

ASPECTOS JURIDICOS DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA NO BRASIL: O descarte de embriões excedentários¹

Maria Thereza Minaré²

Karoline Konzen³

Marisa Testa⁴

RESUMO

O presente artigo está vinculado ao descarte de embriões excedentários, uma vez que a evolução das técnicas de reprodução assistida no Brasil revelou uma situação complexa, que é a inutilização de embriões que foram criopreservados para garantir a otimização dos tratamentos. A discussão levou em conta a legislação vigente no país e em outros países, tomados como parâmetro, bem como posicionamentos doutrinários que envolvem o tema. Se por um lado nenhum casal pode ser obrigado a ter mais filhos do que deseja, por outro lado, se o embrião é ser vivo precisa ter a garantia de todos os direitos inerentes à pessoa humana, não se admitindo o descarte, a não implantação e tampouco a sua utilização em pesquisas de células-tronco. A problemática girou em torno dos aspectos jurídicos que abrangem o elevado número de embriões abandonados nas clínicas de reprodução humana. Por um lado, o CFM e a Lei da Biossegurança autorizam que os embriões sejam descartados ou entregues para pesquisa científica, por outro lado a legislação federal afirma que a vida ganha este status desde a concepção e merece proteção jurídica. Questionamentos doutrinários estão distribuídos em várias correntes que tentam explicar o ponto inicial da vida e de sua garantia legal. Com o resultado deste estudo chegamos à conclusão de que urge a necessidade de um consenso sobre o marco inicial da vida e então de regulamentação específica capaz de reger a criação, manipulação e destinação dos embriões excedentários.

Palavras-chave: Embriões. Descarte. Legislação.

ABSTRACT

This article is linked to the disposal of surplus embryos, since the evolution of assisted reproduction techniques in Brazil revealed a complex situation, which is the unusability of embryos that were cryopreserved to guarantee the optimization of treatments. The discussion took into account the legislation in force in the country and in other countries, taken as a parameter, as well as doctrinal positions that involve the theme. If, on the one hand, no couple can be forced to have more children than they wish, on the other hand, if the embryo is a living being, it must have the guarantee of all the rights inherent to the human person, not allowing disposal, not implant neither is its use in stem cell research. The problem revolved around the legal aspects that cover the high number of embryos abandoned in human reproduction clinics. On the one hand, the CFM and the Biosafety Law authorize embryos to be discarded or handed over for scientific research, on the other hand, federal legislation states that life gains this status from conception and deserves legal protection. Doctrinal questions are distributed in several currents that try to explain the starting point of life and its legal guarantee. With the result of this study, we came to the conclusion that there is an urgent need for a consensus on the initial milestone of life and then for specific regulation capable of governing the creation, manipulation and destination of surplus embryos.

Keywords: Embryos. Disposal. Legislation.

Data da Aprovação: 29 de outubro de 2020 .

¹ Artigo apresentado como requisito parcial para a conclusão do curso de Graduação em Direito da Faculdade de Ensino Superior da Amazônia Reunida – FESAR. 2020.

² Orientadora do artigo. Graduado pela Universidade de Uberaba (1999). Especialista em Direito Processual Civil pelo Centro Universitário Paulista - UNIRP (2001). Advogada. Professora na FESAR – Faculdade de Ensino Superior da Amazônia Reunida. E-mail: mtminare@hotmail.com .

³ Acadêmica de Bacharelado em Direito pela FESAR – Faculdade de Ensino Superior da Amazônia Reunida. Email: karolinekonzen@yahoo.com.br .

⁴ Acadêmica de Bacharelado em Direito pela FESAR – Faculdade de Ensino Superior da Amazônia Reunida. Email: marisahtesta@hotmail.com

INTRODUÇÃO

A medicina reprodutiva teve inquestionável avanço no país nas últimas décadas, propiciando para mulheres ou casais a possibilidade de ter filhos mesmo diante da infertilidade.

O marco para a reprodução assistida se deu na Inglaterra, em 1978, com o nascimento do primeiro bebê gerado por meio da técnica de reprodução *in vitro*, e ficou mundialmente conhecido como “bebê de proveta”. A partir daí até a atualidade, o desenvolvimento dessa medicina foi estimável, sendo que hoje é possível manipular o material genético, inclusive, para afastar determinados tipos de doenças hereditárias.

Quando se inicia um tratamento de fertilização “*in vitro*” é criado o máximo de embriões possíveis, viáveis, e que são guardados de sobressalência, ou seja, para serem implantados futuramente caso a primeira gestação não prospere. No entanto, boa parte destes embriões já têm um potencial risco de não despertarem mais o interesse dos seus geradores caso a gestação se confirme. Assim, de forma geral, aumenta a cada ano a quantidade de embriões criopreservados abandonados nas clínicas de reprodução humana, os quais são doados ou simplesmente descartados.

A situação supracitada é alvo de questionamentos sociais, doutrinários, científicos e jurídicos, pois para alguns destes grupos o embrião é desde logo amparado pela Lei, ainda que não implantado, e o defendem como vida humana em potencial. Para outro segmento, o embrião deveria antes ser implantado e desenvolver-se até certo estágio para então adquirir o status humano e o amparo jurídico. Estamos diante de teorias distintas que tentam explicar o ponto inicial da vida e de dar, portanto, proteção jurídica ao embrião.

Considerando o exposto na Constituição Federal e no Código Civil Brasileiro o embrião não pode ser “coisificado”, haja vista que os aludidos Códigos preconizam o direito à vida e sua proteção desde a concepção.

Se por um lado nenhum casal pode ser obrigado a ter mais filhos do que deseja, ou seja, nenhuma norma poderá obrigar que os embriões excedentários sejam utilizados por aqueles que os geraram, por outro lado, se o embrião é ser vivo, deveria ter a garantia de todos os direitos inerentes à pessoa humana, não se admitindo o descarte, a não implantação e tampouco a sua utilização em pesquisas de células-tronco.

Diante das considerações citadas, nos próximos capítulos cuidaremos de expor um breve estudo dos dispositivos legais vigentes no país, das controvérsias jurídico/doutrinários que buscam suprir onde a legislação é omissa, bem como das possibilidades viáveis para

resolver o problema dos embriões excedentários. São questões que tornam o tema relevante e instigam por respostas, uma vez que o embrião humano não se encontra acomodado no ordenamento jurídico brasileiro.

1. REPRODUÇÃO ASSISTIDA E AS TEORIAS SOBRE O INÍCIO DA VIDA

A Reprodução Humana Assistida surgiu como uma forma de intervenção do homem no processo natural de concepção por meio de técnicas reprodutivas artificiais que unem os gametas femininos e masculinos para gerar um novo ser humano.

Nas palavras de França (2001, pág. 225), a reprodução humana assistida pode ser compreendida como “o conjunto de procedimentos no sentido de contribuir na resolução dos problemas da infertilidade humana, facilitando assim o processo de procriação quando outras terapêuticas ou condutas tenham sido ineficazes para a solução e obtenção da gravidez desejada”

A fertilização *in vitro* é exemplo de uma destas técnicas e ocorre em laboratório no momento em que espermatozoide e óvulo são unidos formando o embrião que será posteriormente implantado no útero materno. Nesse caso, a fecundação se dá fora do corpo da mulher, é extracorpórea.

Como visto, o embrião é resultado da união destes gametas que formarão um agrupamento celular com um código genético humano único. Quando feita em laboratório estamos diante da fertilização *in vitro*, ou seja, da fertilização extrauterina, que possibilita a mulheres com problemas de infertilidade realizar o sonho de ser mãe ou mesmo de postergar a gestação. Vale frisar que após o período de três meses implantado no útero materno, o embrião passa a denominar-se feto.

Dados históricos dão conta de que o primeiro caso de fertilização *in vitro* com nascimento ocorreu no ano de 1978, no norte da Inglaterra, que ficou conhecido como primeiro “bebê de proveta” do mundo. Este foi, sem dúvida, um marco para a reprodução assistida no mundo, a partir do qual começou a transformar a realidade dos tratamentos de infertilidade no Brasil.

A ciência hoje nos leva a pensar: como pode um ser humano gerar outro de sua espécie em laboratório? A evolução da reprodução assistida no Brasil traz à tona algumas teorias, principalmente relacionadas à biotecnologia e ao direito. As interpretações perpassam pelo viés religioso, ético, científico e jurídico, uma vez que se trata da manipulação em

laboratório de material genético que dará início à vida. Neste contexto, nos interessa buscar o viés jurídico que envolve o processo de descarte de embriões excedentários.

Atualmente, as clínicas brasileiras de reprodução humana adotam protocolos administrativos no que tange aos procedimentos de coleta e preservação de material genético. Durante os tratamentos de fertilização *in vitro* há a coleta e a união de gametas, formando embriões que, em tese, devem ser implantados no útero na futura mãe, porém, a realidade mostra uma grande quantidade de embriões sendo criopreservados, dos quais a maioria não exercerá sua real finalidade e será descartada.

Basta que uma pessoa seja considerada civilmente capaz e tenha como custear o tratamento para que possa fazer uso das técnicas de reprodução humana, ou seja, independente de orientação sexual ou estado civil. Mulheres solteiras também podem recorrer a adoção embrionária ou de gametas de forma legal. Por ser um tratamento que envolve custos consideráveis e possibilidade de tratamentos frustrados com necessidade de repetir tentativas, as clínicas de reprodução optam por conseguir o maior número de embriões viáveis, evitando, assim, novos procedimentos de coleta e ampliação do custo. Para tanto, é necessário que este material genético seja guardado conforme a técnica de criopreservação que os manterá congelados para futura utilização, conforme a necessidade ou viabilidade dos candidatos à maternidade e/ou paternidade.

O método de criopreservação se dá pelo congelamento dos embriões, por tempo determinado ou indeterminado, conforme a vontade dos clientes, os quais manifestam sua pretensão antes do procedimento, por meio do contrato com a clínica de fertilização. No documento consta o destino a ser dado futuramente ao material genético (seja descarte, doação para pesquisa ou doação para outros casais) em caso de divórcio, dissolução de união estável, falecimento do parceiro ou de ambos e o tempo mínimo de congelamento, o qual se dá por três anos. Depois disso, não despertando mais o interesse dos responsáveis, poderão ser descartados, doados ou utilizados em pesquisas com células tronco.

Neste sentido, os embriões excedentes são resultado dos procedimentos efetuados em FIV (fertilização *in vitro*) em que é criado um número de embriões maior a que quantidade que será implantada no útero materno.

Segundo o autor Galdino:

A probabilidade de a mulher engravidar por meio das técnicas de reprodução assistida nas primeiras tentativas é pequena, razão pela qual se torna indispensável fecundar diversos ovos a fim de que o casal não seja obrigado a repetir inúmeras sessões para colheita de materiais genéticos (óvulo e espermatozoide). Para que haja sucesso na procriação artificial, faz-se necessário então um número excedente de embriões criopreservados a serem implantados a fim de que ocorra a gravidez.

(GALDINO, 2007, p. 10)

Assim, o descarte de embriões excedentários mostra-se um relevante e delicado ponto de discussão, uma vez que não há discriminação de quantidade máxima de óvulos, espermatozoides, tecidos gonadais ou embriões a serem produzidos e criopreservados. Tal situação tem favorecido o aumento do número de embriões a serem descartados, seja pelo simples descongelamento, ou pela doação para pesquisa com células-tronco, o que poderia estar importando em tirar a vida do embrião, de um ser humano.

Para entender sobre a ilicitude ou não do descarte de embriões fecundados e criopreservados, com potencialidade ou não de se tornar feto, é importante explorar algumas teorias que divergem sobre o marco inicial da vida e acerca da tutela jurídica a ser dispensada ao embrião. Vejamos as principais:

A Teoria da Concepção justifica o início da vida a partir da união do espermatozoide com o óvulo, ou seja, da fecundação. Esta teoria sustenta que a partir da concepção o embrião já é um ser em potencial e garantidas as condições naturais necessárias poderá haver a formação humana. Assim, o descarte de embriões criopreservados certamente se configuraria em aborto, e, portanto, uma conduta típica prevista no Código Penal.

Sendo, portanto, um material genético com características de pessoa humana já faz jus à proteção jurídica e o devido respeito e dignidade. Adepta da teoria concepcionista, Maria Helena Diniz se posiciona sobre a tutela jurídica ao embrião:

O embrião humano é um ser com individualidade genética, dotado de alma intelectual e de instintos. Os cientistas descobriram que os genes responsáveis pelo crescimento embrionário, denominados “hox”, atuam, no ser humano, com grande velocidade nos primeiros dias da concepção, cumprindo a fantástica tarefa de estabelecer a estrutura do corpo: a cabeça, os membros e os órgãos. Assim sendo, o embrião, por ter carga genética, é um ser humano *in fieri*, merecendo proteção jurídica, desde a concepção, mesmo quando ainda não implantado no útero ou criopreservado. Por isso, deverá haver tutela jurídica desde a fecundação do óvulo em todas as suas fases (zigoto, mórula, blástula, pré-embrião, embrião e feto). (DINIZ, 2010, p.595).

No mesmo traçado, o renomado autor Damásio de Jesus expõe:

É incontestável que a retirada da vida humana (até mesmo pelo aborto) é crime contra a pessoa. A interrupção da vida de um embrião congelado, como qualquer outra forma de interrupção voluntária da vida, também seria um fato antijurídico. Há de se salientar, contudo, que: Não basta que o fato seja antijurídico. Exige-se que se amolde a uma norma penal incriminadora. Daí a questão da adequação típica, que consiste em a conduta subsumir-se no tipo penal. (JESUS, 2002, p. 269).

Autores consagrados como Maria Helena Diniz e Damásio de Jesus defendem a Teoria Concepcionista, em consonância com as garantias constitucionais e do Código Civil Brasileiro.

Assim, o embrião deve ser defendido como vida humana, tendo todos os seus direitos resguardados e a criopreservação é um método a ser eliminado das técnicas de fertilização.

Para a Teoria Desenvolvimentista o ser humano inicia seu desenvolvimento a partir de um agrupamento de células que vão se somando até formar o pré-embrião, o embrião e, posteriormente, o feto, gradativamente. Desta forma, somente haveria vida humana após apresentar características que pudessem individualizá-lo como tal, antes disso não haveria que considerar como pessoa.

Vislumbra Meirelles (2000, p. 114): “Entendem os adeptos da referida teoria, que o embrião humano, nas etapas iniciais do seu desenvolvimento, não apresenta ainda caracteres suficientes a individualizá-lo e, desse modo, identificá-lo como pessoa.” Nestes termos, a união dos gametas feminino e masculino formando o embrião não tem caráter humano, é apenas um amontoado de células com expectativa de direitos.

Parte da doutrina defende a Teoria da Nidação justificando que a vida só pode ocorrer a partir da nidação, ou seja, do momento em que o embrião se fixa na parede uterina e determina a gravidez, sendo assim, até este ponto não passa de um aglomerado de células. Em se tratando de embriões fecundados pelo processo de fertilização *in vitro* somente seria possível se falar em tutela da vida quando o embrião, depois de implantado, se fixasse na parede do ventre materno.

Nas palavras de Cristiane Beuren Vasconcelos:

Esta teoria apregoa que somente a partir da nidação (fixação) do ovo no útero materno é que começa, de fato, a vida. Tendo em vista que esta fase começa em torno do sexto dia – quando começam a ocorrer as primeiras trocas materno-fetais – e termina entre o sétimo e o décimo segundo dia após a fecundação, pela doutrina da nidação do ovo, enquanto este estágio evolutivo não for atingido, existe tão-somente um amontoado de células, que constituiriam o alicerce do embrião.(VASCONCELOS, 2006, pág. 515)

Neste sentido, enquanto não atinge a condição da nidação o embrião é apenas um agrupamento celular com capacidade de se tornar qualquer tecido e, portanto, não merece proteção jurídica.

Importa salientar que parte da comunidade médica é adepta desta teoria uma vez que comungam da concepção de que o embrião fecundado artificialmente em laboratório não possuirá condição de se desenvolver se não estiver implantado no útero materno, dependendo ainda do processo de nidação para então ser alimentado pelo corpo materno. Neste sentido, em

um embrião preservado por técnica laboratorial de congelamento não há vida alguma e não carece de proteção jurídica.

Há, ainda, a Teoria das Primeiras Atividades Cerebrais, que associa o início da vida ao desenvolvimento e funcionamento das primeiras atividades cerebrais. Neste caso, da mesma forma que é considerada extinta a vida pelo cessar das atividades cerebrais, assim também seria a lógica de compreender o início da vida. Destarte, não há que se falar em defesa da vida enquanto o embrião não atingir este estágio, e não basta o coração estar batendo se não houver sinais do sistema nervoso.

Na consideração de Luís Roberto Barroso:

Se a vida humana se extingue, para a legislação vigente, quando o sistema nervoso para de funcionar, o início da vida teria lugar apenas quando este se formasse, ou, pelo menos, começasse a se formar. E isso ocorre por volta do 14º dia após a fecundação, com a formação da chamada placaneural. (BARROSO, 2006, p. 691-692).

Desta forma, antes que o cérebro do nascituro seja capaz de desenvolver as primeiras atividades do sistema nervoso central não merece tutela jurídica, haja vista que a essência do ser humano é sua condição racional, suas atitudes de pensar, agir, sentir. Ao que foi possível buscar, esta é a teoria que tem sido adotada nos julgados proferidos pelo Supremo Tribunal Federal.

Nesta linha de raciocínio pode-se afirmar que o ser humano teria vida na medida que as funções cerebrais e cardíacas estivessem ativas, mas, o início das primeiras atividades cerebrais não é consenso entre os defensores desta teoria haja vista que para alguns as primeiras atividades iniciariam por volta da terceira semana e para outros até a vigésima semana de gestação. Já o coração do feto se forma e começa a bater entre o 16 e 22 dias da gravidez. Observa-se que o embrião, mesmo que blastocisto, não possui, ainda, nenhuma das atividades descritas e, desta forma não deve ser considerado vida.

A Teoria Natalista, por sua vez, é mais uma das teorias que buscam explicar o início da vida. Neste caso a garantia à vida se efetiva a partir do nascimento e antes disso o que existe é apenas a mera expectativa de vida, de ser considerado como pessoa e de ser detentor de direitos. Sendo assim, o embrião e o nascituro não são sujeitos e não possuem personalidade jurídica, o que há é simples perspectiva de direitos. Para o autor Semião, (1998, p.. 153), adepto dessa teoria, “antes do parto, o feto não é pessoa, é uma porção da sua mãe, uma parte das vísceras dessa (...).”

Diante da exposição citada nota-se que as correntes divergem em relação ao momento de início da vida e de dar proteção ao embrião, enquanto isso, a legislação brasileira deixa lacunas no que diz respeito ao controle da medicina reprodutiva e à positivação de legislação específica que regulamente procedimentos de reprodução humana assistida e se digne a fiscalizar e punir civil e penalmente as transgressões cometidas nesta área, principalmente no que diz respeito ao descarte de embriões.

2. A LEGISLAÇÃO PÁTRIA E O DESCARTE DE EMBRIÕES EXCEDENTÁRIOS

A partir do evento da fertilização *in vitro* e do nascimento do primeiro “bebê de proveta” houve grande repercussão social e divergências jurídico-doutrinárias, o que motivou alguns países a estabelecer leis específicas para controlar as clínicas de reprodução assistida e suas técnicas, porém nosso legislador ainda não se posicionou de forma pormenorizada sobre o assunto.

No entanto, a Constituição Federal é fundada no princípio da dignidade da pessoa humana e no direito à vida, conforme expresso nos artigos 1º, inciso III e artigo 5º, “caput”, do aludido texto constitucional. O direito à vida é, sim, um direito inerente ao ser humano, é um bem jurídico tutelado pelo Estado que está intimamente interligado com outros direitos fundamentais quais sejam capazes de proporcionar ao indivíduo a vida plena e digna.

Para Flávia Piovesan:

A dignidade da pessoa humana, (...) está erigida como princípio matriz da Constituição, imprimindo-lhe unidade de sentido, condicionando a interpretação das suas normas e revelando-se, ao lado dos Direitos e Garantias Fundamentais, como cânone constitucional que incorpora as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro (PIOVEZAN, 2000, pág. 54).

Aqui o legislador se preocupou em demonstrar que o direito à vida é o fundamento inicial para qualquer outro direito que se possa pleitear, não resta dúvida, mas pontua-se a grande questão geradora deste levantamento que são as dúvidas acerca do momento que se inicia esta vida protegida pela Lei Maior. Ao direito urge a demanda de proteger o que as ciências delimitarem como vida,

Neste sentido, a ciência precisa andar em consonância com o Direito, não podendo negligenciar as diretrizes éticas e morais ditadas pelo Biodireito, quais sejam: o respeito à vida e o respeito à autodeterminação da pessoa. O direito à vida garantido pela constituição federal não pressupõe somente o direito à existência biológica, mas a uma vida livre e autônoma

manifestada no respeito e na autodeterminação responsável e consciente da própria vida, integrando, assim, a dignidade da pessoa.

O Código Civil brasileiro põe sob sua guarda a vida desde a concepção. Em seu Art. 2º, aduz que: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. A “concepção” cujo sinônimo é fecundação, união do óvulo com o espermatozoide, fertilização, é questionada como não sendo o início da vida.

Parece lógico defender a necessidade de garantir o direito à vida ainda no ventre materno, uma vida independente da sua genitora, uma existência própria que se mostra extremamente vulnerável e merece proteção jurídica tanto no seu direito de viver quanto no direito patrimonial. Imprescindível que seja definido o marco inicial da vida para então, especificamente, garantir proteção onde a atual Lei não acoberta.

A legislação civil somente refere-se às técnicas de reprodução artificial no artigo 1.597, quando se preocupou em garantir direito de filiação ou paternidade nas demandas que envolvem direito sucessório.

Assim, diz o artigo 1.597 do CC:

Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:
I-nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;
II-nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;
III-havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;
IV-havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;
V-havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido. (BRASIL, 2002)

Para Venosa (2006), o Código Civil Brasileiro, não é específico quanto à autorização e a regulamentação da reprodução humana assistida. Ele apenas menciona aspectos gerais do problema e direciona seu conteúdo para as questões relacionadas à paternidade e filiação concebida a partir das técnicas de reprodução.

Em análise ao diploma civil nota-se que apesar de não estar expresso sua referência sobre a natureza do embrião, ainda assim o legislador amparou o nascituro com prerrogativas desde sua concepção. Mas, a Lei Maior cujos fundamentos basilares são a proteção da vida e da dignidade da pessoa humana, não foi específica em expressar sobre o marco inicial da vida para, então, conceder proteção jurídica abrangente aos embriões produzidos em laboratório.

Neste contexto de parca legislação, a Lei 11.105/05 - Lei de Biossegurança versa acerca dos meios de segurança e mecanismos de fiscalização sobre técnicas de reprodução, armazenamento e descarte de embriões e gametas.

Assim diz o artigo 1 da referida lei:

Art. 1º Esta Lei 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.

Neste sentido, nota-se que a lei em questão não contempla suficientemente no que diz respeito à manipulação e descarte de embriões, ela se restringe a impedir engenharia genética em célula germinal humana e a clonagem humana e determina sanções para quem transgride tais normas.

Assim diz o artigo 5º da Lei de Biossegurança:

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

I - sejam embriões inviáveis; ou

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

§ 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§ 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

§ 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei no 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

Em relação ao artigo citado houve arguição de inconstitucionalidade através da ADI 3.510, segundo a qual o uso de células-tronco embrionárias em pesquisas estaria em desacordo com a legislação pátria vigente no que concerne à dignidade da pessoa humana e a inviolabilidade do direito à vida. Após a provocação de deliberada discussão social, jurídica e científica a ADI foi julgada improcedente. Neste sentido defendeu o Ministro Marcos Aurélio Mello: “é fundamento da República a dignidade da pessoa humana. Ora, o que previsto no artigo 5º da Lei nº 11.105/2005 objetiva, acima de tudo, avançar no campo científico visando a preservar esse fundamento, a devolver às pessoas acometidas de enfermidade ou às vítimas de acidentes uma vida útil razoavelmente satisfatória”.

Nota-se que o posicionamento jurídico vai de encontro à utilidade humanitária dos embriões, à possibilidade de avanço da ciência e salvar vidas. Além do que, de acordo com o

posicionamento do ministro relator da ADI citada não se pode associar ou confundir embrião com feto, e com pessoa humana, pois são distintos.

Outro diploma que trouxe preceitos éticos e bioéticos esperados pelos profissionais envolvidos na medicina reprodutiva foi emitido pelo Conselho Federal de Medicina sob o nº 2.168, no ano de 2017, porém, de caráter meramente administrativa. Assim está expresso no Título V, 4 e 5, que trata da criopreservação de gametas ou embriões:

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

5. Os embriões criopreservados e abandonados por três anos ou mais poderão ser descartados.

Parágrafo único. Embrião abandonado é aquele em que os responsáveis descumpriram o contrato pré-estabelecido e não foram localizados pela clínica.

Neste sentido, é notório que a referida norma está em desconformidade com as garantias fundamentais da Constituição Federal e enquanto não houver o fechamento dessa discussão sobre a partir de qual momento se deve proteger a vida, continua a produção de embriões de forma ilimitada, ao bel prazer das clínicas de RA.. Estas clínicas que já somam mais de 100 centros de reprodução humana existentes no Brasil, que também lidera o ranking latinoamericano em reprodução assistida, detendo cerca de 40% dos centros de reprodução, (Medicina S.A.). Assim, a cada ano cresce o número de embriões descartados ou doados para pesquisas com células-tronco sem que haja qualquer regulamentação que limite a quantidade máxima a ser fecundada em cada procedimento.

Em meio às discussões de ordem ética e jurídica, busca-se uma saída para o acúmulo de embriões excedentários abandonados nas clínicas de reprodução humana: doação de embriões para outros casais ou candidatos; doação para pesquisa de células tronco ou simplesmente o descarte.

3. A LACUNA NA LEGISLAÇÃO E A LEI ESTRANGEIRA

Está claro que o direito à vida está amparado pela Constituição brasileira, além disso, encontra-se incorporado no direito pátrio, tratados internacionais de direitos humanos que visam a proteção de direitos do homem, dos quais o Brasil é signatário. Segundo Canotilho, 2002, pag. 369, “os direitos humanos arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, atemporal e universal: os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.”

Nesta ótica, os direitos fundamentais e os direitos humanos estão entrelaçados, é direito nato e está no espírito das normas. Sua internacionalização objetiva a defesa do homem e seus direitos como a vida, a liberdade e a segurança pessoal, conforme está expresso no artigo 4da Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), que é exemplo de um tratado internacional com o intuito de garantir direitos humanos e liberdades individuais.

O Brasil também é parte de outro importante tratado internacional, o “Pacto San José da Costa Rica” (1969/1992). Trata-se de um documento de considerável importância uma vez que nenhuma lei infraconstitucional poderá contrariá-lo e sua mensagem pactua no sentido de que o homem possui direitos essenciais que não se limitam à sua nacionalidade, mas, sim, da sua condição ou atributo de ser pessoa humana.

O aludido documento, no artigo 3, expõe que “toda pessoa tem direito ao reconhecimento de sua personalidade jurídica, afirmando em seu artigo 1 que “pessoa é todo ser humano”. Ademais, o tratado defende tal qual a Constituição Federal e o Código Civil brasileiro que o embrião é ser humano e merece a proteção jurídica desde a sua concepção, é o que quer dizer o artigo 4 do documento em questão. Nestes termos, resta negada qualquer possibilidade de que possa ocorrer o descarte de embriões excedentários, pois estaria importando em tirar a vida de seres humanos.

Parece tão contraditório estarmos diante de textos legais tão poderosos e incisivos no que tange à proteção da vida humana, desde sua concepção, e ainda assim lei infraconstitucional ou normas administrativas gerenciarem a manipulação da vida com tanta liberdade.

Ocorre que ainda existe uma lacuna na legislação brasileira no que diz respeito aos embriões após a sua criopreservação. Por serem criados em laboratório os embriões são tema de muitas controvérsias doutrinárias e jurídicas e não são considerados por muitos como um embrião fecundado naturalmente no útero materno. Mas, para a doutrina majoritária, o embrião implantado recebe o mesmo tratamento jurídico que se dá ao nascituro, ou seja, o embrião terá seus direitos adquiridos desde a sua concepção.

Cabe ressaltar que a legislação estrangeira também é divergente no que diz respeito à proteção do embrião e, por consequência, ao destino dado aos embriões excedentários, alguns com normas mais específicas, outros com regramento mais frouxo. Há países como é o caso de Portugal, onde sua Lei 32/2006 deixa claro que os embriões devem ter como destino inicial a geração da vida pelos pais doadores do material genético. Caso essa probabilidade não se cumpra, após os três anos de criopreservação, há a possibilidade desses embriões serem

doados para outros casais que sofram de infertilidade e, na falta de casais que estejam aptos para o processo, ainda podem ser usados para pesquisas ou mesmo terapia de células-tronco. A Itália possui normas bem restritas no que envolve a reprodução assistida. Sua legislação restringe o número de óvulos a serem fecundados para no máximo três e ainda impõe que todos os embriões deverão ser implantados no útero materno, ou seja, de quem doou o material genético. Na Itália é proibida a criopreservação de embriões excedentes, o que se pode é no máximo congelar espermatozoides, tecido ovariano e tecido testicular.

Os franceses possuem normas ainda mais rígidas que a própria Itália. Sua base legal é conhecida como o Código de Saúde Pública, o qual foi parcialmente modificado no ano de 2004 pela Lei 800/2004. Esta nova lei delimita a fecundação in vitro de apenas um embrião por cada procedimento de reprodução.

No Reino Unido, quando se trata de embriões excedentes há uma grande flexibilidade para os genitores do material genético sobre o destino desses embriões, dependendo apenas do consentimento daqueles que foram os doadores dos gametas. O conjunto de normas conhecido como *Human Fertilization and Embryology Act* (1990) delibera sobre a matéria deixando a livre escolha para os detentores do material genético para que os embriões excedentes possam ser doados a outros casais, para pesquisas ou mesmo para serem utilizados no tratamento com células-tronco em seus ascendentes ou em pessoas que sejam por eles indicadas.

Também com tamanha flexibilidade, os Estados Unidos possuem normas que deliberam que os embriões criopreservados e não mais usados por seus detentores genéticos podem ser simplesmente descartados, adotados por outros casais, de preferência inférteis ou ainda doados para pesquisas com células-tronco. Além disso, nos Estados Unidos da América há várias organizações não governamentais – ONGs que fomentam a adoção de embriões veiculados em seus programas, como o *Snowflakes* ("Flocos de Neve").

Como já mencionado anteriormente, no Brasil a normativa mais recente que versa sobre as técnicas de fertilização é a Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.168/2017. Essa norma tem como público alvo os profissionais de medicina e não a sociedade como um todo. A legislação pátria também é frouxa no que diz respeito ao destino dos embriões excedentários haja vista que aqui apenas se requer que os embriões que não foram implantados no útero materno, sejam inviáveis ou estejam congelados durante o período de 3 anos ou mais para que sejam descartados. Cabe enfatizar que os embriões criopreservados após o prazo acima mencionado, podem ser usados para a realização de pesquisas científicas. Outra possibilidade para os embriões excedentes é a doação para outros casais que sofrem

com a infertilidade. A Resolução C.F.M. Nº 2.168/2017 em seu inciso IV, também trata sobre a Doação de Gametas ou Embriões, e deixa claro que a doação de embriões não deve envolver aspecto de lucro ou comércio, sendo obrigatório o sigilo da identidade dos receptores ou doadores, ou seja, das partes envolvidas.

Com todas as normas supraconstitucionais que buscam proteger a vida humana, inclusive desde a sua concepção, ainda assim, a legislação local não é específica, o que abre uma lacuna entre a Lei maior com seus princípios fundamentais e a legislação esparsa que possui viés diverso. Ainda, entendimentos divergentes sobre o marco inicial da vida e sobre o tratamento igualitário ao embrião fecundado naturalmente no útero materno com aquele produzido ou fecundado do laboratório é ponto relevante que precisa haver consonância. Em outras palavras, no Brasil não há permissão, nem vedação expressa quanto ao descarte de embriões excedentes. O que se tem até o momento é o princípio da legalidade, o qual permite aos genitores do material genético fazerem a opção pelo descarte dos embriões, doação ou mesmo pesquisas com células-tronco.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ciência teve grande evolução nas últimas décadas, em especial a medicina reprodutiva, que alcançou o domínio de técnicas fundamentais para dar a possibilidade da gravidez frente à infertilidade, é a “ciência da vida”. A vida criada em laboratório para satisfazer o desejo parental é realmente uma ruptura de padrões e, assim, gera relevantes discussões, seja do ponto de vista ético, moral, científico ou jurídico.

Não há que se negar o relevante valor das técnicas de reprodução assistida, uma vez que contribui com o sonho da maternidade em situações que seria concretamente impossível por vias naturais.

O presente estudo trouxe os aspectos jurídicos que envolvem os procedimentos de reprodução assistida e a manipulação de material genético humano, bem como os questionamentos doutrinários ativos ao tema.

Notou-se que a biomedicina e o biodireito precisam ser compatíveis nas suas atitudes e exigências, pois do contrário poderão ocorrer discrepâncias imensuráveis e irremediáveis.

Destarte, o foco do estudo é o destino dispensado aos embriões excedentários resultantes da fertilização *in vitro*, o qual emerge uma situação negativa e que precisa de discussão e estudo para uma possível solução para esta inquietude a muitos doadores. Então,

buscou-se pesquisar e conhecer a legislação vigente, os fundamentos constitucionais, bem como a legislação estrangeira que versa sobre a questão.

A Constituição Federal está fundamentada no princípio da dignidade da pessoa humana e, portanto, na defesa da vida humana desde a sua essência. O Estado reconhece também a reprodução humana assistida com base no direito ao planejamento familiar e à saúde, interpretado a partir da Carta Magna. No entanto, os fundamentos que norteiam a Lei Maior por vezes não são suficientes para dirigir situações-problema que surgem na sociedade. Dessa forma pleiteia-se pela positivação de legislação específica capaz de garantir mais segurança jurídica e menos margem para diversas formas de interpretação.

A grande questão está em reconhecer: ou os embriões resultado das técnicas de fertilização *in vitro* como vida humana, ou a partir de qual momento, assim, se conceberia. Com a apresentação das correntes doutrinárias identificou-se que não é pacífico tal entendimento, ou seja, a corrente natalista defende a proteção da vida a partir do nascimento, já a teoria da nidação considera o embrião como vida humana a partir da nidação no útero da futura mãe, até então é somente um amontoado de células. Por sua vez, a teoria das primeiras atividades cerebrais defende que só será possível falar em proteção jurídica e vida a partir das primeiras atividades cerebrais. A teoria da concepção, defendida pela corrente majoritária e pelo Código Civil brasileiro, confere ao embrião o status de ser humano e a dignidade de ser protegido pelos princípios constitucionais como vida desde à concepção.

Para a medicina, os embriões excedentários são considerados uma necessidade, tanto do ponto de vista clínico, levando-se em conta as complicações e os riscos de cada procedimento a paciente, quanto do ponto de vista econômico, para diminuir o custo da paciente. A alta quantidade de óvulos fecundados estariam justificadas em detrimento destes fatores, mas, o fato é que grande parte destes embriões que se encontram criopreservados já não são mais interesse dos seus responsáveis e são abandonados para receber o fim que as clínicas decidirem.

Na ânsia de alcançar a maternidade, muitos casais não conhecem e/ou não analisam o real significado de serem produzidos tantos embriões viáveis para estarem criopreservados à disposição deles e acabam consentindo com qualquer normativa imposta a eles sem uma análise aprofundada das próprias convicções.

Conclui-se, então, que os embriões excedentes possuem três fins básicos que são: a doação para outros casais, o simples descarte, ou a doação para pesquisa com células-tronco. Dentre estes, observou-se que o descarte ou a doação para pesquisas fere fundamentos da Constituição Federal, porém, continuam ocorrendo nas clínicas de reprodução humana, que se

consideram regidas por normativa do Conselho Federal de Medicina e pela Lei da Biossegurança.

Embora adverso aos preceitos constitucionais e ao próprio Código Civil, a Lei da Biossegurança, art. 5, possibilita a doação de embriões humanos excedentários com mais de três anos de criopreservação para pesquisa com células-tronco. Neste sentido, houve arguição de inconstitucionalidade do artigo por meio da ADI n. 3.510/2005, e após votação o dispositivo foi mantido como constitucional.

Percebe-se que a lacuna ou omissão jurídica existente e facilita que os procedimentos continuem a acontecer, livremente, nas clínicas de reprodução humana, sem garantias da real ocorrência no interior deste “obscuro” cenário de reprodução da vida.

Os relatos são de um grande número de embriões criopreservados e outros tantos em “produção” diariamente, então defendemos, após estudo e análise que haja uma delimitação do número de embriões a serem fertilizados, no mínimo possível suficiente para o sucesso da gestação, sem gerar sobra. Tal situação é perfeitamente possível uma vez que é possível criopreservar os gametas separadamente, sem necessidade de fecundação imediata.

Em relação aos embriões abandonados ou disponíveis, enquanto se estende o imbróglio científico/jurídico, a solução mais adequada seria a adoção destes por outras pessoas ou casais interessados, cumprindo, assim, um destino mais digno para a base do ser humano.

Não entraremos no mérito acerca de considerar se o embrião é ou não vida humana, mas acobertamos a necessidade de uma definição concreta sobre o marco inicial da vida, pelas ciências pertinentes, pois uma vez que o embrião seja considerado um ser humano é preciso definir especificamente em legislação exclusiva toda a delimitação que o assunto merece. Só assim o embrião gozará de proteção jurídica e será elevado ao status de ser humano, valendose de toda a dignidade inerente. Não sendo visto dessa forma, cessarão as discussões e certamente haverá o aumento da utilização deste material genético em pesquisas científicas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. **Gestação de fetos anencefálicos e pesquisas com células-tronco: dois temas acerca da vida e da dignidade na Constituição.** In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Coords). Direitos Fundamentais: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BRASIL. **Constituição Federal.** Vade Mecum Saraiva. Ed. 28. São Paulo: Atual, Saraiva Educação, 2019.

BRASIL. Constituição Federal (1988). **Dos direitos e deveres individuais e coletivos**. 25. ed. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2005. P 86. Código Civil (2002). Da filiação. Disponível em: <<https://presrepublica.jusbrasil.com.br/>>. Acesso em: 05 mar. 2020.

BRASIL. Lei nº11.105, de 24 de março de 2005. **Dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/lei/L11105.htm>. Acesso em: 28 fev. 2020

BRASIL LIDERA RANKING EM REPRODUÇÃO ASSISTIDA. Revista Medicina S/A. Publicado em 13/01/2020. Disponível em: <<https://medicinasa.com.br/rankingreproducaoassistida>>. Acesso em 10.03.2020.

CANOTILHO, J.J.Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 369

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 2168, de 10 de novembro de 2017. Normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida**, Brasília, 2017. Disponível em: <portal.cfm.org.br>. Acesso em: 28. Fev. 2020.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Disponível em: < <http://portal.cfm.org.br> >. Acesso em 10.03.2020.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2010.

FACHIN, Luiz Edson. **O impacto das mudanças sociais no direito de família**. Separata. Coimbra Editora: Coimbra, 2000, (Apresentação de Trabalho/Conferência ou palestra).

FERTILIZAÇÃO IN VITRO: INDICAÇÕES E COMPLICAÇÕES. Revista Veja. Editora

Abril, 2016. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/multimedia/video/fertilizacao-invitroindicacoes-e-complicacoes>>. Acesso em 28.02.2020.

JESUS, Damásio E. **de. Direito penal:1º volume – parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2002.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal. **A vida humana embrionária e sua proteção jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar,2000.

O que diz a legislação sobre o destino de embriões excedentes? Entenda! <https://ceferp.com.br/blog/o-destino-de-embrioes-excedentes/>. Acesso em 15.09.2020.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 4ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

REDAÇÃO MINHA VIDA. **Infertilidade: sintomas, tratamentos e causas**. Disponível em: <<https://www.minhavidacom.br/saude/temas/infertilidade>>. 28 fev. 2020

Revista Saúde em Foco. **Reprodução Assistida: a evolução da ciência no campo da reprodução humana.** Ed. 11, Ano: 2019, Pag 322, 325, 326. Disponível em: <<https://www.revistaonline@unifia.edu.br>>. 28 fev. 2020

SCALQUETTE, Ana Cláudia S. **Estatuto da reprodução assistida.** São Paulo: Saraiva. 2010.

VASCONCELOS, Cristiane Beuren. **A proteção do ser humano in vitro na era da biotecnologia.** São Paulo: Atlas, 2006.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: direito de família.** Ed. 6. São Paulo: Atlas, 2006.