



Revista Brasileira de Bioética

Os direitos reprodutivos no contexto da fertilização in vitro e o problema dos embriões excedentários

Reproductive rights in the context of in vitro fertilization and the problem of surplus embryos

Resumo: Hoje, o avanço tecnológico está intimamente vinculado aos meios de aquisição de poder e carece de construções valorativas. Isso justifica a necessidade crescente de um maior fortalecimento da proteção jurídica do embrião extracorporal a fim de que o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana seja efetivamente concretizado. O objetivo precípua deste trabalho é delimitar o conteúdo dos direitos reprodutivos. Em um segundo momento, a partir do pressuposto de que o embrião extracorporal é pessoa e, portanto, sujeito de direitos personalíssimos, intenta-se demonstrar a inconstitucionalidade da produção dos embriões excedentários e propor a substituição dessa prática pela técnica vitrificação de ovócitos – técnica promissora para o tratamento de infertilidade da reprodução assistida. A pesquisa proposta alinha-se, assim, à vertente das pesquisas jurídico-compreensivas e jurídico-propositivas.

Palavras-chave: Direitos reprodutivos, reprodução assistida, embriões excedentários, vitrificação de ovócitos.

Abstract: Today, technological advancement is closely tied to the means of acquiring power and lacks evaluative constructs. It justifies the growing need for a further strengthening of the legal protection of the extracorporeal embryo so that the Principle of Human Dignity is effectively implemented. The objective of this research is to define the reproductive rights. In a second moment, starting from the assumption that the extra-corporeal embryo is a person and, therefore, subject of personal rights, it intends to demonstrate the unconstitutionality of the production of surplus embryos and to propose the replace of this practice by the cryopreservation of oocytes vitrification - a promising new technique for assisted human reproduction. The legal proposed research is both comprehensive and purposeful.

Keywords: Reproductive rights, assisted reproduction, surplus embryos, oocytes vitrification.

Kalline Carvalho Gonçalves Eler
Universidade Federal de Juiz de
Fora, Governador Valadares, MG,
Brasil
kalline.eler@ufjf.edu.br

Introdução

O progresso científico no campo biomédico e o controle dos processos jurídico-sociais que acompanham tal progresso não caminham com a mesma velocidade, havendo uma enorme defasagem entre a rapidez do primeiro e a lentidão do segundo.

É notória, portanto, a necessidade, cada vez mais urgente, de respostas jurídicas para essa sociedade tecnologicamente avançada. As alterações constantes no plano tecnológico devem ser inevitavelmente acompanhadas por uma mudança no ambiente jurídico-institucional.

No que diz respeito às tecnologias reprodutivas, verifica-se que a regulação pelo Direito Brasileiro está à mercê da técnica, pois pouca reflexão ética tem sido transposta para o campo jurídico. Cita-se, por exemplo, a autorização da produção excedente de embriões com o escopo de aumentar as chances de êxito do tratamento contra a infertilidade e de desonerá-lo financeiramente.

Sem menção a qualquer estudo sobre a viabilidade do embrião criopreservado por períodos maiores e alegando a inexistência de pesquisas contundentes sobre as consequências da criopreservação, o Relatório de Warnock (1984) recomendou que os embriões excedentários congelados fossem analisados após cinco anos e que o limite temporal máximo de criopreservação fosse de 10 anos, período após o qual o direito de usar e de dispor passaria à autoridade responsável pelo armazenamento.

No Brasil, a Lei de Biossegurança estipula o prazo de três anos de criopreservação, mas diante de registros de nascimentos de embriões congelados há cinco, oito e até vinte anos (DOWLING-LACEY, MAYER, JONES, BOCCA et al., 2011), ainda permanece a questão se esse prazo de três anos foi estipulado de maneira aleatória, para atender aos anseios de cientistas e grandes laboratórios em utilizar as células-tronco embrionárias em pesquisas.

A técnica do congelamento de embriões excedentários tem sido empregada para tornar o procedimento menos traumático para a mulher e menos custoso, pois em caso de fracasso da primeira tentativa, não é necessário proceder a uma nova hiperestimulação hormonal para obter mais óvulos. Motivos econômicos também justificam a geração dos embriões supranumerários, pois garantem maior probabilidade de êxito do tratamento, reduzindo os custos financeiros uma vez que não será necessário realizar novamente todo o procedimento bem como o tratamento hormonal, uma das etapas mais custosas da fecundação *in vitro*.

A crioconservação de embriões excedentes, apesar de ser amplamente empregada, suscita alguns questionamentos. O ordenamento brasileiro não admite a produção de embriões exclusivamente para pesquisa, sendo autorizada apenas a pesquisa com embriões

excedentários nos moldes da Lei nº 11.105, que é dependente das técnicas de reprodução assistida, pois são elas que tornam possível a existência dos embriões supranumerários.

O presente trabalho, primeiramente, adota o caminho metodológico que não questiona o que é ser pessoa para o Direito, mas quais implicações traz, para o Direito, e por conseguinte para a Bioética, o fato de se ser pessoa. A questão nesse sentido não interroga o ordenamento jurídico, interroga a própria realidade. Coloca-se fora do Direito, enquanto sistema positivo, e lança-se no plano da ontologia, da reflexão metajurídica indagando se existe dualidade entre ser humano e pessoa.

Em um segundo momento, o artigo problematiza o conteúdo dos direitos reprodutivos no campo da reprodução assistida e investiga se é possível falar em direitos personalíssimos do embrião.

Seres humanos não pessoas?

Um grupo de autores, aqui, denominado Personista ou Dualista, dissociam ser humano e pessoa. Singer (1994) fundamenta seu conceito no critério da racionalidade e da autoconsciência; Harris (1999) adota o critério da capacidade de valorar a própria existência e, Engelhardt (2008) enfatiza a capacidade de dar permissão. A pessoa, para tais autores, assimila-se a uma soma de atividades em lugar de ser reconhecida como o ato fundante do indivíduo que pertence a uma natureza racional.

A adoção desse entendimento que diferencia pessoas e seres humanos traz como consequência inevitável a possibilidade de que as pessoas tenham o poder de impor seus interesses aos seres humanos não-pessoas sem qualquer preocupação de respeito, uma vez que inexitem limites morais e direitos exigíveis.

Os posicionamentos apresentados conduzem a consequências éticas semelhantes: qualquer ser que não manifeste as características anteriormente expostas não é merecedor do status de pessoa e, portanto, em relação a ele, inexitem quaisquer obrigações morais. Ao se adotar o pensamento dos Personistas, a atitude que surge é de indiferença frente aos seres humanos mais frágeis. O respeito apenas se dirige a um número limitado de indivíduos seletos que tenham a sorte de possuir certas qualidades julgadas essenciais.

O critério da autoconsciência revela um reducionismo intelectualista que considera tão-somente uma parte da pessoa – o exercício atual da consciência – como se fosse o todo. Consequentemente, discrimina os seres humanos conforme suas capacidades intelectuais, atribuindo aos indivíduos intelectualmente mais pobres um valor inferior aos demais.

Nesse ambiente, torna-se impossível sustentar qualquer concepção de Direitos Humanos, pois estes, como assevera Spaemann (2010), estão alicerçados no pressuposto que reconhece o ser humano como integrante de uma comunidade internacional em

construção, razão pela qual, idealmente, não há diferença no espectro de garantias e direitos.

Andorno (2012) em suas reflexões salienta que o reducionismo que enxerga o ser humano como apenas consciência não teve grandes consequências em épocas passadas, pois se restringia ao âmbito do debate acadêmico. Hoje, contudo, essa visão dualista acaba por justificar o fracionamento do ser humano, que se torna uma matéria indiferenciada. Diante do contexto biotecnológico, o autor ressalta a urgência em se refletir com maior cautela, livre de preconceitos antimetafísicos, sobre a natureza humana.

Em oposição ao conceito reducionista de pessoa, um grupo de autores contemporâneos retoma o entendimento de Boécio acerca da pessoa, ressaltando que a melhor compreensão da pessoa é aquela que tem um fundamento ôntico, mas também axiológico, pois o homem é um ser ativo na sua história cujas experiências permitem revelar os valores de cada época. Essa vertente, denominada aqui Substancialista é defendida por autores como Spaemann (2010), Andorno (2012) e Palazzani (2007) que, em linhas gerais, identificam o conteúdo do termo pessoa com a essência humana.

Esses autores rechaçam a definição de pessoa a partir da autoconsciência, pois a autoconsciência é dada pelo fato de termos, primeiramente, uma natureza propensa a essa capacidade racional. O ser humano tem uma natureza que pode manifestar-se em autoconsciência; é portador de uma unidade e continuidade e, por conseguinte, ainda que um ser humano deixe de possuir algumas das suas capacidades racionais, em determinado momento da vida, não deixará de ser pessoa, merecendo, pois, o mesmo respeito que é devido a todos os seres humanos, independentemente das condições fáticas em que se encontra.

A pessoa, portanto, não se confunde com o exercício efetivo de alguma capacidade ou função; não é um conceito que surge após uma análise que busca determinar taxativamente suas características. A escolha de certas características para a definição da pessoa será sempre arbitrária e implicará a aceitação de que alguns detêm autoridade e poder para decidir em quais condições se é ou deixa de ser pessoa.

De uma perspectiva substancialista da pessoa, o ser pessoal não depende do exercício de certas funções no ser vivo. Assim, não basta observar no embrião pré-implantatório a presença de certas capacidades – que exigem forçosamente tempo para se desenvolverem – para negar sua personalidade.

A ciência até hoje não se encontra em condições de contestar o fato de que não acontece nenhum fenômeno ulterior que torne humano quem já não o era. A personalidade, assim, não é o resultado de um processo do qual do algo deriva o alguém, logo, o embrião humano extracorporal não pode ser tido como uma pessoa em potencial, mas tão somente como uma pessoa em uma fase determinada de seu desenvolvimento. Existe unidade e continuidade no ser humano e, por isso, ainda que em diferentes fases de desenvolvimento, é o mesmo ser que se manifesta (SPAEMANN, 2010).

A história da humanidade, tal como enfatiza Palazzani (2007), é repleta de exemplos de transformação do ser humano em objeto para fins de outras pessoas. O colonialismo, a escravidão, o racismo e o nazismo, como formas de discriminação, deixaram evidente a vulnerabilidade da condição humana. Hoje, no contexto das inovações tecnológicas, fica a interrogação se não se está presenciado um novo tipo de discriminação, mais sutil, que considera como pessoa apenas o ser humano com determinado grau de desenvolvimento, físico, psíquico e social.

Tecnologias Reprodutivas: desejo ou direito ao filho?

Segundo Ortega Y Gasset (1991), não há como dissociar homem, técnica e bem-estar. Os três elementos podem ser encarados como sinônimos quando se tem consciência de que a vida significa para o homem não apenas um simples estar, mas um bem estar. É o bem-estar, e não o estar a necessidade fundamental do homem que o impelle a transformar a natureza através da técnica.

A técnica, nessa perspectiva, é a resposta do homem que impõe à natureza uma mudança; é uma reação enérgica contra alguma situação circundante a fim de se alcançar o bem-estar. Esse bem-estar nunca é estático, ao contrário, é um ponto de partida e chegada que se movimenta ao longo da história da humanidade em constante mutação, criando-se repertórios cada vez mais diversificados de necessidades de bem-estar. Por conseguinte, sendo a técnica dependente dessa ideia de bem-estar, sua mutabilidade é também inevitável.

A técnica, assim, apresenta-se como superação de uma realidade permeada por dificuldades a fim de concretizar os desejos eleitos. Através dela, o homem realiza seu programa imaginário de existência (ORTEGA Y GASSET, 1991).

O desenvolvimento das tecnologias reprodutivas insere-se nesse contexto visto que a impossibilidade de ter filhos com a herança genética de um ou de ambos os pais representa uma contradição existencial a ser superada, estimulando os avanços cada vez mais sofisticados nessa área.

Ausente o desejo de ter um filho, a infertilidade deixa de ser um obstáculo a se transpor e, com isso, não há procura de serviços de reprodução assistida, como já sublinhado. Por outro lado, quando há o desejo, essas inovações tecnológicas eliminam a frustração daqueles que não podem naturalmente conceber.

O estabelecimento das técnicas de procriação medicamente assistida está intrinsecamente ligado ao desejo de filhos, de família, de reprodução e de continuidade, sendo esses desejos os legitimadores, em última instância, do surgimento das inovações biotecnológicas no campo da medicina reprodutiva.

Ballester (2011), entretanto, observa que a ciência médica ao invés de esforçar-se para identificar com maior clareza as causas da infertilidade tem simplesmente optado

pela substituição artificial da função reprodutora, mesmo quando a situação é de subfertilidade, algo comprovado pelo crescente recurso às técnicas de reprodução assistida. Para o autor, as técnicas de reprodução assistida não correspondem a verdadeiros tratamentos terapêuticos; não curam a infertilidade, pois o objetivo é garantir a produção de um bebê. Não há também uma subordinação estrita do recurso às técnicas reprodutivas a razões médicas, ou seja, às situações de infertilidade, pois, a técnica pode ser empregada por pessoas que não se encontram em uma situação de infertilidade.

O recurso à reprodução assistida insere-se em um contexto cultural com forte ênfase na autonomia, sendo a impossibilidade de procriar vista como um grave obstáculo à liberdade, ao livre arbítrio e ao controle individual na formação das famílias (CORREA, LOYOLA, 2015).

Corrêa (2001) assevera, todavia, ser muito difícil determinar em que medida o recurso à reprodução assistida expressa um exercício da vontade individual e em que medida é produto de condicionamentos sociais. A rede de desejos, objetos técnicos, possibilidades morais e recursos materiais são tecidos de maneira complexa, sendo impossível dissociar o social e o material do desejo de filhos. Nesse sentido, questiona-se se seriam as tecnologias reprodutivas geradoras de um novo tipo de desejo de ter filhos e qual o papel das próprias tecnologias na demanda por filhos da reprodução assistida.

Invocar o acesso às tecnologias reprodutivas sob o argumento do desejo de ter filhos como direito reprodutivo tem, entretanto, problemas e desdobramentos, que não podem ser ignorados, ao contrário, precisam ser exaustivamente debatidos.

Na atual conjuntura, percebe-se a conversão do desejo na reivindicação do direito a um filho, percepção equivocada que ignora a posição do embrião enquanto sujeito de direito, fim em si mesmo, e não meio de realização de projeto de terceiros. O embrião humano não é um produto sobre os quais os pais detêm direitos, ao contrário, são responsáveis por esse ser que se encontra em uma situação de vulnerabilidade e dependência. *In vitro* ou *in vivo* a natureza humana é a mesma. Nesse sentido, Neves (2009, p.134):

A invocação do princípio da autonomia para o recurso à procriação medicamente assistida implica o deslocamento da atenção à doença do casal e ao seu tratamento para a pessoa individual e os seus interesses, o que, relativamente, à geração de uma nova vida, favorece o deslocamento da atenção do filho a gerar, enquanto projeto parental, para os candidatos a pais, enquanto sujeitos dotados de vontade própria e livres. Em suma, a consideração exclusiva do princípio da autonomia no âmbito da procriação medicamente assistida conduz à conversão do comum desejo de um filho, enquanto expressão de um projeto parental, num reivindicado direito a um filho, enquanto visado pela liberdade dos candidatos a pais.

O desejo e a decisão autônoma expressos por aqueles que almejam um filho devem ser confrontados com as questões éticas envolvendo a prática da reprodução assistida.

Um conflito aparente: direitos reprodutivos e os direitos personalíssimos do embrião

Os direitos sexuais e reprodutivos foram reconhecidos, pela primeira vez como direitos humanos, na Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento do Cairo de 1994 que consolidou um documento assinado por 179 Estados, entre eles o Brasil, estabelecendo princípios éticos concernentes aos direitos reprodutivos (UNITED NATION, 1995). Nesse sentido, merece destaque o princípio 4:

Promover a equidade e a igualdade dos sexos e os direitos da mulher, eliminar todo tipo de violência contra a mulher e garantir que seja ela quem controle sua própria fecundidade são a pedra angular dos programas de população e desenvolvimento. Os direitos humanos da mulher, das meninas e jovens fazem parte inalienável, integral e indivisível dos direitos humanos universais. A plena participação da mulher, em igualdade de condições na vida civil, cultural e econômica, política e social em nível nacional, regional e internacional e a erradicação de todas as formas de discriminação por razões do sexo são objetivos prioritários da comunidade internacional (p.12, tradução livre).

O Programa de Ação do Cairo relaciona os direitos reprodutivos com a definição de saúde adotada pela Organização Mundial da Saúde em 1946 (World Health Organization, 2006) que a conceitua não apenas como a ausência de doença, mas como a situação de perfeito bem-estar físico, mental e social.

A saúde reprodutiva é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não de mera ausência de doença ou enfermidade, em todos os aspectos relacionados ao sistema reprodutivo, suas funções e processos. A saúde reprodutiva implica, por conseguinte, que a pessoa possa ter uma vida sexual segura e satisfatória, tendo a capacidade de reproduzir e a liberdade de decidir sobre quando e quantas vezes deve fazê-lo. Está implícito nesta última condição o direito de homens e mulheres de serem informados e de terem acesso aos métodos eficientes, seguros, aceitáveis e financeiramente compatíveis de planejamento familiar, assim como a outros métodos de regulação da fecundidade a sua escolha e que não contrariem a lei, bem como o direito de acesso a serviços apropriados de saúde que propiciem às mulheres as condições de passar com segurança pela gestação e parto, proporcionando aos casais uma chance melhor de ter um filho sadio. Em conformidade com a definição acima de saúde reprodutiva, a assistência à saúde reprodutiva é definida como a constelação de método, técnicas e serviços que contribuem para a saúde e o bem-estar reprodutivo, prevenindo e resolvendo os problemas de saúde reprodutiva. Isto inclui igualmente a saúde sexual, cuja finalidade é a melhoria da qualidade de vida e das relações pessoais e não o mero aconselhamento e assistência relativos à reprodução e às doenças sexualmente transmissíveis (p.40).

A partir dessa correlação, é apresentado no parágrafo subsequente do Programa de Ação o conceito dos direitos reprodutivos:

Os direitos reprodutivos abrangem certos direitos humanos já reconhecidos em leis nacionais, em documentos internacionais sobre direitos humanos em outros documentos consensuais. Esses direitos se ancoram no reconhecimento do direito básico de todo casal e de todo indivíduo de decidir livre e responsavelmente sobre o número, o espaçamento e a oportunidade de ter filhos e de ter a informação e os meios de assim o fazer, e o direito de gozar do mais elevado padrão de saúde sexual e reprodutiva. Inclui também seu direito de tomar decisões sobre a reprodução, livre de discriminação, coerção ou violência, como expresso nos documentos relativos aos

direitos humanos. No exercício desse direito, as pessoas devem levar em conta as necessidades de suas vidas e de seus futuros filhos e suas responsabilidades para com a comunidade. A promoção do exercício responsável desses direitos por todas as pessoas deve constituir a base fundamental das políticas e programas estatais e comunitários na área da saúde reprodutiva, inclusive do planejamento familiar. Como parte desse compromisso, deve-se dar plena atenção à promoção do respeito mútuo e das relações equitativas de gênero e particularmente às necessidades educacionais e de serviços dos adolescentes para torna-los aptos a tratar de forma positiva e responsável sua sexualidade (p.40, tradução livre, sem grifo no original).

O fundamento dos direitos reprodutivos, como se extrai dos trechos acima transcritos, reside essencialmente na autonomia de decidir sobre a procriação, o que reflete no número de filhos e no intervalo dos seus nascimentos, sendo, para tanto, necessário assegurar o acesso a informações, meios seguros e um padrão de saúde reprodutiva elevado.

Os direitos sexuais, por sua vez, apesar de igualmente, terem como fundamento a autonomia, divergem-se dos direitos reprodutivos, pois como elucidam Piovesan e Pirrota (2014), os direitos sexuais compreendem, de forma não taxativa, o direito de decidir livre e responsabilmente sobre sua sexualidade; direito de ter controle sobre o próprio corpo; direito de viver livremente sua orientação sexual sem discriminações, coação ou violência; direito a receber educação sexual; direito à privacidade; o direito de acesso às informações e aos meios para desfrutar de um alto padrão de saúde sexual; e o direito a fruir do progresso científico e a consentir livremente à experimentação, com os devidos cuidados éticos.

Reconhece-se, assim, que, apesar de tangenciarem-se, direitos reprodutivos diferem-se dos direitos sexuais, sendo possível tanto o sexo sem reprodução quanto a reprodução sem sexo.

O conceito de direitos sexuais e reprodutivos compreende não apenas o livre exercício da sexualidade e da reprodução humana, autonomia que requer a não interferência do Estado e dos particulares; mas também políticas públicas, que assegurem a saúde sexual e reprodutiva.

Nesta ótica promocional, Piovesan e Pirrota (2014) enfatizam que o essencial é proporcionar o acesso a informações, tratamentos, meios e recursos seguros, em suma, o mais alto padrão de saúde reprodutiva e sexual, tendo em vista que saúde não equivale à mera ausência de enfermidades, antes, no contexto sexual e reprodutivo, significa a capacidade de desfrutar de uma vida sexual segura e satisfatória e reproduzir-se com a liberdade de decidir o momento e a frequência. Em síntese, o foco da função promocional do Estado está na necessidade de desenvolvimento de institutos jurídico-políticos capazes de ampliar as possibilidades de realização das pessoas.

Essa concepção encontra respaldo no §7º do art. 226 da Constituição Brasileira quando afirma que o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. Esse dispositivo é

regulamentado pela Lei nº 9.263 que define as políticas públicas para implementação de serviços de planejamento reprodutivo, de acesso a meios preventivos e educacionais de regulação de fecundidade e prevenção de doenças sexualmente transmissíveis.

O direito ao planejamento familiar funda-se, assim, na eleição da entidade familiar, a partir dos recursos e informações fornecidos pelo poder público, sem os quais a liberdade de compor a família não seria autêntica. Trata-se de um espaço de autonomia garantido pelo Estado para que os indivíduos possam desenvolver da forma mais plena possível sua personalidade no contexto familiar.

Inicialmente, é possível cogitar a existência de um conflito entre o direito ao desenvolvimento continuado dos embriões excedentários e o direito dos pais à reprodução resultante do emprego da tecnologia que deveria ser resolvido, conforme as lentes dos pós-positivismo, pela utilização dos postulados da concordância prática e da proporcionalidade a fim de conciliar os interesses colidentes, com sua mínima restrição possível e máxima realização dos seus preceitos.

Todavia, alicerçado no marco teórico segundo o qual todo ser humano tem personalidade jurídica graças ao seu ato de ser dotado de intensidade única e dignidade constitutiva, defende-se que o embrião criopreservado é sujeito de direitos com aptidão para tornar-se titular de cada situação de direito conforme o seu desenvolvimento.

Rechaça-se aqui a teoria do pré-embrião segundo a qual não existe ser humano propriamente dito até o décimo quarto dia após a concepção, existindo apenas um emaranhado indiferenciados de células humanas com predisposição para gerar um ou mais indivíduos.

A unidade de estrutura e funções hierarquicamente integradas na fase do embrião pré-implantatório contradizem essa teoria. O zigoto apesar de ser uma célula única é diferente das demais células do corpo, pois é através do zigoto que será possível a iniciação e o desenvolvimento do novo e irrepitível programa genético. É no genoma humano do zigoto que reside o poder de dirigir e guiar autonomamente o desenvolvimento em uma certa direção.

O embrião não é, em nenhum momento, um conjunto indiferenciado de células, pois mesmo na fase de embrião de duas células, cada uma delas apresenta características determinadas que se ordenam tendo como fim o desenvolvimento do indivíduo. A primeira divisão mitótica do zigoto é uma divisão assimétrica que dá lugar a duas linhagens celulares com fins distintos. A célula da primeira divisão celular que herda a posição de entrada do espermatozoide tende a dividir-se primeiro na segunda divisão celular, dando lugar transitoriamente a um embrião de três células. Esse fato supõe um desenvolvimento diferencial no embrião desde o estado de duas células que tem como resultado uma assimetria na segunda divisão celular e sugere também que o espermatozoide pode fornecer informação ao citoplasma do óvulo de maneira a influenciar na ordem da divisão celular, determinando o desenvolvimento axial do embrião (CASTRO, 2008).

Assim, sob o viés teórico adotado, no que concerne ao contexto da procriação medicamente assistida, o direito dos futuros pais à reprodução só é legítimo enquanto respeite os direitos de personalidade do embrião, residindo, portanto, no acesso ao tratamento da infertilidade. Não está incluído no conceito de direitos reprodutivos, tal como já definido, o direito a uma produção excedente de embriões para aumentar as chances de ter um filho perfeito, pois o filho não é uma coisa sobre o qual se tem direito. Os direitos reprodutivos não importam no direito ao filho, que é sujeito de direitos e não objeto de relação jurídica, no sentido instrumental.

É a partir dessa ótica que se entende aparente, ou melhor, inexistente o conflito entre os direitos reprodutivos dos futuros pais e os direitos de personalidade do embrião (vida, integridade do patrimônio genético, desenvolvimento genético continuado) pois qualquer direito só é legítimo na medida em que respeite a dignidade humana, não sendo, portanto, possível instrumentalizar a pessoa humana em busca da realização de um direito individual. Isso inclui o embrião extracorporal que, enquanto realidade humana em si, tem interesses próprios, não podendo ser empregado como meio para concretizar objetivo de terceiros.

Quando se admite a identidade entre ser humano e pessoa, compreende-se que a dignidade é um valor que está indissolúvelmente ligado ao próprio ser da pessoa, não admitindo gradações. Neste sentido, todo ser humano é um ser digno.

A dignidade humana, na formulação kantiana, é imperativo categórico porque é um valor intrínseco, incondicional, universal, válido para toda e qualquer ação moral que assegura ao homem seu tratamento como um fim em si mesmo, e não como um meio a ser usado de forma arbitrária pela vontade dos outros. A dignidade é pressuposto da condição humana, sendo contrário ao humano, ou “des-humano”, toda e qualquer situação que viole a natureza humana.

Portanto, atenta contra a dignidade humana tudo o que reduz o ser humano à condição de objeto. As coisas tem preço; as pessoas, dignidade, daí essa exigência de jamais instrumentalizar o homem para se alcançar quaisquer fins. Por conseguinte, as leis, que são fruto da razão prática, devem, necessariamente, preocupar-se com a realização da dignidade humana, não sendo digno o congelamento indefinido de embriões humanos para alcançar desejos individuais como maternidade e paternidade.

Uma alternativa à produção dos embriões excedentários

A produção de embriões em excedente, na realidade, não é sequer necessária haja vista a existência da técnica de vitrificação de ovócitos. No primeiro estágio de evolução dessa técnica, o congelamento de ovócitos não apresentava taxa de viabilidade semelhante ao sêmen ou ao embrião criopreservados, razão pela qual sua utilização não era recomendada. Argumentava-se que os ovócitos, por serem células grandes, tanto em

relação à superfície-volume quanto ao seu conteúdo de água, favoreciam a formação de cristais durante o congelamento, o que poderia levar ao surgimento de anomalias físicas e químicas, uma vez fecundados.

O surgimento da técnica de vitrificação, entretanto, reverteu esse problema e já há estudos (COBO; MESEGUER; REMOHÍ; PELLICER, 2010; RIENZI; ROMANO; ALBRICCI; MAGGIULLI, et al 2010) que comprovam que os ovócitos vitrificados apresentam similar eficácia em termos de taxa de gravidez, quando comparados aos ovócitos frescos. Outros estudos (CHIAN; HUANG; TAN; LUCENA, et al., 2008; WENNERHOLM; SÖDERSTRÖM-ANTTILA; BERGH; AITTOMÄKI et al, 2009) também demonstram que não se observam maiores taxas de má-formação, em curto prazo, nas crianças nascidas da fecundação de ovócitos vitrificados. As taxas equiparam-se às das crianças nascidas através de concepção natural. A anomalia mais comum observada nos ciclos de criopreservação de ovócitos foi o defeito do septo ventricular, também uma das principais anomalias observadas em recém-nascidos concebidos naturalmente. A sua incidência é de 1/125 (0,8%) em recém-nascidos concebidos naturalmente; e de 0,3% na população oriunda de ovócitos criopreservados (NOYES; PORCU; BORINI, 2009).

O aperfeiçoamento crescente das técnicas de criopreservação de ovócitos apresenta-se, portanto, como uma alternativa de êxito para substituir a prática de criopreservação de embriões supranumerários e para evitar uma nova estimulação ovárica, no caso de não ocorrência de gestação.

Além disso, defende-se que técnica de vitrificação de ovócitos deve ser primeiramente empregada, diante dos riscos causados nos embriões gerados pelas tecnologias reprodutivas. Moratalla, Huerta, e Bueno (2012) denunciam que somente no início da década de 90 começaram a ser publicados os primeiros estudos comparativos da saúde dos embriões concebidos naturalmente e daqueles oriundos das biotecnologias no período de 1978 a 1987, conforme apresenta o relatório do Medical Research Council. Os autores mencionam, a partir de estudos realizados na Suécia, que, ao longo da década de 90, observa-se uma clara relação entre a aplicação da FIV e a prematuridade e o baixo peso das crianças (que gera hipotensão e afeta o desenvolvimento neurológico), além de enfermidades cardíacas e outras como hipertensão, osteoporose e má-formação.

Nesses estudos, foram coletados dados de todas as clínicas de fertilização in vitro da Suécia e comparados os resultados obstétricos das crianças nascidas por meio de RA (total de 5.856), entre 1982 e 1995, com as crianças concebidas naturalmente em todo o país durante a mesma época (total de 1.505.724). No grupo de fertilização in vitro, uma quantidade significativa de crianças nasceram pré-maturas (30,3% vs 6,3%) e com baixo peso (<2500 g, 27,4 vs 4,6%). A mortalidade perinatal foi de 1,9% no grupo de fertilização in vitro e 1,1% nos concebidos naturalmente. Em relação às más-formações, a ocorrência verificada no grupo de crianças oriundas de RA foi de 5,4% em detrimento de 3,9% no grupo geral.

Em 2005, uma importante pesquisa liderada por Hansen, Bower, Milne, Klerk et al. (2005). é publicada em forma de artigo comprovando que as crianças concebidas por FIV ou por ICSI tinham uma prevalência em dobro (8,8% frente a 4,2%) de alterações cromossômicas, más-formações cardíacas, atresia esofágica e más-formações craniais em comparação às crianças concebidas naturalmente. Um estudo mais recente, publicado no *The New England Journal of Medicine*, realizado com mais de 300.000 recém-nascidos dos quais 6.163 haviam sido gerados por técnicas de reprodução assistida, colocou em manifesto que, além das complicações perinatais, o risco de nascer com algum tipo de anomalia é maior (8,3%) quando a criança é oriunda de qualquer técnica de reprodução em comparação com aqueles que são naturalmente concebidos (5,8%). Nesta pesquisa, constataram-se também diferenças significativas segundo a técnica empregada: 7,2% das crianças oriundas da FIV apresentaram problemas, sendo a porcentagem de 9,9 quando houve o emprego da ICSI (Davies; Moore; Willson; Essen et al, 2012).

Essas questões, segundo Moratalla, Huerta, e Bueno (2012), representam apenas a ponta do iceberg, sendo, pois, imprescindível determinar quais aspectos das técnicas causam mais riscos e como poderiam ser minimizados e avançar na investigação para descobrir se a exposição a um ambiente *in vitro*, na fase mais frágil do processo evolutivo humano, afeta o desenvolvimento de órgãos e tecidos. Scherrer et al., em seus estudos, constataram que há alterações que aparecem a longo prazo, como a enfermidade sistêmica pulmonar e cardiovascular, causadas pela exposição do embrião nos primeiros dias, nos quais está vulnerável, a um entorno adverso e à estimulação ovárica.

Somente a partir de pesquisas aprofundadas será possível definir uma indicação clara quanto aos usos dos diferentes procedimentos das técnicas de reprodução assistida, a fim de minimizar os riscos associados ao seu caráter invasivo.

Conclusão

A tecnologia, apesar de possibilitar o avanço da ciência para caminhos antes inimagináveis, torna a condição humana ainda mais vulnerável. Disso se justifica a necessidade crescente de um maior fortalecimento da proteção jurídica da vida humana a fim de que o princípio da dignidade da pessoa humana seja efetivamente concretizado.

Partindo-se do referencial teórico de que o embrião extracorporal é um ser humano e que não existe distinção entre ser humano e pessoa, quando se adota um conceito ontológico, defende-se uma tutela forte para a vida embrionária gerada *in vitro*, a fim de protegê-la contra qualquer tipo de instrumentalização.

O conflito entre direitos reprodutivos e direitos de personalidade do embrião, como demonstrado, inexistente quando se percebe que os primeiros, no âmbito das biotecnologias reprodutivas, referem-se à busca por tratamentos adequados para superar a infertilidade, ou seja, o acesso a um serviço de saúde que assegure informação, educação e meios para a procriação sem riscos para a saúde.

O direito reprodutivo não pode ser interpretado como o direito a um filho, pois nesse caso, um ser humano seria meio para a realização de projetos de terceiros. O direito a um filho é incompatível com a dignidade do filho e, por isso, a autonomia reprodutiva não significa o direito de reivindicar um filho a todo custo; custo que, consoante as práticas rotineiras das clínicas de fertilização, é altamente reprovável pois impõe o congelamento de outras vidas por tempo indeterminado.

A partir da distinção entre desejo e direito ao filho, propõe-se a substituição do congelamento de embriões pela técnica de vitrificação de ovócitos. Essa técnica assegura o direito reprodutivo dos futuros pais que se dá no acesso ao tratamento da infertilidade e respeita a dignidade do embrião humano ao permitir a continuidade do seu desenvolvimento com a sua implantação no útero materno.

Conclui-se, ressaltando que incumbe à Bioética e ao Direito dirigir as biotecnologias e não o contrário. O cerne de todas as questões envolvendo as novas tecnologias reprodutivas reside na distinção que deve ser feita entre o progresso verdadeiro e o progresso aparente, considerando aquele como o emprego de meios técnicos que estão a serviço do real desenvolvimento da personalidade humana.

Referências

1. Andorno R. Bioética y dignidade de la persona. Madri: Tecnos, 2012.
2. Ballester FJB. El equívoco de la esterilidad: ¿enfermedad o manipulación? Revista de Bioética y Derecho, núm. 23, set., p. 21-34, 2011.
3. Castro IN. De la dignidade del embrión: reflexiones em torno a la vida humana naciente. Madrid: Universidad Pontificia Comillas, 2008CORRÊA, M. C. D. V. Ética e reprodução assistida: a medicalização do desejo de filhos. Bioética, vol 9, nº 2, p. 71-82, 2001
4. Chian RC, Huang JY, Tan SL, Lucena E et al. Obstetric and perinatal outcome in 200 infants conceived from vitrified oocytes. Reproductive Biomedicine Online. vol 16, nº 5, mar.. 2008, p. 608-610.
5. Cobo A, Meseguer M, Remohí J, Pellicer A. A Use of cryo-banked oocytes in an ovum donation programme: a prospective, randomized, controlled, clinical trial. Human Reproduction, vol.25, nº.9, 2010, p. 2239–2246.
6. Corrêa MCDV, Loyola MA. Tecnologias de reprodução assistida no Brasil: opções para ampliar o acesso. Physis. set.; vol 3, p.753-777, 2015.
7. Davies M.J, Moore VM, WILLSON KJ, ESSEN PV et al. Reproductive Technologies and the Risk of Birth Defects. New England Journal of Medicine, v. 366, n.19, p. 1803-1813, maio, 2012.
8. Dowling-Lacey D, Mayer JF, Jones E, Bocca S et al. Live birth from a frozen–thawed pronuclear stage embryo almost 20 years after its cryopreservation. Fertil Steril 2011; 95: 1120.

9. Engelhardt HT. Fundamentos da Bioética. São Paulo: Edições Loyola, 2008.
10. Hansen M, Bower C, Milne E, De Klerk N. Assisted reproductive technologies and the risk of birth defects: a systematic review. *Human Reproduction*. vol.20, nº.2, 2005 p. 328–338.
11. Harris J. The concept of the person and the value of life. In: *Kennedy Institute of Ethics Journal*, v.9, n.4, dez/1999, p.293-308.
12. Moratalla NL, Huerta AZ, Bueno DL. Riesgos para la salud de los nacidos por las técnicas de fecundación asistida: la punta de um iceberg. In: *Cuadernos de Bioética*, Murcia, vol. XXIII, nº 2, 2012, p. 467-527.
13. Noyes N, Porcu E, Borini A. Over 900 oocyte cryopreservation babies born with no apparent increase in congenital anomalies. *Reproductive Biomedicine Online*, vol. 18, no 6, abril, 2009, p. 769-776.
14. Ortega Y Gasset J. Meditação sobre a técnica. Trad. de José Francisco Pinto de Almeida Oliveira – Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1991.
15. Palazzani L. Os significados do conceito filosófico de pessoa e suas implicações no debate atual sobre o estatuto do embrião humano. In: Correa, Juan De Dios Vial; Sgreccia, Elio (Orgs.). *Identidade e estatuto do embrião humano. Atas da terceira assembleia da Pontifícia Academia para a vida*. Bauruaru: Edusc, 2007.
16. Piovesan F; Pirrota WRB. A proteção dos direitos reprodutivos no direito internacional e no direito interno. In: Piovesan, Flávia, *Temas de Direitos humanos*, 7ª edição, São Paulo: Saraiva, 2014, p. 397- 428.
17. Rienzi L, Romano S, Albricci L, Maggiulli R et.al. Embryo development of fresh ‘versus’ vitrified metaphase II oocytes after ICSI: a prospective randomized sibling-oocyte study. *Human Reproduction*, vol.25, nº.1, 2010, p. 66–73.
18. Singer P. *Ética Prática*. São Paulo: Martins Fontes, 1994.
19. Spaemann R. *Personas: acerca de la distinción entre “algo” y “alguien”*. Navarra: EUNSA, 2010.
20. Neves MCP. Mudam-se os tempos, manda a vontade. O direito e o desejo de ter um filho. In: Ascensão, José de Oliveira (Org.). *Estudos de Direito da Bioética*. Lisboa: Edições Almedina, v.3, 2009, p. 131-149.
21. United Nations. *Report of the International Conference on Population and Development*, Cairo, 5-13 september, 1994. New York: United Nations, 1995.
22. Wennerholm UB, Söderström-Anttila V, Bergh C, Aittomäki K et al. Children born after cryopreservation of embryos or oocytes: a systematic review of outcome data. *Human Reproduction*, vol.24, nº.9, 2009, p. 2158–2172.
23. Scherrer U et al. Systemic and Pulmonary Vascular Dysfunction in Children Conceived by Assisted Reproductive Technologies. *Circulation*, v.125, n.15, p. 1890-1896, mar., 2012.
24. World Health Organization. *Constitution of the World Health Organization. Basic Documents*, Forty-fifth edition, Supplement, October 2006.