

## DIREITO MÉDICO E DA SAÚDE

© Almedina, 2024

COORDENADORAS: Hildeliza Boechat Cabral, Alinne Arquette e Raquel Veggi Moreira

DIRETOR ALMEDINA BRASIL: Rodrigo Mentz

EDITORA-CHEFE: Manuella Santos de Castro

EDITOR PLENO: Aurélio Cesar Nogueira

PRODUTORA EDITORIAL: Erika Alonso

ASSISTENTES EDITORIAIS: Laura roberti, Tacila da Silva Souza e Patícia Romero

DIAGRAMAÇÃO: Almedina

DESIGN DE CAPA: FBA

ISBN: 9788584937011

Abril, 2024

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)  
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Direito médico e da saúde / coordenação Hildeliza Boechat Cabral,  
Alinne Arquette, Raquel Veggi Moreira.  
São Paulo : Almedina, 2024.

ISBN 978-85-8493-701-1

1. Direito médico
  2. Proteção de dados – Leis e legislação
  3. Reprodução humana assistida – Leis e legislação
  4. Responsabilidade civil
  5. Saúde – Aspectos éticos e morais
- I. Cabral, Hildeliza Boechat. II. Arquette, Alinne.  
III. Moreira, Raquel Veggi.

24-196716

CDU-34:351.77(81)

Índices para catálogo sistemático:

1. Brasil : Saúde : Direito 34:351.77(81)

Eliane de Freitas Leite – Bibliotecária – CRB 8/8415

Este livro segue as regras do novo Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa (1990).

Todos os direitos reservados. Nenhuma parte deste livro, protegido por copyright, pode ser reproduzida, armazenada ou transmitida de alguma forma ou por algum meio, seja eletrônico ou mecânico, inclusive fotocópia, gravação ou qualquer sistema de armazenagem de informações, sem a permissão expressa e por escrito da editora.

EDITORA: Almedina Brasil

Rua José Maria Lisboa, 860, Conj. 131 e 132, Jardim Paulista | 01423-001 São Paulo | Brasil

www.almedina.com.br

## SOBRE AS COORDENADORAS

### Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat Cabral

Doutora em Cognição e Linguagem pela UENF. Mestre em Cognição e Linguagem pela UENF. Estágio Pós-doutoral em Direito Civil e Processual Civil pela UFES. Pós-graduação em Direito Privado pela UGF, em Direito Público pela UNIG e em Educação pela Fafita. Possui obras autorais publicadas, dentre as quais se destacam sobre Mistanásia (2023) e Consentimento informado no exercício da medicina (2018). Docente dos cursos de Direito e de Medicina, UNIG (Itaperuna). Pesquisadora. Extensionista. Orientadora de Projetos de Iniciação Científica. Advogada.

### Alinne Arquette Leite Novais

Doutoranda em Cognição e Linguagem na Universidade Estadual do Norte Fluminense Darcy Ribeiro (UENF), com doutorado sanduíche na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Especialista em Gestão Judiciária pela Universidade de Brasília (UnB). Graduada em Direito pela Universidade Federal de Viçosa (UFV). Juíza de Direito Titular da 4ª Vara Cível da Comarca de Muriaé – MG (TJMG) – Juíza Coordenadora do Núcleo Regional da Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes em Muriaé (EJEF-TJMG). Membro do Brasilcon, IBERC e Gpbidh.

- PERSONAL Information and Electronic Documents Act. Disponível em: Lei de Proteção de Informações Pessoais e Documentos Eletrônicos (justice.gc.ca). Acesso em: 8 jul. 2023.
- RUARO, Regina Linden. Direito fundamental à liberdade de pesquisa genética e à proteção de dados pessoais: os princípios da prevenção e da precaução como garantia do direito à vida privada. *Revista do Direito Público*, Londrina, v. 10, n. 2, p. 9-38, maio/ago. 2015.
- SHEN, N. *et al.* Foundations for Meaningful Consent. Canada's Digital Health Ecosystem: Retrospective Study. *JMIR Med Inform*, mar. v. 31, n. 10, ano, 3, 2022. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC9015739/>. Acesso em: 10 jul. 2023.
- SOARES, Flaviana Rampazzo. **Consentimento do paciente no direito médico: validade, interpretação e responsabilidade.** Indaiatuba: Foco, 2020.
- STURMAN, Edward D. The capacity to consent to treatment and research: a review of standardized assessment tools. *Clinical Psychology Review*, v. 25, issue 7, p. 954-974, nov. 2005.

## 19. PROTEÇÃO DO EMBRIÃO HUMANO À LUZ DA LEGALIDADE CONSTITUCIONAL: IMPORTÂNCIA ÉTICO-JURÍDICA DA SUA DESTINAÇÃO<sup>1</sup>

HELOISA HELENA BARBOZA

VITOR ALMEIDA

### Introdução

Em 25 de julho de 1978, o nascimento de Louise Brown assombrou o mundo: apresentava-se para o grande público o primeiro “bebê de proveta”, 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 infertilidade<sup>2</sup>. 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

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

<sup>2</sup> 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.

médio de filhos que uma mulher tem durante a sua vida)”<sup>3</sup>. 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”<sup>4</sup>. 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<sup>5</sup>.

Diante desses dados é possível 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”<sup>6</sup>.

Algumas das citadas situações já foram objeto de pronunciamento do legislador, de que são exemplo a clonagem humana terapêutica e a reprodutiva que são proibidas e criminalizadas no Brasil<sup>7</sup>. Igualmente

<sup>3</sup> SOUZA, Maria do Carmo Borge de; MOURA, Marisa Decat de; GRZYNSZPAN, Daniele (Orgs.). **Vivências em tempo de reprodução assistida: o dito e o não-dito**. Rio de Janeiro: Revinter, 2008, p. 1.

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 1.

<sup>5</sup> OMS. *Op. Cit.*

<sup>6</sup> MOURA, Marisa Decat de; SOUZA, Mária do Carmo Borges de; SCHEFFER, Bruno Brum. Reprodução assistida: um pouco de história. **Revista 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](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-08582009000200004&lng=pt&nrm=iso). Acesso em: 09 jul. 2023.

<sup>7</sup> Lei 11.105, de 24/03/2006, arts. 6º, IV, e 26. V., a respeito do assunto, cf. 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.

está proibida no Brasil a engenharia genética em célula germinal humana, zigoto humano e embrião humano, o que impede a realização da denominada edição genética<sup>8</sup>. 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<sup>9</sup>.

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”<sup>10</sup>. Contemporaneamente tais inovações podem melhor ser qualificadas como biotecnocientíficas<sup>11</sup>, 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 Internacional para Pesquisa de

<sup>8</sup> 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.

<sup>9</sup> Lei 11.105, de 24/03/2006, art. 5º. cf. ALMEIDA, Vitor. **Tutela extrapatrimonial do nascituro e danos pré-natais**. No prelo.

<sup>10</sup> AMARAL, Francisco. Por um estatuto jurídico da vida humana. A construção do biodireito. **Revista ABLJ**, n. 12, p. 109-120, 1997, p. 111.

<sup>11</sup> “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. **Saúde Debate**, Rio de Janeiro, v. 43, n. especial 7, p. 152-164, dez., 2019. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/sdeb/a/JFJN-xZjNQCMpbhtsRsQFRsz/?lang=pt#>. Acesso em: 25 jun. 2023.

Células-Tronco nos Estados Unidos<sup>12</sup>. A matéria de todo instigante escapa, porém, dos estreitos limites do presente trabalho.<sup>13</sup>

Não obstante haja a permissão para pesquisa com células-tronco dos embriões humanos excedentários, matéria que suscitou acirrado debate na sociedade<sup>14</sup>, 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 fertilização *in vitro* (FIV)<sup>15</sup>. As referidas disposições legais são, com o devido respeito ao legislador, incipientes, visto que pecam na conceituação<sup>16</sup> 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.<sup>17</sup>

<sup>12</sup> Ver sobre o assunto: O GLOBO. Cientistas criam primeiro embrião sintético humano em laboratório do mundo, entenda. Rio de Janeiro. 15/06/2023. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/saude/ciencia/noticia/2023/06/cientistas-criam-lo-embriao-sintetico-humano-do-mundo-entenda.ghtml>. Acesso em: 20 jun. 2023.

<sup>13</sup> 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.

<sup>14</sup> 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.

<sup>15</sup> 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: Foco, 2022, p. 43-66.

<sup>16</sup> 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. JORNADA de Direito Civil. Organização Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. Brasília: CJF, 2007.

<sup>17</sup> 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,

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 suprindo o silêncio e a morosidade do Congresso Nacional, onde dormitam cerca de duas dezenas de projetos de lei há cerca de três décadas<sup>18</sup>.

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.

### 1. Tutela jurídica dos embriões humanos: distinções necessárias

Não há dúvida de que uma das questões mais tormentosas que integram o temário do Biodireito<sup>19</sup> e da Bioética<sup>20</sup> diz respeito à proteção jurídica

Christiano (Org.). **10 anos de vigência do Código Civil Brasileiro de 2002**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 92-110.

<sup>18</sup> Tramitam na Câmara dos Deputados, atualmente, 21 projetos de lei destinados a regulamentar as técnicas de reprodução assistida, pensados ao PL 1.184/2003. Disponível em: <http://www.camara.gov.br>. Acesso em: 21 abr. 2021.

<sup>19</sup> 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, *Op. Cit.*, 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. **Revista Trimestral de Direito Civil**, n. 3, Rio de Janeiro: Padma, 2000, p. 64.

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 internacional<sup>21</sup>, 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 gerado”<sup>22</sup>. 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<sup>23</sup>.

Nessa linha, convém distinguir os *nascituros* dos *concepturos*. Isso porque, estes, “não existem, são simples esperanças ou expectativas”<sup>24</sup>. O que na verdade existe, segundo Pedro Pais de Vasconcelos, é a possibilidade de um dia vir a ser gerado<sup>25</sup>. Esta é a hipótese do art. 1.799, I, do Código

<sup>20</sup> 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, *Op. Cit.*, p. 111.

<sup>21</sup> Cf., por todos, MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. *A vida humana embrionária e sua proteção jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, *passim*.

<sup>22</sup> VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria Geral do Direito Civil*. 6. ed., Coimbra: Almedina, 2010, p. 72.

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 72-73.

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 73.

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 72.

Civil<sup>26</sup>. A técnica de fertilização 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. 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 mulher<sup>27</sup>. 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

<sup>26</sup> 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”.

<sup>27</sup> CFM, Resolução 2.320/2022, item I, 7.

das quais aguardam solução. A concepção em laboratório, através da técnica de fertilização 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 crioconservação. Esses embriões excedentários podem permanecer indefinidamente congelados, especialmente quando a tentativa inicial de implantação resulta em gravidez.

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 nascimento<sup>28</sup>. Os embriões concebidos em laboratório poderão, como indicado, restar congelados 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 próprio<sup>29</sup>, o qual se refere à fertilização do óvulo (ovócito) pelo espermatozoide; *concebido* é o que foi gerado, fecundado<sup>30</sup>. Como acima destacado,

<sup>28</sup> 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.

<sup>29</sup> 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*. 7. ed., Trad. de Adriana Paulino do Nascimento et al. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 1-3.

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

*nascituro*<sup>31</sup> 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 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<sup>32</sup>.

O problema está em qualificar como *nascituros* os embriões já concebidos que não se encontram em gestação (e que poderão nunca entrar 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 à 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 frutos 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<sup>33</sup>.

<sup>31</sup> 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: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=345103>. Acesso em 25 abr. 2023.

<sup>32</sup> 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.

<sup>33</sup> Ver sobre o assunto BARBOZA, Heloisa Helena. Situação sucessória do embrião e do nascituro no Código Civil de 2002. Prelo.

No que tange à breve análise com pretensão semântica aqui proposta, constata-se que o termo *concebidos* está correto quando se refere a 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.

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. 1.798<sup>34</sup>, a distinção entre os já concebidos e os não concebidos, nos moldes do art. 2º; 1.799<sup>35</sup>, 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<sup>36</sup>.

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.

<sup>34</sup> “Art. 1.798. Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”. BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: Art. 1799 do Código Civil – Lei 10406/02 | Jusbrasil. Acesso em: 20 jul. 2023.

<sup>35</sup> 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”. BRASIL (20002). *Op. Cit.*

<sup>36</sup> Permita-se remeter a ALMEIDA. *Op.Cit.*

### 3. Disposições do Conselho Federal de Medicina (CFM) sobre os embriões humanos excedentários

O 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 Brasil<sup>37</sup>. 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 para a utilização de técnicas de reprodução assistida<sup>38</sup>.

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 63/2017 do Conselho Nacional de Justiça - CNJ, que trata, entre outros temas, do “registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida”<sup>39</sup>.

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 decorrentes das técnicas de reprodução assistida. Vale citar como exemplo

<sup>37</sup> Ver BRASIL. Lei 3.268, de 30 de setembro de 1957. Dispõe sobre os Conselhos de Medicina, e dá outras providências. Disponível em: L3268 (planalto.gov.br). Acesso em: 22 jul. 2023.

<sup>38</sup> 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).

<sup>39</sup> BRASIL. CNJ. Provimento 63/2017 do Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2525>. Acesso em: 22 jul. 2023.

dessas possibilidades: o diagnóstico genético pré-implantacional de embriões, o compartilhamento de gametas, a crioconservação, 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 do índice de 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<sup>40</sup>.

<sup>40</sup> 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-medicamente”. 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

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 modificações<sup>41</sup>. 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 (STF).

No que respeita ao destino dos embriões criopreservados, houve entre a Resolução 2.294/2021 (revogada) e a 2.320/2022, ora vigente, importantes 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<sup>42-43</sup>.

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.

<sup>41</sup> 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. *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. *Biolaw Journal: Rivista di Biodiritto*, v. 1, p. 467-483, 2023. Acesso em: 15 jul. 2023.

<sup>42</sup> 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. *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.

<sup>43</sup> 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

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 dado 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<sup>44</sup>.

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 embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por FIV e não utilizados para implantação<sup>45</sup>. Como destacou na ocasião o

(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>. Acesso em: em 16 jul. 2023.

<sup>44</sup> “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”. CFM. Conselho Federal de Medicina. **Resolução nº 2.320/2022**. Brasília DF. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br>. Acesso em 20 jul. 2023.

<sup>45</sup> 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).

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 bioética<sup>46</sup>, não comportadas nos limites do presente trabalho, bem como jurídicas<sup>47</sup>, 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”<sup>48</sup>, e segundo a qual a pesquisa em

<sup>46</sup> 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.

<sup>47</sup> Permita-se remeter a BARBOZA, Heloisa Helena. Proteção jurídica do embrião humano. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Orgs.). **Biociência e suas implicações ético-jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 248-270.

<sup>48</sup> Convenção para a proteção dos direitos do homem e da dignidade do ser humano em face das 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 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”. PORTUGAL. **Ministério Público de Portugal**. Convenção para a

embriões “*in vitro*” pode ser admitida por lei que garanta uma proteção adequada do embrião<sup>49</sup>.

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 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.

Mantém-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

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. 1997. Disponível em: [https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/convencao\\_protecao\\_dh\\_biomedicina.pdf](https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/convencao_protecao_dh_biomedicina.pdf). Acesso em: 20 abr. 2023.

<sup>49</sup> “Artigo 18.º – Pesquisa em embriões *in vitro* – 1 – Quando a pesquisa em embriões *in vitro* é admitida por lei, esta garantirá uma proteção adequada do embrião. 2 – A criação de embriões humanos com fins de investigação é proibida” (PORTUGAL, *Op. Cit.*).

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, em razão de que não constitui um dever absoluto e incondicional, mas implica entender a procedência de exceções à regra<sup>50</sup>.

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 citado, 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,

<sup>50</sup> CORTE Interamericana de Direitos 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](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_por.pdf). Acesso em: 25 jun. 2023.

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, 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, regulamentado 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<sup>51</sup>.

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.

### Conclusões

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,

<sup>51</sup> STF. Supremo Tribunal Federal. ADI 3.510, Rel. Min. Ayres Britto, voto do Min. Ricardo Lewandowski, julg. 29 maio 2008, publ. 28 maio 2010.

razões de ordem ética e bioética autorizam essa destinação, que atende os interesses das pessoas 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 criopreservado, 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 criopreservado, 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<sup>52</sup>.

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.

<sup>52</sup> 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 de entrega pelas gestantes de seus filhos para adoção, atualmente disposta no art. 8º, § 5º e art. 13, § 1º da Lei 8.069/1990 (ECA).

## Referências

- 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).
- ALMEIDA, Vitor. **Tutela extrapatrimonial do nascituro e danos pré-natais**. No prelo.
- AMARAL, Francisco. Por um estatuto jurídico da vida humana. A construção do biodireito. *Revista ABLJ*, n. 12, p. 109-120, 1997.
- 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: Foco, 2022.
- 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.
- 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.
- 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.
- 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.
- 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.
- BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: Art. 1799 do Código Civil – Lei 10406/02 | Jusbrasil. Acesso em: 20 jul. 2023.
- BRASIL. Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005. **Lei de Biossegurança**. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2021/2294>. Acesso em: em 16 jul. 2023.
- BRASIL. Lei 3.268, de 30 de setembro de 1957. Dispõe sobre os Conselhos de Medicina, e dá outras providências. Disponível em: L3268 (planalto.gov.br). Acesso em: 22 jul. 2023.
- CFM. Conselho Federal de Medicina. **Resolução nº 2.320/2022**. Brasília DF. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br>. Acesso em 20 jul. 2023.
- CORTE Interamericana de Direitos Humanos (IDH). Caso Caso Artavia Murillo e Outros (“Fecundação In Vitro”) VS. Costa Rica. Sentença (Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custas). San José, 28 de novembro de 2012. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_257\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_por.pdf). Acesso em: 25 jun. 2023.
- 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.
- DEVOLDER, K. Preimplantation HLA typing: having children to save our loved ones. *Journal of Medical Ethics*, 2005, 31:582–586.
- JORNADA de Direito Civil. Organização Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. Brasília: CJF, 2007.
- LEITE, Tatiana Henriques. Análise crítica sobre a evolução das normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida no Brasil. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 24, n. 3, p. 917-928, mar., 2019. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csc/a/MFFT6sywhctKRqCp8c5fNWw/#>. Acesso em: 20 jun. 2023.
- MARTINS-COSTA, Judith. Bioética e dignidade da pessoa humana: rumo à construção de um biodireito. *Revista Trimestral de Direito Civil*, n. 3, Rio de Janeiro: Padma, 2000.
- MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. **A vida humana embrionária e sua proteção jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- MOURA, Marisa Decat de; SOUZA, Maria do Carmo Borges de; SCHEFFER, Bruno Brum. Reprodução assistida: um pouco de história. *Revista 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&nr=iso](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-08582009000200004&lng=pt&nr=iso)>. Acesso em: 09 jul. 2023.
- O GLOBO. Cientistas criam primeiro embrião sintético humano em laboratório do mundo, entenda. Rio de Janeiro. 15/06/2023. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/saude/ciencia/noticia/2023/06/cientistas-criam-1o-embriao-sintetico-humano-do-mundo-entenda.ghtml>. Acesso em: 20 jun. 2023.
- OMS. Organização Mundial da Saúde. **OMS alerta que 1 em cada 6 pessoas é afetada pela infertilidade em todo o mundo**. 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.
- 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. **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.

- PL 1.184/2003. Disponível em: <http://www.camara.gov.br>. Acesso em: 21 abr. 2021.
- PORTUGAL. **Ministério Público de Portugal**. Convenção para a protecção 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, 1997. Disponível em: [https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/convencao\\_protecao\\_dh\\_biomedicina.pdf](https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/convencao_protecao_dh_biomedicina.pdf). Acesso em: 20 abr. 2023.
- SCHRAMM, Fermin Roland. Saúde pública: biotecnociência, biopolítica e bioética. **Saúde Debate**, Rio de Janeiro, v. 43, n. especial 7, p. 152-164, dez., 2019. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/sdeb/a/JFJNxZjNQCMpbhTsRsQFRsz/?lang=pt#>. Acesso em: 25 jun. 2023.
- 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. **Biolaw Journal: Rivista di Biodiritto**, v. 1, p. 467-483, 2023. Acesso em: 15 jul. 2023.
- SHELDON, S., WILKINSON, S. Should selecting saviour siblings be banned? **Journal of Medical Ethics**, 2004.
- SOUZA, Maria do Carmo Borge de; MOURA, Marisa Decat de; GRZYNSZPAN, Daniele (Orgs.). **Vivências em tempo de reprodução assistida: o dito e o não-dito**. Rio de Janeiro: Revinter, 2008.
- STF. Supremo Tribunal Federal. ADI 3.510, Rel. Min. Ayres Britto, voto do Min. Ricardo Lewandowski, julg. 29 maio 2008, publ. 28 maio 2010.
- VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Teoria Geral do Direito Civil**. 6. ed., Coimbra: Almedina, 2010.

## 20. A TELESSAÚDE NO BRASIL: ÓBICES ESTRUTURAIS QUE IMPEDEM À EFETIVAÇÃO DA LEI N. 14.510/2022

MOYANA MARIANO ROBLES-LESSA

CARLOS JOSÉ DE CASTRO COSTA

HILDELIZA LACERDA TINOCO BOECHAT CABRAL

“A verdadeira arte de cuidar é uma forma de amor, que se revela em pequenos detalhes, em pequenos gestos, em pequenas palavras. É um ato de presença, de escuta, de compreensão. É um ato de paciência e compaixão, que nos permite entrar no mundo do outro e compartilhar sua dor. É um ato de humanidade, que nos lembra de que todos somos iguais e merecemos ser tratados com bondade e respeito.”

(Rachel Naomi Remen)

### Considerações iniciais

Em 27 de dezembro de 2022, foi sancionada a Lei nº 14.510<sup>1</sup> – conhecida como Lei da Telessaúde, justamente por autorizar e regularizar a prática da telessaúde no Brasil. A referida lei é oriunda do Projeto de Lei nº 1.998, apresentado em 17 de abril de 2020 – momento em que o

<sup>1</sup> BRASIL. **Lei nº 14.510, de 27 de dezembro de 2022**. Altera a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para autorizar e disciplinar a prática da telessaúde em todo território nacional, e a Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015; e revoga a Lei nº 13.989, de 15 de abril de 2020. Brasília: Diário Oficial da União, 2022. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2022/lei/L14510.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/lei/L14510.htm). Acesso em: 28 abr. 2023.