



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA-UNICEUB
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS- FAJS

THAÍS DE SOUSA LIMA VIEIRA

**A DESTINAÇÃO DOS EMBRIÕES HUMANOS EXCEDENTES
DE ACORDO COM A BIOÉTICA E O DIREITO BRASILEIRO
VIGENTE**

BRASÍLIA
2012

THAÍS DE SOUSA LIMA VIEIRA

**A DESTINAÇÃO DOS EMBRIÕES HUMANOS EXCEDENTES
DE ACORDO COM A BIOÉTICA E O DIREITO BRASILEIRO
VIGENTE**

Monografia apresentada como requisito
para conclusão do curso de bacharelado
em Direito do Centro Universitário de
Brasília – UniCEUB.

Orientadora: Profa. Dra. Luciana Barbosa
Musse.

**BRASÍLIA
2012**

THAÍS DE SOUSA LIMA VIEIRA

**A DESTINAÇÃO DOS EMBRIÕES HUMANOS EXCEDENTES
DE ACORDO COM A BIOÉTICA E O DIREITO BRASILEIRO
VIGENTE**

Monografia apresentada como requisito
para conclusão do curso de bacharelado
em Direito do Centro Universitário de
Brasília- UniCEUB.

Orientadora: Profa. Dra. Luciana Barbosa
Musse

Brasília, 06 de maio de 2012.

Banca Examinadora

Luciana Barbosa Musse.
Orientadora

Examinador

Examinador

RESUMO

O presente trabalho discorre sobre embriões humanos excedentes das técnicas de reprodução assistida, relacionando-os à Bioética e ao Direito brasileiro vigente. Na presente pesquisa abordou-se a reprodução assistida, com suas especificidades, incluindo suas formas, bem como as técnicas mais conhecidas de inseminação artificial. Posteriormente, o trabalho leciona sobre o estatuto jurídico do embrião no ordenamento jurídico, dissertando sobre a sua diferença com o nascituro, sobre a sua natureza jurídica, trazendo, ainda, alguns direitos que cabem ao embrião. O último tópico aponta as questões jurídicas sobre embriões excedentários, sendo elas: breve evolução jurídico-normativa no Brasil; embriões excedentes como objeto de estudo da Bioética, do (Bio)Direito e da Biossegurança; e a destinação dos embriões excedentes das técnicas de reprodução assistida na perspectiva do CFM e na perspectiva do STF, sendo este o foco principal desta pesquisa.

Para a análise e confecção do presente trabalho, utilizou-se a metodologia bibliográfica, documental e jurisprudencial, analisando-se os estudos a respeito do tema, assim como doutrinas, artigos revistas jurídicas, legislação relacionada ao caso em comento e, também, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal que abrange o presente assunto.

Conclui-se, assim, que atualmente no nosso ordenamento jurídico existem as seguintes formas de destinação dos embriões excedentários das práticas de reprodução assistida: a criopreservação do embrião em câmaras de resfriamento; a doação dos embriões, desde que haja o consentimento dos doadores; e a utilização dos embriões para pesquisas científicas, se dentro das condições legais impostas, como é o caso de haver consentimento dos doadores, de os embriões serem considerados inviáveis, e após três anos de criopreservação.

Palavras-chave: Reprodução assistida. Técnicas de Inseminação Artificial. Direitos do embrião. Embriões Excedentários. Destinação.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 REPRODUÇÃO ASSISTIDA	8
1.1 SURGIMENTO E DEFINIÇÃO	8
1.2 FORMAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA	9
1.2.1 Homóloga e Heteróloga	9
1.2.2 Gestação de aluguel	11
1.3 TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA MAIS CONHECIDAS	13
1.3.1 GIFT	13
1.3.2 ZIFT	14
1.3.3 ICSI	15
1.3.4 FIV	15
1.4 REGULAMENTAÇÃO LEGAL DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA CONFORME A RESOLUÇÃO DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA NÚMERO 1.957/2010	17
1.4.1 Princípios gerais	17
1.4.2 Pacientes	18
1.4.3 Clínicas, centros ou serviços que aplicam as técnicas de reprodução assistida	19
1.4.4 Utilização das técnicas de reprodução assistida para tratamento de embriões	20
2 O ESTATUTO JURÍDICO DO EMBRIÃO NO ORDENAMENTO BRASILEIRO	21
2.1 DEFINIÇÃO	21
2.2 EMBRIÃO E NASCITURO	21
2.2.1 Distinção entre embrião e nascituro	21
2.2.2 Embrião, nascituro e a proteção jurídica	22
2.2.3 Teorias da personalidade civil	23
2.3 STATUS LEGAL DO EMBRIÃO ORIUNDO DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA	24
2.4 DIREITOS DO EMBRIÃO	26
2.4.1 Reconhecimento da paternidade advinda de inseminação artificial	26
2.4.1.1 <i>Na inseminação artificial homóloga e heteróloga</i>	27
2.4.1.2 <i>No caso de morte</i>	28
2.4.1.3 <i>No caso de divórcio ou dissolução de união estável</i>	29
2.4.2 Direitos sucessórios	29
3 QUESTÕES JURÍDICAS SOBRE EMBRIÕES EXCEDENTÁRIOS	31
3.1 DEFINIÇÃO E SURGIMENTO	31
3.2 BREVE EVOLUÇÃO JURÍDICO-NORMATIVA SOBRE EMBRIÕES EXCEDENTÁRIOS NO BRASIL	31

3.3	O EMBRIÕES EXCEDENTÁRIOS COMO OBJETO DE ESTUDO DA BIOÉTICA, DO (BIO)DIREITO E DA BIOSSEGURANÇA	34
3.4	DESTINAÇÃO DOS EMBRIÕES EXCEDENTES DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA.....	38
3.4.1	Na perspectiva do Conselho Federal de Medicina.....	38
3.4.1.1	<i>Criopreservação.....</i>	38
3.4.1.2	<i>Descarte.....</i>	40
3.4.1.3	<i>Doação.....</i>	41
3.4.1.3.1	<i>Sigilo quanto à identidade dos doadores e receptores dos embriões</i>	42
3.4.1.4	<i>Utilização em pesquisas</i>	43
3.4.2	Na perspectiva do Supremo Tribunal Federal	44
3.4.2.1	<i>Legitimidade das pesquisas com células-tronco embrionárias para fins terapêuticos e o constitucionalismo fraternal.....</i>	45
3.4.2.2	<i>A proteção constitucional do direito à vida e os direitos infraconstitucionais do embrião pré-implanto.....</i>	46
3.4.2.3	<i>As pesquisas com células-tronco não caracterizam aborto. Matéria estranha à presente ação direta de inconstitucionalidade.</i>	47
3.4.2.4	<i>Os direitos fundamentais à autonomia da vontade, ao planejamento familiar e à maternidade.</i>	48
3.4.2.5	<i>Direito à saúde como corolário do direito fundamental à vida digna. ...</i>	49
3.4.2.6	<i>O direito constitucional à liberdade de expressão científica e a lei de biossegurança como densificação dessa liberdade.....</i>	50
3.4.2.7	<i>Suficiência das cautelas e restrições impostas pela lei de biossegurança na condução das pesquisas com células-tronco embrionárias. .</i>	50
3.4.2.8	<i>Improcedência da ação.....</i>	51
	CONCLUSÃO	52
	REFERÊNCIA	52

INTRODUÇÃO

O tema da monografia em questão é a destinação dos embriões humanos excedentes de acordo com a Bioética e o Direito Brasileiro vigente, uma vez que existem alguns aspectos que ainda não são consenso pelos pesquisadores, como é o caso da possibilidade ou não de doação destes embriões.

Verifica-se que, para a análise do tema em comento, tem que se observar e estudar todas as questões inerentes dele e relacionadas a ele, uma vez que com as grandes inovações tecnológicas, além dos métodos naturais de procriação, há outras maneiras de gerar vida, proporcionando a quem possui dificuldades em ter um filho, esta possibilidade tão desejada.

Por causa desses avanços é que foi elaborado o presente trabalho, que tem como objetivo geral relacionar algumas formas de reprodução assistida existentes com a destinação dos embriões que excedem delas, já que há uma discussão doutrinária à respeito de poderem ou não os embriões excedentes serem congelados, descartados ou doados para pesquisas e a outros casais, analisando o *status* que o embrião congelado tem, de acordo com cada corrente de estudo apresentada.

No primeiro capítulo desta pesquisa tem-se a análise da reprodução assistida propriamente dita, trazendo o surgimento e definição desta, bem como as formas, sendo homóloga, heteróloga ou gestação por substituição, sendo abordadas as técnicas mais conhecidas de inseminação artificial, como é o caso do GIFT, ZIFT, ICSI e FIV.

O referido capítulo também relaciona as técnicas de reprodução assistida com a Resolução do Conselho Federal de Medicina número 1.957/ 2010, a qual regulamenta os princípios gerais, os pacientes, as clínicas, centros ou serviços que as aplicam e a utilização das técnicas para tratamento em embriões.

Já no capítulo segundo, busca-se a análise do estatuto jurídico do embrião no ordenamento brasileiro, abordando a definição de embrião, com a respectiva distinção com o nascituro, quanto aos conceitos dos dois, proteção jurídica dos direitos e as teorias da personalidade.

Aqui também é analisada a natureza jurídica do embrião oriundo das técnicas de reprodução assistida, por existirem diversas correntes com posicionamentos contrapostos, como é o caso da teoria natalista que se contrapõe a corrente concepcionista, que vai de confronto com a corrente desenvolvimentista, podendo o embrião ser considerado como pessoa, amontoado de células ou pessoa em potencial. Em consequência, traz brevemente os direitos que este embrião terá, quanto à paternidade e o direito sucessório.

O último capítulo desta monografia disserta sobre as questões jurídicas sobre os embriões excedentários, elencando a definição destes, com uma breve evolução jurídico-normativa no Brasil, vindo a analisar os embriões excedentários como objeto de estudo da Bioética do (Bio)Direito e da Biossegurança.

Em momento posterior, traz a destinação dos embriões excedentes das técnicas de reprodução assistida na perspectiva do Conselho Federal de Medicina e na óptica do Supremo Tribunal Federal, fazendo uma análise específica de cada ponto, uma vez que há algumas controvérsias já que a regra é que sejam congelados, porém, podem servir para estudos com células-tronco, podendo vir a evoluir mais os meios de cura de algumas doenças, ou para ajudar casais com dificuldade de gerar um filho.

A metodologia escolhida para essa pesquisa foi a bibliográfica, documental e jurisprudencial, analisando-se os estudos a respeito do tema, assim como doutrinas, artigos revistas jurídicas, legislação relacionada ao caso em comento e, também, e posicionamento do Supremo Tribunal Federal que abrange o assunto abordado no presente trabalho.

1 REPRODUÇÃO ASSISTIDA

1.1 Surgimento e Definição

Antigamente, até o final do século XV, nos povos primitivos, as mulheres consideradas estéreis ou inférteis eram deixadas à margem da sociedade, como se nada fossem, já que acreditavam que a impossibilidade de gerar filhos advinha apenas delas, e o grande objetivo dos homens era a procriação, a proliferação da espécie, a obtenção de herdeiros. Como afirma Eduardo de Oliveira Leite (1995, p.17), “a mulher estéril era encarada como ser maldito que precisava ser banida do convívio social e em contraposição, a fecundidade era olhada com intensa benevolência”, porém isso varia muito conforme a cultura de cada povo, uma vez que em alguns países, como na Itália, mais precisamente em Roma, as mulheres inférteis eram chicoteadas e apedrejadas, imaginando que assim o mal iria embora e elas se tornariam férteis. Assim, ao tratar deste assunto, deve-se observar bem os aspectos históricos e culturais, uma vez que os valores da sociedade se modificam no tempo e no espaço.

A partir do final do século XVI, mais ou menos no ano de 1590, há uma grande evolução nas tecnologias e nas pesquisas sobre reprodução da humana, porém, o ápice desta evolução se deu no final do século XX, desenvolvendo-se, entre outras técnicas, a reprodução assistida. Por intermédio da reprodução assistida, descobriu-se a possibilidade de os casais que não conseguem procriar através dos meios naturais de concepção, seja por esterilidade ou infertilidade de uma das pessoas do casal ou de ambas, terem filhos sem relação sexual, realizando, assim, um grande sonho da maioria dos cônjuges ou companheiros, como foi o caso do nascimento de Louise Brown, considerada o primeiro bebê concebido de proveta do mundo. Portanto, “a procriação artificial surge como meio legítimo de satisfazer o desejo efetivo de ter filhos em benefício de um casal estéril” (LEITE, 1995, p. 26).

Parte dos teóricos entende que infertilidade não é sinônimo de esterilidade, como é o caso de Sauwen e Hryniewicz (2000, apud, CAMARGO, 2003, p.16):

A esterilidade advém de causas orgânicas, que, atuando no fenômeno da fecundação, impossibilita a produção de descendência, enquanto a infertilidade consiste na incapacidade do homem ou da mulher, ou de ambos, por causas orgânicas, de fecundarem por um período de relação sexual normal de, no mínimo, dois anos, sem o uso de meios contraceptivos eficazes.

Portanto, subentende-se que a infertilidade está dentro da esterilidade, ou seja, a primeira é uma espécie, enquanto a segunda é um gênero, porém, não é algo adotado pela unanimidade dos pesquisadores.

Como uma forma de solucionar esse grande problema de não conseguir gerar filhos é que surgiu a procriação assistida.

Para Suzana Stoffel Martins Albano (2006, p. 110), a reprodução assistida, também denominada de “concepção artificial”, “fertilização artificial”, “fecundação ou fertilização assistida”, entre outras, é “o conjunto de técnicas que favorecem a fecundação humana, a partir da manipulação de gametas e embriões, objetivando principalmente combater a infertilidade e propiciando o nascimento de uma nova vida humana”, ou seja, ela ajuda mulheres solteiras ou casais com dificuldades em reproduzir a terem seu próprio herdeiro, ou até mesmo possibilita, às pessoas interessadas, escolherem o momento certo para terem filhos. Porém os problemas maiores são os embriões que não são utilizados nos procedimentos médico envolvendo uma das técnicas de reprodução assistida, os chamados embriões excedentários.

1.2 Formas de reprodução assistida

1.2.1 Homóloga e Heteróloga

As técnicas de reprodução assistida, onde os gametas femininos e masculinos são manipulados fora do útero, como é o caso da fertilização *in vitro*, do

ZIFT, do GIFT, do ICSI, entre outras, podem ser de duas formas: homóloga ou heteróloga.

A técnica homóloga se dá quando o casal é fértil, porém encontra certa dificuldade em reproduzir naturalmente, logo, o material genético implantado pertence ao próprio casal. Já a técnica heteróloga ocorre quando uma pessoa do casal é estéril ou quando o Rh dos dois é incompatível, precisando de um material genético externo à relação do casal, ou seja, de terceiro, para poder prosseguir com a fertilização assistida, e este, segundo Eduardo de Oliveira Leite (1995, p. 39) e Ana Cristina Ruffiel (2000, p. 44-45) é a indicação mais comum à esterilidade masculina absoluta, e esta deve ser considerada como última medida diante da impotência do terapeuta de tratar certas infertilidades maiores.

Milton Nakamura (1984, p. 46-47) elenca as indicações da inseminação artificial homóloga e heteróloga, a saber:

1. Inseminação artificial homóloga, isto é, com material do próprio marido.
 - a) Incompatibilidade ou hostilidade do muco serviçal (pós-coito repetidamente mau).
 - b) Oligosperma (taxa de número ou de motilidade de espermatozoides do marido esteja diminuída e a terapêutica hormonal não tenha dado resultados satisfatórios).
 - c) Retroejaculação (por diabetes ou defeito congênito da carúncula mirtiforme em que existe espermatozóide em taxa normal ou pouco diminuída, não saindo como numa ejaculação normal).
 - d) Impotência *coeundi*.
 - e) Estenose de canal cervical (diatermo coagulação de colo uterino intempestiva).
 - f) Retroversão uterina.
2. Inseminação artificial heteróloga.
 - a) Absoluta esterilidade masculina como azoospermia ou oligospermia extrema e severa.
 - b) Doenças hereditárias do marido.
 - c) Incompatibilidade do tipo sanguíneo entre casal em que exista possibilidade de interrupção de gravidez precoce.

Parte dos pesquisadores entende que existe mais uma forma de fertilização *in vitro*, a mista, como é o entendimento de Juliana Frozel de Camargo, sendo que esta é uma vertente da inseminação heteróloga e consiste na realização da fecundação de uma mulher com o sêmen de vários homens, entre os quais se encontra incluído o do seu parceiro; bem como a fecundação realizada com o óvulo de distintas mulheres, misturando aos óvulos da parceira. Mas, essa técnica é bem

criticada pelos teóricos, uma vez que há possibilidade de alterações genéticas, tendo em vista a mistura de vários materiais genéticos (CAMARGO, 2003, p.31).

A grande problemática desta técnica é que como há a estimulação da ovulação da mulher, são formados muitos embriões que excedem à inseminação na mulher, sendo estes congelados para posteriormente serem implantados, ou até mesmo é dado a eles destinação diversa ao congelamento.

1.2.2 Gestação de substituição

O embrião advindo da inseminação artificial pode se desenvolver tanto no útero da futura mãe, de forma homóloga ou heteróloga, como também no útero de uma hospedeira, porém somente de forma heteróloga por ser ou o sêmen, ou o sêmen e o óvulo originado de terceiros (MACHADO, 2005, p. 34).

Para Eduardo de Oliveira Leite (1995, p. 66), essa técnica consiste em apelar a uma terceira pessoa para assegurar a gestação quando o estado do útero materno não permite o desenvolvimento normal do ovo fecundado ou quando a gravidez apresenta um risco para a mãe.

Alguns pesquisadores, como Juliana Frozel de Camargo (2003, p. 122), entendem que a sub-rogação do útero, ou barriga de aluguel, pode ser de duas formas: a mãe substituta, suplente ou portadora, e a maternidade sub-rogada, também chamada de gestação de substituição.

Para ela, entende-se como portadora sub-rogada a mulher que alberga o embrião, levando a termo a gravidez, sendo seu uso indicado quando os ovários de uma outra mulher têm a capacidade para produzir óvulos normalmente, mas são incapazes de levar a termo a gestação. Assim, o óvulo da mulher é fertilizado com os espermatozoides do companheiro e o embrião é transferido para a portadora sub-rogada (CAMARGO, 2003, p. 123).

Eduardo de Oliveira Leite (1995, p. 68), complementa o entendimento acima, afirmando que a mãe portadora é aquela que apenas “empresta” seu útero, uma vez que a mãe substituta é fértil no útero da qual

reimplanta-se um ou vários embriões obtidos através da fecundação *in vitro*, a partir dos óvulos e dos espermatozoides do casal solicitante.

Já a maternidade sub-rogada, para Juliana Frozel de Camargo (2003, p. 123), ocorre quando, além de ser a gestadora do embrião, a mulher é também a doadora do óvulo, ou seja, do material genético, ocorrendo quando há outra mulher que pretende ter filhos, porém é incapaz de produzir óvulos funcionais e também de gestar.

Logo, como também entende Eduardo de Oliveira Leite (1995, p. 68), a mãe de substituição é uma mulher fértil que será inseminada com o esperma do companheiro da mulher que não pode ter filhos, devendo, assim que a criança nascer, entregar para o casal solicitante.

Após diversas discussões sobre a gestação de substituição, tanto no âmbito ético quanto no jurídico, uma vez que se discutia muito até que ponto é justificável a entrega da criança ao final de 9 meses de gestação, como traz Juliana Frozel de Camargo (2003, p. 124), a Resolução do Conselho Federal de Medicina número 1.957/2010, em sua seção VII, vem a regulamentando:

VII - SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO (DOAÇÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO)

As clínicas, centros ou serviços de reprodução humana podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética.

1 - As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família da doadora genética, num parentesco até o segundo grau, sendo os demais casos sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina.

2 - A doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.

Assim, só será aceita tal gestação se houver algum problema para a doadora genética em ela mesma gerar um filho, devendo, ainda, preencher todos os requisitos impostos pelo Conselho Federal de Medicina.

1.3 Técnicas de reprodução assistida mais conhecidas

As técnicas mais conhecidos de inseminação artificial são: Transferência dos Gametas para dentro da Trompa, conhecido como GIFT (*Gamete Intrafallopian Transfer*); Transferência do Zigoto para dentro das Trompas, conhecida como ZIFT (*Zygote Intrafallopian Transfer*); Injeção Intracitoplasmática de Espermatozóide, ICSI (*Intracytoplasmic Sperm Injection*); e Fertilização *in vitro*, FIV.

1.3.1 GIFT

O GIFT (*Gamete Intrafallopian Transfer*) é a transferência dos gametas para dentro da Trompa, ou seja, a fertilização vai ocorrer no próprio corpo da mulher, sendo uma fecundação *in vivo*, portanto só pode ocorrer em mulheres que possuem as trompas de falópio saudáveis, diferente da Fertilização *in vitro*, onde a fecundação ocorre fora do corpo.

Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves (2009, p. 110-111) especificam:

A técnica de GIFT é usada para mulheres com infertilidade sem causa determinada, ou aparente, ou, ainda, em razão da presença de leve endometriose. Nesse procedimento, o óvulo e os espermatozoides selecionados após a coleta são reunidos em um mesmo cateter e imediatamente transferidos para a trompa, ambiente natural da fecundação.

Após anos de pesquisa, em 1984, houve o primeiro nascimento advindo da fertilização *in vitro*, realizada por Nakamura, na sua vigésima primeira tentativa. A primeira criança advinda do GIFT nasceu em 1985, sendo que Eduardo de Oliveira Leite (1995, p. 48) afirma que essa técnica veio como uma alternativa à fertilização *in vitro*, para o tratamento de esterilidade inexplicável.

Quanto ao processamento dessa técnica, leciona que é feita através de laparoscopia, ou seja, com uma pequena incisão no abdômen e dita a forma como é feita esta inseminação assistida:

Assim que os óvulos estiverem recolhidos, eles são introduzidos em um fino cateter com o esperma do cônjuge que imediatamente é

transferido em uma ou nas duas trompas (geralmente um ou dois óvulos, com aproximadamente, cem mil espermatozoides por trompa). A técnica dura apenas meia hora. Os eventuais óvulos excedentes serão fecundados *in vitro* e os embriões obtidos poderão ser congelados e conservados a fim de serem recolocados posteriormente, em caso de fracasso da tentativa, ou para a segunda ou até terceira criança. (MANDELBAUM e PLACHOT apud LEITE, 1995, p. 48-49)

As vantagens da utilização da GIFT são trazidas por Maria Helena Machado (2005, p. 47), como sendo o fato de os gametas serem transferidos diretamente para a trompa e não para o útero, tornando o processo de fecundação mais natural, proporcionando ao embrião condições de desenvolvimento, migração e nidadação mais fisiológicas, além das chances de rejeição serem bem menores. Para ela a única desvantagem está na punção folicular, que se realiza através de uma incisão abdominal.

1.3.2 ZIFT

O ZIFT (*Zygote Intrafallopian Transfer*) é a transferência do zigoto para dentro das trompas, onde se utiliza o mesmo procedimento do GIFT, citado anteriormente, porém a fecundação ocorre fora do útero da mulher, ou seja, em laboratório, sendo posteriormente introduzido nas trompas de falópio para que termine a reprodução.

Segundo Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves (2009, p. 110-111):

Na ZIFT, a primeira divisão do zigoto, que dará origem ao embrião, acontecerá já em seu ambiente natural, dentro da trompa. Ali, as células passarão a multiplicar-se, enquanto o embrião em formação caminhará em direção ao útero.

Ana Cristina Rafful (2000, p. 47-48) afirma que a transferência de zigotos nas trompas de falópio é uma técnica que conjuga a transferência de gametas e as vantagens da fertilização *in vitro* e de acordo com o momento em que é realizada essa transferência do material genético oriundo da inseminação artificial, poderá ocorrer: a PROST, a ZIFT e a TEST.

A referida autora explica, ainda que quando a inseminação *in vitro* é transferida após a constatação da presença dos pró-núcleos, o que ocorre mais ou menos 18 horas após a fecundação *in vitro*, temos caracterizada a PROST, acrescentando que nos casos da ZIFT e do TEST, a transferência é feita após um período maior de tempo, possibilitando a divisão celular ainda *in vitro*, transferindo-se os embriões com duas a oito células.

1.3.3 ICSI

A ICSI (*Intracytoplasmic Sperm Injection*) é uma injeção intracitoplasmática de espermatozóide que é realizada dentro do óvulo, como demonstram Maria de Fátima de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves (SÁ e NAVES, 2009, p. 110-111) ao exporem que “na ICSI o espermatozóide é introduzido diretamente no óvulo por meio de uma agulha. Essa técnica é conhecida como micromanipulação do óvulo”.

1.3.4 FIV

A Fertilização *in vitro* é a técnica mais conhecida de reprodução assistida, uma vez que a fecundação é realizada fora do corpo materno, havendo posterior transferência do embrião para dentro do útero.

Em sua obra, Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves (2009, p. 110-111) conceituam a Fertilização *in vitro* como sendo:

A FIV é o método que promove em laboratório o encontro entre os espermatozoides e um óvulo colhido após tratamento com indutores. Ocorrida a fertilização procede-se à transferência do embrião ao útero.

Para Eduardo de Oliveira Leite (1995, p. 41), essa técnica é capaz de reproduzir artificialmente o ambiente da trompa de falópio, onde a fertilização ocorre naturalmente e a clivagem prossegue até o estágio em que o embrião é transferido para o útero.

Conforme dito por Juliana Frozel de Camargo (2003, p. 29), a fertilização *in vitro* é uma técnica por meio da qual ocorre a indução artificial do ciclo menstrual da mulher. Leciona, ainda:

A fecundação *in vitro* consiste basicamente em reproduzir, com técnicas de laboratório, o processo de fecundação do óvulo, que normalmente ocorre na parte superior das Trompas de Falópio, quando obstáculos insuperáveis impedem que este fenômeno se realize *intra corpore*.

Para a fertilização *in vitro*, medicamentos estimulam a liberação de óvulos, em média, de 5 a 20 por ciclo, os quais, quando amadurecem, são retirados da mulher por meio de uma laparoscopia ou de uma cânula acoplada a um aparelho de ultra-som vaginal. Os óvulos são isolados em tubos que contêm uma solução especial e mantidos numa estufa. Os espermatozóides que vão ser colocados junto aos óvulos podem ter duas origens: pertencerem ao marido da mulher que está se submetendo à técnica, com a coleta de esperma em laboratório ou em casa, ou pertencerem a um banco de esperma de doadores anônimos. Em ambos os casos os gametas masculinos são selecionados: apenas os melhores permanecem. Em casa tubo com um óvulo são introduzidos 50.000 espermatozóides. Posteriormente, voltam à estufa onde deverá ocorrer a fecundação.

Após este procedimento, são criados os zigotos, ficando prontos para que sejam introduzidos no útero da mãe para se desenvolverem.

Como enuncia Maria Helena Machado (2005, p. 40), entendendo que fertilização *in vitro* é o mesmo que Fivete:

A Fivete é utilizada nos casais estéreis, em consequência, na sua maioria, de esterilidade da mulher (pelo obstáculo que impossibilita o encontro dos gametas, definida como esterilidade tubária), ou, no caso dos espermatozóides serem destruídos no organismo feminino (esterilidade imunológica, que ocorre raramente), bem como, quando o número ou a sobrevivência dos espermatozóides normais são insuficientes, e ainda, para os casos de esterilidade de origem desconhecida.

Portanto, esta técnica pode ser utilizada em razão tanto da infertilidade feminina, quando da masculina.

1.4 Regulamentação legal das técnicas de reprodução assistida conforme a Resolução do Conselho Federal de Medicina número 1.957/2010

A recente Resolução do Conselho Federal de Medicina número 1.957/2010 regula as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, consignando que o objetivo é auxiliar as pessoas com problema de procriação, ou que buscam esse meio de fertilização, a terem a possibilidade de reproduzirem, trazendo também algumas permissões e proibições, regulando, ainda, outras questões ligadas a elas.

1.4.1 *Princípios gerais*

O primeiro tópico da referida Resolução, trata sobre alguns dos princípios que regem as técnicas de reprodução artificial.

Esses princípios são: a vedação da utilização dessas técnicas quando não há probabilidade de sucesso; ou se houver risco para a mãe ou criança; a obrigatoriedade do consentimento informado para todos os pacientes, sendo este feito em documento expresso em formulário especial; vedação da aplicação com intenção de selecionar sexo ou qualquer outra característica biológica; proibição de fecundação de oócitos humanos com outra finalidade que não a procriação; número máximo de embriões a serem transferidos não pode exceder a quatro; e proibição de utilização de procedimentos que visem à redução embrionária.

I - PRINCÍPIOS GERAIS

1 - As técnicas de reprodução assistida (RA) têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de reprodução humana, facilitando o processo de procriação quando outras terapêuticas tenham se revelado ineficazes ou consideradas inapropriadas.

2 - As técnicas de RA podem ser utilizadas desde que exista probabilidade efetiva de sucesso e não se incorra em risco grave de saúde para a paciente ou o possível descendente.

3 - **O consentimento informado** será obrigatório a todos os pacientes submetidos às técnicas de reprodução assistida, inclusive aos doadores. Os aspectos médicos envolvendo as circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, assim como os resultados obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. As informações devem também atingir

dados de caráter biológico, jurídico, ético e econômico. O documento de consentimento informado será expresso em formulário especial e estará completo com a concordância, por escrito, das pessoas submetidas às técnicas de reprodução assistida.

4 - As técnicas de RA não devem ser aplicadas com a intenção de selecionar o sexo (sexagem) ou qualquer outra característica biológica do futuro filho, exceto quando se trate de evitar doenças ligadas ao sexo do filho que venha a nascer.

5 - É proibida a fecundação de oócitos humanos com qualquer outra finalidade que não a procriação humana.

6 - O número máximo de oócitos e embriões a serem transferidos para a receptora **não pode ser superior a quatro**. Em relação ao número de embriões a serem transferidos, são feitas as seguintes determinações: a) mulheres com até 35 anos: até dois embriões; b) mulheres entre 36 e 39 anos: até três embriões; c) mulheres com 40 anos ou mais: até quatro embriões.

7 - Em caso de gravidez múltipla, decorrente do uso de técnicas de RA, é proibida a utilização de procedimentos que visem à redução embrionária.

Assim, esses princípios devem ser seguidos por todos os que participam, ou seja, pelos pacientes e médicos.

1.4.2 Pacientes

A Resolução do Conselho Federal de Medicina em comento traz algumas regras aplicáveis aos pacientes das técnicas de reprodução assistida, devendo todos: a) serem capazes; b) seguir os limites desta resolução; 3) estar de inteiro acordo e devidamente esclarecidos sobre o procedimento, como trazido abaixo, no trecho da Resolução:

II - PACIENTES DAS TÉCNICAS DE RA

1 - Todas as pessoas capazes, que tenham solicitado o procedimento e cuja indicação não se afaste dos limites desta resolução, podem ser receptoras das técnicas de RA desde que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos sobre o mesmo, de acordo com a legislação vigente.

Logo, para uma pessoa poder ser paciente das técnicas de reprodução assistida, é necessário que observe e preencha os requisitos estabelecidos pelo Conselho Federal de Medicina.

1.4.3 Clínicas, centros ou serviços que aplicam as técnicas de reprodução assistida

Sobre os locais de aplicação das técnicas de inseminação artificial, a Resolução estabelece os requisitos mínimos que as clínicas, centros ou serviços que aplicam técnicas de reprodução assistida devem ter, como por exemplo, um diretor técnico responsável por todos os procedimentos médicos e laboratoriais, que será, obrigatoriamente, médico registrado no Conselho Regional de Medicina de sua jurisdição. Traz, ainda, que devem ter um registro permanente de gestações, nascimento e malformação de fetos ou recém-nascidos, e das provas diagnosticadas a que é submetido o material genético, a fim de evitar transmissão de doenças, como trazido a seguir:

III - REFERENTE ÀS CLÍNICAS, CENTROS OU SERVIÇOS QUE APLICAM TÉCNICAS DE RA

As clínicas, centros ou serviços que aplicam técnicas de RA são responsáveis pelo controle de doenças infectocontagiosas, coleta, manuseio, conservação, distribuição, transferência e descarte de material biológico humano para a paciente de técnicas de RA, devendo apresentar como requisitos mínimos:

1 - um diretor técnico responsável por todos os procedimentos médicos e laboratoriais executados, que será, obrigatoriamente, um médico registrado no Conselho Regional de Medicina de sua jurisdição.

2 - um registro permanente (obtido por meio de informações observadas ou relatadas por fonte competente) das gestações, nascimentos e malformações de fetos ou recém-nascidos, provenientes das diferentes técnicas de RA aplicadas na unidade em apreço, bem como dos procedimentos laboratoriais na manipulação de gametas e embriões.

3 - um registro permanente das provas diagnósticas a que é submetido o material biológico humano que será transferido aos pacientes das técnicas de RA, com a finalidade precípua de evitar a transmissão de doenças.

Portanto, a Resolução traz que os locais de aplicação de inseminação artificial são responsáveis por controle de doenças infectocontagiosas, coleta, manuseio, conservação, distribuição, transferência e descarte de material biológico.

1.4.4 Utilização das técnicas de reprodução assistida para tratamento de embriões

As técnicas de reprodução assistida podem ser usadas ainda, conforme a Resolução do Conselho Federal de Medicina número 1.957/2010, para preservação e tratamento de doenças genéticas ou hereditárias nos casos em que há esta indicação, como trazido por ela:

VI - DIAGNÓSTICO E TRATAMENTO DE EMBRIÕES

As técnicas de RA também podem ser utilizadas na preservação e tratamento de doenças genéticas ou hereditárias, quando perfeitamente indicadas e com suficientes garantias de diagnóstico e terapêutica

1 - Toda intervenção sobre embriões "in vitro", com fins diagnósticos, não poderá ter outra finalidade que não a de avaliar sua viabilidade ou detectar doenças hereditárias, sendo obrigatório o consentimento informado do casal.

2 - Toda intervenção com fins terapêuticos sobre embriões "in vitro" não terá outra finalidade que não a de tratar uma doença ou impedir sua transmissão, com garantias reais de sucesso, sendo obrigatório o consentimento informado do casal.

3 - O tempo máximo de desenvolvimento de embriões "in vitro" será de 14 dias.

Portanto, para a utilização das técnicas de reprodução assistida, tem que ser observadas e atendidas as determinações legais estabelecidas na Resolução do Conselho Federal de Medicina número 1.957/2010, que é a mais recente, para não haver nenhum tipo de prejuízo aos pacientes envolvidos nesse procedimento.

2 O ESTATUTO JURÍDICO DO EMBRIÃO NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

2.1 Definição

O embrião é a pessoa em desenvolvimento, é o primeiro passo para a formação humana, a qual se constitui através da fecundação do óvulo feminino com o espermatozóide masculino, ou seja, segundo Keith L. Moore e T. V. N. Persaud (2008, p. 2), durante os estágios iniciais. Para Romário de Araújo Mello (2000, p. 6), o embrião é o organismo multicelular em estágio inicial de desenvolvimento.

Quando está no interior do útero da mãe, considera-se o período embrionário como sendo as oito primeiras semanas de gestação, sendo que após esse período, há o feto, conforme disserta Keith L. Moore e T. V. N. Persaud (2008, p. 2). É durante a vida embrionária que se formam todos os tecidos e órgãos típicos da espécie (MELLO, 2000, p. 6).

Porém, pode acontecer de a fecundação do óvulo ocorrer fora do corpo humano, pelas variadas técnicas de reprodução assistida buscadas por pessoas com dificuldades de procriarem da maneira natural, formando-se assim o embrião fora do corpo humano a fim de ser introduzido, oportunamente, em uma receptora (ALBANO, 2006, p. 110).

2.2 Embrião e Nascituro

2.2.1 *Distinção entre embrião e nascituro*

A diferença entre o embrião e o nascituro (termo jurídico para o embrião e, posteriormente, para o feto), segundo João Evangelista dos Santos Alves (apud, MUSSE, 2003, p. 118) é que este, conhecido também biologicamente como concepto, é o ser humano no período da vida em que

vai desde o seu início, da concepção até o nascimento, enquanto o primeiro é o conceito durante as primeiras semanas de vida, mais precisamente, nas oito primeiras, assim também estabelecendo Keith L. Moore e T. V. N. Persaud (2008, p. 2), como abordado anteriormente, e após esse período, o conceito é chamado de feto.

O embrião pode ser intra-uterino ou extra-uterino, através das técnicas de reprodução assistida (SILVA B., 2007), porém, em contraposição, o nascituro se desenvolve apenas no interior do corpo materno (BARBOSA, 2002).

2.2.2 Embrião, nascituro e a proteção jurídica

O ordenamento jurídico, mas precisamente no artigo 2º do Código Civil Brasileiro de 2002 (BRASIL, 2002), respalda os direitos dos nascituros, ou seja, do embrião e do feto, dando uma segurança jurídica para eles.

Contudo, o que o nascituro possui é, segundo Ana Lúcia Porto de Barros (2002, p. 4), uma expectativa de direito e não direito propriamente dito, uma vez que se trata de uma condição suspensiva que lhe assegura os direitos se vier a nascer com vida, onde, ocorrendo o nascimento com vida, a pessoa torna-se sujeito de direito, transformando-se em direitos subjetivos as expectativas de direito que a lei lhe havia atribuído na fase da concepção.

A Constituição Federal de 1988 não legislou sobre o direito à vida desde a concepção, ou seja, o direito à vida do nascituro, preocupando-se apenas com os seus direitos patrimoniais. Mesmo não falando nada quanto ao início da vida, ressaltou a proteção para o nascituro e para a sua genitora, uma vez que assegurou licença à gestação e proteção à maternidade (RAFFUL, 2000, p. 130, p. 145).

Pontes de Miranda também entendeu que se deve proteger o feto, como se protege o ser humano já nascido, contra atos ilícitos absolutos e resguardando-se os seus interesses para o caso de nascer com vida (apud RAFFUL, 2000, p. 147).

Conforme posicionamento de Ana Cristina Rafful (2000, p. 151-153), há, também, uma proteção do nascituro, seja embrião implantado ou feto, no Direito

Penal, uma vez que este, aos olhos do direito, é vida humana em estado potencial, aguardando-se a atribuição de sua personalidade civil após constatado o nascimento, e, com base nisto, o Código Penal de 1940 tipifica o aborto como sendo crime, visando proteger o direito à vida do nascituro.

Porém, a legislação não conseguiu acompanhar os avanços tecnológicos sobre os embriões que não são implantados, mesmo não tendo este papel, uma vez que se entende que não há como considerar que ao embrião que ainda não foi implantado no corpo da mulher, seja garantido os mesmos direitos que ao nascituro intra-uterino, visto que aquele ainda não atingiu o estágio que lhe permita desenvolver-se e adquirir seguramente personalidade jurídica (SILVA, 2007).

2.2.3 Teorias da personalidade civil

Para grande parte dos estudiosos, como é o caso de Ana Cristina Rafful (2000), Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves (2009), há três teorias sobre aquisição da personalidade civil, que regulam o começo da obtenção dos direitos oriundo a qualquer pessoa, a saber: teoria da personalidade condicionada, concepcionista e natalista.

Para Ana Cristina Rafful (2000, p. 94), a primeira teoria, da **personalidade condicionada** estabelece que o nascituro é sujeito de direito, porém em uma condição suspensiva para a aquisição deles, ou seja, adquire direitos a partir de sua concepção, porém só vai gozar deles sob uma condição, seu nascimento com vida. Portanto, se houver morte antes do respirar, é como se esses direitos nunca tivessem existido. Este também é o entendimento de Heloísa Helena Barbosa, que nomeia esta teoria de concepcionista imprópria (BARBOSA, 2002).

Já da segunda, a **concepcionista**, se extrai a ideia de que a personalidade jurídica é adquirida com a concepção do nascituro, ou seja, independe de nascer com vida, conforme leciona Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves (2009, p. 67), uma vez que muitos dos seus direitos independeriam do nascimento com vida, como é o exemplo dos direitos da personalidade, que são inerentes a natureza humana (RAFFUL, 2000, p. 94).

Na última teoria, a adotada pelo Código Civil (BRASIL, 2002), a **natalista**, estipula que para haver a personalidade jurídica é necessário que o nascituro nasça com vida, porém, a proteção para ele se dá por entender que ele apenas possui uma expectativa de direito, sendo tutelado em virtude de um interesse público na proteção da vida (SÁ; NAVES, 2009, p. 65).

Essa teoria natalista da aquisição de personalidade jurídica, por mais que seja a adotada no ordenamento jurídico brasileiro, não deve ser entendida como absoluta no que se trata dos embriões humanos, como traz Heloísa Helena Barbosa (2004, p. 241), já que o próprio Código Civil (BRASIL, 2002) disserta superficialmente sobre o assunto, como por exemplo, nos casos em que especifica quando pode haver presunção de filiação correlacionada aos embriões.

A referida autora (BARBOSA, 2004, p. 241) entende que essa presunção de filiação está estipulada no artigo 1.597, incisos III, IV e V do Código Civil (BRASIL, 2002), onde são considerados concebidos na constância do casamento os embriões frutos de inseminação artificial homóloga (utilização de material genético do casal), desde que tenha falecido o marido ou quando se tratar de embriões excedentários desse tipo de técnica de reprodução, ou oriundos de inseminação heteróloga (utilização de material genético de terceiro), mas devendo ter prévia autorização do marido (CONSALTER, 2006, p. 50). Menciona, ainda, que o homem casado que fornece gametas para a inseminação de sua mulher ou fertilização *in vitro*, ou dá autorização para a inseminação de sua esposa com o sêmen de doador, presumidamente quer a paternidade que por lei lhe será atribuída.

2.3 *Status* legal do embrião oriundo de reprodução assistida

Um dos temas mais polêmicos quando se fala em técnicas de reprodução assistida é o *status* legal, ou natureza jurídica, dos embriões congelados (SILVA, 2006, p. 272), uma vez que é certo que o embrião humano é passível de tutela, porém, o ordenamento jurídico não lhe imputa situações jurídicas, não podendo ser considerado como detentor de direitos subjetivos, deveres jurídicos, direitos potestativos, sujeição, poderes, ônus ou faculdades (SÁ; NAVES, 2009, p. 125).

Há os que acreditam que o embrião tem natureza jurídica de **pessoa**, como é o caso dos concepcionistas (SILVA, 2006, p. 274), enquanto pertença à espécie como fundamento dos direitos do embrião, entendendo que, pelo fato de o embrião possuir o patrimônio genético da espécie humana, detém uma natureza humana e, por consequência, é uma pessoa, possuindo todos os direitos que uma pessoa tem, inclusive possuindo direito à existência (MUSSE, 2003, p. 127).

Porém não é algo unânime entre os pesquisadores, uma vez que, segundo Hottois e Parizeau (apud MUSSE, 2003, p. 127), os opositores desta tese afirmam que o respeito devido à pessoa repousa no caráter racional do ser humano e não no fato de pertencer à espécie *homo sapiens*, argumentando também que a individualidade do embrião não está assegurada antes do fim da nidação, logo, não poderia ser uma pessoa antes desse momento. Assim é o entendimento de Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato Naves (2009, p. 125-126), que lecionam não ser pessoa o embrião, pois a norma jurídica não lhes imputou a possibilidade de participarem do universo jurídico, uma vez que não basta apenas ser passível de tutela para ser pessoa.

Ao classificar o embrião como um **amontoado de células** ou matéria- prima para pesquisa, argumentam os desenvolvimentistas (SILVA, 2006, p. 276) que o embrião não é definido pela sua própria natureza, mas pela expectativa das pessoas que desejam sua vinda, ou seja, fora deste projeto o embrião não possui mais identidade ou personalidade, não sendo mais do que um aglomerado e célula. Aqui, entende-se que o embrião pode ter qualquer tipo de destinação, podendo, assim, ser utilizado, por exemplo, para pesquisas científicas (MUSSE, 2003, p. 132-134).

A terceira corrente, menos radical que as anteriores, procurando solucionar o problema do embrião humano, utilizando de pontos de vistas mais amenos e intermediários às outras duas correntes (SILVA, 2006, p. 278), estabelece que o embrião é **potencial de vida**, ou **pessoa em potencial** (MUSSE, 2003, p. 127). Afirma Antônio Carvalho Martins (apud MUSSE, 2003, p. 125) que o embrião, uma vez que é ser humano em potência, porque tem em si próprio a possibilidade geneticamente programada, sendo etapa de desenvolvimento de um ser humano, deve ser imediata e incondicionalmente respeitado.

Os estudiosos que entendem por privilegiar o potencial como fundamento dos direitos do embrião, estabelecem que o embrião, desde sua concepção, possuem uma natureza racional, e, em virtude dessa natureza, pode-se explicar o desenvolvimento dos atributos característicos da personalidade, invocando um caráter restritamente ético, fundado na razão. (MUSSE, 2003, p. 127).

Porém, segundo Luciana Barbosa Musse (2003, p.128), a principal crítica a essa posição é de que é absurdo tratar uma pessoa potencial como uma pessoa concreta, pois a pessoa é um conceito jurídico-filosófico que pressupõe a liberdade do ser humano, a qual não é identificável em um óvulo.

Vale apontar que, segundo Luciana Barbosa Musse (2003, p. 129), a tendência ao desenvolvimento é a corrente que trata o embrião como sendo pessoa em potencial, uma vez que busca explicar o estatuto do embrião humano, porém, como já asseverado, não há um consenso entre os pesquisadores.

2.4 Direitos do embrião

2.4.1 *Reconhecimento da paternidade advinda de inseminação artificial*

Com o passar do tempo e com o avanço da tecnologia, não só passou a ser analisada a figura do *status* do embrião congelado, como também a questão da filiação oriunda da reprodução assistida, uma vez que exclui a ideia de que somente são pais os de natureza biológica (ALMEIDA JÚNIOR, 2009, p. 13).

Este tema vem sido tratado em um Projeto de Lei nº 90/1999, em trâmite na Câmara dos Deputados, onde o legislador busca garantir a paternidade daquela criança nascida através de técnica de reprodução assistida, para o casal que recorreu ao programa clínico, garantindo, por sua vez, o anonimato dos doadores (BRAUNER, 2003, p. 112-115).

Porém, essa regra confronta com o artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que por sua vez traz a ideia de que o reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o

segredo de justiça, assim, subentendendo-se que não deve ser vedado a ninguém o reconhecimento da sua origem biológica, já que não pode haver restrições quanto ao reconhecimento da filiação (ALMEIDA JÚNIOR, 2009, p. 19-21).

2.4.1.1 Na inseminação artificial homóloga e heteróloga

O artigo 1597 do Código Civil (BRASIL, 2002) traz as hipóteses de presunção de paternidade, estabelecendo, em seus incisos III e IV, que os filhos advindos das técnicas de inseminação artificial **homóloga**, subentende-se que são filhos do casal, independentemente de autorização do marido, mesmo que ele tenha falecido e se da técnica tiverem embriões excedentários (DIAS, 2007, p. 328-330), uma vez que as crianças geradas de inseminação artificial têm sido consideradas como advindas do casal que buscou a tecnologia médica para sanar eventuais problemas na geração dos seus filhos, não tendo o que se discutir quando a inseminação for homóloga, como é o entendimento de Zilda Mara Consalter (2006, p. 54).

No caso da procriação assistida **heteróloga**, o ordenamento jurídico brasileiro entende diferente. Para haver a presunção de paternidade, precisa que tenha havido autorização do marido, anterior à inseminação (DIAS, 2007, p. 331), que está expresso no inciso V, do artigo 1597 do Código Civil (BRASIL, 2002), podendo aplicar, por analogia, os preceitos da adoção, sendo que, o doador do sêmen, abdica de sua paternidade (CONSALTER, 2006, p. 54-55).

Segundo Zilda Mara Consalter (2006, p. 56), na inseminação heteróloga, ocorrerão três situações:

- 1) Procedimento consentido pelo parceiro de uma união estável ou casamento: o esposo, quando consente com a feitura da inseminação de sua parceira, é considerado o pai e não poderá ajuizar negatória de paternidade.
- 2) Procedimento sem o consentimento do marido ou companheiro, em um casamento ou união estável: além de causa de separação judicial por ato atentatório ao casamento, o parceiro tem o direito de negar a paternidade (mesmo com o registro).
- 3) Procedimento realizado em mulheres fora do casamento ou união estável, também conhecida como “produção independente”: não há possibilidade de atribuição de paternidade a quem quer que seja (registro em nome da mãe tão-somente).

Conclui-se que, em algumas situações em que se recorre a técnica de reprodução assistida, em inseminações artificiais, necessita-se do consentimento do cônjuge ou companheiro para não gerar prejuízo, como é o caso da inseminação artificial heteróloga. Nesse tipo de inseminação, o cônjuge ou companheiro deve expressar a sua anuência para que seja presumida a paternidade, não o fazendo, não lhe será imposta a filiação. Esse consentimento, quando dado, pode ser revogado a qualquer momento, porém, antes da fecundação (DIAS, 2007, p. 331-332).

Por outro lado, quando se tratar de inseminação homóloga, não precisará de anuência, uma vez que como o material genético é do casal, e subentende-se que já houve uma anuência anterior (DIAS, 2007, p. 330).

2.4.1.2 No caso de morte

Em situação de morte do doador, na inseminação homóloga, mesmo com a permissão legal de presunção de paternidade da pessoa que faleceu, estabelecida na segunda parte do inciso III do artigo 1597 do Código Civil (BRASIL, 2002), não significa que a prática da inseminação tenha sido autorizada ou estimulada, sendo apenas permitida a fertilização após o falecimento do marido ou companheiro, se este tiver autorizado antes, como leciona Maria Berenice Dias (2007, p. 330-331).

Em se tratando de inseminação heteróloga, se houver anuência do cônjuge, a criança será filha, porém se o cônjuge não anuir não o será, não tendo o embrião direito algum sobre a paternidade por parte do falecido (CONSALTER, 2006, p. 57).

Sobre o referido tema, o Conselho Federal de Medicina, em sua Resolução de número 1957/2010, objeto de análise na seção I, estabelece:

VIII – REPRODUÇÃO ASSISTIDA POST MORTEM

Não constitui ilícito ético a reprodução assistida *post mortem* desde que haja autorização prévia específica do (a) falecido (a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente.

2.4.1.3 No caso de divórcio ou dissolução de união estável

Verifica-se que há presunção de filiação se ocorrer o nascimento até trezentos dias da dissolução do vínculo conjugal, que nos tempos atuais, no Brasil, entende-se por divórcio ou dissolução de união estável (inciso II do artigo 1597 do Código Civil e artigo 226 da Constituição Federal de 1988, pós Emenda Constitucional número 66), ou seja, segundo Cristiane Avancini Alves (2009, p. 134,135), se for feita inseminação artificial homóloga após o término da relação conjugal e a criança nascer até trezentos dias depois, presume-se como filho do casal, independentemente da anuência do cônjuge varão ou não.

Quando houver embriões excedentários de inseminação artificial homóloga, posterior ao divórcio ou dissolução de união estável, também ficou estipulado, no inciso IV do artigo 1597 do Código Civil (BRASIL, 2002), que há esta presunção, uma vez que já houve manifestação de vontade anteriormente, tanto do homem quanto da mulher, em terem filhos por meio de técnicas de procriação assistida (ALVES, 2009, p. 134).

2.4.2 Direitos sucessórios

Há, segundo Zilda Mara Consalter (2006, p. 57), uma convergência de posicionamentos quanto ao direito sucessório no caso dos embriões ainda não inseminados, por haver dispositivos referentes a isto no estatuto civil.

Observa-se que o artigo 1798, o Código Civil (BRASIL, 2002) entabula que são legitimados a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão. Assim, não teria como encaixar o embrião excedente das técnicas de procriação assistida como sendo herdeiro legítimo, vez que não é nem pessoa concebida e nem pessoa propriamente dita. Como uma forma de solução para este problema é que o artigo 1799 do Código Civil (BRASIL, 2002) estabeleceu que poderão ser herdeiros pela via testamentária (ALMEIDA JÚNIOR, 2009, p. 22-23).

Assim, se o embrião for fruto de inseminação artificial e vier a nascer posteriormente, é, incontestavelmente, herdeiro do *de cujos*. Se porventura o doador do sêmen falecer durante a gestação, igualmente será herdeiro nos termos do artigo

1799, inciso I, do Código Civil (BRASIL, 2002). E, por fim, caso o doador tenha consentido na inseminação *post mortem*, também será herdeiro quando nascer, como preconiza o artigo 1800 do Código Civil (CONSALTER, 2006, p. 57).

No caso de herdeiros ainda não concebidos, ou seja, dos embriões ainda não implantados, Sílvio de Salvo Venosa (2002, p. 74) traz que os bens da herança serão confiados, após a partilha, a curador nomeado pelo juiz, contudo, se, após dois anos contados da abertura da sucessão, não nascer o herdeiro esperado, os bens reservados caberão aos herdeiros legítimos.

Cumpre ressaltar que essa regra vale tanto para inseminação homóloga como para heteróloga, desde que tenha a anuência do falecido, como visto em tópico anteriormente abordado, na qual se houver anuência do doador para a inseminação artificial *post mortem*, a criança será herdeira, porém se o doador não anuir não o será, não tendo direito algum sobre o patrimônio do falecido (CONSALTER, 2006, p. 57).

Ante ao exposto, nota-se que há grande polêmica em vários aspectos do estudo dos embriões, como é o caso, por exemplo, de seu *status* legal e de sua personalidade jurídica, em decorrência das diferentes correntes adotadas pelos pesquisadores, como é o caso da corrente natalista, da concepionalista e da personalidade condicionada, acreditando serem eles pessoas, amontoado de células ou pessoas em potencial, como já demonstrado no decorrer do capítulo. Porém, discussão maior se dá ao se estudar a destinação que estes embriões terão quando forem excedentes das técnicas de reprodução assistida.

3 QUESTÕES JURÍDICAS SOBRE EMBRIÕES EXCEDENTÁRIOS

3.1 Definição e Surgimento

Tem-se que vários ovócitos são fecundados, mas não são todos que irão ser implantados no útero materno, principalmente, com intuito de evitar a gravidez múltipla, que é bastante perigosa tanto para a gestante como para o concebido. E é, a partir da superovulação, que leva à fecundação de vários ovócitos em laboratório, aliada a uma pré-seleção dos embriões e à possibilidade de se implantarem alguns e não todos os embriões, que surgem os embriões excedentários, excedentes ou supranumerários.

O Conselho Federal de Medicina, em sua Resolução número 1957/2010, estabeleceu que o número máximo de oócitos e embriões a serem transferidos para a receptora não pode ser superior a quatro, feitas as seguintes determinações: mulheres com até 35 anos: até dois embriões; mulheres entre 36 e 39 anos: até três embriões e mulheres com 40 anos ou mais: até quatro embriões.

Assim, os embriões excedentes são aqueles embriões que sobraram das técnicas de reprodução assistida, ou seja, são aqueles embriões que não foram utilizados na reprodução assistida (SILVA, 2006, p. 282).

A ciência, gera, assim, com seus avanços e técnicas, consequências que demandam respostas por parte do Direito, quer por meio de normas, quer por intermédio de decisões, quer através da doutrina.

3.2 Breve evolução jurídico-normativa sobre embriões excedentários no Brasil

Como meio de disciplinar, juridicamente, esses problemas com embriões, foram criados alguns Projetos de Lei com o intuito de disciplinar as técnicas e os procedimentos utilizados na reprodução assistida. São eles: o Projeto de Lei nº 3638/93, de autoria do Deputado Luiz Moreira (arquivado na Mesa Diretora da Câmara dos Deputados); o Projeto de Lei nº 2855/97, de autoria do Deputado

Confúcio Moura (apensado ao PL n° 1.184/2003); o Projeto de Lei n° 90/99, de autoria do Senador Lúcio Alcântara (arquivado na Mesa Diretora da Câmara dos Deputados); o Projeto de Lei n° 1135/03, de autoria do Deputado Pinotti (apensado ao PL n° 2.855/1997); o Projeto de Lei n° 1.184/03, de autoria do Senado Federal (aguarda parecer na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania); e o Projeto de Lei n° 2061/03, de autoria da Deputada Maninha (apensado ao PL n° 1.184/2003) (SILVA, 2006, p. 284).

O primeiro Projeto de Lei, o número 3638/93, adotou uma visão abrangente sobre as técnicas de reprodução assistida, sendo o projeto que mais diretamente representa os interesses dos médicos, segundo Débora Diniz (2002, p. 209-211), que disserta, ainda, que este Projeto tem como público alvo mulheres ou casais inférteis, necessitando do consentimento do cônjuge e da mulher para poder aplicar estas técnicas de reprodução assistida, regulando a transferência de embriões como sendo no máximo até 4 por tentativa, sendo que nada menciona sobre clonagem humana, proíbe o descarte dos embriões, a redução embrionária, a comercialização e as pesquisas com embriões, impondo, ainda, o sigilo para as doações.

Já o segundo Projeto, número 2855/97, a mencionada autora (DINIZ, 2002, p. 210-211) entende que demonstra uma maior preocupação com a terminologia e os preceitos científicos, fazendo referências mais minuciosas a cada prática, propondo a criação de uma Comissão Nacional de Reprodução Humana Assistida com o papel regulador da execução da lei. Este projeto tem como público alvo mulheres ou casais inférteis, devendo ter o consentimento apenas da mulher. Regula a transferência de embriões como sendo no máximo até 4 por tentativa, sendo que nada menciona sobre clonagem humana, proíbe o apenas a comercialização e permite o descarte após 5 anos e a redução embrionária em caso de risco de vida da gestante. Permitindo pesquisas com embriões com ressalva, impondo, ainda, o sigilo para as doações.

O Projeto de Lei no Senado, n° 90 de 1999 tratou de regular as questões mais discutidas sobre o tema, principalmente no referente aos beneficiários da técnica de reprodução assistida, bem como admissão de doadores de gametas e de embriões e sua destinação, uma vez que cada ciclo da mulher receptora só poderia permitir a implantação de no máximo três embriões, e ainda, resguardava

alguns dos direitos da criança que viesse a nascer. Porém, esse Projeto foi muito criticado pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, tendo que realizar alguns ajustes no seu texto (SÁ; NAVES, 2009, p. 116).

Cria-se, então, um projeto substitutivo para tentar resolver alguns pontos criticados no antigo projeto, que, por sua vez, “inviabiliza a doação de embriões, devendo ser produzidos em quantidade igual ou inferior a três embriões, vedando o congelamento para ulterior utilização, ou seja, para a reprodução assistida só poderão ser utilizados embriões a fresco” (SÁ e NAVES, 2009, p. 120).

O Projeto número 1135/03 dispõe sobre a reprodução humana assistida, definindo normas para a realização de inseminação artificial, fertilização *in vitro*, barriga de aluguel e criopreservação de gametas e pré-embriões, o qual foi apensado ao Projeto de Lei número 2855/1997, conforme atual andamento na Câmara dos Deputados.

Outras mudanças em relação à reprodução assistida encontram-se inseridas no Projeto de Lei n. 1.184, de 2003, que reiteram vários aspectos já abordados no Projeto 90/99, inicial e substitutivo. Aqui, abriu-se margem para que as mulheres sozinhas pudessem utilizar desse método, não abrangendo somente os casais, bem como, houve a necessidade de se regular a realização de avaliação física e psicológica com a finalidade de ver a possibilidade de a mulher ser mãe.

Vale salientar que este Projeto também proibiu a gestação de substituição, que “é quando há uma mulher que doa seu útero para injetar, em seu aparelho reprodutor, embriões *in vitro*, com o intuito de gerar uma criança para os usuários” (SÁ, 2009, p. 121), salvo em casos que a usuária não puder injetar o embrião em seu próprio aparelho reprodutivo por motivos de doença, e sendo a doadora do útero parente até 2º grau da usuária, sem caráter lucrativo, respaldada também pelo Conselho Federal de Medicina em sua Resolução n. 1.957/2010 ao trazer essa possibilidade desde que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética.

3.3 O embriões excedentários como objeto de estudo da bioética, do biodireito e da biossegurança

Com os avanços tecnológicos relativos à área de reprodução assistida, as questões éticas relacionadas a esse avanço, reclamaram posição de paradigma para as decisões sobre o desenvolvimento das ciências humanas, quando estiverem envolvidas questões da vida, daí a expressão bioética ou ética da vida (ALMEIDA JÚNIOR, 2009, p. 12).

Para Maria Helena Diniz (apud ALMEIDA JÚNIOR, 2009, p. 12), o conceito atual de bioética deve ser interpretado como o estudo sistemático da conduta humana no campo das ciências da vida e da saúde, enquanto à luz dos valores e princípios morais, sendo, assim, uma resposta da ética às novas situações oriundas da ciência no âmbito da saúde e da vida.

Aline Mignon de Almeida (2000, p. 3) entende a bioética como um ramo da ética que, juntamente com outras disciplinas, discute a conduta humana nas áreas relacionadas com a vida e a saúde perante os valores e princípios morais, avaliando os prós e contras de uma determinada conduta. Afirma a autora que a bioética busca entender o significado e o alcance das novas descobertas criando regras que possibilitem o melhor uso dessas novas tecnologias, entretanto, estas regras não possuem coerção.

No mesmo sentido, Maria Claudia Crespo Brauner (2003, p. 155-156) leciona que a bioética é um conjunto de princípios que tendem a preservar o sentido humano em uma sociedade cada vez mais dominada pela ciência e pela técnica. Para ela, a bioética quer quebrar o monopólio ético que foi tradicionalmente conferido à categoria médica.

Portanto, a bioética é a disciplina que estuda os aspectos éticos das práticas dos profissionais da saúde e da Biologia, avaliando suas implicações na sociedade e relações entre os homens e entre esses e outros seres vivos (SÁ; NAVES, 2009, p. 6).

Neste campo de estudo, permanece o questionamento quanto aos limites éticos e jurídicos envolvendo os embriões, a possibilidade de conservação destes e sua utilização, trazendo alguns aspectos relativos à atuação do Direito nesta discussão, no âmbito civil e penal (ALVES, 2003, p. 24).

Para José Roberto Goldim (2012) os aspectos éticos mais importantes que envolvem questões de reprodução humana assistida são os relativos à utilização do consentimento informado; a seleção de sexo; a doação de espermatozoides, óvulos, pré-embriões e embriões; a comercialização de gametas; a seleção de embriões com base na evidencia de doenças ou problemas associados; a troca de embriões no procedimento de transferência; a maternidade substitutiva; a redução embrionária; a clonagem; pesquisa e criopreservação (congelamento) de embriões, incluindo a produção de quimeras humanas.

A bioética principialista se baseia em três princípios básicos, conforme traz Maria Celeste C. Leite Santos (apud CAMARGO, 2003, p. 66), que constitui a chama “trindade bioética”, tendo como protagonistas médicos, paciente e sociedade: o princípio da beneficência, o da autonomia e o da justiça.

O **princípio da beneficência**, também conhecido como o da não-maleficência, segundo Aline Mignon de Almeida (2000, p. 6), considera a liberdade individual, entendendo que a própria pessoa sabe o que é melhor para si, mas a decisão deve ser tomada com plena consciência, havendo uma troca de informações entre o profissional e o paciente, de modo que o primeiro tem que colocar à disposição do segundo todas as informações possíveis e tratamentos disponíveis. Juliana Frozel de Camargo (2003, p. 67) estabelece que este princípio é aquele que se baseia na obrigatoriedade do profissional da saúde (médico) de promover, em primeiro lugar, o bem-estar do paciente, tendo a função de fazer o bem, passar confiança e evitar danos, tratamentos inúteis e desnecessários.

Já o **princípio da autonomia**, está diretamente ligado ao livre consentimento do paciente na medida em que este deve ser sempre informado; em outras palavras, o indivíduo tem a liberdade de fazer o que quiser, mas, para que esta liberdade seja plena, é necessário oferecer a completa informação para que o consentimento seja realmente livre e consciente (ALMEIDA, 2000, p. 7). Entende por esse princípio, ainda, que o ser humano (paciente) tem o direito de ser responsável pelos seus atos, de exercer seu direito de escolha (autodeterminação), respeitando-se sua vontade, valores e crenças, reconhecendo-se seu próprio domínio pela própria vida e o respeito à sua intimidade (CAMARGO, 2003, p. 67).

Pelo **princípio da justiça**, também chamado de equidade, aborda a relevância social da pesquisa com vantagens significativas para os sujeitos da

pesquisa e minimização do ônus para os sujeitos vulneráveis, o que garante a igual consideração dos interesses envolvidos, não perdendo o sentido de sua destinação sócio-humanitária (ALMEIDA, 2000, p. 9). Esse princípio impõe que inobstante suas diferenças, as pessoas sejam tratadas de forma igualitária no exercício da medicina e nos resultados das pesquisas científicas (CAMARGO, 2003, p. 67).

Há, também, quem entenda que existem outros princípios que são evocados como fundamentos basilares do pensamento bioético como é o caso de Maria Claudia Crespo Brauner. Ela entende que, além dos princípios citados anteriormente, há o **princípio da alteridade**, que considera a pessoa como fundamento de toda reflexão da bioética e o princípio da sacralidade da vida humana, que atribui valor e respeito à vida (BRAUNER, 2003, p. 159).

Fátima Oliveira (apud CAMARGO, 2003, p. 65) entende que a bioética apresenta-se, ao mesmo tempo, como reflexão e ação. Reflexão, porque tem o diferencial de realmente refletir sobre as consequências psicossociais, econômicas, políticas e éticas advindas do avanço da ciência; e ação, porque, após a reflexão, é capaz de posicionar-se de forma a assegurar o sucesso desse tipo de relação, impondo limites e ditando regras que estabeleçam um novo contrato social entre povo, médicos, governos etc.

Leciona Aline Mignon de Almeida (2000, p. 4) que o Direito surge como uma ciência que busca normatizar e regular as condutas dos indivíduos na sociedade, sendo um conjunto de normas impostas coercitivamente pelo Estado com o objetivo de regular a conduta entre os indivíduos e dos indivíduos com o Estado, tendo como regulador da Medicina e da Biologia, o chamado biodireito.

Juliana Frozel de Camargo (2003, p. 68) afirma que a relação da bioética com o Direito surge da necessidade do jurista obter instrumentos eficientes para propor soluções aos problemas que a sociedade tecnológica cria, em especial no atual estágio de desenvolvimento, no qual a biotecnologia desponta como atividade empresarial que vem atraindo mais investidores.

O biodireito se preocupa em apresentar os indicativos teóricos e os subsídios da experiência universal para a elaboração da melhor legislação sobre as novas técnicas científicas de reprodução assistida, com vistas à salvaguarda da

dignidade humana, e influencia o traçado de uma hermenêutica jurídica de promoção da vida (ALMEIDA JÚNIOR, 2009, p. 13).

Com o desenvolvimento da engenharia genética e das técnicas de DNS/RNA recombinante, começaram a surgir em todo o mundo legislação acerca da biossegurança, algumas até com enfoque bioético dessa tecnologia. O Brasil promulgou sua Lei de Biossegurança em 1995 (Lei nº 8974), tendo sua criação prevista na própria Constituição Federal, no artigo 199, § 4º, regulando o uso e aplicação das técnicas de engenharia genética (ALMEIDA, 2000, p.5), tendo, em 2005, sido revogada e substituída pela Lei 11.105, na qual, em seu artigo primeiro, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização sobre a construção, o cultivo, a produção, a manipulação, o transporte, a transferência, a importação, a exportação, o armazenamento, a pesquisa, a comercialização, o consumo, a liberação no meio ambiente e o descarte de organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, tendo como diretrizes o estímulo ao avanço científico na área de biossegurança e biotecnologia, a proteção à vida e à saúde humana, animal e vegetal, e a observância do princípio da precaução para a proteção do meio ambiente.

Fermin Roland Scharamm (2012) traz o conceito de biossegurança, adotado pela Comissão de Biossegurança da Fundação Oswaldo Cruz, como sendo:

O conjunto de ações voltadas para a prevenção, minimização ou eliminação de riscos inerentes às atividades de pesquisa, produção, ensino, desenvolvimento tecnológico e prestação de serviços, riscos que podem comprometer a saúde do homem, dos animais, do meio ambiente ou a qualidade dos trabalhos desenvolvidos, tendo como objeto a segurança.

O mencionado autor (SCHARAMM, 2012).relaciona a bioética à biossegurança dizendo:

A biossegurança, enquanto nova disciplina científica, e a bioética, enquanto nova disciplina filosófica, se preocupam com esta situação (aparentemente) inédita, tentando ponderar os prós e os contras e, se for o caso, propor leis, normas e diretrizes com o intento de minimizar riscos, abusos, conflitos e controvérsias, sem prejudicar, entretanto, os avanços biotecnocientíficos. Nesse sentido, a biossegurança e a bioética parecem ter o mesmo tipo de objetivo ou "vocação".

Mas cada disciplina opera também a partir de seus pontos de vista específicos e com suas ferramentas próprias e legítimas, em

princípio diferentes. Isto não impede que, respeitando determinadas condições, exista uma cooperação inter e transdisciplinar entre as duas disciplinas, sobretudo se consideramos que existem preocupações comuns, tais como a qualidade do bem-estar presente e futuro dos seres humanos e não-humanos; o grau de aceitabilidade das várias formas de risco; a legitimidade de intervir no dinamismo intrínseco dos processos biológicos em geral e da vida humana em particular, etc. Tais problemas são complexos e polêmicos e parece que nenhuma disciplina, sozinha, possa dar conta deles.

Em suma, ambas se preocupam com uma série de referentes comuns (a probabilidade dos riscos e de degradação da qualidade de vida de indivíduos e populações) e legítimos (a aceitabilidade das novas práticas), mas a biossegurança o faz quantificando e ponderando riscos e benefícios, ao passo que a bioética analisa os argumentos racionais que justificam ou não tais riscos.

Em outros termos, bioética e biossegurança se preocupam com a legitimidade, ou não, de se utilizar as novas tecnologias desenvolvidas pela engenharia genética para transformar a qualidade de vida das pessoas. Mas a natureza e a qualidade dos objetos e dos argumentos de cada disciplina são diferentes: a bioética preocupando-se com a análise imparcial dos argumentos morais acerca dos fatos da biotecnociência; a biossegurança ocupando-se dos limites e da segurança com relação aos produtos e técnicas biológicas.

Assim, como demonstrado acima, há relação entre a bioética, o biodireito e a biossegurança.

3.4 Destinação dos embriões excedentes das técnicas de reprodução assistida

3.4.1 *Na perspectiva do Conselho Federal de Medicina*

3.4.1.1 *Criopreservação*

Criopreservação, também chamado de crioconservação ou criobiologia, é uma técnica aplicada no congelamento de material orgânico, células, tecidos e, não muito distante, sistemas mais complexos como um órgão, em baixa temperatura, em média de cento e noventa e seis graus Celsius negativos (-196°), muito usado nas clínicas de reprodução humana, com a finalidade de preservar o material coletado viável para a utilização posterior, sem perder as propriedades biológicas, estrutura e funcionalidade, após o descongelamento (CAMPOS; SILVA, 2012).

Esta criopreservação dos embriões excedentes é um procedimento eficiente para a FIV, pois permite a escolha do momento adequado para serem utilizados no momento mais propício para sua implantação, porém surgem vários problemas, inclusive de cunho ético, como é o caso de o embrião não suportar a manipulação térmica na qual é submetido, e pelo fato de haver a possibilidade de se manter o embrião congelado indefinidamente (SILVA., 2006, p. 284-285).

A Resolução Federal de Medicina número 1957/2010 estabelece que os embriões excedentes viáveis que sobraem dos produzidos em laboratório serão criopreservados, porém, os cônjuges ou companheiros devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos embriões criopreservados em caso de divórcio, doenças graves ou falecimento de um deles ou de ambos, como trazido abaixo:

V - CRIOPRESERVAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES

- 1 - As clínicas, centros ou serviços podem criopreservar espermatozoides, óvulos e embriões.
- 2 - Do número total de embriões produzidos em laboratório, os excedentes, viáveis, serão criopreservados.
- 3 - No momento da criopreservação, os cônjuges ou companheiros devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos pré-embriões criopreservados em caso de divórcio, doenças graves ou falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los.

Porém, como apontado anteriormente, um dos grandes problemas que a criopreservação traz, é o fato de o embrião ser congelado indefinidamente, sem que a sua qualidade seja alterada, a superlotando os locais de armazenamento e o grande impacto financeiro que se tem com as clínicas que fazem esse congelamento de embriões. Assim, conseqüentemente, começou a ser adotado pelos pesquisadores um prazo máximo para crioconservação do embrião, sendo 5 anos, como entende Aline Mignon de Almeida (2000, p. 29), o que não foi muito aceito, já que começou a ter um descarte em massa dos embriões congelados segundo a autora.

O entendimento mais recente para tal questionamento é que, no caso dos embriões congelados que forem registrados, há a possibilidade de os “donos biológicos” os utilizarem em futura implantação, ou, do contrário,

permanecerem congelados já que o Estado não pode determinar sua implantação compulsória, a sua doação para outro casal, a sua destruição ou sua utilização em pesquisas. Porém, se não houver nenhum registro, a Lei de Biossegurança número 11.105 traz duas soluções: a destruição após três anos de congelamento; ou a utilização em pesquisas (VIEIRA; FÉO, 2009).

3.4.1.2 Descarte

O descarte é a denominada destruição dos embriões excedentes das técnicas de reprodução assistida. As opiniões acerca de sua admissibilidade ou não variam de acordo com a corrente que se estuda. Para aqueles que acreditam ser o embrião humano, desde a concepção, pessoa, não há que se falar em descarte. Em opinião completamente oposta, os que entendem ser o embrião apenas um amontoado de células afirmam que ele se encontra em uma situação de total disponibilidade. Agora, para os adeptos da corrente intermediária, para a qual o embrião é uma pessoa em potencial, não há o que se falar de uma disponibilidade sem limites, porque não aceita a destruição de embriões (SILVA, 2006, p.287). Porém, esse debate foi objeto de análise pelo Conselho Federal de Medicina.

Sobre o descarte ou destruição dos embriões excedentes, Sergio Abdalla Semião (1998, p.178) entende que:

Isso significa o atravancamento da ciência, mesmo entendendo ele que não se deve criopreservá-los. Depara-se com a teoria natalista, que desconsidera o embrião antes da nidação. Já para os concepcionistas, a conservação se impõe, visto que para eles a vida se inicia no momento da concepção (junção óvulo e espermatozóide), independente da nidação.

A destruição dos embriões excedentários, como já exposto anteriormente, não é permitida pelo Conselho Federal de Medicina, mais precisamente em sua Resolução 1957/2010, razão pela qual levou à estipulação de um número máximo de embriões por casal, que é de 4 (quatro) embriões. Tal decisão gera controvérsias, uma vez que existem diversas correntes, vale destacar dentre elas a concepcionista, que acredita que se ocorrer o descarte do embrião

congelado, estar-se-ia cometendo crime de aborto, já que este crime se configura em qualquer fase do desenvolvimento do embrião (SILVA, 2006, p. 287).

Porém, leciona Patrícia Leite Pereira da Silva (2006, p. 287), o descarte de embrião não é tipificado no ordenamento brasileiro, uma vez que não está previsto nas hipóteses de aborto, já que não há gestação ainda, e muito menos homicídio, porque o Código Civil adota a teoria natalista, e, portanto, não pode ser considerado pessoa, não havendo qualquer equiparação, já que o Direito Penal é regido pelo princípio da anterioridade da lei, estabelecido em seu artigo 1º, que estabelece que não há crime sem lei anterior que o defina, e nem pena sem prévia cominação legal.

Contudo, o Conselho de Federal de Medicina, em sua Resolução 1.957/2010, proibiu o descarte ou destruição dos embriões, devendo, os “donos biológicos”, comunicarem quantos embriões serão transferidos a fresco, congelando o restante.

3.4.1.3 Doação

No que tange a doação dos embriões excedentes para casal que possui dificuldade em ter filhos, esta ocorre de forma bilateral, de casal para casal e não unipessoal, entre uma mulher-doadora para outra (CAMARGO, 2003, p. 112). Porém, também não se chegou a um consenso, uma vez que parte dos estudiosos, como é o caso de Patrícia Leite Pereira da Silva, segue a determinação do Conselho Federal de Medicina, que possibilita a doação de embriões e gametas desde que seja sem qualquer intuito comercial ou lucrativo (SILVA, 2006, p. 289), como descrito na Resolução do CFM de número 1957/2010.

Todavia, existem alguns Projetos de Leis, como é o caso dos substitutivos do número 90/99, o de 1999 e o de 2000, e o número 1184/03, que estabelecem que só poderão ser doados aqueles embriões já congelados, uma vez que o intuito do legislador é proibir a formação de embriões excedentes (SILVA, P., 2006, p. 289).

Existe, ainda, os que entendem que não pode haver a doação, que são os estudiosos que acreditam que o embrião tem *status* de pessoa, uma vez que

os embriões seria objeto de direito semelhante ao direito de propriedade, haja vista que o casal que fizesse a doação estaria na condição de renunciante (SILVA, 2006, p. 289).

Contudo, em conformidade com a Resolução do CFM número 1957/2010 e com o exposto por Patrícia Leite Pereira da Silva (2006, p. 289), a doação dos embriões excedentes, seria a melhor solução para o grande problema da superlotação dos embriões nos locais de armazenamento, porém o casal “dono biológico” do embrião tem que anuir para que possa ocorrer tal doação.

Assim, para haver doação de gametas ou embriões, devem ser observadas as normas prescritas pelo Conselho Federal de Medicina.

3.4.1.3.1 Sigilo quanto à identidade dos doadores e receptores dos embriões

O Conselho Federal de Medicina, em sua Resolução nº 1957/2010, estabelece o sigilo quanto à identidade do doador e a identidade dos receptores. Todavia, o anonimato visa garantir que não haja nenhum tipo de vínculo afetivo, emocional ou até mesmo moral, entre os doadores e os filhos gerados através deles, sendo uma forma de garantir que a criança nascida tenha total inserção na família que adotou determinada forma de reprodução assistida.

Porém, esta Resolução do CFM, traz uma exceção a essa regra de sigilo, onde só poderá dar acesso aos dados do doador em caso de doenças em situações especiais, como para o seu tratamento correspondente, valendo salientar que estas informações só serão disponibilizadas para os médicos:

IV- DOAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES

- 1** - A doação nunca terá caráter lucrativo ou comercial.
- 2** - Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa.
- 3** - Obrigatoriamente será mantido o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e embriões, bem como dos receptores. Em situações especiais, as informações sobre doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do doador.
- 4** - As clínicas, centros ou serviços que empregam a doação devem manter, de forma permanente, um registro de dados clínicos de caráter geral, características fenotípicas e uma amostra de material celular dos doadores.

5 - Na região de localização da unidade, o registro dos nascimentos evitará que um (a) doador (a) venha a produzir mais do que uma gestação de criança de sexo diferente numa área de um milhão de habitantes.

6 - A escolha dos doadores é de responsabilidade da unidade. Dentro do possível deverá garantir que o doador tenha a maior semelhança fenotípica e imunológica e a máxima possibilidade de compatibilidade com a receptora.

7 - Não será permitido ao médico responsável pelas clínicas, unidades ou serviços, nem aos integrantes da equipe multidisciplinar que nelas trabalham participar como doador nos programas de RA.

3.4.1.4 Utilização em pesquisas

Em se tratando dos embriões excedentes como forma de pesquisas científicas para estudar células-tronco, depara-se com uma das maiores divergências e discussões quando se fala em reprodução assistida, conforme afirma Patrícia Leite Pereira da Silva (2006, p. 290), dissertando que a solução de se doarem os embriões para pesquisas seria um tanto quanto louvável, visto que possibilitaria maior avanço das ciências, médicas em face da possibilidade de se alcançarem curas de doenças que atingem milhares de pessoas por todo mundo, como também defendem os que acreditam que os embriões são amontoados de células.

Leciona, ainda, que por outro lado há aqueles que defendem ser o embrião pessoa desde a concepção, afirmando que tal atitude vai de encontro ao princípio da dignidade da pessoa humana e ao direito à vida, ambos estabelecidos na Constituição Federal brasileira.

A Lei de Biossegurança, número 11.105/05 estabelece que, para a utilização do embrião em pesquisas, deve-se obedecer algumas condições legais, a saber: ser considerado como inviável para a sua implantação, ou que não tenham sido implantados e estejam congelados por mais de três anos; os genitores devem consentir com a utilização desse embrião para estudo; e deve ser aprovado pelo Comitê de Ética em Pesquisa da Instituição. Porém, essa solução vai contra o entendimento dos concepcionistas, que alegam ferir o princípio da dignidade da pessoa humana e ao direito à vida por se tratar de pessoa (MARQUES, 2009, p. 60).

3.4.2 Na perspectiva do Supremo Tribunal Federal

Conforme enfatizado por Rafaela Lourenço Marques (2009, p. 60), em que pese a existência da Lei 11.105/2005, que dispõe sobre a Biossegurança, a mesma somente teve aplicação prática após o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, da ADI número 3510, proposta pelo então Procurador-Geral da República, Cláudio Lemos Fonteles, na qual arguiu a violação do princípio da dignidade da pessoa humana na extração de células-tronco dos embriões excedentários, impugnando o artigo 5º da Lei de Biossegurança.

Na referida ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade), seis dos onze ministros votaram pela continuação das pesquisas de células-tronco nos embriões excedentes que preencherem as condições legais, sobre o argumento de que o embrião não possui personalidade jurídica, portanto não seria destinatário da tutela constitucional, visto que esta visaria apenas os nascidos com vida, a saber:

CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DE BIOSSEGURANÇA. IMPUGNAÇÃO EM BLOCO DO ART. 5º DA LEI Nº 11.105, DE 24 DE MARÇO DE 2005 (LEI DE BIOSSEGURANÇA). PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO DIREITO À VIDA. CONSITUCIONALIDADE DO USO DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS EM PESQUISAS CIENTÍFICAS PARA FINS TERAPÊUTICOS. DESCARACTERIZAÇÃO DO ABORTO. NORMAS CONSTITUCIONAIS CONFORMADORAS DO DIREITO FUNDAMENTAL A UMA VIDA DIGNA, QUE PASSA PELO DIREITO À SAÚDE E AO PLANEJAMENTO FAMILIAR. DESCABIMENTO DE UTILIZAÇÃO DA TÉCNICA DE INTERPRETAÇÃO CONFORME PARA ADITAR À LEI DE BIOSSEGURANÇA CONTROLES DESNECESSÁRIOS QUE IMPLICAM RESTRIÇÕES ÀS PESQUISAS E TERAPIAS POR ELA VISADAS. IMPROCEDÊNCIA TOTAL DA AÇÃO.

I - O CONHECIMENTO CIENTÍFICO, A CONCEITUAÇÃO JURÍDICA DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS E SEUS REFLEXOS NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA LEI DE BIOSSEGURANÇA. As "células-tronco embrionárias" são células contidas num agrupamento de outras, encontradas em cada embrião humano de até 14 dias (outros cientistas reduzem esse tempo para a fase de blastocisto, ocorrente em torno de 5 dias depois da fecundação de um óvulo feminino por um espermatozóide masculino). Embriões a que se chega por efeito de manipulação humana em ambiente extracorpóreo, porquanto produzidos

laboratorialmente ou "in vitro", e não espontaneamente ou "in vida". Não cabe ao Supremo Tribunal Federal decidir sobre qual das duas formas de pesquisa básica é a mais promissora: a pesquisa com células-tronco adultas e aquela incidente sobre células-tronco embrionárias. A certeza científico-tecnológica está em que um tipo de pesquisa não invalida o outro, pois ambos são mutuamente complementares.

Portanto, os embriões humanos excedentes das técnicas de reprodução assistida podem ser utilizados para pesquisas de células tronco, como estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal.

3.4.2.1 Legitimidade das pesquisas com células-tronco embrionárias para fins terapêuticos e o constitucionalismo fraternal

No item II da ementa da ADI número 3510, traz o objetivo das pesquisas com células-tronco autorizadas pela Lei de Biossegurança, número 11.105/05, que, pode-se dizer ser o enfrentamento e cura de patologias e traumatismos quaisquer, dissertando que não há um desprezo com os embriões excedentes, pelo contrário, há a possibilidade de melhoras para a utilização deles, não violando a dignidade da pessoa humana e nem o direito à vida, já que, como visto anteriormente, um dos requisitos para a realização desta pesquisa é que os embriões sejam inviáveis para o fim de que se destinam, como trazido no trecho da ADI 3510:

A pesquisa científica com células-tronco embrionárias, autorizada pela Lei nº 11.105/2005, objetiva o enfrentamento e cura de patologias e traumatismos que severamente limitam, atormentam, infelicitam, desesperam e não raras vezes degradam a vida de expressivo contingente populacional (ilustrativamente, atrofia espinhais progressivas, distrofias musculares, a esclerose múltipla e a lateral amiotrófica, as neuropatias e as doenças do neurônio motor). A escolha feita pela Lei de Biossegurança não significou um desprezo ou desapeço pelo embrião "in vitro", porém uma mais firme disposição para encurtar caminhos que possam levar à superação do infortúnio alheio. Isto no âmbito de um ordenamento

constitucional que desde o seu preâmbulo qualifica "a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça" como valores supremos de uma sociedade mais que tudo "fraterna". O que já significa incorporar o advento do constitucionalismo fraternal às relações humanas, a traduzir verdadeira comunhão de vida ou vida social em clima de transbordante solidariedade em benefício da saúde e contra eventuais tramas do acaso e até dos golpes da própria natureza. Contexto de solidária, compassiva ou fraternal legalidade que, longe de traduzir desprezo ou desrespeito aos congelados embriões "in vitro", significa apreço e reverência a criaturas humanas que sofrem e se desesperam. Inexistência de ofensas ao direito à vida e da dignidade da pessoa humana, pois a pesquisa com células-tronco embrionárias (inviáveis biologicamente ou para os fins a que se destinam) significa a celebração solidária da vida e alento aos que se acham à margem do exercício concreto e inalienável dos direitos à felicidade e do viver com dignidade (Ministro Celso de Mello).

Logo, constata-se que o fato de se utilizar embriões humanos excedentes para pesquisas não violam a dignidade da pessoa humana e nem o direito à vida, podendo ser realizada.

3.4.2.2 A proteção constitucional do direito à vida e os direitos infraconstitucionais do embrião pré-implantado

Já no item III da ementa, a ADI acima mencionada estabelece que o embrião, segundo o ordenamento jurídico, não pode ser considerado como pessoa, uma vez que, como analisado no decorrer do projeto de pesquisa, o Código Pátrio se filia à corrente natalista, onde só é considerada pessoa após o nascimento com vida, e só a partir daí e que poderá falar em dignidade da pessoa humana e direito à vida, pois o embrião é um bem protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição Federal:

O Magno Texto Federal não dispõe sobre o início da vida humana ou o preciso instante em que ela começa. Não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativa (teoria "natalista", em contraposição às teorias "concepcionista" ou da

"personalidade condicional"). E quando se reporta a "direitos da pessoa humana" e até dos "direitos e garantias individuais" como cláusula pétrea está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa, que se faz destinatário dos direitos fundamentais "à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade", entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (como direito à saúde e ao planejamento familiar). Mutismo constitucional hermeneuticamente significativo de transpasse de poder normativo para a legislação ordinária. A potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Onde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana. O embrião referido na Lei de Biossegurança ("in vitro" apenas) não é uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova, porquanto lhe faltam possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas, sem as quais o ser humano não tem factibilidade como projeto de vida autônoma e irrepetível. O Direito infraconstitucional protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano. Os momentos da vida humana anteriores ao nascimento devem ser objeto de proteção pelo direito comum. O embrião pré-implanto é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição. (Ministro Ayres Britto)

Assim, como o ordenamento jurídico vigente adota a corrente natalista, não há como se considerar o embrião como sendo pessoa, ou seja, o fato de utilizá-lo para pesquisas de células-tronco não viola nenhum direito fundamental.

3.4.2.3 As pesquisas com células-tronco não caracterizam aborto. Matéria estranha à presente ação direta de inconstitucionalidade

A ADI número 3510, traz, em sua ementa, mais precisamente no item IV, que o fato de utilizar os embriões excedentes para pesquisas não caracteriza o crime de aborto, principalmente, porque não se interrompe a gravidez humana, e também porque são embriões inviáveis para o uso, como já demonstrado neste trabalho:

É constitucional a proposição de que toda gestação humana principia com um embrião igualmente humano, claro, mas nem todo embrião humano desencadeia uma gestação igualmente humana, em se tratando de experimento "in vitro". Situação em que deixam de coincidir concepção e nascituro, pelo menos enquanto o ovócito (óvulo já fecundado) não for introduzido no colo do útero feminino. O modo de irromper em laboratório e permanecer confinado "in vitro" é, para o embrião, insuscetível de progressão reprodutiva. Isto sem

prejuízo do reconhecimento de que o zigoto assim extra-corporalmente produzido e também extra-corporalmente cultivado e armazenado é entidade embrionária do ser humano. Não, porém, ser humano em estado de embrião. A Lei de Biossegurança não veicula autorização para extirpar do corpo feminino esse ou aquele embrião. Eliminar ou desentranhar esse ou aquele zigoto a caminho do endométrio, ou nele já fixado. Não se cuida de interromper gravidez humana, pois dela aqui não se pode cogitar. A "controvérsia constitucional em exame não guarda qualquer vinculação com o problema do aborto." (Ministro Celso de Mello).

Entende-se também que, conforme o exposto anteriormente, em momento oportuno, que não há tipificação penal para o "aborto" no caso de embriões não implantados, e, portanto, não há como se falar em crime, já que o Código Penal estabelece que só há crime quando há lei anterior que o defina

3.4.2.4 Os direitos fundamentais à autonomia da vontade, ao planejamento familiar e à maternidade

No item V da ementa da ADI analisada, há a ideia de que o planejamento familiar, fruto da livre decisão do casal, é fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e na paternidade responsável:

A decisão por uma descendência ou filiação exprime um tipo de autonomia de vontade individual que a própria Constituição rotula como "direito ao planejamento familiar", fundamentado este nos princípios igualmente constitucionais da "dignidade da pessoa humana" e da "paternidade responsável". A conjugação constitucional da laicidade do Estado e do primado da autonomia da vontade privada, nas palavras do Ministro Joaquim Barbosa. A opção do casal por um processo "in vitro" de fecundação artificial de óvulos é implícito direito de idêntica matriz constitucional, sem acarretar para esse casal o dever jurídico do aproveitamento reprodutivo de todos os embriões eventualmente formados e que se revelem geneticamente viáveis. O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana opera por modo binário, o que propicia a base constitucional para um casal de adultos recorrer a técnicas de reprodução assistida que incluam a fertilização artificial ou "in vitro". De uma parte, para aquinhoar o casal com o direito público subjetivo à "liberdade" (preâmbulo da Constituição e seu art. 5º), aqui entendida como autonomia de vontade. De outra banda, para contemplar os porvindouros componentes da unidade familiar, se por eles optar o casal, com planejadas condições de bem-estar e assistência físico-afetiva (art. 226 da CF). Mais exatamente, planejamento familiar que, "fruto da livre decisão do casal", é "fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável" (§ 7º desse emblemático artigo constitucional de nº 226). O recurso a processos de fertilização

artificial não implica o dever da tentativa de nidação no corpo da mulher de todos os óvulos afinal fecundados. Não existe tal dever (inciso II do art. 5º da CF), porque incompatível com o próprio instituto do "planejamento familiar" na citada perspectiva da "paternidade responsável". Imposição, além do mais, que implicaria tratar o gênero feminino por modo desumano ou degradante, em contrapasso ao direito fundamental que se lê no inciso II do art. 5º da Constituição. Para que ao embrião "in vitro" fosse reconhecido o pleno direito à vida, necessário seria reconhecer a ele o direito a um útero. Proposição não autorizada pela Constituição.

Logo, o recurso a processos de fertilização artificial não implica no dever da tentativa de nidação no corpo da mulher de todos os óvulos afinal fecundados, como expresso no texto da ADI.

3.4.2.5 Direito à saúde como corolário do direito fundamental à vida digna

O direito à saúde, como expresso no item VI da ementa da ADI 3510, é um dos primeiros dos direitos sociais de natureza fundamental e também o primeiro dos direitos constitutivos da seguridade social, tendo a Lei de Biossegurança como instrumento de encontro do direito à saúde com a própria ciência, especificando:

O § 4º do art. 199 da Constituição, versante sobre pesquisas com substâncias humanas para fins terapêuticos, faz parte da seção normativa dedicada à "SAÚDE" (Seção II do Capítulo II do Título VIII). Direito à saúde, positivado como um dos primeiros dos direitos sociais de natureza fundamental (art. 6º da CF) e também como o primeiro dos direitos constitutivos da seguridade social (cabeça do artigo constitucional de nº 194). Saúde que é "direito de todos e dever do Estado" (caput do art. 196 da Constituição), garantida mediante ações e serviços de pronto qualificados como "de relevância pública" (parte inicial do art. 197). A Lei de Biossegurança como instrumento de encontro do direito à saúde com a própria Ciência. No caso, ciências médicas, biológicas e correlatas, diretamente postas pela Constituição a serviço desse bem inestimável do indivíduo que é a sua própria higidez físico-mental.

Assim, entendeu o Supremo Tribunal Federal que a Lei de Biossegurança, criada pelo artigo 199, § 4º da Constituição Federal é um instrumento que liga a saúde e a ciência, sendo a garantia dessa um dever do Estado.

3.4.2.6 O direito constitucional à liberdade de expressão científica e a lei de biossegurança como densificação dessa liberdade

O item VII da ementa da ADI estudada traz a liberdade de expressão, exigente do máximo de proteção jurídica, onde a regra de que o Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológica é de logo complementada com o preceito que autoriza a edição de normas como a constante do artigo 5º da Lei de Biossegurança, pelo necessário afastamento de qualquer invalidade jurídica:

O termo "ciência", enquanto atividade individual faz parte do catálogo dos direitos fundamentais da pessoa humana (inciso IX do art. 5º da CF). Liberdade de expressão que se afigura como clássico direito constitucional-civil ou genuíno direito de personalidade. Por isso que exigente do máximo de proteção jurídica, até como signo de vida coletiva civilizada. Tão qualificadora do indivíduo e da sociedade é essa vocação para os misteres da Ciência que o Magno Texto Federal abre todo um autonomizado capítulo para prestigiá-la por modo superlativo (capítulo de nº IV do título VIII). A regra de que "O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas" (art. 218, caput) é de logo complementada com o preceito (§ 1º do mesmo art. 218) que autoriza a edição de normas como a constante do art. 5º da Lei de Biossegurança. A compatibilização da liberdade de expressão científica com os deveres estatais de propulsão das ciências que sirvam à melhoria das condições de vida para todos os indivíduos. Assegurada, sempre, a dignidade da pessoa humana, a Constituição Federal dota o bloco normativo posto no art. 5º da Lei 11.105/2005 do necessário fundamento para dele afastar qualquer invalidade jurídica (Ministra Cármen Lúcia).

Assim, ficou decidido que também é um dever do Estado proteger o direito à liberdade de expressão científica, não podendo restringir as pesquisas em embriões excedentes e inviáveis como traz a Lei de Biossegurança.

3.4.2.7 Suficiência das cautelas e restrições impostas pela lei de biossegurança na condução das pesquisas com células-tronco embrionárias

O próximo item trazido na ementa da ADI 3510, o VIII, disserta que a Lei de Biossegurança não conceitua categorias mentais ou entidades biomédicas, porém é de se presumir que recepcionou tais categorias e as que lhe são correlatas com o significado que elas portam no âmbito das ciências médicas e biológicas:

A Lei de Biossegurança caracteriza-se como regração legal a salvo da mácula do aodamento, da insuficiência protetiva ou do vício da arbitrariedade em matéria tão religiosa, filosófica e eticamente sensível como a da biotecnologia na área da medicina e da genética humana. Trata-se de um conjunto normativo que parte do pressuposto da intrínseca dignidade de toda forma de vida humana, ou que tenha potencialidade para tanto. A Lei de Biossegurança não conceitua as categorias mentais ou entidades biomédicas a que se refere, mas nem por isso impede a facilitada exegese dos seus textos, pois é de se presumir que recepcionou tais categorias e as que lhe são correlatas com o significado que elas portam no âmbito das ciências médicas e biológicas.

Assim, deve haver grande cautela e restrições pela lei de Biossegurança na condução das pesquisas com células-tronco embrionárias por se tratar de matéria tão religiosa, filosófica e eticamente sensível.

3.4.2.8 Improcedência da ação

No último item da ementa da ADI em comento, menciona a inexistência dos pressupostos para a aplicação da técnica da "interpretação conforme a Constituição" e, portanto, a norma impugnada não padece de polissemia ou de plurissignificatidade:

Afasta-se o uso da técnica de "interpretação conforme" para a feitura de sentença de caráter aditivo que tencione conferir à Lei de Biossegurança exuberância regratória, ou restrições tendentes a inviabilizar as pesquisas com células-tronco embrionárias. Inexistência dos pressupostos para a aplicação da técnica da "interpretação conforme a Constituição", porquanto a norma impugnada não padece de polissemia ou de plurissignificatidade. Ação direta de inconstitucionalidade julgada totalmente improcedente (ADI 3510, 2010).

Assim, a Ação Direta de Inconstitucionalidade de número 3510 foi julgada totalmente improcedente, entendendo que não há o que se falar em inconstitucionalidade da utilização dos embriões excedentes que preencherem as condições legais especificadas para pesquisas.

CONCLUSÃO

Na presente monografia, observa-se que a reprodução assistida é utilizada para ajudar as pessoas impossibilitadas ou com dificuldades a terem filhos. Para isso, há duas formas diferentes, a heteróloga (com o material genético de um doador, diferente do casal) e a homóloga (com o material genético do próprio casal), podendo também utilizar-se da gestação de aluguel (quando há ajuda de uma mulher diferente da relação do casal, que gerará o embrião) para tal.

Foram abordadas as técnicas mais conhecidas de inseminação artificial e suas especialidades, a saber, GIFT, ZIFT, ICSI e FIV, sendo esta a mais utilizada atualmente, analisando-as conforme a Resolução do Conselho Federal de Medicina número 1.957/2010.

Posteriormente, foi trazido outro tema de relevante discussão que é o estatuto jurídico do embrião no ordenamento brasileiro, abrangendo o conceito de embrião, a sua diferença com o nascituro no âmbito da formação e da proteção jurídica, e também conforme as teorias de personalidade civil, sendo este assunto muito polêmico por existirem várias teorias que se contrapõem entre si, como é o caso da teoria natalista (estipula que para haver a personalidade jurídica é necessário que o nascituro nasça com vida, porém, a proteção para ele se dá por entender que ele apenas possui uma expectativa de direito,), da concepcionista (que afirma que a personalidade jurídica é adquirida com a concepção do nascituro, ou seja, independe de nascer com vida,) e da personalidade condicionada (onde se entende que o nascituro é sujeito de direito desde a concepção, porém só vai poder gozá-los após o seu nascimento com vida).

Demonstra, no mesmo contexto anteriormente especificado, a divergência entre os pesquisadores quanto ao *status* legal do embrião oriundo de reprodução assistida, uma vez que há três correntes mais conhecidas: os que acreditam que os embriões congelados são considerados pessoas, outros que acreditam ser eles amontoados de células e os que defendem que são pessoas em potencial.

Elenca também alguns direitos dos embriões e suas restrições, como é o caso do reconhecimento de paternidade advindo da inseminação artificial, homóloga, heteróloga e no caso de morte do cônjuge, trazendo ainda a possibilidade de serem amparados pelo direito sucessório.

Por fim, o referido trabalho aborda as questões jurídicas sobre os embriões excedentários, abrangendo a definição e surgimento, envoltos em uma breve evolução juridico-normativa no Brasil, com diversos Projetos de Leis sobre o tema, alguns arquivados e outros ainda aguardando votação, tendo como principal o Projeto de Lei número 1.184/2003 (no qual se encontram apensados os Projetos de Lei números 2855/1997 e 1135/2003 e 2061/2003), que está respaldado pela Resolução do Conselho Federal de Medicina número 1.957/2010. Estabelece, ainda, uma relação entre embriões excedentes das técnicas de reprodução assistida com a Bioética, o (Bio) Direito e a Biossegurança,

Ressaltou-se, também, no presente trabalho, a divergência entre os especialistas no assunto quanto à destinação dos embriões excedentários, tanto na perspectiva do Conselho Federal de Medicina, quanto na perspectiva do Supremo Tribunal Federal, podendo se concluir que as únicas formas de destinação dos embriões excedentários das práticas de reprodução assistida adotadas atualmente no ordenamento brasileiro são: criopreservação do embrião em câmaras de resfriamento; a doação dos embriões, desde que haja o consentimento dos doadores; e a utilização dos embriões para pesquisas científicas, se dentro das condições legais impostas, como é o caso de haver consentimento dos doadores, de os embriões serem considerados inviáveis, e após três anos de criopreservação.

REFERÊNCIAS

ALBANO, Suzana Stoffel Martins. Reprodução assistida: os direitos dos embriões congelados e daqueles que os geram. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 7, n. 34, p. 72-97, fev./mar., 2006.

ALMEIDA, Aline Mignon de. **Bioética e biodireito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de. Técnicas de reprodução assistida e biodireito. In: *Revista IOB de Direito de Família*, ano XI, n. 55, p. 72-97, ago./set., 2009. p. 11-23.

ALVES, Cristiane Avancini. A conexão entre a autodeterminação e a formação familiar na esteira do princípio da responsabilidade. In: MARTINS-COSTAS, Judith; MOLLER, Letícia Ludwing (Org.). **Bioética e Responsabilidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ALVES, Cristiane Avancini. Embriões excedentários e bioética: rumo a novas perspectivas no âmbito do Direito de Família sob um prisma constitucional. In: **Tendências constitucionais no Direito de família**. Porto alegre: Livraria do advogado, 2003. p.21-34.

BARBOSA, Heloisa Helena. Reprodução assistida e o novo Código Civil de 2002. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord). **Bioética, Biodireito e o novo Código Civil de 2002**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

BARBOSA, Heloisa Helena. Proteção jurídica do embrião humano, de julho de 2002. Disponível em: <<http://www.ghente.org/temas/reproducao/protecao.htm>>. Acesso em: 09 abr. 2012.

BARROS, Ana Lúcia Porto, et al.. **O novo código civil: comentado**. Rio de Janeiro: F. Bastos, 2002.

BRASIL. **Decreto- Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Brasília, 1940. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 15 nov. 2012.

BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 02 nov. 2011.

BRASIL. **Lei nº 11.105**, de 24 de março de 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm>. Acesso em: 14 abr. 2012.

BRASIL. **Resolução CFM nº 1.957/2010**, de 15 de dezembro de 2010. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos. **Diário Oficial da União**, Brasília, 06 jan. 2011. Seção I. p.79.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510. Relator(a): Min. AYRES BRITTO. Julgado em: 29/05/2008, DJe-096 divulg. 27-05-2010 publicado em: 28-05-2010

BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. **Direito, sexualidade e reprodução humana: conquistas médias e o debate bioético**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CAMARGO, Juliana Frozel de. **Reprodução humana: Ética e Direito**. Campinas, SP: Edicamp, 2003.

CAMPOS, Bruna Christiane Dantas; SILVA, Michel Clei Farias. **Aspectos jurídicos da criopreservação extracorpórea de células embrionárias humanas**. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6605>. Acesso em: 15 abr. 2012.

CONSALTER, Zilda Mara. Algumas reflexões em torno da inseminação artificial humana. In: Revista Jurídica Unijus. Uberaba, v.9, n.10. mai. 2006. p. 45-59.

DINIZ, Débora. Tecnologias reprodutivas, ética e gênero: o debate legislativo brasileiro. In: BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de; PESSINI, Leo (Org.). **Bioética: alguns desafios**. São Paulo: Centro Universitário São Camilo, 2002, p. 203-224.

DOWER, Nelson Godoy Bassil. **Direito Civil: Direito das sucessões**. São Paulo: Nelpa, 2004, p. 51-59.

FERNANDES, Tycho Brahe. **A Reprodução Assistida em face da Bioética e do Biodireito**: Aspectos do Direito de Família e do Direito das Sucessões. Florianópolis: Diploma Legal, 2000.

GOLDIM, José Roberto. **Bioética e Reprodução Humana**. Disponível em <<http://www.bioetica.ufrgs.br/biorepr.htm>>. Acesso em: 11 abr. 2012.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito**: Aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

MACHADO, Maria Helena. **Reprodução humana assistida**: aspectos éticos e jurídicos. Curitiba: Juruá, 2005.

MARQUES, Rafaela Lourenço. Pesquisa com embriões excedentários e o princípio da dignidade da pessoa humana, em face da lei de biossegurança. Revista centro de estudos judiciários, Brasília, ano 13, n. 45. p.56-69.

MELLO, Romário de Araújo. **Embriologia humana**. São Paulo: Atheneu, 2000.

MOORE, Keith L.; PERSAUD, T. V. N.. **Embriologia básica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MUSSE, Luciana Barbosa. A vida humana como bem jurídico e filosófico: o estatuto epistemológico do embrião humano. In: *Revista de Direito*, Leme, v. 6, n. 8. p. 115-138, 2003.

NAKAMURA, Milton. **Inseminação artificial humana**. São Paulo: Roca, 1984.

RAFFUL, Ana Cristina. **A reprodução artificial e os direitos da personalidade**. São Paulo: Themis, 2000.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de biodireito**: reprodução humana assistida. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

SCHARAMM, Fermin Roland. **Bioética e biossegurança**. Disponível em <http://www.portalmedico.org.br/biblioteca_virtual/bioetica/ParteIIIbioseguranca.htm>. Acesso em: 14 abr. 2012.

SEMIÃO, Sergio Abdalla. **Os direitos do nascituro**: aspectos cíveis, criminais e do biodireito. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SILVA, Patrícia Leite Pereira da. A busca de uma solução ético-jurídica para a destinação dos embriões excedentários. **Revista da fundação escola superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios**, Brasília, ano 14, p. 226-312, dez. 2006.

SILVA, Bárbara Renata. Direitos do nascituro e do embrião, de abril de 2007. Disponível em <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigo&id=797>>. Acesso em: 09 abr. 2012.

TESTART, Jacques. **A fertilização artificial**. São Paulo: Ática, 1998.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: Direito de família. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

VIEIRA, Tereza Rodrigues; FÉO, Christina. **O destino dos embriões congelados**. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília ano 13, n° 310, p. 18-19. 15 dez. 2009