

**CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA
FACULDADE DE DIREITO DE CURITIBA**

WALTER DE ALMEIDA JACOPETI NETO

**EMBRIÕES HUMANOS CRIOCONSERVADOS: DESDOBRAMENTOS JURÍDICOS
DA REPRODUÇÃO *IN VITRO* E A QUALIFICAÇÃO DO EMBRIÃO
EXCEDENTÁRIO**

CURITIBA

2018

WALTER DE ALMEIDA JACOPETI NETO

**EMBRIÕES HUMANOS CRIOCONSERVADOS: DESDOBRAMENTOS JURÍDICOS
DA REPRODUÇÃO *IN VITRO* E A QUALIFICAÇÃO DO EMBRIÃO
EXCEDENTÁRIO**

**Monografia apresentada como requisito parcial à
obtenção do grau de Bacharel em Direito, do
Centro Universitário Curitiba.**

**Orientadora: Profa^a MSc. Camila Gil Marquez
Bresolin**

CURITIBA

2018

WALTER DE ALMEIDA JACOPETI NETO

**EMBRIÕES HUMANOS CRIOCONSERVADOS: DESDOBRAMENTOS JURÍDICOS
DA REPRODUÇÃO *IN VITRO* E A QUALIFICAÇÃO DO EMBRIÃO
EXCEDENTÁRIO**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em
Direito do Centro Universitário Curitiba, pela Banca Examinadora formada pelos
professores:

Prof^a MSc. Camila Gil Marquez Bresolin
Orientadora

Prof. Membro da Banca

Curitiba, de de 2018

RESUMO

O presente trabalho, descrevendo e analisando um dos mais populares métodos de reprodução humana assistida da atualidade (fertilização *in vitro*), bem como pesquisando acerca das principais correntes doutrinárias nacionais que buscam estabelecer o momento inicial da vida humana, visa demonstrar e analisar os desdobramentos jurídicos relativos ao embrião excedentário e procedimento de reprodução assistida *in vitro*, notadamente no que se refere: aos beneficiários da referida técnica; a possibilidade de realização do procedimento de natureza heteróloga; impugnabilidade da paternidade de criança havida pelo método assistido; admissibilidade da maternidade de substituição; e possíveis destinações do embrião excedentário. Tal investigação se dará através de análise da legislação e doutrina nacional e do Direito Comparado, tendo com objeto, neste ponto, as legislações da Espanha, Alemanha, Portugal e Argentina. Ainda, pretende-se investigar se há, no ordenamento jurídico brasileiro, classificação na qual se encaixe, com perfeição, a figura do embrião excedentário, bem como verificar se existe necessidade de modificação e/ou adaptação legal com o objetivo de proteger os interesses dos referidos embriões.

Palavras-chave: Reprodução humana assistida. Fertilização *in vitro*. Embriões excedentários. Natureza e classificação jurídica. Direito comparado.

ABSTRACT

The present study, describing and analyzing the main actual assisted human reproduction method (*in vitro* fertilization), as well as searching about the main national doctrines that seek to establish the very moment of human life appearance, aims to demonstrate and analyze the juridical implicances of the *in vitro* human reproduction methods, notably regarding at: the referred technic beneficiaries; realization possibility of homolog procedures; paternity impugnation of the child born by the method; legal admissibility of the replacement maternity; and possible destinations of the surplus embryo. This investigation will be carried out through an investigation of national legislation and doctrine, as well as comparative law, analyzing the Spanish, German, Portuguese and Argentine legislation. Still, it is intended to investigate if there is, in Brazilian law, classification in which the figure of the surplus embryo fits perfectly, as well as verify if there is need to modify and/or adapt the law, with the objective of defend the interests of surplus embryos.

Keywords: Human assisted reproduction. *In vitro* fertilization. Surplus embryos. Nature and juridical classification. Comparative law.

SÚMARIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 A FIGURA DOS EMBRIÕES EXCEDENTÁRIOS E SUA QUALIFICAÇÃO JURÍDICA	9
2.1 AS PRINCIPAIS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA DA ATUALIDADE.....	9
2.1.1 A Inseminação Artificial (I.A.)	10
2.1.2 A Fertilização <i>In Vitro</i> (F.I.V)	11
2.2 A DISCUSSÃO ACERCA DO INÍCIO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO BRASIL	13
2.2.1 Doutrina Natalista.....	14
2.2.2 Doutrina Da Personalidade Condicional.....	15
2.2.3 Doutrina Concepcionista	16
2.3 A NATUREZA JURÍDICA DOS EMBRIÕES HUMANOS CRIOCONSERVADOS	17
3 REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E O DIREITO COMPARADO	22
3.1 DA ELEIÇÃO DAS ORDENAÇÕES OBJETO DESTE ESTUDO	24
3.2 DA ELEIÇÃO DAS PROBLEMÁTICAS ENFRENTADAS POR ESTE ESTUDO	26
3.2.1 Beneficiários das Técnicas de Reprodução Humana Assistida.....	27
3.2.2 Admissibilidade da Fertilização <i>In Vitro</i> Heteróloga	30
3.2.3 Impugnabilidade da Paternidade.....	31
3.2.4 Maternidade de Substituição	35
3.2.5 Destinações do Embrião Excedentário.....	37
4 REPRODUÇÃO ASSISTIDA E EMBRIÕES EXCEDENTÁRIOS NO DIREITO BRASILEIRO	41
4.1 ANÁLISE DIRIGIDA DA LEI Nº 11.105/2005 – LEI DE BIOSSEGURANÇA.....	41
4.2 ANÁLISE DIRIGIDA DO PROJETO DE LEI Nº 115/2015 – ESTATUTO DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA.....	43
4.3 ANÁLISE DIRIGIDA DA RESOLUÇÃO CFM Nº 2.168/2017	47
5 CONCLUSÃO	52
REFERÊNCIAS	55

1 INTRODUÇÃO

Há tempos, os seres humanos vêm desenvolvendo a medicina com o objetivo de contornar eventuais condições que impossibilitem o viver da vida em sua integralidade. Não seria diferente no que se refere à questão reprodutiva, tão importante para a formação da família e, em última análise, para a própria sobrevivência e manutenção da espécie.

Com o objetivo de driblar as eventuais dificuldades impostas pelo destino neste aspecto, surgiram as técnicas de reprodução humana assistida. De formas diferentes, as diversas técnicas existentes são capazes de devolver ou ampliar a capacidade reprodutiva dos sujeitos que dela se socorrem. Alguns dos procedimentos, inclusive, valem-se de recursos nunca antes imaginados. Cita-se, neste caso, a fertilização *in vitro*, capaz de gerar embriões humanos fora do organismo materno.

Apesar da alegria que tal procedimento possa representar para aqueles que nele enxergam a possibilidade de realização do sonho da maternidade/paternidade, faz-se importante a reflexão acerca dos eventuais desdobramentos que dele podem decorrer no âmbito legal. Será este o objetivo do presente estudo: refletir acerca dos desdobramentos jurídicos gerados pelo procedimento de fertilização *in vitro*, bem como analisar a recepção, por nosso ordenamento, de figuras próprias da referida técnica – como os embriões excedentários.

Para que tal objetivo seja alcançado, primeiramente se realizará uma investigação acerca do momento do surgimento da vida humana, para que se possa compreender, então, qual seria a natureza jurídica do embrião crioconservado. De igual maneira, busca-se entender se o ordenamento nacional vigente é suficiente para recepcionar a nova figura gerada pela técnica de reprodução medicamente assistida, ou se existe necessidade de realização de adaptações legais.

Visando angariar subsídios para que se possa compreender o entendimento da comunidade global acerca do assunto, proceder-se-á, também, à investigação dos ordenamentos vigentes na comunidade internacional, elegendo-se como objeto as legislações pertinentes na Espanha, Alemanha, Portugal e Argentina. Devido à extensão do tema, bem como por razões de delimitação da matéria, serão dados panoramas gerais acerca de determinados pontos que, atualmente, são geradores de conflito no direito nacional – notadamente, o que se refere: aos beneficiários dos

procedimentos de reprodução assistida; a possibilidade de realização de fertilização *in vitro* com gametas de doador; a impugnabilidade da paternidade gerada pelo emprego da referida técnica; a admissibilidade jurídica da maternidade de substituição; e as possíveis destinações a serem dadas aos embriões humanos tidos como excedentários.

Se buscará, também, conhecer quais foram os esforços despendidos pelo legislador nacional, quando na tentativa de estabelecer o regramento do tema. Tal diligência será empregada para que se possa, no mínimo, vislumbrar a tendência interpretativa do legislador acerca do assunto.

2 A FIGURA DOS EMBRIÕES EXCEDENTÁRIOS E SUA QUALIFICAÇÃO JURÍDICA

Os seres humanos compartilham uma origem comum. Independente de cor, raça, credo ou qualquer outra característica que, por construção social, tenda a separar pessoas em diferentes grupos, todos foram, um dia, embriões. Em um nível celular, todas as pessoas são frutos da união entre gametas masculino e feminino – frutos da fecundação.

Este encontro entre gametas, porém, nem sempre se dá pelo mesmo modo. Seja através do relacionamento sexual direto – tido pela doutrina contemporânea como “procriação carnal”¹ -, seja através de procedimentos de reprodução humana assistida, fato é que, independente da técnica reprodutiva adotada – assistida ou não -, o resultado almejado será sempre o mesmo: ao final, quer-se obter o embrião.

Considerando, então, que o produto das técnicas de reprodução humana assistida e da procriação carnal são exatamente coincidentes, deve um embrião receber maior ou menor proteção do Estado apenas em função do método pelo qual foi gerado?

Visando responder tal questionamento, deve-se, em um primeiro momento, buscar entender em qual instante inicia-se a proteção aos direitos – ou expectativas de direitos, como se verá – de um determinado indivíduo. Além disso, para que seja possível uma maior compreensão acerca do tema, faz-se igualmente importante o conhecimento a respeito da metodologia médica envolvida na assistência à reprodução humana.

2.1 AS PRINCIPAIS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA DA ATUALIDADE

O Conselho Federal de Medicina – CFM define o papel social a ser cumprido pelas técnicas de reprodução assistida. Tais procedimentos, segundo a Resolução CFM nº 2.168/2017, “*têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de*

¹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A Nova Filiação: o Biodireito e as relações parentais**. São Paulo: Renovar, 2003. p.337.

*reprodução humana, facilitando o processo de procriação”*². Ainda, é expressamente vedada, pelo referido Conselho, a fecundação de ovócitos humanos para fim outro que não a própria reprodução³.

Antes de abordar a relevante questão da qualificação a ser dada aos embriões humanos crioconservados – e sua decorrente proteção -, bem como os desdobramentos jurídicos das técnicas reprodutivas, faz-se necessária uma explicação acerca dos principais métodos de reprodução humana assistida e como surgem os embriões humanos crioconservados.

Para os fins desta investigação, serão considerados como métodos de reprodução assistida a inseminação artificial e a fertilização *in vitro*. Isso porque são estas as técnicas reprodutivas mais utilizadas no cenário nacional por pessoas que buscam contornar eventuais dificuldades naturais e gerar uma nova vida, bem como são reconhecidas pelas legislações a frente estudadas. Acerca da Injeção Intracitoplasmática de Espermatozoide (I.S.C.I.), apesar de citada em separado por certos diplomas legais – à exemplo do Projeto de Lei 115/2015, adiante estudado –, tal procedimento pode ser entendido como uma especificidade da técnica de fertilização *in vitro*, motivo pelo qual não será abordada no desenvolver deste estudo.

2.1.1 A Inseminação Artificial (I.A.)

A Inseminação Artificial (I.A.) consiste em técnica de reprodução assistida onde há a introdução de líquido seminal no organismo feminino, seja na cérvix (I.A. cervical) ou diretamente dentro do útero (I.A. intrauterina).⁴ O líquido seminal recolhido para o procedimento é tratado em laboratório, com o objetivo de selecionar os

² BRASIL. **Resolução CFM nº 2.168, de 21 de setembro de 2018**. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida –sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudam a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos –, tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM nº2.121, publicada no D.O.U. de 24 de setembro de 2015, Seção I, p.117. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>>. Acesso em: 07 out. 2018.

³ BRASIL. **Resolução CFM nº 2.168, de 21 de setembro de 2018**. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>>. Acesso em: 07 out. 2018.

⁴ AMATO, Juliana. Inseminação Artificial: inseminação (intrauterina e cervical) é tratamento para infertilidade. **Fertilidade.org**. 2017. Disponível em: <<https://fertilidade.org/content/inseminação-artificial>>. Acesso em: 01 de abr. de 2018.

espermatozoides mais saudáveis e, dessa forma, aumentar a chance de sucesso do procedimento.

Pela própria natureza do método, os embriões obtidos através desta técnica são formados já no interior do organismo materno. A fecundação, então, ocorrerá dentro do corpo da mãe, ou seja, *in vivo*. Por este motivo, a I.A. não é capaz de gerar embriões excedentários a serem crioconservados, razão pela qual se faz menos relevante para o presente estudo.

2.1.2 A Fertilização *In Vitro* (F.I.V.)

O procedimento de Fertilização *In Vitro* é mais complexo que o de Inseminação Artificial. É esta a técnica capaz de gerar embriões fora do organismo materno, possibilitando o armazenamento laboratorial.

Em um primeiro momento, ocorre a indução da ovulação da paciente pelo uso de medicamentos específicos – procedimento denominado hiperovulação. O uso destes medicamentos, que estimulam os folículos ovarianos, possibilita um aumento expressivo no número de ovócitos coletados por punção folicular⁵, de modo que até seis células podem reunir as condições necessárias para coleta, por ciclo menstrual⁶.

Em seguida, os ovócitos coletados são colocados em meio fluido juntamente com dezenas de milhares de espermatozoides (F.I.V. clássica), ou é realizada a seleção de um único espermatozoide para que se inicie o procedimento de Injeção Intracitoplasmática de Espermatozoide (I.C.S.I.) – injeção de espermatozoide diretamente no ovócito coletado⁷.

Ocorrida a fertilização – que pode se dar horas após a manipulação dos gametas ou até cinco dias depois -, a paciente é novamente chamada ao laboratório para realizar a implantação dos embriões. O Conselho Federal de Medicina delimita o número máximo de embriões que podem ser implantados nessa fase do

⁵ AMATO, Juliana. Fertilização in vitro (FIV/IVF): O que é a fertilização in vitro (FIV)? Em quais situações o método é aplicável? A FIV pode ajudar a engravidar? **Fertilidade.org**. 2017. Disponível em: < <https://fertilidade.org/content/fertilizacao-vitro-fiv-ivf>>. Acesso em: 01 de abr. de 2018.

⁶ MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. **A vida humana embrionária e sua proteção jurídica**. São Paulo: Renovar, 2000. P.18

⁷ FERTILITY MEDICAL GROUP. ICSI – Injeção Intracitoplasmática de espermatozoide. **Fertility Medical Group**. Disponível em:< <http://fertility.com.br/tratamentos/icsi-injecao-intracitoplasmatica-de-espermatozoides//> >. Acesso em: 03 de abr. 2018.

procedimento, de acordo com a idade da paciente, sendo tal número jamais superior a quatro – como oportunamente se verá. A limitação se dá porque a implantação de mais embriões não aumenta a chance de sucesso do procedimento – que gira entre 10% e 30%⁸ -, mas tão somente cria riscos relativos à gravidez múltipla e complicações dela decorrentes. Ainda, embriões com taxa de crescimento e desenvolvimento mais satisfatória serão preferidos aos que demonstrem crescimento considerado insuficiente no momento da implantação.

Do exposto, percebe-se que há casos em que nem todos os embriões obtidos poderão ser implantados, formando a figura dos embriões “excedentes” ou “excedentários”⁹. Chega-se, então, à uma problemática situação, apresentada por Jussara Maria Leal de Meirelles: *“se somente alguns dos embriões disponíveis são transplantados, seja porque os outros não se desenvolveram suficientemente, seja porque não tenham sido transplantados apenas para evitar gravidez múltipla, a esses demais, denominados excedentes, é preciso que se dê algum destino”*¹⁰.

De plano, surgem sugestões de destinos que poderiam ser dados aos referidos embriões. Os juristas preocupam-se em discutir acerca da possibilidade jurídica de simplesmente realizar um descarte. Além desta, também outras destinações podem ser dadas ao embrião excedentário, todas pendentes de análise pelo legislador brasileiro: poderia haver doação à terceiro? Poderia ser destinado à pesquisa científica? Haveria tempo máximo para manutenção da crioconservação embrionária, ou deve-se permitir, nas palavras de Jussara Maria Leal de Meirelles, que seja *“possível manter o embrião vivo indefinidamente, mesmo fora do organismo materno”*¹¹?

Tais questionamentos, apesar da morosidade do legislador e da necessidade urgente de regramento, são objeto dos textos que regram – ou que, eventualmente, regrarão – o tema em âmbito nacional, tenha natureza legal ou não, conforme será demonstrado futuramente na presente investigação.

⁸ MEIRELLES, 2000. P.19.

⁹ Ibid., p. 20.

¹⁰ Ibid., p. 21.

¹¹ Ibid., p. 22.

2.2 A DISCUSSÃO ACERCA DO INÍCIO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO BRASIL

O Direito é ciência humana e, assim o sendo, depende do próprio ser humano para que exista. Não é como a química ou física, existentes independentemente da vontade do homem - que tem o papel apenas de decifrar regras já existentes -, mas sim fruto de construção social.

Natural, então, que na ciência jurídica existam assuntos não pacificados entre os estudiosos, geradores de discussão e, eventualmente, de mais de uma forma de entender o mesmo tema. É justamente o caso da matéria aqui tratada: o momento do surgimento da figura da pessoa humana – e o conseqüente início da personalidade jurídica do ser humano - é objeto de ferrenhas discussões entre os juristas nacionais.

Para Cristiano Chaves de Farias e Nelson Roselvald¹², a pessoa – entendida em sua acepção legal – está intimamente ligada à ideia de personalidade. Explicam os autores que, sob o ponto de vista do Direito como ciência, o estudo da pessoa apenas desperta interesse por ser titular de personalidade jurídica e, dessa forma, de direitos de personalidade. Assim, tem-se, ainda segundo os juristas, que a personalidade jurídica é o alicerce sobre o qual é construída a pessoa, possibilitando, ao menos, uma proteção fundamental.

Ressalva-se, entretanto, que a personalidade não pode ser entendida unicamente como a possibilidade dada à pessoa de titularizar relações jurídicas. Isso porque o ordenamento vigente reconhece a existência dos Entes Despersonalizados (elencados no Artigo 75 do Código de Processo Civil¹³), capazes de titularizar relações jurídicas sem que haja o reconhecimento de personalidade.

Neste esteio, ensinam os referidos autores que:

De maneira mais realista e próxima da influência dos direitos fundamentais constitucionais, é possível (aliás, é necessário) perceber uma nova ideia de personalidade jurídica. Com esteio em avançada visão civil-constitucional, a personalidade jurídica é o atributo reconhecido a uma pessoa (natural ou jurídica) para que possa atuar no plano jurídico (titularizando as mais diversas relações) e reclamar uma proteção jurídica mínima, básica, reconhecida pelos direitos da personalidade. A personalidade jurídica é, assim, muito mais

¹² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. 12. ed. Salvador: JusPODIVM. 2014, p. 164-167.

¹³ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 14 set. 2018.

do que, simplesmente, poder ser sujeito de direitos. Titularizar a personalidade jurídica significa, em concreto, ter uma tutela jurídica especial, consistente em reclamar direitos fundamentais, imprescindíveis ao exercício de uma vida digna¹⁴.

Da análise do exposto extrai-se o motivo pelo qual se faz importante o estudo acerca do surgimento da pessoa, bem como da personalidade jurídica. Resta verificar, no entanto, qual o momento em que se pode, com segurança, entender um ser humano como pessoa, na acepção jurídica do termo.

Atualmente, são três as principais correntes que buscam demarcar o preciso instante em que é possível verificar a existência da pessoa humana: a doutrina natalista; a doutrina da personalidade condicional; e a doutrina verdadeiramente concepcionista¹⁵. Por uma questão de delimitação temática, apenas as três citadas doutrinas, por serem as de maior vulto no cenário jurídico brasileiro contemporâneo, serão abordadas no presente estudo.

2.2.1 Doutrina Natalista

Para Jussara Maria Leal de Meirelles, a linha natalista *“afirma que a personalidade começa a partir do nascimento com vida, o nascituro não é pessoa, embora receba proteção legal; a personalidade, portanto, é subordinada à condição suspensiva ‘nascer com vida’”*¹⁶.

Assim sendo, só poderia ser considerada dotada de personalidade a pessoa que, com êxito, houvesse nascido com vida – independentemente de qualquer outra condição ou da viabilidade da vida que surgiu.

Flávio Tartuce, por sua vez, ensina que *“a teoria natalista nega ao nascituro até mesmo os seus direitos fundamentais, relacionados com a sua personalidade, caso do direito à vida, à investigação de paternidade, aos alimentos, ao nome e até à imagem”*¹⁷.

Aparentemente, como em seguida se verá, teria sido este o modelo eleito pelo legislador quando da positivação do atual Código Civil. Tal posicionamento é fruto de

¹⁴ FARIAS; ROSENVALD, 2014. p. 164-167.

¹⁵ MEIRELLES, 2000. P.52.

¹⁶ MEIRELLES, loc. cit.

¹⁷ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 7. ed. São Paulo: Método. 2003. p. 79.

certo conservadorismo do legislador federal, que optou por repetir o já positivado no Código Civil de 1916, apenas substituindo a palavra “homem” por “pessoa”, adaptando o dispositivo legal à Constituição Federal de 1988¹⁸.

Enquanto que no artigo 4º do Código Civil de 1916¹⁹ se lia “A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro”, passou-se a ler, no artigo 2º do Código Civil de 2002: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro” (grifou-se).

Há de se levar em conta, porém, o enorme avanço da ciência e medicina desde a elaboração do Código Civil de 1916. Àquele tempo, seria muito difícil ao legislador imaginar as técnicas de reprodução humana assistida existentes na atualidade. Natural, então, que a lei da época não fizesse menção à figura dos embriões, fato que não retira, da lei atual, o anacronismo e a lacunosidade que eram, no século passado, inexistentes.

Sendo, então, a personalidade jurídica do ser humano adquirida pelo nascimento com vida, o nascituro, de fato, não poderia ser considerado pessoa. Assim, seriam negados ao nascituro até mesmo seus direitos de personalidade, fato que evidencia a superação desta doutrina.

2.2.2 Doutrina Da Personalidade Condicional

A corrente doutrinária que defende a personalidade condicional do nascituro subordina os direitos do ser que foi concebido, mas ainda não nasceu, a seu nascimento com vida. Dessa forma, defende que o nascituro não tem, de fato, direitos, mas tão somente a expectativa de adquiri-los:

A teoria da personalidade condicional é aquela pela qual a personalidade civil começa com o nascimento com vida, mas os direitos do nascituro estão

¹⁸ TARTUCE, Flávio. A situação jurídica do nascituro: uma página a ser virada no direito brasileiro. **Amazon Web Services**. [200-?] Disponível em: <https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/38902869/A_situacao_juridica_do_nascituro_Flavio_Tartuce.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1536914639&Signature=OCbDyT13WceeiE3rC5R088i7ohw%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DA_situacao_juridica_do_nascituro_Flavio.pdf.>>. Acesso em: 08 set. 2018.

¹⁹ BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1910-1919/lei-3071-1-janeiro-1916-397989-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 15 set. 2018.

sujeitos a uma condição suspensiva, ou seja, são direitos eventuais. (...) No caso, a condição é justamente o nascimento daquele que foi concebido²⁰.

Para parte dos estudiosos do Direito, esta corrente doutrinária defende que o nascituro, em si, não é dotado de personalidade. Seria o nascimento com vida o fato gerador da personalidade da pessoa. A partir do nascimento com vida, então, a existência da personalidade retroagiria até o momento da concepção. Assim, o nascituro somente será considerado pessoa caso venha a nascer com vida, tendo a aquisição de seus direitos vinculada a uma condição resolutiva – o seu próprio nascimento²¹.

Vale ressaltar que todos os problemas que assolam a doutrina natalista parecem estar presentes também nesta corrente doutrinária, vez que até mesmo os direitos fundamentais do nascituro são condicionados ao seu nascimento com vida.

2.2.3 Doutrina Concepcionista

Trata-se de corrente doutrinária que defende que a fecundação é o evento responsável pela formação da pessoa humana, detentora de personalidade jurídica desde antes de seu nascimento. Surge a pessoa – e conseqüentemente a personalidade jurídica -, dessa forma, da fecundação do óvulo pelo espermatozoide.

Os defensores deste juízo, percebendo o nascituro como detentor de personalidade jurídica, acreditam que a ele deve-se oferecer toda a proteção jurídica que se fizer necessária, tanto nas questões que envolvam direitos patrimoniais como nas que envolvam direitos de personalidade:

Essa proteção ampla dos direitos da personalidade também inclui o nascituro, que, pelo sistema atual, tem direitos reconhecidos e assegurados pela lei, e não mais mera expectativa de direitos, como antes se afirmava. Eis aqui o argumento principal para dizer que o nosso sistema adotou a teoria concepcionista, pois não se pode negar ao nascituro esses direitos fundamentais e tidos como de personalidade. Assim, o nascituro tem direito à vida, à integridade físico-psíquica, à honra, à imagem, ao nome e à intimidade²².

²⁰ TARTUCE, [200-?]

²¹ MEIRELLES, 2000. p. 53.

²² TARTUCE, [200-?]

Tal entendimento vem se mostrando cada vez mais aceito pela comunidade jurídica, que acredita ser o nascituro não mais detentor de simples expectativa de direitos, como antes se acreditava, mas sim verdadeiro sujeito de direitos, titular de garantias fundamentais e direitos de personalidade.

Jussara Maria Leal de Meirelles registra ter observado certa contradição legislativa no Artigo 2º do Código Civil de 2002 – que manteve a redação quase intacta do Artigo 4º do Código Civil de 1916, como já se viu. Segundo ela, o ordenamento coloca como requisito para obtenção do título de pessoa natural (e conseqüente reconhecimento de personalidade jurídica) o “nascimento com vida” (Art. 2º, primeira parte). Sendo assim, o ser em desenvolvimento, ainda não nascido com vida, não poderia ser considerado pessoa, sendo inexistentes eventuais direitos a se proteger. Por outro lado, o mesmo artigo (Art 2º, segunda parte) põe à salvo os direitos do nascituro, mesmo que a ele não se tenha conferido a alcunha de pessoa física, e reconhecida a conseqüente personalidade que dela decorre²³.

Como visto, são diversos os discursos acerca do momento inicial da vida humana – e do aparecimento da personalidade jurídica. Para alguns, a vida iniciaria apenas com o nascimento, enquanto que para outros a vida, bem como sua decorrente proteção, inicia-se em momento mais incipiente do desenvolvimento humano, qual seja a concepção do embrião, sendo este o entendimento atualmente mais aceito pela comunidade de juristas. Resta analisar, então, qual seria a classificação jurídica a ser dada ao embrião humano crioconservado – caso haja categoria que o englobe –, bem como se seria necessária eventual adaptação legislativa à nova realidade trazida pelas técnicas de reprodução humana assistida.

2.3 A NATUREZA JURÍDICA DOS EMBRIÕES HUMANOS CRIOCONSERVADOS

A figura dos embriões humanos crioconservados já não é novidade no cenário internacional. A Fertilização *In Vitro* vem auxiliando a população mundial a gerar novas vidas desde 1978, ano em que nasceu, na Inglaterra, a primeira pessoa fruto da referida técnica. Quatro décadas depois, porém, tal acontecimento – e a nova

²³ MEIRELLES, 2000. p. 51.

realidade médica gerada desde então – parecem ainda não ser conhecido pelo legislador brasileiro, que não analisou o tema em profundidade.

Para Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald²⁴, o Código Civil de 2002 teria propositadamente silenciado sobre o tema, evitando, assim, um posicionamento “precipitado”. Dessa forma, teria elegido o tema como matéria a ser regulada por legislação extravagante.

O Enunciado 2, da Primeira Jornada de Direito Civil²⁵, deixou clara a intenção de delegação, à legislação esparsa, do regramento sobre tema. Tal regramento, porém, apesar de já ter sido proposto e encontrar-se tramitando pelas casas legislativas federais na forma do Projeto de Lei nº 115/2015 (mais à frente analisado), jamais foi capaz de integrar com efeito o ordenamento nacional, de forma que a matéria encontra maior regulamento em portarias do Conselho Federal de Medicina que na própria legislação.

A situação mostra-se problemática, vez que a moldura tradicional trazida pelo Código Civil de 2002 parece ser insuficiente, incapaz de compreender, com eficiência, a realidade trazida à sociedade com o advento das técnicas de reprodução humana assistida.

Para Eduardo de Oliveira Leite, a discussão acerca da destinação a ser dada aos embriões excedentários passa necessariamente pelo tratamento jurídico que a eles deve ser dado:

A questão do destino a ser dado aos embriões excedentes depende diretamente da extensão atribuída ao conceito de nascituro, em uma perspectiva puramente jurídica. Quer dizer, é fundamental que se determine se o embrião é ou não é um nascituro²⁶.

Jussara Maria Leal de Meirelles observa que o ordenamento nacional, com o propósito de caracterizar a pessoa natural, exige apenas que haja o nascimento com vida – diferentemente da legislação francesa ou romana, que exigem/exigiam a

²⁴ FARIAS; ROSENVALD, 2014. p. 302.

²⁵ BRASIL. **Primeira Jornada de Direito Civil**. Enunciado nº 2. Sem prejuízo dos direitos de personalidade, o art. 2º do Código Civil não é sede adequada para questões emergentes da reprogramação humana, que deve ser objeto de um estatuto próprio. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/648>>. Acesso em: 09 mai. 2018.

²⁶ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p.384.

viabilidade da vida ou a forma humana, respectivamente²⁷. Assim, para que haja pessoa, deve haver, primeiro e necessariamente, o nascimento com vida. Analisando tal preposição, logo se percebe que o embrião humano criopreservado não pode ser classificado como pessoa física, vez que ainda não nasceu.

De igual forma, com base nas doutrinas já expostas que buscam explicar e fixar o momento de aquisição da alcunha de pessoa física e da personalidade jurídica – principalmente a corrente concepcionista, atualmente mais aceita -, não se poderia classificar o embrião humano crioconservado como nascituro. Tal fato se dá porque, ainda segundo Jussara Maria Leal de Meirelles, nascituro é o ser humano concebido no ventre materno e em via de se tornar pessoa, ao nascer com vida²⁸. Do mesmo modo, Valdemar P. da Luz²⁹, em seu dicionário jurídico, conceitua “nascituro” como *“denominação dada ao ser humano já concebido que se encontra em estado fetal dentro do ventre materno (...)”*. Diante do exposto, impossível enquadrar o embrião humano crioconservado na figura clássica do nascituro, vez que não se encontra no ventre de sua genitora.

O direito posto ainda admite a figura da prole eventual, entendendo-a como aquela ainda não concebida. Rodolfo Pamplona Filho e Ana Thereza Meirelles Araújo³⁰ explicam que o Código Civil, em alguns casos, admite que pessoas que eventualmente venham a nascer possam ser sujeitos de direito. A exemplo, cita-se o disposto no inciso I, Artigo 1799, do Código Civil de 2002³¹, que permite que pessoa não concebida à época da sucessão possa herdar por testamento.

É necessário, então, que a pessoa ainda não tenha sido concebida para que haja possibilidade de inclui-la no conceito de prole eventual. Justamente por este motivo, não podem ser os embriões humanos criopreservados enquadrados nesta categoria, vez que já houve concepção.

²⁷ MEIRELLES, 2000. p. 51.

²⁸ Ibid., p. 54.

²⁹ NASCITURO. In: Dicionário Jurídico. Barueri: Manole. 2014. p. 256.

³⁰ PAMPLONA FILHO, Rodolfo; ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles. **Tutela jurídica do nascituro à luz da constituição federal**. Disponível em: <<http://www.rodolfopamplonafilho.com.br/upload/tutela-juridica-do-nascituro-a-luz-da-constituicao-20160530103954.pdf>>. Acesso em: 11 jul. 2018.

³¹ BRASIL. Lei nº 10.406/2002. 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 (...). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 14 set. 2018.

Por outro lado, tais embriões não devem ser entendidos como mera propriedade dos doadores dos gametas. Jussara Maria Leal de Meirelles esclarece que estão longe da subordinação aos interesses econômicos dos titulares de direitos, motivo pelo qual não se pode encará-los como simples bens, pertencentes a outrem³². A própria Lei 11.105/2005 – Lei de Biossegurança, em seu artigo 5º³³, explicita a vedação da comercialização do referido material biológico – embriões humanos criopreservados e células-tronco deles provenientes - para qualquer fim, sob pena de incorrer no crime tipificado pelo Artigo 15 da Lei nº 9.434/1997³⁴. Dessa forma, não parece correto entender os referidos embriões como meros objetos, “*vez que já concebidos, dotados de vida e elementos genéticos próprios que os caracterizam, marcam sua individualidade e os assemelham necessariamente aos seres humanos que já nasceram*”³⁵.

Do que foi narrado, pode-se inferir que o embrião humano criopreservado não pode ser considerado pessoa natural, vez que ainda não nasceu. Também não pode ser considerado nascituro, visto que não se encontra no ventre de sua genitora. Outrossim, não pode ser considerado prole eventual, posto já ter havido concepção. Ainda, por derradeiro, não podem ser tidos como simples bens, vez que detentores, por si próprios, de vida humana.

Não há, como se viu, uma classificação que sirva aos embriões humanos criopreservados com perfeição no Código Civil de 2002. Neste aspecto, Jussara Maria Leal de Meirelles³⁶ estabelece que:

[...] a questão do destino dos embriões humanos não utilizados para implantação em útero não encontra acolhida nas categorias impostas pelo Código Civil. Desse modo, impõe-se distanciá-los da categorização estabelecida tradicionalmente, bem como, sob o enfoque da proteção, equipará-los aos demais seres humanos.

³² MEIRELLES, 2000. p. 55.

³³ BRASIL. **Lei nº 11.105/2005**. Art. 5º. É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições: (...) § 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm>. Acesso em: 14 set. 2018.

³⁴ BRASIL. **Lei nº 9.434/1997**. Art. 15. Comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humano: Pena - reclusão, de três a oito anos, e multa, de 200 a 360 dias-multa. Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem promove, intermedeia, facilita ou auferir qualquer vantagem com a transação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9434.htm>. Acesso em: 04 jul. 2018.

³⁵ MEIRELLES, op. cit., p. 56.

³⁶ MEIRELLES, loc. cit.

Salienta a autora, ainda, que mesmo diante da falta de uma categorização que sirva ao embrião humano criopreservado no direito positivo, a busca da proteção aos referidos embriões se justifica, vez que são dotados de vida (humana) e, por este motivo, a proteção buscada se mostra inafastável, inferindo que, que por este motivo, o estatuto jurídico não deve se resumir à lei posta, “*posto que a vida não se limita ao direito legislado sobre a vida*”³⁷. Desta forma, indica que estaria o jurista, nos casos em que se verificar um conflito em que são ameaçados os interesses do embrião crioconservado, impelido a uma interpretação não positivista da norma jurídica, estendendo ao embrião as garantias oferecidas aos outros entes portadores de vida humana³⁸.

Como se viu, há grande divergência doutrinária acerca do momento em que se inicia a vida humana, sendo três os mais relevantes posicionamentos a respeito do tema. Ainda, viu-se também que não há, no ordenamento pátrio, uma moldura jurídica que se encaixe perfeitamente à figura do embrião excedentário, que jaz em uma lacuna que urge por regulamentação legal.

Desta forma, diante da lacunosidade de nosso ordenamento, a verificação do assunto pensado pelos juristas internacionais ganha grande importância. O direito comparado, neste aspecto, poderá servir para clarificar o entendimento acerca do tema.

³⁷ MEIRELLES, 2000. p. 61.

³⁸ MEIRELLES, loc. cit.

3 REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E O DIREITO COMPARADO

São muitos os motivos que embasam o estudo do direito comparado. Guilherme Calmon Nogueira da Gama³⁹ descreve os primórdios da ciência comparativa, originada em Paris por ocasião da realização do Congresso Internacional de Direito Comparado - promovido pelos franceses Édouard Lambert e Raymond Saleilles. Cita, em sua obra, os objetivos de progresso, informação e a promoção de um direito comum à humanidade, *“conduzindo à crença quanto à possibilidade de convergência de soluções diante da similitude dos problemas que as pessoas se defrontavam, independentemente do país onde se encontrassem”*⁴⁰.

Desde sua criação, o direito comparado vem se mostrando cada vez mais útil no estudo e resolução dos empasses jurídicos contemporâneos. Como já dito, a similaridade entre os problemas enfrentados pelas comunidades jurídicas de cada país abre clara brecha para a prática de uma cooperação entre as diversas ordens jurídicas coexistentes na vila global.

Porém, apesar de similares os problemas enfrentados, divergentes são as soluções dadas a eles ao redor do globo. Eduardo de Oliveira Leite demonstra a existência de diversos fatores que influenciam o tratamento dado por determinado país à dada situação, afirmando que *“A diversidade de posturas não deriva, pois, de uma questão econômica, mas e especialmente, das influências decorrentes das tradições, usos e costumes e, certamente, das religiões e ideologias aí dominantes”*⁴¹. Neste aspecto, o direito comparado funciona, inclusive, como instrumento a ser utilizado para promover o respeito e entendimento entre diferentes nações, culturas e crenças religiosas.

Na atualidade, são identificadas duas vertentes da ciência comparada por Guilherme Calmon Nogueira da Gama⁴²:

A primeira é a vertente utilitária/pragmática do direito comparado, representada pelo profissional do direito que, cada vez mais, é exigido no que se refere ao conhecimento e ao aprofundamento dos princípios e regras jurídicas existentes em outros países, diante do encurtamento ou da superação das distâncias. (...) A segunda é a vertente idealista/teórica do

³⁹ GAMA, 2003. p. 180.

⁴⁰ Ibid. p. 189.

⁴¹ LEITE, 1995. p. 267.

⁴² GAMA, op. cit. p. 190-191.

direito comparado, representada pela indispensabilidade do jurista cada vez mais se socorrer do direito comparado nos estudos, investigações e pesquisas acadêmicas, de natureza puramente especulativa ou doutrinária, em direção ao reconhecimento da diversidade, com estímulo à tolerância e à inclusão do outro, na busca da aceitação das diferenças culturais.

Interessante notar que o próprio autor evidencia o fato de as duas vertentes não formarem oposição entre si, “*sendo ambas dignas de reconhecimento e de estímulo, devendo atuar de forma complementar ou suplementar*”⁴³.

Deste modo, através do método comparativo o jurista ganha, além de um novo horizonte de estudos, conhecimento sobre uma imensidão de princípios e políticas válidos em diferentes nações, traduzidos em lei pela positivação da norma. O próprio legislador pode – e deve – utilizar-se do direito comparado para socorrer-se na “*formulação ou reformulação de regras jurídicas*”⁴⁴.

Em última instância, o próprio nome sugere que, para haver um estudo comparativo, pressupõe-se a existência e análise de dois ou mais sistemas jurídicos – considerados em todos seus elementos: legislação; jurisprudência; e doutrina⁴⁵. Não deve haver, porém, a suposição de superioridade de um conjunto normativo em prejuízo de outro. A própria noção de “Direito comparado” não condiz com esse tipo de suposição:

A ideia central do direito comparado deve ser a de buscar não apenas os vínculos entre os sistemas jurídicos, mas de permitir a avaliação crítica e ponderada das semelhanças e diferenças, não no sentido de concluir pela maior qualidade de um dos sistemas em detrimento de outro, mas para poder compreender a conveniência (ou necessidade), a razoabilidade e a eficácia do tratamento diferenciado, com base na concórdia, na aproximação e no respeito à diversidade⁴⁶.

Importante se faz, por tudo que foi exposto, a análise do conteúdo em estudo pelo prisma do direito comparado. Salienta-se que as dúvidas existentes no contexto doutrinário nacional não são globais. Outros países – a exemplo dos Estados Unidos – centram suas discussões em ponto diverso do assunto ora estudado, já tendo superado as questões que hoje atormentam os juristas brasileiros.

⁴³ GAMA, 2003. p. 190-191.

⁴⁴ GAMA, loc. cit.

⁴⁵ GAMA, loc. cit.

⁴⁶ GAMA, loc. cit.

Sem dúvida, a análise do tema sob a perspectiva do direito comparado é capaz de ajudar a solucionar questões de grande importância. Pode-se, através do estudo comparativo, entender como pensam os grandes juristas estrangeiros e, dessa forma, o assunto torna-se mais transparente. Não obstante o já exposto, convém ressaltar o reconhecimento do direito comparado como legítima fonte de norma jurídica⁴⁷.

3.1 DA ELEIÇÃO DAS ORDENAÇÕES OBJETO DESTE ESTUDO

Por mera questão de delimitação temática, foram escolhidos os seguintes países para integrar a presente investigação: Espanha, Alemanha, Portugal e Argentina. Tal eleição, como se explicará a seguir, não se deu de forma randômica. Cada Estado elencado tem sua importância no presente estudo: seja pela presença de um ordenamento amplamente permissivo ou excessivamente rígido, seja pelo elo histórico que sustenta com o Brasil ou seja pela proximidade geográfica, cada nação ora analisada pode exercer, de uma ou outra maneira, influência a respeito da regulamentação da matéria em âmbito nacional.

As técnicas de reprodução humana assistida vêm auxiliando a população espanhola a perpetuar-se desde 1978, quando se teve notícia da abertura do primeiro banco de sêmen do país⁴⁸. Em uma nação onde, estatisticamente, cerca de 13 a cada 100 casais são estéreis⁴⁹ (por fator masculino ou feminino), a ciência médica aplicada à reprodução humana tem amplo espaço para influenciar a própria realidade social do local.

O direito, atento aos fatos capazes de realizar transformações no âmbito social, logo ocupou-se com o tema – cada dia mais popular entre os espanhóis. Em 1985 - apenas sete anos após a abertura do primeiro banco de sêmen – foi fundado grupo na *Dirección General de los Registros y del Notariado* para discutir as questões relativas à nova realidade reprodutiva. Entre os temas debatidos, estavam a fertilização *in vitro* e a questão envolvendo os embriões excedentários. Em pouco tempo – cerca de dois anos depois – as deliberações do referido grupo começaram a ser traduzidas em Lei. Foram apresentadas, em um primeiro momento, duas

⁴⁷ GAMA, 2003. p. 198-203.

⁴⁸ LEITE, 1995. p. 292.

⁴⁹ *Ibid.* p. 293.

propostas de lei à Câmara dos Deputados espanhola: “a primeira relativa a doação e utilização de embriões e fetos humanos ou de suas células, tecidos ou órgãos”⁵⁰ e a segunda especificamente sobre as técnicas de reprodução assistida.

Logo cedo, notou-se que “Desde as primeiras tentativas de legislação, a tendência dos estudiosos espanhóis revelou-se francamente realista, o que garantiu à Espanha uma posição “permissiva” no quadro de legislações internacionais sobre o tema”⁵¹. Hoje, acerca do tema, vige no país a Lei 14/2006, de 26 de maio, que será debatida adiante.

O surgimento das técnicas de reprodução humana assistida logo fez com que os alemães também percebessem a importância de produzir um regramento específico para o tema, principalmente diante dos desdobramentos jurídicos que tais procedimentos poderiam produzir.

Em 1984, foi constituído um grupo interdisciplinar - composto por juristas, médicos, biólogos, filósofos e religiosos –, comandado pelo Prof. Ernest Benda, com o objetivo de debater e produzir um relatório sobre a fecundação *in vitro*, a análise do genoma humano e a terapia genética. Tal documento, apresentado em 1985 e posteriormente conhecido como Relatório Benda, foi o primeiro e principal registro alemão produzido visando o debate sobre o intrincado assunto. Durante o mesmo período, o Congresso dos Médicos também despendeu esforços para tentar melhor compreender as consequências sociais da reprodução humana assistida⁵².

Em 1990, a partir dos esforços dos dois grupos acima referidos, foi consolidado o Ato de Proteção aos Embriões – *Embryo Protect Act* – norma que regula o assunto no país até os tempos modernos.

Sob outro prisma, Portugal, como nação colonizadora do Brasil, exerceu grande influência na formação do direito brasileiro. Atualmente, são diversos os aspectos semelhantes apresentados pelo direito brasileiro e português – como a importância das Constituições de cada país no âmbito das relações intersubjetivas, por exemplo⁵³.

⁵⁰ LEITE, 1995. P. 293.

⁵¹ LEITE, loc. cit.

⁵² Ibid. p. 276.

⁵³ GAMA, 2003. p. 281.

Guilherme Calmon Nogueira da Gama explica que a referida influência é bastante perceptível na esfera do direito de família. Segundo o autor, a própria colonização, bem como a imigração posteriormente ocorrida, moldou, em certa parte, as tradições e cultura dos brasileiros, fato que gerou reflexos no modelo de família aqui praticado⁵⁴.

Acerca do tema da reprodução assistida, embora inicialmente tenha havido regulação apenas através do próprio Código Civil português e princípios constitucionais, o legislador lusitano, buscando uma maior especificidade legal, aprovou a Lei nº 32/2006, que regula a matéria no Estado português. Importante citar que a referida lei já sofreu quatro alterações em seu conteúdo, sendo a mais atual a Lei nº 58/2017.

Igualmente importante é a avaliação de um ordenamento jurídico pertencente a uma nação geograficamente próxima ao Brasil. Argentinos e brasileiros, apesar de próximos, possuem diferenças e particularidades que distinguem bem cada cultura. Tais diferenças, como aponta Guilherme Calmon Nogueira da Gama, podem ser fruto ainda do processo de colonização da porção meridional do Novo Mundo – hispânica e portuguesa, respectivamente⁵⁵.

As referidas dissemelhanças, entretanto, não devem ser óbice à observação atenta da atividade jurídica existente no segundo maior país da América Latina. O direito argentino pode – e deve – servir como referência aos juristas brasileiros, quando buscam entender qual o comportamento das nações ocidentais quando disciplinando legalmente as técnicas de reprodução humana assistida.

No que toca especificamente ao tema ora estudado e suas consequências jurídicas, recentemente entrou em vigor, na Argentina, a Lei nº 26.862/2013, regulada pelo Decreto nº 956/2013, que têm oferecido regramento ao tema.

3.2 DA ELEIÇÃO DAS PROBLEMÁTICAS ENFRENTADAS POR ESTE ESTUDO

Como já se viu, não há consenso, em âmbito nacional, acerca do momento inicial da vida humana e o conseqüente aparecimento da personalidade jurídica que

⁵⁴ GAMA, 2003. p. 281.

⁵⁵ Ibid. p. 306.

dela advém. Tampouco, não há, em nosso ordenamento, classificação em que os embriões excedentários se encaixem com perfeição.

É certo que o cenário descrito gera grande insegurança. A problemática explicitada, porém, não encontra seu fim nos questionamentos acima postos. Das incertezas geradas pela lacunosidade do sistema jurídico, emergem dezenas de outras questões, todas da maior relevância para a prática do direito em si e para a vida dos jurisdicionados que pensam em fazer uso das técnicas de reprodução assistida capazes de gerar embriões fora do organismo materno.

Quais seriam, por exemplo, os beneficiários dos referidos procedimentos? Seria juridicamente possível a adoção de técnicas heterólogas de reprodução assistida? Seria possível a impugnação da paternidade de filho havido através da reprodução assistida? Haveria possibilidade de utilizar-se de mães de substituição para gestação dos embriões através da técnica de Fertilização *In vitro*? Quais seriam os destinos juridicamente admitidos aos embriões tidos como excedentários?

As questões postas são apenas algumas em meio a um universo de dúvidas. Por mera questão de limitação da matéria, os capítulos subsequentes do presente estudo desenvolver-se-ão tendo como foco os questionamentos supramencionados. Não se pretende, neste momento, analisar eventuais situações polêmicas geradas pelos temas, tampouco verificar sua aceitação no âmbito social em que o ordenamento se insere. Busca-se, com a investigação, oferecer um panorama acerca do assunto, explanando o tema e verificando as possibilidades e impossibilidades determinadas pela lei. Para isso, a busca por soluções não se restringirá à ordenação positiva e doutrina nacionais, perpassando-se as fronteiras de nosso estado através do estudo jurídico-comparativo, o Direito Comparado.

3.2.1 Beneficiários Das Técnicas De Reprodução Humana Assistida

O primeiro ponto de interesse a se analisar diz respeito diretamente aos sujeitos que poderiam utilizar-se da medicina procriativa. Com isso, busca-se definir quais são os pressupostos, em cada ordenamento investigado, que tornam a pessoa apta ou inapta para valer-se das referidas técnicas.

Na Espanha, a Lei 14/2006⁵⁶ enumera os requisitos que necessariamente devem estar presentes no caso concreto para que se possa realizar o procedimento médico de reprodução assistida. Exige-se, em um primeiro momento, que a mulher tenha um mínimo de dezoito anos de idade e plena capacidade civil, devendo demonstrar, de forma escrita, sua vontade livre e consciente. Tal declaração, entretanto, pode ser revogada a qualquer momento, desde que ainda não tenha ocorrido a transferência embrionária⁵⁷. Caso seja casada, deve apresentar, de forma prévia, a autorização do marido para se sujeitar ao procedimento, declinado também de forma escrita, livre, expressa e consciente.

Nota-se, de igual maneira, que a lei dispõe com clareza que, cumpridos os requisitos acima expostos, qualquer mulher teria direito a se beneficiar das técnicas procriativas, independentemente de seu estado civil ou opção sexual. Ana Isabel Berrocal Lanzarot esclarece que, em caso de portadora de necessidades especiais, a lei estabelece, em sua Disposição Adicional nº 05, que não poderá haver discriminação para o acesso e utilização das referidas técnicas, devendo a mulher ser assessorada e informada em condições e formato a ela apropriados, para que consiga declarar sua vontade de forma consciente, nos termos exigidos pela lei⁵⁸.

Na Alemanha, como explica Eduardo de Oliveira Leite, não existe dispositivo legal que proíba expressamente o emprego dos procedimentos reprodutivos assistidos por casais não casados⁵⁹. Com isso, quer-se dizer que a mulher, unida a um homem em união estável, pode valer-se das referidas técnicas, desde que para isso utilize-se de gametas do próprio companheiro. As mulheres solteiras, por outro lado, não podem se submeter às referidas técnicas. Importante salientar que é necessária a autorização do marido para que a mulher casada possa se submeter à inseminação artificial homóloga e heteróloga, bem como aos procedimentos que visam a fertilização *in vitro* homóloga, restando proibido o procedimento na modalidade heteróloga.

⁵⁶ REINO DE ESPAÑA. **Ley 14/2006, de 26 de mayo**, sobre técnicas de reproducción humana asistida. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-9292>>. Acesso em: 02 ago. 2018.

⁵⁷ LANZAROT, Ana Isabel Berrocal. Análises de la nueva Ley 14/2006, de 26 de mayo sobre técnicas de... **Revista de la Escuela de Medicina Legal**. Madrid, jan. 2007. p. 40-70. Disponível em: <<http://revistas.ucm.es/index.php/REML/article/download/50222/46673>> Acesso em: 29 ago. 2018. p. 46.

⁵⁸ LANZAROT, 2007. p. 47.

⁵⁹ LEITE, 1995. p. 284.

À exemplo do que ocorre na realidade espanhola, Portugal adota uma postura liberal em relação aos beneficiários da procriação medicamente assistida. O Artigo 6º, 1 e 2, da Lei 32/2006⁶⁰, estabelece que as técnicas só podem ser utilizadas em benefício de quem tenha mais de dezoito anos de idade, bem como não se encontre interdito ou inabilitado aos atos da vida civil por anomalia psíquica. Fora isso, informa que *“podem recorrer às técnicas de Procriação Medicamente Assistida os casais de sexo diferente ou os casais de mulheres, respectivamente casados ou casadas ou que vivam em condições análogas às dos cônjuges, bem como todas as mulheres independentemente do estado civil e da respectiva orientação sexual”*. Mais à frente, o Artigo 14º, do mesmo diploma legal, estabelece que os beneficiários dos procedimentos de reprodução assistida devem, de forma expressa e por escrito, demonstrar sua vontade livre e esclarecida perante o médico responsável. Tal consentimento, como ocorre na Espanha, pode ser revogado a qualquer momento, desde que não tenham sido iniciados os processos terapêuticos de reprodução assistida.

Os mesmos preceitos contidos na legislação espanhola e portuguesa parecem ter irradiado para a Argentina. Cecilia Straw⁶¹ explica que o acesso à medicina reprodutiva será garantido a toda pessoa maior de idade, independentemente de sua orientação sexual e/ou estado civil. Para isso, os beneficiários devem declinar seus consentimentos informados acerca da realização do procedimento. A Lei 26.862/2013, em seu artigo 2º, refere-se a procedimentos de baixa e alta complexidade. Em seu Artigo 7º, estabelece que o consentimento acima referido pode ser revogado até o momento da implantação do embrião no corpo da beneficiária.

Pouco tempo depois, entrou em vigor o Decreto nº 956/2013, que regulamenta a lei acima referida. Em seu artigo 2º, o documento explora a classificação dada pela lei, catalogando como procedimentos de baixa complexidade aqueles em que a formação do embrião humano se dá dentro do organismo materno e, de forma

⁶⁰ REPÚBLICA PORTUGUESA. **Lei nº 32, de 26 de julho de 2006**. Procriação medicamente assistida. Disponível em: < <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/539239/details/normal?l=1>>. Acesso em: 02 ago. 2018.

⁶¹ STRAW, Cecilia et al. (Org). **Reprodução Assistida e relações de gênero na América Latina**. Curitiba: Editora CRV. 2016. p. 193.

contrária, como de alta complexidade aqueles em que o embrião é formado em ambiente externo.

Sendo assim, o momento limite para revogação da disposição de vontade – que, pela lei, seria até antes da implantação do embrião – não poderia ser aplicado aos procedimentos de baixa complexidade, vez que nestes casos não há implantação de embrião. Dessa forma, o Decreto, em seu artigo 7º, estabelece como prazo fatal de revogação o início da inseminação ou a implantação do embrião, caso o procedimento eleito seja de baixa ou alta complexidade, respectivamente.

3.2.2 Admissibilidade Da Fertilização *In Vitro* Heteróloga

Mais um ponto importante a ser estudado no universo de questões acerca das técnicas reprodutivas diz respeito à aceitação jurídica de técnicas heterólogas. Diz-se que uma técnica é heteróloga quando ao menos um dos gametas utilizados na formação do embrião humano é doado por terceiro, não pertencente ao núcleo familiar dos beneficiários.

Acerca do tema, a Lei 14/2006, da Espanha, expressamente permite a utilização das técnicas reprodutivas com gametas de doadores. Tal permissão está expressa no artigo 2º da Lei, cumulado com o Anexo A, que afirma serem técnicas legalmente reconhecidas de reprodução humana assistida, entre outras, a fecundação *in vitro* e a injeção intracitoplasmática de espermatozoides com gametas próprios ou de doadores. Ademais, a lei, em seu artigo 5º, estabelece regramento acerca das pessoas que podem ser doadores de gametas e dos contratos de doação, deixando implícita a possibilidade de recurso às técnicas heterólogas.

A Alemanha, de forma mais rígida, acaba por diminuir o universo de pessoas que podem eleger a técnica heteróloga. Eduardo de Oliveira Leite explica que a inseminação artificial com gametas de doadores “*pode ser autorizada em condições restritas, como o tratamento de esterilidade de um casal casado. A inseminação heteróloga só pode ser autorizada em caso de perturbação duradoura da fecundidade do marido*”⁶². Tem-se, com isso, que os casais conviventes em união estável não

⁶² LEITE, 1995. p. 283.

podem se utilizar do procedimento. Ainda, a fertilização *in vitro* com gametas de doadores não é admitida pelo direito alemão⁶³.

Em Portugal, assim como ocorre na Espanha, a lei expressamente admite a utilização das técnicas reprodutivas heterólogas. Entretanto, o artigo 10º da lei portuguesa torna claro o carácter subsidiário dos procedimentos realizados com gametas de doadores. A leitura do referido dispositivo é capaz de revelar que, apesar da possibilidade de recorrer-se aos gametas – ou mesmo à embriões – doados por terceiros, tal recurso só teria cabimento quando *“face aos conhecimentos médico-científicos objetivamente disponíveis, não possa obter-se gravidez ou gravidez sem doença genética grave através do recurso a qualquer técnica que utilize os gametas dos beneficiários, e desde que sejam asseguradas condições eficazes de garantir a qualidade dos gametas”*. Nota-se, então, que os procedimentos heterólogos não poderiam ser eleitos pelos beneficiários por questões de praticidade.

A lei vigente na Argentina também admite as técnicas na modalidade heteróloga. O artigo 2º da lei 26.862/2013, ao estabelecer a já referida diferença entre as técnicas de baixa e alta complexidade, cita que tais procedimentos podem ser realizados com ou sem a doação de gametas ou embriões. Resta admitido pelo ordenamento argentino, portanto, a possibilidade de realização de procedimentos com doação de gametas e embriões de terceiros.

3.2.3 Impugnabilidade da Paternidade

Assim como as questões acima expostas, trata-se a possibilidade de impugnação da paternidade de criança gerada por procedimento de reprodução assistida assunto que urge por regulamentação. O regramento da matéria visa definir qual o elemento que tem o condão de gerar a relação de filiação, em carácter definitivo ou não, entre o beneficiário do procedimento e a criança assim concebida.

Na realidade espanhola, o plano de fundo das regras de estabelecimento de filiação é justamente o Código Civil. Faz-se especialmente relevante a presunção legal de paternidade do marido, disposta no artigo 116 do referido diploma, que estabelece tal presunção em relação aos filhos da mulher nascidos durante a constância do

⁶³ LEITE, 1995. p. 283.

casamento, bem como os que nascerem até trezentos dias após a dissolução do casamento ou separação de fato ou de direito do casal.

Como já se viu, exige-se que a mulher casada apresente documento comprobatório do consentimento do marido para que possa se submeter aos procedimentos criados pela medicina reprodutiva. Tal outorga, em conjunto com o consentimento dado pela própria mulher, teria o condão de estabelecer a filiação entre o casal e a criança em caráter definitivo, sendo vedada posterior impugnação, mesmo nos casos em que a criança seja gerada por procedimento heterólogo que não utilize nenhum gameta proveniente do casal⁶⁴.

A falta do consentimento do marido, porém, provocará diversas consequências. No que se refere aos procedimentos heterólogos, a ausência da referida outorga implicará na falta tanto do elemento volitivo quanto do vínculo biológico, sendo a criança considerada como sua filha apenas por mera presunção legal. Assim, após o nascimento, o infante será, inicialmente, considerado seu filho, ficando resguardada a possibilidade de impugnação da paternidade em momento futuro⁶⁵.

No que toca aos procedimentos homólogos, a paternidade, regra geral, não pode ser impugnada. Ana Isabel Berrocal Lanzarot explica que tal fato ocorre porque tanto por presunção legal quanto por vínculo biológico a criança pode ser considerada filha do beneficiário. A impugnação, nestes casos, seria feita baseando-se apenas na falta do elemento volitivo, argumento que, quando comparado aos outros, é considerado fraco pela doutrina. Ainda, pauta-se tal impossibilidade no Princípio do Melhor Interesse da Criança, um dos norteadores do direito de família hispânico. Assim, a paternidade não poderia ser impugnada, prevalecendo, neste caso, o critério biológico sobre o elemento volitivo⁶⁶.

No que se refere ao companheiro, o artigo 8º, 2, da Lei nº 14/2006 estabelece que a outorga declinada à companheira, para que se submeta ao procedimento de reprodução medicamente assistida heteróloga, faz, como no caso dos casados, surgir a relação de parentalidade entre a criança e o convivente. Difere-se tal situação da

⁶⁴ LANZAROT, 2007. p. 48-49.

⁶⁵ Ibid. p. 52-54.

⁶⁶ LANZAROT, loc. cit.

dos casais formalmente unidos em matrimônio em um único ponto: não há, nestes casos, presunção legal de paternidade, de modo que a criança nascida de procedimento heterólogo ao qual não foi declinada a outorga não pode ser considerada filho do companheiro⁶⁷.

No caso de procedimento homologado realizado sem o consentimento do companheiro, diferentemente do que ocorre com os casados, a criança gerada não poderá ser considerada sua filha, vez que inexistente qualquer presunção legal de paternidade e ausente o elemento volitivo exigido pela lei. Neste caso, o elemento volitivo prevaleceria sobre o critério biológico⁶⁸. Ainda, caso o companheiro queira estabelecer a relação de filiação, deverá valer-se de ato que declare sua vontade (antes do nascimento da criança) ou da adoção. Importante notar, ainda, que as disposições acima expostas acerca das relações de filiação no direito espanhol têm validade também em caso de casais homossexuais.

Na Alemanha, entende-se que somente a parturiente pode ser tida como a mãe da criança nascida através da utilização de técnicas de reprodução medicamente assistidas. Até por isso, como se verá, não se admite a prática da maternidade de substituição no país. Para além, a paternidade, segundo Guilherme Calmon Nogueira da Gama, é gerada pelo documento público declinado pelo marido/companheiro autorizando a mulher a se submeter às técnicas reprodutivas, que retiraria do homem qualquer possibilidade de impugnar a paternidade da criança após sua concepção⁶⁹.

Em Portugal, independentemente de se tratar de procedimento homólogo ou heterólogo, o artigo 20º da Lei 32/2006 estabelece que a criança nascida através da utilização da medicina procriativa será tida como filha daqueles que houverem eventualmente declinado seus consentimentos para o emprego do referido procedimento.

O inciso 2 do citado artigo permite que a documentação que comprova o consentimento dado pelo cônjuge ou pela pessoa que conviva em união estável seja exibida no ato de registro da criança, para fins de registro e estabelecimento da parentalidade, caso não tenha sido anteriormente exposta.

⁶⁷ LANZAROT, 2007. P. 52-54.

⁶⁸ LANZAROT, loc. cit.

⁶⁹ GAMA, 2003. p. 266.

Ainda, caso tal consentimento não tenha sido apresentado – seja porque o procedimento foi realizado à ausência de tal autorização, seja porque foi realizado por uma mulher não unida à outra pessoa – o registro e parentalidade da criança será estabelecido apenas com a beneficiária, ficando dispensado qualquer ato que vise averiguar a paternidade da criança, nos termos do inciso 3, do mencionado artigo 20º. Por fim, ensina o inciso 4 que as pessoas de quem é exigido o consentimento para realização das técnicas reprodutivas – notadamente o cônjuge ou pessoa que viva em união estável com a beneficiária – podem, caso não tenha sido prestada tal autorização, impugnar a parentalidade, alegando justamente a falta da outorga ou que a autorização foi prestada para consumação de procedimento diverso do realizado.

Na Argentina, como se verá com mais detalhes adiante, a jurisprudência vem entendendo que o principal fator na determinação da parentalidade da criança havida por procedimento de reprodução medicamento assistida é a vontade procriacional⁷⁰. Dessa forma, tem-se que serão os pais da referida criança aqueles que tenham exprimido sua vontade de realizar o procedimento reprodutivo de forma livre, prévia e informada. A Lei 26.862/2013 e o Decreto nº 956/2013 não tratam expressamente da possibilidade de impugnação da paternidade, que encontra maior regramento no próprio Código Civil do país.

O documento assinado pelos beneficiários é, então, o fator gerador do vínculo de parentalidade. Como ensinam Mariana Iturburu, María Martina Salituri Amezcua e Mariana Vázquez Acatto⁷¹, a assinatura do documento que comprova a disposição de vontade afasta a possibilidade de impugnar a filiação dos filhos nascidos mediante o uso dos procedimentos de reprodução assistida.

⁷⁰ STRAW, 2016. p. 194.

⁷¹ ITURBURU, Mariana; AMEZCUA, María Martina Salituri; ACATTO, Mariana Vázquez. *La regulación de la filiación derivada de las técnicas de reproducción...* **SciELO**, jun. 2017. Disponível em: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472017000100005>. Acesso em: 08 set 2018. Trecho no idioma original: “*La suscripción de este documento reviste tal importancia, que blindo la posibilidad de impugnar la filiación (matrimonial o extramatrimonial) de los hijos nacidos mediante el uso de estos tratamientos, cuando haya mediado de conformidad con las disposiciones del Código y las que se establezcan mediante una ley especial, con independencia de quién haya aportado los gametos (artículo 577 del Código Civil y Comercial). Es decir, no es posible impugnar la filiación de quien ha prestado el correspondiente consentimiento en los términos que instruye el Código Civil y Comercial*”.

Dessa forma, tem-se na Argentina algo muito parecido com aquilo que foi visto nas outras legislações estudadas: o elemento volitivo é o principal componente da formação do vínculo de filiação, de forma que se torna impossível a impugnação da parentalidade daqueles que declinaram seu consentimento livre, prévio e informado acerca da adoção da técnica reprodutiva – observando-se os prazos máximos para revogação da vontade, já citados no presente estudo.

3.2.4 Maternidade de Substituição

Conhecida popularmente como “barriga de aluguel”, a maternidade de substituição é tema tratado com bastante diversidade nos ordenamentos analisados. É esta a situação em que uma terceira mulher aceita ceder seu útero ao casal que deseja submeter-se à técnica reprodutiva, com o objetivo de gerar a criança e, posteriormente, entrega-la ao casal solicitante.

Na Espanha, como ensina Ana Isabel Berrocal Lanzarot, considera-se nulo de pleno direito o contrato que tenha, como objeto, a maternidade de substituição⁷². Dessa forma, as disposições contratuais não atingem as partes -pois considerado inexistente o contrato -, sendo a filiação materna, neste caso, determinada pelo parto e não pelas disposições eventualmente contratadas. A filiação paterna, caso se aplique, também não corresponderá ao indicado pelo instrumento contratual, sendo ressalvado ao pai biológico (que contribuiu com o gameta para a criação do embrião) o direito de ação de reclamação de paternidade.

Na Alemanha o tema é entendido de forma bastante parecida. Eduardo de Oliveira Leite explica que “*quer se examine sob a ótica do médico, da mãe de substituição ou dos intermediários, a maternidade de substituição é rechaçada pela ideologia alemã*”⁷³, acrescentando que até mesmo a produção de qualquer conhecimento científico que tenha por objeto a maternidade de substituição é considerado um ilícito perante o Direito Civil. Guilherme Calmon Nogueira da Gama explana que, do mesmo modo que ocorre na Espanha, a filiação no caso de

⁷² LANZAROT, 2007. p. 55.

⁷³ LEITE, 1995. p. 284.

maternidade de substituição será estabelecida pelo parto, independentemente da vontade das partes⁷⁴.

Portugal, de forma contrária, expressamente concede caráter lícito a prática da maternidade de substituição, desde que respeitados certos requisitos. O artigo 8º, 1, da Lei nº 32/2006, conceitua a gestação de substituição no direito lusitano: *“Entende-se por gestação de substituição qualquer situação em que a mulher se disponha a suportar uma gravidez por conta de outrem e entregar a criança após o parto, renunciando aos poderes e deveres próprios da maternidade”*.

O diploma legal elenca a finalidade social a ser cumprida pela maternidade de substituição. Tal técnica não está à disposição do grande público, que poderia pensar em adotá-la por mera questão de conveniência. O artigo 8º, 2, ensina que a gestação de substituição será admitida somente em caráter excepcional, quando a situação clínica da mulher que se submete ao procedimento de reprodução assistida desaconselhe a gestação. A criança gerada pelo procedimento é considerada, para todos os fins, filha dos beneficiários.

Quanto ao embrião a ser implantado, a lei portuguesa é clara ao declarar, no artigo 8º, 3, que o ovócito utilizado na fecundação não pode ter sido doado pela mulher contratada, ficando proibido o estabelecimento de qualquer vínculo biológico entre a criança gerada e a mãe de substituição. De modo contrário, tem-se como necessário tal vínculo entre o casal/pessoa solicitante e a criança concebida através do procedimento, devendo, ao menos, um gameta ser proveniente do(s) beneficiário(s).

A legislação, ainda, estabelece requisitos formais ao contrato de maternidade de substituição. Para que seja possível a contratação, deve haver autorização prévia do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida (artigo 8º 4). O contrato será firmado de forma escrita, estabelecido pelas partes e supervisionado pelo referido Conselho. Ainda, obrigatoriamente deve dispor de cláusulas que indiquem os desdobramentos e ações a serem tomadas em caso de ocorrência de malformações e/ou doenças fetais, bem como eventual interrupção voluntária da gravidez (artigo 8º, 10), sendo proibida cláusula que imponha à gestante restrições de comportamento (artigo 8º, 11).

⁷⁴ GAMA, 2003. p. 266.

Ademais, o legislador português não admitiu o caráter oneroso da gestação de substituição. É, assim, vedado qualquer pagamento ou doação, de bens ou quantias em dinheiro, dos beneficiários para a gestante, salvo aqueles comprovadamente despendidos com a própria gestação (artigo 8º, 5). Não se admite, de igual maneira, que o contrato seja entabulado entre os beneficiários e qualquer mulher que tenha, com eles, uma relação de subordinação econômica (artigo 8º, 6).

Na Argentina, entretanto, a legislação silencia acerca do assunto. A maternidade de substituição representa, para os argentinos, verdadeira lacuna legal. A jurisprudência vem se posicionando no sentido de permitir a prática, estabelecendo laços de filiação entre a criança gerada e o casal solicitante. Cecilia Straw⁷⁵ observa que tal fato se dá pelas alterações realizadas no Código Civil argentino no ano de 2014, que propiciaram o reconhecimento de terceiro tipo de vínculo apto a estabelecer a relação de filiação, próprio aos procedimentos de reprodução medicamente assistida. Ainda segundo a autora, tal vínculo é equiparado, no âmbito jurídico, à filiação tida de maneira natural ou através da adoção, tendo como geradora a expressão da “vontade procriacional” dos beneficiários, a ser declinada nos termos exigidos pela lei.

Logo, se vê que, apesar do silêncio da lei acerca da maternidade de substituição, a jurisprudência vem aplicando o novo conceito estabelecido pela reforma e unificação do Código Civil argentino – qual seja a vontade procriacional – para determinar a filiação da criança gerada em favor do casal solicitante, desde que tal vontade tenha sido expressa de forma livre, prévia e informada.

3.2.5 Destinações do Embrião Excedentário

Resta investigar quais são as destinações juridicamente admitidas a serem dadas aos embriões tidos como excedentários em cada ordenamento elencado. Como anteriormente já referido, considera-se embrião excedentário aquele que, por

⁷⁵ STRAW, 2016. p. 194. Trecho no idioma original: “(...) en la reforma del Código Civil de la Nación - unificado con el Código Comercial en octubre de 2014, se introdujo el reconocimiento como tercer tipo filial autónomo a las técnicas de reproducción humana médicamente asistida equiparando este tipo de acceso a la filiación por naturaleza y la filiación por adopción. Además, se incorporo la figura de “voluntad procreacional” (artículo 562 CCyC) para asignar los derechos y las obligaciones derivados de la filiación a quien la haya manifestado - prestando su consentimiento libre, previo e informado – para convertirse en madre o padre sin importar si aportó o no los gametos”.

qualquer motivo, foi formado e não pode ser utilizado pelos beneficiários para implantação.

Inicialmente, é importante notar que a legislação espanhola opta por, no próprio texto legal, declinar qual seria o conceito de pré-embrião. Para os hispânicos, seria pré-embrião aquele constituído por um grupo de células provenientes da divisão progressiva do ovócito, desde a fecundação até o décimo quarto dia a ela posterior.

Nota-se, também, que a lei admite com clareza a crioconservação dos referidos pré-embriões. O artigo 11, inciso 3, demonstra que os embriões excedentários – tidos como *preembriones sobrantes* – podem ser crioconservados em laboratórios devidamente autorizados. Atenta-se, neste aspecto, que o legislador hispânico optou por não determinar um período genérico de tempo máximo para admissão da crioconservação. Ao contrário, preferiu estabelecer que a conservação laboratorial pode se estender até que haja parecer médico indicando que a beneficiária responsável pela conservação não reúne mais os requisitos clinicamente adequados para se submeter ao procedimento implantatório.

A lei, como expõe Ana Isabel Berrocal Lanzarot⁷⁶, define quatro possíveis destinos aos referidos embriões: sua utilização pela própria mulher ou por seu cônjuge, a doação com fins reprodutivos; a doação com fins de pesquisa; e o término da crioconservação, sem adoção dos outros usos elencados – notadamente, o descarte. Repara-se que a escolha pelo descarte apenas torna-se juridicamente possível quando se atinge o prazo máximo para conservação, sem que os beneficiários tenham escolhido as outras alternativas possíveis.

Tal destinação, como se vê no inciso 5 do referido artigo, deve ser informada pelos beneficiários antes mesmo da formação do pré-embrião, sendo passível de retratação a qualquer tempo, desde que ainda não empregada a finalidade declinada. Em caso de mulher casada, tal determinação deve ser acompanhada da disposição de vontade do cônjuge. Ainda, tem-se que a disposição deve ser alterada ou reconfirmada a cada dois anos pelos beneficiários. Caso não haja tal alteração ou reconfirmação por dois períodos seguidos (quatro anos), os embriões ficarão à

⁷⁶ LANZAROT, 2007. p. 48.

disposição do laboratório onde estão sendo crioconservados, mediante prova de realização de diligências visando angariar a manifestação dos beneficiários⁷⁷.

Na Alemanha, é possível observar a adoção de uma estratégia médica para evitar eventual problema jurídico causado pela existência de embriões excedentários. Como explica Eduardo de Oliveira Leite, o ordenamento alemão permite, nos casos onde é admitida a fertilização *in vitro*, apenas a produção de embriões suficientes para um procedimento⁷⁸. Ou seja, todos os embriões produzidos visando a adoção da técnica deverão, dessa forma, ser implantados na beneficiária, condenando-se, de forma implícita, a crioconservação embrionária, que fica autorizada apenas nos casos em que a mulher, por motivos de saúde, momentaneamente não pode se submeter ao procedimento de implante⁷⁹.

Ainda segundo o autor, o *Embryo Protect Act*, de 1990, proibiu a pesquisa científica realizada com qualquer embrião, bem como a doação de embriões com finalidade reprodutiva⁸⁰.

Em que pese a lei portuguesa contenha disposições que se assemelham, em termos, às alemãs – como o artigo 24º, que determina que devem ser produzidos embriões apenas em número considerado necessário para que se obtenha êxito no procedimento reprodutivo -, o artigo 25º expressamente se preocupa em definir quais os destinos que podem/devem ser dados aos embriões tidos como excedentário. Se vê, nos incisos 1 e 2 do referido artigo, que o legislador português opta por estabelecer um limite máximo de tempo para criopreservação embrionária: tais embriões devem ser transferidos em um prazo de três anos, alongável uma vez por igual período em casos em que a extensão da preservação se justifique. Os embriões que não apresentem características morfológicas que indiquem viabilidade, porém, não poderão ser criopreservados (inciso 5).

Decorridos os prazos acima referidos (seja de três ou seis anos), os beneficiários devem realizar a doação do material embrionário. A doação pode ser realizada a novos beneficiários, tendo caráter reprodutivo, ou para a investigação científica. A decisão, independente do destino escolhido, deve ser instruída com nova

⁷⁷ LANZAROT, loc. cit.

⁷⁸ LEITE, 1995. p. 283-284.

⁷⁹ LEITE, loc. cit.

⁸⁰ Ibid. p. 285.

manifestação de vontade dos beneficiários originários, nos termos do inciso 4, ainda do artigo 25º.

Segundo a legislação portuguesa, o poder de determinar o descarte dos embriões reside inteiramente na pessoa do diretor do centro/laboratório onde estão sendo conservados. Os incisos 6 e 7, ambos do artigo 25º, descrevem três situações em que o descarte seria juridicamente possível: quando consentida a doação para outros beneficiários, não tenha ocorrido a implantação do embrião no prazo de seis anos contados a partir da data do crioarmazenamento; quando consentida a doação para fins de pesquisa, o projeto não tenha se realizado no prazo de seis anos contados a partir do crioarmazenamento; e quando nenhuma doação for consentida, expirarem os prazos referidos nos incisos 1 e 2 do presente artigo, devendo, neste caso, haver comunicação prévia ao Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida.

Na Argentina, como elucida Cecilia Straw, a destinação dos embriões excedentários – e sua natureza jurídica – não são abordadas pela lei vigente⁸¹.

Como se viu, cada ordenamento pesquisado trata os assuntos investigados de formas ora semelhantes, ora diferentes. É certo que a lei vigente em cada Estado reflete, em termos, a cultura e costumes da sua população.

Assim, diante do estudo das disposições admitidas em outros países, tem-se como válida a análise de quais seriam as mais aceitas dentro do contexto brasileiro. Para isso, passar-se-á, neste momento, à análise da incipiente regulamentação – nem sempre traduzida em lei – do tema em âmbito nacional.

⁸¹ STRAW, 2016. p. 205.

4 REPRODUÇÃO ASSISTIDA E EMBRIÕES EXCEDENTÁRIOS NO DIREITO BRASILEIRO

Como se viu, pende a fertilização *in vitro* de análise pelo legislador nacional, bem como é complexa a situação gerada pelo surgimento da figura dos embriões excedentários. Não há, no ordenamento vigente, uma figura capaz de emoldurar as características próprias do embrião, motivo pelo qual se faz urgente a regulamentação própria desta nova espécie.

Já houve, no Brasil, tentativas de disciplinar o tema. Atualmente, a matéria encontra como regramento legal específico apenas a Lei nº 11.105/2005 – Lei de Biossegurança, que embora trate do assunto, conta com diversas lacunas. Ademais, tramita atualmente na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 115/2015, que embora se intitule “Estatuto da Reprodução Assistida”, é, ainda, um projeto de lei, não integrando, no momento, o ordenamento jurídico brasileiro. No âmbito administrativo, o Conselho Federal de Medicina, através da Resolução CFM nº 2.168/2017, tenta estabelecer as normas a serem seguidas pelos médicos no exercício da profissão, quando relacionada às técnicas reprodutivas.

Os três referidos diplomas, cada um com suas características próprias, passarão agora a ser analisados a partir dos critérios utilizados no capítulo anterior deste estudo (beneficiários dos procedimentos; admissibilidade de realização de procedimentos de natureza heteróloga, impugnabilidade da paternidade; aceitação da prática da maternidade de substituição; e possíveis destinações do embrião excedentário), vez que a abordagem dos demais comandos legais excederia o objeto do presente estudo, investigando-se, ainda, a natureza jurídica de cada texto e sua consequente capacidade como instrumento gerador de direitos e obrigações.

4.1 ANÁLISE DIRIGIDA DA LEI Nº 11.105/2005 – LEI DE BIOSSEGURANÇA

Em que pese não se tratar de norma pensada e legislada com o objetivo único de regradar a prática da reprodução humana medicamente assistida no Brasil – bem como estabelecer quais seriam as proteções destinadas ao embrião excedentário -, a

Lei nº 11.105/2005⁸² foi o primeiro texto legal brasileiro a tratar do tema com certa especificidade.

Da leitura da ementa da referida norma, denota-se a variedade dos temas por ela abrangidos. Veja-se:

Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 05 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os artigos 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e da outras providências.

Assim sendo, não são encontrados muitos dispositivos que estipulam regras acerca da reprodução assistida ou dos embriões excedentários. Por outro lado, as poucas disposições contidas no referido texto legal não perdem sua importância apenas por estarem inseridas em lei que não se dedica totalmente ao tema, integrando com vigor o ordenamento jurídico brasileiro.

Cabe ressaltar que esta é a única Lei específica acerca do assunto vigente atualmente vigente no Brasil. Tendo status legal, tem plena capacidade para gerar obrigações e direitos, devendo ser observadas pela totalidade da população.

O primeiro comando acerca do tema é contido no artigo 5º da referida lei. O dispositivo visa determinar quais seriam os possíveis destinos dos embriões humanos tidos como excedentários. Depreende-se da leitura do dispositivo que é permitida a utilização de células-tronco embrionárias para fins de pesquisa, desde que extraídas de embriões inviáveis ou congelados há três anos ou mais (na data da publicação da lei) ou, quando já congelados na data da publicação, completem três anos de criopreservação, contados a partir da data do congelamento. Nos dois casos, exige-se o consentimento dos beneficiários responsáveis – tidos pela lei como

⁸² BRASIL. **Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005**. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm>. Acesso em: 04 de out. 2018.

“genitores”. O artigo 6º, inciso III, elenca como prática proibida a engenharia genética em célula germinal humana, zigoto humano e embrião humano.

Por sua vez, o Capítulo VIII do diploma estabelece tipos penais, bem como as penas cominadas à prática das condutas tipificadas. Vê-se que os dois artigos anteriormente analisados têm tipos penais vinculados: a utilização de embrião em desacordo com o artigo 5º, acima referido, é crime punível com pena de detenção, de um a três anos e multa. De igual forma, praticar a vedação disposta no artigo 6º, inciso III – qual seja praticar engenharia genética em célula germinal humana, zigoto humano ou embrião humano –, é fato punível com pena de reclusão, de um a quatro anos, e multa.

4.2 ANÁLISE DIRIGIDA DO PROJETO DE LEI Nº 115/2015 – ESTATUTO DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA

O Projeto de Lei nº 115/2015⁸³, apresentado em 03/02/2015 pelo Deputado Federal Juscelino Rezendo Filho, filiado ao Partido Republicano Progressista – PRP/MA, é intitulado como Estatuto da Reprodução Assistida. Tal regulamento, como exposto em sua própria ementa, visa “*regular a aplicação e utilização das técnicas de reprodução humana assistida e seus efeitos no âmbito das relações civis sociais*”.

Importa notar que o texto ora analisado não é ainda uma Lei, mas sim um Projeto de Lei. Tal fato se dá porque, apesar de proposto perante a casa legislativa competente, ainda não foi analisado e aprovado pelos representantes do povo – seja na Câmara dos Deputados, seja no Senado Federal –, de modo que o processo legislativo ainda não foi concluído. Sendo assim, não tem autoridade para, neste momento, gerar qualquer direito ou obrigação à população, obtendo tal capacidade apenas com sua entrada em vigência após a devida aprovação, respeitado o devido processo legislativo.

⁸³ BRASIL. Projeto de Lei nº 115, de 03 de fevereiro de 2015. Institui o Estatuto da Reprodução Assistida, para regular a aplicação e utilização das técnicas de reprodução humana assistida e seus efeitos no âmbito das relações civis sociais. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=FC8EE34507474303A4C9185972B2058F.proposicoesWebExterno1?codteor=1296985&filename=PL+115/2015>. Acesso em: 06 out. 2018.

Logo no Capítulo I do texto, pode-se observar que o legislador optou por conceituar a Reprodução Humana Assistida como “*aquela que decorre do emprego de técnicas médicas cientificamente aceitas de modo a interferir diretamente no ato reprodutivo, viabilizando a fecundação e a gravidez*” (artigo 2º), bem como diferenciar os procedimentos homólogos de heterólogos (artigo 3º, §2º).

Logo depois, a leitura combinada dos artigos 5º e 8º do diploma nos revela a intenção de estabelecer um caráter subsidiário aos procedimentos de reprodução assistida, que poderiam ser utilizadas apenas quando houver diagnóstico médico atestando a infertilidade/esterilidade do casal e indicando o tratamento, bem como nos casos em que se possa evitar, com o emprego da técnica, a transmissão de doença considerada grave à criança. Ainda, o tratamento será indicado apenas quando houver razoável possibilidade de êxito, não apresentar risco grave à saúde dos participantes – inclusive à criança –, e houver prévia aceitação livre e consciente da aplicação por parte dos beneficiários. Desta forma, tem-se que tais técnicas não poderão ser eleitas pelo particular por mero critério de conveniência.

Acerca dos beneficiários, o projeto de lei estabelece, em seu artigo 40, que qualquer pessoa maior de 18 anos, capaz, que mediante manifestação inequívoca de sua vontade deseje ter um filho, bem como tenha recebido indicação médica para recorrer à medicina reprodutiva, pode se socorrer dos procedimentos. Percebe-se da leitura do exposto que não são exigidos requisitos referentes à eventual união da mulher a outra pessoa, bem como questionamentos acerca da orientação sexual dos envolvidos. Assim, tem-se que tais características são irrelevantes para identificar se determinada pessoa pode ou não se submeter aos procedimentos.

Apesar de não haver dispositivo unicamente voltado a expressamente autorizar a adoção de procedimento reprodutivos de natureza heteróloga, o projeto de lei é escrito de maneira que sua aceitação legal fica presumida. Tal fato se dá, principalmente, por haver capítulo destinado ao regramento da doação de gametas (Capítulo IV – Da Doação de Gametas), bem como por comandos esparsos no diploma legal, evidenciando a admissibilidade de técnicas heterólogas. À exemplo, cita-se o artigo 48, que estabelece que “*nenhum vínculo de filiação será estabelecido entre o ser concebido com material genético doado e o respectivo doador, ainda que a identidade deste venha a ser revelada nas hipóteses previstas no artigo 19 deste*

Estatuto”, esclarecendo-se que o referido comando não é o único a referir-se aos procedimentos heterólogos.

No que se refere à questão das relações de filiação estabelecidas entre as crianças geradas e os beneficiários, o artigo 47 do texto realiza mudança no disposto no artigo 1.597⁸⁴ do Código Civil, dispondo que os filhos gerados a partir do emprego de qualquer técnica reprodutiva medicamente assistida são, por presunção legal, filhos do casal que se sujeitou aos procedimentos. Tal presunção, porém, não tem caráter absoluto, de forma que os artigos 51 e 52 estabelecem os casos em que é permitido o ajuizamento de ação negatória de paternidade.

Como disposto no artigo 51, tem cabimento a referida ação quando houver erro de consentimento quanto ao uso da inseminação ou fertilização heteróloga ou em caso de fraude em razão da infidelidade do cônjuge, tanto na modalidade homóloga quanto heteróloga, cabendo tal direito também à mulher. O artigo 52, por sua vez, permite o ajuizamento da ação quando houver fundada suspeita de que o procedimento adotado pelo médico não foi aquele escolhido pelos beneficiários e declinado no termo de consentimento informado.

O projeto de lei visa, de igual forma, estabelecer um regramento à chamada Maternidade de Substituição –ou cessão temporária de útero. A leitura do Capítulo V do projeto legislativo, a prática fica permitida somente para casos em que haja indicação médica que identifique fatores que impeçam ou contraindiquem uma gestação.

Fica estabelecido, ainda, que a cessão do útero não pode ter caráter oneroso, devendo a cedente, regra geral, pertencer à família dos cônjuges ou companheiros, em parentesco de até 2º grau. Em caráter excepcional, pode ser admitida a gestação por pessoa alheia à família dos beneficiários, desde que haja indicação médica e prévio parecer do Conselho Regional de Medicina que a autorize.

⁸⁴ BRASIL. Lei nº 10.406/2002. Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: (...) III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 14 set 2018.

Há, também, a criação de novo tipo contratual, qual seja o Pacto de Gestação de Substituição. Tal documento deve ser homologado judicialmente antes mesmo do início dos procedimentos médicos de implantação, sendo nulo quando não tenha sido devidamente homologado pela autoridade judicial (estabelecendo-se a filiação, nestes casos, em razão do parto).

As possíveis destinações a serem dadas aos embriões humanos tidos como excedentários é matéria também abrangida pelo projeto legislativo. Neste ponto, propõe-se expressiva mudança no entendimento nacional, considerando-se que é dada, à conservação embrionária, uma característica de excepcionalidade, fato que contrasta com a realidade nacional atual – considerando-se que, segundo a Justificação do próprio projeto de lei, mais de 108 mil embriões encontram-se crioconservados ao longo do território nacional.

Tal excepcionalidade fica evidenciada nos artigos 27 e 30 do projeto legal. A leitura dos dois dispositivos revela que apenas o congelamento de gametas seria amplamente admitido, sendo aceita a conservação dos embriões apenas nos casos onde houver indicação médica que desaconselhe a transferência imediata para a receptora.

Ainda, em seus artigos 32 e 33, estabelece o Projeto de Lei que as possíveis destinações dadas aos eventuais embriões crioconservados são a implantação pelos beneficiários, a doação com fins reprodutivos e o envio para servir como objeto de pesquisa científica, sendo expressamente vedado, em qualquer caso, o simples descarte do material. No caso de pessoas casadas ou que convivam em regime de união estável, a opção pela destinação deve ser tomada em conjunto pelo casal. Os beneficiários que possuam embriões armazenados laboratorialmente na data da eventual entrada em vigor do Estatuto, terão o prazo de um ano para realizar a adequação e declinar sua vontade acerca da eventual destinação a ser dada aos embriões.

Esta manifestação volitiva, nos termos do artigo 31, deverá ser efetuada até o momento da realização dos procedimentos de armazenamento. Segundo o artigo, a referida expressão de vontade deverá ocorrer de forma escrita, contendo disposições acerca do destino a ser dado ao embrião nos casos de rompimento da sociedade conjugal ou união estável (caso se aplique); doença grave ou falecimento

de um ou ambos os beneficiários; e desistência, por qualquer motivo, do procedimento reprodutivo.

Como se viu, o novo projeto de lei estabelece o caráter excepcional da conservação embrionária, bem como a impossibilidade, em qualquer caso, da realização de simples descarte do material genético. Para assegurar esses novos objetivos propostos, criou-se também regramento relacionado ao número de embriões que poderão ser produzidos por procedimento, vez a geração desenfreada colocaria em risco tal propósito. Assim, estabeleceu-se, no artigo 28 do texto, a vedação da produção de embriões supranumerários, *“entendidos como aqueles que excedem o número necessário à transferência em razão da idade da mulher”*.

Em decorrência, o artigo 29, em seus três incisos, estabelece a quantidade máxima de embriões a serem implantados por procedimento – e conseqüentemente, de embriões a serem produzidos – em razão da idade da beneficiária. Mulheres com até 35 (trinta e cinco) anos de idade poderiam receber uma transferência de até dois embriões; enquanto que as que se encontram na faixa que compreende os 36 (trinta e seis) a 39 (trinta e nove) poderiam receber até três embriões; sendo permitida a transferência de até quatro embriões em mulheres que, no momento do procedimento, contarem com 40 (quarenta) anos ou mais.

Resta explicar, ainda, que além das disposições ora analisadas, o Projeto de Lei nº 115/2015 contém regramentos acerca de diversas outras matérias relativas à reprodução humana assistida, que não serão englobadas por este estudo apenas porque a investigação ultrapassaria o objeto inicialmente proposto.

4.3 ANÁLISE DIRIGIDA DA RESOLUÇÃO CFM Nº 2.168/2017

Trata-se de nova Resolução do Conselho Nacional de Medicina, datada de 21 de setembro de 2017, que revogou a Resolução CFM nº 2.121/2015 e estabeleceu uma série de normas de caráter ético e científico, a serem observadas como dispositivo deontológico pelos profissionais quando na prática da medicina.

Primeiramente, cabe ressaltar que tal diploma não tem caráter legal. Segundo Gisele Leite e Ramiro Luiz P. da Cruz⁸⁵, por ter status de norma infralegal, tal documento integraria o ordenamento apenas como norma de caráter secundário, não contando com a autoridade necessária para gerar direitos e/ou impor obrigações à população em geral. Não significa, porém, que a desobediência da normativa estabelecida pelo Conselho Federal de Medicina não poderá gerar consequências àqueles que a desobedeceram, quando se tratar de indivíduo que se encontre, administrativamente, subordinado à sua autoridade.

Ainda segundo os autores, a Resolução CFM nº 2.168/2017 não pode contrariar normas de caráter primário – como é o caso das leis –, sob pena de invalidade do dispositivo. Com isso, pode-se dizer que o disposto nesta Resolução será inválido no que contrariar a Lei nº 11.105/2005 – Lei de Biossegurança. Em um futuro hipotético, admitindo-se a hipótese de aprovação do Projeto de Lei nº 115/2015, as disposições desta Resolução que conflitarem com o texto da nova lei também se tornarão inválidas, vez que o referido diploma terá adquirido status de norma primária.

Estabelece o documento que “*os procedimentos de reprodução assistida têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de reprodução humana, facilitando o processo de procriação*”, bem como que tais técnicas podem ser utilizadas desde que exista chance de obtenção de sucesso e a adoção do procedimento não implique em risco para a saúde, seja dos beneficiários, seja da descendência gerada. Logo, se percebe que não há uma relação de subsidiariedade entre as tentativas de procriação pela via natural e a adoção das técnicas reprodutivas: os beneficiários, segundo o diploma, podem socorrer-se à medicina reprodutiva a qualquer momento e por qualquer motivo, desde que cumpridos os requisitos acima expostos.

Quanto aos beneficiários, prevê o regulamento que as pessoas capazes que cumpram com os requisitos acima demonstrados podem se valer das técnicas de reprodução assistida, devendo haver o consentimento livre e esclarecido, expresso da maneira de escrita em formulário especial, das partes envolvidas no processo. Há a limitação de idade máxima de 50 (cinquenta) anos de idade para que a beneficiária possa se submeter aos procedimentos reprodutivos, sendo admitidas exceções

⁸⁵ LEITE, Gisele; CRUZ, Ramiro Luiz P. da. Sobre a hierarquia das leis no direito brasileiro. **Jus Brasil**. 2018. Disponível em: <<https://professoragiseleleite.jusbrasil.com.br/artigos/568078901/sobre-a-hierarquia-das-leis-no-direito-brasileiro>>. Acesso em: 03 set. 2018.

apenas baseadas em critérios técnicos e científicos fundamentados pelo médico responsável, certificando a ausência de comorbidades da paciente e após o devido esclarecimento, às partes envolvidas, dos riscos gerados à saúde da beneficiária e da descendência.

A quantidade de embriões transferidos por procedimento deverá respeitar um limite, estabelecido de acordo com a idade da paciente. Neste aspecto, a resolução assemelha-se ao Projeto de Lei nº 115/2015, acima analisado. Às mulheres de até 35 (trinta e cinco) anos, poderiam ser transferidos até 2 (dois) embriões; às de 36 (trinta e seis) a 39 (trinta e nove) anos, até 3 (três) embriões; enquanto que às com mais de 40 (quarenta) anos, seria permitida a transferência de até 4 (quatro) embriões. Nos casos em que a fecundação foi feita com gameta doado por terceiro, observa-se, para estabelecimento do limite de embriões transferíveis por procedimento, a idade da doadora à época da coleta dos ovócitos.

A utilização das técnicas ora reguladas por casais homossexuais e pessoas solteiras é expressamente permitida – respeitando-se o direito a objeção de consciência por parte do médico – sendo, inclusive, admitida a gestação compartilhada (hipótese na qual um casal homoafetivo de duas mulheres, onde não exista infertilidade, pode gerar um filho a partir da fecundação de gameta de uma das parceiras, que será transferido para o útero da outra).

Os procedimentos heterólogos também encontram abrigo na resolução, (fato evidenciado, inclusive, pela admissão do emprego das técnicas aos casais homoafetivos acima referidos). Há, ademais, capítulo exclusivo que declina regras acerca da doação de gametas. Não existe, porém, dispositivo que estabeleça regramento próprio aos procedimentos de natureza heteróloga, evidenciando a não-diferenciação das diretrizes a serem observadas na adoção de técnicas reprodutivas, independentemente de serem ou não realizadas com gametas doados por terceiros.

Pelas próprias características do regulamento ora estudado, pensado para servir como dispositivo deontológico a ser seguido pelos profissionais da área médica quando na realização de procedimentos de reprodução humana assistida, a única disposição referente ao estabelecimento da filiação da criança gerada é específica para os casos de gestação de substituição – como se verá em seguida –, de modo

que a eventual impugnabilidade das relações de paternidade não é tratada pelo diploma.

A gestação de substituição é prevista e permitida pelo regulamento. O Capítulo VII, denominado “*Sobre a Gestação de Substituição (Cessão Temporária do Útero)*”, estabelece que a maternidade de substituição pode ser utilizada quando exista problema médico que impeça ou contraindique a gestação pela beneficiária. A cedente temporária deve, regra geral, ter parentesco consanguíneo com algum dos pacientes em até quarto grau, ficando os casos em que tal parentesco não seja observado sujeitos à autorização prévia do Conselho Regional de Medicina competente.

Fica registrado, também, que a cessão do útero não pode ter caráter lucrativo ou comercial. Para realização do procedimento, devem ser apresentados e anexados, ao prontuário da paciente, documentos aptos a demonstrar o consentimento livre e esclarecido das partes envolvidas, bem como atestar e garantir o estado de saúde – físico e mental – dos indivíduos e estabelecer, com clareza, a filiação da descendência gerada pelo procedimento. Importa salientar que é exigida a autorização, quando se aplicar, do marido ou companheiro da cedente para que o procedimento possa se realizar.

Os beneficiários serão informados da quantidade de embriões formados no procedimento de fertilização *in vitro* para que, em conjunto, decidam quantos devem ser efetivamente transferidos – respeitados os limites etários anteriormente expostos. Os demais, quando viáveis, poderão ser crioconservados⁸⁶. No momento da conservação, os pacientes deverão estabelecer, por via escrita, as instruções que serão observadas em caso de divórcio/dissolução da união estável ou na ocorrência de doença grave/morte de um ou ambos os beneficiários, bem como quando desejam que se realize a doação.

Não fica clara, porém, qual a finalidade da doação admitida pelo diploma: se para fins reprodutivos, havendo a doação para outros casais; se para fins científicos,

⁸⁶ Os embriões sabidamente inviáveis não poderão ser congelados. A leitura do item 1, do Capítulo VI, demonstra que as destinações, neste caso, seriam a doação para pesquisa científica ou descarte, a depender da vontade dos beneficiários.

havendo a doação em favor de grupos de pesquisa; ou se ambos os casos seriam recepcionados pelo regulamento.

Além da doação, admite-se também o descarte dos embriões excedentários, desde que criopreservados há mais de três anos e presente a manifestação de vontade expressa dos responsáveis pelo armazenamento. Há, entretanto, um caso em que tal manifestação é dispensada: quando se tratar de embriões abandonados.

O diploma conceitua como “embriões abandonados” aqueles que foram conservados sob a responsabilidade de beneficiários que descumpriram o contrato pré-estabelecido com a clínica e não foram localizados para regularização. Nestas situações, é admitido o descarte quando o embrião se encontrar em situação de abandono por um período de três anos ou mais, por iniciativa da clínica/laboratório que promove a conservação. Importante notar que, neste cenário, o período de três anos não deve ser contado a partir da data do armazenamento laboratorial, mas sim da configuração da situação de abandono embrionário.

Por tudo que foi exposto, percebe-se que o objeto ora estudado enfrenta a falta de disciplina legal em âmbito nacional. Isso porque, como se viu, a única lei atualmente vigente que busca regular a matéria de forma específica conta com grande lacuna legal. O “Estatuto da Reprodução Assistida”, apesar de contar com mais de cem artigos a respeito dos procedimentos reprodutivos assistidos e suas implicações jurídicas, ainda deve passar pelo crivo das casas legislativas, para que só então possa integrar o ordenamento jurídico. A Resolução do Conselho Nacional de Medicina, por fim, é norma de caráter secundário, estabelecendo regras que têm observância obrigatória apenas àqueles que se encontram subordinados a sua autoridade.

5 CONCLUSÃO

Como se viu, o procedimento de fertilização *in vitro*, capaz de constituir a figura dos embriões excedentários, gera diversos reflexos no âmbito legal. A investigação doutrinária acerca do momento inicial da vida humana – e da conseqüente aquisição de personalidade jurídica – foi capaz de revelar que o entendimento majoritário no cenário nacional é benéfico ao embrião crioconservado, vez que se vem entendendo como vivo o ser humano desde a sua concepção. A acertada proposição serve para fundamentar, ainda em um momento inicial, que o embrião excedentário pode – e deve – ser entendido como um sujeito de direitos.

Não há, porém, uma classificação estabelecida por nosso ordenamento que possa ser utilizada, com precisão, para criar as bases da defesa dos interesses embrionários – notadamente os inerentes à personalidade, tais como a própria vida. Neste aspecto, viu-se que o embrião não pode ser tido como pessoa física, nascituro ou prole eventual, pois suas características naturais excluem, por um ou outro motivo, o enquadramento nestas categorias. Assim, jaz o embrião em verdadeira lacuna jurídica, não podendo contar com as proteções legais declinadas às citadas espécies.

Diante de tal situação, se vê com clareza a necessária adaptação da legislação para que possa ser oferecida a devida defesa ao embrião excedentário. De igual forma, por se tratar de defesa de direitos fundamentais à sua existência, inerentes à própria personalidade, crê-se que não há óbice ao elastecimento de categoria que ofereça tal proteção, para que sirva também ao embrião, até que seja criada lei apta a regular o assunto com a especificidade que merece.

A dificuldade imposta pelo ordenamento nacional, porém, não é global. Como seu viu, são vários os países que, atentos às mudanças sociais causadas pelo aparecimento da citada técnica reprodutiva, já trataram de debater e positivar normas sobre o tema. O entendimento, claro, não é unânime: há aqueles que concluem que o referido embrião é merecedor de toda a proteção estatal possível, enquanto outros acreditam que a criação de tal figura sequer deveria ser permitida.

De igual maneira, distintos também são os juízos acerca da própria técnica reprodutiva. Em muitos aspectos, os legisladores de diferentes países optam por regular o tema de maneira diversa: enquanto que em algumas nações, à exemplo, o

universo de possíveis beneficiários das técnicas é elástico ao máximo, em outras tal coletivo é bastante reduzido, ocorrendo a mesma discrepância em relação aos outros tópicos investigados – possibilidade de utilização de procedimentos heterólogos; impugnabilidade da paternidade; admissibilidade da maternidade de substituição; e destinos do embrião excedentários.

Cabe ressaltar, neste aspecto, que não se pode eleger um ordenamento como superior em detrimento de outro. À exemplo, citam-se duas legislações extremamente dispares sobre o assunto, como a espanhola e alemã – conhecidas pela comunidade internacional como permissivas e restritivas, respectivamente. Tais ordenamentos, por mais que encarem o assunto de maneira extremamente diferente, condizem com a cultura e costumes daqueles que os promulgaram. Dessa forma, não são necessariamente melhores ou piores, mas sim mais ou menos adequados ao entendimento cultural de quem os analisa. O estudo da lei vigente nos outros Estados, neste aspecto, serve como norte para que se possa verificar as disposições acerca do assunto em âmbito internacional.

Nacionalmente, porém, se viu que a disciplina da classificação e proteção dos embriões excedentários, bem como dos aspectos jurídicos que decorrem da reprodução humana *in vitro*, se faz deficitária. Tal insuficiência normativa se dá pelo fato de que há apenas uma lei que regula a matéria com certa especificidade, qual seja a Lei de Biossegurança. A referida disposição legislativa, porém, não foi criada com o propósito único de regulamentar o tema ora estudado, motivo pelo qual acaba contando com diversas lacunas. Fora da esfera das leis, tem-se a disposição do Conselho Federal de Medicina, indicada através da Resolução CFM nº 2.168/2017. Consoante o exposto, tal preceito tem uma natureza secundária, não sendo capaz de gerar direitos e obrigações à totalidade da população nacional, sendo de observância obrigatória apenas para aqueles que se encontram sob a autoridade administrativa do Conselho Federal de Medicina. De igual maneira, o diploma mais ambicioso sobre o tema é o “Estatuto da Reprodução Assistida”, também analisado, que visa estabelecer o regramento sobre o tema em sua integralidade. O texto, porém, é ainda um Projeto de Lei, que somente adquirirá caráter legal quando eventualmente aprovado, após o devido processo legislativo, que, como se sabe, nem sempre ocorre com a celeridade dele esperada.

Por fim, conclui-se com o presente estudo que mesmo havendo indicação doutrinária acerca da possibilidade de caracterização do embrião excedentário como ser humano possuidor de personalidade, bem como apesar da popularidade da reprodução assistida *in vitro* no Brasil, não há, apesar da importância dos assuntos, lei que regule os temas com a especificidade que merecem. Assim, percebe-se que se faz necessária e urgente a devida adaptação legislativa, principalmente no que se refere às consequências jurídicas da reprodução *in vitro* e do estabelecimento de categoria apta a representar os embriões humanos excedentários, para que seja enfim gerado um cenário de plena segurança jurídica.

REFERÊNCIAS

AMATO, Juliana. Fertilização in vitro (FIV/IVF): O que é a fertilização in vitro (FIV)? Em quais situações o método é aplicável? A FIV pode ajudar a engravidar? **Fertilidade.org**. 2017. Disponível em: < <https://fertilidade.org/content/fertilizacao-vitro-fiv-ivf>>.

AMATO, Juliana. Inseminação Artificial: inseminação (intrauterina e cervical) é tratamento para infertilidade. **Fertilidade.org**. 2017. Disponível em: <<https://fertilidade.org/content/inseminacao-artificial>>.

BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1910-1919/lei-3071-1-janeiro-1916-397989-publicacaooriginal-1-pl.html>>.

BRASIL. **Lei nº 9.434, de 04 de fevereiro de 1997**. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9434.htm>.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>.

BRASIL. **Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005**. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1o do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei no 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória no 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5o, 6o, 7o, 8o, 9o, 10 e 16 da Lei no 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm>.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>.

BRASIL. **Primeira Jornada de Direito Civil**. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/648>>.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 115, de 03 de fevereiro de 2015**. Institui o Estatuto da Reprodução Assistida, para regular a aplicação e utilização das técnicas de reprodução humana assistida e seus efeitos no âmbito das relações civis sociais. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=FC8EE34507474303A4C9185972B2058F.proposicoesWebExterno1?codteor=1296985&file name=PL+115/2015>.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 2.168, de 21 de setembro de 2018**. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida –sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudam a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos –, tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM nº2.121, publicada no D.O.U. de 24 de setembro de 2015, Seção I, p.117. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>>.

DEUTSCHLAND – BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND. **Embryo Protect Act, 12 dez. 1990**. Disponível em: <<http://www.gesetze-im-internet.de/eschg/BJNR027460990.html>>.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. 12. ed. Salvador: JusPODIVM. 2014.

FERTILITY MEDICAL GROUP. ICSI – Injeção Intracitoplasmática de espermatozoide. **Fertility Medical Group**. Disponível em:< <http://fertility.com.br/tratamentos/icsi-injecao-intracitoplasmatica-de-espermatozoides//> >.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A Nova Filiação: o Biodireito e as relações parentais**. São Paulo: Renovar, 2003.

ITURBURU, Mariana; AMEZCUA, María Martina Salituri; ACATTO, Mariana Vázquez. *La regulación de la filiación derivada de las técnicas de reproducción...* **SciELO**, jun. 2017. Disponível em: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472017000100005>.

LANZAROT, Ana Isabel Berrocal. *Análises de la nueva Ley 14/2006, de 26 de mayo sobre técnicas de...* **Revista de la Escuela de Medicina Legal**. Madrid, jan. 2007. p. 40-70. Disponível em: <<http://revistas.ucm.es/index.php/REML/article/download/50222/46673>>.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

LEITE, Gisele; CRUZ, Ramiro Luiz P. da. Sobre a hierarquia das leis no direito brasileiro. **Jus Brasil**. 2018. Disponível em: <<https://professoragiseleite.jusbrasil.com.br/artigos/568078901/sobre-a-hierarquia-das-leis-no-direito-brasileiro>>.

LUZ, Valdemar P. da. **Dicionário Jurídico**. Barueri: Manole. 2014.

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

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles. **Tutela jurídica do nascituro à luz da constituição federal**. Disponível em:

<<http://www.rodolfopamplonafilho.com.br/upload/tutela-juridica-do-nascituro-a-luz-da-constituicao-20160530103954.pdf>>.

REINO DE ESPAÑA. Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-9292>>.

REPÚBLICA ARGENTINA. Decreto 956/2013. Ley N° 26.862. Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción medicamente asistida. *Reglamentación.* Disponível em: <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/215000-219999/217628/norma.htm>>.

REPÚBLICA ARGENTINA. Ley 26,862, de 5 de junio de 2013. Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida. Disponível em: <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/215000-219999/216700/norma.htm>>.

REPÚBLICA ARGENTINA. Ley 26.994, de 1 de octubre de 2014. Código Civil y Comercial de La Nación. Disponível em: <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm>>.

REPÚBLICA PORTUGUESA. Lei nº 32, de 26 de julho de 2006. Procriação medicamente assistida. Disponível em: <<https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/539239/details/normal?l=1>>.

REPÚBLICA PORTUGUESA. Lei nº 58, de 25 de setembro de 2017. Quarta alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de julho. Disponível em: <<https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/107745743/details/maximized>>.

STRAW, Cecilia et al. (Org). **Reprodução Assistida e relações de gênero na América Latina.** Curitiba: Editora CRV. 2016.

TARTUCE, Flávio. A situação jurídica do nascituro: uma página a ser virada no direito brasileiro. **Amazon Web Services.** [200-?] Disponível em: <https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/38902869/A_situacao_juridica_do_nascituro_Flavio_Tartuce.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1536914639&Signature=OCbDyT13WceeiE3rC5R088i7ohw%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DA_situacao_juridica_do_nascituro_Flavio.pdf>.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil.** 7. ed. São Paulo: Método. 2003.