

CONCEPÇÃO ASSISTIDA E UMA ANÁLISE CIVIL E CONSTITUCIONAL DO DESCARTE DE EMBRIÕES SOB RANTES¹

ASSISTED CONCEPTION AND A CIVIL AND CONSTITUTIONAL ANALYSIS OF THE DISPOSAL OF EXCEEDING EMBRYOS

Giovanna de Vasconcelos FERREIRA²

RESUMO

O presente artigo versa sobre a concepção assistida, mais precisamente a fertilização in vitro, e busca fazer uma análise civil e constitucional acerca do descarte de embriões sob rantes. O trabalho utiliza também de uma ponderação de princípios e direitos constitucionais como direito à vida, a saúde, dignidade humana, entre outros, como forma de entender melhor a possibilidade de descarte. Além disso, é feita uma discussão acerca da teoria do início da personalidade jurídica mais adequada. Por fim, é feita uma análise na ADIN 3510. O método usado foi o dedutivo, fundamentado por meio de doutrinas, artigos científicos e jurisprudência.

Palavras-chave: Direitos. Constitucionais. Embriões. Teorias. Vida. Dignidade Humana. Reprodução.

ABSTRACT

The present paper discusses about the assisted conception, in particular the in vitro fertilization procedures. The work also uses a weighting of constitutional principles and rights such as the right to life, health, human dignity, among others, as a way to better understand the possibility of disposal. In addition, a discussion is made about the theory of the beginning of the most appropriate legal personality. Finally, an analysis is made in ADIN 3510. The method used was deductive, based on doctrines, scientific articles and jurisprudence.

1 O presente artigo sintetiza a monografia de conclusão da pesquisa, realizada para o Programa Interno de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC 2021-2022) da Faculdade de Direito de Franca (FDF), Franca/SP.

2 Graduanda em direito pela Faculdade de Direito de Franca, aluna pesquisadora PIBIC 2021/2022, foi Coordenadora dos alunos no projeto voluntário Cursinho Popular Dra. Jurema Gomes Xavier, trabalhou na Procuradoria Jurídica do município de Franca e estagiária na 13ª Subseção Judiciária da Justiça Federal de São Paulo, em Franca. Atualmente é estagiária no escritório Silveira Advogados, e-mail: giovannavasconcelos28@gmail.com, lattes: <http://lattes.cnpq.br/4092991647405848>, OrcID: <https://orcid.org/0000-0002-4967-2970>

Keywords: Rights. Constitutional. Embryos. Theories. Life. Human Dignity. Reproduction.

1 INTRODUÇÃO

Existem adversidades que um casal pode enfrentar diante do esforço de gerar filhos: a esterilidade e a infertilidade, entre outras. Atualmente, porém, a sociedade possui avanços notáveis na área da medicina, estes que trazem outras formas de conceber um filho.

As chamadas técnicas de reprodução assistidas se tornaram cada vez mais comuns e com influência na vida de várias pessoas traz discussões jurídicas significativas e complexas.

Uma discussão importante é a destinação a ser dada aos embriões gerados pelas técnicas de reprodução assistida que não são implantados no útero da mulher, ou seja, embriões sobranes, e se pode haver o descarte dos mesmos, isso se dá em razão à parte dos estudiosos defender que os direitos do nascituro devem ser aplicados a estes embriões.

A fertilização *in vitro*, técnica que gera o embrião sobranes, é um tema que merece análise cuidadosa, tanto quanto aos procedimentos científicos adotados e à conduta médica, quanto à legislação, princípios e teorias que devem nortear as técnicas.

Convém ressaltar que o tema em evidência concerne a um direito inviolável, o direito à vida, preceituado no artigo 5.º da Constituição Federal de 1988. Assim, a Ciência deve prosseguir em conformidade com o Direito, não deixando espaço para que se negligencie as diretrizes éticas ditadas pelo Biodireito, assim como a legislação infraconstitucional, não poderá desconsiderar os ditames da Lei Maior.

O presente trabalho visa analisar a questão dos embriões sobranes das técnicas de reprodução assistidas e a possibilidade de descarte, levantando questões como as teorias da vida, do início da personalidade, além de princípios e direitos bio(éticas) e constitucionais.

Embora seja um assunto deveras pleiteado, sua discussão continua sendo muito importante e carece de uma solução. A intenção deste artigo é propiciar ao leitor uma visão mais abrangente do tema e um olhar crítico acerca do assunto ao responder à pergunta: É correto, mesmo com direitos constitucionais à vida, teorias civis da personalidade e direitos do nascituro, realizar o descarte de embriões sobranes?

Para o desenvolvimento da pesquisa, o método a ser utilizado será o dedutivo, feito a partir de uma pesquisa bibliográfica e documental,

a qual através do levantamento de referências publicadas por meios escritos e eletrônicos, como livros, páginas de *web* sites, artigos científicos, entre outros, procurará chegar à uma conclusão. Isso por meio de uma análise civil- constitucional, importante pelo fato de somente através da junção de análise destes dois ramos do Direito é que será possível chegar a uma conclusão.

2 AS TEORIAS DE INÍCIO DA PERSONALIDADE DO DIREITO CIVIL E DIREITO A VIDA PELA VISÃO CONSTITUCIONAL

As teorias jurídicas que marcam o início da vida referem-se ao momento em que o ser gerado vai passar a ser tratado como um ser de personalidade jurídica, com deveres e direitos sendo considerado como um ser humano a ser tratado com todos os princípios expressos e tácitos dados pela legislação vigente.

A Teoria Conceptionista, influenciada pelo Direito Francês, marca o início da vida no momento da concepção. O momento da concepção é considerado quando os gametas feminino e masculino se juntam, tornando-se um óvulo, logo é considerado o início da vida neste momento devido a toda carga genética já estar presente nessa etapa de sua formação, a qual será carregada por toda a vida do ser humano. O Direito, segundo esta teoria, deve então considerar o nascituro como pessoa.

Apesar de não ser a Teoria adotada pelo Código Civil de 2002, já foi muito usada pela Jurisprudência. Além disso, muitos defendem que o texto do atual Código Civil em seu art. 2º “A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro” mostram que existe uma atribuição de direitos e deveres, não seria possível reconhecer esses direitos sem reconhecer o nascituro com um ser de direito. Muitos utilizam também do art. 5º da Carta Magna, o qual protege a vida humana, e, de formas gerais, incluem e vida intrauterina.³

Pela Teoria da Nidacionista, o momento do início da personalidade não se dá com a concepção, mas sim com a nidação, que é, para a biologia, o momento em que o óvulo, já fecundado, se assenta no

3 COSTA, Rafael Mendonça; JÚNIOR, Cildo Giolo. Teorias Jurídicas Acerca do Início da Vida Humana. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca. dez. 2015, vol. 10, n. 2, pág. 297-327. ISSUE DOI: 10.21207/1983.4225.291. Acesso em: 03 fev. 2022.

útero materno, em plenas condições para seu pleno desenvolvimento, tal fase se inicia por volta do sexto dia após a fecundação.

Os defensores dessa teoria até mesmo citam a fertilização *in vitro* como exemplo, uma vez que a fecundação do óvulo acontece fora do útero materno, porém, apenas depois dá sua implantação é que ele poderá se desenvolver, é ressaltado também que antes desse estágio o corpo da mulher não sofre nenhuma alteração em seu corpo vinculada a gravidez. Nesse caso a famosa pílula do dia seguinte também é argumento, visto que apresenta livre comercialização e pode ser tomada pela mulher em até 72 horas, impedindo a nidação, momento que se inicia a vida segundo esta teoria.

Críticas a essa teoria são relacionadas à gravidez extrauterina, que acontece quando o embrião se fixa nos ovários ou nas trompas, o que comina uma gravidez de alto risco que apresenta baixa possibilidade de nascimento do feto, visto que traz altos riscos para a mãe de hemorragias fatais, por ser uma gravidez extrauterina.

Pela teoria do desenvolvimento do sistema nervoso central, a vida humana seria possível com a formação do cérebro humano, pois é a racionalidade do homem que o difere das outras espécies animais. Existe uma divergência dentro desse segmento, visto que enquanto alguns acreditam que até o quarto mês gestacional não seria possível afirmar haver vida, outros como Luís Roberto Barroso defendem que o início da vida se daria com o começo da formação neural, ou seja, em torno do 14º dia após a fecundação.⁴

Argumentos utilizados para a defesa desta seria a remoção de órgãos *post mortem* (após a morte cerebral), quando mesmo os órgãos ainda funcionando por certo período ou com ajuda de equipamentos médicos, o paciente não mais apresenta sinais de ondas cerebrais, segunda a lei 9.434/1997 que disciplina a remoção de órgãos e tecidos.

Inúmeras teorias acerca do início da vida existem, porém, a teoria natalista, na qual a personalidade jurídica surge com o nascimento com vida, do então denominado nascituro, é a teoria oficialmente reconhecida pelo código direito brasileiro. Nesse caso, o embrião tem, durante o seu período de formação a proteção, não de direitos e deveres como um ser humano, mas sim dos que ele terá ao possivelmente nascer com vida.

Quanto aos princípios constitucionais, o Direito à vida é um direito constitucional primário, logo insere-se no âmbito dos direitos

4 BARROSO, Luís Roberto apud SOUZA, Priscila Boim de. Teorias do início da vida e lei de biossegurança.

inerentes a pessoa humana. Um outro prisma a se perceber deste direito é seu caráter irreversível, isso por que ao violá-lo não é possível que o bem jurídico da vida seja devolvido ao seu portador, fazendo relação também com a integridade física e psíquica de uma pessoa.

A vida humana é um direito fundamental e indisponível garantido a todos, foi, porém, tratado de modo expresso somente pela Constituição de 1946, art. 141, caput, a qual foi a quinta constituição brasileira, tendo sido promulgada e também conhecida como uma constituição que expressou os valores liberais presentes necessários à sociedade da época, mas ainda mantendo aspectos conservadores. Nos dias atuais tal direito é resguardado pela Constituição Cidadã⁵, pelo Art. 5º, caput, e, por ser essencial ao ser humano, o direito à vida condiciona os demais direitos da personalidade.

O direito à vida deve ser entendido à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, que, como já se sabe, é de difícil, senão impossível definição exata, isto por razão de ser um sentido abstrato inerente ao homem que o acompanha devido a sua racionalidade, e que apenas pode ser entendido em sua vivência de tão amplo pode ser. O doutrinador José Afonso enxerga a dignidade humana esse valor superior como um atrativo à essência de outros direitos fundamentais⁶.

É assegurado pela Declaração Universal da ONU de 1948, o que a destacou especialmente na relação Estado-cidadão, justamente como um princípio de fundamento do Estado Democrático de Direito, conjuntamente com a Constituição Federal de 1998, na qual também é assegurado no art. 1º, inciso III e muitas vezes é intrínseco ao texto da Magna Carta⁷. Por tal, é possível entender a importância deste princípio, tanto em questões básicas do dia a dia quanto em questões abordadas e discutidas fervorosamente por estudiosos.

Acontece que é de suma relevância destacar que a dignidade humana não é o único princípio atrelado a constituição, devendo, portanto, ser ajustado e conciliado com os demais princípios desta, tanto os expressos quanto os tácitos, como direito à vida, ao direito à felicidade e à saúde entre outros. Logo a vida humana, enquanto bem jurídico mais

5 Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

6 SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 9. Ed. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 96. Apud NAMBA, Edison Tetsuzo. Manual de bioética e biodireito. São Paulo: Atlas, 2009. Pág. 15

7 BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 08 dez. 2021.

precioso existente, é de máxima importância para o cidadão, que se estende no princípio da dignidade da pessoa humana e conseqüentemente em todos os outros.

Adentrando, ainda mais no tema é necessário também citar os direitos do nascituro, que, por sua vez, são diretamente ligados ao momento de início da vida para se entender quais direitos este embrião irá receber.

Os direitos em relação ao nascituro em nosso sistema legislativo atual dividem-se naqueles que dependem do nascimento com vida para existirem e os que existem de forma apartada desta condição. Os direitos como a integridade física, à vida e à saúde são exemplos e direitos inerentes, ou seja, que pertencem ao nascituro com o nascimento com vida ou não, já os direitos como patrimoniais ficam dependentes do nascimento com vida, ou seja, existe uma expectativa de direitos que ele virá a adquirir.

O STJ, em suas decisões, segue, principalmente três correntes, como já visto:⁸ a natalista, pela qual direitos e a personalidade jurídica são conceitos vinculados, o nascituro teria "mera expectativa de direitos"; a teoria concepcionista, pela qual desde a concepção há uma personalidade jurídica, porém alguns direitos apenas podem ser plenamente alcançados com o nascimento e há a teoria da personalidade condicional, na qual existe uma condição suspensiva para receber a personalidade, que é o nascimento com vida, porém os direitos desta são assegurados desde a concepção.

Em razão da reprodução assistida, como é caso da fertilização in vitro em que a concepção é feita de forma extracorpórea, o mais lógico seria que a teoria adotada fosse a nidacionista, na qual o momento inicial da personalidade seria a nidação. Portanto, a partir desta já existiria um ser de direitos e deveres, pois é desse momento que o ser pode se desenvolver, utilizando-se do raciocínio adotado pelo STJ, mas adaptado às circunstâncias.

Nesse sentido, o nascituro, enquanto em desenvolvimento deve ter a dignidade humana, ainda que não nasça com vida, tendo, mesmo durando a gestação seus interesses protegidos a partir do momento em que possui condições para o completo desenvolvimento, devendo ser resguardados tanto os direitos patrimoniais quanto existenciais.

Por fim, para a organização dos direitos do nascituro é claro que a Teoria Concepcionista é a melhor para abarcar os ideais defendidos pelo sistema brasileiro, e para o caso específico da fertilização in vitro seja

8 Jurisprudência do STJ vem reconhecendo nascituros como sujeitos de direito. Revista Consultor Jurídico. Publicado em: 1 jul. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jul-01/stj-vem-reconhecendo-nascituros-sujeitos-direito>. Acesso em: 01 jun. 2022.

considerada a Teoria Nidacionista, pois diferente do que acontece na fecundação tradicional, na fertilização, o óvulo somente terá alguma chance de se desenvolver se implantado no útero para a nidação.

3 TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

O Conselho Federal de Medicina brasileiro, através da Resolução 1.358/92, dispôs sobre as técnicas de reprodução assistidas, fazendo várias ponderações e apesar de não ser a resolução atual, sendo está a Resolução CFM nº 2.994/2021, demonstra que a medicina já estava atenta a problemática e já apresenta disposições sobre o tema.

As técnicas de reprodução assistidas fazem parte de um tema, o qual necessita de uma análise criteriosa, levando como base a ética, os direitos e princípios de uma sociedade, não somente quanto aos procedimentos adotados e à conduta médica, como também e principalmente, quanto à legislação que deve nortear tais técnicas.

Existem vários métodos de reprodução assistida: A inseminação artificial, consiste na implantação do gameta masculino na cavidade uterina; Injeção intracitoplasmática de espermatozoides é a inserção de um único e pré-selecionado espermatozoide dentro do óvulo após uma estimulação hormonal feminina entre outras.

Porém, é a fertilização *in vitro* (FIV), a famosa técnica do “bebê de proveta”⁹, que se traduz na fecundação extracorpórea de um óvulo retirado da mulher após a estimulação hormonal desta com os espermatozoides do homem, os quais passam por procedimentos externos para essa fecundação e só depois são implantados no útero feminino, que poderá criar resultar em óvulos sobrantes, logo sendo a principal técnica estudada pelo trabalho.

Cumpra a explicação que o embrião sobranete é aquele que, após ser fecundado através de alguma das categorias de técnica de reprodução assistida, sendo a mais comum a fertilização *in vitro*, não foi implantado na mulher, ou seja, o embrião crio preservado.

9 Termo popular que se refere a uma criança proveniente de uma FIV, técnica desenvolvida pelo cientista Robert Geoffrey Edwards e pelo médico Patrick Steptoe surgiu pela tradução do nome popular em inglês “test tube baby”. O primeiro bebê a nascer com a utilização da FIV foi Louise Brown, em 1978, na Inglaterra.

4 EMBRIÕES SOBREVIVENTES E DIREITO A VIDA PELA VISÃO DA BIOÉTICA

O direito à vida é um tema muito relevante à bioética, visando guardar a vida humana, engloba a concepção, a gestação, o nascimento, a vida, o emprego de biotecnologia e a terminalidade da vida.

Os direitos da personalidade e humanos relacionados ao biodireito envolvem a determinação da identidade genética do ser humano; determinação da identidade de gênero, da orientação sexual, a cirurgia de transgenitalização; a reprodução humana assistida e sua ampla complexidade entre outros. E o direito ao patrimônio genético que possibilita ao ser humano conhecer suas origens e se prevenir de doenças, melhorar tratamentos entre outros.

Adriana Caldas nos traz o conceito de bioética como o “estudo transdisciplinar entre biologia, medicina, filosofia e direito que investiga as condições necessárias para uma administração responsável da vida humana, animal e responsabilidade ambiental.”¹⁰

Existem alguns princípios que embasam a bioética, como por exemplo, o princípio da autonomia, que visa valorizar a vontade, no campo médico por exemplo, do paciente respeitando, na medida do possível, os valores morais e religiosos.

É possível o entendimento de que dentro da relação com o paciente é imprescindível uma clara exposição, que possa resultar em um consentimento livre e informado. Além do princípio da beneficência que visa o bem-estar do paciente, evitando-lhe quaisquer danos.

Outro princípio base, derivado desse entendimento, é o da não-maleficência, ou seja, a obrigação de não causar dano intencional ao paciente e o princípio da justiça, que exalta a imparcialidade necessária na ponderação de riscos e benefícios pelos profissionais da saúde, sempre evitando discriminação.

Portanto, é claro que são os aspectos éticos da medicina e biologia que interessam a este campo de estudo que é a bioética, sempre relacionada aos efeitos sociais desta e respeito aos princípios e direitos constitucionais.

Ainda Adriana Caldas, preconiza que o biodireito como novo ramo de estudo da área jurídica. Assim “estudando as relações jurídicas entre o direito e os avanços tecnológicos conectados à medicina e à

10 MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. Curso de bioética e biodireito. 4. ed. – São Paulo: Almedina, 2020.

biotecnologia” é possível um entendimento do tema em levantado pelo presente artigo.¹¹

Frente a um grande temor na época, que era a clonagem de seres humanos, fez-se necessário uma regulamentação quanto as consequências trazidas no âmbito civil e penal do estudo e utilização da engenharia genética.¹² Em 1995 foi publicada a primeira Lei de Biossegurança, a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, a qual foi posteriormente revogada pela Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005 e que ainda está em vigor.

Em meio a uma discussão quanto a possibilidade de estudos com células tronco no intuito de ajudar pessoas portadoras de doenças degenerativas foi incluído, na mesma lei, um artigo da Lei de Biossegurança referente ao uso de células-tronco embrionárias para fins de pesquisa e terapêuticos, o qual gerou muita discussão em alguns setores da sociedade.¹³ Prestigioso esclarecer que a lei faz proibição acerca da produção de embriões somente para a pesquisa, devendo ser apenas embriões sobranes ou inviáveis.

Uma ação direta de inconstitucionalidade (ADI 3.510) foi proposta contra o artigo 5º, que permitia a utilização dos embriões cedentes para pesquisas, desde que atendessem certos requisitos, como serem inviáveis; ou congelados há 3 (três) anos ou mais, a partir da data de congelamento, sendo necessário o consentimento dos genitores e que instituições de pesquisa submetam seus projetos à aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.¹⁴

A tese defendida possuía uma base cristã e respaldava a adoção da teoria concepcionista e que o embrião já seria um ser humano, alegava que tal artigo afrontava os princípios constitucionais de inviolabilidade do direito à vida e da dignidade da pessoa humana.

Porém, durante o julgamento da ADIN 3.510, Ministro Carlos Ayres Britto, que era o relator em seu voto, seguiu o caminho da constitucionalidade do art. 5º da lei. Em seu voto, o relator explica duas

11 Idem.

12 MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. Curso de bioética e biodireito. 4. ed. – São Paulo: Almedina, 2020.

13 PEDROSO, Thereza; COLLI, Walter. Breve história da Lei de Biossegurança do Brasil. Revista Questão de Ciência. Publicado em 29 jan. 2019. Disponível em: <https://revistaquestaoeciencia.com.br/artigo/2019/01/29/breve-historia-da-lei-de-biosseguranca-do-brasil>. Acesso em: 25 mai. 2022.

14 BRASIL. Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005. Regulamenta os incisos II, IV e V do parágrafo 1º do art. 225 da Constituição Federal e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 28 mar. 2005. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 03 jun. 2022.

correntes: a primeira, entende o embrião em laboratório como um organismo humano igualado ao que foi implantado e se desenvolve no útero materno e para a segunda corrente, existe uma valorização da pesquisa, frente a sua capacidade curativa e entende o embrião in vitro como uma realidade, porém, somente com a implantação no útero, é que será possível a formação da vida.

Portanto, considerou a teoria natalista pura, pela qual o sujeito de direito surge no nascimento com vida, ainda destacou que a lei “[...] não significou um desprezo ou desapeço pelo embrião in vitro, menos ainda um frio assassinato, porém uma mais firme disposição para encurtar caminhos que possam levar à superação do infortúnio alheio.”¹⁵

Segue o desenvolvimento de que, pelo fato de ter sido fecundado por técnica extracorpórea, o embrião não iria se desenvolver sem a nidação. Destaca que o Código Civil ao ressaltar alguns direitos do nascituro pressupõe aquele que se encontra a caminho do nascimento, ou seja, no útero materno.

O Ministro destaca os resultados positivos infinitamente superiores que podem ser encontrados com tais pesquisas, por conta das particularidades biológicas e grande capacidade de regeneração que as células troncos possuem. Ainda destaca as imposições para o uso das células-tronco embrionárias, delimitadas pela própria lei, como a não possibilidade de se utilizar para fins reprodutivos, a inviabilidade do embrião, o congelamento dos embriões há pelo menos 3 anos, e o consentimento dos genitores, condições estas que tem o intuito de assegurar os princípios constitucionais.

São mencionados princípios e direitos constitucionais como: direito constitucional de planejamento familiar, princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, não sendo, portanto, o casal obrigado a utilizar todos os embriões gerados.

A Constituição Federal, em seu art. 218, o qual determina que é dever do estado promover o desenvolvimento científico e pesquisa, logo não se justifica a inconstitucionalidade de tal artigo, pois o estudo com a utilização de células-troncos visa auxiliar inúmeras pessoas que sofrem com doenças ainda sem cura, uma forma apreço à saúde e à vida humana.

15 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) 3510. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 29/05/2008, DJe-096. Divulgado Em: 27 mai 2010. Publicado em: 28 mai. 2010.

O voto do relator foi acompanhado pela maioria dos ministros: Ministros Ellen Gracie, Carmem Lúcia, Joaquim Barbosa, Marco Aurélio e Celso de Mello.

Por sua vez, o Ministro Marco Aurélio traz como fundamentação o princípio da razoabilidade e da solidariedade, frente a quantidade de pessoas que poderiam ser ajudadas com as pesquisas e o uso de embriões sobranes para fins terapêuticos.

O Ministro Celso de Mello menciona uma necessária desvinculação com a religião, com fim de se buscar pelo interesse social, a promoção do direito à saúde. Ainda faz uma comparação com a lei 9.434/97, que regulamente a doação de órgãos e considera o marco final da vida a morte encefálica, defendendo que tal entendimento deveria ser aplicado ao início da vida, a qual deveria se dar a partir da atividade cerebral de um embrião.

No entanto, cinco deles fizeram ressalvas quanto a constitucionalidade, são eles o Ministro Menezes de Direito, Ministro Ricardo Lewandowski, Ministro Eros Grau, Ministro César Peluso e Ministro Gilmar Mendes. Apesar de terem sido vencidos, importa destacar que as interessantes ressalvas foram feitas pelos ministros.

Para o Ministro Eros Grau, a utilização de tais embriões como afronta ao direito à vida e à dignidade não são argumentos suficientes para a não utilização, porém que o ideal seria que tais pesquisas somente fossem autorizadas se o comitê de ética e pesquisa do Ministério da Saúde aprovasse, o ministro ainda coloca como requisito de inviabilidade as células terem cessado de se multiplicar após o prazo de 24 horas e assim seria viável a utilização das células do embrião. Da mesma forma, o Ministro Gilmar Mendes, colocou à prévia autorização do Ministério da Saúde, como condicional para essa utilização.

Em seu voto, Cezar Peluso defende ser necessário vida para a validação da proteção trazida pela Constituição Federal em seu art. 5º. Ainda, aduz que o descarte seria o pior destino para o embrião quando estes poderiam ser designados para pesquisas e terem papel útil na sociedade, afirma que não há ofensa ao chamado direito à vida e que os embriões, apesar de não guardarem expectativa deste direito, ainda devem ser tratados com dignidade.

No voto do Ministro Lewandowski, é trazida a discussão da necessidade de conceituação do termo “embriões inviáveis”, além de também ressaltar indispensabilidade da independência dos comitês de ética.

Por fim, o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito debateu acerca da valorização do embrião, destacando que seria necessário obtenção das células-tronco embrionárias sem a destruição do embrião, mais uma vez ressaltou a aprovação Ministério da Saúde.

O Brasil é um estado laico, não podendo permitir que crenças se tornem pautas constitucionais. Portanto, o art. 5º da Lei de Biossegurança não fere os princípios e direitos constitucionais, mas sim busca a garantia desses a todos, visto que as pesquisas tem capacidade de alcançar resultados que podem transformar muitas vidas.

Diante de todo o explicado, não há dúvidas quanto a grande divergência trazida pela proposição da ADI 3510/STF. Mesmo com o julgamento desta, autorizando as pesquisas com células trocos de embriões congelados no processo de fertilização *in vitro*, ainda não há segurança jurídica acerca do tema.

4.1 RESOLUÇÃO CFM Nº 2.994/2021¹⁶

Em 2015, segundo estimativas do Sistema Nacional de Produção de Embriões, no Brasil, haviam 150 mil embriões congelados e esperando destinação, depois da ocorrência do procedimento (FIV)¹⁷.

Tratando-se de organismos vivos, Ulhoa¹⁸ alertava a respeito do tema apresentar o seguinte dilema ético, médico e legal. Se no processo existem sobrantes de óvulos ou embriões congelados, terão que ter uma destinação, levando às seguintes situações, em primeiro lugar, a destruição dos sobrantes, em segundo, a possível utilização dos mesmos em investigações de células-tronco, em terceiro lugar criação de órgãos, para tratamento de doenças ou teste de medicamentos.

A Resolução 1.957 de 2010 proibia o descarte e determinava que os embriões crio preservados deveriam permanecer assim por prazo indefinido. Em 2013, porém foi estipulada uma nova resolução pelo Conselho Federal de Medicina (CFM), a qual revogou essa determinação e proferiu que os embriões congelados por mais de 5 anos poderiam ser

16 BRASIL. Conselho Federal de Medicina. (CFM) Resolução CFM Nº 2.294, de 27 de maio de 2021. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida e revogando a Resolução CFM nº 2.168. DIÁRIO OFICIAL DA UNIÃO. Publicado em: 15 jun. 2021. Ed. 110, Seção 1, Pág. 60. Acesso em: 03 jun. 2022.

17 FIV. Fertilização *in vitro*.

18 ULHOA, Fábio. Curso de Direito Civil: parte geral, volume I. 9ª ed. Editora Thomson Reuters, Revista dos Tribunais. 2019.

descartados se os pacientes decidissem tomar essa posição. A última resolução do CFM, de 2017, mudou este prazo para 3 anos.

Existem lacunas na lei de biossegurança, em relação ao estabelecimento de tratamento dos embriões, no caso de um ou ambos os genitores vir a falecer, já que neste caso se faz impossível a autorização que a lei estabelece.

Uma abordagem civil a respeito das teorias e direitos do nascituro também é necessária, pois muitos estudiosos afirmam que os embriões por já estarem fecundados teriam os mesmos direitos do nascituro, não podendo assim haver a possibilidade do descarte.

Devido ao que foi exposto acima, conclui-se que se trata de um campo de convergência, marcado pelo caráter interdisciplinar, civil-constitucional, que a questão traz para o Direito através da linha de pesquisa de Direito, inovação e desenvolvimento.

O modelo constitucional trata a Constituição e a inovação como instrumentos da construção dos objetivos e fundamentos da República, dentre eles, a promoção do direito à vida, o que exige pensar em uma conclusão que inclua uma resposta em consonância com os objetivos e bens constitucionais.

O Decreto n. 5991/05, que regulamenta dispositivos da Lei de Biossegurança, autoriza o uso de células-tronco embrionárias adquiridas por meio de embriões sobranes, desde que respeitadas as condições estabelecidas na lei. Porém, no atual cenário brasileiro, existe uma quantidade enorme de embriões congelados que não apresentam nenhuma destinação.

A resolução do Conselho Federal de Medicina mais recente é a nº 2.294, de 27 de maio de 2021 que adotou normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida. Houve a determinação exata da quantidade de embriões que podem ser gerados em laboratório, uma alteração etária para doação de gametas e a transferência de embriões são alguns exemplos principais.

Conforme previsto no artigo 15 do Código de Ética Médica, é importante que não sejam gerados inúmeros embriões desta técnica, também que não seja possível a escolha do sexo ou de quaisquer outras características físicas dos possíveis descendentes. O que tem por objetivo, se for feita uma análise, de evitar a coisificação do ser humano.

Segundo a resolução Nº 2.294 de 2021, o número de embriões gerados em laboratório não poderá ser maior do que oito. Os próprios pacientes serão responsáveis pela definição de quantos embriões serão

usados, e os excedentes viáveis devem ser criopreservados. É necessário ainda, que a destinação dos embriões sobranes seja manifestada por escrito, considerada a doação como uma possibilidade.

Esta definição se relaciona diretamente com a idade da mulher que irá receber tais embriões e com as características cromossômicas do embrião. A regra geral é de que até os 37 anos de idade, é possível a implantação de até dois embriões, porém com idade mais avançada a essa poderá ser feita a transferência de até três, ressalvada a idade máxima de 50 anos.

Importa ressaltar que é o objetivo das resoluções do Conselho Federal de Medicina esclarecer dúvidas e criarem regras para procedimentos médicos, de grande apelo ético. Todavia, não tem força de lei, ou seja, não resolvem as dúvidas frequentes no âmbito jurídico.

4.2 POSSIBILIDADE DE DESCARTE

É necessário cautela quanto a interferência na vida humana para que não seja perdido o elo da biociência com a bioética e a proteção contra a coisificação do humano, impedindo uma busca pelo melhor embrião, com características específicas. Portanto, é vital pensar até que ponto é possível tornar a vida artificial sem que se perca o humano.

Não é fácil encontrar uma harmonia entre a proteção da vida e da saúde humana, como prevê a Constituição em seus arts. 5º e 160 e a liberdade de experimentação científica, também previsto no art. 5º, X e 218. Portanto, existe um dever ético-jurídico de limitar práticas ou fomentar seu desenvolvimento visando o bem comum.

A promoção da saúde humana no caso estudado é um objetivo vital, em razão dos princípios da razoabilidade e solidariedade, principalmente na busca de novos métodos terapêuticos e o desenvolvimento de novos, obedecendo limitações que devem ser auferidas por lei, para que não se crie um campo de incerteza jurídica sobre o tema novamente.¹⁹

Vale ressaltar que estes embriões excedentes, conforme estudado, não podem ser considerados como nascituro, não possuem os mesmos direitos, porém, devem ser tratados com dignidade. Isso posto, entende-se muito digno auxiliar na busca de uma condição de saúde para

¹⁹ Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf. Curso de Bioética e Biodireito (Coleção Manuais Profissionais). Almedina Brasil. Edição do Kindle.

milhares de enfermos ao invés de serem simplesmente descartados, sem consideração, afinal não há como arcar com as custas e tais embriões não podem simplesmente permanecer congelados para sempre.

É claro que a adoção desses embriões é uma destinação muito boa, porém, como se sabe, não há adoções suficientes para cobrir o número de embriões sobrantes.

Conclui-se que seria sim, segundo os votos da ADIN 3.510, possível o descarte de embriões sobrantes, pois estes não têm qualquer perspectiva de se desenvolverem em seres humanos, porém ainda sim devem ser tratados com dignidade de um ser, não sendo, portanto, o descarte um fim digno.

Logo, o que se vê é a grande necessidade de um estudo mais aprofundado sobre o tema e a criação de uma lei específica para regulamentar essa possibilidade de descarte e alternativas, em especial o uso para pesquisa e fins terapêuticos, não sendo o art. 5º da lei de biossegurança suficiente para tal.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os avanços na área da medicina e biotecnologia são notáveis e se empenham para solucionar os problemas do homem, como é o caso dos casais inférteis, seja pela esterilidade, por serem homoafetivos, transgêneros ou qualquer outra formação familiar. Porém, com as chamadas técnicas de reprodução assistida, mais precisamente com a fertilização *in vitro*, surgem vários questionamentos éticos e sociais importantes, como a destinação dos embriões sobrantes, ou seja, aqueles que foram fecundados, porém inutilizados.

Adentrando mais no campo do direito foi importante fazer uma análise acerca das teorias de início da personalidade, sendo as principais a teoria concepcionista; nidacionista; da formação do sistema nervoso central e a natalista.

Quanto aos direitos do nascituro, como estudado, é adotado o sistema natalista, porém na prática, utiliza-se mais de um sistema natalista condicional, que traz uma certa contradição, sendo possível, frente as convicções que o ordenamento visa proteger, a aplicação da teoria concepcionista, como já é feito em grande escala nas jurisprudências. Porém, com uma certa equiparação frente a fertilização *in vitro* que se trata de situação peculiar, uma fecundação fora do útero materno na qual o

embrião só poderia se desenvolver após implante, com a nidação, logo é possível entender que é a partir desta que se iniciaria a vida.

Ainda um equiparado de princípios e direitos constitucionais foi feito ressaltando o direito à vida, à dignidade da pessoa humana, à direito a felicidade e à saúde. Sendo assim, suscita se o direito a reprodução é garantido pelo nosso ordenamento jurídico, o que se conclui que sim, visto a imensa base constitucional, sendo a reprodução assistida, mera exteriorização dos direitos protegidos pela constituição.

Ainda foi elucidado sobre a técnica de fertilização *in vitro*, uma fecundação extracorpórea, feita mediante a extração do óvulo feminino que é fecundado por espermatozoide masculino em laboratório, havendo uma preparação de número superior a necessária, daí surge o problema.

O trabalho sempre evidência a importância da bioética, que é um estudo interdisciplinar entre todas as matérias que envolvem o biológico, social e o biodireito para a discussão.

Conforme o exposto a ADIN 3.510 julgada pelo STF também foi analisada e entendida, e ante o levantamento de muitas questões sociais e bioéticas, foi julgado constitucional o art. 5º da Lei de Biossegurança.

A resolução do CFM nº 2.994/2021 trouxe as mais novas disposições para a realização da fertilização *in vitro*, respeitando o Código de ética como um meio de tentar dirimir dúvidas e suas repercussões, porém sem uma lei que regulamente o tema especificamente, a instabilidade jurídica não será resolvida.

O descarte poderia ocorrer, de acordo com o explicitado neste trabalho, porém, em conformidade com o princípio da dignidade da pessoa humana, com o qual o embrião, mesmo que sem vida, deve ser tratado com dignidade, sendo a melhor solução, não o descarte, mas um fim distinto como o auxílio à milhares de pessoas enfermas em pesquisas e tratamentos.

Fica claro que o tema requer ainda muito estudo para que de fato seja possível o entendimento de qual seria o caminho certo para um consenso quanto ao tema.

6 REFERÊNCIAS

ALENCAR, Paula G. R. Dorigatti de. **O direito à vida**, 01 ago. 2016. Revista 151. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/o-direito-a-vida/>. Acesso em: 01 fev. 2022.

ALMEIDA, Vitor; PEREIRA, Paula M. F. L. **A reprodução humana assistida e a atuação do Conselho Federal de Medicina: as repercussões da nova resolução 2.294/21**, 16 jul. 2021. Disponível em:

<https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-vulnerabilidade/348647/a-reproducao-humana-assistida-e-a-atuacao-do-cfm>. Acesso em: 16 dez. 2021.

BARROSO, Luís Roberto apud SOUZA, Priscila Boim de. **Teorias do início da vida e lei de biossegurança**.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição [da] República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 20 mar. 2021.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução CFM Nº 2.294, de 27 de maio de 2021**. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida e revogando a Resolução CFM nº 2.168. DIÁRIO OFICIAL DA UNIÃO. Publicado em: 15 jun. 2021. Ed. 110, Seção 1, Pág. 60. Acesso em: 03 jun. 2022.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil.

Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm.

BRASIL. **Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005**. Regulamenta os incisos II, IV e V do parágrafo 1º do art. 225 da Constituição Federal e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 28 mar. 2005. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 03 jun. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) 3510**. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 29/05/2008, DJe-096. Divulgado Em: 27 mai 2010. Publicado em: 28 mai. 2010.

BELTRÃO, Silvio Romero. **Reprodução Humana Assistida: Conflitos Éticos e Legais: legislar é necessário**. 2010. 244 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2010.

COSTA, Rafael Mendonça; JÚNIOR, Cildo Giolo. Teorias Jurídicas Acerca do Início da Vida Humana. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca**. dez. 2015, vol. 10, n. 2, pág. 297-327. ISSUE DOI: 10.21207/1983.4225.291. Acesso em: 03 fev. 2022.

JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de Almeida. Técnicas de reprodução assistida e biodireito. **Instituto Brasileiro de Direito de Família**, 23 dez. 2003. Disponível em:

<https://ibdfam.org.br/artigos/110/T%C3%A9cnicas+de+reprodu%C3%A7%C3%A3o+assistida+e+biodireito>. Acesso em: 19 out. 2021

Jurisprudência do STJ vem reconhecendo nascituros como sujeitos de direito.

Revista Consultor Jurídico. Publicado em: 1 jul. 2019. Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2019-jul-01/stj-vem-recmonhecendo-nascituros-sujeitos-direito>. Acesso em: 01 jun. 2022.

Manual de Ginecologia da Sociedade de Ginecologia e Obstetrícia de Brasília. 2ª ed. Brasília: Editora Luan Comunicação, 2017.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. 4. ed. – São Paulo: Almedina, 2020.

PEDROSO, Thereza; COLLI, Walter. **Breve história da Lei de Biossegurança do Brasil**. **Revista Questão de Ciência**. Publicado em 29 jan. 2019. Disponível em: <https://revistaquestaodeciencia.com.br/artigo/2019/01/29/breve-historia-da-lei-de-biosseguranca-do-brasil>. Acesso em: 25 mai. 2022.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 9. Ed. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 96. Apud NAMBA, Edison Tetsuzo. Manual de bioética e biodireito. São Paulo: Atlas, 2009.

ULHOA, Fábio. **Curso de Direito Civil: parte geral**, volume I. 9ªed. Editora Thomson Reuters, Revista dos Tribunais. 2019.