

**REFLEXÕES ACERCA DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E DA  
FASE EMBRIONÁRIA DO DESENVOLVIMENTO HUMANO. DO EMBRIÃO  
*IN VIVO*, DO EMBRIÃO *IN VITRO* E DO NASCITURO**

REFLECTIONS ABOUT ASSISTED HUMAN REPRODUCTION AND THE  
EMBRYONARY STAGE OF HUMAN DEVELOPMENT. *IN VIVO* EMBRYO, *IN  
VITRO* EMBRYO AND THE UNBORN CHILD

Ana Paula Correia de Albuquerque da Costa\*  
Robson Antão de Medeiros\*\*

**RESUMO**

Os avanços da medicina, com a possibilidade de fertilização *in vitro* e o nascimento de bebês de proveta, permitiram que casais com problemas de procriação realizassem o sonho da paternidade. Ao mesmo tempo, porém, trouxeram uma série de questionamentos sob o ponto de vista ético e jurídico. Exemplo disso é a questão dos embriões excedentários e o que deve ser feito com eles, se devem ser preservados, descartados ou destinados à pesquisa com células tronco. Qual o tratamento que deve ser dado? O presente artigo pretende, pois, analisar aspectos relativos ao atual estado da arte quando se lida com matéria de direito a respeito do embrião excedentário, iniciando com breve análise acerca das teorias que versam sobre o início da vida para, então, passar a tecer considerações acerca da formação do excedente, diferenciação entre o embrião *in vitro* e o embrião *in vivo* e, demonstrar quão necessária é a criação de um estatuto jurídico para o embrião excedentário no direito brasileiro.

**Palavras-chave:** embrião *in vitro*; embrião *in vivo*; estatuto jurídico

**ABSTRACT**

---

\* Professora Assistente do Curso de Direito da Universidade Federal da Paraíba (UFPB); Mestre em Ciências Jurídicas pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba- UFPB; Doutoranda em Direitos Humanos e Desenvolvimento na UFPB. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Civil (IBDCivil) e membro fundador e primeira vice-presidente do Instituto de Pesquisa e Extensão Perspectivas e Desafios de Humanização do Direito Civil Constitucional. Link para o currículo lattes: <http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/busca.do> E-mail: [ap\\_albuquerque@yahoo.com.br](mailto:ap_albuquerque@yahoo.com.br)

\*\* Professor Adjunto da faculdade de Direito da UFPB. Professor do Programa de Pós-graduação em Ciências Jurídicas - UFPB. Mestre em Ciências Jurídicas (UFPB). Doutor em Ciências da Saúde (UFRN). Pós-Doutor em Direito (Faculdade Direito de Coimbra - Portugal). Fundador Sênior do Instituto de Pesquisa e Extensão Perspectivas e Novos Desafios de Humanização do Direito Civil-Constitucional - IDCC. Orientador.

Advances in medicine, with the possibility of in vitro fertilization and birth of test-tube babies, allowed couples with problems of procreation realized the dream of parenthood. At the same time, however, brought a series of questions under the ethical and legal point of view. An example of this is the issue of supernumerary embryos and what should be done with them, if it must be preserved, discarded or intended to stem cell research. Which the treatment that should be given? This article therefore aims to analyze aspects of the current state of the art when dealing with matters of law concerning supernumerary embryo, starting with brief analysis about the theories about the beginning of life, and then pass to make considerations about supernumerary embryos, differentiation between the in vitro embryo and the in vivo embryo and demonstrate how necessary is the creation of a legal status for the supernumerary embryo in Brazilian law.

**Keywords:** in vitro embryo; in vivo embryo; legal status

## 1 INTRODUÇÃO

Tema de bastante relevância nos últimos anos tem sido as repercussões éticas e jurídicas que surgem a partir dos procedimentos de procriação artificial. Todavia, ao mesmo tempo em que a tecnologia traz esperança a pessoas que outrora não poderiam ter filhos, traz questionamentos ético-jurídicos acerca dos procedimentos e técnicas empregados e resultados obtidos. Na medida em que as técnicas avançam, as dúvidas e inquietudes sociais se multiplicam, sem que a produção legislativa seja capaz de conceder respostas em tempo hábil.

Diante da ausência de lei a respeito, como lidar com as repercussões éticas, jurídicas e sociais acerca das técnicas de reprodução humana assistida e, principalmente, o que fazer com os embriões excedentes após o tratamento bem sucedido? Quais os seus direitos? Que tipo de proteção receber? As respostas ainda são muito incertas, diante do vazio legislativo sobre a matéria no Brasil. Todavia, essas situações são cada vez mais frequentes, e as respostas não devem tardar a chegar.

Enquanto as respostas não chegam, far-se-á aqui algumas reflexões acerca da condição jurídica do embrião excedentário. Para tanto, no início serão analisados aspectos gerais da reprodução assistida, passando posteriormente às teorias acerca do início da vida e à formação do embrião excedentário. Por fim, será ponderada a situação do embrião *in vitro* e do embrião *in vitro* no direito brasileiro.

## 2 DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA – ASPECTOS GERAIS

Segundo Maluf, RHA é, “basicamente, a intervenção do homem no processo de procriação natural, com o objetivo de possibilitar a pessoas com problemas de infertilidade ou esterilidade satisfaçam o desejo de alcançar a maternidade ou a paternidade” (2010, p. 153). Maria Helena Diniz, a seu turno, define reprodução humana assistida como o “conjunto de operações para unir, artificialmente, os gametas feminino e masculino, dando origem a um ser humano [...]” (2011, p. 610).

Quando se fala a respeito da procriação medicamente assistida, costuma-se tratá-la como *ato médico*. Com efeito, nos termos da resolução 1.957/2010 do Conselho Federal de Medicina (CFM), a RHA era descrita como tratamento para pessoas com esterilidade ou infertilidade. A Resolução nº 2013/2013 do mesmo órgão inova ao dispor, nos princípios gerais, que “1 As técnicas de reprodução assistida (RA) têm o papel de auxiliar a resolução dos problemas de reprodução humana, facilitando o processo de procriação”, possibilitando a atuação do médico em outros casos além dos que havia impossibilidade de procriar em razão de patologias clínicas.

Assim, os avanços da medicina, com a possibilidade de fertilização *in vitro* e o nascimento de bebês de proveta, possibilitou que casais com problemas de procriação realizassem o sonho da paternidade. Ao mesmo tempo, porém, trouxe uma série de questionamentos sob o ponto de vista ético e jurídico.

Com efeito, as polêmicas levantadas acerca da produção e destino de embriões excedentários, gestação de substituição e, conforme a nova resolução do CFM, datada de abril de 2013, a utilização dos métodos de inseminação artificial por pessoas que, apesar de não apresentarem quadro clínico de patologias que causem infertilidade ou esterilidade, optam pela realização da reprodução assistida em razão de opções e escolhas pessoais, como mulheres solteiras em projeto autônomo de filiação e a utilização das técnicas por casais homoafetivos.

Todavia, tais procedimentos fazem surgir uma série de questionamentos sob o ponto de vista ético e jurídico. Na medida em que a medicina avança, as inquietações só aumentam. Exemplo disso são as ponderações, cada vez mais frequentes, entre o direito ao sigilo do doador do gameta e o direito do filho de conhecer a origem genética; disputas pela maternidade da criança em caso de cessão temporária de útero; implicações éticas e jurídicas do chamado “adultério genético”; entre outros.

O que mais inquieta a população é a ausência de norma jurídica que regule a matéria. Diante do vácuo legislativo, o CFM procura estabelecer parâmetros de condutas éticas a serem seguidas pelos médicos e clínicas que realizam procedimentos de RHA. Nesse sentido, Borges e Oliveira afirmam que:

No Brasil, enquanto impera a inércia do legislador ordinário, o Conselho Federal de Medicina, considerando a necessidade de harmonizar o uso das técnicas com os princípios da ética médica, aprovou, em novembro de 1992, a Resolução nº 1.358, que reflete normas compatíveis com os princípios constitucionais e com o ordenamento jurídico, embora não solucionem diretamente os conflitos inerentes às práticas. Essa Resolução não tem força de lei, mas é hoje uma das diretrizes responsáveis pelo controle social da utilização das técnicas (2000, p.18).

Importante ressaltar que a resolução supracitada foi substituída, em 2010, pela de nº 1.957, sendo esta última revogada pela Res. n 2013 de abril de 2013. Diante do vácuo legislativo, verifica-se a necessidade de se refletir sobre as técnicas de reprodução humana assistida e analisar as consequências jurídicas e sociais originadas a partir dessas práticas.

Antes de adentrar nos aspectos gerais da resolução do CFM, convém levantar as principais causas e efeitos que incidem na escolha pela forma assistida de reprodução. Nesse aspecto, importante a reflexão que Nogueira da Gama faz a respeito, *in verbis*:

As técnicas de reprodução medicamente assistida permitem o acesso à procriação através de recursos médicos – o que torna conhecido, portanto, o momento da concepção, diversamente da concepção resultante do ato sexual, **contornando o problema da esterilidade da pessoal ou do casal.** (2003, p. 634)  
(grifos nossos)

Assim, deve-se considerar como causa determinante para se recorrer às técnicas assistidas de reprodução, a impossibilidade de procriação, seja esta unilateral ou por ambos os componentes do grupo familiar que se quer ampliar, quaisquer que sejam os motivos que conduziram a tal realidade. Estes, os motivos, podem ser das mais diversas ordens, das quais três merecem destaque: em virtude de patologias; em virtude de tratamentos ou por razões sociais. Expliquemos.

Existem doenças variadas que podem levar à impossibilidade de reprodução, seja porque a própria patologia causa infertilidade, seja para evitar risco de contaminação à prole ou ao parceiro, como é o caso do HIV. Sabe-se de um caso que o portador do vírus da AIDS, no caso, a mãe portadora, conseguiu gestar uma criança sem que houvesse contaminação. Contudo, tal acontecimento teve grande repercussão, sendo noticiado com muita ênfase, justamente pela pouca probabilidade de sucesso.

Ao mesmo tempo, certos tratamentos pelos quais pessoas acometidas dos mais diversos males passam também podem levar o indivíduo a problemas de esterilidade ou infertilidade, sejam eles químicos ou cirúrgicos. Mulheres que passam por esterectomia, homens que fazem quimioterapia, entre outros. Resta a eles a possibilidade de preservar os gametas para uma futura inseminação.

Mas, para além dos males físicos, uma terceira causa destaque, as razões sociais. Com efeito, conforme será abordado com mais profundidade nos capítulos seguintes, a família moderna se apresenta com uma nova estrutura. A família monoparental e uniões homoafetivas são, hoje, uma realidade cada vez mais frequente. Como toda família, pode surgir o desejo de procriar, o que não seria possível através da conjunção carnal, pelo menos não pelo modo de vida a que tais pessoas se propuseram, sendo necessário, pois, se utilizar de outros meios para tornar viável o sonho da paternidade e/ou maternidade.

Note-se que, nesse terceiro ponto, as pessoas não apresentam, necessariamente, patologias ou distúrbios que as impossibilitem de procriar de forma natural. Todavia, por motivos sociais, seja pela falta de um parceiro, seja porque o parceiro é do mesmo sexo biológico, o uso de meios artificiais de filiação se faz necessário, e a medicina não fechou os olhos para essa realidade.

Nesse sentido, a res. nº 2013/2013 já inicia afirmando que “1 - As técnicas de reprodução assistida (RA) têm o papel de auxiliar a resolução dos problemas de reprodução humana, facilitando o processo de procriação”. Não restringe, pois, a origem do problema, mas se refere apenas a tal impossibilidade de maneira genérica. Qualquer pessoa que queira ter um filho e, por motivos físicos ou sociais, precise fazer uso de meios artificiais, pode procurar auxílio médico. Acrescento que devem inclusive, ser fornecido pelo Sistema Único de Saúde (SUS), quando o candidato a pai ou a futura mãe não tiver condições de arcar com os custos do tratamento, tanto os procedimentos clínicos quanto os medicamentos.

A redação do instrumento normativo que norteia o presente artigo é extremamente inovadora, tocando claramente em aspectos que o próprio legislador civil, por ocasião da elaboração do novo código, o de 2002 – faz-se aqui o registro que ele foi lançado mais de uma década após a Constituição Federal de 1988, que consagrou a existência de outras entidades familiares para além dos tipos tradicionais – como a família monoparental e a família homoafetiva. A resolução traz, explicitamente, casais homoafetivos e pessoas solteiras como prováveis sujeitos. Reconheceu e abordou de forma clara essas entidades

familiares. Conforme a citação abaixo, fez o que o legislador brasileiro, covardemente, se esquivou de fazer.

## II - PACIENTES DAS TÉCNICAS DE RA

1 - Todas as pessoas capazes, que tenham solicitado o procedimento e cuja indicação não se afaste dos limites desta resolução, podem ser receptoras das técnicas de RA desde que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos sobre a mesma, de acordo com a legislação vigente.

2 - É permitido o uso das técnicas de RA para relacionamentos homoafetivos e pessoas solteiras, respeitado o direito da objeção de consciência do médico.

A Resolução nº 2013 traz, ainda, orientações acerca dos procedimentos realizados pelos médicos e clínicas, preservação e destinação de embriões excedentários, gestação de substituição, reprodução *post mortem*, entre outras temáticas. Vale salientar que a res. 2013/2013, apesar de ser ato normativo, não é lei. Serve de parâmetro ético a ser seguido pelos profissionais de saúde, mas, em vários aspectos, no direito brasileiro, é a única norma existente sobre a matéria.

Não obstante a inexistência de estatuto específico para reger a aplicação das técnicas de reprodução humana assistida, há mais de uma década tramitam no Congresso nacional projetos de lei acerca do tema. Neste trabalho, citaremos alguns dos quais consideramos mais ilustrativos do cenário brasileiro. Antes, porém, não podemos deixar de questionar os motivos de tanta morosidade.

O primeiro bebê de proveta nasceu em 1978 na Inglaterra (Warnock Report, 1984, p.13), e, ao mesmo tempo que trouxe alegria e entusiasmo pelos avanços na ciência da embriologia, esperança para aqueles que padeciam de alguma das muitas causas da infertilidade, levantou questionamentos acerca dos limites e controle que deveriam ser determinados. Logo se percebeu que as novas técnicas acarretariam situações nunca antes vistas ou imaginadas, jamais contempladas pelas normas de direito até então existentes, de modo que se chegou à conclusão de que novas leis seriam necessárias para reger os métodos de procriação medicamente assistida, manipulação de embriões e suas respectivas consequências<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> “The development of science and medical technology in the field of human fertilisation opens up many new issues for the law. In vitro fertilisation, for example, has brought about situations not previously contemplated, in relation to which there is either no law at all., or such law as exists was designed for entirely different circumstances. We believe that new laws will be necessary to cope with the new techniques for alleviating infertility and their consequences, and to deal with the developments in research in the field of embryology. But we foresee real dangers in the law intervening too fast and too extensively

Vários países, na sequência, editaram normas sobre reprodução humana assistida. Alemanha, Portugal, Espanha, Holanda, França... Todos possuem normas específicas. Nossos vizinhos argentinos, além de lei específica, dispõem dispositivos expressos no novo código civil, a exemplo do artigo 19, que cita o embrião *in vitro* e dos artigos 560 e seguintes, que versam sobre as regras relativas à filiação por técnicas de reprodução humana assistida.

No Brasil, o primeiro bebê de proveta nasceu em 1984, há trinta anos(!), e ainda não dispomos de lei sobre a matéria. Além da propositura tardia – os primeiros projetos de lei datam do início da década de 2000 – a tramitação no Congresso é bastante demorada. Há bancadas extremamente conservadoras e fechadas a determinados temas, dentre os quais estão assuntos conexos a utilização de técnicas de RHA.

Dentre os projetos em tramitação atualmente, podemos citar o PL nº 2061/2003, de autoria da Deputada “Maninha”, que dispõe, em seu art. 1º, que:

**Art. 1º** As técnicas de Reprodução Humana Assistida poderão ser utilizadas como um dos componentes auxiliares na resolução dos problemas de infertilidade humana, através dos serviços de saúde, públicos e privados, como forma de facilitar o processo de procriação, quando outras terapêuticas tenham sido ineficazes ou ineficientes para solução da situação de infertilidade.

No mesmo norte, o PL 1184/2003 reza que a RHA é permitida em caso de infertilidade ou de doenças ligadas ao sexo (art. 2º), porém restringe explicitamente os beneficiários a mulheres e casais. Mais recentemente, o PL 4892/2012 define a RHA como técnicas médicas e cientificamente aceitas de modo a interferir diretamente no ato reprodutivo (art. 2º).

Em meio a tantas polêmicas, um dos temas mais recorrentes é o destino do embrião excedentário, aquele que não mais está inserido em um projeto de filiação. No Brasil, problema se agrava pela inexistência de consenso sobre a natureza jurídica do embrião *in vitro*, problema que pretendemos solucionar ao final da presente tese. Antes, porém, convém que façamos algumas considerações acerca do início da vida, posto que será um dos conceitos fundamentais para o estabelecimento de um estatuto jurídico para o embrião excedentário.

---

in areas where there is no clear public consensus. Furthermore both medical science and opinion within society may advance with startling rapidity” (Warnock Report, 1984, p. 16)

### **3 DIREITOS FUNDAMENTAIS: DIREITO À VIDA E O EMBRIÃO EXCEDENTÁRIO**

Os direitos fundamentais foram sendo positivados gradativamente no decorrer da história. Apesar de serem direitos inerentes à condição humana, seu reconhecimento constitucional se deu em momentos diferentes, devido a sua inegável modificação ao longo dos anos.

Primeiro foram formalmente consolidados os chamados direitos de primeira geração, isto é, os direitos civis e políticos, atraindo especial atenção o direito à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei, influenciados principalmente pelo liberalismo político e individualismo jurídico, marcando a passagem do Estado Absoluto para o Estado Liberal de Direito.

Em seguida os direitos de segunda geração, isto é, direitos sociais, econômicos e culturais, cuja herança provém dos excessos e falhas do capitalismo, marcando a passagem do Estado Liberal de Direito para o Estado Social de Direito. Logo após, foram firmados os direitos de terceira geração, isto é, os direitos difusos e coletivos, marcando a passagem para o Estado Democrático de Direito que vivenciamos hodiernamente.

Apesar de usar termo “geração” para nos referir a gradativa inserção constitucional das diversas nuances de direitos fundamentais insurgidas ao longo da história, essa locução tem sofrido ataques, visto que atrai a falsa impressão que um grupo de direitos fundamentais viria para substituir outro dado por ultrapassado.

Sem embargo, a nomenclatura “dimensões” também recebe críticas, ao argumento de que tal expressão serve para indicar dois ou mais componentes do mesmo fenômeno, sendo que, no caso em foco, há grupos de direitos fundamentais cujas conformações se revelam extremamente discrepantes. Diante de tal polêmica, geralmente esses termos são usados na qualidade de sinônimos.

O direito à vida é um dos mais importantes direitos fundamentais, sendo pressuposto e fundamento de todos os demais direitos. Não há que se falar em igualdade, liberdade, solidariedade, segurança, propriedade, saúde, educação, dignidade da pessoa humana, entre outros direitos igualmente essenciais, se não houver respeito ao direito à vida.

### 3.1 TEORIAS ACERCA DO INÍCIO DA VIDA

Sabe-se que a definição de um status que se pretende conferir ao embrião não é tarefa fácil. A consideração do embrião como sujeito ou não de direitos está intimamente ligada ao marco inicial da vida, no entanto, diversas são as teorias que tentam delimitar seu início, e todas elas dispõem de embasamentos plausíveis tornando o assunto ainda mais complicado.

Nesse sentido, o Direito, como instrumento regulador de condutas, precisa da ajuda da Biomedicina para determinar o início da mais preciosa garantia individual, ressaltando que essas ideias acerca do início da vida são desenvolvidas em espaços não isentos de interesses, isto é, espaços políticos, consistindo numa escolha eminentemente política.

De acordo com Rocha (2008), são três as teorias que se formaram a fim de determinar o início do processo vital humano. A primeira delas, a teoria concepcionista, prevê que a vida humana inicia-se com a fertilização do ovócito secundário pelo espermatozoide, desse modo, a partir da fusão de duas células germinativas provenientes de organismos diferentes resulta-se na existência de um novo ser, que possui uma identidade genética individual, dotado de um sistema único e distinto daqueles que lhe deram origem, e contendo todas as características de um ser humano adulto.

Decorrem da teoria concepcionista outras duas teorias: a teoria singamia e a teoria cariogamia. A teoria singamia diz que a vida inicia-se no momento em que ocorre a penetração do espermatozoide no óvulo, ou seja, no instante da fertilização, antes mesmo da concepção. Por sua vez, a teoria cariogamia relaciona o início da vida ao momento da concepção, isto é, no momento que ocorre a fusão dos gametas que acarretará a formação de um novo ser, dotado de identidade genética própria.

A segunda delas, a teoria genético-desenvolvimentista, relaciona o início da vida às fases de desenvolvimento embrionário, desse modo, o embrião humano adquire status jurídico e moral gradativamente, à medida que se desenvolve durante a gestação.

Decorrem dessa teoria genético-desenvolvimentista outras três: a teoria da nidação do ovo, a teoria da formação dos rudimentos do sistema nervoso central e a teoria do pré-embrião. Os partidários da teoria da nidação defendem que o início da vida começa com a fixação do ovo no útero da mulher, pois, do contrário, o embrião não teria

condições de se desenvolver. A teoria dos rudimentos do sistema nervoso central relaciona que a vida inicia-se com o aparecimento dos primeiros sinais de formação do córtex cerebral, que ocorre entre o décimo quinto dia e o quadragésimo dia de evolução embrionária, ou seja, após a verificação da emissão de impulsos elétricos cerebrais é que se pode afirmar que se iniciou uma vida especificamente humana, pois seria quando o homem teria a possibilidade de possuir consciência. A teoria do pré-embrião foi a que mais exerceu influência na legislação mundial. Os partidários dessa teoria entendem que até o 14º dia após a concepção o que existe não é um ser humano, mas uma célula progenitora capaz de gerar um ou mais indivíduos da mesma espécie, abrindo espaço para a experimentação científica até essa data.

Por fim, a teoria da pessoa humana em potencial mostra-se como uma alternativa às duas teorias supracitadas. De acordo com essa teoria, não é possível identificar totalmente o embrião como uma pessoa humana, visto que ele não possui personalidade e não é capaz de exercer direitos e contrair obrigações, no entanto, embora ele não seja uma pessoa humana, não se pode dizer que ele constitui um mero amontoado celular, uma vez que seu desenvolvimento leva a formação, indubitavelmente, de um ente humano. Desse modo, o embrião desde o momento da concepção estaria num estado de potência e ao passar da potência para o ato é que se efetivaria sua proteção jurídica.

### 3.2 LEGISLAÇÕES NACIONAL E INTERNACIONAL SOBRE A VIDA

Vários são os diplomas nacionais e internacionais que buscam tutelar a vida, demonstrando um esforço jurídico e político no sentido de protegê-la. A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º assevera: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a **inviolabilidade do direito à vida** (...)” (grifos nossos). Bem como o artigo 2º do Código Civil Brasileiro, que afirma: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; **mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.**” (grifos nossos).

No tocante a legislação internacional, o Estado brasileiro é signatário de várias Convenções sobre direitos humanos que dispõem sobre o direito à vida, tais como o Pacto Internacional de Direito Cívico e Político de 1966, que diz em seu artigo 6º que “**O direito à vida é inerente à pessoa humana. Este direito deverá ser protegido pela lei.**”

**Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.**” (grifos nossos), a Convenção Americana de Direitos Humanos que dispõe em seu artigo 4º: “Toda pessoa tem direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, **desde o momento da concepção.** Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.” (grifos nossos) e a Declaração Universal de Direitos Humanos que diz no seu artigo 1º “Todas as pessoas nascem livres e **iguais em dignidade e direitos.** (...)” (grifos nossos).

Como bem aponta a Constituição Federal de 1988, os diplomas internacionais ratificados pelo Brasil ganham forma de norma constitucional, vejamos:

Artigo 5º, parágrafo segundo: Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos **tratados internacionais** em que a República Federativa do Brasil seja parte. (grifos nossos)

Artigo 5º, parágrafo terceiro: Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às **emendas constitucionais.** (grifos nossos)

Diante do que foi exposto, observa-se que o Brasil respeitando a legislação nacional e internacional deve proteger a inviolabilidade da vida desde o momento da concepção, sem fazer restrição quanto à modalidade (corpórea ou extracorpórea), ou seja, não seria possível a pesquisa com células-tronco embrionárias, visto que o embrião seria um sujeito de direitos.

No entanto, a Lei nº 11.105/2005, chamada Lei de Biossegurança, diz em seu artigo 5º que “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 (...)”, colocando em discussão a assertiva acima mencionada.

Sabe-se que a definição daquilo que de fato é protegido pelo direito fundamental à vida não é pacífica. Constatam-se três âmbitos de proteção de tal direito, havendo atribuição de significado ao direito à vida como direito à própria vida, direito a uma vida digna e direito à proteção em face aos avanços da biologia.

Nesse diapasão, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510-0-DF debateu a constitucionalidade do artigo 5º e parágrafos da Lei de Biossegurança, que envolve as pesquisas e terapias com células tronco embrionárias humanas, diante da proteção constitucional ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana. Na ocasião, o Supremo Tribunal Federal declarou, por maioria dos votos, pela constitucionalidade do referido

artigo e parágrafos, visto que apesar do embrião ser um bem jurídico a ser protegido e por esse motivo a lei salvaguarda seus eventuais direitos, ele é uma expectativa de vida humana, e para que ele adquira esses direitos é preciso que ocorra o nascimento com vida.

Portanto, observa-se o quanto essa questão acerca do início da vida e a pesquisa de células-tronco embrionárias suscitam divergências, fazendo-se necessário a criação de um Estatuto Jurídico do Embrião para maior segurança acerca do assunto.

#### **4 DO EMBRIÃO EXCEDENTÁRIO**

As técnicas de RHA surgiram, pois, como tratamento para que casais com problemas de infertilidade e esterilidade pudessem ter correspondidos seus anseios de procriação. Todavia, a evolução da sociedade e o surgimento de novas modalidades de entidades familiares fez com que novas demandas surgissem perante a comunidade médica, que estenderam tais procedimentos a pessoas que, muito embora não padeçam de nenhum mal que lhes retire a capacidade física de reprodução, encontram-se impossibilitadas de fazê-lo por motivos outros, como pessoas solteiras e casais homoafetivos. Segundo Nogueira da Gama, “opera-se, na contemporaneidade, a medicalização da procriação, ou seja, o crescente domínio que a medicina vem adquirindo no campo da reprodução humana [...]” (2003, p.640).

Quando se deparam com o problema da infertilidade muitos casais motivados pelo desejo de formar uma família procurarem clínicas de reprodução. Dessa forma, os bebês são gerados através da reprodução assistida, que consiste no encontro do óvulo com o espermatozoide fora do corpo da mãe, ou seja, neste caso a fertilização se dá em laboratório. Após a fertilização, o embrião pode se desenvolver em laboratório até 14 dias, sendo congelado até o décimo quinto dia (CFM, 2013) ou, antes disso, se for o caso, transferido para o útero materno.

Diante do risco do procedimento, vários óvulos são inseminados para que o tratamento tenha resultados satisfatórios. Quando um casal procura esse meio de reprodução, vários embriões são produzidos, mas nem todos são implantados, pois aqueles considerados menos viáveis, isto é, aqueles que possuem grande capacidade de não se desenvolver com saúde não são inseridos no útero da mulher. Por outro lado, para que a gravidez ocorra é necessário que mais de um embrião saudável seja transplantado.

No entanto, um número elevado de embriões implantados pode gerar gestação múltipla e tal fato leva ao surgimento de embriões excedentes. Segundo a resolução 2012/2013 do Conselho Federal de Medicina, o número de oócitos e pré-embriões a serem transferidos não deve ser superior a quatro, como forma de evitar multiparidade, devendo os demais permanecer criopreservados.

Assim, a grande problemática gira em torno do destino dado a esses embriões excedentes. Estes poderão ficar congelados por tempo indeterminado, ser descartados ou até mesmo utilizados para pesquisas científicas. Para se saber qual destino deverá ser dado ao ser humano *in vitro* é preciso antes de mais nada saber se os mesmos possuem vida e se podem fazer parte de uma relação jurídica, não sendo portanto, tratados como mero objeto.

Ocorre que, ao prestar esse tipo de tratamento, as clínicas costumam “produzir”, por cautela, um número de embriões bem maior do que o que será, inicialmente, implantado no útero da mulher. Durante o procedimento, o recomendado é que se insira de dois a quatro embriões, para aumentar as chances de uma gestação bem sucedida. O restante dos embriões, como dissemos, fica armazenado na clínica a espera de um destino. A pergunta que fica é: que destino?

Apesar de o art. 5<sup>o</sup> da Lei Nacional de Biossegurança (Lei nº 11.105/2005), cuja constitucionalidade foi questionada pela em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510/DF, e a Resolução do Conselho Federal de Medicina, que adota normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução humana assistida, trazerem algumas possibilidades, quais sejam, doação, pesquisa e descarte, ainda não é suficiente. Se os doadores quiserem, podem deixar os embriões armazenados até se tornarem inviáveis, sem que se permita doação ou destinação à pesquisa. Seria correto ou digno esse

---

<sup>2</sup> Art. 5<sup>o</sup> É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização **in vitro** e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

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

§ 1<sup>o</sup> Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

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

§ 3<sup>o</sup> 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.](#)

comportamento? Também não se pode dizer que seria correto ou incorreto obrigá-los a dar uma destinação.

A inquestionável importância de uma proteção jurídica específica do embrião justifica a necessidade da criação de um estatuto que lhe seja peculiar, através de disposições normativas que salvaguardem a sua tutela, a fim de que lhe seja afastada a condição de coisa e resguardado o seu significado, enquanto origem da vida humana. Por via correlata, as opções para o destino do excedente estarão vinculadas ao estatuto ético do embrião.

Em que pese alguns países já disporem de normas específicas sobre a matéria, a exemplo da Alemanha e Espanha (ROCA i TRIAS, 2002, p.108 e 109), o Brasil ainda carece de regulamentação especial e pouco se fala, na doutrina, sobre um estatuto, sobre quais seriam as condutas éticas e jurídicas que se deve adotar para com o embrião.

Se aprovado, o Projeto de Lei nº 4892/2012, soluciona parcialmente a questão, ao limitar a produção de embriões ao quantitativo a ser implantado na genetriz, sendo então congelados apenas os gametas masculino e feminino, a exemplo do que ocorre na Alemanha. Só em casos excepcionais se resultaria na produção de excedentes. *In vervis*:

**Art. 27.** É permitido o congelamento de óvulos e espermatozoides pelas Clínicas, centros médicos ou hospitais que disponibilizem tratamentos de reprodução humana assistida, cadastrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária.

**Art. 28.** É vedada a produção de embriões supranumerários, entendidos como aqueles que excedem o número necessário à transferência em razão da idade da mulher.

**Art. 29.** O número de embriões a serem transferidos para a receptora será de:  
I – até dois embriões, em mulheres com até 35 anos;  
II – até três embriões, em mulheres entre 36 e 39 anos;  
III – até quatro embriões, em mulheres com 40 anos ou mais.

**Art. 30.** Em caráter excepcional, caso haja a indicação médica de não se transferir imediatamente os embriões para a receptora, eles poderão ser criopreservados.

O Código Civil brasileiro cita o embrião pré-implantatário no art. 1597, inciso IV, mas não define sua natureza jurídica. Para a lei civil, portanto, ele existe e pode ser inserido em um projeto de filiação, mas não se sabe em que categoria jurídica poderia ser colocado. Somando-se a isso, uma problemática recorrente nas técnicas de reprodução humana assistida é: o que se fazer com o embrião excedentário, aquele que já não mais se encontra em um projeto familiar.

A esse respeito, a nova resolução aumentou o tempo mínimo de crioconservação para o período de 05 (cinco) anos e dá outras determinações:

## **V - CRIOPRESERVAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES**

**1** - As clínicas, centros ou serviços podem criopreservar espermatozoides, óvulos e embriões e tecidos gonádicos.

**2** - O número total de embriões produzidos em laboratório será comunicado aos pacientes, para que decidam quantos embriões serão transferidos *a fresco*, devendo os excedentes, viáveis, serem criopreservados.

**3** - No momento da criopreservação os pacientes devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos embriões criopreservados, quer em caso de divórcio, doenças graves ou falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los.

**4** - Os embriões criopreservados com mais de 5 (cinco) anos poderão ser descartados se esta for a vontade dos pacientes, e não apenas para pesquisas de células-tronco, conforme previsto na Lei de Biossegurança.

Assim, o material preservado só pode ser descartado após o tempo mínimo determinado no citado ato normativo. Nesse ponto, deve-se destacar que o Conselho Federal de Medicina foi além do que a Lei de Biossegurança determina, provavelmente como um cuidado maior para não descartar embriões que ainda poderiam desenvolver uma gestação.

O elemento determinante para a criopreservação é a viabilidade, leia-se possibilidade de dar origem a uma gravidez. A partir do momento em que a inviabilidade for averiguada, o descarte é permitido. Do mesmo modo, a destinação à pesquisa só será possível quando o embrião é declarado inviável. A inviabilidade diz respeito à gestação, mas a pesquisa é possível.

Ainda com relação ao embrião, sua produção só é possível única e exclusivamente para fins de procriação. Clonagem humana é terminantemente proibida. Não é ético, é ilegal. Do mesmo modo, não é ético se utilizar das técnicas de reprodução assistida para escolha do sexo ou para fins de melhoramento genético. As técnicas devem ser utilizadas para tratamento e não como uma espécie de “baby shopping”. Conforme a resolução, a determinação do sexo ou outros tipos de manipulações só serão permitidas com o intuito de diagnosticar doenças genéticas:

## **VI - DIAGNÓSTICO GENÉTICO PRÉ-IMPLANTAÇÃO DE EMBRIÕES**

**1** - As técnicas de RA podem ser utilizadas acopladas à seleção de embriões submetidos a diagnóstico de alterações genéticas causadoras de doenças.

**2** - As técnicas de RA também podem ser utilizadas para tipagem do sistema HLA do embrião, com o intuito de seleção de embriões HLA-compatíveis com algum filho(a) do casal já afetado por doença, doença esta que tenha como modalidade de tratamento efetivo o transplante de células-tronco ou de órgãos.

**3** - O tempo máximo de desenvolvimento de embriões "in vitro" será de 14 dias.

Por fim, a resolução dispõe, ainda, sobre a possibilidade de doação de gametas e embriões<sup>3</sup>. Deve-se destacar a preocupação com o sigilo do doador, bem como a provável tentativa de se prevenir relações incestuosas, evitando “que um(a) doador(a) tenha produzido mais que duas gestações de crianças de sexos diferentes, numa área de um milhão de habitantes”.

Nos dois aspectos, a resolução foi muito segura. Talvez, entre ambos, o mais problemático seja a questão do sigilo, vez que cria uma colisão entre dois princípios constitucionalmente reconhecidos, quais sejam: direito ao sigilo e o direito de conhecer a origem genética, ambos intrinsecamente relacionados com os direitos da personalidade.

O direito ao sigilo versa sobre a preservação da intimidade. O doador do material genético não optou por um projeto de filiação, apenas realizou um gesto de bondade em pro da realização do sonho de alguém que lhe era estranho. Violar o sigilo nesses casos seria violar a personalidade do doador e representaria um desestímulo para candidatos a procedimentos futuros.

Ao mesmo tempo, o direito de conhecer sua origem genética também é intrínseco ao ser humano. O fato de saber sua origem não fará surgir direitos e deveres oriundos de relação de parentesco, não trará, para com o genitor, nenhum vínculo de paternidade, apenas concederá ao ser que foi gerado o direito de saber de onde veio, o que pode ser feito por meio de uma ação de investigação de ancestralidade.

---

#### **<sup>3</sup> IV - DOAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES**

- 1** - A doação nunca terá caráter lucrativo ou comercial.
- 2** - Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa.
- 3** - A idade limite para a doação de gametas é de 35 anos para a mulher e 50 anos para o homem.
- 4** - Obrigatoriamente será mantido o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e embriões, bem como dos receptores. Em situações especiais, as informações sobre doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do doador.
- 5** - As clínicas, centros ou serviços que empregam a doação devem manter, de forma permanente, um registro de dados clínicos de caráter geral, características fenotípicas e uma amostra de material celular dos doadores, de acordo com a legislação vigente.
- 6** - Na região de localização da unidade, o registro dos nascimentos evitará que um(a) doador(a) tenha produzido mais que duas gestações de crianças de sexos diferentes, numa área de um milhão de habitantes.
- 7** - A escolha dos doadores é de responsabilidade da unidade. Dentro do possível, deverá garantir que o doador tenha a maior semelhança fenotípica e imunológica e a máxima possibilidade de compatibilidade com a receptora.
- 8** - Não será permitido ao médico responsável pelas clínicas, unidades ou serviços, nem aos integrantes da equipe multidisciplinar que nelas prestam serviços, participarem como doadores nos programas de
- 9** - É permitida a doação voluntária de gametas, bem como a situação identificada como doação compartilhada de óocitos em RA, onde doadora e receptora, participando como portadoras de problemas de reprodução, compartilham tanto do material biológico quanto dos custos financeiros que envolvem o procedimento de RA. A doadora tem preferência sobre o material biológico que será produzido.

A ponderação entre esses dois princípios é deveras delicada. Como na colisão de princípios, a aplicação de um em detrimento de outro não conduz este, o que deixou de ser aplicado, ao prisma da invalidade, a decisão por um ou por outro é casuístico, depende muito do caso concreto. A única determinação preponderante nesses conflitos é quando uma das partes do conflito padece de alguma doença cujo tratamento passe pelo conhecimento de sua ascendência. Nesse caso o direito à vida deve prevalecer. Nos demais o sigilo do doador tende a ser preservado.

## 5 DO EMBRIÃO IN VIVO E DO EMBRÃO IN VITRO

O Código Civil brasileiro de 2002 cita o embrião excedentário no inciso IV do art. 1597, quando afirma que se presumem concebidos durante o casamento os filhos “havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de **embriões excedentários**, decorrentes da concepção artificial homóloga” (Grifos nossos). Todavia o dispositivo acima aludido não aborda da natureza jurídica do embrião, nem como deve ser tratado o excedentário.

Entende-se aqui que o embrião *in vivo*, o nascituro, já está amparado pelo art. 2º do Código Civil onde se lê que “a personalidade civil da pessoa começa com o nascimento com vida, **mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro**”. (Grifos nossos)

Nascituro, na etimologia da palavra, significa aquele que está para nascer, *in casu*, aquele que já se encontra no útero da mulher, em processo de gestação. Este já é definido pela legislação civil como titular de direitos. Fica claro, pela leitura do artigo, que embora não seja ainda pessoa física ou natural, o embrião *in vivo*, o nascituro, é sujeito de direito, sendo, pois, um ente despersonalizado. O embrião *in vitro*, a seu turno, apesar de citado pelo art. 1.597, IV da lei civil, carece de qualquer definição legal e ainda é tratado de maneira muito tímida pela doutrina jusprivatística. Por consequência, impossível distinguir se o mesmo deve ser visto como titular ou objeto de direitos e de que maneira deve ser protegido.

Como foi dito, existem teorias que explicam a situação jurídica do nascituro: teoria natalista, teoria da personalidade condicional e teoria concepcionista. A teoria natalista assegura que enquanto estiver no útero materno o embrião não estaria individualizado e não teria proteção legal. Segundo essa teoria o nascituro apenas teria

expectativa de direito e destarte, não teria personalidade jurídica. Mas, a personalidade é direito subjetivo do homem; sendo pessoa natural possui direitos. O nascimento não é pressuposto para a existência de personalidade jurídica, apenas faz com que esta se consolide (Freire de Sá, 2008; Amaral, 2003). A doutrina da personalidade condicional impõe que a personalidade existe desde a concepção se a criança nascer com vida. Assim sendo, se nascer sem vida provoca a não aquisição de direitos. Por último, a teoria concepcionista defende o início da personalidade desde a concepção (Freire de Sá, 2009;).

Para o direito civil a personalidade jurídica é a aptidão para adquirir direitos e contrair obrigações. Logo, quando um indivíduo passa a ter personalidade atua como sujeito de direitos, sendo portanto, pessoa natural. De tal modo, os embriões humanos como um ser que possui vida devem ser considerados sujeitos de direitos, isto significa que os embriões não podem ter seus direitos negados. O código Civil brasileiro de 2002 protege o direito dos nascituros desde a concepção, vejamos: “Art. 2º A personalidade civil começa do **nascimento com vida**, mas a lei impõe a salvo, **desde a concepção**, os direitos do nascituro”. (grifos nossos). Nada fala sobre o embrião excedentário, apesar de ser realidade no cenário nacional desde 1984, quando nasceu o primeiro bebê de proveta no Brasil.

A ordem legislativa civil, no Brasil, segundo Jussara Meirelles, reconhece os seres humanos já nascidos como pessoas naturais; resguardam os direitos dos nascituros, aqueles concebidos que se encontram no ventre materno e se tornarão pessoas com o nascimento com vida; assim como assegura vantagens a uma categoria denominada pelo direito como “prole eventual”, seres humanos ainda não concebidos (2004, p. 165). Todavia, as técnicas de RHA possibilitaram a concepção extrauterina e “a existência de embriões *in vitro*, o que veio a representar realidade nova, totalmente afastada da tradição que fundamentou a tradição civil brasileira” (MEIRELLES, 2004, p. 165). Ao lidar com essa preocupação inicial, Sá & Naves retratam bem a celeuma existente sobre o tema. Vejamos:

Em resumo, portanto, o Direito brasileiro reconhece e protege os direitos das pessoas naturais (pessoas nascidas), assegura situações subjetivas do nascituro (aquele que se encontra no ventre da mãe), como também garante vantagens à prole eventual (seres não concebidos). Mas, e o embrião? Impossível caracterizá-lo como pessoa natural, porque inexistente o nascimento com vida; não é nascituro porque não se encontra no ventre materno; não pode ser considerado como prole eventual, porquanto já houve concepção. (2009, p. 112/113)

“Mas e o embrião?” É forçoso reconhecer que as categorias tradicionais não contemplam de maneira precisa a situação do embrião excedentário. A discussão acerca da matéria não é fácil. Diversos autores defendem a proteção jurídica do embrião e relacionam sua classificação a partir da determinação do início da vida, o que representa um tema delicado sob o ponto de vista da bioética e do biodireito. De fato, da determinação do início da vida decorre uma série de consequências éticas e jurídicas sobre as quais nos debruçaremos no decorrer da pesquisa, dentre elas, a classificação do embrião como ser humano ou como coisa.

Cumprе ressaltar que não há consenso ou certeza sobre quando a vida se inicia. Ciência, filosofia e religião apresentam parâmetros bastante diferenciados que vão desde a concepção a fases posteriores da gestação, ou mesmo apenas ao fim desta, com o nascimento, mas, ao que parece, o direito brasileiro tem seguido o entendimento da embriologia, que determina o início da vida aos catorze dias de gestação<sup>4</sup>. Entretanto, como se pode observar, o marco temporal adotado pela embriologia não contempla o embrião *in vitro*, posto que, apesar de já existir como célula embrionária, ainda não está em fase gestacional. *In casu*, esta só se iniciará após a implantação do produto da fecundação artificial no útero de uma genetriz. Mas ainda não se pode concluir que o embrião extracorpóreo não tem vida. Aliás, diversas são as opiniões de doutrinadores a esse respeito, conforme já dispusemos anteriormente.

Para Joaquim de Oliveira Ascensão (2007), o início da vida humana ocorre com a singamia ou concepção. Ainda assim, admite a relevância jurídica dos gametas. Eles são, a seu ver, da ordem das pessoas e como tal deve ser visto o seu regime jurídico. Ao mesmo tempo, toma como indispensável o nascimento com vida. No mesmo norte, Adriana Maluf dispõe que “a vida humana recebe proteção legal desde o momento da fecundação natural ou artificial do óvulo pelo espermatozoide, como dispõe o art. 2º do Código Civil, os arts. 6º, III, *in fine*, 24, 25, 27, IV da Lei nº 11.105/05” (2010, p. 89).

Como se pode ver, ainda que, no Brasil, a tendência seja considerar o início da vida como o décimo quarto dia de gestação, há quem afirme que mesmo antes do início da gestação, o embrião *in vitro*, desde o momento da concepção, inicia a existência com

---

<sup>4</sup> Só para exemplificar a afirmação supra transcrita, basta verificar que antes de completar os catorze dias de gestação, a mulher pode fazer uso de métodos contraceptivos sem que isso seja considerado aborto. O DIU impede a implantação da célula embrionária no útero, o que ocorreria por volta do sexto dia; a pílula do dia seguinte, a seu turno, destrói as células até 72 horas após a fecundação.

vida. Além de verificar se o embrião excedentário tem existência com vida, no entanto, é preciso investigar se lhe é garantida a condição de ser humano. A esse respeito, Robson Santiago afirma que:

A identificação metafísica do começo da vida humana com o momento da concepção requer homologar ser humano e pessoa em uma unidade ontológica que se constituiria literalmente na formação do ovo, e que já possuiria o status moral pleno que corresponde a todo membro da humanidade sem que esse status variasse na medida em que o novo ser se desenvolve. (2008, p. 129)

Por outro lado, na visão de Leite, não se considera, o embrião, ser humano, mas também não se pode negar a sua natureza humana. O embrião seria um ser humano em potencial. Embora ainda não o seja, há possibilidade de vir a ser. Em suma, aduz o autor que:

Sem classificar o embrião como ser humano desde a concepção, porém não se afastando da ideia referente à possibilidade de “vir a se tornar humano”, a corrente aponta ao embrião, desde o primeiro momento de sua existência, uma autonomia que não é “humana”, como pretende a corrente concepcionista, nem “biológica”, como afirmam os desenvolvimentistas, mas uma autonomia “embrionária.” (LEITE *apud* MEIRELLES, 2000, p.137.)

Mas, enquanto não se torna humano, o que seria o embrião *in vitro*? Coisa? A definição “ser humano em potencial” é deveras imprecisa. Tem potencialidade de ser, mas não é. Para vir a ser humano, inicialmente, há necessidade de implantação no útero da mulher, para que esse embrião possa se desenvolver. Ainda não existe gestação extrauterina e embriões excedentários podem nunca vir a ser implantados. É preciso que se determine, justamente, a condição do embrião *in vitro* nesse intervalo de “potencialidade”, entre a fecundação artificial e a colocação no útero da genitora. Mônica Aguiar, ao afirmar que o embrião humano não pode ser considerado coisa, suscita o princípio da dignidade humana:

“[...] como realçado anteriormente, entre a pessoa e a coisa não há uma relação de uniformidade, mas de dominação do ente humano sobre o objeto. Essa prevalência não pode ser, entretanto, estendida à esfera da procriação assistida, quer por não ser o embrião humano coisa, quer porque essa dominação estaria em desacordo com o princípio da dignidade humana”. (2005, p. 53).

Alguns estudiosos defendem que o embrião humano tem a dignidade de um ser humano completamente desenvolvido desde a concepção, estendendo-se, pois, também às técnicas de fecundação artificial. O embrião já teria, desde a singamia, uma identidade genética completamente diferenciada “y un nuevo destino humano que a partir de ese momento comienza a expresarse a sí mismo en sucesivas y graduales etapas de un proceso continuo” (ORDÁS, 2002, p. 102).

No mesmo sentido, Jussara Meirelles afirma que as pessoas nascidas foram embriões nas etapas iniciais de seu desenvolvimento e que, no futuro, muitas delas poderão ter sido embriões *in vitro*. “Daí porque toda e qualquer prática agressiva aos seres embrionários atinge, por via de consequência, o homem considerado em sua dignidade” (2004, p. 170)

No início da década de 80, o relatório Warnock, no Reino Unido, declarou que até então não havia status legal definido para o embrião em si. Declarava que ao embrião não deveria ser atribuída a mesma condição de uma criança ou adulto, e que não lhe deveria ser garantido o direito à existência com vida, mas recomendou que lhes fossem destinadas medidas de proteção (1984, p. 63)<sup>5</sup>.

De fato, o embrião *in vitro*, apesar de já ser, segundo algumas teorias, considerado um organismo vivo, ele só poderia de fato se desenvolver se colocado no útero de uma genetriz. Fora de um projeto de filiação, não iniciada ainda uma gestação, não há como garantir direito à vida ao nosso objeto de estudo, todavia, não podemos deixar de considerar o tratamento com todo o respeito que merece um organismo constituído por matéria humana.

Na Argentina, o novo Código Civil, em seu artigo 19, diz que “a existência da pessoa humana começa com a concepção no ventre materno. Em caso de técnicas de Reprodução Humana Assistida, começa com a implantação do embrião na mulher, sem prejuízo do que prevê a lei especial para a proteção do embrião não implantado”. No artigo 21, reza que os direitos e obrigações são adquiridos em definitivo com o nascimento com vida.

Percebe-se que, à semelhança do que ocorre no direito brasileiro, o código argentino conceitua o embrião *in vivo*, o nascituro, como sujeito de direitos, porém, com o diferencial de já considerar pessoa. O embrião excedentário está fora desse conceito, mas há de forma expressa um mandamento de que este merece atenção especial.

---

<sup>5</sup> Although, therefore, the law provides a measure of protection for the human embryo *in vivo* it is clear that the human embryo under our definition of the term (1.4) is not, under the present law in the UK accorded the same status as a living child or an adult, nor do we necessarily wish it to be accorded that same status. Nevertheless we were agreed that the embryo of the human species ought to have a special status and that no one should undertake research on human embryos the purposes of which could be achieved by the use of other animals or in some other way. The status of the embryo is a matter of fundamental principle which should be enshrined in legislation. **We recommend that the embryo of the human species should be afforded some protection in law.** (Warnock Report, 1984, p. 63)

## 6 CONCLUSÕES

É perfeitamente claro que o embrião *in vivo* e o embrião *in vitro* não são e não devem ser tratados como sinônimos. Estão em fases diferentes do desenvolvimento humano e estas diferenças devem ser respeitadas também no marco legislativo. Todavia, o excedentário faz parte do desenvolvimento humano, é matéria humana, já é um indivíduo a parte dos genitores.

Nos termos do art. 1.597 do Código Civil, depois de implantado o embrião excedentário no útero da genetriz, ser-lhe-á garantido o direito a filiação e, segundo reza o art. 2º do mesmo diploma legal, todos os demais direitos compatíveis com sua condição. Mas, antes do início da gestação, haveria status familiar garantido ou alguma outra prerrogativa de direito? O Código Civil silencia. Também pudera, não é juridicamente viável atribuir titularidade de direitos a algo que não se sabe ao certo o que é. Urge, pois, que se defina com maior precisão a natureza jurídica do embrião pré-implantatório de que fala o art. 1597, IV, do CC.

Ademais, mais que procurar elaborar um estatuto jurídico para o embrião, deve-se analisar quais prerrogativas no seio do direito civil-constitucional serão compatíveis com a condição estabelecida, como o direito à vida, dignidade, condição familiar, direitos morais e patrimoniais.

## REFEÊNCIAS

AGUIAR, Mônica. *Direito à filiação e bioética*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ASCENSÃO, José de Oliveira. O início da vida. *Revista do Tribunal Regional Federal: 3ª região*, n. 81, p. 91-112, jan./fev., 2007.

BRASIL. *Novo Código Civil*. Texto comparado: Código Civil de 2002, Código Civil de 1916. São Paulo: Atlas, 2002.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. *A Nova Filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *O direito do embrião humano: mito ou realidade?* *Revista de Direito Civil*, nº 78, out/dez. 1996. p. 35.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Dabus. *Curso de Bioética e Biodireito*. São Paulo: Atlas, 2010.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal. *A vida humana embrionária e sua proteção jurídica*. 1 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. Estatuto Jurídico do Embrião. In: SÁ, Maria de Fátima Freire & NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (coord). *Bioética, Biodireito e o novo Código Civil de 2002*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 163-178.

ORDÁS, Maria Cristina Hidalgo. *Análisis jurídico-científico del concebido artificialmente* El marco de la experimentación génica. Barcelona: Bosch, 2002.

ROCA i TRIAS, Encarna. Direitos de reprodução e eugenia. In: CASABONA, Carlos María Romeo (org.). *Biotecnologia, Direito e Bioética: Perspectiva em Direito Comparado*. Belo Horizonte: Del Rey e PUC Minas, 2002, p. 100-126.

ROCHA, Renata. *O direito à vida e a pesquisa em células-tronco*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

SÁ, Maria de Fátima Freire & NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Manual de Biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

Warnock et al. (1984) Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology. London: Her Majesty's Stationery Office.