

**FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO DO RIO DE JANEIRO
GRADUAÇÃO EM DIREITO**

MARIA MANUELA DOS SANTOS COELHO

**Os embriões criopreservados excedentários na dissolução da sociedade
conjugal**

Rio de Janeiro

Novembro, 2019

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO DO RIO DE JANEIRO
GRADUAÇÃO EM DIREITO

MARIA MANUELA DOS SANTOS COELHO

**Os embriões criopreservados excedentários na dissolução da sociedade
conjugal**

Trabalho de Conclusão de Curso,
sob a orientação do professor
Gustavo Kloh, apresentado à FGV
DIREITO RIO como requisito parcial
para a obtenção do grau de bacharel
em Direito.

Rio de Janeiro

Novembro, 2019

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO DO RIO DE JANEIRO
GRADUAÇÃO EM DIREITO

**Os embriões criopreservados excedentários na dissolução da sociedade
conjugal**

Elaborado por

Maria Manuela dos Santos Coelho

Trabalho de Conclusão de Curso, sob a orientação do professor **Gustavo Kloh** apresentado à FGV DIREITO RIO como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em direito.

Comissão examinadora:

Nome do orientador: Gustavo Kloh

Nome da examinadora 01: Flavia Bahia

Nome da examinadora 02: Lígia Fabris

Assinaturas:

Gustavo Kloh

Flavia Bahia

Lígia Fabris

Nota Final:

Rio de Janeiro, ____ de dezembro de 2019.

RESUMO

Graças à revolução médica e tecnológica da segunda metade do século XX, milhões de casais puderam superar a infertilidade por meio das técnicas de fertilização *in vitro*. As novidades dessas técnicas, inevitavelmente, repercutem em vários aspectos da sociedade, e com o direito, não podia ser diferente. Falta uma resposta concreta do direito brasileiro para muitas questões relativas ao biodireito e o direito de família. O presente trabalho terá como foco o destino dos embriões criopreservados em meio da separação conjugal, quando o casal diverge quanto ao destino a ser dado aos embriões, especialmente quando uma das partes deseja utilizar os embriões para terem mais filhos.

Palavras-chave: embriões criopreservados; divórcio; direito de família; biodireito.

ABSTRACT

Thanks to the technological and medical revolution in the second half of the 20th century, millions of couples were able to overcome infertility through *in vitro* fertilization techniques. The novelty of these techniques inevitably reverberates in various aspects of society, and the law is no exception. Brazilian law sorely lacks a concrete answer for infinite questions regarding biolaw and family law. This paper aims to focus on the disposition of cryopreserved embryos during a divorce when the couple disagrees on what to do with the embryos, especially if one party wishes to use them to have children.

Keywords: cryopreserved embryos; divorce; family law; biolaw.

SUMÁRIO

1. Introdução.....	7
2. A origem das batalhas judiciais por embriões excedentes.....	9
3. Status jurídico do embrião criopreservado.....	13
3.1. Conselho Federal de Medicina.....	14
3.2. A Constituição Federal.....	15
3.3. O Código Civil.....	17
3.4. O Supremo Tribunal Federal.....	19
3.4.1. A ADI 3.510.....	20
3.4.2. A ADPF 54	23
3.5. Embrião: pessoa ou propriedade?	24
4. Direito dos envolvidos.....	29
4.1. Direito ao Planejamento Familiar.....	29
4.2. Direito à Maternidade.....	30
4.3. Direito de não procriar e a paternidade responsável e o consentimento informado.....	32
5. Quem fica com os embriões em caso de divórcio?.....	35
6. Considerações Finais.....	42
7. Referências Bibliográficas.....	44

INTRODUÇÃO

Imagine um casal em busca de começar uma família juntos, que decide, após tentar conceber um filho naturalmente e falhar, procurar formas alternativas de concepção. Eles encontram a opção que parece perfeita: fertilização *in vitro*.

O processo funciona da seguinte maneira: (i) a mulher é submetida a uma estimulação hormonal dos folículos ovarianos, de modo a produzir múltiplos óvulos, (ii) os óvulos produzidos pela mulher são aspirados sob monitoração ecográfica via transvaginal; (iii) o esperma do parceiro é colhido e manipulado para a seleção de espermatozoides, (iv) os óvulos são fertilizados com os espermatozoides selecionados, (v) os embriões formados são observados e escolhidos para implantação no útero da mulher, (vi) os embriões excedentários e em boas condições são congelados e mantidos por criopreservação.^{1 2} É desta forma que dezenas de milhares de famílias são formadas todos os anos no Brasil³, graças aos avanços tecnológicos em reprodução assistida.⁴

Agora imagine que, em vez de querer realizar uma nova fertilização *in vitro* e ter mais um filho juntos, o casal resolva se divorciar. Eles entram com o pedido de divórcio e ao dividir os bens comuns um deles demonstra interesse em ficar com os embriões para que possa ter mais filhos, enquanto que o outro deseja que os

¹ ADIn 3.510, Rel. Min Carlos Ayres Britto, julgamento em 29-05-2008. Voto do Ministro Menezes Direito, p. 20.

² “A vitrificação é considerada uma técnica de congelamento de embriões 70 vezes mais rápida do que as demais, visto que, no congelamento convencional, a velocidade da queda de temperatura é de 0,3°C por minuto, enquanto na vitrificação é de 23°C/minuto. Ela proporciona um estado vítreo ao embrião sem ocasionar danos às células. A criopreservação de embriões permite restringir o número de embriões a serem transferidos para o útero posteriormente.” Disponível em: < <https://www.ibrra.com.br/criopreservacao/>>. Acesso em 17 de novembro de 2019.

³ COELHO, Tatiana. Após queda, número de fertilizações *in vitro* volta a crescer no Brasil. Disponível em: <<https://g1.globo.com/bemestar/noticia/2018/07/25/apos-queda-numero-de-fertilizacoes-in-vitro-volta-a-crescer-no-brasil.ghtml>>. Acesso em 01 de junho de 2019.

⁴ Step-by-step through an IVF cycle. Disponível em: <<https://monashivf.com/fertility-treatments/fertility-treatments/the-ivf-process/>>. Acesso em 01 de junho de 2019.

embriões sejam destruídos.

Guerras judiciais por guarda de filhos e por patrimônio matrimonial são ocorrências mais do que frequentes durante um processo de divórcio. Para muitas dessas batalhas, o direito brasileiro possui uma resposta certa e clara, senão por meio de lei, por jurisprudência. Contudo, a novidade por trás dos métodos avançados de fertilização *in vitro* trazem muitas dúvidas acerca do caminho a ser tomado quando se trata do destino de embriões criopreservados excedentes, o que vem levando à decisões conflitantes e insegurança jurídica mundo afora. E é daqui que surge o interesse em explorar este tema no presente trabalho.

Nesse âmbito, buscar-se-á tratar do assunto, olhando primeiramente, para o surgimento da controvérsia, com o contexto histórico de precedentes de brigas judiciais por embriões excedentários em meio a uma dissolução conjugal, em que serão introduzidos os argumentos invocados em ambos os lados.

No próximo capítulo, o foco será nos embriões criopreservados. Será explicado a definição de embriões, e o que os diferenciam de fetos ou bebês, o seu status dentro do ordenamento jurídico brasileiro e nas relações jurídicas. Em sequência, será abordado os direitos dos envolvidos, para que se entenda com exatidão o que está em jogo, as respostas que o direito brasileiro dá a esses casos e como podemos proteger mais as partes com mudanças nas regulamentações e possíveis leis.

Através de um método indutivo e comparativo com o ordenamento jurídico americano - para suprir as lacunas jurisprudenciais brasileiras acerca do tema - espera-se que ao fim do trabalho o leitor tenha uma visão esclarecida e atual sobre o tema, com todos os aspectos a serem considerados em volta do Biodireito e do Direito das Famílias bem explorados, com fundamento na Constituição Federal, o Código Civil, a doutrina e jurisprudência brasileira e estrangeira, assim como resoluções do Conselho Federal de Medicina.

1. A ORIGEM DAS BATALHAS JUDICIAIS POR EMBRIÕES EXCEDENTES

O primeiro bebê a nascer graças à técnica de reprodução assistida de fertilização in vitro, Louise Brown, conhecida como “a primeira bebê de proveta”⁵, nasceu em Manchester, no Reino Unido, em 25 de julho de 1978. Quarenta e um anos depois, Louise Brown viveu para ver milhões de bebês nascendo através desse mesmo método, mas também nasceu para ver muitas disputas judiciais acontecerem ao redor do mundo graças à mesma técnica revolucionária que lhe deu a vida. Este capítulo tem como objetivo, portanto, abrir a discussão acerca dos embriões excedentes mediante a dissolução conjugal, trazendo um histórico de batalhas judiciais relevantes, apontando os argumentos em ambos os lados que foram utilizados para a tomada de decisão.

O primeiro grande caso a ser documentado foi o famoso Davis v. Davis, que ocorreu no estado do Tennessee, nos Estados Unidos, em 1992. Mary Sue Davis desejava ter controle sobre os embriões criopreservados com a intenção de transferi-los para seu próprio útero em uma tentativa de engravidar após o divórcio.⁶ O ex-marido Junior Davis queria manter os embriões em seu estado criopreservado até que se decidisse quando, ou se, estivesse preparado para ser pai fora do casamento.

A corte decidiu, com base no argumento de que os embriões eram seres humanos a partir do momento da fertilização, que a “guarda” deveria ficar com Mary Sue e que a ela fosse permitida “a oportunidade de trazer essas crianças ao mundo através da implantação”⁷. Em segunda instância, a decisão foi revertida, com base no argumento de que “não há interesse estatal convincente que justifique ordenar

⁵ Há 40 anos nascia o primeiro bebê de proveta do mundo. Disponível em: <<https://ciencia.estadao.com.br/noticias/geral,ha-40-anos-nascia-o-primeiro-bebe-de-proveta-do-mundo-,70002413932>>. Acesso em 02 de junho de 2019.

⁶ Davis v. Davis, 842 SW 2d 588 – Tenn: Supreme Court 1992. P. 590

⁷ Idem.

uma implantação contra a vontade de uma das partes”.⁸

O caso chegou à Suprema Corte Americana, onde a decisão de segunda instância foi ratificada. De acordo com a corte, a decisão deve ser feita levando em consideração a vontade dos progenitores. Se as vontades não são compatíveis ou se há disputa, então o acordo pré-existente entre as partes deve prevalecer. Na ausência de acordo, como no caso Davis v. Davis, a parte que deseja evitar procriação deve prevalecer, presumindo-se que a outra parte tenha a possibilidade razoável de atingir a paternidade sem a utilização dos embriões em questão. Se não houverem alternativas razoáveis, então o argumento em favor de utilizar os embriões para atingir uma gravidez deve ser considerado. Como a essa altura, esse não era mais o caso, visto que Mary Sue Davis se casara novamente e não mais queria utilizar os embriões para gravidez e sim doá-los para um outro casal que necessite deles, esse argumento não foi considerado.⁹

Por fim, a corte também decidiu que se o desejo de uma das partes é apenas doar os embriões, então a parte contrária, nesse caso Junior Davis, tem de fato o maior interesse e deve portanto prevalecer. Dessa forma, ficou decidido que os embriões deveriam ser destruídos.¹⁰

Em um caso mais recente, o empresário americano Nick Loeb processou sua ex-noiva, a atriz colombiana Sofia Vergara, atuando em nome dos embriões, a quem ele deu os nomes de “Emma” e Isabella”, para conseguir a guarda dos embriões e implantá-los em uma barriga de aluguel. No estado da Louisiana¹¹, onde a ação foi movida, o embrião possui personalidade civil e portanto o direito de representação,

⁸ Idem.

⁹ Idem.

¹⁰ Davis v. Davis, 842 SW 2d 588 – Tenn: Supreme Court 1992. P. 605

¹¹ Na lei do estado da Louisiana, o embrião é considerado pessoa civil. Portanto, como pessoa, o embrião não pode ser destruído nem que esse seja o desejo de ambas as partes. Porque o casal não possui o embrião e não podem destruí-lo se não mais o quiserem, sua única opção é renunciar seus direitos parentais a outro casal que os deseje. O casal que irá receber o embrião precisa ser casado, e devem querer e serem capazes de receberem o embrião para implantação.

com alguém atuando em seu nome.¹² A atriz pleiteou a rejeição sumária da ação, que foi indeferida, e o processo segue em andamento.

Outro caso americano, no estado do Colorado, foi à justiça visto que o contrato assinado com a clínica de fertilização não especificava o que aconteceria com os embriões se o casal se divorciasse¹³. Enquanto que Mandy Rooks queria que os embriões fossem implantados, Drake Rooks queria que os embriões fossem destruídos.

A vontade de Mandy Rooks foi refutada com base no fato de que já era mãe de três filhos (concebidos por fertilização *in vitro* com o ex-marido) e de que não teria condições financeiras de criar mais filhos.

Enquanto que a primeira instância deu razão à Drake, com o fundamento de que ninguém deve ou pode ser obrigado a ser pai genético¹⁴ contra a sua vontade, a Suprema Corte do estado do Colorado, em outubro de 2018 – apesar de ter devolvido o caso de volta para a instância anterior para maior consideração – emitiu uma série de diretrizes para casos futuros semelhantes. De acordo com a corte, a decisão de primeiro grau utilizou de argumentos irrelevantes para o caso e afirmou que cortes devem considerar: (i) o destino intencionado da parte que deseja preservar os embriões, (ii) a habilidade ou inabilidade comprovada da parte de se tornar pai ou mãe por meio de outro método que não com a utilização dos embriões disputados, (iii) as motivações das partes para passarem pelo processo de

¹²“Who owns the fertilized eggs? It’s a conundrum”. Disponível em: <https://www.courant.com/opinion/op-ed/hc-op-merriam-fertilized-eggs-0506-20190506-5tyyvtbeazppmo6aixu6xi7ly-story.html>. Acesso em 03 de junho de 2019.

¹³ Colorado Supreme Court issues embryo-custody guidelines. Disponível em: <https://www.courthousenews.com/colorado-supreme-court-issues-embryo-custody-guidelines/> Acesso em 03 de junho de 2019.

¹⁴ Importante esclarecer que, em nenhum desses casos, foi discutido se o pai teria obrigações parentais em relação às crianças que pudessem vir fruto da implantação dos embriões criopreservados. A discussão, em todos esses casos, é sobre a utilização do material genético de alguém para procriação, contra a vontade de uma das partes. A parte que não deseja ter filhos vindos dos embriões não teria qualquer obrigação em relação às crianças, sendo, essencialmente, doadores de gametas.

fertilização in vitro em primeiro lugar, (iv) a dificuldade logística, financeira e emocional para a parte tentando evitar se tornar pai ou mãe, (v) qualquer má-fé demonstrada ou tentativa de utilizar os embriões como influência injusta no processo de divórcio e (vi) qualquer consideração relevante para a situação específica das partes.¹⁵

Por fim, a decisão mais recente sobre o assunto tomou um rumo diferente. No estado do Arizona, nos Estados Unidos, Ruby Torres desejava ter guarda dos embriões que concebeu com o ex-marido John Joseph Terrell antes de passar radioterapia e quimioterapia para o tratamento de câncer de mama, que a impossibilitou de engravidar naturalmente.¹⁶

Na audiência do divórcio, Torres conta ao juiz que os embriões são a única chance que ela terá de ter filhos biológicos. Enquanto isso, Terrell alegou que não tinha qualquer interesse em ter filhos com Torres.¹⁷

Contudo, um projeto de lei foi aprovado no estado do Arizona e entrou em vigor em julho de 2018, o que mudou o curso desse caso. De acordo com a nova lei¹⁸, em casos de disputa por guarda de embriões, a guarda deve ser concedida à parte que deseja que os embriões se desenvolvam e nasçam.

Foi dessa forma que Ruby Torres venceu a disputa judicial em março de 2019 e recebeu a guarda de seus sete embriões criopreservados. De acordo com a corte, o interesse de Torres em engravidar possui mais importância do que o interesse do

¹⁵ “Colorado Supreme Court Sets New Embryo Guidelines in Divorced Couple’s Case”. Disponível em: < <https://www.cpr.org/news/story/colorado-supreme-court-sets-new-embryo-custody-guidelines-in-divorced-couples-case>>. Acesso em 03 de junho de 2019.

¹⁶ Who owns the embryos after a divorce? Arizona court sides with woman in dramatic case. Disponível em < <https://www.12news.com/article/news/local/arizona/who-owns-the-embryos-after-divorce-arizona-court-sides-with-woman-in-dramatic-case/75-e3ae65d3-ca7d-4e0d-a124-4768f3258374>>. Acesso em 03 de junho de 2019.

¹⁷ Who owns the embryos after a divorce? Arizona court sides with woman in dramatic case. Disponível em < <https://www.12news.com/article/news/local/arizona/who-owns-the-embryos-after-divorce-arizona-court-sides-with-woman-in-dramatic-case/75-e3ae65d3-ca7d-4e0d-a124-4768f3258374>>. Acesso em 03 de junho de 2019.

¹⁸ Under new Arizona Law, custody of disputed embryos goes to whoever will help them “develop to birth”. Disponível em < <https://www.seattletimes.com/nation-world/under-new-arizona-law-custody-of-disputed-embryos-goes-to-whomever-will-help-them-develop-to-birth/>> Acesso em 03 de junho de 2019.

ex-marido em evitar procriação, especialmente porque ela não poderia ter filhos biológicos de outra forma.

2. STATUS JURÍDICO DO EMBRIÃO CRIOPRESERVADO

Em meio às controvérsias relacionadas aos tratamentos de fertilização in vitro e a criopreservação de embriões, não tardou para que diversos grupos de interesse, inclusive grupos anti-aborto tomassem posição no debate e defendessem os direitos dos embriões.¹⁹ O argumento é que embriões devem ser considerados seres vivos aos olhos da lei e, conseqüentemente, que o melhor interesse do embrião deva ser levado em consideração em caso de divórcio daqueles que proveram seu material genético.

A lógica utilizada é uma analogia desta teoria àquela do melhor interesse da criança em caso de divórcio entre seus pais. Dessa forma, os grupos pró-vida (*pro life*) afirmam que o melhor interesse do embrião é nascer. Em caso de separação, o embrião, com personalidade jurídica, deve ser trazido à vida a qualquer custo ²⁰, devendo portanto ficar sob a guarda da parte que deseja usá-los para ter filhos, em detrimento da parte que deseja descartá-los por não mais querer ter filhos com a (o) ex-parceira (o).

Para pôr fim a essa dicotomia, mostra-se imprescindível definir a natureza do embrião criopreservado, para que se entenda não só o que são, mas que direitos possui e como podem ser dispostos pelo o casal que os criou.

Para a embriologia, que é o ramo da biologia e da medicina que estuda os embriões e o seu desenvolvimento, o embrião é o produto das primeiras semanas

¹⁹ Anti-Abortion groups join battles over frozen embryos. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2016/01/20/us/anti-abortion-groups-join-battles-over-frozen-embryos.html>> Acessado em 31 de outubro de 2019.

²⁰ Idem.

do processo de modificação do óvulo fecundado no chamado processo embrionário²¹, que corresponde ao período entre a segunda e sétima semana após a fecundação.²² Já o direito possui uma definição um tanto quanto diferente da científica. Isso porque a partir do momento que o embrião é implantado no útero da mulher, passa a ser denominado nascituro. Isso prova a necessidade de se analisar as respostas que o direito brasileiro traz para esse problema, bem como o grau de proteção que o direito brasileiro oferece aos embriões criopreservados.

Tendo isso em vista, esse capítulo irá se dedicar à análise do status jurídico dos embriões à luz do ordenamento jurídico brasileiro, levando em consideração a Constituição Federal, o Código Civil, o Conselho Federal de Medicina, a Lei de Biossegurança e o Supremo Tribunal Federal.

2.1. O Conselho Federal de Medicina

O Conselho Federal de Medicina, em seu parecer-consulta nº 1.698/1996²³ entendeu que o pré-embrião (estágio do processo embrionário em que o embrião é criopreservado) é mera expectativa potencial de vida, assim como os gametas masculinos e femininos, e que não podem ser considerados seres humanos.

No mais o Conselho Federal de Medicina falha em fazer sua própria definição de embriões e seu status para a medicina. Assim sendo, as poucas resoluções que mencionam os métodos de reprodução assistida se ativeram em trazer diretrizes para gestantes solidárias²⁴, os métodos de criopreservação²⁵, como dispor dos

²¹ MOORE, K. L.; PERSAUD, T.V.N. *Embriologia Clínica*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

²² Cf. SNUSTAD, Peter; SIMMONS, Michael J. *Fundamentos de Genética*. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2ª ed., 2001.

²³ Confira o teor completo do parecer-consulta em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/pareceres/BR/1996/23_1996.pdf

²⁴ Confira a Resolução CFM nº 2.121/2015 em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2015/2121>

²⁵ Confira a Resolução 2.168/2017 em: http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/19405123/do1-2017-11-10-resolucao-n-2-168-de-21-de-setembro-de-2017-19405026

embriões em caso de separação²⁶, e doações de embriões para pesquisas científicas.²⁷

2.2. A Constituição Federal

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, *caput*, garante a todos o direito à vida. O direito de que trata a Constituição é irrenunciável e inviolável, e integra-se de elementos materiais (físicos e psíquicos) e imateriais (espirituais)²⁸.

A vida é “intimidade conosco mesmo, saber-se e dar-se conta de si mesmo, um assistir a si mesmo e um tomar de posição de si mesmo”²⁹. Por isso, de acordo com José Afonso da Silva, ela constitui a fonte primária de todos os outros bens jurídicos. Em suas palavras:

De nada adiantaria a Constituição assegurar outros direitos fundamentais, como a igualdade, a intimidade, a liberdade, o bem-estar, se não erigisse a vida humana num desses direitos. No conteúdo de seu conceito se envolvem o direito à dignidade da pessoa humana, o direito à privacidade, o direito à integridade físico-corporal, o direito à integridade moral, e especialmente, o direito à existência.³⁰

Ainda de acordo com Silva, o direito à existência, abrangido pelo art, 5º, *caput*, é o direito de não ter interrompido o processo vital senão pela morte espontânea e inevitável³¹. Dessa forma o direito à existência produz efeitos relacionados à proteção à vida antes mesmo de sua ocorrência.

Sobre o direito à vida, Maria Helena Diniz entende que ele integra-se à pessoa até o seu óbito, abarcando o direito de nascer, o de continuar vivo e o de subsistência, pouco importando se trata-se de embrião, nascituro, criança, portadora de anomalias físicas ou psíquicas, que esteja em coma ou que haja manutenção do

²⁶ Idem.

²⁷ Idem.

²⁸ SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. Editora Malheiros, p. 200

²⁹ Cf. Recasén Siches, Vida humana, sociedad y derecho, p. 254.

³⁰ SILVA, op cit, p. 201.

³¹ SILVA, op cit, p. 201.

estado vital por meio de processo mecânico.³²

Diniz ainda leciona que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar a inviolabilidade do direito à vida, pois qualquer atentado a ele estaria eivado de inconstitucionalidade^{33 34}. Afinal, o direito à vida é garantido pela carta constitucional por meio de cláusula pétrea, não podendo ser modificada por emenda constitucional por força do art. 60, § 4º, da Constituição Federal.

Ademais, o Pacto de San Jose da Costa Rica, ratificado pelo Brasil e introduzido ao ordenamento jurídico brasileiro com status supralegal³⁵, afirma, em seu artigo 4º que “toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.”³⁶

É certo que a concepção (união de espermatozoide e óvulo), portanto, produz determinados efeitos de imediato, e considerando esses conceitos aqui trazidos, à luz da Constituição, é possível argumentar que o embrião, em tese, seria possuidor de determinados direitos.

Contudo, é necessário ressaltar, que nenhum direito fundamental, incluindo o direito à vida, é ou deveria ser completamente absoluto. De acordo com jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

Os direitos e garantias individuais não têm caráter absoluto. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das

³² DINIZ, Maria Helena. *O Estado Atual do Biodireito*. 10ª edição. Editora Saraiva. 2017, p. 47

³³ DINIZ. *Ibid*, p. 48.

³⁴ Cf. Ricardo Henry Marques Dip, Notas sobre o biodireito, *Revista Literária de Direito*, 19:33-4.

³⁵ O Pacto de San Jose da Costa Rica está abaixo da Constituição e acima das leis ordinárias. Veja o Recurso Extraordinário 349.703-1

liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas – e considerado o substrato ético que as informa – permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros.³⁷

Desse modo, qualquer proteção à vida do embrião que pode ser depreendida da Constituição, é certo que esse direito não é absoluto. Prova maior disso são as exceções legais a esse mesmo direito, quais sejam, as hipóteses de aborto necessário previstas no Código Penal³⁸.

Portanto, esse princípio deve ser ponderado com outros princípios constitucionais, pertinentes a cada caso concreto, como será visto mais à frente.

2.2. O Código Civil

O Código Civil de 2002 protege os direitos e deveres civis de todas as pessoas. O artigo 2º é claro ao resguardar a personalidade civil para aqueles que nascem com vida. Dessa forma, não há o que se falar em personalidade civil para nascituros ou embriões criopreservados. Esse mesmo artigo, no entanto, protege desde a concepção os direitos do nascituro.

Percebe-se que o Código Civil falha em dispor sobre os direitos do embrião criopreservado expressamente, mas isso, de forma alguma, significa que o legislador é omissivo quanto ao status jurídico do embrião, visto que fez essa definição tacitamente. Ao afirmar que a personalidade civil começa com nascimento em vida, deixa claro que um embrião criopreservado, só poderia atingir personalidade civil após implantado e gerido pela mãe ou barriga solidária, nascendo com vida.

³⁷ MS 23.452, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 16-9-1999, Plenário, DJ de 12-5-2000

³⁸ Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico: I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante; II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

Além disso, não há o que se falar em equivalência entre um embrião criopreservado e um nascituro. É preciso ser bem claro quanto as diferenças biológicas, assim como as diferenças de proteção jurídica.

O nascituro é o feto. É o embrião criopreservado que foi implantado no útero materno e ali começa a se desenvolver. A palavra é derivada do latim *nasciturus* e significa aquele que está por nascer³⁹. É aquele que há de vir ao mundo, mas que, nas palavras do Professor Paulo Carneiro Maia, apesar de concebido, não teve seu nascimento consumado. Sua existência é intra-uterina, adstrita a essa contingência até que dele se separe, concretizando-se o nascimento com vida, existência independente e extra-uterina para aquisição do atributo jurídico de pessoa.⁴⁰

Como bem explica o civilista Silvio Rodrigues, nascituro é o ser já concebido, mas que ainda se encontra no ventre materno. Sobre os direitos do nascituro ele prossegue dizendo:

a lei não lhe concede personalidade, a qual só lhe será conferida se nascer com vida. Mas como provavelmente nascerá com vida, o ordenamento jurídico desde logo preserva seus interesses futuros, tomando medidas para salvaguardar os direitos que, com muita probabilidade, em breve serão seus⁴¹

Não há como se confundir, portanto, nascituro com embrião criopreservado. O embrião somente poderá ser considerado nascituro quando estiver no ambiente propício para o seu desenvolvimento, onde obtém, por natureza, os requisitos para que se torne pessoa natural. Conforme leciona Silmara Chinelato, em seu livro *Tutela Civil do Nascituro*:

Assim, para nós, com ligações hauridas na Medicina e na Biologia, há de se

³⁹ BUENO, Francisco da Silveira, *Grande dicionário etimológico-prosódico da língua portuguesa*, São Paulo, Saraiva, 1960, v.6.

⁴⁰ MAIA, Paulo Carneiro Maia, Nascituro, em *Enciclopédia Saraiva do Direito*, dirigida por R. Limongi França, São Paulo, Saraiva, 1980, v. 54, p. 38-52

⁴¹ RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*. São Paulo: Saraiva, v.1, Parte Geral, 17ª ed., 1987, p. 38

ressalvar que, na fertilização *in vitro*, não se poderá falar em “nascituro enquanto o ovo (óvulo fertilizado *in vitro*) não tiver sido implantado na futura mãe, impondo-se, pois, o conceito de fecundação *in anima nobile* (obtida naturalmente ou por inseminação artificial), seja de fecundação *in vitro*.⁴²

Portanto, conclui-se que ao embrião criopreservado não é concedida qualquer proteção jurídica pelo Código Civil, visto que foi excluído tacitamente do rol de que fala o artigo 2º.

Contudo, importante ressaltar que há opositores a esse artigo, que acreditam que o Código Civil, ao restringir a personalidade civil para aqueles que nascem com vida, entrou em contradição direta com a Constituição e precisa a ela se adequar.

O projeto de lei 4150/2019⁴³ altera o Código Civil para definir que a personalidade civil do ser humano começa desde a concepção. De acordo com a autora do projeto, a deputada Chris Tonietto (PSL-RJ), o código precisa se adequar ao Pacto de San Jose da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário, e como já foi mencionado, possui status supralegal.

Diz a deputada que o pacto afirma que “toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida” e que “esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção”. O Código Civil, que é hierarquicamente inferior à Convenção, precisaria ser corrigido para reconhecer a personalidade do ser humano concebido, mas ainda não nascido”. No momento, o projeto tramita pela pelas comissões de Seguridade Social e Família; e de Constituição e Justiça e de Cidadania.

2.3. O Supremo Tribunal Federal

⁴² CHINELATO, Silmara. *Tutela Civil do Nascituro*. Editora Saraiva. 2000. P. 11

⁴³Projeto define que personalidade civil do ser humano começa na concepção. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/namidia/17903/Projeto+define+que+personalidade+civil+do+ser+h+umano+comeca+na+concepcao>>. Acesso em 02 de novembro.

2.3.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510/DF

Em 2005 foi promulgada a lei 11.105, a chamada Lei de Biossegurança, que tem como objetivo regulamentar os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal⁴⁴, estabelecer normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente, criar o Conselho Nacional de Biossegurança, reestruturar a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança, e dispor sobre a Política Nacional de Biossegurança.

O artigo 5º da lei 11.105 é a única menção no texto legislativo sobre embriões, permitindo por força de lei as pesquisas científicas com células-tronco embrionárias. Veja:

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

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.

§ 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§ 2º 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

§ 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade foi proposta pelo então Procurador-Geral da República, Dr. Cláudio Lemos Fonteles, tendo por alvo o artigo 5º

⁴⁴ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. § 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético; IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade; V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

especificamente, sob o argumento de que os dispositivos impugnados contrariam “a inviolabilidade do direito à vida, porque o embrião humano é vida humana, e faz ruir fundamento maior do Estado democrático de direito, que radica na preservação da dignidade da pessoa humana”.⁴⁵

Importante ressaltar que esta Ação Direta de Inconstitucionalidade visa questionar a constitucionalidade de pesquisas científicas utilizando células-tronco embrionárias, e por este motivo, muito se discutiu nos votos sobre isso. Este assunto não é o alvo de análise aqui. Para os propósitos do presente trabalho, será analisada a discussão feita pelos Ministros acerca da natureza jurídica dos embriões criopreservados, que conforme os próprios afirmaram é o cerne da questão.

O relator do caso, o Ministro Ayres Britto, votou pela constitucionalidade do referido artigo, levando em consideração os seguintes pontos: (i) o começo da vida humana e o começo da personalidade civil são coisas distintas e (ii) o embrião não pode ser considerado pessoa natural.

Sobre o primeiro ponto, afirma o Ministro ser indiscutível que o começo da vida humana se dá na união entre os gametas masculino e feminino⁴⁶. Porém também ressalta a indiscutibilidade do começo da pessoa natural: o nascimento com vida. Não por convicção, ressalta, mas por expressa determinação legal⁴⁷.

O segundo ponto relevante aqui focou na distinção categórica entre embrião,

⁴⁵ ADIn 3.510/DF. Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 05-03-2008. P. 143

⁴⁶ “Não pode ser diferente. Não há outra matéria-prima da vida humana ou diverso modo pelo qual esse tipo de vida animal possa começar, já em virtude de um intercurso sexual, já em virtude de um ensaio ou cultura em laboratório. Afinal, o zigoto enquanto primeira fase do embrião humano é isso mesmo: o germe de todas as demais células do hominídeo (por isso que na sua fase de partida é chamado de 'célula-ovo' ou 'célula-mãe', em português, e de 'célula-madre', em castelhano). Realidade seminal que encerra o nosso mais rudimentar ou originário ponto de partida. Sem embargo, esse insubstituível início de vida é uma realidade distinta daquela constitutiva da pessoa física ou natural” Trecho do voto do Ministro Britto, p. 174

⁴⁷ “Falo 'pessoas físicas ou naturais', devo explicar, para abranger tão-somente aquelas que sobrevivem ao parto feminino e por isso mesmo contempladas com o atributo a que o art. 2º do Código Civil Brasileiro chama de 'personalidade civil', Uteris: 'A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro'. Donde a interpretação de que é preciso vida pós-parto para o ganho de uma personalidade perante o Direito (teoria 'natatista', portanto, em oposição às teorias da 'personalidade condicional e da 'concepcionista').” Trecho do voto do Ministro Britto, p. 161

feto e bebê. De acordo com o Ministro Britto, em suas próprias palavras, “o embrião é o embrião, o feto é o feto e o ser humano é o ser humano.”

Afirma o Ministro que a Constituição é omissa quanto ao preciso instante em que a vida começa, mas dá proteção à vida. Vida essa que já é própria de uma pessoa concreta, porque nativa⁴⁸. Reconhece também que os direitos e garantias individuais de que trata a norma constitucional são garantias do indivíduo-pessoa, de modo que não existe pessoa humana embrionária, e sim embrião da pessoa humana. Assim, declara que “o embrião pré-implanto é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição.”⁴⁹

O Ministro Cezar Puluso, de forma semelhante, descreve a fertilização in vitro como um processo que se suspendeu antes de adquirir “condição objetiva necessária para a ativação da potência de promover, com autonomia, uma sequência de eventos, que, significam, a unidade permanente do ciclo vital que individualiza cada subjetividade humana.”⁵⁰

Ainda no voto conclui que o casal que busca a fertilização in vitro para procriação não estaria vinculado a necessariamente utilizar todos os embriões criados. Esse ponto será explorado no próximo capítulo.

O Ministro Menezes Direito, que liderou os votos contrários à constitucionalidade do art. 5º, posicionou-se de forma diferente. Entende o Ministro que foi a vontade do constituinte originário salvaguardar a vida em todos os seus estágios, desde a fase embrionária⁵¹, e que, portanto, têm direito à vida. No entanto, não foi totalmente contrário à constitucionalidade do artigo 5º, declarando a sua inconstitucionalidade parcial e autorizando que as células-tronco embrionárias

⁴⁸ Nascido vivo. Feto ou bebê que permaneça com vida após o parto. Disponível em: <<https://www.dicionarioinformal.com.br/nativivo/>>. Acesso em 31 de outubro.

⁴⁹ Ibid. p. 315

⁵⁰ Ibid, p. 386

⁵¹ “O embrião já traz em si toda a carga genética do futuro ser que originará. E mais: traz em si o próprio patrimônio genético da humanidade, toda a sua potencialidade e toda a sua diversidade, sem a qual nenhum homem teria chegado até aqui hoje, pelo que sua destruição é muito mais até que a interrupção de uma vida; é o descarte da diversidade, da nossa própria origem, da base que nos sustenta como espécie.” Trecho do voto do Ministro Menezes Direito, p. 280

fossem utilizadas para pesquisa desde que sejam obtidas sem a destruição do embrião.

O entendimento do Ministro Direito foi vencido, juntamente com os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Eros Grau e Cezar Peluso. Este foi um julgamento histórico para o Supremo Tribunal Federal, e que conferiu ao ordenamento jurídico brasileiro o primeiro entendimento acerca do status jurídico do embrião, qual seja, o de que para que seja merecedor de proteção, deve-se haver a possibilidade concreta de vir a ser pessoa, não bastando que tenha sido concebido de modo artificial. O embrião, assim sendo, sem que seja implantado, não é pessoa e não é alvo de proteção jurídica.

2.3.2. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54

Para os fins deste artigo, cabe analisar também a ADPF 54, que julgou constitucional a terminação de gestações de fetos com anencefalia, com votos de 8 a 2. Apesar de não tratar de embriões especificamente, que é o cerne da presente análise, é um acórdão histórico, que trouxe à tona argumentos relevantes acerca do debate de quando começa a vida.

A Ação foi proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, representada pelo então advogado Luís Roberto Barroso. A tese da requerente era de que a antecipação terapêutica de parto de feto anencefálico não é aborto, pleiteando ao Supremo Tribunal Federal que permitisse que gestantes nesta situação tivessem esse direito sem necessitar de autorização judicial ou qualquer permissão do Estado para realizar a terminação. A matéria foi ao plenário em Abril de 2012, e foi julgada por maioria procedente.

O relator do caso, o Ministro Marco Aurélio, afirmou categoricamente que aborto é crime contra a vida, visto que se tutela a vida em potencial. Porém, também afirma que essa vida não é possível no caso do anencéfalo. O feto anencéfalo, mesmo que biologicamente vivo, porque feito de células e tecidos vivos, é

juridicamente morto, e portanto, não goza de qualquer proteção jurídica⁵². Dessa forma, a interrupção da gestação nesse caso não imputa crime contra a vida.

O Ministro Ayres Britto, relembando o caso da Adin 3.510, bastante citado neste acórdão, dada a semelhança material, ratificou seu entendimento original, fazendo a interessante comparação:

A constitutividade vital do embrião está nessa entidade mágica chamada útero. É nesse ponto que a mulher se assemelha, para quem acredita em Deus, ao próprio Deus, porque somente ela pode gerar dentro de si uma criatura verdadeiramente humana. Ela, enquanto criadora, e o produto da concepção, depois de uma certa metamorfose, como criatura igualmente humana.⁵³

Em seu voto, o Ministro Cezar Peluso refuta a tese apontada pela defesa de que, em casos de morte cerebral, declara-se a pessoa legalmente morta e permite-se que retirem seus órgãos para doação, e que portanto, não haveria vida sem atividade cerebral. De acordo com o Ministro, essa seria uma exceção visto que é feito para salvar vida alheia, e no caso da interrupção de gravidez de feto anencéfalo, não haveria justificativa de igual peso que legitimasse o aborto⁵⁴. No mais, ele reconhece a garantia constitucional de proteção à gravidez e da vida intra-uterina, julgando improcedente o pedido.

Este julgamento, portanto, trouxe debate semelhante ao primeiro, em que se discute, dentre outras questões, o começo da vida. Embora possa se discutir que a condição de pessoa está atrelada à existência de um sistema nervoso funcional, ou de que está atrelada a um coração que bate, ou à vida intra-uterina, certo é que nenhuma dessas hipóteses se encaixa na situação do embrião criopreservado.

2.4. Embrião: pessoa ou propriedade?

⁵² ADPF 54. Min. Rel. Marco Aurélio. Julgamento em 12-04-2012. P. 24

⁵³ Ibid. p. 259

⁵⁴ Ibid, p. 381

Este capítulo se propôs a explorar o status jurídico dos embriões pré-implantados, e como foi analisado, não pode o embrião criopreservado, no ordenamento jurídico brasileiro, ser considerado pessoa civil. Dessa forma, no que tange disputas judiciais pelos embriões no processo de dissolução conjugal, inexistente disputa acerca da “guarda” dos embriões, tal qual seria se fossem filhos. Apesar de os embriões significarem potencialidade de vida, ainda não o são, não podendo, aqui no Brasil, receber o mesmo tratamento que crianças pelo poder judiciário, como aconteceu no caso de Nick Loeb e Sofia Vergara, apresentados no Capítulo 1.

Tampouco poderiam ser considerados propriedade, tal como se fossem um apartamento ou um carro pelos quais um casal disputa perante o judiciário. Apesar de não serem pessoas, os embriões também não são coisas. A dificuldade em nomear e categorizar os embriões provam as situações extremamente únicas e desafiadoras que as novas tecnologias e os avanços médicos e científicos trazem para o direito.

Nos Estados Unidos, como bem lembram Allan Souza, Raul Castro e Vitor Almeida⁵⁵, os embriões e as relações consequentes, na maioria dos estados⁵⁶, são tratados quase que exclusivamente sob a ótica das relações patrimoniais. Em vários julgados, como em alguns daqueles vistos no Capítulo 1 deste trabalho, as cortes firmaram serem os embriões propriedade daqueles que os geraram, possuindo livre disponibilidade para contratar, sendo eles o objeto.⁵⁷

A interpretação do Código Civil conforme a Constituição impede, aqui no Brasil, esta visão. No limite, uma disputa judicial entre um casal por seus embriões, assim como tantas outras dentro do direito civil e, principalmente, no direito das famílias, é uma disputa de caráter existencial, e não patrimonial.

Existem situações jurídicas subjetivas que se situam na categoria do “ser” e

⁵⁵ SOUZA, Allan Rocha de; CASTRO, Raul Murad Ribeiro de; ALMEIDA, Vitor de Azevedo Junior. Reprodução Assistida, Autonomia Privada e Personalidade: A questão dos embriões. P. 315 Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/allan_rocha_de_souza.pdf >. Acesso em 12 de novembro de 2019.

⁵⁶ Há exceções, é claro, como a Louisiana.

⁵⁷ Idem. P. 315

outras que se inserem na categoria do “ter”. O critério, de acordo com Rose Meireles, que inclui a situação jurídica subjetiva dentro de uma ou outra categoria é a patrimonialidade.⁵⁸

Como leciona Meireles, a patrimonialidade de um bem se configura com a possibilidade de avaliação pecuniária. Deste modo, pode-se dizer que determinada relação jurídica é patrimonial quando, e somente quando, possui como interesse objetivo algo que pode ser auferido economicamente, enquanto que a situação jurídica não patrimonial (ou existencial) detém objeto não suscetível de avaliação econômica.⁵⁹

Na atualidade, não há mais espaço para uma visão estática do direito civil, que dá prevalência para as situações patrimoniais⁶⁰. A força normativa superior da Carta Constitucional, calcada no princípio da dignidade da pessoa humana, vêm exigindo uma releitura de todos os institutos do direito civil, reconhecido que nosso ordenamento fez uma escolha de privilegiar o “ser” sobre o “ter”.^{61 62}

⁵⁸ MEIRELES, Rose Melo Venecelau. *Autonomia Privada e Dignidade Humana*. Editora Renovar.2009. p.16

⁵⁹ MEIRELES, op cit. p.24

⁶⁰ Sobre o patrimonialismo, salientam Lêdo, Sabo e Amaral: O individualismo correlacionado ao patrimônio deixa de ser a única matéria prioritária desse ramo do direito, vez que a supremacia da nova ordem constitucional altera o eixo de equilíbrio das relações por ele reguladas, impondo uma visão social, e abandono da visão orientada a privilegiar a individualidade patrimonialista, com o intuito de preservar e de promover a dignidade da pessoa humana. LÊDO, Ana Paula Ruiz Silveira; SABO, Isabela Cristina; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Mattos do; *Existencialidade Humana: o negócio jurídico na visão pós-moderna*. 2017. P. 8 Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2017/08/L%C3%AAdo-Sabo-e-Amaral-civilistica.com-a.6.n.1.2017.pdf>

⁶¹ KONDER, Carlos Nelson. Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial: por um sistema diferenciador. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 99/2015. P. 101 -123, p. 116

⁶² Sobre o direito civil-constitucional, afirma Paulo Luiz Netto Lôbo: Na atualidade, não se cuida de buscar a demarcação dos espaços distintos e até contrapostos. Antes havia a disjunção; hoje, a unidade hermenêutica, tendo a Constituição como ápice conformador da elaboração e aplicação da legislação civil. A mudança de atitude é substancial: deve o jurista interpretar o Código Civil segundo a Constituição e não a Constituição segundo o Código, como ocorria com freqüência (e ainda ocorre). A mudança de atitude também envolve uma certa dose de humildade epistemológica. O direito civil sempre forneceu as categorias, os conceitos e classificações que serviram para a consolidação dos vários ramos do direito público, inclusive o constitucional, em virtude de sua mais antiga evolução (o constitucionalismo e os direitos públicos são mais recentes, não alcançando um décimo do tempo histórico do direito civil). Agora, ladeia os demais na mesma sujeição aos valores, princípios e normas consagrados na Constituição. Daí a necessidade que sentem os civilistas do manejo das categorias fundamentais da Constituição. Sem elas, a interpretação do Código e das leis civis desvia-se de seu correto significado.” Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/453/r141-08.pdf?sequence=4>>. Acesso em 14 de novembro de 2019.

Para diferenciar as situações patrimoniais das existenciais, o jurista italiano Pietro Perlingieri introduziu o perfil funcional. De acordo com ele, é preciso, ao invés de atentar para a estrutura da situação em jogo (como ela é), priorizar a função que ela visa a desempenhar no sistema (para que ela serve).^{63 64}

Aqui, já não se fala mais, portanto, do embrião por si só, e sim, da relação jurídica que foi criada entre um homem e uma mulher no momento em que o médico uniu seus materiais genéticos para a formação de embriões para uma futura fertilização *in vitro*. Trata-se da função que os embriões criopreservados buscam a cumprir na vida do casal.

Temos uma relação complexa, que vai além dos dispositivos do Código Civil⁶⁵. Temos um emaranhado de direitos e deveres que se misturam e se contrapõem a partir do momento em que o casal se separa e discorda quanto ao destino dos embriões. Direitos estes que se referem à personalidade dos indivíduos participantes desta relação, e que envolvem os direitos existenciais – o direito de escolher os destinos da própria existência.⁶⁶

Conforme afirma Débora Gozzo, citando Tepedino:

Quando o assunto tem a ver com o direito reprodutivo, mais especificamente com o direito da mulher de tratar e, se possível, curar sua infertilidade, o que também implicará a disposição de seu corpo para fins do tratamento, fala-se de autonomia existencial. Assim é que este aspecto de sua vida não tem a ver com patrimônio, mas com o livre desenvolvimento de sua personalidade, com a sua

⁶³ KONDER, idem.

⁶⁴ PERLINGIERI, Pietro. *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*. Napoli: ESI, 1972. p. 338

⁶⁵ Sobre isso, Gustavo Tepedino afirma: “a eficácia do projeto constitucional pressupõe, de uma parte, que se compreenda a relação entre a Constituição e a legislação infraconstitucional como relação em que a primeira se apresenta como fundamento interpretativo da segunda; de outra, a adesão à arguta formulação doutrinária que revelou, não sem objeções, a paulatina corporificação, nos ordenamentos jurídicos contemporâneos, de um processo de ‘despatrimonialização’ do direito privado.” TEPEDINO, Gustavo. *Contornos Constitucionais da Propriedade Privada. Temas de Direito Civil*. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 333.

⁶⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; LEITE, George Salomão (Orgs.). *Direitos fundamentais e biotecnologia*. São Paulo: Método: 2008, p. 37-38.

pessoa, com seu direito de dispor de seu corpo não só para submetê-lo a um tratamento médico, mas para que este resulte na desejada gravidez.⁶⁷

Logo, argumenta-se aqui que o problema se encontra justamente em tentar categorizar os embriões como sendo propriedade ou pessoa. A professora Rhadika Rao, da *Hastings College of Law*, na Universidade da Califórnia, traz uma solução para essa dicotomia.

Ela apresenta os embriões como sendo sujeitos a direitos conflitantes, cujo status jurídico depende de um número de fatores que envolvam a situação única do embrião⁶⁸. Sendo nem pessoa ou propriedade, embriões existem num reino único onde o status jurídico depende dos direitos constitucionais daqueles envolvidos na situação⁶⁹. Enquanto que a percepção comum é de que o direito constitucional de autonomia reprodutiva do indivíduo dependa do status do embrião, Rao argumenta para um *approach* mais contextualizado.⁷⁰

⁶⁷ TEPEDINO, Gustavo. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. ALMEIDA, Vitor. O Direito Civil entre o Sujeito e a Pessoa: Estudos em homenagem ao Professor Stefano Rodotà. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 181. In: GOZZO, Débora. Reprodução Humana Assistida e Autonomia Existencial da Mulher. Revista Direitos Fundamentais e Alteridade.

⁶⁸ YOSHIDA, Alyssa, The Modern Legal Status of Frozen Embryos. *Hastings Law Journal*, volume 68, issue 3. P. 720

⁶⁹ Idem.

⁷⁰ Idem.

3. DIREITOS DOS ENVOLVIDOS

Tendo isso em vista, mostra-se relevante explorar cada um dos direitos envolvidos em casos de desacordo entre as partes quanto ao destino dos embriões durante um divórcio.

3.1. O direito ao planejamento familiar

O artigo 226, § 7º da Constituição Federal dispõe que:

§ 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

Entende-se que se trata de um direito fundamental de primeira geração, ou seja, direitos negativos que estão atrelados às liberdades do indivíduo e da necessidade de não intervenção do Estado. São direitos que traduzem-se como faculdades ou atributo da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.⁷¹

A própria Constituição, portanto, reconhece a autonomia e liberdade do indivíduo em organizar os diversos aspectos da vida privada. O planejamento familiar, portanto, em sua concepção, envolve o direito de buscar as múltiplas formas de satisfazer os ideais pessoais de formação familiar⁷², não apenas regulando o número de filhos por meio de métodos contraceptivos⁷³, mas também maneiras de fertilização, pois nem todos os casais possuem a mesma possibilidade física de gerar filhos sem um auxílio especializado.⁷⁴

⁷¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 16.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

⁷² CHAGAS, Márcia Correia; LEMOS, Mariana Oliveira. Direito ao Planejamento Familiar como Direito Humano Fundamental autônomo e absoluto? p. 15 Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=39a1dafc5f8576b4>> Acessado em 16 de novembro de 2019.

⁷³ Idem.

⁷⁴ Idem.

Na ADIn 3.510, vista no capítulo anterior, o Ministro Ayres Britto lembrou em seu voto do disposto no art. 226, § 7º:

a decisão por uma descendência ou filiação exprime um tipo de autonomia de vontade individual que a própria Constituição rotula como direito ao planejamento familiar, fundamentado este nos princípios igualmente constitucionais da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável⁷⁵

Sendo assim, defende-se a necessidade de interpretação do direito ao planejamento familiar não só como norma programática para implementação de políticas de saúde pública⁷⁶, mas como legítimo direito fundamental, diretamente conectado com a realização, mais plena possível, do máximo das potencialidades do ser humano como pessoa.⁷⁷

3.2 O direito à maternidade

As mudanças no papel exercido pela mulher nos últimos 50 anos trouxeram mudanças significativas no planejamento familiar de muitas famílias mundo afora. A expectativa de que mulheres se casassem e tivessem filhos com 20 e poucos anos foi substituída pela liberação e autonomia das mulheres em todos os aspectos de suas vidas.

Mulheres possuem direitos e deveres iguais aos homens aos olhos da lei, e apesar de ainda sofrerem pressão da sociedade para se casarem e terem filhos, essa pressão não as impede de lutarem pelo seu espaço na sociedade e no mercado de trabalho. Mulheres por todo o mundo retardam seu desejo de se

⁷⁵ Ibid, p. 138

⁷⁶ Entende-se, como anteriormente mencionado, o planejamento familiar como “todo o planejamento ao pleno desenvolvimento e amparo da família. Ou seja, possibilidade de acesso à moradia, alimentação, lazer, educação, vestuário etc.”, embora a legislação brasileira só o compreenda como expressão a assuntos relativos à reprodução, como ações de controle de fecundidade (contracepção) e estímulo à fecundidade (concepção), estímulo este que segue, de certa forma, ignorado. (CHAGAS, Márcia Correia; LEMOS, Mariana Oliveira, op cit, p. 10)

⁷⁷ CHAGAS, Márcia Correia; LEMOS, Mariana Oliveira, op cit, p. 11.

casarem e constituir família para que tenham o tempo e a disciplina para se dedicarem às suas carreiras.

Por mais que tenhamos um país mais igualitário na questão feminista do que tínhamos há 50 anos, e por mais que a cada dia os estereótipos de papéis da mulher estejam se dissipando, ainda há uma diferença insuperável entre homens e mulheres: a biologia. Enquanto que homens podem conceber filhos de forma natural a qualquer tempo durante suas vidas, a fertilidade das mulheres cai dramaticamente a partir dos 35 anos de idade⁷⁸.

Além disso, mulheres nascem com o exato número de óvulos que usarão por toda a vida, e estes óvulos caem em qualidade de formação e viabilidade a partir dos 40 anos⁷⁹. Enquanto isso, homens produzem espermatozoides durante toda a vida. Portanto, o preço da realização profissional é imensuravelmente mais caro para mulheres do que para homens.

Por isso, os avanços médicos que possibilitam a reprodução assistida não poderiam ter chegado em hora melhor. Com a fertilização *in vitro*, mulheres podem ter seus óvulos coletados e fertilizados pelo gameta do marido ou parceiro e criopreservados em uma clínica de fertilização até o momento em que estejam prontas para serem mães. Assim, podem ter muito mais controle sobre seus direitos reprodutivos e sua autonomia privada, fazendo jus ao direito ao planejamento familiar, garantido pela Constituição.⁸⁰

⁷⁸ Chances de engravidar após os 35 anos reduzem pela metade. Disponível em: <https://www.jornalnh.com.br/conteudo/2018/03/vida/viver_com_saude/2244215-chances-de-engravidar-apos-os-35-reduzem-pela-metade.html> Acesso em 14 de novembro de 2019.

⁷⁹ Enquanto que mulheres em seus 20 anos tem uma produção de óvulos anormais de 20%, esse número sobe para 80% em mulheres na casa dos 40. Disponível em: <https://extendfertility.com/fertility-and-egg-quality/>

⁸⁰ “a autonomia existencial para fins reprodutivos da mulher se funda em princípios constitucionais como a dignidade humana e a liberdade, bem como nos direitos à privacidade e ao planejamento familiar, que juntos sustentam a autonomia da mulher para decidir sobre seu próprio corpo em relação ao desejo ou não de procriar”. TEPEDINO, Gustavo. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. ALMEIDA, Vitor. Idem.

Em caso de dissolução da sociedade conjugal o mais comum é que mulheres queiram controle sobre os embriões criopreservados para que possam ser mães. E, apesar de haver casos relatados em que o homem seja quem deseja manter os embriões para procriação, o mais comum é que o homem deseje ter os embriões destruídos. O motivo? Para muitas mulheres os embriões são a última e única chance de terem filhos, enquanto que homens podem se casar novamente e terem filhos biológicos com a nova parceira por via natural ou por meio de uma nova fertilização *in vitro*.

É por este motivo que diversas cortes americanas decidiram em favor da mãe, como por exemplo, o caso de Ruby Torres apresentado no Capítulo 1. Para o juiz do caso, o direito à maternidade de Ruby, que não teria outra oportunidade de ser mãe prevalece sobre o direito do parceiro de não ser pai genético. Além disso, mesmo em casos em que o pedido da mãe tenha sido denegado, o juiz usou em desfavor da mãe o argumento de que já teria filhos biológicos ou ainda teria outras oportunidades de tê-los um dia de outra forma, como nos casos de Mandy Rooks e Davis v. Davis, respectivamente, também vistos no Capítulo 1. Isso prova que o direito à maternidade é, e deve ser, um fator relevante a ser levado em consideração.

3.3. O direito de não procriar e os princípios da paternidade responsável e do consentimento informado

Cumpra esclarecer, primeiramente, que aqui aborda-se o direito de não ser pai ou mãe genético, ou seja, ter o direito de que seu material genético não seja utilizado pelo ex-parceiro para uma fertilização *in vitro* com embriões criados na constância do relacionamento afetivo. Assim sendo, considera-se aqui que do pai ou mãe que teve seu material genético utilizado, não se poderia exigir qualquer obrigação parental.⁸¹

⁸¹ *“What is perhaps less apparent is that the same technological innovation also makes clear the need to unbundle the concept of non-parenthood, or rather, freedom from parenthood. So, when we are discussing the right not to procreate, we need to recognize three possible rights not to be a parent—a right not to be a gestational parent, a right not to be a genetic parent, and a right not to be a legal*

Os direitos de procriar e de não procriar são dois lados de uma mesma moeda. Se a Constituição garante o direito ao planejamento familiar, delegando as decisões sobre esta seara ao casal, é certo que, ao mesmo tempo em que garante o direito de se ter filhos, também garante o direito de não os ter.

Na ADIn 3.510, o Ministro Ayres Britto, em seu voto, ao falar sobre o planejamento familiar, fez a seguinte ressalva:

a opção do casal por um processo in vitro de fecundação de óvulos é implícito direito de idêntica matriz constitucional, sem acarretar para ele o dever jurídico do aproveitamento reprodutivo de todos os embriões eventualmente formados e que se revelem geneticamente viáveis.⁸²

Como visto no Capítulo 2, não tem o embrião qualquer direito de nascer, visto que a ele não foi dada qualquer proteção jurídica pelo ordenamento jurídico brasileiro. Por isso, inexistente qualquer dever dos pais genéticos de virem a trazer todos os embriões criopreservados que criaram à vida.

Desta forma, as partes possuem o direito de não querer trazer seus embriões à vida, visto que a criação destes não vincula aos pais obrigação de usá-los para terem filhos, sendo certo que o artigo 226, § 7º da Constituição, ao garantir o direito ao planejamento familiar, calcou este direito nos princípios da paternidade responsável e da dignidade da pessoa humana. Portanto obrigar alguém a ter um filho que não deseja, seria uma violação desses mesmos princípios.

De mesmo modo, em caso de um divórcio ou separação em que as partes divergem quanto ao destino dos embriões, a parte que deseja ter os embriões

parent. (...) The right to be a genetic parent is a negative right that might be violated, for example, if you were a carrier of a genetic disease and the state or another party attempted to prevent you from having genetic children” Confira: COHEN, Glenn. The Constitution and the right not to procreate. Harvard Public Law Working Paper No. 08-30. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1114806> Acessado em 16 de novembro de 2019.

⁸² Ibid, p. 194.

destruídos, doados, ou simplesmente que fiquem criopreservados indefinidamente, possui o direito de assim o fazer. Isso pois o ordenamento jurídico brasileiro protege, mais do que nunca, a autonomia da vontade, sendo um dos alicerces de todas as relações jurídicas.

Por isso, ainda sob a égide do direito civil-constitucional, que preconiza o indivíduo, e as questões pertinentes ao seu ser e à sua existência⁸³, importante lembrar que também volta-se a atenção à autonomia desse indivíduo⁸⁴, autor de seus próprios destinos, em razão do exercício da sua dignidade⁸⁵. E a forma de se atingir isto nas relações existenciais, argumenta os defensores dessa tese, é através do consentimento informado.

Nos atos de autonomia existenciais, como afirma Rose Meireles, os efeitos recaem sobre aspectos essenciais da pessoa humana, muitas vezes gerando limitações ao exercício das situações existenciais⁸⁶. Dessa forma, a disposição sobre algo não-patrimonial há de ser voluntária.⁸⁷ Afirma a autora ainda, que pode esse consentimento ser revogado a qualquer tempo, visto que em situações existenciais, o consentimento deve ser contemporâneo.⁸⁸

Um exemplo de como esse princípio é utilizado é o caso de utilização do material genético do parceiro após a sua morte para com ele ter filhos. Em casos como esse, isso pode ser feito se o de cujus deixar por escrito sua autorização para

⁸³ LÊDO, Ana Paula Ruiz Silveira; SABO, Isabela Cristina; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Mattos do; *Existencialidade Humana: o negócio jurídico na visão pós-moderna*. 2017. P. 9 Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2017/08/L%C3%AAdo-Sabo-e-Amaral-civilistica.com-a.6.n.1.2017.pdf>

⁸⁴ “Aliás, é a autonomia – a liberdade –, que renasce com a consagração da dignidade da pessoa humana, realocando o homem no centro do ordenamento, mas, agora, em razão de sua existência e não de seu patrimônio. Essa liberdade está intimamente ligada ao princípio da dignidade da pessoa humana, vez que é pontuada como um de seus elementos conceituais ou como uma das dimensões nas quais é manifestada.” Idem.

⁸⁵ Idem.

⁸⁶ MEIRELES, Rose Melo Venecelau, op cit, p. 213

⁸⁷ MEIRELES, Rose Melo Venecelau, op cit, p. 214

⁸⁸ “A revogabilidade decorre do princípio do consentimento qualificado, sobretudo, quando da disposição resulte limitação ao exercício de direito da personalidade, pois somente a limitação voluntária é admissível. Permite-se que o disponente se arrependa da declaração de vontade que expressou e a revogue, até o momento anterior ao da execução material do ato.” MEIRELES, Ibid, p. 246.

tal⁸⁹. De mesmo modo, somente poderia alguém utilizar os embriões criopreservados para ter filhos após o divórcio se o ex-parceiro tenha consentido para tal.

4. QUEM FICA COM OS EMBRIÕES EM CASO DE DIVÓRCIO?

Tendo em vista tudo o que foi apresentado, ainda cabe a indagação: em caso de divórcio, como decidir qual das partes fica com os embriões?

Primeiramente, é preciso esclarecer que o Conselho Federal de Medicina, em sua resolução 1.957 de 2010, exige que no momento da criopreservação, os cônjuges ou companheiros devam expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos pré-embriões criopreservados em caso de divórcio, doenças graves ou falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los.⁹⁰

Dessa forma, o Código Federal de Medicina define como as clínicas de fertilização *in vitro* devem se conduzir sempre que tratem novos pacientes. No entanto, é preciso entender que a existência de resolução não substitui a necessidade de uma lei específica a respeito, que não existe hoje no ordenamento jurídico brasileiro. Uma lei específica poria fim à diversas divergências existentes no Brasil envolvendo o biodireito, incluindo o status jurídico de embriões, e os direitos e deveres de cada uma das partes envolvidas.

Ademais, em casos envolvendo o biodireito e resoluções do Conselho Federal de Medicina, há precedentes brasileiros no sentido de que as resoluções podem ter sua aplicabilidade relativizada por não se tratar de lei propriamente dita. Em um dos casos em questão, uma mulher havia entrado na justiça para pedir autorização para doar seus óvulos à sua irmã para que ela pudesse ter filhos. Como há resolução do

⁸⁹ Uso de semen de morto para fertilização depende da autorização por escrito. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-set-25/uso-semen-morto-depende-autorizacao-escrito>>. Acesso em 24 de novembro.

⁹⁰ Resolução CFM nº 1.957/2010 (Publicada no D.O.U. de 06 de janeiro de 2011, Seção I, p.79)

CFM que exige que doação de gametas e embriões sejam anônimas⁹¹, a mulher entrou com pedido de liminar para permitir que a colheita de seus óvulos fosse feita⁹². A juíza do caso decidiu que a Resolução do CFM, por não ter força de lei, poderia ser flexibilizada.

Por isso a ausência de lei sobre o assunto ainda traz muitas perguntas sem respostas concretas, sendo casos relacionados a esta matéria sendo resolvidos com base no direito constitucional e de família dos envolvidos.⁹³ Especialmente pois, se a premissa é a do consentimento informado, de nada vale o acordo prévio entre as partes, visto que mesmo se acordarem previamente que uma das partes poderá usar os embriões sozinha em caso de divórcio, a outra parte poderá revogar este acordo a qualquer tempo antes da implantação, o que causa uma desproteção aos interesses de uma delas.

Nesse mesmo sentido, uma disputa judicial em casos deste tipo não pode ser analisada no caso a caso. Como já dito, trata-se de direitos igualmente relevantes e conflitantes, de modo que o juiz do caso não teria escolha a não ser uma ponderação de princípios, que levaria a decisões divergentes e consequente flagrante insegurança jurídica. Entende-se que o direito civil-constitucional é um movimento com muitos adeptos na doutrina brasileira, e que, atualmente vem se consolidando mais e mais no ordenamento, mas reconhece-se que causa um

⁹¹ “2 - Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa. 3 - 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.” RESOLUÇÃO CFM nº 1.957/2010. Publicada no D.O.U. de 06 de janeiro de 2011, Seção I, p.79.

⁹² a mulher que receberia os óvulos foi diagnosticada com infertilidade, e os médicos afirmaram que óvulos de um parente teria mais chances de a implantação ser bem-sucedida. A liminar, portanto, impediu que os médicos fossem penalizados pelo Conselho Federal de Medicina pela prática. Veja mais em: < <https://www.conjur.com.br/2018-jun-16/juiza-autoriza-fertilizacao-mulher-ovulos-doados-irma>> Acesso em 17 de novembro de 2019.

⁹³ Número de embriões congelados no Brasil mais do que dobrou em cinco anos. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/sociedade/numero-de-embrioes-congelados-no-brasil-mais-do-que-dobrou-em-cinco-anos-23853239>>. Acesso em 20 de novembro de 2019.

aumento de casos difíceis⁹⁴, em que o particularismo decisório por ele promovido não opera por um modelo eficiente, o que traz resultados não-desejáveis.⁹⁵

Prova disso são os precedentes americanos sobre o assunto, em que cada tribunal decide de uma forma, gerando incertezas e decisões divergentes. Há precedentes favoráveis ao uso dos embriões e à destruição deles em caso de disputa. Também há precedentes no sentido de vincular as partes ao acordo, e também no sentido de fazer prevalecer a vontade contemporânea das partes. Além disso, o sistema político dos Estados Unidos permite que cada estado regule a questão como bem entender, o que faz com que as partes queiram levar seu caso para ser julgado em estado com lei favorável aos seus interesses, como o caso de Nick Loeb, visto no Capítulo 1. A ausência de regulamentação em âmbito federal, portanto, é sentida também lá.

Em vista disto, argumenta-se a urgência de lei específica que verse sobre a temática. Em uma tentativa de refletir sobre uma possível solução para esta

⁹⁴ “A necessidade de consideração constante de elementos constitucionais nos processos de justificação de decisões, apesar do apelo evidente a supostas vantagens relacionadas à busca pelas melhores soluções para cada caso, à afirmação frequente da superioridade e da centralidade da Constituição e à promoção da efetividade constitucional, conduz a uma teoria da tomada de decisão jurídica bastante problemática, ao conjugar (i) o aumento de variáveis no processo decisório, (ii) escaladas de justificação até os mais rarefeitos compromissos constitucionais e (iii) particularismo decisório, i.e a visão de que decisões jurídicas devem ser tomadas levando sempre em consideração todas as propriedades relevantes do caso concreto e as normas a ele relacionados. Uma vez implementados, esses três fatores aumentam a complexidade dos processos jurídico-decisórios e contribuem para a diluição das fronteiras entre casos fáceis e difíceis, o que afeta drasticamente a possibilidade de controle das amplas margens de discricionariedade judicial exercidas na solução de problemas pontuais.” LEAL, Fernando. Seis Objeções ao Direito Civil-Constitucional. *Direitos Fundamentais e Justiça* – ano 9, nº 33, 2015. P. 132. Disponível em: < <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/155/877> > Acesso em 26 de novembro de 2019.

⁹⁵ “A relação entre particularismo e segurança está longe de ser intuitiva. Ao contrário, dados os custos envolvidos no processo de manipulação de diversos elementos normativos, nada leva a crer que se possa inferir facilmente que o aumento da complexidade do processo decisório leve à promoção de corolários da segurança jurídica. Incentivar o particularismo decisório por meio de princípios pode ser uma maneira de realizar mais efetivamente comandos constitucionais, permitir a realização de objetivos em casos concretos e tornar o processo decisório mais adaptável às circunstâncias. Mas, ainda que não se problematize a real possibilidade de alcance desses objetivos por um modelo decisório baseado em princípios que devem ser concretizados e/ou harmonizados em cada caso concreto, é preciso que um tal modelo seja operacionalizável a ponto de se tornar confiável ao longo do tempo. Sem isso, o direito civil constitucional se resume ao deslumbramento com o discurso dos princípios, cujos efeitos perversos já vêm sendo diagnosticados em outros domínios.” LEAL, Fernando. Op cit, p. 136.

questão, propõe-se aqui uma lei que delimite diretrizes claras e obrigatórias a todas as clínicas de fertilização *in vitro*, de modo a orientar os clientes e informá-los sobre as consequências jurídicas que podem surgir em relação aos embriões que estão prestes a criar.

Esta lista de diretrizes é baseada no artigo do professor de direito de Harvard, Glenn Cohen⁹⁶, que se dedica ao estudo das disputas por embriões criopreservados nos Estados Unidos. Em seu artigo *Embryo Disposition Disputes: Controversies and Case Law*⁹⁷, ele apresenta um conjunto de regras, que, de acordo com ele, deve ser previsto em lei federal para eficácia máxima, que proporcionaria uniformidade e segurança jurídica aos casos. Adaptando para a realidade brasileira, seriam eles:

(i) Obrigatoriedade de acordo sobre a disposição antes da fertilização

Acredita-se que nenhuma fertilização *in vitro* deva ser realizada sem que as partes acordem sobre a disposição dos embriões. Além de proteger as próprias clínicas de fertilização de possíveis processos judiciais, isso obriga as partes a pensarem e planejarem o futuro. Apesar de difícil, visto que nenhum casal deseja contemplar a possibilidade de divórcio, tampouco deseja ter que planejar para situações que, do momento da fertilização, podem parecer inconcebíveis, isto é imprescindível.

Além disso, é de extrema importância que as próprias clínicas ofereçam orientação ao casal nesse sentido, explicando a eles as possíveis ramificações de um divórcio entre eles, a possível infertilidade da mulher com o tempo, e a possibilidade de uma das partes não querer ter filhos após o divórcio. Tendo todas as informações possíveis o casal deve entrar em acordo sobre a disposição dos embriões, que deve ser tratado como condição *sine qua non* para a realização do procedimento.

⁹⁶ Glenn Cohen é um dos maiores especialistas em assuntos que tratam da interseção entre a bioética e o direito, assim como direito da saúde e processo civil. Ele é formado pela escola de direito da Universidade de Harvard, onde também é professor desde os 29 anos.

⁹⁷ COHEN, Glenn; ADASHI, Eli Y. *Embryo Disposition Disputes: Controversies and Case Law*, *Hastings Center Report*, 46, nº 5, 2016.

- (ii) Uma regra que afirme que o acordo de disposição entre os embriões deve ser vinculativo mesmo que uma das partes mude de ideia no futuro

Essa é uma questão polêmica, especialmente para o Brasil, que, como visto, busca trazer o princípio do consentimento qualificado para as suas relações jurídicas não-patrimoniais. Cohen entende este lado, mas argumenta que há a necessidade de que esses acordos sejam considerados vinculantes para que as partes possam se planejar para o futuro, trazer confiança para a relação jurídica e proteger os interesses da parte cujas preferências não se alteraram⁹⁸. A possibilidade de uma das partes revogar o acordo pré-estabelecido quando da separação, pode ser considerada uma afronta ao próprio direito ao planejamento familiar, garantido pela Constituição.

É certo que o ordenamento jurídico brasileiro prega pelo consentimento informado, e desde que as consequências da revogação produza efeitos tão somente sobre a esfera jurídica do declarante, de fato, não há fundamento para que lhe negue a revogabilidade a qualquer tempo⁹⁹. Porém quando se adentra na esfera jurídica de outra pessoa, que será consideravelmente afetada pela revogação do consentimento, mostra-se necessário uma tutela para a confiança.

Nesse sentido, o princípio da confiança preconiza um cuidado com o outro, diante da declaração de vontade da parte¹⁰⁰. Portanto, a parte que acordou em permitir o uso dos embriões mesmo após o divórcio, deve manter sua palavra, por risco de quebra de verdadeira boa-fé. Nas palavras de Manuel Frada, citado por Rose Meireles: “cabe a qualquer ordem jurídica a missão indeclinável de garantir a confiança dos sujeitos, porque ela constitui um pressuposto fundamental de qualquer coexistência ou cooperação pacífica, isto é, da paz jurídica”.¹⁰¹

Laura di Bona é adepta ao uso do princípio da confiança nas relações jurídicas existenciais, entendendo que este princípio, unido ao princípio da boa-fé, é direta expressão do dever de solidariedade, a qual representa um valor primário no nosso

⁹⁸ COHEN, Glenn; ADASHI, Eli Y. op cit, p. 17.

⁹⁹ MEIRELES, Rose Melo Venecelau. Op cit, p. 253

¹⁰⁰ MEIRELES, Rose Melo Venecelau. Op cit, p. 254

¹⁰¹ FRADA, Manuel Antônio de Castro Portugal Carneiro da. *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 19.

ordenamento, relevante em qualquer relação, patrimonial ou não.¹⁰² De acordo com a autora, o princípio da confiança deve ser operacionalizado nas relações jurídicas existenciais que tenham seu fundamento constitucional na solidariedade, como acordos entre cônjuges que se concretizem na solidariedade familiar.¹⁰³

Por este motivo, é importante que se proteja os interesses das partes no momento em que decidiram o destino dos embriões, antes do procedimento, e que a eles sejam dadas todas as informações necessárias para que tomem uma decisão bem-informada. Em se tratando de direito de família, em especial uniões afetivas, em que sentimentos de ressentimento podem aflorar durante uma separação, sem essa proteção, uma das partes tem o poder de vetar o uso pré-acordado dos embriões simplesmente por poder fazê-lo. Cohen, deste modo, argumenta pela preservação da vontade originária.

- (iii) Reconhecimento de que os acordos não imponham obrigações parentais à parte contrária

O Código Civil de 2002, em seu artigo 1.597, inciso IV afirma que “presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga.” O resultado disso seria a presunção de paternidade da parte contrária, que não desejava ter filhos com os embriões após o divórcio.

Contudo, é essencial que esteja disposto em lei específica, assim como no acordo entre as partes, que, se acordado que uma das partes poderá usar os embriões em caso de divórcio, a parte contrária não terá qualquer obrigação parental se não quiser.

As partes, portanto, possuem o direito de não serem pais genéticos se assim não o desejarem, e se assim for, expressarão isto no acordo prévio. Se dispuserem no acordo que aceitam ser pai ou mãe genéticos em caso de divórcio, esse pai (ou mãe) não teria qualquer obrigação parental em relação a qualquer criança nascida dos embriões.

¹⁰² BONA, Laura di. *I Negozi Giuridici a Contenuti Non Patrimoniale*. Napoli: ESI, 2000, p. 190.

¹⁰³ BONA, Laura di. *Op cit*, p. 191.

Há de se fazer a ressalva, no entanto, de que, se o pai ou mãe genético, desejarem reconhecer a paternidade ou maternidade dos filhos nascidos dos embriões após o divórcio, assim poderão fazê-lo, a qualquer tempo. Isto pois, a partir do momento em que o embrião nasce com vida, é uma criança, e portanto, o nosso ordenamento jurídico exige o uso do princípio do melhor interesse da criança. Inegavelmente, o melhor interesse da criança é ter dois pais. Por conseguinte, a parte contrária poderá assumir a criança a qualquer tempo, sem necessitar de autorização da parte que utilizou os embriões para ter a criança.

(iv) Consideração de regra especial para perda de fertilidade imprevisível

Como já foi dito, o acordo prévio deve ser antecedido de informações suficientes para que o casal faça uma decisão consciente e informada. Parte disso inclui explicar como funciona o sistema reprodutor feminino e as chances de infertilidade relacionadas à idade. Tendo dito isto, defende-se aqui que não poderia a mulher invocar a sua infertilidade, causada pela idade, para pleitear a anulação do acordo para que utilize os embriões. Novamente, defende-se que as partes se atenham ao que ficou acordado antes do procedimento, portanto, se a mulher, mesmo sabendo que poderia se divorciar um dia, em uma época de sua vida em que não mais seria fértil, acordou em destruir os embriões em caso de divórcio, terá que assim fazê-lo.

Não obstante, há uma importante ressalva, mencionada por Cohen, que é a da infertilidade imprevisível. Casos como esse seriam como o de Ruby Torres, visto no Capítulo 1, que ficou infértil devido a um tratamento contra o câncer que utilizava radiação. Portanto, para casos como esse, Cohen recomenda que o acordo prévio contenha cláusula nesse sentido, para abarcar esta contingência.¹⁰⁴

¹⁰⁴ COHEN, Glenn; ADASHI, Eli Y. op cit, p. 18.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho se propôs a analisar a questão dos embriões criopreservados em meio à dissolução da sociedade conjugal. Após análise do ordenamento jurídico brasileiro em busca por respostas quanto ao status jurídico do embrião, foi possível verificar que apesar da proteção à vida garantida pela Constituição Federal, a personalidade civil somente começa com o nascimento com vida, sendo os direitos do nascituro resguardados desde a concepção. O embrião criopreservado, portanto, não possui qualquer proteção jurídica, sendo essa questão assentada pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 3.510.

Quando se trata das relações jurídicas envolvendo os embriões, mostrou-se controvertida a classificação dos embriões como pessoas ou propriedade. As relações jurídicas patrimoniais necessitam de avaliação pecuniária. A questão dos embriões, portanto, não pode ser considerada uma relação patrimonial. Também não podem ser considerados pessoas, por ausência de proteção jurídica nesse sentido. Por este motivo, propôs-se a classificação dos embriões como nem um nem outro. Estaria o embrião em um reino próprio, cujo destino estaria atrelado aos direitos envolvidos.

Desta maneira, buscou-se analisar os direitos das partes, em que pode ser visto que esses direitos são todos relevantes e conflitantes, de modo que um juiz não teria escolha a não ser decidir com base na ponderação de princípios, o que levaria a um aumento de casos difíceis e insegurança jurídica.

Essa situação é comprovada nos Estados Unidos, onde a ausência de lei federal traz extrema incerteza jurídica acerca das decisões judiciais, como pôde ser visto no primeiro capítulo e ao longo do trabalho.

Por essa razão, conclui-se que a questão é complexa, para a qual o ordenamento jurídico brasileiro não apresenta resposta concreta. Em vista disso, buscou-se propor diretrizes para uma possível lei específica sobre o tema, com o objetivo de sanar as ramificações e possíveis disputas relacionadas aos embriões durante um processo de divórcio.

Trazendo uma visão diversa àquela do direito civil-constitucional, propõe-se uma lei específica que obrigue acordo prévio entre as partes que as vincule às vontades pré-estabelecidas, quaisquer que elas sejam, de modo a promover a confiança entre as partes e permitirem que planejem para o futuro com previsibilidade. Além disso propõe-se que a lei obrigue as clínicas de fertilização *in vitro* a darem todas as informações possíveis para que o casal tome uma decisão informada sobre a questão, e que não permita a realização do procedimento sem ela.

Por fim, conclui-se que a temática é aberta a interpretações diversas, cujo tema inclui aspectos que permeiam por diversas áreas da vida. Reconhece-se que é questão delicada, em vista dos direitos e deveres em jogo, de modo que entendimento pacífico só será atingido quando o poder legislativo se posicionar a respeito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BONA, Laura di. *I Negozi Giuridici a Contenuti Non Patrimoniale*. Napoli: ESI, 2000

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 16.ed. São Paulo: Malheiros, 2005

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MS 23.452**, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 16-9-1999, Plenário, DJ de 12-5-2000.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI 3.510**, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 28-05-2008, Plenário. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 54**, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 11/04/2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>

CHAGAS, Márcia Correia; LEMOS, Mariana Oliveira. **Direito ao Planejamento Familiar como Direito Humano Fundamental autônomo e absoluto**?p. 15 Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=39a1dafc5f8576b4>> Acessado em 16 de novembro de 2019.

Chances de engravidar após os 35 anos reduzem pela metade. Disponível em: https://www.jornalnh.com.br/conteudo/2018/03/vida/viver_com_saude/2244215-chances-de-engravidar-apos-os-35-reduzem-pela-metade.html> Acesso em 14 de novembro de 2019.

CHINELATO, Silmara. **Tutela Civil do Nascituro**. Editora Saraiva. 2000

COELHO, Tatiana. **Após queda, número de fertilizações in vitro volta a crescer no Brasil**. Disponível em: <https://g1.globo.com/bemestar/noticia/2018/07/25/apos-queda-numero-de-fertilizacoes-in-vitro-volta-a-crescer-no-brasil.ghtml>>. Acesso em 01 de junho de 2019.

COHEN, Glenn. *The Constitution and the right not to procreate*. Harvard Public Law Working Paper No. 08-30. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1114806> Acessado em 16 de novembro de 2019

_____; ADASHI, Eli Y. *Embryo Disposition Disputes: Controversies and Case Law*”, Hastings Center Report, 46, nº 5, 2016

Colorado Supreme Court Sets New Embryo Guidelines in Divorced Couple’s Case. Disponível em: <https://www.cpr.org/news/story/colorado-supreme-court-sets-new-embryo-custody-guidelines-in-divorced-couples-case>> . Acesso em 03 de junho de 2019.

Criopreservação. Disponível em: < <https://www.ibrra.com.br/criopreservacao/>>. Acesso em 17 de novembro de 2019.

Davis v. Davis, 842 SW 2d 588 – Tenn: Supreme Court 1992. Disponível em: < <https://core.ac.uk/download/pdf/46712226.pdf>>. Acesso em 02 de junho de 2019.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 10^o edição. Editora Saraiva. 2017.

Fertility and Egg Quality. Disponível em:< <https://extendfertility.com/fertility-and-egg-quality/>> Acesso em 10 de novembro.

FRADA, Manuel Antônio de Castro Portugal Carneiro da. **Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil**. Coimbra: Almedina, 2003

GOZZO, Débora. **Reprodução Humana Assistida e Autonomia Existencial da Mulher**. Revista Direitos Fundamentais e Alteridade.

Há 40 anos nascia o primeiro bebê de proveta do mundo. Disponível em: <<https://ciencia.estadao.com.br/noticias/geral,ha-40-anos-nascia-o-primeiro-bebe-de-proveta-do-mundo-,70002413932.>> Acesso em 02 de junho de 2019.

Juíza autoriza fertilização de mulher com óvulos doados pela irmã <<https://www.conjur.com.br/2018-jun-16/juiza-autoriza-fertilizacao-mulher-ovulos-doados-irma>> Acesso em 17 de novembro de 2019

KONDER, Carlos Nelson. **Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial: por um sistema diferenciador**. Revista de Direito do Consumidor, vol. 99/2015

LEAL, Fernando. **Seis Objeções ao Direito Civil-Constitucional**. Direitos Fundamentais e Justiça – ano 9, nº 33, 2015. P. 132. Disponível em: < <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/155/877>> Acesso em 26 de novembro de 2019.

LÊDO, Ana Paula Ruiz Silveira; SABO, Isabela Cristina; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Mattos do; **Existencialidade Humana: o negócio jurídico na visão pós-moderna**. 2017. P. 8 Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2017/08/L%C3%AAdo-Sabo-e-Amaral-civilistica.com-a.6.n.1.2017.pdf>

LEWIN, Tamar. **Anti-Abortion groups join battles over frozen embryos**. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2016/01/20/us/anti-abortion-groups-join-battles-over-frozen-embryos.html>> Acessado em 31 de outubro de 2019

MEIRELES, Rose Melo Venecelau. **Autonomia Privada e Dignidade Humana**. Editora Renovar.2009

MOORE, K. L.; PERSAUD, T.V.N. **Embriologia Clínica**. 7^a ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

SNUSTAD, Peter; SIMMONS, Michael J. **Fundamentos de Genética**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2ª ed., 2001.

Número de embriões congelados no Brasil mais do que dobrou em cinco anos. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/sociedade/numero-de-embrioes-congelados-no-brasil-mais-do-que-dobrou-em-cinco-anos-23853239>>. Acesso em 20 de novembro de 2019.

PERLINGIERI, Pietro. **La personalità umana nell'ordinamento giuridico**. Napoli: ESI, 1972. p. 338

Projeto define que personalidade civil do ser humano começa na concepção. <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/namidia/17903/Projeto+define+que+personalidad e+civil+do+ser+humano+começa+na+concepção>>. Acesso em 02 de novembro.

SARLET, Ingo Wolfgang; LEITE, George Salomão (Orgs.). **Direitos fundamentais e biotecnologia**. São Paulo: Método: 2008

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. Editora Malheiros, 2014.

SOUZA, Allan Rocha de; CASTRO, Raul Murad Ribeiro de; ALMEIDA, Vitor de Azevedo Junior. **Reprodução Assistida, Autonomia Privada e Personalidade: A questão dos embriões**. P. 315 Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/allan_rocha_de_souza.pdf>. Acesso em 12 de novembro de 2019.

Step-by-step through an IVF cycle. Disponível em: <<https://monashivf.com/fertility-treatments/fertility-treatments/the-ivf-process/>>. Acesso em 01 de junho de 2019.

TEPEDINO, Gustavo. **Contornos Constitucionais da Propriedade Privada**. Temas de Direito Civil. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2008

_____; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. ALMEIDA, Vitor. **O Direito Civil entre o Sujeito e a Pessoa: Estudos em homenagem ao Professor Stefano Rodotà**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 181.

Under new Arizona Law, custody of disputed embryos goes to whoever will help them “develop to birth”. Disponível em < <https://www.seattletimes.com/nation-world/under-new-arizona-law-custody-of-disputed-embryos-goes-to-whomever-will-help-them-develop-to-birth/>> Acesso em 03 de junho de 2019.

Uso de sêmen de morto para fertilização depende da autorização por escrito. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2014-set-25/uso-semen-morto-depende-autorizacao-escrito>>. Acesso em 24 de novembro.

Who owns the fertilized eggs? It's a conundrum. Disponível em: <https://www.courant.com/opinion/op-ed/hc-op-merriam-fertilized-eggs-0506-20190506-5tyyvtbeazappmo6aixu6xi7ly-story.html>. Acesso em 03 de junho de 2019.

Who owns the embryos after a divorce? Arizona court sides with woman in dramatic case. Disponível em <
<https://www.12news.com/article/news/local/arizona/who-owns-the-embryos-after-divorce-arizona-court-sides-with-woman-in-dramatic-case/75-e3ae65d3-ca7d-4e0d-a124-4768f3258374>>. Acesso em 03 de junho de 2019.

YOSHIDA, Alyssa, *The Modern Legal Status of Frozen Embryos*. Hastings Law Journal, volume 68, issue 3. P. 720