

Antônio Celso Alves Pereira
Cleyson de Moraes Mello
José Rogério Moura de Almeida Neto
Marcio Martins da Costa
Coordenadores

CÁTEDRA
PADRE BARREIRA

ESTUDOS INTERDISCIPLINARES DE EDUCAÇÃO, FILOSOFIA,
TEOLOGIA E DIREITO



EDITORA PROCESSO

Tels: (21) 3128-5531 / (21) 3889-8181 / (21) 2209-0401

www.editoraprocesso.com.br

www.catalivros.com.br

Distribuição exclusiva da Catalivros Distribuidora Comércio LTDA ME

Copyright © 2023 - Antônio Celso Alves Pereira, Cleyson de Moraes Mello, José Rogério Moura de Almeida Neto, Marcio Martins da Costa (Coordenadores)

Todos os direitos reservados.

Conselho Editorial

Maria Celina Bodin de Moraes (*Presidente*)

Luiz Edson Fachin

Ana Carolina Brochado Teixeira

Ana Frazão

Antônio Augusto Cançado Trindade (*In memoriam*)

Antônio Celso Alves Pereira

Caitlin Sampaio Mulholland

Carla Adriana Comitri Giberton

Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho

Carlos Martins Neto

Cleyson de Moraes Mello

Eneas de Oliveira Matos

Eugênio Facchini Neto

Fernando de Almeida Pedroso

Hélio do Vale Pereira

Joyceane Bezerra de Menezes

Marco Aurélio Lagreca Casamasso

Marco Aurélio Peri Guedes

Marcos Ehrhardt Jr.

Maria Cristina De Cicco

Mariana Pinto

Martonio Mont'Alverne Barreto Lima

Mauricio Moreira Menezes

Melhim Namem Chalhub

Sergio Campinho

Zeno Veloso (*In memoriam*)

Diagramação - Mariana Carvalho

Capa - Alexander Marins

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte

Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

P346c

Pereira, Antônio Celso Alves, Cleyson de Moraes Mello, José Rogério Moura de Almeida Neto, Marcio Martins da Costa (Coordenadores)

Cátedra padre barreira - estudos interdisciplinares de educação, filosofia, teologia e direito / Antônio Celso Alves Pereira, Cleyson de Moraes Mello, José Rogério Moura de Almeida Neto, Marcio Martins da Costa (Coordenadores)

1278p. ; 23 cm - 2023

ISBN - 978655378118-4

1. Cátedra padre barreira - estudos interdisciplinares de educação, filosofia, teologia e direito . 2. Brasil. I. Título.

CDD 343.810922

Proibida a reprodução (Lei 9.610/98)

Impresso no Brasil

Printed in Brazil

PROTEÇÃO DO EMBRIÃO HUMANO À LUZ DA LEGALIDADE CONSTITUCIONAL: IMPORTÂNCIA ÉTICO-JURÍDICA DA SUA DESTINAÇÃO¹

Heloisa Helena Barboza²

Vitor Almeida³

Sumário: NOTAS INTRODUTÓRIAS. 1. TUTELA JURÍDICA DOS EMBRIÕES HUMANOS: DISTINÇÕES NECESSÁRIAS. 2. TRATAMENTO LEGISLATIVO DO CONCEBIDO E DO NASCITURO. 3. DISPOSIÇÕES DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA SOBRE OS EMBRIÕES HUMANOS EXCEDENTÁRIOS. 4. PROTEÇÃO DOS EMBRIÕES HUMANOS CRIOCONSERVADOS: UMA QUESTÃO CONSTITUCIONAL. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

NOTAS INTRODUTÓRIAS

Em 25 de julho de 1978, o nascimento de Louise Brown assombrou o mundo: apresentava-se para o grande público o primeiro “bebê de profeta”, denominação atribuída pelo senso comum ao primeiro ser humano concebido em laboratório a nascer. Fruto da técnica de fertilização *in vitro*, esse feito da medicina tornou-se um marco histórico no que se refere às técnicas de reprodução humana assistida.

O desenvolvimento das técnicas de reprodução assistida veio resolver, se não minorar, um problema que aflige, há algum tempo, a humanidade: a

¹ O presente artigo integra as pesquisas dos autores sobre a proteção do embrião humano, em desenvolvimento no Núcleo de Estudos e Pesquisas em Biodireito – NEPBIO, da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ.

² Professora Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Doutora em Direito pela UERJ e em Ciências pela ENSP/FIOCRUZ. Procuradora de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (aposentada). Advogada.

³ Doutor e Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor Adjunto do Departamento de Direito Civil da UERJ. Professor do Departamento de Direito da PUC-Rio. Coordenador adjunto do Instituto de Direito da PUC-Rio. Associado do Instituto Brasileiro de Direito Civil e do Instituto Brasileiro de Estudos em Responsabilidade Civil. Advogado.

infertilidade⁴. Nos últimos três quartos de século houve “reduções sem precedentes em taxas de mortalidade e crescimento populacional, seguidas de inusitadas reduções nas taxas de fecundidade (que representa o número médio de filhos que uma mulher tem durante a sua vida)”⁵. De acordo com projeções na literatura especializada, “estima-se a redução nas taxas de fecundidade, junto a um persistente crescimento da população mundial, com subsequente envelhecimento populacional”⁶. A Organização Mundial de Saúde (OMS), no relatório publicado em 04 de abril de 2023, alerta para o fato de que uma em cada seis pessoas, vale dizer, cerca de 17,5% da população adulta em todo o mundo, sofre de infertilidade, a qual afetará muitas pessoas ao longo de suas vidas.⁷

Diante desses dados é possível se constatar a crescente importância das técnicas de reprodução assistida para as pessoas, que efetivamente têm se desenvolvido aceleradamente nas últimas décadas. Se de um lado essas técnicas representam a solução de um problema de saúde que afeta a todos, por outro têm provocado profundos e tormentosos debates (bio)éticos e jurídicos. Além da possibilidade de procriação para todos os que não poderiam ter filhos, as citadas técnicas apresentam um potencial ilimitado, que geram situações inéditas, tais como as “relacionadas à estrutura celular, à genética, à manipulação dos gametas e embriões, ao diagnóstico genético pré-implantação, à seleção de embriões, ao estudo genético das células-tronco embrionárias, à clonagem terapêutica”. Acresçam-se a esse rol de questões difíceis e complexas as “mudanças/efeito dessas práticas médicas nas práticas sociais”.⁸

Algumas das citadas situações já foram objeto de pronunciamento do legislador, de que são exemplo a clonagem humana terapêutica e a reprodutiva

⁴ De acordo com a Organização Mundial de Saúde (OMS): “A infertilidade é uma doença do sistema reprodutor masculino ou feminino, definida pela incapacidade de conceber uma gravidez após 12 meses ou mais de relações sexuais regulares desprotegidas. Pode causar sofrimento significativo, estigma e dificuldades financeiras, afetando o bem-estar mental e psicossocial das pessoas”. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/noticias/4-4-2023-oms-alerta-que-1-em-cada-6-pessoas-e-afetada-pela-infertilidade-em-todo-mundo>. Acesso em 16 jul. 2023.

⁵ SOUZA, Maria do Carmo Borge de; MOURA, Marisa Decat de; GRYNSZPAN, Daniele (Orgs.). *Vivências em tempo de reprodução assistida: o dito e o não-dito*. Rio de Janeiro: Revinter, 2008, p. 1.

⁶ *Id. Ibid.*, p. 1.

⁷ Disponível em: <https://www.paho.org/pt/noticias/4-4-2023-oms-alerta-que-1-em-cada-6-pessoas-e-afetada-pela-infertilidade-em-todo-mundo>. Acesso em 17 jul. 2023.

⁸ MOURA, Marisa Decat de; SOUZA, Maria do Carmo Borges de; SCHEFFER, Bruno Brum. *Reprodução assistida: um pouco de história*. In: *Rev. SBPH*, v. 12, n. 2, Rio de Janeiro, p. 23-42, dez., 2009, p. 24-25. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-08582009000200004&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 09 jul. 2023.

que são proibidas e criminalizadas no Brasil⁹. Igualmente está proibida no Brasil a engenharia genética em célula germinal humana, zigoto humano e embrião humano, o que impede a realização da denominada edição genética¹⁰. É autorizada, porém, a utilização de células-tronco embrionárias, obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro*, não utilizados no respectivo procedimento, desde que atendidas condições previstas em lei, para fins de pesquisa e terapia.¹¹

Efetivamente novas possibilidades surgem quase que a cada dia, em constante desafio à (Bio)ética e ao (Bio)direito. De acordo com Francisco Amaral, há um campo do conhecimento científico e da prática social que se pode denominar Bioética, ao qual cabe estabelecer “os limites morais do agir científico no campo da vida”. Segundo o autor, ao Biodireito cumpre “fixar os limites jurídicos da prática social no campo das inovações tecnológicas”¹². Contemporaneamente tais inovações podem melhor ser qualificadas como biotecnocientíficas¹³, sendo crescentes as interferências em processos da vida humana tidos, até então, como naturais ou fisiológicos, cujos efeitos têm extensão, em verdade, desconhecidos. Registre-se, contudo, que a biotecnociência tem ido além, merecendo ser citada a notícia, divulgada em meados de junho de 2023, da criação do “primeiro embrião humano sintético em laboratório”, utilizando células-tronco, resultado de estudo realizado pelos Estados Unidos e Inglaterra, apresentado na reunião anual da Sociedade

⁹ Lei 11.105, de 24/03/2006, arts. 6º, IV, e 26. V., a respeito do assunto, BARBOZA, Heloisa Helena. *Clonagem humana: uma questão em aberto*. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flavia (Orgs.). *Nos Limites da Vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 185-208.

¹⁰ Lei 11.105, de 24/03/2006, art. 6º, III. Sobre o assunto, cf. DANTAS, Carlos Henrique Félix. *Aprimoramento genético em embriões humanos: limites ético-jurídicos ao planejamento familiar na tutela da deficiência como diversidade biológica humana*. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

¹¹ Lei 11.105, de 24/03/2006, art. 5º. Cf. ALMEIDA, Vitor. *Tutela extrapatrimonial do nascituro e danos pré-natais*. No prelo.

¹² AMARAL, Francisco. *Por um estatuto jurídico da vida humana*. A construção do biodireito. In: *Revista ABLJ*, n. 12, p. 109-120, 1997, p. 111.

¹³ “Biotecnociência” é um neologismo criado por Fermin Roland Schramm para indicar a relação entre ciência, técnica e vida, que pretende indicar o campo de atuação atual da tecnociência aplicada aos seres e sistemas vivos. Em outros termos, a biotecnociência representa um novo paradigma que emerge no campo dos saberes graças aos avanços da tecnociência aplicada aos sistemas e seres vivos. Ver sobre o assunto SCHRAMM, Fermin Roland. *Saúde pública: biotecnociência, biopolítica e bioética*. In: *Saúde Debate*, Rio de Janeiro, v. 43, n. especial 7, p. 152-164, dez., 2019. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/sdeb/a/JFJNxZjNQCMpbhRsQFRsz/?lang=pt#>. Acesso em 25 jun. 2023.

Internacional para Pesquisa de Células-Tronco nos Estados Unidos¹⁴. A matéria de todo instigante escapa, porém, dos estreitos limites do presente trabalho.¹⁵

Não obstante haja a permissão para pesquisa com células-tronco dos embriões humanos excedentários, matéria que suscitou acirrado debate na sociedade¹⁶, as técnicas de reprodução assistida carecem no Brasil dos indispensáveis “limites jurídicos”, isto é, de regulamentação legal adequada, de há muito demandada em razão da complexidade dos efeitos jurídicos que ensejam. O Código Civil, ao tratar da presunção de paternidade dos filhos havidos do casamento, inclui os que são oriundos de utilização das técnicas de reprodução assistida, expressamente citando os embriões excedentários, oriundos de FIV (fertilização *in vitro*)¹⁷. As referidas disposições legais são, com o devido respeito ao legislador, incipientes, visto que pecam na conceituação¹⁸ e estão longe de disciplinar as complexas situações jurídicas geradas pelas técnicas de reprodução assistida. Em consequência, a aplicação da Lei exige constante esforço do intérprete.¹⁹

A regulamentação da matéria vem sendo feita desde 1992 pelo Conselho Federal de Medicina (CFM), que em sua função disciplinar, tem emitido sucessivas Resoluções sobre as técnicas de reprodução assistida. Não obstante tais Resoluções contenham normas deontológicas a serem observadas pelos médicos brasileiros, acabaram por assumir papel de todo importante para solução dos conflitos que a cada momento se apresentam mais difíceis. Na verdade, o CFM vem suprimindo o silêncio e a morosidade do Congresso

¹⁴ Ver sobre o assunto: <https://oglobo.globo.com/saude/ciencia/noticia/2023/06/cientistas-criam-lo-embriao-sintetico-humano-do-mundo-entenda.ghtml>. Acesso em 20 jun. 2023.

¹⁵ Destaque-se, contudo, a importância dessa proteção cresce exponencialmente diante do surgimento do embrião humano sintético criado em laboratório, a partir de células-tronco e sem utilização de gametas humanos.

¹⁶ A constitucionalidade dessa permissão foi questionada, tendo o STF firmado em 2008 o entendimento de que as pesquisas com células-tronco embrionárias não violam o direito à vida, tampouco a dignidade da pessoa humana, no histórico julgamento da ADI 3.510.

¹⁷ Sobre o assunto ver BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. *Os desafios da reprodução assistida post mortem e seus efeitos sucessórios*. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; NEVARES, Ana Luiza Maia (Orgs.). *Direito das sucessões: problemas e tendências*. Indaiatuba/SP: Editora Foco, 2022, p. 43-66.

¹⁸ O problema conceitual ensejou a aprovação do enunciado 105, aprovado na I Jornada de Direito Civil, realizada pelo Conselho da Justiça Federal em 2002, segundo o qual: “as expressões ‘fecundação artificial’, ‘concepção artificial’ e ‘inseminação artificial’ constantes, respectivamente, dos incs. III, IV e V do art. 1.597 deverão ser interpretadas como ‘técnica de reprodução assistida’”. Esse entendimento, de todo razoável, é adotado no presente trabalho.

¹⁹ Cf., por todos, BARBOZA, Heloisa Helena. *Reprodução assistida: entendimento do STJ sobre alguns problemas práticos*. In: SALOMÃO, Luis Felipe; TARTUCE, Flavio (Orgs.). *Direito Civil: diálogos entre a doutrina e a jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2021, p. 769-785; BARBOZA, Heloisa Helena. *Reprodução assistida: questões em aberto*. In: CASSETTARI, Christiano (Org.). *10 anos de vigência do Código Civil Brasileiro de 2002*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 92-110.

Nacional, onde dormitam cerca de duas dezenas de projetos de lei há cerca de três décadas.²⁰

Dentre as tormentosas questões que aguardam normatização legal se encontra o destino a ser dado aos embriões excedentários. O CFM ao tratar da matéria tem estabelecido orientações que desafiam princípios constitucionais, salvo em sua última Resolução que manteve certo “silêncio” sobre o tema. O presente artigo, elaborado com base em pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, procura colaborar na construção das soluções que de há muito se buscam para o destino a ser dado aos embriões excedentários, que visem precipuamente à proteção de sua dignidade como ser humano em estágio primitivo de formação. Destaque-se que a importância dessa proteção cresce exponencialmente diante do surgimento do embrião humano sintético criado em laboratório, a partir de células-tronco e sem utilização de gametas humanos.

1. TUTELA JURÍDICA DOS EMBRIÕES HUMANOS: DISTINÇÕES NECESSÁRIAS

Não há dúvida de que uma das questões mais tormentosas que integram o temário do Biodireito²¹ e da Bioética²² diz respeito à proteção jurídica e ética direcionada aos embriões humanos criados em laboratórios não implantados no útero para fins de gestação e possível nascimento. A questão da destinação destes embriões vem sendo profundamente discutida em âmbito nacional e

²⁰ Tramitam na Câmara dos Deputados, atualmente, 21 projetos de lei destinados a regulamentar as técnicas de reprodução assistida, apensados ao PL 1.184/2003. Disponível em: <http://www.camara.gov.br>. Acesso em 21 abr. 2021.

²¹ Francisco Amaral entende o Biodireito como “um novo direito, o biodireito, conjunto de valores, princípios e normas que têm por finalidade proteger a vida humana, disciplinando a prática de suas intervenções e os mecanismos de sua manipulação”. AMARAL, Francisco. *Por um estatuto jurídico da vida humana*. A construção do biodireito. In: *Revista ABLJ*, n. 12, p. 109-120, 1997, p. 110. Judith Martins-Costa define Biodireito como o “termo que indica a disciplina, ainda que nascente, que visa determinar os limites de licitude do progresso científico, notadamente da biomedicina, não do ponto de vista das ‘exigências máximas’ da fundação e da aplicação dos valores morais na práxis biomédica - isto é, a busca do que se ‘deve’ fazer para atuar o ‘bem’ - mas do ponto de vista da exigência ética ‘mínima’ de estabelecer normas para a convivência social”. MARTINS-COSTA, Judith. *Bioética e dignidade da pessoa humana: rumo à construção de um biodireito*. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*. n. 3., Rio de Janeiro: Padma, 2000, p. 64.

²² De acordo com Francisco Amaral, há um campo do conhecimento científico e da prática social que se pode denominar Bioética, ao qual cabe estabelecer “os limites morais do agir científico no campo da vida”. Enquanto ao Biodireito cumpre “fixar os limites jurídicos da prática social no campo das inovações tecnológicas”. AMARAL, Francisco. *Por um estatuto jurídico da vida humana*. A construção do biodireito. In: *Revista ABLJ*, n. 12, p. 109-120, 1997, p. 111.

internacional²³, há décadas, sem que se tenha chegado a um entendimento ou orientação segura.

Em que pesem os dissensos em relação ao conceito de nascituro resultantes principalmente do desenvolvimento das técnicas de fertilização *in vitro*, que possibilitaram a criação e crioconservação de embriões humanos, é necessário esclarecer que, para esta obra, *considera-se como nascituro o ser já concebido, mas que se encontra em desenvolvimento no útero de uma mulher*. Contudo, é indispensável identificar os diferentes momentos do processo de desenvolvimento da vida humana, visto que deve haver tutela jurídica adequada a cada uma das fases desse processo.

Pedro Pais de Vasconcelos ressalta a importância de se estabelecer o conceito de nascituro, a fim de se evitar possíveis equívocos. Defende o autor que “há que distinguir, a este propósito, a situação de quem ainda não nasceu mas já foi concebido, e a expectativa de alguém vir a ser gerado”²⁴. Com base na tradição do próprio Direito, deve-se reservar “*a designação nascituro para aqueles que já foram concebidos e têm vida no seio da mãe, mas ainda não nasceram*”, sob a justificativa de que a condição do ente por nascer é uma situação transitória e limitada no tempo.²⁵

Nessa linha, convém distinguir os *nascituros* dos *concepturos*. Isso porque, estes, “não existem, são simples esperanças ou expectativas”²⁶. O que na verdade existe, segundo Pedro Pais de Vasconcelos, é a possibilidade de um dia vir a ser gerado²⁷. Esta é a hipótese do art. 1.799, I, do Código Civil²⁸. A técnica de fertilização *in vitro* (FIV) criou uma situação até então inexistente e inimaginável: a concepção extracorpórea, a criação em laboratório de um embrião humano fora do corpo de uma mulher.

Observe-se que a expressão “vir a ser gerado” parece referir-se a “vir a ser gestado”. Embora o verbo gerar signifique “dar existência a, fazer nascer, procriar”, tem diversos significados e usos²⁹, podendo indicar, por exemplo, a

²³ Cf., por todos, MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. *A vida humana embrionária e sua proteção jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, *passim*.

²⁴ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria Geral do Direito Civil*. 6ª ed., Coimbra: Almedina, 2010, p. 72.

²⁵ *Id. Ibid.*, p. 72-73.

²⁶ *Id. Ibid.*, p. 73.

²⁷ *Id. Ibid.*, p. 72.

²⁸ CC/2002: “Art. 1.799. Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder: I - os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão”.

²⁹ Gerar pode ter vários sentidos (conotações), tal como: “dar ou ter origem por meio de processo químico, físico [...] gerar eletricidade.”. HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 1446.

fecundação do óvulo, passo inicial para a “geração” de um embrião humano. Contudo, para que haja a gestação propriamente dita é necessário que haja a transferência e implantação do embrião no útero da mulher que levará a gestação a termo.

Não há, portanto, como se confundir ou equiparar as duas diferentes situações embrionárias: a) embriões, concebidos pelo contato sexual ou em laboratório, e que se encontram em gestação – são os nascituros; b) embriões concebidos em laboratório e que não são implantados no útero de uma mulher para gestação, sendo crioconservados, portanto, embriões que não entraram em gestação.

Há duas características exclusivas da situação dos nascituros: (i) a transitoriedade da condição de nascituro; e (ii) a iminente possibilidade de aquisição de personalidade, que ocorre a termo previsível – o momento do nascimento com vida, nos termos da codificação vigente. Os embriões crioconservados, por sua vez, não implantados no útero para gestação, têm expectativa contrária, uma vez que: a) o estado de crioconservação pode ser por tempo indefinido; e b) a gestação é incerta, na medida que a tentativa de implantação pode não ter sucesso, e havendo gravidez esta não chegar a termo. Observe-se que há previsão de transferência de até três embriões para o útero, conforme a idade da mulher³⁰. Portanto, a possibilidade de nascimento é realmente incerta e em muitos casos talvez jamais ocorra.

Há, contudo, um ponto comum nos dois casos que suscita grande debate quanto aos efeitos jurídicos: o momento da concepção, entendida como a fertilização do óvulo pelo espermatozoide, a partir da qual se inicia o processo de divisão celular para constituição de um novo ser humano, que passará por várias fases e se estenderá por nove meses até seu nascimento, se houver gravidez.

Até o surgimento das técnicas de reprodução assistida, a concepção somente ocorria dentro do corpo da mulher e em decorrência do contato sexual entre homem e mulher. Contudo, as referidas técnicas desvincularam a reprodução do ato sexual e ensejaram várias possibilidades jamais pensadas, que geram consequências sociais e jurídicas complexas, muitas das quais aguardam solução. A concepção em laboratório, através da técnica de fertilização *in vitro* (FIV), por exemplo, permitiu que pessoas inférteis e do mesmo sexo possam ter filhos biologicamente seus, o que era impensável. Por outro lado, o processo de FIV cria embriões que acabam não sendo transferidos para o útero de uma mulher para fins de gestação, sendo mantidos em

³⁰ CFM, Resolução 2.320/2022, item I, 7.

crioconservação. Esses embriões excedentários podem permanecer indefinidamente congelados, especialmente quando a tentativa inicial de implantação resulta em gravidez, por vezes múltiplas.

Como se vê, embora a concepção seja um momento único e primordial para o surgimento da vida humana, nem sempre o embrião concebido seguirá as etapas naturais que resultarão na gravidez e nascimento³¹. Os embriões concebidos em laboratório poderão, como indicado, restar congelados por tempo por tempo indeterminado. Cabe, portanto, verificar qual o tratamento dado pelo legislador ao concebido e se estão atendidos os princípios constitucionais que regem a matéria.

2. TRATAMENTO LEGISLATIVO DO CONCEBIDO E DO NASCITURO

De início cabe observar que *concepção* é um termo médico com conceito próprio³², o qual se refere à fertilização do óvulo (ovócito) pelo espermatozoide; *concebido* é o que foi gerado, fecundado³³. Como acima destacado, *nascituro*³⁴ é o que irá nascer, foi concebido (gerado) mas ainda não nasceu. Esta distinção parece clara no artigo 2º, do Código Civil, segundo o qual: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. Permita-se a

³¹ Ressalva seja feita com relação aos casos em que há a concepção natural, mas não ocorre a gravidez ou esta se verifica, porém é interrompida por causas naturais ou mediante provocação, havendo abortamento.

³² Segundo a literatura médica: “É muito grande o interesse no desenvolvimento humano antes do nascimento, em grande parte pela própria curiosidade sobre os primórdios da nossa formação e também pelo desejo de melhorar a qualidade de vida. Os intrincados processos pelos quais um bebê se desenvolve a partir de uma única célula são miraculosos [...]. O desenvolvimento humano é um processo contínuo que se inicia quando um ovócito (óvulo) de uma fêmea é fertilizado por um espermatozoide de um macho”. Esclarece-se, ainda, que “[...] é difícil determinar exatamente quando a fertilização (concepção) ocorre, porque o processo não pode ser observado *in vivo* (no interior do corpo vivo)”. É consensual, no entanto, que o “zigoto é o início de um novo ser humano (ou seja, um embrião)”, sendo definido como a “célula resulta[n]te da união do ovócito ao espermatozoide durante a fertilização”. MOORE, Keith L; PERSAUD, T. V. N.; TORCHIA, Mark G. *Embriologia clínica*. 7ª ed., Trad. de Adriana Paulino do Nascimento et al. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 1-3.

³³ Segundo o Dicionário Houaiss, o significado é “fecundado, gerado (adjetivo)”. Disponível em: https://houaiss.uol.com.br/corporativo/apps/uol_www/v6-1/html/index.php#6. Acesso em 30 jun. 2023.

³⁴ Encontra-se em tramitação, desde 2007, o Projeto de Lei 478/2007, ao qual se encontram apensados vinte e cinco outros Projetos de Lei, que dispõe sobre o Estatuto do Nascituro. A matéria ali tratada é complexa e exige detida análise que escapa, todavia, dos limites do presente trabalho. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=345103>. Acesso em 25 abr. 2023.

insistência, os conceitos não se confundem: todo nascituro (o que está para nascer) foi concebido, mas nem todo concebido, depois do surgimento da FIV, se tornou ou se tornará um nascituro, como ocorre com os embriões congelados.³⁵

O problema está em qualificar como *nascituros* os embriões já concebidos que não se encontram em gestação (e que poderão nunca entrar em gestação), e lhes atribuir a mesma situação jurídica dos que estão na fase gestacional. Para melhor compreensão da proteção legal existente, torna-se necessário analisar, ainda que de modo sucinto, qual significado o legislador cível quis atribuir aos termos citados.

Os vocábulos *concepção* e *concebido* são usados em diferentes passagens do texto codificado, seja para designar ser já existente (como concebido em gestação), seja para se referir a filiação eventual (ainda não concebidos). A relevância é notória, especialmente, para fins de proteção de direitos dos ainda não nascidos.

A menção a *concebidos* é feita para assegurar aos filhos paternidade, por meio da presunção de terem sido concebidos na constância do casamento, estabelecida nos termos do art. 1.597, incisos I e II, com base no tempo mínimo e máximo de gestação, e nos incisos III, IV e V, para os filhos fruto de técnicas de reprodução assistida. Estabelecido o vínculo parental por força da presunção, o filho poderá exercer todos os direitos existenciais e patrimoniais decorrentes do parentesco assim criado. A incidência da presunção sob filhos póstumos (incisos III e IV) e oriundos de técnicas heterólogas (inciso V) beneficia os descendentes, mas gera intrincados problemas sucessórios, que escapam dos estreitos limites deste artigo.³⁶

No que tange à breve análise com pretensão semântica aqui proposta, constata-se que o termo *concebidos* está correto quando se refere aos embriões excedentários (inciso IV), visto que efetivamente o são. Contudo, maior problema se encontra no inciso III, que se refere a rigor a *concepturo* (o que não foi concebido), uma vez que a concepção não se deu e se vier a ocorrer se verificará depois da morte do pai. Todavia, por força da presunção (*rectius*: ficção) estabelecida pelo Código, é possível haver o recebimento da herança, desde que observado o prazo prescricional.

³⁵ Cf. ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo. *Personalidade, titularidade e direitos do nascituro*: esboço de uma qualificação. In: *Revista OAB/RJ | Edição Especial - Direito Civil*, v. 01, p. 01-45, 2018.

³⁶ Ver sobre o assunto BARBOZA, Heloisa Helena. *Situação sucessória do embrião e do nascituro no Código Civil de 2002*. Prelo.

A época da concepção é invocada pelo CC/2002, ao contrário do art. 1.597, para afastar a presunção de paternidade, como se vê do art. 1.599, segundo o qual: “a prova da impotência do cônjuge para gerar, à época da concepção, ilide a presunção da paternidade”. Iguais funções de concessão ou supressão de direitos se veem ainda nos arts. 1.798³⁷, onde resta clara a distinção entre os já concebidos e os não concebidos, nos moldes do art. 2º; 1.799³⁸, que se refere claramente ao *concepturo*, como antes já assinalado; e 1.952, se relaciona também ao *concepturo* ao se mencionar aos não concebidos.

Como se pode constatar, no vigente Código Civil há clara e expressa distinção entre o *nascituro*, como aquele que está em gestação com previsão de nascimento, o *concebido*, por meio natural ou por meio de FIV, que pode ou não ser um nascituro, a depender de estar ou não em gestação, e o *concepturo*, que é o não concebido.³⁹

Certo é que em qualquer das situações apontadas o ser humano em formação merece proteção jurídica, em virtude da cláusula geral de tutela da pessoa humana e dos princípios constitucionais que regem essa tutela, com adiante esclarecido.

3. DISPOSIÇÕES DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA SOBRE OS EMBRIÕES HUMANOS EXCEDENTÁRIOS

O Conselho Federal de Medicina – CFM, entidade autárquica, foi instituído na década de 1950 como órgão supervisor da ética profissional, com competência para fiscalizar e normatizar a prática médica no Brasil⁴⁰. No exercício de suas atribuições, o CFM tem estabelecido normas sobre a execução das técnicas de reprodução assistida, que constituem dispositivo ético a ser observado pelos médicos. A primeira regulamentação da matéria foi a Resolução 1.358, de 1992, e desde então a autarquia vem revendo periodicamente as normas éticas para a utilização de técnicas de reprodução assistida.⁴¹

³⁷ CC/2002: “Art. 1.798. Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”.

³⁸ CC/2002: “Art. 1.799. Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder: I - os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão”.

³⁹ Permita-se remeter a ALMEIDA, Vítor. *Tutela extrapatrimonial do nascituro e danos pré-natais*. No prelo.

⁴⁰ Ver Lei 3.268, de 30 de setembro de 1957.

⁴¹ O CFM editou, desde 1992, as seguintes Resoluções sobre as técnicas de reprodução assistida: 1.358/1992; 1.957/2010; 2.013/2013; 2.121/2015; 2.168/2017; 2.283/2020, 2.294/2021 e 2023/2022 (em vigor).

Embora as normas do CFM tenham natureza deontológica, desde a edição da citada Resolução 1.358/1992 assumiram inquestionável importância como regimento para a execução e utilização das mencionadas técnicas. Certamente essa posição de destaque se deve à falta de manifestação do Poder Legislativo sobre a matéria, que é aguardada há cerca de três décadas. Ressalva seja feita a regras pontuais e esparsas, algumas já mencionadas, que tangenciam o complexo e delicado tema, cuja repetição seja autorizada, à guisa de exemplo: o art. 1.597, incisos III, IV e V, do CC/2002, que estabelecem a presunção de paternidade nos casos de utilização das técnicas reprodução; o art. 5º, da Lei 11.105/2005 (Lei de Biossegurança), que autoriza o uso de embriões humanos criopreservados excedentários da FIV, para fins de pesquisa e terapia com células-tronco embrionárias; o Provimento 149, de 30 de agosto de 2023, que institui o Código Nacional de Normas da Corregedoria Nacional de Justiça do Conselho Nacional de Justiça - Foro Extrajudicial (CNN/ CN/CNJ-Extra), que regulamenta os serviços notariais e de registro, dentre os quais o assento de nascimento de filho havido por técnicas de reprodução assistida, independentemente de autorização judicial, entre os arts. 512 a 515.⁴²

O vazio legislativo provoca insegurança jurídica em terreno sensível que envolve desde a autonomia reprodutiva expressa no direito ao planejamento familiar, até toda gama de possibilidades médico-científicas decorrente das técnicas de reprodução assistida. Vale citar como exemplo dessas possibilidades: o diagnóstico genético pre-implantacional de embriões, o compartilhamento de gametas, a criopreservação, a realização de pesquisas e a doação de embriões humanos. A essas situações se somam numerosas e complexas questões éticas e sociojurídicas, que à exceção da legislação acima mencionada, carecem da indispensável normativa legal, fato que ensejou a hipervalorização da regulamentação do CFM sobre a matéria, a qual, embora sem força de lei em sentido estrito, participa da tópica interpretativa, sendo utilizada em diversas decisões judiciais à mingua de lei específica sobre o tema.

Após a Resolução 1.358/1992, pioneira que permaneceu em vigência por quase duas décadas, desde 2010 assiste-se à edição de sucessivas resoluções sobre a matéria. Esse fato revela a velocidade e urgência de atualização das normas existentes, em virtude da evolução das técnicas e dos diferentes procedimentos que ensejam. Somam-se a essas razões: o aumento da demanda pela oportunidade de ter filhos, numa sociedade em que cresce o índice de

⁴² O Provimento 149/2023 revogou o Provimento 63/2017 do Conselho Nacional de Justiça- CNJ, que tratava, entre outros temas, sobre o “registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida”.

infertilidade; a ampliação e modificação dos arranjos familiares, a compreender desde sucessivas uniões até casais do mesmo sexo; procedimentos médico-científicos que se valem das técnicas para pesquisa e tratamento, tais como as pesquisas com células-tronco e a seleção de embriões para tratamento efetivo de algum irmão com HLA compatível.⁴³

A edição de mais uma resolução – a quinta em onze anos – permite observar a alteração das disposições sobre temas como direitos dos homossexuais, doação de gametas e embriões, gestação compartilhada, cessão de útero e reprodução assistida *post mortem*. O destino dos embriões crioconservados também sofreu modificações⁴⁴. É possível vislumbrar ao longo desse tempo um perfil mais conservador ou mais progressista das disposições, que têm acompanhado também os avanços jurídicos decorrentes de decisões judiciais, especialmente do Supremo Tribunal Federal.

No que respeita ao destino dos embriões criopreservados, houve entre a Resolução 2.294/2021 (revogada) e a 2.320/2022, ora vigente, importantes

⁴³ Cuida-se do chamado *saviour siblings*, termo em inglês consagrado pela literatura especializada. Como equivalente em português é possível denominar de “irmão salvador”, “irmão protetor” ou, ainda, “bebê-medicamento”. Tal situação ganhou notoriedade com o longa-metragem “*My sister’s keeper*”, baseado no romance homônimo de Jodi Picoult, traduzido no Brasil para “Uma prova de amor”. Segundo Ana Carolina Moares Aboin e Gabriel Schulman, após analisarem os argumentos favoráveis e contrários à prática, sob a perspectiva bioética e à luz do ordenamento brasileiro, concluem que “o *saviour sibling* não parece encontrar respaldo constitucional”. ABOIN, Ana Carolina Moraes; SCHULMAN, Gabriel. “Procura-se irmão geneticamente compatível”: as crianças geneticamente projetadas para salvar um irmão doente – análise constitucional e bioética do *saviour siblings* a partir do filme “*My sister’s keeper*”. No prelo (texto gentilmente cedido pelos autores). V., ainda, SHELDON, S., WILKINSON, S. Should selecting saviour siblings be banned? *Journal of Medical Ethics*, 2004; 30:533-537. A respeito da ampliação de tal prática para outros beneficiários, há quem defenda: “In conclusion, PGD for HLA typing offers the possibility of having a child that can save a sick sibling. This person affecting reason for using the procedure is not a reason to forbid the practice, but, on the contrary, constitutes a strong argument in favour of it. Since there are no indications that donor children will be harmed, and we know that some people will be saved, it would be unethical not to allow this procedure and not to explore its further potentialities. When the burdens are minimal, as is usually the case in cord blood or bone marrow donation, it should be up to the parents to decide whether their children or their future children can act as donors for a loved one. This should not be restricted to siblings and not even to family members. It should be offered to any couples who decide to have a tissue matched baby that can save someone whom they love”. DEVOLDER, K. Preimplantation HLA typing: having children to save our loved ones. *Journal of Medical Ethics*, 2005, 31:582–586.

⁴⁴ Sobre as alterações das Resoluções do CFM de 1992 a 2015 ver: LEITE, Tatiana Henriques. *Análise crítica sobre a evolução das normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida no Brasil*. In: *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 24, n. 3, p. 917-928, mar., 2019. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csc/a/MFFT6sywhcKRqCp8c5fNWw/#>. Acesso em 20 jun. 2023. V., também, SILVA NETTO, Manuel Camelo Ferreira da; DANTAS, Carlos Henrique Félix. *A reality outside the law: an ethical-legal analysis of the 30 years of deontological regulation of assisted reproduction technologies in Brazil*. In: *Biolaw Journal - Rivista di Biodiritto*, v. 1, p. 467-483, 2023.

alterações que merecem análise. Uma das disposições de maior impacto ético-jurídico constava do item 5 e 5.1, da revogada Resolução 2.294/2021, segundo os quais os embriões criopreservados e abandonados por três anos ou mais poderiam ser descartados, mediante autorização judicial, entendendo-se como “abandonado” o embrião cujos responsáveis descumpriram o contrato preestabelecido e não foram localizados pela clínica.⁴⁵⁻⁴⁶

A previsão dos referidos itens 5 e 5.1, em boa hora, não constam da vigente Resolução 2.320/2022 do CFM, que contém apenas uma referência a descarte (item VI, 1). Contudo, mantida foi a orientação da Resolução anterior de atribuir aos pacientes a decisão do destino a ser dados aos embriões crioconservados, que pode incluir além da doação, inclusive para pesquisa, o seu descarte, no caso de seleção de embriões submetidos a diagnóstico de alterações genéticas causadoras de doenças.⁴⁷

A “doação” de embriões humanos, à luz dos conceitos jurídicos, não parece admissível, na medida em que reifica os embriões, submetendo-os, a rigor técnico, ao regime dos negócios jurídicos gratuitos, previstos para transmissão da propriedade de coisas. Trata-se, contudo, de “solução” menos agressiva do que o descarte, adequado para coisa abandonada (*res derelicta*), a qual pode encontrar respaldo bioético. Contudo, efetivamente, em qualquer caso, a decisão quanto ao destino a ser dado aos embriões criopreservados compete, em última análise, aos pacientes.

Sobre o tema cabe lembrar que, em maio de 2008, o julgamento histórico do Plenário do STF validou, por maioria, o artigo 5º da Lei de Biossegurança (Lei 11.105/2005), para autorizar a utilização de células-tronco

⁴⁵ Sobre a revogada Resolução, seja consentido remeter: PEREIRA, Paula Moura Francesconi de; ALMEIDA, Vitor. *A reprodução humana assistida e a atuação do Conselho Federal de Medicina: as repercussões da nova Resolução 2.294/21*. In: *Migalhas de Vulnerabilidade*, 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 13 jul. 2023.

⁴⁶ Na exposição de motivos da Resolução encontra-se seguinte justificativa: “Inúmeros são os casos de embriões congelados e abandonados nos serviços de RA, muitos com mais de 30 (trinta) anos. De acordo com o princípio da Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005), em seu artigo 5º, inciso II, que autorizou o uso de embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, contados a partir da data da sua publicação (28 de março de 2005), para pesquisas com células-tronco em que não houve proibição de descarte, mantém-se nesta resolução o descarte de embriões, já aprovado desde a Resolução CFM nº 2.013/2013. A autorização para descarte deverá ser apontada em consentimento informado no momento da opção pela criopreservação, respeitado o tempo mínimo de 3(três) anos, mediante autorização judicial”. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2021/2294>. Acesos em 16 jul. 2023.

⁴⁷ CFM, Resolução 2.320/2022: “VI - 1. As técnicas de reprodução assistida podem ser aplicadas à seleção de embriões submetidos a diagnóstico de alterações genéticas causadoras de doenças, podendo nesses casos ser doados para pesquisa ou descartados, conforme a decisão do(s) paciente(s), devidamente documentada com consentimento informado livre e esclarecido”.

embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por FIV e não utilizados para implantação⁴⁸. Como destacou na ocasião o Ministro Carlos Ayres Brito, o mero descarte não seria possível à luz do nosso ordenamento, sendo apenas cabível como destinação aos embriões supranumerários a doação a outros casais ou pessoas e o uso para fins de pesquisa e terapia com células-tronco embrionárias. O “descarte” foi rejeitado pelo STF, portanto, não tem cabimento, ainda com autorização judicial, como previsto na Resolução anterior que foi revogada.

O que se verifica é que o CFM tem procurado adequar suas orientações aos preceitos jurídicos, embora a regulamentação que edita apresente oscilações como se constata da sequência de Resoluções que tratam das técnicas de reprodução assistida.

4. PROTEÇÃO DOS EMBRIÕES HUMANOS CRIOCONSERVADOS: UMA QUESTÃO CONSTITUCIONAL

O destino a ser dado aos embriões crioconservados constitui um dos pontos de maior divergência, se não o central, dentre todas as questões provocadas pelas técnicas de reprodução assistida. A natureza humana do embrião envolve profundas indagações de ordem ética e bioética⁴⁹, não comportadas nos limites do presente trabalho, bem como jurídicas⁵⁰, particularmente no que diz respeito ao tratamento e à proteção que lhe são devidos, para que não haja afronta à dignidade humana. Esta preocupação se vê presente em diretrizes internacionais existentes sobre a matéria. Serve de exemplo o disposto na denominada Convenção de Oviedo de 1997, que tem por objeto e finalidade proteger “o ser humano na sua dignidade e na sua identidade”⁵¹, e segundo a qual a pesquisa em embriões “*in vitro*” pode ser admitida por lei que garanta uma proteção adequada do embrião.⁵²

⁴⁸ As condições são de que os embriões sejam “inviáveis” (que não servem mais para a reprodução humana assistida) ou congelados há três anos ou mais, além do consentimento dos genitores (art. 5º, incisos I e II, e § 1º, da Lei de Biossegurança).

⁴⁹ Seja consentido remeter a BARBOZA, Heloisa Helena. *Estatuto Ético do Embrião Humano*. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO Flavio (Orgs.). *Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao Prof. Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 527-549.

⁵⁰ Permita-se remeter a BARBOZA, Heloisa Helena. *Proteção jurídica do embrião humano*. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Orgs.). *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 248-270.

⁵¹ Convenção para a proteção dos direitos do homem e da dignidade do ser humano face às aplicações da biologia e da medicina: convenção sobre os direitos do homem e a biomedicina, firmada em Oviedo (Asturias) em abril de 1997: “Artigo 1.º - Objecto e finalidade - As Partes na presente Convenção protegem o ser humano na sua dignidade e na sua identidade e garantem a

O Brasil aderiu à Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969, que foi promulgada pelo Decreto 678, de 06 de novembro de 1992, e estabelece em seu art. 4.1: “Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”. Destaque-se que nos termos do artigo 1.2, 2, do Pacto de São José da Costa Rica, para os efeitos da Convenção, pessoa é todo ser humano.

O disposto no art. 4.1 acima é invocado pelos que condenam a técnica de fertilização *in vitro* (FIV), salvo haja transferência a fresco do embrião assim gerado, para que não haja criopreservação ou outra utilização que não seja para reprodução. Nessa linha, as pesquisas com embriões humanos são inadmissíveis, entendimento que resultou na grande polêmica sobre a inconstitucionalidade do art. 5º, da Lei 11.105/2005, rejeitada pelo STF ao julgar a ADI 3.510, como antes mencionado.

Mantem-se, contudo, o debate quanto a haver (ou não) violação à vida na FIV, em violação ao art. 4.1 acima transcrito, de acordo com o qual o direito à vida “deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção”. Sobre esta questão já houve manifestação em 2012 da Corte Interamericana de Direitos Humanos, assim resumida:

A fertilização *in vitro* não viola o direito à vida, previsto no art. 4.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos

264. A Corte utilizou os diversos métodos de interpretação, os quais levaram a resultados coincidentes no sentido de que o embrião não pode ser entendido como pessoa para efeitos do art. 4.1 da Convenção Americana. Além disso, depois de uma análise das bases científicas disponíveis, a Corte concluiu que a “concepção”, no sentido do art. 4.1, ocorre a partir do momento em que o embrião se implanta no útero, razão pela qual antes desse evento não procederia a aplicação do art. 4 da Convenção. Além disso, é possível concluir das palavras “em geral” que a proteção do direito à vida em conformidade com essa disposição não é absoluta, mas é gradual e incremental segundo seu desenvolvimento,

toda a pessoa, sem discriminação, o respeito pela sua integridade e pelos seus outros direitos e liberdades fundamentais face às aplicações da biologia e da medicina”. Disponível: https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/convencao_protecao_dh_biomedicina.pdf. Acesso em 20 abr. 2023.

⁵² “Artigo 18.º - Pesquisa em embriões in vitro - 1 - Quando a pesquisa em embriões in vitro é admitida por lei, esta garantirá uma protecção adequada do embrião. 2 - A criação de embriões humanos com fins de investigação é proibida”.

em razão de que não constitui um dever absoluto e incondicional, mas implica entender a procedência de exceções à regra.⁵³

O STF já havia, porém, se posicionado em 2008 sobre o contido no art. 4.1, do Pacto de São José da Costa Rica, no que tange à violação do direito à vida, por ocasião do julgamento da ADI 3.510, acima citada, impondo-se a transcrição do resumo na parte atinente ao tema aqui tratado:

A pesquisa com células-tronco embrionárias para fins terapêuticos não viola o direito à vida nem a dignidade da pessoa humana

No plano puramente jurídico-positivo, há fortes razões para adotar-se a tese de que a vida tem início a partir da concepção. Dentre outras, porque a Convenção Americana de Direitos Humanos, o denominado Pacto de San José da Costa Rica, aprovado em 22 de novembro de 1969, e ratificado pelo Brasil em 25 de setembro de 2002, ingressou no ordenamento legal pátrio não como simples lei ordinária, mas como regra de caráter supralegal ou, até mesmo, como norma dotada de dignidade constitucional, segundo recente entendimento expressado por magistrados desta Suprema Corte.[...] A se levar às últimas consequências tal raciocínio, qual seja, o da prevalência dos tratados internacionais de direitos humanos sobre as leis ordinárias, não há como deixar de concluir, *concessa venia*, que a vida, do ponto de vista estritamente vista legal, começa na concepção, ou seja, a partir do encontro do espermatozoide com o óvulo. Isso porque o art. 4, 1, da Convenção Americana de Direitos Humanos, sem cuidar da implantação ou não do ócito fecundado em um útero humano – até porque à época de sua aprovação não se cogitava, ainda, da técnica da fertilização extra-corpórea –, estabelece, *tout court*, o seguinte: “Toda a pessoa tem direito que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde a concepção” [...]. Ainda que se queira relativizar a força desse comando em face da expressão “em geral” nele abrigada, tal locução não afasta a ideia de que, para os efeitos legais, a vida começa na concepção, iniciada quer *in utero*, quer *in vitro*, podendo a lei do Estado signatário da Convenção deixar,

⁵³ Corte Interamericana de Derechos Humanos (IDH). *Caso Caso Artavia Murillo e Outros (“Fecundação In Vitro”) VS. Costa Rica*. Sentença (Exceções preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas). San José, 28 de novembro de 2012. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_por.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2023.

eventualmente, de protegê-la, em situações excepcionais, caso outros valores estejam em jogo. [...] Daí segue-se, a meu ver, que esse conceito jurídico, abrigado em um tratado internacional de direitos humanos, regulamente subscrito e ratificado pelo País, a saber, não é abalado, *data venia*, pelo raciocínio arrimado, fundamentalmente, no Código Civil, segundo o qual a legislação pátria somente ampararia o nascituro, isto é, o ser aninhado no útero materno, garantindo-lhe a proteção do Estado, antes mesmo do nascimento.⁵⁴

Os autorizados entendimentos acima transcritos deixam patente que a proteção do embrião humano não implantado, isto é, que não se encontre em gestação, é impositiva, qualquer que seja o conceito adotado, sob pena de afronta ao princípio constitucional fundante da dignidade humana.

A despeito da proteção constitucional existente, de há muito é reclamada regulamentação infraconstitucional da matéria, para não apenas evitar disposições contrárias aos mandamentos constitucionais, éticos e bioéticos, a exemplo da Resolução do CFM 2.294/2021, em boa hora revogada, como também atender os altos interesses sociais e médico-científicos que podem ser alcançados através dos embriões criopreservados.

Vale sublinhar que se encontra em tramitação, desde 2007, o Projeto de Lei 478/2007, ao qual se encontram apensados vinte e cinco outros Projetos de Lei, que dispõe sobre o chamado Estatuto do Nascituro⁵⁵. A matéria ali tratada é complexa e exige detida análise que escapa, todavia, dos limites do presente trabalho.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, o embrião humano criado em laboratório e ainda não implantado no útero feminino para gestação merece uma proteção própria e condizente com o estado de potencialidade e viabilidade que se encontra. À luz do ordenamento jurídico brasileiro, é possível sua utilização para fins de pesquisa ou terapia, mas desde que observadas as exigências constantes no art. 5º da Lei 11.105/2005. Além dos fundamentos jurídicos invocados pelo STF para reconhecer a constitucionalidade desse dispositivo legal, razões de ordem ética e bioética autorizam essa destinação, que atende os interesses das pessoas

⁵⁴ STF, ADI 3.510, Rel. Min. Ayres Britto, voto do Min. Ricardo Lewandowski, julg. 29 maio 2008, publ. 28 maio 2010.

⁵⁵ Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=345103>. Acesso em 25 abr. 2023.

que necessitam de terapias inovadoras para tratamento de sua saúde. Na ponderação entre esses interesses de, em última análise, manutenção da vida de pessoas já nascidas e de proteção do embrião humano crioconservado, na verdade, uma vida ainda potencial, com possibilidade de não se verificar, inclinaram-se os legisladores e os julgadores pela proteção da vida já em curso. Cuida-se de proteção da vida em sua dimensão biográfica, e não apenas biológica.

Efetivamente, não parece razoável que se dê igual proteção jurídica a situações que são, de fato, distintas: no caso do nascituro, quer concebido pelo contato sexual, quer em laboratório, há gestação e uma probabilidade concreta de nascimento a termo previsível; no caso do embrião crioconservado, não há gestação, nem qualquer previsão de transferência para tentativa de gestação e, por conseguinte, nascimento. O que há é uma expectativa, uma possibilidade de nascimento em tempo indefinido.

A utilização de embriões humanos criopreservados para fim diverso da reprodução humana somente deve ser admitida em caráter excepcional e com sólido suporte ético, bioético e jurídico, a exemplo das pesquisas com células-tronco embrionárias. A proteção constitucional que lhe é devida torna-se efetiva na destinação que lhe é dada. Vedada deve ser qualquer previsão que atente contra a dignidade humana, como a comercialização, a negociação ou transferência de sua “titularidade” a qualquer título, sob pena de reificação do embrião criopreservado. Na hipótese de entrega do embrião excedentário a outras pessoas para realização de seu projeto parental, em lugar da doação, própria para coisas, seria mais adequada sua “adoção”, à evidência sob modalidade especial, em razão de ser instituto jurídico previsto para pessoas humanas.⁵⁶

Urge que se estabeleça uma normativa apta à proteção dos embriões humanos excedentários, mormente quando já se apresenta um embrião “humano” sintético criado em laboratório, o que descortina questões de perplexidade ainda desconhecidas.

Setembro 2023.

⁵⁶ Em razão dos estreitos limites do presente trabalho, não se discute nesta oportunidade a chamada adoção de nascituro, prevista no art. 372 do revogado Código Civil de 1916, bem como a possibilidade entrega pelas gestantes de seus filhos para adoção, atualmente disposta no art. 8º, § 5º e art. 13, § 1º da Lei 8.069/1990 (ECA).