

# A qualificação humana da pessoa: uma análise ético-jurídica dos embriões excedentários e do diagnóstico genético pré-implantacional

Kalline Carvalho Gonçalves Eler, Universidade Federal de Juiz de Fora, Brasil  
Luciana Gaspar Melquiades Duarte, Universidade Federal de Juiz de Fora, Brasil

**Resumo:** O presente artigo busca um enquadramento ético-jurídico para o embrião oriundo das técnicas de reprodução assistida com o intuito de sustentar seu status pessoal. Para persecução deste fim, adota-se como metodologia a análise de conteúdo, tomando-se por marco teórico o conceito de pessoa desenvolvido por Robert Spaemann e o conceito de consciência presente na fenomenologia de Husserl. Em um segundo momento, a partir do pressuposto de que o embrião extra corporal é pessoa e, portanto, sujeito de direitos personalíssimos, intenta-se demonstrar a inconstitucionalidade da produção dos embriões excedentários e do uso do Diagnóstico Genético Pré-Implantacional para seleção dos chamados "bebês-medicamentos".

**Palavras chave:** reprodução assistida, pessoa, direitos fundamentais

**Abstract:** This paper pursues an ethical-legal framework for the embryo arising from assisted reproduction techniques in order to sustain the personal status. To attain this end, it will be adopted the content analysis methodology, taking as theoretical framework the person concept developed by Robert Spaemann and the consciousness in Husserl phenomenological meaning. In a second moment, starting from the assumption that the extra-corporeal embryo is a person and, therefore, subject of personal rights; intends to demonstrate the unconstitutionality of the production of surplus embryos and also the unconstitutionality of using of Preimplantation Genetic Diagnosis for selection of so-called "baby-drugs".

**Keywords:** Assisted Reproduction, Person, Constitutional Rights

## Introdução

Estabelecer o início da vida não é tarefa para o Direito. Isso, contudo, não impede a ciência jurídica de proteger a pessoa em todas as fases do seu desenvolvimento e em todas as suas dimensões, pois somente com esta preocupação é que será possível defender e manter os valores fundamentais dos sistemas democráticos, a saber igualdade, integridade física e moral – psicofísica –, liberdade e solidariedade, todos de igual grandeza e essencialidade. Sendo corolários da elaboração jurídica da Dignidade Humana, não podem ser sacrificados sem o risco de se aproximar de perigosas tentações de caráter totalitário.

A problemática do embrião extracorporal demanda ao Direito um posicionamento acerca da personalidade desses seres, pois, apenas com uma conclusão afirmativa, será possível aceitar a existência de direitos personalíssimos desses seres gerados *in vitro*, tais como o direito à vida e à integridade física e moral, direitos que se desdobram no direito a ser implantado no útero para continuar o desenvolvimento gravado no programa genético.

O enfrentamento dessa controvérsia apresenta-se como imprescindível, uma vez que as definições do lícito e do ilícito no que tange às novas possibilidades de intervenção artificial na vida humana dependem de uma resposta para a questão do *status* jurídico-moral desses seres gerados em laboratórios.

Entretanto, sustenta-se que o primeiro passo metodológico para abordar com seriedade a juridicidade da realidade pessoal consiste em encontrar um conceito ontológico de pessoa. Adota-se, assim, um caminho inverso que não questiona o que é ser pessoa para o Direito, mas quais implicações traz, para o Direito, 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.

A questão prévia à juridicidade da realidade pessoal para Gonçalves (2008, p.128) é uma questão substantiva. O autor entende que o jurista não pode se refugiar em um formalismo conceitual e positivo que prescindia da fundamentação substantiva, antes, deve debruçar-se sobre a realidade ontológica da pessoa e reconhecer que apenas essa realidade pode ser fundamento da concretização normativa desejada. O autor português, todavia, ressalta que o conhecimento da ontologia está orientado por um fim muito preciso: a necessidade de decidir, angústia do jurista e não do filósofo.

O dever ser acerca do homem será a expressão deontica da sua realidade ontológica, por isso, a ponderação acerca da realidade ontológica da pessoa humana apresenta-se como exercício indispensável para garantir que a concretização normativa respeite essa realidade.

Diante dos novos perigos que se colocam para a dignidade humana em razão do avanço do controle tecnológico sobre a espécie humana, recai, principalmente, sobre o Direito a árdua tarefa de proteger a pessoa em todas as suas dimensões. A ética não tem por si só força suficiente para assegurar o respeito da pessoa. Sendo assim, incumbe ao Direito defender o ser humano dos abusos a que está exposto sobre todos os momentos mais frágeis da sua existência, do começo ao fim.

A história da humanidade 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.

## Marco teórico

As reflexões lockeanas acerca da identidade pessoal exerceram grande influência em autores da contemporaneidade como Peter Singer (1994), Hugo T. Engelhardt (2008) e John Harris (1999), dentre outros que diferenciam os conceitos de ser humano e pessoa, entendendo que pessoa remete, necessariamente, a um ser dotado de autoconsciência e reflexão, características que não são encontradas em todos os seres humanos.

Os autores apresentados compõem o grupo, aqui, denominado Personista ou Dualista, pois 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), por fim, enfatiza a capacidade de dar permissão. A pessoa, para tais autores, assimila-se a uma soma de atividades, o que se diferencia da clássica definição de pessoa estabelecida por Boécio (2005) segundo o qual a personalidade é o modo específico da natureza racional de concretizar-se individualmente: *Persona est naturae rationabilis individua substantia*. A palavra “substantia” é a tradução latina da “usia” grega. O sentido empregado por Boécio (2005) é, sem dúvidas, ontológico. A natureza racional existe como identidade. Este enfoque, contudo, não reduz a personalidade à razão ou à consciência, antes reconhece a pessoa na totalidade humana. A pessoa pertence a uma natureza que se caracteriza pela razão. Graças a essa natureza, constitui-se em sujeito que se distingue notadamente do resto do mundo natural.

A adoção do 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 inexistem 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 inexistem quaisquer obrigações morais, sendo lícito o aborto, infanticídio, descarte de embriões, causar a morte de deficientes mentais que não tem consciência de si e de pessoas em coma irreversível. 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<sup>1</sup>, ou seja, a consciência ativa que está atualmente em atividade – 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.

Em oposição a este conceito, outro grupo de autores contemporâneos retoma o entendimento de Boécio (2005) acerca da pessoa com algumas variações. Essa vertente, denominada Substantialista ou Ontológica, é defendida por autores como Robert Spaemann (2010), Laura Palazzani (2007) e Roberto Andorno (2012) que, em linhas gerais, identificam o conteúdo do termo pessoa com a essência humana.

Diante do contexto biotecnológico, esses autores ressaltam a urgência em se refletir com maior cautela, livre de prejuízos antimetafísicos, sobre a natureza humana. Os autores rejeitam 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 encontrem. A pessoa, portanto, não se confunde ao exercício efetivo de alguma capacidade ou função.

O presente trabalho compartilha dos argumentos ponderados por essa corrente e se propõe, a partir da fenomenologia de Edmund Husserl (2006), a reencontrar a unidade perdida entre ser humano e pessoa no intuito de defender que o embrião humano extracorporal é pessoa e titular de direitos personalíssimos. Esses direitos estão sendo ignorados com a produção de embriões extranumerários pelas técnicas de reprodução assistida e pelo emprego do Diagnóstico Genético Pré-Implantacional para escolha dos melhores genes e para fins de seleção de embriões compatíveis com filhos enfermos do casal. Tais situações evidenciam a instrumentalização da vida humana e, no entanto, são autorizadas pela Resolução 2013 (Brasil, 2013) do Conselho Federal de Medicina do Brasil.

### *Identidade entre ser humano e pessoa*

Para Spaemann (2010), a função cognitiva não define a pessoa, não há uma vinculação necessária entre ambas. A pessoa não se confunde com suas propriedades; do contrário, deixaria de ser pessoa quando não mais as possuísse. É porque os homens são tratados como pessoas que o desenvolvimento dessas habilidades torna-se possível. A pessoa só conseguirá enxergar-se como agente autônomo e imputável se a continuidade de si mesma e se o seu desenvolvimento natural não forem interrompidos.

Palazzani (1997, p.140), no mesmo sentido, argumenta que a presença da função sensitiva ou da condição para o seu exercício pressupõe a existência de um sujeito; é a existência do sujeito que possibilita o exercício de certas funções e não o exercício de certas funções que constitui o ser do sujeito.

Andorno (2012, p.18) salienta que se o ser da pessoa repousa inteiramente na autoconsciência, isso implica que a pessoa vem a ser gradualmente. Entretanto, o ser pessoal, dotado de unicidade,

---

<sup>1</sup> Locke (1999) fundamenta sua teoria em uma consciência que está atualmente praticando atos. O filósofo inglês adota como pressuposto a existência de um único grau de percepção, ou seja, sustenta que a consciência deve estar sempre em atividade para assegurar a identidade pessoal do ser durante a vivência dos vários acontecimentos, não existindo pessoa fora dessa circunstância.

não pode, por princípio, vir a existência gradualmente, pois apenas as coisas constituídas por uma multiplicidade de elementos podem começar a existir em diversos graus.

A pessoa não é um estado porque não surge pouco a pouco. Dessa forma, a personalidade é qualitativa; não admite gradações e, por isso, se é ou não é pessoa. Não há pessoas meramente possíveis ou em potencial, pois ou o alguém existe ou não é realmente ninguém, senão algo, cabendo-lhe o tratamento jurídico dispensado às coisas.

A tentativa de se reduzir o conceito de pessoa a uma concepção de consciência atual, residente na dimensão material (biológica), apresenta-se frágil quando se compreende a acepção fenomenológica conferida por Husserl (2006). Ademais, todos os teóricos que definem o ser pessoal a partir da consciência atual não explicam como e quando essa consciência emerge na matéria, ou seja, não explicam como se dá esse salto qualitativo na organização da matéria.

Husserl (2006) sustenta ser a consciência a dimensão com a qual nós registramos os atos (setting de registro dos atos); não é um lugar físico, nem um lugar específico, nem é de caráter psíquico. É um ponto de convergência das operações humanas.

Na essência do ser humano, a consciência está delimitada a um conjunto de posições potenciais de ser. O ser humano, enquanto vivido<sup>2</sup> intencional, tem a possibilidade de se tornar ciente do seu papel de agente ativo, assumindo, assim, o controle da sua história.

A consciência é a essência<sup>3</sup> do ser humano, pois é o resíduo fenomenológico que resiste a *epoché*, e existe em ato ou potência, logo não se pode dizer que embriões, fetos, recém-nascidos, pessoas com má formação cerebral não são dotados de consciência.

Não há, dessa forma, diferença entre pessoa e ser humano, pois o elemento caracterizador de ambos é a consciência. Esta é melhor compreendida pela formulação husserliana que a analisa não como uma dimensão sensível nas quais estão presentes qualidades morfológicas, mas como um ponto de convergência das operações humanas.

“Todos os seres humanos tem a mesma estrutura, embora não ativem da mesma maneira e não tenham os mesmos conteúdos, potencialmente, todos tem a mesma estrutura, seja do ponto de vista psíquico ou espiritual” (Ales Bello, 2006, p.50). Husserl (2006, p.249) distingue a posição atual (atualização de tudo aquilo que o ser humano pode ser de acordo com sua estrutura ôntica) e a posição potencial (conjunto de posições potenciais de ser), conferindo à consciência uma interpretação mais sofisticada em comparação à realizada por Locke (1999), que se restringe a colocá-la como pertencente à dimensão material e devendo ser entendida sempre como consciência atual.

(...) é da essência de algumas espécies de vivido de uma estrutura peculiar, mais precisamente, é da essência de percepções concretas de uma estrutura peculiar, que se tenha consciência do intencional nelas como coisa no espaço; faz parte da sua essência a possibilidade ideal de que cada uma dela se torne uma multiplicidade contínua de percepções em ordenação determinada, multiplicidade que pode ser novamente ampliada e, portanto, jamais será concluída (Husserl, 2006, p.101, sem grifo no original).

<sup>2</sup> O termo é derivado do verbo alemão *erleben*, traduzido em geral por vivenciar e que acabou por dar origem ao termo *erlebe*, o vivido. O verbo era usado para se referir àquilo que uma pessoa teve experiência, e não que ouviu dizer ou presumiu, ou teve acesso de algum outro modo indireto. O termo vivido, por sua vez, era usado para designar um conteúdo que permanece da vivência transitória, algo marcante ou significativo (BARRETTA: 2010). O vivido, no sentido empregado pela fenomenologia de Husserl, faz referência à consciência como unidade real-fenomenológica das vivências do eu. A *erlebens* fenomenológica, entretanto, não se refere à relação entre um evento psíquico e um objeto, mas sim à sua essência. Husserl (2006: p.108-110) está preocupado com a essência do vivido, isto é, aquilo que permanece idêntico em qualquer circunstância; chegando-se à conclusão de que em se tratando da espécie humana, faz parte dessa essência a possibilidade de reflexão perceptiva, da reflexão que apreende a existência absoluta.

<sup>3</sup> A busca de sentido, da essência das coisas, é o principal problema da filosofia de Husserl. Uma vez intuída a essência pela consciência intencional, o segundo passo a ser dado é a descrição dessa essência e, para tanto, é preciso aplicar a redução eidética que é constituída por duas etapas. A primeira etapa, denominada *epoché*, exige uma atitude fenomenológica que se diferencia da atitude natural por “colocar entre parênteses todas as teses cogitativas, não se associando a essas teses para novas investigações” (KELKEL e SCHÉRER: 1982, p.87). Trata-se da suspensão do juízo que permite ao filósofo olhar para a coisa mesma tal qual ela se apresenta, a fim de captar o ser absoluto. A segunda etapa consiste no método da variação eidética, ou seja, variam-se as propriedades do objeto até se alcançar o núcleo variante, ponto em que não é mais possível variar, pois, do contrário, ter-se-ia outro objeto.

Na essência de todo vivido de consciência está, portanto, de antemão delineado um conjunto de posições potenciais de ser e, assim, no que concerna à espécie humana, a tomada de consciência das vivências depende um determinado grau de intensidade. Tomar consciência é uma qualidade da própria vivência. A vivência toma consciência de si mesma como vivência própria, singular (Spaemann, 2010, p.71).

A consciência, como expõe Andorno (2012, p.78) é um ato da pessoa, mas não o único e decisivo. O exercício da autoconsciência não é uma atividade mais pessoal ou mais humana que outras.

Os Personistas ao definirem a pessoa a partir da autoconsciência deixam de atentar para o fato de que a autoconsciência não é autossuficiente; os atos de consciência são atos de alguém e, portanto, para ser autoconsciente, primeiro é necessário ser, existir um alguém.

O ato consciente supõe que a pessoa existe antes deste ato; isto é, a consciência não é constitutiva da pessoa, mas uma expressão dela. Através da autoconsciência, os seres humanos constatarem a existência de sua própria personalidade, mas isso não significa que a personalidade é criada por este ato.

À medida, que dirigimos nosso olhar para o fluxo da vida, apreendemos a nós mesmos como sujeitos conscientes, como agentes ativos dotados de responsabilidade e liberdade para desvendar a realidade que nos rodeia.

Nesse sentido, Spaemann (2010, p.139) defende que a vida consciente não é primeiro consciente de si como consciência, mas sim como vida, ou seja, como impulso do qual é próprio o existir antes de ser consciente para, posteriormente, tomar consciência de si mesmo.

As pessoas são porque tem uma natureza – a natureza humana – como um modo de ser. As pessoas não são seu modo de ser, mas se conduzem em respeito a ele, o aceitam e o consomem ou o rejeitam (Spaemann, 2010, p.85).

O desenvolvimento da personalidade; a realização das potências humanas, em suma, a atualização de tudo aquilo que o homem pode ser e está chamado a ser, dá-se na relação com os outros (Gonçalves, 2008, p.156).

As relações intersubjetivas, entretanto, não estão justapostas à realidade pessoal; são constitutivas da própria realidade ontológica de modo que o homem é em relação. Essa abertura relacional não significa que o homem não é um ser em si. O ser em si e o ser com estão apenas em aparente dicotomia. As duas dimensões em sua totalidade estão na estrutura da pessoa. Pessoa é uma realidade única, porém complexa. A complexidade dessas duas dimensões existenciais integra a unidade da realidade ontológica da pessoa.

Portanto, o homem não é apenas abertura relacional, perspectiva que levaria a negar qualquer verdadeira dimensão ôntica subsistente. O contrário também é verdadeiro, pois o homem não se esgota em uma clausura ontológica, em razão da qual a intersubjetividade apareceria como algo accidental e dispensável. O homem é constituído por ambas as dimensões em um único e mesmo ato de ser. A essa realidade chamamos pessoa (Gonçalves, 2008, p.158).

A realidade humana é ontologicamente imutável. Essa verdade traz, para o Direito, uma consequência inevitável: as implicações jurídicas inerentes ao fato de ser pessoa são as mesmas, independente das circunstâncias ou do estado do sujeito. Uma vez que inexistem momentos ontológicos diversos na realidade humana, o único enquadramento possível para o embrião é o reconhecimento do seu *status* de pessoa.

De acordo com as reflexões de Spaemann (2010), a personalidade não é o resultado de um processo do qual o *algo* deriva do *alguém*, logo, o embrião 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.

### ***Estatuto ontológico do embrião humano***

Uma vez que o embrião já reúne todas as características necessárias para o desenvolvimento do ser humano nascido, e que, como ele, transforma-se continuamente, até a morte, em razão da

multiplicação e da mutação de suas células, não se logra fundamento válido para excluí-lo do conceito de pessoa, o que o faz merecedor, portanto, de reconhecimento e proteção jurídica.

Sustenta-se que o organismo humano deve ser concebido como um processo no qual estão presentes as características de unidade, totalidade hierarquizada, teleologia, emergência de novidade; características que vão se expressando nas diferentes fases de desenvolvimento ontogenético do processo que, de fora, é possível distinguir-se.

O organismo humano passa em sua ontogênese por uma série de fases sem solução de continuidade. Do ponto de vista ontológico, a relação de uma fase com a outra do ciclo vital que se sucede não é uma relação de potência e ato, posto que se pode afirmar que em qualquer momento do ciclo vital manifesta-se atualmente todo o organismo em sua fase correspondente. Em cada uma das fases, manifesta-se todo o organismo. O zigoto não é, pois, um ser humano em potência, mas um organismo humano, na primeira fase do seu ciclo vital.

Castro (2008) explica que desde a filosofia aristotélica, a ontologia enfatizou a noção de substância, todavia, ressalta o autor que existe outra linha de pensamento que sublinha outra matriz conceitual ontológica, a linha de pensamento que enfatiza o “vir-a-ser”, o “tornar-se”. Segundo a filosofia processual, a categoria fundamental para a compreensão de um organismo vivo não é a substância (*hypokeímenon*, em grego) que subjaz às mudanças, mas a fluência (*hyperkeímenon*), isto é o resultante, o que vai aparecendo através das mudanças contínuas.

O pensamento processual parte de uma visão dinâmica frente uma visão estática do ser. O processo se realiza em uma extensão temporal, sem solução de continuidade, de modo que organismo humano é atualmente um indivíduo da espécie humana em todas e cada uma das fases do processo. Portanto, como já ressaltado, o embrião não é um organismo humano em potência, antes apresenta toda a atualidade do organismo humano. Em qualquer momento do seu ciclo vital, manifestam-se atualmente todo o organismo em sua fase correspondente.

Considerando o embrião a partir da filosofia processual, os limites temporais estão definidos pelo que o Castro (2008: 100) chama de gerações. A geração (em substituição ao termo aristotélico de substância) corresponde a organização da estrutura de um novo indivíduo, e, por sua vez, a corrupção, isto é, a morte deste mesmo indivíduo será desorganização da estrutura.

Em um organismo pluricelular, a organização da estrutura vem definida pelo programa inscrito no DNA. A implementação do programa no desenvolvimento epigenético irá marcando a série de acontecimentos do processo que, no caso dos seres de reprodução sexuada, começou com a fecundação. Essa unidade processual é que dá individualidade e permanência ao indivíduo que permanece o mesmo, ainda que suas células e moléculas estejam em contínua mudança.

A afirmação de que o ser humano constitui-se desde o início do processo de fecundação tem como consequência imediata que o ser humano desde o zigoto ao adulto é um ser dotado de dignidade. Em sentido ontológico, essa dignidade refere-se à superioridade de uma categoria e, assim, todo ser humano, pelo fato de ser humano, está dotado da mesma dignidade e seu valor é superior aos demais seres do universo.

A dignidade que confere valor ao embrião fundamenta-se naquilo que distingue o ser humano do resto dos organismos viventes (Castro, 2008, pp.140-144); refere-se ao valor que possui todo ser humano em virtude de sua mera condição humana, não sendo nenhuma qualidade adicional exigível. Ressalta-se, no entanto, que o homem mesmo pertencendo a uma natureza, a transcende. Isso significa que não se identifica com ela, o que afasta os argumentos que equiparam o conceito ontológico de pessoa a um conceito meramente biológico. A essência da pessoa não é biológica, o conceito é onto-axiológico, porque a essência é pensada metafisicamente.

Os seres humanos possuem uma estrutura ontológica igual a dos seus congêneres: a natureza humana. A natureza designa uma estrutura de ordem, um status abstrato; mas é a pessoa que a dá movimento e vida com seus componentes físicos e intelectuais peculiares (Andorno, 2012, p.79). A pessoa é este ato de ser, de existir, que atualiza ou realiza as potencialidades da sua natureza.

*Seres esquecidos: A problemática dos embriões excedentários*

Conforme dados coletados por Ramírez-Gálvez (2003, p.95), em média, o valor de cada ciclo de fertilização in vitro no serviço privado é de R\$10.000 a R\$12.000, valor que não inclui a biópsia do embrião cujo custo gira em torno de R\$3.500 para a análise de até seis células embrionárias.

Dados mais atualizados trazidos por Bucoski et.al (2008, p.308) revelam que os valores variam de R\$1.500 e R\$3.500 para a inseminação artificial e R\$3.000 a R\$20.000 para a fertilização in vitro. Além dos valores das técnicas, há também despesas com consultas e com medicamentos necessários para cada técnica, que depende do grau de resposta às medicações ou então das dificuldades do casal em procriar. Tais valores são referentes a apenas uma tentativa e, por isso, há um interesse econômico muito grande em se produzir a maior quantidade de embriões possíveis na primeira tentativa. Sob o frenesim do progresso técnico está a mola propulsora do lucro que intenta, a qualquer custo, ainda que sacrificando incipientes vidas humanas, obter o máximo de rendimento.

O interesse mercadológico acompanha a expansão das novas tecnologias reprodutivas conceptivas de modo que se tenta tornar aceitável a mercantilização do corpo e das suas partes. A convergência entre capital, ciência e tecnologia submete os domínios da vida social à regulação das leis de mercado e essa tríplice aliança é visível na figura do *tecno-embrião*: sua constituição só foi possível pelos altos investimentos financeiros nas áreas científicas e tecnológicas.

Os tecno-filhos são oferecidos como os produtos de um processo mecânico, que produz bebês socialmente desejáveis, descartando os aspectos da onto-humanidade. O dom da vida, a dádiva do filho, aquilo que faz bater o coração mais rápido, obscurece a forma mercantilista como eles são oferecidos. A vivência da gravidez, a experiência de ter um filho genético, converteu-se em mercadoria: um sonho a ser estimulado que requer mediação médica e tecnológica para a sua realização. (Ramírez-Gálvez, 2003, p.179)

Entretanto, questiona-se se o interesse dos pais nas maiores chances de êxito do tratamento e na redução de seus custos poderia superar o direito do embrião à vida, solapado pelo descarte, e à dignidade, aviltado pelo congelamento?

Alexy (2002), ao dispor sobre a Teoria dos Direitos Fundamentais, adota a teoria externa segundo a qual os direitos fundamentais são ilimitados *prima facie* podendo, contudo, sofrer restrições decorrentes de demandas externas. O autor enxerga os direitos fundamentais como mandados de otimização que deverão ser sopesados, mediante emprego da técnica da proporcionalidade, com os demais direitos fundamentais presentes no caso concreto.

Procura-se, através desse método, conferir estrutura lógica à aplicação dos princípios. O juízo de proporcionalidade corresponde a um mecanismo racionalizador da interpretação jurídica, uma pauta de natureza axiológica que exige um elevado ônus argumentativo, a fim de assegurar à interpretação uma maior razoabilidade, o que evita interpretações arbitrárias. Por essa razão, a proporcionalidade é regra que serve de interpretação para todo o ordenamento jurídico.

Diante do caso concreto, é possível que haja colisão entre direitos igualmente fundamentais de modo que caberá ao intérprete estabelecer, através do juízo de ponderação, uma relação de precedência condicionada, não implicando isso no descarte do princípio do ordenamento jurídico.

As possibilidades fáticas que autorizam a restrição devem passar pelos juízos de adequação (corresponde à relação meio-fim, ou seja, analisa-se se a restrição adotada é apta à obtenção do fim pretendido) e de necessidade (entre todas as medidas idôneas para alcançar o fim pretendido, o Estado deve escolher a medida que lesione menos a esfera jurídica do indivíduo).

As possibilidades jurídicas, por sua vez, devem ser proporcionais em sentido estrito, ou seja, quanto mais gravosa for a intervenção na esfera jurídica do particular, maior hão de ser as razões para a percepção do fim alcançado. Os princípios opostos devem ser ponderados de modo que as vantagens de se estabelecer a restrição superem suas desvantagens.

Sob este viés teórico, o direito dos pais à reprodução não é um direito absoluto e não precede sobre os direitos personalíssimos do embrião, uma vez que não é proporcional em sentido estrito (aplicação do último subnível da proporcionalidade) o seu sacrifício para a satisfação de um direito

dos pais sucumbível perante as limitações humanas. De igual forma, viola o segundo subnível da proporcionalidade a produção extranumerária de embriões uma vez que a superprodução não é necessária para satisfazer o direito reprodutivo dos pais.

Os direitos reprodutivos, consoante o Programa de Ação da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento do Cairo (1994: item 7.3), assinado pelo Brasil, incluem os direitos de adotar decisões relativas à reprodução sem sofrer discriminação, coerção ou violência; direito de decidir livre e responsabilmente o número de filhos e o intervalo entre seus nascimentos; direito a ter acesso a informações e meios seguros, disponíveis e acessíveis; e o direito de acesso ao mais elevado padrão de saúde reprodutiva.

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

Portanto, para se evitar a existência de embriões extranumerários, outra solução não se averigua senão a proibição da produção de embriões em número superior ao que será implantado no útero. A eliminação de seres humanos, seja qual for o seu grau de desenvolvimento, saúde ou qualidade de vida deve ser ética e juridicamente reprovável. Isso já é proibido na Alemanha que, pela legislação de 13 de dezembro de 1990 –Embryonenschutzgesetz (ESchG)– Lei de proteção do embrião, em vigor desde janeiro de 1991, considera o embrião como pessoa a partir da fecundação. Assim, todo embrião fecundado in vitro tem o direito de ser implantado em um útero devido a proteção jurídica conferida à sua vida e à sua integridade física. Por essa razão, a lei alemã limita o número de embriões a no máximo três. A implantação no útero materno consiste, pois, no único destino eticamente viável para um embrião humano.

### ***Diagnóstico Genético Pré-implantacional: a produção dos bebês-medicamentos***

Verifica-se, a partir do emprego Diagnóstico Genético Pré-Implantacional<sup>4</sup> (DGPI), que algumas pessoas passam a ter o poder para definir aqueles genes e, conseqüentemente embriões, que deverão ser conservados ou eliminados, exercendo, através da manipulação antecipada dos processos da vida biológica, um controle sobre as futuras gerações. Implicações de ordem moral e política surgem daí, sendo pertinente examinar se esta *tecnicização* da vida humana altera a percepção da ética da espécie; do modo como o homem se compreende livre e moralmente igual, responsável por sua própria história.

O DGPI é, em verdade, uma modalidade de controle de qualidade genética dos embriões. Eliminam-se tanto os genes indesejados quanto os embriões portadores de enfermidades.

A Resolução nº 2013 (Brasil, 2013), ao permitir o recurso das técnicas de reprodução assistida com o intuito de seleção de embriões HLA-compatíveis com algum filho do casal já afetado por doença, autorizou a “produção” de embriões cujo material biológico será destinado a tratar outra pessoa, os chamados bebês-medicamento.

Os embriões já são gerados tendo uma finalidade específica, o que é incompatível com a dignidade humana, na formulação kantiana, que concebe o ser humano como um fim em si mesmo. Não é compatível com o Princípio dignidade humana ser gerado mediante ressalva e, somente após um exame genético, ser considerado digno de uma existência e de um desenvolvimento. Ademais, o DGPI, ao tomar para análise duas células do embrião que tem somente oito, aumenta a

---

<sup>4</sup> O Diagnóstico Genético Pré-implantacional (DGPI) é realizado para detectar patologias cromossômicas e gênicas com o fim de afastar uma condição genética específica ou selecionar os melhores embriões a serem transferidos para o útero, excluindo-se a possibilidade do desenvolvimento futuro de uma doença genética hereditária. A técnica é empregada, principalmente, pelos casais de alto risco reprodutivo.

probabilidade deste ser, se nascido, sofrer graves enfermidades, ligadas ao *imprinting* genético, risco que é pouco divulgado pelas clínicas de fertilização.

Outro aspecto eticamente negativo na produção dos bebês-medicamento é que sua obtenção implica, por outro lado, no congelamento ou destruição de um elevado número de embriões. Chao (2010) constata que, em 2005, os resultados atualizados das experiências do Instituto de Genética Reprodutiva de Chicago, conjuntamente com outros centros da Austrália, Bélgica e Turquia, demonstraram que dos 1.130 embriões produzidos, apenas 123 eram compatíveis e, por isso, foram implantados; destes apenas 13 nasceram, revelando uma eficiência do método de 1,15%.

O mesmo autor assevera que o DGPI é apresentado à sociedade como um meio eficaz para eliminar as enfermidades. Todavia, o DGPI não evita a enfermidade, mas elimina o portador da mesma.

Argumenta-se, portanto, que o DGPI caracteriza uma técnica que outorga a alguns seres humanos a capacidade de decidir sobre a vida de outros. Os pais e os médicos se veem revestidos da autoridade para decidir se o genoma dos seres gerados possui a qualidade necessária para que possam se desenvolver. A ponderação quanto aos direitos à saúde e à vida do embrião gerado in vitro não está sendo realizada para solucionar a problemática em apreço.

## Metodologia

A fenomenologia, movimento filosófico desenvolvido primeiramente por Husserl (1990) que funda uma ciência de essências, apresenta-se como o método pelo qual é possível alcançar a essência das coisas. Nesse sentido, o ser humano tem uma essência e esta se dá pela consciência. Todavia, a consciência, tal como compreendida por Husserl (2006), situa-se na dimensão metafísica, não se relacionando com qualquer estado de interioridade psíquica.

Foram utilizadas, preponderantemente, na pesquisa, as linhas metodológicas do tipo jurídico-compreensiva e jurídico-propositivo. A primeira foi empregada para conceituar ontologicamente a pessoa. Adotou-se um caminho inverso que não questiona o que é ser pessoa para o Direito, mas quais implicações traz, para o Direito, 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. Buscou-se também compreender o grau de proteção jurídica dada ao embrião oriundo de técnicas de fertilização in vitro.

A segunda linha metodológica ocupou-se em perceber as falhas nessa proteção e propor soluções a partir de uma ponderação entre os direitos fundamentais em conflito: direito reprodutivo e direitos personalíssimos do embrião.

A investigação teve, precipuamente, cunho teórico, tomando como procedimento a análise de conteúdo. Para tanto, apoiou-se na construção de um sistema analítico de conceitos por meio de uma pesquisa qualitativa a partir de “traços de significação” baseada no Direito como práxis interpretativa.

A reprodução assistida, enquanto problema atual da bioética, exige que o pesquisador adote uma postura multidisciplinar. Isso justifica a heterogeneidade do material coletado que abarcou fontes diretas, especialmente textos legais (nacionais e internacionais) e as resoluções do Conselho Federal de Medicina; e fontes indiretas tais como textos doutrinários e artigos que trabalharam, preferencialmente, nas áreas de Reprodução Assistida, Direitos Fundamentais, Direitos de Personalidade e Teorias da Personalidade.

## Considerações finais

A consciência, apesar necessitar da dimensão material para se realizar, não está nesta dimensão, mas na dimensão metafísica. É o ponto de convergência das operações humanas que permite identificar as três dimensões – corpo, psique e espírito.

O ser humano desenvolve, ainda que em potência e em diferentes graus, atos corpóreos, atos psíquicos e atos espirituais, que constituem sua estrutura universal. Na essência do ser humano, a consciência está delineada a um conjunto de posições potenciais de ser. O ser humano, enquanto

vivido intencional, tem a possibilidade de se tornar ciente do seu papel de agente ativo, assumindo, assim, o controle da sua história.

Chamamos todos os homens de pessoa porque se diferenciam dos demais seres pela sua dimensão espiritual, fundamento da vida moral, que implica em responsabilidade e liberdade. Ainda que nem sempre e nem todos ativem a dimensão espiritual, todos tem a condição de ativá-la e, em razão dessa potência, o atributo da personalidade não poderá ser retirado de nenhum ser humano.

O progresso técnico-científico não deve ser condenado como se fosse intrinsecamente perverso. É inegável que o progresso fornece bens e serviços graças aos quais é possível desfrutar de uma melhor qualidade de vida e, no caso das tecnologias de reprodução assistida, a técnica permite a concretização do direito reprodutivo dos pais, quando há a cura da infertilidade.

O cerne da questão 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 desenvolvimento da personalidade humana.

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.

A função promocional assumida pelo Estado brasileiro, a partir da Constituição de 1988, torna-se visível com a proteção ofertada por ela àqueles que se encontram em situação de maior vulnerabilidade. Neste novo cenário, confere-se tutela especial e prioritária às crianças, adolescentes, idosos, entre outros considerados hipossuficientes.

Os embriões, indubitavelmente, inserem-se nessa categoria de seres vulneráveis, demandando ao Direito maior proteção no que concerne aos seus direitos personalíssimos. O Direito é invocado para garantir e promover os atributos intrínsecos da pessoa humana.

No que diz respeito à reprodução assistida, verificou-se que a regulação pelo Direito Brasileiro está à mercê da técnica, pois nenhuma reflexão ética tem sido feita. A Resolução nº 2013 do Conselho Federal de Medicina (Brasil, 2013) autoriza a utilização do DGPI sem maiores considerações, ignorando os efeitos que a análise prévia dos genes irá causar nas gerações futuras e na percepção da própria espécie humana.

Constatou-se, assim, uma instrumentalização da vida humana em sua fase inicial suficiente para sustentar a inconstitucionalidade de todas as práticas biotecnológicas que reificam o ser humano e o colocam a serviço de outros fins que não lhe sejam próprio.

O embrião extracorporal no cenário brasileiro atual, é visto segundo as categorias tecnocientíficas e é reduzido ao status de coisa. Essa nova coisificação é muito mais direta, pois atua de um modo imediato sobre o corpo do ser humano. Já não é o trabalho da pessoa que é ameaçado de coisificação, mas o seu próprio ser em sua radicalidade mais profunda.

Os atos de intervenção na vida embrionária precisam considerar uma realidade comunicativa e não reificante. Ainda que a obtenção do consenso seja contrafática, ele deve ser o pressuposto a guiar as atividades daqueles que lidam com a vida em sua origem, ou seja, os interesses do embrião devem ditar os limites da sua manipulação.

Entendimento em sentido contrário implicará em uma visão mercadológica dos seres oriundos do processo de fertilização in vitro que, como produtos, poderão ser fabricados, barateados, pesquisados, destruídos, enfim reificados sem qualquer reflexão ética mais profunda.

## REFERÊNCIAS

- Ales Bello, A. (2006). *Introdução à fenomenologia*. Bauru, Brasil: Edusc.
- Alexy, R. (2002). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, Espanha: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Andorno, R. (2012). *Bioética y dignidad de la persona*. Madrid, Espanha: Tecnos.
- Barreta, J. P. F. (2010). O conceito de vivência em Freud e Husserl. *Psicol. USP, São Paulo*, 21(1).
- Boécio. (2005). *Escritos (Opuscula Sacra)*. São Paulo, Brasil: Martins Fontes.
- Brasil. (2013). Resolução nº 2013 do Conselho Federal de Medicina de 09 de maio de 2013. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, anexas à presente resolução, como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos e revoga a Resolução CFM nº 1.957/10. Brasília, DF, 2013. Disponível em: [http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013\\_2013.pdf](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf). Acesso em 12 de ago. 2013.
- Bucoski, C. G., Silveira, R. A., Dadico, C. M. e Correa, M. T. (2008). Políticas públicas de reprodução assistida e seus desdobramentos jurídicos e bioéticos. In: *Anuário de Produção de Iniciação Científica discente*, 11(12), 297-325.
- Castro, I. N. (2008). *De la dignidade del embrión: reflexiones em torno a la vida humana naciente*. Madrid, Espanha: Universidad Pontificia Comillas.
- Chao, E. C. (2010). Problemas éticos em la selección de embiones com finalidade terapêutica. In: *Cuadernos de Bioética. Espanha: Asociación Española de Bioética y Ética Médica*, 21(2), 231-242.
- Embryonenschutzgesetz (ESchG). (1990). *Act for Protection of Embryos (The Embryo Protection Act) Gesetz zum Schutz von Embryonen of 13th December 1990*. Disponível em: <http://www.auswaertigesamt.de/cae/servlet/contentblob/480804/publicationFile/5162/EmbryoProtectionAct.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2014
- Engelhardt, H. T. (2008). *Fundamentos da Bioética*. São Paulo, Brasil: Edições Loyola.
- Gonçalves, D. C. (2008). Pessoa e Ontologia: uma questão prévia da ordem jurídica. In: Ascensão, José de Oliveira (Org.), *Estudos de Direito da Bioética II*. (pp.125-182). Lisboa, Portugal: Edições Almedina.
- Harris, J. (1999). The concept of the person and the value of life. In: *Kennedy Institute of Ethics Journal*, 9(4), 293-308.
- Husserl, E. (1990). *A ideia da fenomenologia*. Lisboa, Portugal: Ed.70.
- (2006). *Idéias para uma fenomenologia pura e para uma filosofia fenomenológica*. São Paulo, Brasil: Ideias e Letras.
- Kant, I. (2001). *Crítica da Razão Pura*. Lisboa, Portugal: Fundação Calouste Gulbenkian.
- Kelkel, A. L. e Schérer, R. (1982). *Husserl*. Lisboa, Portugal: Ed.70.
- Locke, J. (1999). *Ensaio sobre o entendimento humano*. (pp.433-461). Lisboa, Portugal: Fundação Calouste Gulbenkian.
- Palazzani, L. (2007). 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 e Sgreccia, Elio (Orgs.). *Identidade e estatuto do embrião humano. Atas da terceira assembleia da Pontifícia Academia para a vida*. Bauru, Brasil: Edusc.
- (1997). Persona e essere umano in bioetica e nel biodiritto. In: *Idee*, 34/35, 133-147.
- Ramírez-Gálvez, M. C. (2003). *Novas tecnologias reprodutivas conceptivas: fabricando a vida, fabricando o futuro*. Campinas, Brasil: Universidade Estadual de Campinas.
- Spaemann, R. (2010). *Personas: acerca de la distinción entre “algo” y “alguien”*. Navarra, Espanha: EUNSA.
- Singer, P. (1994). *Ética prática*. São Paulo, Brasil: Martins Fontes.

## SOBRE AS AUTORAS

***Kalline Carvalho Gonçalves Eler:*** Graduada em Direito em 2012 pela Universidade Federal de Juiz de Fora. Mestra em Direito e Inovação, linha de pesquisa Direitos Humanos e Inovações, pela Universidade Federal de Juiz de Fora. Estágio Docência em Bioética.

***Luciana Gaspar Melquíades Duarte:*** Possui mestrado em Direito Administrativo pela Universidade Federal de Minas Gerais (2005) e doutorado em Direito Público pela mesma Casa (2009). Atualmente é Professora Adjunta de Direito Constitucional e Administrativo da Universidade Federal de Juiz de Fora, Pesquisadora, Professora do Mestrado em Direito e Inovações da Faculdade de Direito da UFJF, Assessora do Escritório de Gerenciamento de Projetos da UFJF, Membro do Comitê de Ética e Pesquisa da UFJF, professora licenciada da Faculdade Metodista Granbery e ex-Procuradora do Município de Juiz de Fora. É autora da obra "Possibilidades e limites do controle judicial sobre as políticas públicas de saúde". Tem experiência na área de Direito Administrativo e Constitucional, com importantes pesquisas na seara dos direitos fundamentais, da bioética e das inovações.