

# **Biotecnologia a favor da Vida: Reprodução Humana, seus efeitos jurídicos e limites éticos**

Ana Cláudia Silva Scalquette<sup>1</sup>

## **RESUMO**

É de se destacar que o avanço científico nas últimas décadas tem sido essencial para garantir não só a facilitação do surgimento de novas vidas, mas seu desenvolvimento com qualidade. Cirurgias intrauterinas e a retirada do gene responsável por alguns tipos de câncer em embriões na fase pré-implantatória são algumas das conquistas científicas que exemplificam o esforço da pesquisa e o avanço da medicina em ações de intervenção sobre o início da vida humana.

Contudo, nada pode ser comparado aos benefícios, pelo alcance e impacto social, trazidos pelas ações médicas na área da Reprodução Humana Assistida.

Em que pese o avanço, há muitos questionamentos jurídicos e éticos sobre o tema, envolvendo, inclusive, o destino a ser dado aos embriões excedentários, ou seja, os que sobram dos procedimentos de fertilização *in vitro*, além do envio à pesquisa, permitido nos termos da Lei de Biossegurança.

Até o momento, contudo, no Brasil, não há solução legislativa para este ou para outros problemas e, em sistema jurídico em que falta disciplina legal específica, os princípios éticos tornam-se arcabouço para que as garantias constitucionais sejam respeitadas e, sobretudo, para que a evolução científica não afronte direitos basilares com a dignidade e proteção da vida humana.

**Palavras chaves:** Biotecnologia; Reprodução Humana; Limites éticos.

## **Introdução**

O avanço científico na área da biotecnologia é notável, sobretudo, se pensarmos nos benefícios trazidos nas últimas décadas nas áreas da saúde e alimentação.

A tecnologia e a pesquisa científicas, quando bem direcionadas, promovem melhorias nas condições de vida e aumentam o acesso a bens e serviços de saúde, problemas crônicos e históricos que vivenciamos no Brasil.

---

<sup>1</sup> Doutora em Direito Civil pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM). Professora de Direito Civil da Faculdade de Direito da UPM. Presidente da Comissão Especial de Biotecnologia e Biodireito da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB/SP). Titular da cadeira n. 68 da Academia Paulista de Letras Jurídicas (APLJ). Autora do Anteprojeto de Lei que institui o Estatuto da Reprodução Assistida (PL n. 115/2015). Advogada.

Se, por um lado, novas descobertas científicas podem trazer inúmeros benefícios, de outro, também, podem gerar violações a limites éticos aos quais, em primeira análise, cabe a salvaguarda de direitos invioláveis como o direito à vida.

Aí reside uma das grandes dificuldades a serem enfrentadas por cientistas, pesquisadores e juristas: coadunar avanço científico e segurança jurídica.

Este desafio está presente, desde as primeiras investigações, no âmbito da medicina reprodutiva, área da ciência médica destinada à facilitação da concepção e gravidez de pessoas com problemas de fertilidade e esterilidade.

Algumas das possíveis graves consequências da falta de regulamentação legal da matéria serão destacadas no presente artigo, objetivando aclarar a insegurança existente na aplicação e uso de técnicas médicas sem que haja um sistema protetivo com principiologia própria a respeito do tema.

### **Apontamentos históricos sobre a Reprodução Humana**

Em pesquisa histórica sobre a importância da reprodução humana, registramos o preceito bíblico, contido no livro do Gênesis (9:1):

*Deus abençoou Noé e seus filhos, dizendo-lhes: “Sejam férteis, multipliquem-se e encham a terra”.*

O primeiro livro do antigo testamento pontua a importância da reprodução humana e determina um preceito religioso, seguido tanto pelo povo judeu como por cristãos.

Contudo não só no livro bíblico se encontra a relevância que se dá à fertilidade. No Código de Manu<sup>2</sup>, no livro IX, artigo 59, se previa:

*Não havendo filhos, a desejada gravidez pode ser obtida pela coabitação da esposa, convenientemente autorizada com um irmão, ou algum outro parente até sexto grau do marido.*

---

<sup>2</sup> Ensina-nos Rodrigo Arnoni Scalquette que o “Código de Manu tem um contexto mais religioso do que jurídico. O nome Manu não se refere a uma pessoa, mas sim a uma denominação que se refere à casta dos brâmanes – religiosos da casta superior. Era dividido em 12 livros com 2.685 artigos escritos em sânscrito e na forma de versos. Estabeleceu, também, o sistema de castas da sociedade hindu, aproximadamente no ano 1000 antes de Cristo.” SCALQUETTE, Rodrigo Arnoni. **Lições Sistematizadas de História do Direito**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 6.

Notamos que tamanha era a importância da descendência que permitia-se, inclusive, a prática de um “adultério autorizado” para que o intento fosse alcançado.

Registramos, ainda, que o mesmo diploma previa, até mesmo, a “substituição” da mulher que não gerasse filhos (artigo 81).

Sublinhamos que a importância da descendência ainda existe na atualidade, mas, todavia, com motivações diferenciadas que não podem ser mais entendidas como imposições sociais e/ou legais, mas sim vinculadas ao livre arbítrio dos genitores em decisão de caráter pessoal e familiar, decisão que, frise-se, é protegida pela Constituição Federal quando garante a liberdade de planejamento familiar, fundada na dignidade da pessoa humana e paternidade responsável em seu artigo 226, parágrafo 7º.

Dessa forma, a evolução social seguiu lado a lado com a evolução científica no âmbito da medicina reprodutiva.

Assim como a ciência caminhou para a descoberta e classificação de problemas de saúde que impedem a concepção e a gestação, também prosseguiu na pesquisa quanto a possíveis soluções para tais problemas, momento em que as técnicas de reprodução humana passaram a ser utilizadas em favor das pessoas que não conseguiam se reproduzir naturalmente.

A história registrou o nascimento do primeiro “bebê de proveta”, em 1978, na Inglaterra<sup>3</sup>. O nascimento de Louise Brown pela técnica da fertilização *in vitro* rendeu o prêmio Nobel de Medicina e Fisiologia ao professor emérito da Universidade de Cambridge - Robert Edwards, em 2010.

No Brasil, o surgimento do primeiro bebê, havido por fertilização *in vitro*, ocorreu em 1984, na região metropolitana de Curitiba<sup>4</sup> e, desde então, houve inúmeros avanços e aprimoramento das técnicas, mas acompanhados de dúvidas e incertezas.

### **Algumas consequências jurídicas da utilização das técnicas de reprodução humana assistida**

Há inúmeros os problemas jurídicos envolvendo a aplicação e uso das técnicas médico-reprodutivas.

Destacaremos, em razão da necessidade de concisão deste artigo, apenas três, mas que pela extensão e iminência dos danos que podem causar são suficientes para

---

<sup>3</sup> Cf. SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. **Estatuto da Reprodução Assistida**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 57.

<sup>4</sup> **Idem**.

demonstrar aos que se interessarem pelo tema que precisamos, com urgência, discutir e aprovar tutela legal específica para que complicações tanto nas relações familiares quanto nas relações sociais sejam evitadas.

A primeira observação que fazemos é quanto ao controle do material genético doado em caso de inseminação ou fertilização heterólogas, ou seja, técnicas que utilizam material genético de pelo menos um terceiro.

A Resolução com normas éticas, emanada do Conselho Federal de Medicina (Resolução n. 2.168/2017), em seu capítulo IV, item 6,<sup>5</sup> estabelece:

*Na região de localização da unidade, o registro dos nascimentos evitará que um(a) doador(a) tenha produzido mais de duas gestações de crianças de sexos diferentes em uma área de um milhão de habitantes.*

Embora não seja um mandamento legal, pois trata-se de resolução médica, importante notar que houve preocupação dos Conselheiros do Conselho Federal de Medicina em evitar a utilização de um mesmo material de doador em um número indeterminado de pessoas, adotando, para coibir tal possibilidade o critério acima.

Mesmo sendo louváveis a preocupação e a ação tomada no sentido de recomendar preceitos éticos nesta seara, parece-nos que a escolha dos critérios e da própria redação foi inadequada.

Em primeiro lugar qual seria o conceito de *região*, quando se utiliza a expressão “região de localização da unidade”? Podemos falar em região metropolitana, ou zonas norte e sul. Se indefinido o conceito, inviável a aplicação do controle.

Pensando em controle... como é feito? Não há, também, informações claras a este respeito.

Retomando o conceito de região, mesmo se pensarmos em região metropolitana, imaginarmos que em São Paulo, cuja população está estimada, pelo IBGE<sup>6</sup>, em doze milhões de pessoas, atingindo mais de 20 milhões em sua região metropolitana, não é possível dizer que seria recomendável que 24 ou 40 crianças nascessem com material genético de um mesmo doador. A possibilidade de relacionamentos e até casamentos entre “irmãos biológicos” seria imensa.

---

<sup>5</sup> Disponível em <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>, acessado em 24 de novembro de 2017, às 16hs.

<sup>6</sup> Disponível em <http://cidades.ibge.gov.br/xtras/perfil.php?lang=&codmun=355030&search=sao-paulo/sao-paulo|infograficos:-informacoes-completas>, acessado em 10 de agosto de 2017, às 18hs.

Além deste problema, sabe-se que empresas estrangeiras possibilitam critérios de escolha de doadores, baseados em características absolutamente superficiais como “pet favorito” que demonstram verdadeira “coisificação” do ser humano.

Outro problema que aflige os juristas que se dedicam à pesquisa na área da biotecnologia a favor da vida, é quanto ao destino dado aos embriões excedentários, ou seja, aqueles que “sobram” no tratamento de fertilização *in vitro*. Qual o destino a ser dado a estes embriões?

O SisEmbrio – Sistema Nacional de Produção de Embriões – vinculado à ANVISA - Agência Nacional de Vigilância Sanitária - e criado, em 2008, pela Resolução n. 29, divulga, anualmente, diversas informações sobre os BCTGs – Banco de Células e Tecidos Normativos – e, dentre elas, o número de embriões congelados.

Realizamos a consolidação destes dados para facilitar a visualização dos números, conforme segue<sup>7</sup>:

<b>1º relatório - 50 (120) BCTGs – embriões congelados</b>	<b>47.510 – doados*</b>	<b>- (2007)</b>
<b>2º relatório - 33 (120) BCTGs – embriões congelados</b>	<b>5.539 – doados* 220**</b>	<b>(2008)</b>
<b>3º relatório - 31 (120) BCTGs – embriões congelados</b>	<b>8.058 – doados* 74**</b>	<b>(2009)</b>
<b>4º relatório - 72 (120) BCTGs – embriões congelados</b>	<b>21.254 – doados 194**</b>	<b>(2010)</b>
<b>5º relatório - 77 (120) BCTGs – embriões congelados</b>	<b>26.283 – doados 29**</b>	<b>(2011)</b>
<b>6º relatório - 91 (120) BCTGs – embriões congelados</b>	<b>32.181 – doados -</b>	<b>(2012)</b>
<b>7º relatório - 93 (120) BCTGs – embriões congelados</b>	<b>38.062 – doados 366**</b>	<b>(2013)</b>
<b>8º relatório - 106(120) BCTGs – embriões congelados</b>	<b>47.812 – doados 227</b>	<b>(2014)</b>
<b>9º relatório - 141 BCTGs – embriões congelados</b>	<b>67.359 – doados 48</b>	<b>(2015)</b>
<b>10º relatório- 141(160) BCTGs – embriões congelados</b>	<b>66.597 – doados 83</b>	<b>(2016)</b>

**\* dados alterados de acordo com consolidação do 8º relatório SisEmbrio**

**\*\* dados alterados de acordo com consolidação do 9º relatório SisEmbrio**

Como podemos observar, já foram congelados mais de 360 mil embriões e doados para pesquisa pouco mais de 1.200.

São números expressivos se pensarmos que não há legislação que traga previsão de um destino possível para estes embriões, já que a lei de Biossegurança (Lei

<sup>7</sup> O 7º relatório do Sistema Nacional de Produção de Embriões está disponível no link: <http://portal.anvisa.gov.br/documents/33840/2817584/7%C2%BA+Relat%C3%B3rio+do+Sistema+Nacional+de+Produ%C3%A7%C3%A3o+de+Embri%C3%B5es+%E2%80%93+SisEmbrio/48b24acb-f204-400d-afea-0c709ea0b268>

11.205/2005), determinou critérios para que embriões fossem doados para a pesquisa. Vejamos:

*Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização **in vitro** e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:*

*I – sejam embriões inviáveis; ou*

*II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.*

*(...) (grifo nosso)*

Como também se pode constatar, o envio para pesquisa, na hipótese do inciso II, é apenas e tão somente para embriões já congelados há três anos na data da publicação da lei ou que completassem os três anos, desde que já estivessem congelados na data de sua publicação. Ou seja, o envio para a pesquisa não é legalmente permitido para embriões congelados a partir da publicação da lei.

Estariam estes embriões condenados ao congelamento eterno?

Importante ressaltar que o artigo 5º da Lei de Biossegurança foi objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn 3.510), com o argumento de que o envio para a pesquisa violaria o Direito à Vida do embrião. A decisão foi dada em 29 de maio de 2008, momento em que os Ministros do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos (6x5), decidiram pela improcedência do pedido, ou seja, consideraram que o artigo 5º não era inconstitucional e, portanto, os embriões poderiam ser doados para pesquisa.

Ressalte-se que esta ação movimentou toda a sociedade e pudemos constatar que não só valores jurídicos, mas valores éticos, morais e religiosos estavam em voga naquela disputa judicial.

Mesmo tendo sido o destino de embriões excedentários decido pelos Ministros da Corte Constitucional, o impasse continuou, pois havia milhares de embriões que ainda permaneciam congelados como se pôde notar, gerando um problema não só para clínicas médicas que, por vezes, lidavam com o “abandono” de embriões por parte de casais que conseguiam sucesso nas primeiras tentativas ou desistiam do tratamento, mas também por aquelas famílias que não tinham mais interesse de implantar estes embriões, mas consideravam-nos como “filhos” não sabendo qual destino lhes dar.

Este impasse acabou gerando uma outra situação polêmica em termos éticos.

Resolução médica de n. 2.121, elaborada em 2015, também emanada do Conselho Federal de

Medicina, com normas éticas destinadas a nortear a prática médica, recentemente revogada pela resolução 2.168 de 2017, determinava em seu capítulo V, item 4<sup>8</sup>:

*Os embriões criopreservados com mais de cinco anos poderão ser descartados se esta for a vontade dos pacientes. A utilização dos embriões em pesquisas de células-tronco não é obrigatória, conforme previsto na Lei de Biossegurança.*

A atual resolução (Resolução n. 2.168/2017), por sua vez, manteve a possibilidade de descarte, mas alterando o prazo. Vejamos o item 4, do capítulo V<sup>9</sup>:

*Os embriões criopreservados com três anos ou mais poderão ser descartados se esta for a vontade expressa dos pacientes.*

Nossos questionamentos são no sentido de saber se estaria nas mãos de uma Resolução este poder e se sem previsão legal embriões poderiam ser descartados, ou seja, destruídos. Como pensar em uma discussão jurídica travada no Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade de um artigo que previa que embriões poderiam ser enviados para pesquisa com células-tronco embrionárias e, sete anos depois, uma resolução médica autorizar o descarte, ou seja, destruição de embriões, sem que esta decisão tivesse sido discutida nas casas legislativas?

Onde estaria, neste caso, a garantia constitucional do direito à vida que motivara a primeira discussão sobre o destino de embriões<sup>10</sup>?

Por fim, para encerrarmos nossa breve demonstração das inúmeras consequências jurídicas que podem advir da utilização das técnicas médicas reprodutivas, ressaltamos a questão da reprodução assistida *post mortem*.

<sup>8</sup> Disponível em <http://www.cremers.org.br/download/2121-2015.pdf>, acessado em 10 de agosto de 2017, às 17hs.

<sup>9</sup> Disponível em <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>, acessado em 24 de novembro de 2017, às 16hs.

<sup>10</sup> A respeito da proteção constitucional da vida humana, Flávio Martins questiona: “A partir de qual momento a vida é tutelada pelo Direito Constitucional? A nossa Constituição não determina, ao contrário do que fez o Pacto de São José da Costa Rica, que no seu artigo 4º, item 1, afirma que a vida deve ser protegida desde a concepção. Mas o que é concepção? É a fecundação do óvulo pelo espermatozoide ou a nidação (a implantação do óvulo fecundado no útero materno)? Embora o assunto seja polêmico, a Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre isso decidiu. No caso “Artavia Murillo e outros vs. Costa Rica”, cuja sentença foi prolatada em 28 de novembro de 2012, a Corte Interamericana de Direitos Humanos decidiu que “somente quando se cumpre o segundo estágio do desenvolvimento embrionário (a nidação ou implantação) é que se permite entender que houve a concepção. Questão importante examinada pela Corte Internacional de Direitos Humanos foi a interpretação da expressão “em geral”, presente no artigo 4º, item 1, do Pacto de São José da Costa Rica. Segundo a Corte: “toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, **em geral**, desde o momento da concepção”. **Curso de Direito Constitucional**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 817-818.

No Código Civil de 2002, no artigo 1.597, se estabelece que é filho por presunção:

(...)  
*III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;*  
(...)

Como se pode depreender, nada se determinou sobre a necessidade de autorização do falecido ou sobre a possibilidade de mulher deixar óvulos congelados para serem utilizados após o seu falecimento, já que estamos em uma sociedade igualitária desde a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, bem como nada se estipulou sobre o eventual direito à herança do filho nascido após morte de seu genitor, direito também garantido constitucionalmente.

Nas palavras de Marta Bessa,

(...) de facto, é perante os avanços rápidos da biotecnologia que se torna cada vez mais premente a necessidade de legislar em dadas matérias de cariz ético que se confrontam com o ser humano e revelam ser ameaçadoras da dignidade, desde o seu início, no zigoto, até à sua extinção, pela doença ou senilidade e morte.<sup>11</sup>

E, de fato, em consonância com o alerta feito pela pesquisadora portuguesa, nossa pesquisa nesta área não se resumiu à reflexão, mas se traduziu em ação concreta para que tão árida matéria pudesse contar, a exemplo do que já existe em outros países<sup>12</sup>, com uma legislação específica que harmonizasse as relações sociais que da utilização das técnicas médicas reprodutivas decorreriam.

Idealizamos, a pedido da Comissão de Biotecnologia e Estudos sobre a Vida da OAB/SP, anteprojeto de lei do *Estatuto da Reprodução Assistida*, que permaneceu em Consulta Pública por 180 (cento e oitenta dias) no site da OAB/SP, até que foi apresentado no Congresso Nacional pelo então Deputado Eleuses Paiva (PSD/SP). Atualmente, o projeto – reapresentado pelo deputado Juscelino Rezende Filho (PRP/MA), sob o número 115/2015, tramita em regime de urgência.<sup>13</sup>

---

<sup>11</sup> BESSA, Marta Raquel Ribeira. **A densificação dos princípios da bioética em Portugal. Estudo de Caso: a atuação do CNECV.** In Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Ano XI. Porto/Portugal, 2014, p. 275.

<sup>12</sup> Para maiores informações vide SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. **Estatuto da Reprodução Assistida.** São Paulo: Saraiva, 2010, p. 245-290.

<sup>13</sup> O PL 115/2015 está disponível no site da Câmara dos Deputados e pode ser acessado pelo link: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=7F4F744A011269732CD20CDA39389BE6.proposicoesWebExterno1?codteor=1296985&filename=PL+115/2015](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=7F4F744A011269732CD20CDA39389BE6.proposicoesWebExterno1?codteor=1296985&filename=PL+115/2015).



Este diploma, composto por 106 artigos, visa a instituir um diploma específico próprio para disciplinar a Reprodução Humana, englobando uma proteção principiológica bastante detalhada, juntamente com tutela no âmbito civil, administrativo e penal.

O *Estatuto da Reprodução Assistida* foi idealizado a fim de harmonizar as relações que decorrerem da utilização das novas técnicas médico-reprodutivas, que fizeram com que passássemos do *direito à reprodução* para o *direito da reprodução*.

Luísa Neto ensina que

(...) as normas não existem no vácuo, mas são encontradas lado a lado com códigos morais e sociais de maior ou menor complexidade e definição, ou com a Ética que está antes e para lá de todo o Direito, assim conectando novamente os conceitos (de valoração fechada) e os princípios/valores (de conteúdo rarefeito) num sistema aberto, com mobilidade, heterogeneidade, e modelo cibernético, em que impere uma realização ou concretização funcional, uma perspectiva teleológica de ponderação das consequências da decisão de interação permanente entre centro e periferia.<sup>14</sup>

Assim foi idealizado o Estatuto, para, inspirado por valores éticos, fosse um sistema aberto, capaz de acompanhar o avanço científico sem perder de vista a segurança jurídica que se busca e espera nas relações sociais.

## **Conclusões**

O avanço científico e biotecnológico quando se desenvolve a favor da vida humana deve ser sempre permeado por valores éticos, a fim de garantir o respeito integral aos direitos constitucionalmente protegidos, como é o direito à vida.

A ânsia pelo novo, pela descoberta, deve se pautar pelos limites impostos pelos valores que podem ser resumidos em um mandamento maior que é o de respeito à dignidade humana.

Em área complexa como a da Reprodução Humana Assistida, em que inúmeras são as consequências da aplicação e uso das novas técnicas médicas, urge aprovar um diploma legal específico para tutelar as várias consequências que delas decorrem, como acreditamos que conseguimos exemplificar.

---

<sup>14</sup> NETO, Luísa. **Novos Direitos. Ou novo(s) objecto(s) para o direito?** Porto/Portugal: U. Porto Editorial, 2010, p. 11.

Resta-nos discutir, difundir e refletir sobre estes problemas a fim de que, conscientizados por esta premência, possamos alcançar o que outros países já conquistaram, ou seja, a tutela específica da matéria.

A nosso ver, a autonomia da escolha sobre qualquer tratamento passa, necessariamente, pela informação que é dada ao paciente, informação que inclui eventuais consequências jurídicas, que um estatuto próprio pode garantir e aclarar.

### **Referências Bibliográficas**

BESSA, Marta Raquel Ribeiro. **A densificação dos princípios da bioética em Portugal. Estudo de Caso: a atuação do CNECV.** In Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Ano XI. Porto/Portugal, 2014.

MARTINS, Flávio. **Curso de Direito Constitucional.** 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

NETO, Luísa. **Novos Direitos. Ou novo(s) objecto(s) para o direito?** Porto/Portugal: U. Porto Editorial, 2010.

SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. **Estatuto da Reprodução Assistida.** São Paulo: Saraiva, 2010.

SCALQUETTE, Rodrigo Arnoni. **Lições Sistematizadas de História do Direito.** São Paulo: Atlas, 2014.