

TUTELA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE DO EMBRIÃO EXCEDENTÁRIO

PROTECTION OF PERSONALITY RIGHTS OF THE SURPLUS EMBRYO

Taís Fernanda Kusma *

Zilda Mara Consalter **

RESUMO: Estuda o *status* jurídico do embrião excedentário, em especial, em relação aos direitos de personalidade e a possibilidade, ou não, de serem estendidos ao embrião criopreservado. Assim, por intermédio do método dedutivo, analisou-se a conceituação dos direitos da personalidade e das técnicas de reprodução humana assistida, dando ênfase à técnica da fertilização *in vitro* e ao embrião excedentário, enquanto uma de suas consequências. Visando melhor entender os conceitos preponderantemente médicos, avaliou-se a legislação nacional face à posição doutrinária sobre o tema (livros e artigos tanto da área jurídica quanto da área médica), sendo esse o arcabouço teórico do estudo.

PALAVRAS-CHAVE: Fertilização *in vitro*; direitos de personalidade; reprodução assistida; embriões excedentários.

ABSTRACT: It studies the juridic *status* of the surplus embryos, especially the rights related to the personality and the possibility of their extension to the cryopreserved embryos. Therefore, through the deductive method, it will be done an analysis and conceptualization of techniques of assisted human reproduction, emphasizing the technique of *in vitro* fertilization and surplus embryos, as one of possible main consequences. It seeking to better understand medical concepts, it was analysed the law and the doctrine about the subject (books and articles either of the legal and medical areas), which is the theoretical study.

KEYWORDS: *In vitro* Fertilization; rights related to the personality; assisted reproduction; surplus embryos.

1 INTRODUÇÃO

Desde o nascimento de Louise Brown, o primeiro bebê de proveta do mundo, em 1970, a maternidade e a paternidade sofreram profundas mudanças. Conceitos antes absolutos - como a maternidade ser sempre certa - passaram a ser relativizados, e a própria família passou a ser vista e a se estruturar de outra forma.

As técnicas de reprodução humana assistida (RA) mostram-se verdadeiros instrumentos de efetivação do direito constitucionalmente garantido ao livre planejamento familiar. Pessoas ou casais com problemas em efetivarem seu sonho de se tornar pais/mães podem recorrer às técnicas de RA, gerando seus próprios filhos.

No entanto, paralelamente ao sonho da maternidade e da paternidade, situações bastante controversas surgem entre os envolvidos nestas técnicas de reprodução. Isto porque nem sempre a geração de um filho por meio de procedimentos médicos é aquela idealizada que se resume à utilização pelo casal de material genético próprio ou, ainda, material genético de terceiro doador. Na prática, muitos outros fatores devem ser considerados, além de que muitas das consequências das técnicas de RA - ainda que previsíveis - pegam os futuros pais desprevenidos, seja pela falta de conhecimento das implicações destes tipos de procedimentos médicos, seja em razão da ânsia em gerar um filho que acaba levando-os a não considerarem todas as possíveis consequências de sua escolha pela RA.

Inúmeras situações decorrentes das técnicas de RA podem ser elencadas, no entanto, trata-se de rol meramente exemplificativo haja vista constantemente surgirem novas situações. Pode-se citar alguns exemplos como a utilização de barriga solidária (que pode gerar a incerteza acerca da maternidade, em especial quando após o procedimento de fertilização a mulher que "empresta" o útero volta atrás do acordado, e não mais concorda com a entrega do bebê); a fertilização post mortem do homem ou da mulher, e todas suas implicações em especial as sucessórias; o procedimento de redução embrionária que a grosso modo pode ser considerado uma modalidade de aborto; práticas proibidas no Brasil como a eugenia, sexagem ou fenotipagem; a utilização de material genético de terceiro sem o conhecimento e consentimento do cônjuge ou companheiro; e talvez a consequência mais frequente: a criação de embriões excedentários ou supranuméricos.

Em razão da dificuldade de prever todas as possíveis situações oriundas das técnicas de RA, e, sobretudo, da abstenção legislativa que sequer fixa parâmetros para tais técnicas, surgiu ainda na década de 70 um campo de estudos e discussões interdisciplinar que visa levantar questões, instigar o debate acerca das novas tecnologias e suas consequências, sobretudo na área médica: a Bioética.

Além das discussões travadas no campo da Bioética, que por ora são apenas debates, questionamentos no que tange à reprodução assistida, e das poucas disposições do Código Civil concernentes ao assunto, existem Resoluções do Conselho Federal de Medicina (CFM) e o próprio Código de Ética Médica (CEM) que estabelecem normas a serem seguidas sem, no entanto, serem dotados de coerção.

É neste cenário de novas tecnologias que surge um dos maiores impasses relacionados às técnicas de RA que é a criação de embriões excedentários, sua destinação e o amparo legal que podem receber.

O Direito não conseguiu acompanhar as transformações sociais advindas das técnicas de RA. O processo de mudança se intensificou ainda mais com as novas tecnologias reprodutivas e o resultado foi uma ordem legislativa em descompasso com a realidade. Novas situações polêmicas, controversas, decorrentes das técnicas de reprodução assistida (RA) surgem a cada dia e requerem, normalmente, respostas do Poder Judiciário, que sem qualquer respaldo legislativo precisa apresentar respostas rápidas às mais diversas situações.

Com relação especificamente aos embriões excedentários, surgem inúmeros questionamentos quanto ao respaldo jurídico. Quais normas podem ser aplicadas aos embriões ainda não implantados no útero. Pode-se dizer que possuem direitos? São dotados de personalidade jurídica?

Se com relação aos direitos da personalidade do nascituro existem divergências, no que tange ao embrião, mais perguntas sem respostas existem. No entanto, para abordar tal temática, faz-se necessária uma análise prévia dos direitos da personalidade, e da técnica de reprodução assistida que origina os embriões supranuméricos: a fertilização *in vitro*.

2 DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Impossível tratar dos direitos da personalidade sem adentrar nos conceitos de pessoa e personalidade jurídica.

“Pessoa” para a doutrina tradicional, “é o ente físico ou coletivo suscetível de direitos e obrigações, sendo sinônimo de sujeito de direito”. Sujeito de direito, por sua vez, é o titular de um dever, pretensão ou titularidade jurídica, que seria o “poder de fazer valer, através de uma ação, o não-cumprimento do dever jurídico, ou melhor, o poder de intervir na produção da decisão judicial”.¹

Foi no século XVI que o conceito “pessoa” foi utilizado por juristas pela primeira vez, em seu sentido técnico, sempre ligado ao conceito de capacidade jurídica.² É à pessoa que se liga a idéia de personalidade, enquanto, “aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações”, ou “conjunto de caracteres próprios da pessoa”³.

¹ DINIZ, Maria Helena. *Direito civil brasileiro*. V. 1: teoria geral do direito civil. 23. ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406 de 10-1-2002) e o Projeto de Lei n. 6.960/2002. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 117

² BELTRÃO, Silvio Romero. *Direitos da personalidade*: de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Atlas, 2005, p. 19.

³ DINIZ, Maria Helena. *Direito civil brasileiro*. V. 1: teoria geral do direito civil. 23. ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406 de 10-1-2002) e o Projeto de Lei n. 6.960/2002. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 118

Toda pessoa é dotada de personalidade, sendo que essa se consagra nos direitos constitucionais de vida, liberdade e igualdade, e possui como “cláusula geral dos direitos de personalidade” o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento do estado democrático de direito.

Apesar dos diferentes conceitos dos direitos da personalidade existentes, eles podem ser entendidos como “[...] todos os direitos necessários à realização da personalidade, à sua inserção nas relações jurídicas”⁴ ou, ainda, como “os direitos atinentes à tutela da pessoa humana, considerados essenciais à sua dignidade e integridade”.⁵

2.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS DA PERSONALIDADE

Não raramente os direitos da personalidade são tratados como direitos fundamentais, dando a impressão de serem sinônimos. No entanto, entre eles há distinções.

Primeiro, os direitos da personalidade “exprimem aspectos que não podem deixar de ser conhecidos sem afetar a própria personalidade humana”, já os direitos fundamentais,

[...] relacionam-se diretamente com a garantia de não ingerência do Estado na esfera individual e a consagração da dignidade humana, tendo um universal reconhecido por parte da maioria dos Estados, seja em nível constitucional, infraconstitucional, seja em nível de direito consuetudinário ou mesmo por tratados e convenções internacionais.⁶

Jorge Miranda estabelece as diferenças entre a projeção da perspectiva dos direitos de personalidade e a dos direitos fundamentais. Enquanto os direitos fundamentais pertencem ao domínio do Direito Constitucional, pressupõem relações de poder e têm incidência publicística imediata, quando ocorram efeitos nas relações entre os particulares; os direitos da personalidade pertencem ao domínio do Direito Civil, pressupõem relações de igualdade entre os particulares e têm incidência privatística.⁷

⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Campinas, SP: Bookseller, 2000, tomo II, p. 39.

⁵ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 26.

⁶ MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. Teoria geral. Comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil. Doutrina e jurisprudência. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 21.

⁷ *Apud* BELTRÃO, Silvio Romero. *Direitos da personalidade: de acordo com o novo Código Civil*. São Paulo: Atlas. 2005, p. 48.

Distinguem-se, portanto, o âmbito de incidência, porquanto os direitos de personalidade são abordados principalmente pelo Direito Civil, ramo do Direito notadamente privado; os sujeitos envolvidos nas relações, pois enquanto direito privado, os envolvidos são particulares, e não Estado-particular ou limitação do poder estatal, como nas relações abordadas pelo Direito Constitucional.

2.2 CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Previstas no texto do Código Civil⁸, encontram-se duas características dos direitos da personalidade: intransmissibilidade e irrenunciabilidade.

A intransmissibilidade dos direitos da personalidade “[...] não podem ser alienados ou transmitidos a outrem, quer por ato entre vivos, quer em virtude da morte do seu titular”⁹, pois são direitos próprios da pessoa, expressam a personalidade de seu titular de maneira, o que impede a sua aquisição por terceiros.

O caráter de irrenunciabilidade diz respeito ao fato de que a pessoa não pode abdicar de seus direitos da personalidade, ainda que não sejam exercitados, os direitos são inseparáveis da personalidade humana.¹⁰

Ainda, segundo a melhor doutrina, os direitos de personalidade são extrapatrimoniais (pessoais), inatos, indisponíveis, imprescritíveis, impenhoráveis, vitalícios, oponíveis *erga omnes* e por essa razão, absolutos. Frisa-se que os direitos de personalidade são absolutos por serem oponíveis contra todos, entretanto, podem ser limitados em situações concretas, como o conflito de direitos, além dos limites constitucionalmente previstos no artigo 5º.^{11 12}

2.3 O INÍCIO DA PERSONALIDADE E O INÍCIO DA VIDA

⁸ Código Civil, “art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”.

⁹ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 23.

¹⁰ BELTRÃO, Silvio Romero. *Direitos da personalidade: de acordo com o novo Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2005, p. 27.

¹¹ BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 7. ed. atualizada por Eduardo Carlos Bianca Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006, p. 11.

¹² ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 160-246.

A personalidade civil da pessoa começa, nos termos do artigo 2º do Código Civil, com o nascimento com vida. Entretanto, o mesmo dispositivo legal estabelece que desde a concepção há a proteção dos direitos do nascituro.

Dessa forma, observa-se claramente a distinção entre o início da vida, da personalidade e da capacidade.

O início da vida, apesar de ter relevância para o Direito, não se encontra disciplinado positivamente, muito menos pacificado em relação às possíveis teorias que tratam do assunto. Assim sendo, o momento inicial da vida tem relação muito maior com as teorias médicas do que com as jurídicas propriamente ditas, e não condiz, em nosso ordenamento jurídico, com o início da personalidade civil.

Ocorre que no âmbito médico - tal qual no jurídico - não existe unanimidade com relação ao momento do início da vida. Existem diversas teorias, dentre as quais, as principais que se pode citar são: teoria da concepção, teoria da nidação, teoria da implementação do sistema nervoso, teoria dos sinais eletroencefálicos.

A teoria da concepção estabelece que o início da vida se dá no exato momento da fecundação do óvulo pelo espermatozoide, resultando no ovo ou zigoto. Tal teoria é a adotada pela Igreja Católica, e também a mais aceita atualmente pelo Direito. Tanto é fato, que o Conselho da Europa publicou a Recomendação n. 1.110/89 nesse sentido, considerando a diminuta célula como uma pessoa, e, portanto, intocável.¹³

A segunda teoria, da nidação, exige para determinar o início da vida, mais do que a simples fecundação: o início da vida ocorreria apenas com a fixação do óvulo já fecundado na parede uterina. Dentre os doutrinadores jurídicos, Alexandre de Moraes se mostra adepto desta teoria ao concordar com o biólogo Botella Lluziá, “assim a vida viável, portanto, começa com a nidação, quando se inicia a gravidez”.¹⁴

Por sua vez, a teoria da implementação do sistema nervoso exige a existência de “rudimentos do que será o sistema nervoso central”, não bastando, portanto, a individualização do material genético (que se dá com a fecundação), fazendo-se necessária a existência de característica exclusivamente humana.¹⁵

¹³ LOUREIRO, Cláudia Regina Magalhães. *Introdução do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 86.

¹⁴ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 26. ed. São Paulo: Atlas. 2010, p. 36.

¹⁵ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 8. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva. 2010, p. 571.

A última teoria, a teoria dos sinais eletroencefálicos, exige a verificação de atividade cerebral¹⁶ para o reconhecimento da vida; e a atividade cerebral inicia na oitava semana de gestação.¹⁷

Observa-se, portanto, que não existe em nosso sistema jurídico a adoção de uma teoria médica para o início da vida. Sendo que a legislação apenas aborda a questão do início da personalidade, e início da capacidade; ressaltando-se que tais conceitos não se confundem.

O início da personalidade civil, conforme já exposto, é abordado no artigo 2º do Código Civil, e se dá com o nascimento com vida, pondo-se a salvo os direitos do nascituro desde o momento da concepção. Trata-se da aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações.

A capacidade, por sua vez, pode ser entendida como “medida jurídica da personalidade”.¹⁸ Dessa forma, uma pessoa considerada incapaz pelo ordenamento jurídico não pode exercer, por si, os seus direitos, no entanto, possui personalidade jurídica, e deve ter seus direitos tutelados pelos seus representantes (em casos de incapacidade absoluta) ou assistentes (incapacidade relativa).

Com relação aos nascituros, ainda que desprovidos de personalidade jurídica, possuem alguns direitos a eles atribuídos pelo ordenamento jurídico.

2.4 O NASCITURO COMO SUJEITO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Encontra-se pacificado o fato de que em caso de nascimento sem vida, o feto não adquire direito, de maneira que não há que se falar em herança ou indenização, por exemplo.¹⁹

Entretanto, a evolução da sociedade, em especial das técnicas de reprodução humana assistida, tem exigido profundas reflexões e mudanças com relação ao tratamento dispensado ao nascituro.

Em um primeiro momento, tem-se as orientações voltadas no sentido de que o início da personalidade deveria ser determinado pela concepção.²⁰ Tal teoria se ampara

¹⁶ Seguindo este raciocínio, fetos anencéfalos nunca poderiam ser considerados vivos. (N. das AA.)

¹⁷ TAVARES, *op. cit.*, p. 571.

¹⁸ DINIZ, Maria Helena. *Direito civil brasileiro*. V. 1: teoria geral do direito civil. 23. ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406 de 10-1-2002) e o Projeto de Lei n. 6.960/2002. São Paulo: Saraiva. 2006, p. 147.

¹⁹ BELTRÃO, Silvio Romero. *Direitos da personalidade*: de acordo com o Novo Código Civil. São Paulo: Atlas. 2005, p.71.

²⁰ Sem se esquecer das teorias natalista e da personalidade condicional, que não foram fruto de estudo, por impertinência ao tema ora abordado. No entanto, caso haja interesse, merecem leitura: LOUREIRO, Cláudia

fundamentalmente na teoria concepcionista, onde o início da personalidade coincidiria com o início com vida, e respalda-se no pensamento científico de que o embrião enquanto desdobramento da célula-ovo formada pela união do espermatozóide e do óvulo já possui forma demarcada, DNA próprio, com características que o individualizam de qualquer outro ser da espécie humana.²¹

Porém, mesmo sem a mudança do entendimento em relação ao início da personalidade, alguns direitos são atribuídos ao nascituro, e não são condicionados ao nascimento com vida, ao contrário do que ocorre com a doação e os direitos sucessórios, por exemplo.

O maior exemplo é o próprio direito à vida que é, talvez, o maior dos direitos atribuídos ao nascituro. Mesmo sem personalidade jurídica, é direito do nascituro a vida; havendo, inclusive, sanção penal aos crimes contra a vida do nascituro. Ademais, existe o direito a alimentos gravídicos, que cabe, em verdade, ao nascituro e não à gestante.

Nessa linha, forte a afirmação de Francisco Amaral: “Pode-se ser mais ou menos capaz, mas não se pode ser mais ou menos pessoa”.²²

Tem-se, portanto, que não é a “personalidade jurídica que justifica a titularidade de direitos por parte do ser humano” mas a própria qualidade de ser humana desperta “a titularidade de certos direitos e, conseqüentemente, envolve o reconhecimento da personalidade jurídica.”²³

Maria Helena Diniz entende que dentro do útero o embrião possui personalidade jurídica formal, “no que diz respeito aos direitos da personalidade e aos direitos personalíssimos, passando a ter personalidade jurídica material que alcançam os direitos patrimoniais [...], com o nascimento com vida”.²⁴

Ainda tímida - e para alguns escritores, forçosa -, a extensão dos direitos da personalidade ao nascituro é possível. No entanto, o que dizer em relação à extensão desses direitos aos embriões ainda não implantados em útero materno?

Regina Magalhães. *Introdução do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2009. pp. 116-127; CONSALTER, Zilda Mara Consalter; MEJ, Kátia Grazielle. A obrigação alimentar e a lei de alimentos gravídicos: alguns aspectos materiais e processuais. *Lumiar Revista de Ciências Jurídicas*, vol. 3-2, jul-dez. 2011, p. 166.

²¹ A precursora no Brasil, e talvez a maior defensora dessa teoria, é a professora Silmara Juny Chinelato e Almeida. (Para ver mais: CHINELATO E ALMEIDA, Silmara Juny. *Tutela civil do nascituro*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 22).

²² AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 207.

²³ BELTRÃO, Silvio Romero. *Direitos da personalidade*: de acordo com o Novo Código Civil. São Paulo: Atlas. 2005, p.77.

²⁴ DINIZ, Maria Helena *apud* MACHADO, Maria Helena. *Reprodução humana assistida: Aspectos Éticos e Jurídicos*. Curitiba: Juruá, p. 78.

Ora, se a teoria que oferece subsídios para que os direitos da personalidade alcancem o ser que ainda não nasceu é a teoria concepcionista, e no caso dos embriões criopreservados, ainda que não implantados já houve a concepção, é possível estender os direitos da personalidade que são atribuídos ao nascituro, ao embrião?

Para alguns escritores²⁵, sim. Em razão de se tratar de indivíduo da espécie humana, ainda que não nascido nem implantado no útero, é possível a extensão dos direitos da personalidade, através da descoisificação do embrião, e, também, do reconhecimento da dignidade humana.

Antes de adentrar-se na temática dos direitos da personalidade aplicados às técnicas de reprodução humana assistida, é necessária a análise de tais técnicas, especificação de suas modalidades e apresentação das principais consequências.

3 TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E OS EMBRIÕES EXCEDENTÁRIOS

As técnicas de reprodução humana assistida podem ser conceituadas como “a intervenção do homem no processo de procriação natural, com o objetivo de possibilitar que pessoas com problema de infertilidade e esterilidade satisfaçam o desejo de alcançar a maternidade ou a paternidade”²⁶.

Mais do que procedimento médicos, tais técnicas podem ser entendidas como instrumentos de efetivação do direito constitucional ao livre planejamento familiar²⁷, que se funda nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, cabendo, então ao Estado o dever de “propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, sendo vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas”²⁸.

²⁵ FERRAZ, Carolina Valença. *Biodireito: a proteção jurídica do embrião in vitro*. São Paulo: Verbatim. 2011; MACHADO, Maria Helena. *Reprodução humana assistida: Aspectos Éticos e Jurídicos*. Curitiba: Juruá. 2006; NASCIMENTO, Alexandre Lescura do. *Adoção embrionária*. Curitiba: CRV. 2012; SCALQUETTE, Ana Cláudia S. *Estatuto da reprodução assistida*. São Paulo: Saraiva. 2010.

²⁶ ALDROVANDI, Andrea; FRANÇA, Danielle Galvão de. A reprodução assistida e as relações de parentesco. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 58, 1 ago. 2002. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/3127>>. Acesso em: 30 jul. 2014.

²⁷ CRFB, art 226, §7º: “Art. 226 A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] §7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.”

²⁸ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 26. ed. São Paulo: Atlas. 2010, p. 854.

Também nominadas Novas Tecnologias Reprodutivas Conceptivas (NTRc), Reprodução Medicamente Assistida (RMA), Procriação Medicamente Assistida (PMA), ou Novas Tecnologias Reprodutivas Conceptivas e Genéticas (NTRc e Genética), as técnicas de reprodução humana assistida (RA) podem ser definidas como “o conjunto de operações que tem o escopo de unir, de forma artificial, os gametas femininos e masculinos, fora do corpo da mulher, dando origem a um ser humano”.²⁹

A Resolução 1.957/10 estabelece que “as técnicas de reprodução assistida (RA) têm o papel de auxiliar na resolução os problemas de reprodução humana, facilitando o processo de procriação quando outras terapêuticas tenham se revelado ineficazes ou consideradas inapropriadas.”³⁰

Desta maneira, as técnicas de reprodução humana assistida são formas de intervenção no processo de procriação natural, que visam facilitar o encontro dos gametas feminino e masculino. Tais técnicas vão desde o coito programado com o uso da tabela, até procedimentos mais invasivos como, por exemplo, a fertilização *in vitro*.

3.1 DAS MODALIDADES DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

Dentre as técnicas de RA, existem dois métodos principais: *Zibot Intra Fallopian Transfer* (ZIFT) e *Gametha Intra Fallopian Transfer* (GIFT).

O primeiro método, ZIFT, consiste “na retirada de óvulo da mulher para fecundá-lo na proveta, com sêmen do marido [fertilização *in vitro* homóloga] ou de outro homem [fertilização *in vitro* heteróloga], para depois introduzir o embrião no seu útero ou no de outra [maternidade de substituição].”³¹ É o método utilizado na fertilização *in vitro* (FIV), também conhecida como “bebê de proveta”.

A fertilização *in vitro* pode ser definida como “a técnica mediante a qual se reúnem em uma proveta os gametas masculino e feminino, em meio artificial adequado, propiciando a

²⁹NASCIMENTO, Marília Aguiar Ribeiro. O direito ao conhecimento das origens genéticas e suas implicações na inseminação artificial heteróloga: uma análise à luz do ordenamento jurídico brasileiro e português. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (Org.). *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 343.

³⁰BRASIL. RESOLUÇÃO CFM nº 1.957/2010 - Normas éticas na reprodução assistida. *Diário Oficial de 06.01.2011*, Brasília, DF.

³¹DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 7. ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Saraiva. 2010, p. 569.

fecundação e formação do ovo, o qual, já iniciada a reprodução celular, será implantado no útero de uma mulher³² e compreende basicamente quatro fases.

A primeira fase consiste na ingestão de hormônios pela mulher, para estimular a ovulação; a segunda fase abrange a aspiração do líquido folicular através de ultrassom transvaginal, de onde serão retirados os óvulos que serão transferidos para uma solução semelhante àquela produzida pela trompa. Quanto ao homem (que pode ser doador anônimo ou marido/companheiro), este terá seus espermatozoides colhidos - através da masturbação-lavados e capacitados. Após a aspiração dos óvulos, passa-se à terceira fase da FIV, que é o momento no qual ocorre a fecundação do óvulo pelo espermatozoide. Por fim, a quarta fase é quando os óvulos fecundados já em seus primeiros estágios desenvolvem-se (24 a 72 horas após a fecundação), agora chamados de “pré-embriões³³” serão introduzidos no útero da futura mãe.³⁴

Por sua vez, o método GIFT é utilizado na inseminação artificial (IA), que se diferencia da fertilização *in vitro*, por não haver manipulação externa ou extracorpórea do óvulo ou do embrião.

As fases do procedimento de inseminação artificial são bem mais simples do que as fases da FIV. Primeiro a mulher ingere hormônios para aumentar a produção de ovulos. Os espermatozoides são colhidos e após a capacitação em laboratório, introduzidos na mulher, no nível das trompas.³⁵

Em ambas as técnicas o procedimento pode ser homólogo (quando se utiliza material genético do casal) ou heterólogo (quando ou o espermatozoide ou o óvulo advém de terceiro doador). Ademais, tais técnicas podem ser realizadas em conjunto com o empréstimo de útero, quando se trata de um homem querendo ser pai, um casal homoafetivo masculino tentando ter seu próprio filho, ou, ainda, quando uma mulher por razões médicas não pode gestar seu próprio filho.

3.2 PRINCIPAIS CONSEQUÊNCIAS DAS TÉCNICAS DE RA

³² BARBOSA, Heloísa Helena. *Proteção jurídica do embrião humano*. Disponível em: <<http://www.ghente.org/temas/reprodução/proteção.htm>>. Acesso em: 01 mar. 2014.

³³ Tecnicamente, a nomenclatura correta é embrião(ões), no entanto, para diferenciação, o termo embrião é utilizado para aquele que foi efetivamente implantado no útero, e pré embrião é usado em relação àquele que não utilizado, foi criopreservado. (N. das AA.).

³⁴ CONSALTER, Zilda Mara. Algumas reflexões em torno da inseminação artificial humana. *Revista Jurídica UNIJUS*. Uberaba – MG. V. 9, n. 10, p. 45-59. Mai. 2006.

³⁵ NÚCLEO SANTISTA DE REPRODUÇÃO HUMANA. *Reprodução Humana*. Disponível em: <<http://www.reproducaohumanasantos.com.br/reproducao-humana.aspx>>. Acesso em: 25 mar. 2014.

Diversas são as consequências dos procedimentos de reprodução humana assistida. Além da consequência esperada, que é a gestação, inúmeras outras podem ocorrer.

Primeiramente, em relação à gestação, existem alguns desdobramentos não esperados. Aumenta-se o risco de aborto, complicações durante a gestação, e probabilidade de gravidez múltipla. Nesse último caso, não é incomum a realização do procedimento denominado redução embrionária³⁶, que consiste na eliminação dos embriões que se desenvolveram a mais. Entretanto, tal procedimento é proibido no Brasil, por se tratar de modalidade de aborto.

Com relação à filiação, alguns problemas podem surgir. O uso de material genético de terceiros deve sempre se dar com o consentimento dos envolvidos nas técnicas de RA, para que se evitem problemas futuros; há que se ter cuidado, por parte das clínicas, com o uso indiscriminado de espermatozoides de um mesmo doador, para evitar problemas como casamento entre irmãos, pai e filha, etc.

Quando realizada por casal, a técnica de RA deve ser consentida por ambos, bem como a utilização de material genético próprio ou de terceiros. A gestação deve ser querida por ambos, e deve-se ter em mente que o fato de advir de técnica de RA não eximirá em qualquer momento posterior a maternidade/paternidade.

No que tange à técnica de fertilização, é possível a criação de número de embriões superior àquele que será utilizado na fertilização. Assim, cria-se a possibilidade de embriões excedentários. Tais embriões serão criopreservados, e terão que ser destinados à doação à pesquisas ou a outros casais, pois não se permite a venda ou o descarte de embriões.³⁷

3.3 DOS EMBRIÕES EXCEDENTÁRIOS

³⁶ Existem alguns critérios e detalhes a serem observados para a realização da redução embrionária (RE). A redução é feita entre a 11ª e a 12ª semana de gravidez; pois antes da 11ª semana não se tem condição de fazer testes para saber se algum embrião apresenta anomalias, cujo fator, segundo médicos, justifica em primazia a redução. Depois, vêm a localização e o acesso aos óvulos fecundados (os embriões mais próximos serão eliminados) e, por fim, uma eventual preferência dos pais pelo sexo do filho. Embora se fale em redução embrionária como a retirada dos embriões excedentes, o que se verifica, na prática, durante o procedimento, é que não existe em verdade uma “eliminação” ou “retirada” desses embriões, mas sim uma absorção. O procedimento da RE é feito com a introdução de uma agulha, que injeta uma solução de potássio no coração primitivo do embrião, causando uma parada cardíaca. Não é necessário fazer raspagem, pois o material é absorvido pelo próprio útero, antes da 12ª semana de gravidez. (SNA SAÚDE. Polêmica cerca redução embrionária. Disponível em: <http://sna.saude.gov.br/imprimir.cfm?id=411>. Acesso em: 20 mar. 2014.)

³⁷ BRASIL. Lei nº 11.105 de 24 de março de 2005. Lei de Biossegurança. *Diário Oficial de 28.03.2005*, Brasília, DF.

Da técnica de inseminação artificial não resultam embriões excedentários, porquanto não há manipulação extracorpórea do óvulo ou do embrião. Apenas o espermatozóide é colhido e capacitado em laboratório, sendo logo introduzido no corpo da mulher.

Todavia, na fertilização *in vitro*, ambos os gametas são manipulados em laboratório, possibilitando a criação de embriões em número superior aos que serão implantados no útero.

Isso ocorre porque a fertilização *in vitro* é um procedimento bastante dispendioso e desgastante tanto física quanto psicologicamente. Desta forma, em vez de realizar a coleta de óvulos diversas vezes, criando o número exato de pré-embriões que serão implantados no útero em cada tentativa de FIV, opta-se por criar de uma só vez um número razoável de pré-embriões, implantar alguns deles, congelar os demais, e caso a FIV reste infrutífera, basta recorrer aos pré-embriões já congelados. Evitando maior sofrimento para os envolvidos nas técnicas, em especial, à mulher.

No entanto, esta prática resulta em um dos maiores problemas da FIV: a criação de embriões supranuméricos, que hoje são verdadeiras populações nos países que permitem a utilização das técnicas de RA. E a destinação destes pré-embriões que não mais serão utilizados é um ponto de interrogação que levanta inúmeras questões éticas, médicas, jurídicas, filosóficas.

É neste contexto que alguns doutrinadores³⁸ apresentam a possibilidade da adoção de embriões.

E as preocupações se agravam quando se toma conhecimento de dados numéricos sobre a utilização da fertilização *in vitro* e, por conseguinte, da produção deliberada de embriões humanos que, em quantidade superior à transferida, são mantidos em criopreservação, no aguardo de um dos possíveis destinos: ‘doação’ a outro casal infértil, uso para experiências de pesquisa possivelmente diversa a seu benefício, ou simples destruição.³⁹

A adoção embrionária surge, portanto, como uma alternativa ao descarte de embriões ou à sua utilização em pesquisas.

Além da adoção dos embriões excedentários por outros casais que não os que planejaram a sua criação, existem outras destinações possíveis: a doação às pesquisas, o descarte e a continuidade da criopreservação.

³⁸ FERRAZ, Carolina Valença. *Biodireito: a proteção jurídica do embrião in vitro*. São Paulo: Verbatim. 2011; MACHADO, Maria Helena. *Reprodução humana assistida: Aspectos éticos e jurídicos*. Curitiba: Juruá. 2006; NASCIMENTO, Alexandre Lescura do. *Adoção embrionária*. Curitiba: CRV. 2012; SCALQUETTE, Ana Cláudia S. *Estatuto da reprodução assistida*. São Paulo: Saraiva, 2010.

³⁹ Jussara Maria Leal de Meirelles *apud* SCALQUETTE, *op. cit.*, p. 220.

4 OS EMBRIÕES EXCEDENTÁRIOS E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Conforme já exposto, alguns doutrinadores entendem possível a extensão dos direitos da personalidade aos seres não nascidos, nascituros. Admitem, ademais, a possibilidade de tais direitos serem aplicados aos embriões criopreservados. É que, a partir de interpretação extensiva do art. 1º do Código Civil, é possível oferecer proteção jurídica ao ser humano *in vitro*, pois tal dispositivo protege toda pessoa humana, sem diferenciar a fase de desenvolvimento em que se encontra – infante, adulta ou embrionária. Dessa forma, o embrião, enquanto pessoa, deverá ser contemplado com a condição de sujeito de direitos e titular de relações jurídicas, pois o que o diferencia do nascituro é apenas o estágio de desenvolvimento⁴⁰

Ademais, o artigo 2º do Código Civil ao estabelecer que os direitos do nascituro encontram-se protegidos desde a concepção, admitira a proteção dos direitos do embrião excedentário, pois este já foi concebido, encontrando-se, portanto, no âmbito de proteção da norma civilista.

Nessa linha, impende destacar a seguinte argumentação:

Do ponto de vista da ética, o embrião é um ser humano potencial, desde o momento da fecundação. Tem dignidade e merece respeito. Portanto, sua destruição é indefensável e a manipulação a que pode ser submetido deve ser limitada, sendo aceitáveis somente procedimentos que sejam benéficos (terapêuticos), o que é difícil determinar neste momento. [...] O congelamento destes embriões, com a finalidade de transferência em outros ciclos e com isto aumentar a chance de gravidez, ou com a finalidade de obter uma segunda gestação, também é passível de objeções. Porém, torna-se eticamente aceitável quando passa a ser a maneira destes embriões chegarem à vida. Esses embriões sejam ou não pessoas humanas atuais ou potenciais, vivem somente graças à ciência e à técnica. E a intenção é que vivam, ainda que se saiba que suas possibilidades certamente são limitadas.⁴¹

Enquanto não há legislação especial sobre as técnicas de reprodução humana assistida, a doutrinadora entende que são aplicáveis os princípios constitucionais de proteção à personalidade humana à tutela civil dos interesses e direitos da pessoa humana. Dessa

⁴⁰ FERRAZ, Carolina Valença. *Biodireito: a proteção jurídica do embrião in vitro*. São Paulo: Verbatim. 2011, p. 45.

⁴¹ PETRACCO, Álvaro et al. Bioética e reprodução assistida. In: OLIVEIRA LEITE, Eduardo. (Coord.) *Grandes temas da atualidade*. Bioética e biodireito. Aspectos jurídicos e metajurídicos. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 4.

forma, reconhece-se os direitos da pessoa humana *in vitro* não só de caráter essencial, como à vida e ao nascimento, mas também direitos patrimoniais.⁴²

4.1 OS DIREITOS PESSOAIS DO EMBRIÃO *IN VITRO*

Os direitos pessoais podem ser divididos em direito à integridade física e mental; direito a alimentos, direito ao respeito da imagem e direito de representação.

O direito à integridade física, é o direito pelo qual se protege a incolumidade do corpo e da mente⁴³.

Ele acompanha a pessoa desde a concepção até a morte e “consiste em manter-se a higidez física e a lucidez mental do ser, opondo-se a qualquer atentado que venha a atingi-las, como direito oponível a todos”.⁴⁴ Nessa esteira, o direito à integridade física pode ser aplicado ao ser humano *in vitro* pois tais práticas violariam os direitos a eles garantidos:

[...] aplicamos a dita proteção [direito à integridade física] ao ser humano *in vitro*, já que práticas como a manipulação genética, a redução embrionária, congelamento inadequado, a clonagem, ou o mero descarte de embriões viola a integridade física – caracterizando danos irreparáveis ou implicante na própria morte da pessoa humana *in vitro*.⁴⁵

No mesmo sentido, esclarece que a manipulação genética pode, também, atingir a incolumidade mental do ser humano:

E, não se pode duvidar que a mencionada manipulação genética poderá afetar o sistema neural do ser humano *in vitro*, vindo a comprometer a própria consciência, o discernimento, violando o chamado desenvolvimento mental do indivíduo. Técnicas de reprodução como as utilizadas para a fusão de dois óvulos – denominada célula *cumulus* – onde um só deles fica momentaneamente com 44 pares de cromossomos, causam efeitos genéticos ainda desconhecidos pela sociedade, mas devemos reconhecer que tal procedimento poderá deixar seqüelas referentes à integridade mental ou física da pessoa humana. Somente no futuro – com o nascimento da pessoa

⁴² FERRAZ, Carolina Valença. *Biodireito: a proteção jurídica do embrião in vitro*. São Paulo: Verbatim, 2011, p. 47.

⁴³ BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 7. ed. atualizada por Eduardo Carlos Bianca Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006, p. 76.

⁴⁴ FERRAZ, *op. cit.*, p. 53.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 54.

concebida a partir da presente técnica – é que poderemos verificar todos os efeitos decorrentes da respectiva violação.⁴⁶

Assim sendo, a clonagem humana seria um procedimento que viola não só a integridade física, como a psíquica também.⁴⁷ E nem mesmo a “expectativa de curas milagrosas” justifica a clonagem humana; por se tratar do sacrifício de uma vida (embrião) na tentativa de salvar outras vidas, estar-se-ia diante de um impasse: quais vidas tutelar?⁴⁸

Ainda com relação à integridade física e psíquica, algumas considerações desfavoráveis devem ser tecidas sobre o procedimento denominado *microsort*⁴⁹ que visa permitir a escolha do sexo do bebê: essa prática poderia gerar um descompasso com relação à população mundial, e se encontra atualmente proibida pela Resolução 1.957/2010 do CFM.

Da mesma forma que o direito à integridade física e mental, o **direito a alimentos** tem por objetivo a preservação da vida humana. O direito a alimentos pode ser entendido em duas hipóteses: a possibilidade do recebimento dos alimentos pela gestante, e a questão da manutenção do embrião em laboratório até que seja realizada sua implantação.⁵⁰

E, apesar da “aparente controvérsia”, os valores devidos à clínica para pagamento da técnica de criopreservação deve ser entendido como exercício de alimentos, pois sem tal pagamento, a própria sobrevivência do embrião estaria inviabilizada.⁵¹

O **direito à imagem**, “consiste no direito que a pessoa tem sobre a sua forma plástica e respectivos componentes distintos (rosto, olhos, perfil, busto) que a individualizam no seio da coletividade.” Tal direito incidiria, portanto, “sobre a conformação física da pessoa, compreendendo esse direito um conjunto de caracteres que a identifica no meio social”.⁵²

Com base no alcance do direito à imagem, Carolina Valença Ferraz o invoca “com o firme propósito de evitarmos que fotos ou filmagens venham a divulgar o seu

⁴⁶ *Loc.cit.*

⁴⁷ LOUREIRO, Cláudia Regina Magalhães. *Introdução do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 114.

⁴⁸ FERRAZ, Carolina Valença. *Biodireito: a proteção jurídica do embrião in vitro*. São Paulo: Verbatim, 2011, p. 55.

⁴⁹ Consiste em uma técnica de micromanipulação, onde os espermatozóides são coloridos para possibilitar a identificação dos cromossomos X e Y, com a finalidade de permitir a escolha de sexos. (N. das AA.).

⁵⁰ CONSALTER, Zilda Mara Consalter; MEJ, Kátia Grazielle. A obrigação alimentar e a lei de alimentos gravídicos: alguns aspectos materiais e processuais. *Lumiar Revista de Ciências Jurídicas*, vol. 3-2, jul-dez, 2011, p. 169.

⁵¹ FERRAZ, *op. cit.*, p. 58-59.

⁵² BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 7.ed. atualizada por Eduardo Carlos Bianca Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006, p.94.

desenvolvimento, a forma de sua concepção; ou até a realização de manipulação genética realizada como espetáculo para uma audiência” e, ainda pondera:

Inadmissível a admissão de autorização expressa para a divulgação da imagem do ser humano embrionário feita pelos seus genitores, pois vem de encontro à proteção constitucional reservada à criança, aos dispositivos legais dos arts. 3º, 4º, 5º, 7º e 15 do Estatuto da Criança e do Adolescente. O que importa necessariamente na intervenção do Ministério Público, até que seja nomeado um curador para evitar que novos abusos sejam cometidos.⁵³

Seria possível, portanto, o **direito de representação** da pessoa humana *in vitro*, respaldado nas hipóteses em que há o abandono pelos pais biológicos, ou nos casos em que o seu nascimento seja conflitante com os interesses patrimoniais dos pais (por exemplo, quando há ocorrência de sucessão *causa mortis*, e o nascimento do embrião criopreservado viria de encontro com a pretensão de sucessão exclusiva do patrimônio do *de cuius*). A curatela seria admissível para o ser embrionário em face da sua condição humana, sendo aceita também – como o é – em relação ao nascituro, para impedir a substituição e a supressão do parto.⁵⁴

4.2 OS DIREITOS PATRIMONIAIS DO EMBRIÃO *IN VITRO*

Os direitos patrimoniais estão divididos entre direitos oriundos do contrato de doação e oriundos do direito sucessório.

A **doação** em favor de nascituro encontra previsão no artigo 542 do Código Civil⁵⁵, no entanto, não há dispositivo legal que o estenda ao embrião. A doação ao nascituro deve ser aceita (ou não) por seu representante, diante da falta de capacidade de fato do beneficiado com o ato.

Não existe óbice à doação ao ser humano *in vitro*, pois tal doação se daria sob condição resolutiva, ou seja, apenas produziria efeitos após o nascimento com vida. Dessa forma, se o nascimento com vida houvesse, e a criação viesse a falecer, o objeto da doação seria transmitido aos seus próprios herdeiros. Por outro lado, caso o embrião nunca fosse implantado, ou, se implantado ocorre o aborto, a condição resolutiva seria compreendida

⁵³ FERRAZ, Carolina Valença. *Biodireito: a proteção jurídica do embrião in vitro*. São Paulo: Verbatim, 2011, p. 60.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 61.

⁵⁵ Código Civil, “art. 542. A doação feita ao nascituro valerá, sendo aceita pelo seu representante legal”.

como não cumprida, e não haveria qualquer efeito com relação ao objeto da doação, pois seria como se essa nunca tivesse sido pactuada.

Diferentemente da doação, que é relação entre vivos, a **herança** se dá *causa mortis*. Nesse caso, seria impossível considerar o ser humano *in vitro* como titular de direitos, “inclusive os mais complexos como direito à vida e à dignidade da pessoa humana, sem que os direitos patrimoniais lhe fossem deferidos”.⁵⁶

Assim, se são atribuídos ao ser não concebido os direitos mais complexos, outros direitos, como os patrimoniais, também devem ser. A autora estabelece que se deve considerar a herança como um “vínculo persistente com aquele que lhe deu a vida ou consentiu com a sua concepção, vez que o seu fundamento é a relação de parentesco”.⁵⁷

A herança pode ser transmitida ao ser *in vitro* em ambas as formas de sucessão: a legítima e a testamentária, e elenca as razões pelas quais deve-se admitir tal fato:⁵⁸

a) Toda pessoa humana – que é o caso do embrião *in vitro*- será convocada a suceder, na condição de herdeira, *o de cujus*.

b) Nem sempre o herdeiro possui relação de parentesco com o *de cujus*; é possível a instituição de legados.

c) O Enunciado n. 267 do Conselho da Justiça Federal: “A regra do artigo 1798⁵⁹ do Código Civil deve ser estendida aos embriões formados mediante o uso de técnicas de reprodução assistida, abrangendo, assim, a vocação hereditária da pessoa humana a nascer cujos efeitos patrimoniais se submetem às regras previstas para a petição de herança”.

d) Os artigos 1798 e 1799 do Código Civil, que ao tratar da matéria sucessória, disciplina para a legitimação, que estão legitimados os concebidos e outorga direitos sucessórios à pessoa inexistente no momento da abertura da sucessão, nos casos de sucessão testamentária.

e) Pelo princípio da igualdade entre os filhos e a responsabilidade inerente aos pais com relação aos filhos, conforme “predispõem os artigos 1566, IV, e 1634 do Código Civil, em vigor; artigos 20 e 21 do ECA; art. 227, §6º, da Constituição Federal o artigo 1º, §§2º e 4º, da Convenção Americana de Direitos”.⁶⁰

⁵⁶ FERRAZ, *op. cit.*, p. 83.

⁵⁷ FERRAZ, Carolina Valença. *Biodireito: a proteção jurídica do embrião in vitro*. São Paulo: Verbatim. 2011, p. 83.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 83-89.

⁵⁹ Trata da vocação hereditária. Código Civil, art. 1798: “Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”.

⁶⁰ FERRAZ, *op. cit.*, p. 85.

f) Reconhecimento de direito sucessório ao nascituro, que segundo interpretação extensiva, aplica-se ao ser já concebido, porém, mantido criopreservado.

Dessa forma, seria possível, sim, que embrião excedentário, mantido criopreservado, fosse herdeiro e/ou recebesse doação, respeitando-se os princípios do ordenamento jurídico.

Finalmente, Ana Cláudia S. Scalquette, ao tratar dos direitos pessoais e patrimoniais do ser humano *in vitro*, diferencia o embrião originado da fecundação homóloga daquele criado por fecundação heteróloga.

Para a autora, na **fecundação homóloga** os direitos pessoais são todos garantidos em razão da presunção de paternidade do filho concebido na constância do casamento e havido a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários decorrentes de concepção artificial homóloga (artigo 1597, IV, Código Civil⁶¹).⁶²

A dificuldade residiria com relação aos direitos patrimoniais sucessórios para os filhos havidos *post mortem*. Nesses casos, a autora acredita que para que “lhes seja garantida a participação na herança, além da manifestação expressa da vontade daquele que deixou seu material genético criopreservado, a implantação deve ocorrer até três anos contados da abertura da sucessão.”⁶³

Com relação à **fecundação heteróloga**, se o filho nascer durante a vida de seus genitores e com a prévia e devida autorização destes, todos os direitos patrimoniais encontram-se garantidos.⁶⁴

Com relação ao direito ao conhecimento da origem genética, a autora entende que os filhos concebidos da técnica de fecundação heteróloga não podem ter esse direito negado; sendo possível que o filho pleiteie judicialmente esse direito, desde que a descoberta não gere qualquer direito pessoal ou patrimonial entre o doador do material genético, e o filho concebido com a utilização desse.⁶⁵

Em caso de fecundação *post mortem* heteróloga, devem ser obedecidos os mesmos requisitos apontados à fertilização homóloga (expressa manifestação da vontade e implantação em até três anos da abertura da sucessão) com o agravante de não haver presunção de filiação, que impediria a atribuição dos direitos pessoais.

⁶¹ Código Civil, “art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: [...] **IV** - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; [...]”.

⁶² SCALQUETTE, Ana Cláudia S. *Estatuto da reprodução Assistida*. São Paulo: Saraiva. 2010, p. 338.

⁶³ *Loc. cit.*

⁶⁴ *Ibidem*, p. 339.

⁶⁵ *Loc. cit.*

5 CONCLUSÃO

As técnicas de reprodução humana assistida, apesar de todas as possíveis consequências e da necessidade de melhor regulamentação, trouxeram inúmeros avanços àquelas pessoas ou casais que desejam ter filhos e por algum motivo não conseguem. Tais técnicas devem ser entendidas como um verdadeiro instrumento de efetivação de direitos fundamentais, e se corretamente utilizadas, tendem a trazer resultados positivos.

No entanto, não se pode olvidar que as técnicas de RA – em especial a da fertilização *in vitro* – possuem consequências e desdobramentos, como a criação de embriões excedentários, assunto que mobiliza doutrinadores e que necessita regulamentação médica e jurídica, a fim de que se evite a agressão aos direitos fundamentais e de personalidade dos envolvidos nestes procedimentos.

Analisando-se a criação de embriões supranuméricos enquanto desdobramento da técnica de fertilização *in vitro*, tem-se que tais embriões merecem proteção jurídica, enquanto seres da espécie humana, já individualizados e que não podem ser deixados à mercê da sorte.

Com relação à proteção jurídica que deve ser dispensada aos embriões *in vitro* e a extensão dessa proteção, não existe consenso entre os doutrinadores e estudiosos. Tem-se que é possível a aplicação dos direitos de personalidade, porquanto intrínsecos à condição humana. Entretanto, tal aplicação deve ser feita de forma atenta, para se evitar que ao proteger o direito do ser ainda não nascido, sequer implantado no útero, fira-se direitos de outras pessoas ou permita-se fraudes.

Assim desenhado o atual *status* da adoção embrionária, deve-se enfatizar que considerando os valores e direitos envolvidos nas técnicas de RA, torna-se imprescindível uma regulamentação específica, que proteja os direitos dos envolvidos nestas situações de modo sensível e coerente.

Como em todas as situações criadas pelas novas tecnologias, exige-se debate, real interesse e consciência da importância do tema. É preciso que se analise, efetivamente, as especificidades da adoção embrionária e que os embriões excedentários não sejam tratados como mera consequência da FIV.

REFERÊNCIAS

ALDROVANDI, Andrea; FRANÇA, Danielle Galvão de. A reprodução assistida e as relações de parentesco. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 58, 1 ago. 2002. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/3127>>. Acesso em: 30 mar. 2014.

AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999

BARBOSA, Heloísa Helena. *Proteção jurídica do embrião humano*. Disponível em: <<http://www.ghente.org/temas/reprodução/proteção.htm>>. Acesso em: 01 mar. 2014.

BELTRÃO, Silvio Romero. *Direitos da personalidade: de acordo com o novo Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2005.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 7. ed. atualizada por Eduardo Carlos Bianca Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial de 05.10.1988*, Brasília, DF.

_____. Lei n. 10.246 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial de 11.01.2002*, Brasília, DF.

BRASIL. Lei nº 11.105 de 24 de março de 2005. Lei de Biossegurança. *Diário Oficial de 28.03.2005*, Brasília, DF.

_____. RESOLUÇÃO CFM Nº 1931/2009. Aprova o Código de Ética Médica. *Diário Oficial de 24.09.2009*, Brasília, DF.

_____. RESOLUÇÃO CFM nº 1.957/2010 - Normas éticas na reprodução assistida. *Diário Oficial de 06.01.2011*, Brasília, DF.

CHINELATO E ALMEIDA, Silmara Juny. *Tutela civil do nascituro*. São Paulo: Saraiva, 2000

CONSALTER, Zilda Mara. Algumas reflexões em torno da inseminação artificial humana. *Revista Jurídica UNIJUS*. Uberaba – MG. V. 9, n. 10, p. 45-59. Maio 2006.

_____; MEJ, Kátia Grazielle. A obrigação alimentar e a lei de alimentos gravídicos: alguns aspectos materiais e processuais. *Lumiar Revista de Ciências Jurídicas*, vol. 3-2, p. 149-178. Jul-dez. 2011.

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 7. ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Direito civil brasileiro*. V. 1: teoria geral do direito civil. 23. ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406 de 10-1-2002) e o Projeto de Lei n. 6.960/2002. São Paulo: Saraiva, 2006.

FERRAZ, Carolina Valença. *Biodireito: a proteção jurídica do embrião in vitro*. São Paulo: Verbatim, 2011.

LEITE, Eduardo Oliveira. (Coord.). *Grandes temas da atualidade. Bioética e biodireito. Aspectos jurídicos e metajurídicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

LOUREIRO, Cláudia Regina Magalhães. *Introdução do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2009.

MACHADO, Maria Helena. *Reprodução humana assistida: Aspectos éticos e jurídicos*. Curitiba: Juruá, 2006.

MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (Orgs.). *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2012.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. *Direitos humanos fundamentais. Teoria geral. Comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

NASCIMENTO, Alexandre Lescura do. *Adoção embrionária*. Curitiba: CRV, 2012.

NÚCLEO SANTISTA DE REPRODUÇÃO HUMANA. *Reprodução Humana*. Disponível em: <http://www.reproducaohumanasantos.com.br/reproducao-humana.aspx>. Acesso em: 25 mar. 2014.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, tomo 2. Campinas-SP: Bookseller, 2000.

SCALQUETTE, Ana Cláudia S. *Estatuto da reprodução assistida*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011.

SNA SAÚDE. Polêmica cerca redução embrionária. Disponível em: <http://sna.saude.gov.br/imprimir.cfm?id=411>. Acesso em: 20 mar. 2014.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 8. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Saraiva, 2011.