas no código de Nuremberg. A partir de então, estabeleceu-se a obrigatoriedade de informação ao paciente e a neces-

sidade de seu consentimento para autorizar o procedimento indicado pelos médicos e a pesquisa a ser realizada.

Em 1978, o Relatório de Belmont representou um avanço, pois, segundo o prof. José Roberto Godim (1997, p. 1), “foi a primeira vez que foi estabelecido o uso sistemático de princípios na abordagem de dilemas bioéticos”. O referido relatório fixou os princípios da autonomia, da beneficência e da justiça que norteiam a bioética.

O princípio da autonomia determina que a vontade do paciente deve ser respeitada. O problema reside na determinação da vontade válida. Para que o princípio possa ser aplicado, é necessário que o paciente esteja informado a respeito dos procedimentos e conseqüências para que sua vontade não seja viciada. Desse modo, sendo o paciente absolutamente incapaz, a vontade a ser respeitada deve provir do representante legal.

O princípio da beneficência é aquele pelo qual deve-se buscar primeiro o bem-estar do paciente. Assim, experiências em seres humanos só podem ser realizadas para o benefício direto do paciente e não somente da pesquisa. O princípio da justiça, conforme Maria Helena Diniz (2001, p. 17), “requer a imparcialidade na distribuição dos riscos e benefícios, no que atina à prática médica pelos profissionais da saúde, pois os iguais deverão ser tratados igualmente”.

Seguindo esse pensamento, consideraria-se o embrião como pessoa. Desse modo, esse poderia ser utilizado apenas em tratamento para seu próprio benefício e não de futuros embriões. Contudo, não se teria como afirmar que o embrião possua autonomia sendo esta assumida pelos responsáveis.

A bioética fenomenológica é baseada, segundo Pegoraro (2002, p. 116), “... numa contínua interpretação de quais sejam os valores morais embutidos nos fatos da vida pessoal, coletiva, biogenética e tecnocientífica”. A pessoa nessa concepção seria um eterno construir. Como se está em constante processo de construção, embrião seria pessoa em potencial.

Do exposto, observa-se que não há unidade quanto à definição de pessoa nas teorias bioéticas. A bioética, dessa forma, não poderia constituir-se como referencial teórico único. Portanto, em virtude da pluralidade de teorias, seria um equívoco defender que a bioética é contrária ao descarte de embriões. Cada teoria poderia embasar um posicionamento distinto.

### *7. Legislação: estudo comparado*

O destino dos embriões crioconservados tem suscitado polêmica em diversos países em que se pratica a reprodução humana assistida. Observa-se uma tendência nos países europeus em permitir o descarte de embriões. A diferença nas legislações está concentrada no prazo estipulado para o descarte. Por essas normas, os embriões que não fossem utilizados para a reprodução seriam descartados após um prazo determinado na lei. Na Áustria<sup>10</sup>, Dinamarca<sup>11</sup> e Suécia<sup>12</sup>, esse prazo é de um ano. Na Noruega, o prazo estipulado é de 3 anos<sup>13</sup>. Na Espanha<sup>14</sup>, o limite máximo para armazenamento é de 5 anos. Na Finlândia, o prazo chega a 15 anos. A Itália e a Bélgica não possuem leis específicas sobre essa matéria (Cf. NYS, 2002). De forma contrária à tendência, a Alemanha proíbe o descarte.

As diferenças mais marcantes nessas legislações ocorrem em relação às experiências e intervenções envolvendo embriões. O descarte não configura o ponto principal. O questionamento versa principalmente sobre a utilização de embriões para pesquisa. Nesse ponto, a Alemanha autoriza a intervenção desde que traga benefícios para o embrião, não autorizando a experiência<sup>15</sup>. A Dinamarca permite desde que haja a autorização de um comitê de ética regional e que o objetivo seja o melhoramento das técnicas de reprodução humana assistida ou que seja necessário um diagnóstico pré-implantação.

A Espanha diferencia-se dos outros países quanto à possibilidade de experimentação e intervenção ao estabelecer dois gru-

pos de embriões: viáveis e não viáveis. Assim, permite a pesquisa desde que a finalidade seja de investigação terapêutica em embriões viáveis e que não haja modificação no patrimônio genético. Nesse caso, não seria de fato experimentação, mas intervenção já que apenas a utilidade terapêutica é permitida. Em se tratando de embriões não viáveis, somente serão autorizados experimentos que não sejam possíveis de serem realizados em animais. A Noruega proíbe a experiência envolvendo seres humanos.

Constata-se nas legislações um consenso quanto à proibição de produção de embriões com outro fim que não seja reprodutivo. E quanto ao período do desenvolvimento do embrião fora do útero o prazo verificado costuma ser de 14 dias. Verificou-se que, na maior parte das legislações estudadas, as intervenções, entendidas como procedimentos cuja finalidade é terapêutica, são permitidas. Não obstante, as experiências com embriões continuam proibidas ou restritas a casos especificados em lei.

### 8. *Tendência jurídica brasileira*

O Código Civil, em seu artº 2, determina que os direitos do nascituro desde a concepção deverão ser preservados. Os doutrinadores<sup>16</sup> defendem que o Código Civil brasileiro<sup>17</sup> adotou em parte a teoria concepcionista por conferir direitos aos nascituros. A teoria não foi adotada totalmente porque não admite a existência de personalidade civil; assim, o embrião não poderia ser considerado de fato pessoa. Segundo Silmara Chinelato (1989), o código diferencia pessoa de personalidade.

Havendo o descarte, questiona-se a existência de aborto ou até mesmo homicídio. Tecnicamente, o descarte não poderia ser considerado aborto uma vez que este pressupõe a interrupção de uma gravidez. Homicídio também não se configuraria por faltarem elementos do tipo. Conforme princípios do direito penal, é necessário que haja conduta tipificada como crime para que o

autor seja incriminado. A analogia não pode ser aplicada. Entretanto, esse posicionamento não é unânime, havendo muitos doutrinadores que acreditam tratar-se de aborto.

A Lei 8.974/95 proíbe as intervenções nas células germinativas e nos embriões ao vedar a manipulação de material genético *in vivo*<sup>18</sup>. A intervenção em material genético *in vivo* só seria permitida com a finalidade terapêutica (corrigir defeitos genéticos). A lei define como crime no seu artigo 13, III, “a produção, armazenamento ou manipulação de embriões humanos destinados a servirem como material biológico disponível”. Expressamente a lei veda a criação e a utilização de embriões para fins que não visem a reprodução.

A Instrução Normativa nº 8 da CTNbio proíbe a manipulação em células totipotentes (sejam elas embrionárias ou não). A Instrução Normativa nº 9 determina que os experimentos que envolvam manipulação ou intervenção no material genético humano devam obedecer à Resolução 196 do Conselho Nacional de Saúde, que trata de experiências envolvendo seres humanos. Sendo apenas permitidas, segundo a instrução, as experiências que envolvam células somáticas que atendam a finalidade terapêutica e a aprovação do protocolo de pesquisa. O projeto de lei sobre biossegurança aprovado pela Câmara proíbe a manipulação de células embrionárias e a formação de bancos de material disponível.

Em relação aos projetos de lei, neste artigo serão apresentadas as propostas contidas no projeto de lei 2.855/97, PL 4.664/01, 1.135/03 e no PL 90/99 e seus substitutivos.

O projeto de lei 90 de 1999 de autoria do Senador Lúcio Alcântara prevê a possibilidade de escolha dos usuários da reprodução humana assistida quanto ao destino dos embriões: descarte, doação para pesquisa ou para terceiros. O descarte ainda poderia ser obrigatório caso tivesse decorrido o prazo de 2 anos. Esse poderia ser solicitado pelos doadores e também no caso da morte de um dos doadores.

Os substitutivos de 1999 e de 2001 apenas prevêem a possibilidade de descarte em se tratando de gametas. Seguindo a linha favorável ao descarte de embriões, o projeto de lei 1.135 do Deputado Pinotti também prevê a hipótese de descarte ou doação após o prazo de 3 anos (art. 14, § 3º). Prevê o descarte caso o embrião apresente alterações genéticas que comprometam a vida saudável sendo necessário para tanto o consentimento do casal (art. 14, § 4º). Na justificativa do PL 1.135, o descarte não é tido como uma atitude antiética porque, segundo o autor, estaria respeitando os princípios bioéticos da beneficência, justiça e autonomia. Afirma ainda que os pré-embriões não têm autonomia, sendo que essa pertence aos beneficiários que são os responsáveis. Na justificativa, assevera: “O descarte de pré-embriões pela vontade expressa e única dos beneficiários não pode sequer ser considerado contrário à ética, pois atende os requisitos da autonomia, beneficência e justiça. Ora, o pré-embrião antes da implantação no organismo da receptora não tem autonomia, a autonomia e responsabilidade são dos beneficiários que devem lhe determinar o destino. Se o casal ou mulher não quer mais filhos e não deseja doá-los a um casal infértil, é correto obrigá-los a manter os pré-embriões congelados pelo resto da vida, arcando com as despesas do banco? Com que justificativa?”<sup>19</sup>.

O projeto de lei 4.664 de 2001 do Dep. Lamartine Posella proíbe expressamente o descarte de embriões. Atribui ainda a responsabilidade dos embriões às clínicas desde que decorrido um período de 5 anos. A clínica poderia apenas destiná-los à adoção. Observa-se que não se fala em doação. O embrião já é tido como pessoa.

Em se tratando da natureza do embrião, o projeto e o substitutivo do PL 90 de 1999 não o consideram com os mesmos direitos do nascituro. O substitutivo de 2001 (art. 13, § 2º) bem como o projeto de lei 1.135 afirmam que os embriões não são dotados de personalidade civil (art.12).

O PL 1.135 também impede pesquisas em embriões que não visem o tratamento do embrião. Não poderia, portanto, servir de meio para a pesquisa, devendo ainda obedecer ao prazo de até 14 dias para o desenvolvimento do embrião. Em relação à pesquisa, o substitutivo do PL 90 de 2001 inova ao permitir a pesquisa em embriões transferidos e espontaneamente abortados desde que haja autorização.

O projeto de lei 2.855/97 de autoria do Dep. Confúcio Moura permite a utilização de embriões em experiências mediante consentimento dos doadores e autorização do Conselho Nacional de Reprodução Humana Assistida. O projeto deve ser aprovado previamente devendo ter como finalidade exclusiva o caráter de diagnóstico, preventivo ou terapêutico (art. 32). O projeto indiretamente admite a alteração no patrimônio genético quando determina no parágrafo único que “não será permitida a alteração no patrimônio genético não patológico”<sup>20</sup>. Os pré-embriões ou embriões inviáveis poderão ser objeto de experiências para fins inclusive farmacêuticos e científicos, dependendo, para sua execução, de aprovação pela Comissão Nacional de RHA. Observa-se nesse projeto a influência da Lei de Fecundação Humana e Embriologia de 1990 do Reino Unido. A lei cria ainda a Comissão Nacional de RHA (Reprodução Humana Assistida) que deverá estar vinculada ao Conselho Nacional de Saúde (art. 37). O projeto enumera quais são as finalidades de pesquisas admitidas em lei quando o embrião humano for objeto no art. 33<sup>21</sup>.

Em se tratando de manipulações genéticas, o legislador brasileiro tem-se preocupado com a possibilidade de clonagem. Experiências envolvendo o material genético podem ter diversas aplicações que não somente a clonagem. Entretanto, o temor social em relação à clonagem tem ditado as propostas apresentadas.

Em relação ao descarte, não se pode apontar uma tendência. A matéria, dessa

forma, deverá ser esclarecida apenas nas votações dos projetos.

## 9. Conclusão

Do exposto, não se observa real consenso quanto à natureza do embrião humano. Como se constatou, a pluralidade de comunidades morais dificulta esse consenso. O destino a ser dado aos embriões dependerá de lei, a decisão será dada pelas vias democráticas. Assim, a depender de cada país, poderemos observar diferentes determinações a respeito dessa matéria. A ausência de concordância, já explicitada acima, pode ser comparada à problemática na implementação de legislação sobre o aborto.

A tendência jurídica dominante defende a possibilidade de descarte. Quanto às experimentações, a proibição ainda permanece. Contudo, em se tratando de intervenção, a tendência é a de aceitar as terapias que tragam benefícios ao embrião. O direito, como busca a paz social, deverá ter um efeito moralizante. Significa dizer que, a depender do que for aprovado em lei, o conceito e a valoração de embrião, definidos pelo legislador, tendem a ser incorporados na sociedade.

## Notas

<sup>1</sup> Projeto de lei n. 4664 de 2001. Lamartine Posella. Justificação.

<sup>2</sup> A nomenclatura das teorias analisadas baseou-se na distinção apresentada por Eduardo Oliveira Leite (1996).

<sup>3</sup> Art. 4º Direito à vida “1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Este direito estará protegido pela lei e em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”.

<sup>4</sup> “Se a vida começa no momento preciso da fecundação do óvulo pelo espermatozóide, como já está comprovado pela genética, medicina e biologia...terão de ser-lhe outorgados todos os privilégios e direitos, respeitando-se-lhe sobretudo a vida, que deve ser inviolável e respeitada por todos” (DINIZ, 2001, p. 30).

<sup>5</sup> Parecer 23/96 CFM.

<sup>6</sup> Ver mais em Engelhardt Júnior, (1997, p. 31).

<sup>7</sup> “O indivíduo também é dono daquilo que produz. Aqui poderíamos citar tanto os animais como as crianças pequenas. Por serem ambos produtos da engenhosidade e das energias das pessoas, podem ser consideradas posses. No entanto existem obrigações especiais em relação aos animais em virtude da moralidade da beneficência que não existe com respeito às coisas... Em contraponto, fortes direitos de propriedade deixariam de existir quando as crianças se tornassem pessoas e, *sui juris*, donas de si mesmas. No momento em que uma entidade se tornasse autoconsciente, a moralidade da permissão ou mútuo respeito alienaria os direitos de propriedade dos pais sobre seus filhos” (Cf. ENGELHARDT JUNIOR, 1997, p. 199).

<sup>8</sup> “O problema é que, quando se fala em termos de moralidade secular geral, nem todos os seres humanos são pessoas. Para ser um pessoa para a moralidade secular, é preciso que o indivíduo tenha poder para permitir algo. Somente aquelas entidades que podem consentir em algo, que podem transmitir autoridade moral em relação a elas mesmas e a suas posses podem ser denominadas pessoas” (Cf. ENGELHARDT JUNIOR, 1997, p. 289).

<sup>9</sup> Defendido por Beauchamp e Childress (1994).

<sup>10</sup> Áustria art. 17.

<sup>11</sup> Ver Dinamarca, ordem 392 de 17/03/1994.

<sup>12</sup> Art 3.

<sup>13</sup> Art 2.12 da lei Norueguesa de 5.08.1994.

<sup>14</sup> Lei 35 art 11(3).

<sup>15</sup> art. 2 da lei 13.12.90 para proteção de embriões.

<sup>16</sup> Eduardo Oliveira Leite, Silmara Chinelato, Francisco do Amaral Neto.

<sup>17</sup> 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.”

<sup>18</sup> Art. 8 “É vedado, nas atividades relacionadas a OGM: I. qualquer manipulação genética de organismos vivos ou o manejo *in vitro* de ADN/ARN natural ou recombinante, realizados em desacordo com as normas previstas nesta Lei; II. a manipulação genética de células germinais humanas; III. a intervenção em material genético humano *in vivo*, exceto para o tratamento de defeitos genéticos, respeitando-se princípios éticos, tais como o princípio de autonomia e o princípio de beneficência, e com a aprovação prévia da CTNBio; IV. a produção, armazenamento ou manipulação de embriões humanos destinados a servir como material biológico disponível”.

<sup>19</sup> PL 1.135 de 2003. Autoria: Dep. Dr. Pinotti – justificativa.

<sup>20</sup> PL 2.855/97.

<sup>21</sup> Lei de fecundação humana e embriologia de 1990 do Reino Unido.

## Bibliografia

- ALMEIDA, Silmara J. A Chinelato. O nascituro no código civil e no nosso direito constituindo. In: BITTAR, Carlos Alberto (Coord.). *O direito de família e a Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- BEAUCHAMP, Tom; CHILDRESS, James. *Principles of biomedical ethics*. 4. ed. New York: Oxford University Press, 1994.
- BOURGUET, Vincent. *O ser em gestação: reflexões bioéticas sobre o embrião humano*. Tradução de Nicolas Nymi Campanário. São Paulo: Edições Loyola, 2002.
- CONVENÇÃO Americana de Direitos Humanos, 1969, San José. Organização dos Estados Americanos, Washington. Disponível em: <<http://oas.org>>. Acesso em: 08 out. 2003.
- DINIZ, Débora. *Conflitos morais e bioética*. Brasília: Letras Livres, 2001.
- \_\_\_\_\_; GUILHEM, Dirce. *O que é bioética*. São Paulo: Brasiliense, 2002. Coleção primeiros passos.
- DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- ENGELHARDT JUNIOR, H. Tristram. *Fundamentos da bioética*. Tradução de José A. Ceschin. São Paulo: Edições Loyola, 1997.
- HOTTOIS, G. *Novas tecnologias: o paradigma bioético*. Lisboa: Salamandras, 1990.
- HUXLEY, Aldoux. *Admirável mundo novo*. Tradução de Lino Vallandro e Vidal Serrano. São Paulo: Globo, 2001.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. O direito do embrião humano: mito ou realidade. *Revista da faculdade de direito da UFPR*, Curitiba, a. 9, n. 29, 1996. p. 121-146.
- \_\_\_\_\_. *Procriações artificiais e o direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- NYS, Herman. Experimentações em embriões. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo (Org). *Biotecnologia, direito e bioética: perspectivas em direito comparado*. Belo Horizonte: Del Rey; PUC Minas, 2002.
- PEGORARO, Olinto. *A ética e bioética: da subsistência à existência*. Petrópolis: Vozes, 2002.
- REICH, Warren T. (Ed.). *Encyclopedia of bioethics*. New York: The Free Press; London: Collier Macmillan Publishers, 1978.
- ROMEO CASABONA, Carlos Maria. *Do gene ao direito: sobre as implicações jurídicas do conhecimento e intervenção no genoma humano*. São Paulo: IBCCrim, 1999.
- SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. O nascituro e a criminalidade genética. *Revista brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, a. 7, n. 28, out./dez. 1999.
- WILKIE, Tom. *Projeto genoma humano: um conhecimento perigoso*. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994.