

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

GIOVANNA BARROS DE CARVALHO

A DESTINAÇÃO DOS EMBRIÕES CRIOPRESERVADOS EM CONSEQUÊNCIA DO
DIVÓRCIO

São Paulo

2021

GIOVANNA BARROS DE CARVALHO

Trabalho de Graduação
Interdisciplinar apresentado como
requisito para obtenção do título de
Bacharel no Curso de Direito da
Universidade Presbiteriana
Mackenzie.

ORIENTADORA: ANA CLÁUDIA SILVA SCALQUETTE

São Paulo

2021

GIOVANNA BARROS DE CARVALHO

A DESTINAÇÃO DOS EMBRIÕES CRIOPRESERVADOS EM CONSEQUÊNCIA DO
DIVÓRCIO

Trabalho de Graduação
Interdisciplinar apresentado como
requisito para obtenção do título de
Bacharel no Curso de Direito da
Universidade Presbiteriana
Mackenzie.

Aprovada em:

BANCA EXAMIDORA

Examinador (a):

Examinador (a):

Examinador (a):

AGRADECIMENTOS

Inquestionável agradecer, por primeiro, as pessoas cujo esforço me fizeram chegar até aqui: meus pais. O amor e o empenho de vocês é motivo de orgulho e exemplo a mim e ao meu irmão. Minha dedicação sem o apoio de vocês, nada seria. Meu eterno obrigada.

Ao Leonardo Pereira Machado que com seu carinho e paciência me mostrou uma melhor maneira de lidar com a vida e com o processo de desenvolvimento do presente trabalho. Sou uma pessoa melhor muito por causa de você. Que nosso destino seja um eterno aprendizado rodeado de amor.

A 3ª Vara de Família do Foro Regional do Jabaquara, que não só me concederam minha primeira oportunidade, como me ajudaram a descobrir o meu propósito dentro do Direito. Minha eterna gratidão a Dra. Deborah Ciocci, Leila, Felipe e Cibelle.

Não poderia deixar de agradecer minha orientadora, Professora Doutora Ana Cláudia Silva Scalquette, que partilhou comigo sua sabedoria e sua paciência.

Agradeço a todos aqueles que direta ou indiretamente me ajudaram a concluir este árduo trabalho que finalizo com tanta gratidão e sentimento de dever cumprido.

Por fim, porém o agradecimento mais importante, dedico ao meu irmão, Filipe Barros de Carvalho, que mesmo não estando mais fisicamente ao meu lado, foi o grande responsável em me ensinar tudo que sei sobre amor incondicional e determinação. Sua passagem intensa, apesar de breve, foi transformadora. Seus ensinamentos e sua infinita bondade germinaram no meu coração, fazendo com que ele esteja eternamente vivo dentro de mim.

RESUMO

A presente pesquisa pretende como, objetivo principal, analisar as possíveis destinações aos embriões criopreservados nos casos em que, por conta do divórcio, os pacientes divergem da posição disposta no momento da criopreservação. A análise das problemáticas decorrentes do tema são abordadas a partir do reconhecimento da falta de legislação sobre as técnicas de reprodução assistida, o que dá ensejo ao exame da Resolução do Conselho Federal de Medicina, de Projetos de Leis concernentes ao assunto e da observação do sistema regulatório dos Estados Unidos. Diante do apresentado conclui-se, portanto, que os questionamentos acerca do destino dos embriões congelados deve ser pauta do legislativo, pois ela se estende a confrontos entre direitos fundamentais tutelados pela Constituição Federal e divergências entre os diplomas do ordenamento jurídico e posição doutrinária. Desta maneira, é preciso priorizar a criação de lei que resguarde o direito dos paciente e do embrião sem que esta obste a evolução do tratamento e da medicina.

Palavras-chave: Reprodução assistida. Embriões criopreservados. Divórcio. Destinação embrionária.

ABSTRACT

The present research intends, as main objective, analyze the possible destinations to the cryopreserved embryos in cases of, due to divorce, patients diverge from the position they agreed on at the moment of cryopreservation. The analysis of the problems arising from the subject are addressed from the recognition of the lack of legislation on assisted reproduction techniques, which gives rise to the examination of the Brazilian Federal Council of Medicine's Resolution, of Legislative Projects concerning the subject and the observation of the regulatory framework system in the United States. Based on the fact, it is concluded, therefore, the questions about frozen embryo destination must be on the agenda of legislative authority, since it extends to confrontations between fundamental right protect by the Brazilian Federal Constitution and divergences between the laws in force and doctrinal positions. Thus fore, it is necessary to prioritize the creation of law that protects the patients and embryos rights without hindering the treatment and medicine evolution.

Keywords: Assisted reproduction. Cryopreserved embryos. Divorce. Embryo destination.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
CAPÍTULO 1 - AS DIFICULDADES DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA	10
1.1. Técnicas de Reprodução Humana Assistida	11
1.2.1. Inseminação Intrauterina (IIU)	12
1.2.2. Fertilização In Vitro (FIV)	12
1.2.3. Injeção Intracitoplasmática de Espermatozoide (ICSI)	13
1.2.4. Transferência de Embrião Congelado (TEC)	14
1.2. Reprodução Humana Assistida x Planejamento Familiar	15
1.2.5. Esterilidade e Infertilidade	15
1.2.6. Planejamento Familiar	16
1.2.7. Direito a Reprodução Assistida como Planejamento Familiar	18
CAPÍTULO 2 - REGULAMENTAÇÃO DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA	21
2.1. Regulamentação brasileira	22
2.1.1. Projeto de Lei 115/2015	25
2.1.2. Resolução 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina	27
2.1.2.1. Força normativa	28
2.1.2.2. Disposições da Resolução CFM nº 2.168/2017	29
2.2. Regulamentação internacional	31
2.2.1. Estados Unidos	32
CAPÍTULO 3 - DESTINAÇÃO DOS CRIOEMBRIÕES AO FIM DO VÍNCULO MATRIMONIAL	38
3.2. Natureza jurídica do embrião	38
3.3. A destinação dos embriões em consequência do divórcio	41
3.4. A regulamentação existente é o suficiente para garantir segurança jurídica?	45
3.4.1. Lacunas legislativa	46
3.4.2. Alternativas jurídicas	48
CONCLUSÕES	51
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	53

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo analisar a situação dos embriões excedentários, decorrentes dos procedimentos de reprodução assistida, analisando suas possíveis destinações em eventuais controvérsias entre os pacientes do tratamento, com destaque nas divergências ocorridas após o fim do vínculo matrimonial pelo divórcio das partes.

Será analisado, inicialmente, a evolução das técnicas de reprodução assistida, as quais vêm se popularizando e sendo alvo de grandes inovações desde sua primeira experiência bem-sucedida em 1978 na Inglaterra.

Desta feita, pretende-se apresentar as principais técnicas atualmente utilizadas e observar a reprodução assistida sem um olhar romantizado, pontuando-se as dificuldades psicológicas, físicas e financeiras do procedimento, mencionando o fato de que, tomados pelo desejo de constituir família, os pacientes acabam por omitir os desgastes ocasionados pelo tratamento, tanto pela demasiada aplicação de hormônios, como pelas possíveis tentativas frustradas em gerar um filho.

Para mais, será estabelecido um panorama entre o planejamento familiar e paternidade responsável, tutelados pela Constituição da República Federativa do Brasil e pelos diplomas infralegais, e a reprodução humana assistida, de modo a preservar o direito fundamental descrito no ordenamento jurídico pátrio, sendo garantido, inclusive, os procedimentos necessário por meio do Sistema Único de Saúde (SUS).

Além disso, serão expostas as diretrizes da regulamentação brasileira sobre o tema, discriminando que pela inexistência de legislação se torna patente a assertiva de que o assunto é envolto de insegurança jurídica.

Desta maneira, a análise se ampliará notadamente a observância da Lei de Biossegurança nº 11.105/05 que inovou ao permitir a utilização de células tronco embrionária para fins de pesquisa, além de observar as tentativas do Poder Legislativo em produzir legislação sobre o tema, com enfoque no Projeto de Lei nº 115/2015 e, observando, ainda, a Resolução nº 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina, que detêm o objetivo de enunciar as normas éticas envolvidas nas técnicas de reprodução humana assistida existentes no Brasil.

Pretende-se, ainda, apresentar uma visão internacional sobre a regulamentação da reprodução assistida, citando a possibilidade de construção do Estatuto Internacional da Reprodução Assistida e examinando a posição norte-americana sobre o tema, considerando as decisões jurisprudenciais nos litígios envolvendo crioembriões e a consolidação do Uniform

Parentage Act, de maneira a observar as divergências e similaridades com o ordenamento jurídico brasileiro.

O trabalho apresentará as possíveis destinações aos embriões excedentários criopreservados em consequência do divórcio, observando os questionamentos sem respaldo jurídico, como, por exemplo, o momento em que se consolida a personalidade jurídica do embrião, tema este tratado na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510 e que detêm grande divergências entre as normas brasileiras e a posição doutrinária do país.

Será observado as duas vertentes do planejamento familiar, seja, a garantia do direito à concepção de filho e, do mesmo modo, a garantia em não exercer a paternidade/maternidade, salientando que tanto o impedimento jurídico para implantação do embrião congelado, quanto a exigência jurídica de forçar um paciente a gerar um filho que não é mais de sua vontade, seria uma afronta aos direitos fundamentais tutelados pela Constituição Federal.

Ainda, se pontuará a falha da legislação brasileira em direcionar os questionamentos concernentes as técnicas de reprodução assistida, tendo em vista que a popularização destas, assertivamente, ensejarão maior existência de indagações sobre o assunto.

Por fim, observará o direcionamento legislativo em casos em que há lacunas no ordenamento jurídico, seja, a utilização da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), desta forma, suplementarmente analisará analogias, os costumes e os princípios gerais do direito para sanar omissões legislativas, dispondo ainda, de forma sugestiva, qual seriam possíveis alternativas para a regulamentação das técnicas de reprodução assistida no Brasil, citando a possibilidade de prezar-se pela obrigatoriedade contratual do termo de consentimento e, também, a criação de legislação que não impeça a evolução da medicina.

CAPÍTULO 1 - AS DIFICULDADES DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA

Quando se fala em Reprodução Assistida, aduz-se que esta é a verdadeira salvação para responder aos anseios e desejos de reprodução de homens e mulheres que possuem dificuldade em gerar seus filhos de maneira biológica e que desejam constituir suas famílias, porém, há de se analisar que o procedimento não pode ser romantizado e que suas dificuldades na realização, tanto físicas como psicológicas, são patentes.

Marilena Cordeiro Dias Vilela Corrêa, médica psiquiatra, faz alusão de que¹:

Procriar e constituir família são aspectos altamente valorizados em sociedades como a em que vivemos - e em quase todas as sociedades humanas a infertilidade é repudiada como um infortúnio. Atualmente, a procriação se liga não apenas à ideia de felicidade mas também a de êxito pessoal. Nesse sentido, na maternidade e na paternidade são mobilizados traços arraigados das identidades individuais e sociais dos sujeitos humanos. Por tudo isso, é possível afirmar que a impossibilidade de reprodução biológica fragiliza de forma importante, homens e mulheres, particularmente aqueles que se encontram em união.

Nestes termos, pode-se afirmar que a reprodução assistida é um foco de esperança àqueles que não conseguem gerar seus filhos de maneira biológica e, assim, as novas tecnologias junto à maior acessibilidade do tratamento, disseminaram a expectativa de gerar um filho biológico a muitos casais que antes não tinham poder aquisitivo e conhecimento necessário para realizar as técnicas de reprodução humana.

Historicamente as técnicas de reprodução assistida são recentes na história da humanidade, a primeira criança nascida a partir das técnicas de reprodução foi Louise Brown que nasceu na Inglaterra há quarenta e três anos atrás. Desta feita, após o nascimento do primeiro “bebê de proveta”, começou-se uma corrida pela inovação das técnicas em todo o mundo, inclusive no Brasil, que obteve sucesso na aplicação do tratamento em 1984, há apenas trinta e sete anos².

Desde então, as técnicas passaram por diversas inovações médicas, de forma a assegurar melhores resultados, preservando a saúde dos pacientes e garantindo segurança no procedimento, o que, certamente resultou na disseminação dos tratamentos dentro da sociedade.

¹ CORRÊA, Marilena Cordeiro Dias Vilela. **Ética e reprodução assistida: a medicalização do desejo de filhos**. Revista Bioética, v. 9, nº 2. 2001, p. 71-82. Disponível em:

<https://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/246/246>. Acesso em: 07 nov. 2020.

² PEREIRA, Dirceu Henrique Mendes. **A história da reprodução humana no Brasil**. Femina, vol. 39, n. 2, p. 59-64, 2011. Disponível em: <http://files.bvs.br/upload/S/0100-7254/2011/v39n2/a2450.pdf>. Acesso em: 08 nov. 2020.

Prova do alegado, são os dados do 13º Relatório do Sistema Nacional de Produção de Embriões (SisEmbrião)³, realizado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), que aduzem que no ano de 2019 o número de embriões congelados aumentou em quase 12% em comparação com o ano anterior, chegando ao número total de 99.112 (noventa e nove mil cento e doze) novos embriões criopreservados.

O que há de se analisar, contudo, é o fato de que apenas 25.210 (vinte e cinco mil duzentos e dez) deles serem efetivamente transferidos para o útero de paciente e somente 22 (vinte e dois) embriões congelados serem doados para pesquisas com células tronco.

As dificuldades dos tratamentos para infertilidade envolvem tanto as áreas financeiras como psicológicas, pois o tratamento exige muito comprometimento e vontade dos pacientes. O que se tem, no entanto, é que a romantização da possibilidade de gerar um filho, muitas vezes impede de enxergar as dificuldades que serão encontradas no tratamento.

1.1. Técnicas de Reprodução Humana Assistida

A Reprodução Humana Assistida é o termo que se utiliza para definir técnicas usadas no tratamento de infertilidade conjugal na qual envolve manipulação de gametas⁴.

Nos termos da Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.168/2017: “As técnicas de reprodução assistida (RA) têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de reprodução humana, facilitando o processo de procriação.”.

Sendo que elas “podem ser utilizadas na preservação social e/ou oncológica de gametas, embriões e tecidos germinativos e podem ser utilizadas desde que exista probabilidade de sucesso e não se incorra em risco grave de saúde para o(a) paciente ou o possível descendente⁵”.

A reprodução assistida pode ser realizada por meio de diversas modalidades, porém, há de se analisar as principais delas e as que são mais utilizadas atualmente, seja: a inseminação

³ ANVISA. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Sistema Nacional de Produção de Embriões. **Resolução de Diretoria Colegiada/Anvisa RDC nº 19, de 12 de maio de 2009, e atualizado pela RDC nº23/2011.**

Relatório do ano de 2019. Disponível em:

<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiYmYxM2M1MTctNGE5ZC00ODdhLTk3ZTktYTZhMzBkMjhjYjM1IiwidCI6ImI2N2FmMjNmLWZjZjMtNGQzNS04MGM3LWI3MDg1ZjVIZGQ4MSJ9>. Acesso em: 07 nov. 2020.

⁴ ALVES, Oslania de Fátima; SOUZA, Karla Keila Pereira Caetano. **As principais técnicas de reprodução humana assistida.** Revista Acadêmica do Instituto Ciência da Saúde – Saúde & Ciência em Ação, v. 02, n. 01, jan.-jul. 2016. p. 26-37. Disponível em:

<http://www.revistas.unifan.edu.br/index.php/RevistaICS/article/view/182>. Acesso em: 08 nov. 2020.

⁵ Resolução CFM nº 2.168/2017. **Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida.** Publicada no Diário Oficial da União de 10 de nov. de 2017, Seção I, p. 73. Disponível em:

<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>. Acesso em 08 nov. 2020.

intrauterina (IIU), a fertilização in vitro (FIV), injeção intracitoplasmática de espermatozoides (ICIS) e a transferência de embriões congelados (TEC).

1.2.1. Inseminação Intrauterina (IIU)

Como técnica, a inseminação intrauterina é recomendada a um grupo seletivo de casais, assim sendo, é indicada no tratamento de pacientes com disfunção ovulatória, fator masculino de infertilidade leve a moderado, infertilidade de causas não aparentes e endometriose⁶.

Nestes casos, de acordo com o Instituto Paulista de Ginecologia e Obstetrícia (IPGO)⁷ a inseminação envolve a inserção de uma amostra do sêmen do parceiro ou doador, que foi previamente coletado e preparado, no interior do útero imediatamente antes da ovulação. Assim, a inseminação aproxima os espermatozoides para que a fertilização ocorra de maneira natural na tuba uterina.

Cabe dizer ainda que nos termos do IPGO, este é um procedimento de média complexidade e, de certa maneira, considerado um procedimento com poucas complicações.

1.2.2. Fertilização In Vitro (FIV)

Nesta modalidade de reprodução, o que se tem é a manipulação tanto do gameta masculino, como do feminino, em laboratório.

Esse procedimento é recomendado para obstrução tubária, infertilidade devido ao fator masculino, infertilidade sem causa aparente ou outros casos que não responderam aos demais tratamentos⁸.

Com relação ao procedimento, é certo que a FIV apresenta alguns aspectos considerados difíceis e desgastantes para os pacientes que se submetem ao tratamento⁹, como injeções de hormônios para a indução do óvulo, realização de diversos exames, sendo alguns extremamente invasivos, procedimentos com anestesia, entre outros.

⁶ ALVES, Oslania de Fátima; SOUZA, Karla Keila Pereira Caetano. **As principais técnicas de reprodução humana assistida**. Revista Acadêmica do Instituto Ciência da Saúde – Saúde & Ciência em Ação, v. 02, n. 01, jan.-jul. 2016. p. 30. Disponível em: <http://www.revistas.unifan.edu.br/index.php/RevistaICS/article/view/182>. Acesso em: 08 nov. 2020.

⁷ INSTITUTO PAULISTA DE GINECOLOGIA E OBSTETRÍCIA. **Inseminação Intrauterina (IIU)**. IPGO (Instituto Paulista de Ginecologia e Obstetrícia – Medicina da Reprodução). Disponível em: <https://ipgo.com.br/inseminacao-artificial/>. Acesso em: 8 nov. 2020.

⁸ ALVES, Oslania de Fátima; SOUZA, Karla Keila Pereira Caetano. *Op. Cit.* p. 31.

⁹ MAKUCH, María Yolanda; FILETTO, Juliana Nicolau. **Procedimentos de fertilização in vitro: experiência de mulheres e homens**. Psicologia Estudos, v. 15, n.4, p. 771-779, dez. 2010. Maringá. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-73722010000400013&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 09 nov. 2020.

Há de se dizer, ainda, que a vivência do tratamento desgastante pode ser objeto de grande esforço psicológico para os pacientes, o que se torna mais um ponto de ressalva para a não romantização do tratamento, visto que, além de lidar com as chances reais de insucesso, as injeções de hormônios podem alterar de maneira drástica o humor das pacientes¹⁰.

Em termos médios, o que se tem é uma técnica sofisticada, em que haverá a transferência do gameta masculino e feminino diretamente ao tubo uterino da mulher¹¹. Assim, o que será transferido ao útero da paciente é um embrião já formando, em estágio pré-nuclear.

1.2.3. Injeção Intracitoplasmática de Espermatozoide (ICSI)

Este procedimento em específico é indicado para casais em que a dificuldade para gerar biologicamente um embrião se encontra no homem que detém uma pequena ou nula quantidade de espermatozoides, ou, quando existe problemas de motilidade nos gametas, e, até mesmo, quando o homem tenha passado por um procedimento de vasectomia que não possibilita mais a reversão, dentre outros casos¹².

A ICSI é, de certa maneira, recente nas modalidades de Reprodução Humana Assistida, tendo sido introduzida em 1992.

A Injeção Intracitoplasmática auxilia a Fecundação In Vitro, no sentido de envolver a injeção de um único espermatozoide vivo no citoplasma do ovócito, se tornando uma alternativa de tratamento de baixo custo e com baixo índice de complicações (gestação múltipla e síndrome de hiper estímulo ovariano) para as pacientes com baixo poder aquisitivo ou que não respondem à indução da ovulação¹³.

A ICSI vem como possibilidade de tratamento a infertilidade masculina, que antes de sua aplicação, em 1992, era tida como intratável em muitos casos.

¹⁰ MONTAGNINI, Helena Maria Loureiro; BLAY, Sérgio Luís; NOVO, Neil Ferreira; FREITAS, Vilmon de; CEDENHO, Agnaldo Pereira. **Estados emocionais de casais submetidos à fertilização in vitro**. Estudos de Psicologia, vol. 26, n. 4, nov-dez., 2009, p. 475-481, Campinas. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/3953/395335793008.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2021.

¹¹ GASDA, Élio Estanislau. **Criopreservação de embriões humanos no contexto da saúde sexual e reprodutiva**. Revista Pistis & Praxis: Teologia e Pastoral, vol. 7, núm. 3, set-dez. 2015, p. 635-661. Curitiba. Disponível em: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=449748257005>. Acesso em: 09 nov. 2020. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=449748257005>. Acesso em 09. Nov. 2020.

¹² ALVES, Oslania de Fátima; SOUZA, Karla Keila Pereira Caetano. **As principais técnicas de reprodução humana assistida**. Revista Acadêmica do Instituto Ciência da Saúde – Saúde & Ciência em Ação, v. 02, n. 01, jan.-jul. 2016. p. 32. Disponível em: <http://www.revistas.unifan.edu.br/index.php/RevistaICS/article/view/182>. Acesso em: 08 nov. 2020.

¹³ SANTOS, Maria de Fátima Oliveira dos. **Injeção intracitoplasmática de espermatozoides: questões éticas e legais**. Brasileira de Saúde Materno Infantil, v. 10, supl. 2, p. 289-296, dez. 2010. Recife. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1519-38292010000600005&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 08 nov. 2020.

1.2.4. Transferência de Embrião Congelado (TEC)

Com relação a TEC é importante ressaltar que ela ocorre após o procedimento de Fertilização In Vitro (FIV), já que neste procedimento apenas alguns embriões são implantados ao útero – respeitando as diretrizes da Resolução nº 2.168/2017 do CFM, assim podem restar alguns embriões, tido como excedentes, que apesar de geneticamente perfeitos para implantação, não foram implantados ao útero.

Preceitua a Resolução nº 2.168/2017 do CFM sobre a Criopreservação de embriões:

O número total de embriões gerados em laboratório será comunicado aos pacientes para que decidam quantos embriões serão transferidos a fresco, conforme determina esta Resolução. Os excedentes, viáveis, devem ser criopreservados.

Nestas condições, os embriões excedentes são congelados. Desta maneira, a criopreservação de embriões se torna uma das principais técnicas complementares de reprodução assistida, juntamente com a doação de óvulos e sêmen¹⁴.

O procedimento conta com algumas consideráveis vantagens, como o aumento nas taxas de implantação e nas taxas de gravidez, diminuição de aborto e chance de sangramento da gestação, além de menor probabilidade de parto prematuro¹⁵.

Há de se destacar que, apesar de existir grande chance de êxito na realização da Fertilização In Vitro, a efetivação da gestação pode não ocorrer num primeiro momento, assim a criopreservação de embriões traz aos pacientes a chance de utilizar os embriões excedentes em ciclos posteriores, contando assim com uma nova chance de gravidez¹⁶.

Pode-se afirmar então que a possibilidade de congelar embriões é, de certa maneira, uma possibilidade de preservar os pacientes de depreender novamente de altos valores com os tratamentos para a realização de uma nova FIV, além de preservá-los física e psicologicamente do tratamento, dando esperança a novas possibilidades de gravidez.

¹⁴ GASDA, Élio Estanislau. **Criopreservação de embriões humanos no contexto da saúde sexual e reprodutiva**. Revista Pistis & Praxis: Teologia e Pastoral, vol. 7, núm. 3, set-dez. 2015, p. 640. Curitiba. Disponível em: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=449748257005>. Acesso em: 09 nov. 2020.

¹⁵ ALVES, Oslania de Fátima; SOUZA, Karla Keila Pereira Caetano. **As principais técnicas de reprodução humana assistida**. Revista Acadêmica do Instituto Ciência da Saúde – Saúde & Ciência em Ação, v. 02, n. 01, jan.-jul. 2016. p. 33. Disponível em: <http://www.revistas.unifan.edu.br/index.php/RevistaICS/article/view/182>. Acesso em: 08 nov. 2020.

¹⁶ GASDA, Élio Estanislau. *Op. Cit.* p. 641.

A TEC pode, ainda, à título de exemplo, preservar a fertilidade em pacientes oncológicos, já que os tratamentos contra o câncer, como radioterapias e quimioterapias, tendem a danificar ou destruir os ovários da paciente mulher e, nos casos de pacientes homens, os tratamentos poderão danificar a produção sêmen ou destruir o tecido testicular¹⁷.

Nesta esteira, a própria Resolução nº 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina considera o planejamento familiar daqueles que são acometidos por tratamentos de doenças como o câncer, assim tutela que “considerando o aumento das taxas de sobrevivência e cura após os tratamentos das neoplasias malignas, possibilitando às pessoas acometidas um planejamento reprodutivo antes de intervenção com risco de levar à infertilidade”.

A Resolução supracitada ainda faz menção ao fato de que:

No momento da criopreservação, os pacientes devem manifestar sua vontade, por escrito, quanto ao destino a ser dado aos embriões criopreservados em caso de divórcio ou dissolução de união estável, doenças graves ou falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los.

Assim, dentre as opções dos pacientes que decidem por congelar embriões há a hipótese, como já aduzida, de realizar uma nova tentativa de gravidez, porém, há outras alternativas, como, por exemplo: manter os embriões criopreservados para utilizá-los eventualmente no futuro como células tronco ou doá-los – de forma gratuita e anônima – para pesquisas ou para outros casais que desejam uma gravidez¹⁸.

1.2. Reprodução Humana Assistida x Planejamento Familiar

1.2.5. Esterilidade e Infertilidade

Fato é que muitas pessoas anseiam por constituir sua prole, ter filhos e constituir família, este é um desejo socialmente construído e a frustração deste desejo pode fragilizar gravemente aqueles que passam por tal situação.

¹⁷ CASTELLOTTI, Daniella S.; CAMBIAGHI, Arnaldo S. **Preservação da fertilidade em pacientes com câncer**. Revista Brasileira Hematologia e Hemoterapia., São Paulo, v. 30, n. 5, p. 406-410, out. 2008. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-84842008000500014&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 09 nov. 2020.

¹⁸ PERELSON, Simone. **Os embriões congelados: da falta ao excesso**. Mal-Estar e Subjetividade, v.9, n.3, p.815-837, set. 2009. Fortaleza, Disponível em <https://periodicos.unifor.br/rmes/article/view/1664>. Acesso em: 09 nov. 2020.

Os problemas de infertilidade e esterilidade estão presentes no mundo como um todo, dados da Organização Mundial da Saúde (OMS)¹⁹ aduzem que 15% da população mundial possui problemas para engravidar.

No Brasil, segundo Edson Borges Junior²⁰, especialista em reprodução humana, o número pode chegar a oito milhões de pessoas.

Neste diapasão, Eduardo de Oliveira Leite²¹, menciona que há uma grande diferença entre os conceitos sobre esterilidade e infertilidade:

Esterilidade é a incapacidade de um ou dos dois cônjuges, por causas funcionais ou orgânicas, fecundarem por um período conjugal de, no mínimo, dois anos, sem o uso de meios contraceptivos eficazes e com vida sexual normal. Chamamos de infertilidade, a incapacidade, quer por causas orgânicas ou funcionais atuando no fenômeno da fecundação, de produzir descendência.

O que se tem é que a infertilidade e a esterilidade podem se originar por conta da paciente mulher ou do homem, ou, até mesmo, de ambas as partes, tendo, muitas vezes, sua origem desconhecida.

Ainda, os fatores de infertilidade podem ser classificados em absolutos e relativos. O primeiro deriva de situações irreversíveis, conhecido por esterilidade, isto é, o paciente tem incapacidade de gerar um filho, sendo possível a concepção através das técnicas de reprodução humana assistida, e a segunda, trata-se de hipofertilidade, ou seja, podem ser revertidas por tratamento médico²².

Imprescindível reiterar a importância da Reprodução Humana Assistida nos casos em que o sonho de gerar um filho é interrompido por questões de infertilidade ou esterilidade, porém, como já aduzido, a reprodução é uma nova esperança àqueles que desejam ver satisfeito seu desejo de constituição familiar.

1.2.6. Planejamento Familiar

¹⁹ MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Portaria nº 426, de 22 de março de 2005**. Institui, no âmbito do SUS, a Política Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida e dá outras providências. Brasília, 23 mar. 2005. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/portaria_426_ac.htm. Acesso em: 9 nov. 2020.

²⁰ FERTILITY MEDICAL GROUP. **Junho é o mês mundial da conscientização da infertilidade**. Jornal Fertility, 13 jun. 2018. Disponível em: <https://fertility.com.br/noticias/junho-e-o-mes-mundial-da-conscientizacao-da-infertilidade-2020/>. Acesso em: 9 nov. 2020.

²¹ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito (aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 28.

²² Idem.

Não se pode analisar a construção do projeto parental sem a análise do aspecto psicológico que ela envolve, pois a pressão social e parental do nome da família coloca um grande peso sobre os casais inférteis²³.

Assim, do ponto de vista psicológico, especialistas enunciam²⁴:

Diversas motivações se encontram presentes no desejo de ter um filho, que pode ser a expressão de um ato criador e produtivo dentro de um vínculo fecundo do casal; podendo constituir um dos destinos possíveis para a realização da condição masculina e feminina. Segundo Freud (1914/1996), desejos de imortalidade, de se aperfeiçoar através do filho, de realizar antigos sonhos e projetos inalcançados podem se encontrar nas raízes do projeto parental.

Desta maneira, imperioso destacar que a decisão sobre a constituição de família com o advento de filhos deve ser uma decisão do homem e da mulher, singularmente e como casal, porém há necessidade de o Estado fornecer informações a respeito do controle de fertilidade e possibilitar o acesso a serviços de saúde adequados.

Outrossim, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 tutela em seu artigo 226, §7º, que:

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.

Como se vê, o planejamento familiar tem sua base no princípio da dignidade humana, que neste caso, pauta-se na busca das relações familiares como proteção à vida e integridade dos membros da família.

Ainda, a Lei nº 9.263 de 12 de Janeiro de 1996, com o intuito de regulamentar o supra parágrafo da CF/88, menciona que o planejamento familiar é direito de todo o cidadão e se

²³ MONGA, M.; ALEXANDRESCU, B.; KATZ, S.; STEIN, M.; GANIATS, T. **Impact of infertility on quality of life, marital adjustment, and sexual function.** Urology, vol. 63, issue 1, p. 126-30, jan. de 2004. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0090429503009993>. Acesso em: 10 nov. 2020.

²⁴ FARINATI, Débora Marcondes; RIGONI, Maisa dos Santos; MULLER, Marisa Campio. **Infertilidade: um novo campo da Psicologia da saúde.** Estudos de Psicologia, Campinas, v. 23, n. 4, pág. 433-439, Dez. 2006. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-166X2006000400011&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 10 nov. 2020.

caracteriza pelo conjunto de ações de regulamentação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal²⁵.

Dado isto, assertivamente o planejamento parental é protegido constitucionalmente, não se limitando a controle de natalidade, mas se estendendo a oferecer recursos àqueles que possuem dificuldades em gerar seus filhos.

O texto constitucional é claro em tutelar o planejamento familiar, contudo versa que os princípios da dignidade humana e o princípio de paternidade responsável devem ser estritamente observados.

O princípio de paternidade responsável está descrito no artigo 229 da Constituição Federal de 1988, que tutela: “Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”.

Assim, resta evidente que a decisão de gerar um filho institui uma série de responsabilidades e obrigações quanto à filiação, prezando pelo oferecimento de uma vida digna ao filho, atendendo suas necessidades básicas e proporcionando felicidade e bem-estar.

A opção pela parentalidade é, em si, uma decisão tomada por responsabilidades de grande porte e, por isso, se dá a responsabilidade do Estado em propiciar informações e métodos para a garantia dos princípios de dignidade humana e parentalidade responsável.

1.2.7. Direito a Reprodução Assistida como Planejamento Familiar

Com a tutela do direito ao planejamento familiar pela Constituição Federal em vigor, compete ao Estado oferecer os recursos para o exercício deste direito, ficando vedada qualquer forma de coerção e indisponibilidade deste direito, inclusive no que se trata o Sistema Único de Saúde (SUS).

Nesta esteira, Jussara Maria Leal de Meirelles²⁶, leciona:

Artificializado ou não, é de se recordar que o desejo de gerar um filho e a conseqüente busca aos recursos da reprodução assistida estão contidos no princípio constitucional referente ao planejamento familiar (artigo 226, §7º), em cuja temática se inserem os “direitos reprodutivos”, ou seja, no

²⁵ BRASIL. **Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996**. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Brasília, 15 jan. 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19263.htm. Acesso em: 9 nov. 2020.

²⁶ MEIRELLES, Jussara Maria Leal. **Filhos da reprodução assistida**. III Congresso Brasileiro de Direito de Família sobre o novo Código Civil Brasileiro e a vacatio legis. IBDFAM, 2001, p. 01-14. Disponível em: <https://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/209.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2020.

reconhecimento, a todo indivíduo, do direito de livremente exercer a sua vida sexual e reprodutiva, definindo o momento de gerar e o número de filhos que deseja ter, recorrendo aos métodos modernos de contracepção e, igualmente, aos meios científicos disponíveis para realizar o projeto de parentalidade.

O Código Civil de 2002 ainda reitera o papel do Estado no exercício do direito ao planejamento familiar:

Art. 1.565. Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família.

[...]

§2º O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas.

Assim, Meirelles²⁷ alude:

Admite-se, dessa forma, que os distúrbios da função reprodutora constituem um problema de saúde, devendo o Estado assumir a responsabilidade quanto ao acesso das pessoas aos tratamentos para a esterilidade e o recurso à reprodução assistida (R.A), respeitando-se o princípio da liberdade e o direito à privacidade, e, concomitantemente, garantindo à criança nascida através das tais técnicas a proteção integral assegurada pela Convenção Internacional dos Direitos da Criança e do Adolescente da ONU, pela Constituição Federal e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

O que se tem, então, é que, ao mesmo tempo que o Estado não detém o poder de interferir no planejamento familiar, cabe a este propiciar meios adequados para que se cumpra o direito constitucionalmente assegurado.

No artigo 9º da Lei 9.263/96, o legislador infraconstitucional garante o direito ao acesso dos métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos, garantindo assim o fornecimento das técnicas de Reprodução Humana Assistida na garantia do direito ao projeto parental, *vide*:

Art. 9º Para o exercício do direito ao planejamento familiar, serão oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção.

²⁷ MEIRELLES, Jussara Maria Leal. **Filhos da reprodução assistida**. III Congresso Brasileiro de Direito de Família sobre o novo Código Civil Brasileiro e a vacatio legis. IBDFAM, 2001, p. 01-14. Disponível em: <https://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/209.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2020.

Dado isto, é possível dividir o direito de planejamento familiar em duas vertentes, sendo a primeira o fornecimento de métodos contraceptivos e, também, garantindo o acesso e a informações aos métodos de concepção àqueles que possuem dificuldades de gerar seus filhos naturalmente.

Destarte, apesar de demonstrado a vasta legislação que dispõe e garante o direito às técnicas de reprodução assistida, pontua-se que, no que tange a regulamentação deste direito, o ordenamento jurídico brasileiro é envolto de diversas lacunas legislativas, visto que ainda não há legislação específica sobre o tema.

Assim, observando as regulamentações disponíveis, há de se afirmar que, por vezes, se observa insegurança jurídica em determinadas situações, como, por exemplo, o destino dos embriões congelados, principalmente, em casos de divórcio ou dissolução de união estável, sendo necessário uma abordagem mais profunda para análise do tema.

CAPÍTULO 2 - REGULAMENTAÇÃO DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

Como mencionado, após as técnicas de reprodução assistida, o número total de embriões gerados em laboratório será comunicado aos pacientes que decidirão quantos serão transferidos a “fresco”, respeitando o limite definido pela Resolução do Conselho Federal de Medicina nº2.168/2017²⁸.

Contudo, após os pacientes decidirem o número de embriões que serão transferidos, haverá os chamados “embriões excedentários”, que, nada mais são, do que embriões viáveis excedentes, que não foram implantados e, portanto, restarão criopreservados.

Há de se aduzir então que há algumas possibilidades para este embrião excedente criopreservado, em síntese, a utilização para nova tentativa de gravidez, doação, de forma gratuita e anônima, a outro casal ou para pesquisas²⁹.

Desta feita, diante das novas técnicas de reprodução assistida e o aumento patente na procura de métodos para tentativa de gravidez nos casos de dificuldade para gerar um filho biológico, é fato que esta situação deve ser tutelada pelo ordenamento jurídico brasileiro, entretanto, esta não é a realidade.

Encontra-se, então, uma problemática tangente com relação aos embriões excedentários e criopreservados, pois, até o presente momento, não há nenhuma lei que regulamente a utilização das técnicas de reprodução assistida, o que tende a causar extrema insegurança jurídica, em especial ao destino dado aos embriões congelados, principalmente quando se trata de casos de divórcio e dissolução de união estável.

Nesta esteira, com a palavra Ana Claudia Scalquette³⁰:

[...] A falta de disciplina e tutela legal dos efeitos e consequências da utilização destas novas técnicas médico-reprodutivas acabaram por trazer sérias consequências que podem ser sentidas em diversas áreas do direito, seja civil, previdenciário, penal, dentre outras.

[...]

²⁸ Capítulo I – Princípios Gerais, item 7: Quanto ao número de embriões a serem transferidos, fazem-se as seguintes determinações de acordo com a idade: a) mulheres até 35 anos: até 2 embriões; b) mulheres entre 36 e 39 anos: até 3 embriões; c) mulheres com 40 anos ou mais: até 4 embriões; d) nas situações de doação de oócitos e embriões, considera-se a idade da doadora no momento da coleta dos oócitos. O número de embriões a serem transferidos não pode ser superior a quatro.

²⁹ PERELSON, Simone. **Os embriões congelados: da falta ao excesso**. Mal-Estar e Subjetividade, vol. 9, n.3. Fortaleza. set. - 2009. p. 825. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rmes/article/view/1664>. Acesso em: 31 mar. 2021.

³⁰ SCALQUETTE, Ana Claudia Silva. **Estatuto da Reprodução Assistida**. 2009. Tese (Doutorado em Direito Civil) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, SP, 2009. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-08032010-095921/publico/Tese_Ana_Claudia_Silva_Scalquette.pdf. Acesso em: 31 de mar. 2021.

O grande problema, contudo, é a definição de limites: o silêncio do ordenamento jurídico pátrio não ajuda, pelo contrário, contribui para que novos problemas sejam levantados.

Diante da palpável problemática aduzida, faz-se necessário observar pontualmente a regulamentação brasileira sobre o tema – mesmo que discreta – e observar a legislação em países estrangeiros, a fim de observar a resolução – ou não – destas problemáticas em nível internacional.

2.1. Regulamentação brasileira

A princípio, destaca que o Código Civil de 2002 foi o primeiro diploma legal no ordenamento jurídico brasileiro que abordou a filiação a partir da reprodução assistida³¹, isto porque, em seu artigo 1.597, o diploma civil dispõe a presunção de concepção de filhos na constância de casamento, quando estes, dentre outras hipóteses, são havidos por fecundação artificial homóloga e os embriões excedentários decorridos desta, e os havidos por inseminação artificial heteróloga, veja-se:

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:
 I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;
 II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;
 III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;
 IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;
 V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Apesar da iniciativa, inevitável destacar a lacuna legislativa existente sobre o tema.

Neste sentido, a Lei de Biossegurança nº 11.105/05 que tem o objetivo de tutelar normas de segurança e fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados e seus derivados³², tentou diminuir esse vácuo jurídico ao enunciar alguns pontos envolvidos na reprodução humana assistida.

³¹ SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. **Estatuto da Reprodução Assistida**. 2009. Tese (Doutorado em Direito Civil) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, SP, 2009. p. 325. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-08032010-095921/publico/Tese_Ana_Claudia_Silva_Scalquette.pdf. Acesso em: 31 de mar. 2021.

³² BRASIL. Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança –

Especificamente em seu artigo 5º a Lei expressa manifestamente a permissão de utilização de células tronco embrionárias obtidas por meio de fertilização *in vitro* para fins de pesquisa e terapia, tutelando, inclusive, a vedação a comercialização deste material sob pena de reclusão de três a oito anos e multa de 200 a 360 dias-multa³³, vide:

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 Lei de Biossegurança tenta, ainda, prelecionar sanções para outras condutas, como a utilização indevida de embriões, clonagem humana e engenharia genética com material humano.

Entretanto, apesar de tutelar sanções penais aos crimes relacionados a reprodução humana, acredita-se que estes ainda necessitam ser complementados, observando legislações específicas de outros países, a exemplo, enuncia Ana Claudia Scalquette³⁴:

Cremos, todavia, que a tutela penal destinada às ações que podem estar relacionadas à reprodução assistida precisaria ser complementada, a exemplo do que fizeram outros países em legislações específicas [...].

CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. Brasília, 24 março 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm. Acesso em: 31 mar. 2021.

³³ Artigo 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

³⁴ SCALQUETTE, Ana Claudia Silva. **Estatuto da Reprodução Assistida**. 2009. Tese (Doutorado em Direito Civil) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, SP, 2009. p. 326. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-08032010-095921/publico/Tese_Ana_Claudia_Silva_Scalquette.pdf. Acesso em: 31 de mar. 2021.

Nossa argumentação, [...] é no sentido de defender uma proteção mais ampla na esfera criminal para coibir as eventuais ações danosas que podem ser praticadas no âmbito da reprodução assistida, mormente, porque são atentadoras da vida e dignidade humanas.

Para mais, a Lei de Biossegurança é insuficiente para resolver os problemas que concernem a reprodução assistida, isto, pois apenas estipula, em síntese, normas de segurança e meios de fiscalização nas atividades que envolvam os organismos geneticamente modificados.

Expressa Renata Malta Vilas-Bôas³⁵, membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família: “Diante da omissão legislativa acaba o judiciário tendo que decidir as questões que são submetidas a ele. E muitas vezes, o que temos de parâmetro não é suficiente para termos uma decisão que seja segura e justa”.

Neste diapasão, quando se observa a insuficiência de normas a fim de regulamentar as técnicas de reprodução assistida e as questões decorrentes dela, como, por exemplo, o destino dos embriões excedentários, conclui-se que a o avanço da biotecnologia e da medicina, promoveram um atraso significativo na tutela jurídica desses tratamentos.

Assim, na tentativa de suprir a ausência de normas, o Poder Legislativo optou por produzir Projetos de Lei com esta finalidade.

Destaca-se o Projeto de Lei nº 1135/2003³⁶, que detinha a intenção de estabelecer normas para o emprego das técnicas de reprodução humana assistida, que abarcou, dentre outras, a possibilidade do congelamento de embriões e a posterior decisão dos pacientes com relação ao destino dado a estes em caso de divórcio, separação, doenças graves, falecimento ou em caso de doação.

De modo inegável, houve uma série de mudanças legislativas desde o Projeto de Lei supra, inclusive a própria Lei de Biossegurança, e o mesmo não integrou uma série de questões

³⁵ VILAS-BÔAS, Renata Malta. **Inseminação artificial no ordenamento jurídico brasileiro: a omissão presente no Código Civil e a busca por legislação específica.** Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM). 2011. p. 11. Disponível em: https://ibdfam.org.br/_img/artigos/Insemina%C3%A7%C3%A3o%20artificial.pdf. Acesso em: 01 abr. 2021.

³⁶ PROJETO DE LEI Nº 1135, DE 2003 – Apresentado pelo Deputado Sr. Dr. Pinotti. **Dispõe sobre e reprodução humana assistida.** Apresentação em 28 de maio de 2003. Disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node01c15yuqez9yx33hpskwpnkwo w2994596.node0?codteor=136097&filename=PL+1135/2003. Acesso em: 01 abr. 2021.

importantes a serem pontuadas no que tange a reprodução, como, por exemplo, o controle do material genético doado a ser utilizado nas técnicas de reprodução assistida³⁷.

Desta feita, surgiu-se a criação do Projeto de Lei nº 115/2015 que detinha como finalidade a criação de um “Estatuto da Reprodução Humana Assistida”.

Consequente, observa-se que, em 2017, na tentativa de dirimir as questões envolvendo as técnicas de reprodução assistida e seus efeitos na sociedade, o Conselho Nacional de Justiça dispôs o Provimento nº 63/2017 (posteriormente editado pelo Provimento nº 83/2019), com a finalidade de nortear o os registros de nascimento dos filhos havidos por reprodução assistida³⁸.

Nesta oportunidade o CNJ reserva a “Seção III” para abarcar as questões concernentes ao registro da criança havida pelas técnicas de reprodução assistida e preleciona, dentre outros pontos, o registro civil independente de prévia autorização judicial e a possibilidade de registrar indivíduos do mesmo sexo como ascendentes da criança.

Patente a tentativa dos poderes, tanto Legislativo, como Judiciário em dirimir os conflitos que abarcam as técnicas de reprodução assistida, contudo ao observar a instabilidade jurídica ainda existente, se faz necessário observar atentamente a regulamentação sobre o tema.

2.1.1. Projeto de Lei 115/2015

Isto posto, a apresentação do Projeto de Lei nº 115/2015 em 03 de fevereiro de 2015, pelo Deputado Federal Sr. Juscelino Rezende Filho detêm o objetivo de instituir o Estatuto da Reprodução Assistida com a finalidade de regular a aplicação e utilização das técnicas de reprodução humana assistida e seus efeitos no âmbito das relações civis sociais.

O Projeto de Lei apresentado engloba os princípios que deverão reger a aplicação e utilização das técnicas médicas de reprodução, seja: o respeito a vida humana, serenidade familiar, dignidade da pessoa humana, paternidade responsável, liberdade do planejamento familiar, proteção integral da família, autonomia da vontade, entre outros.

³⁷ SCALQUETTE, Ana Claudia Silva. **Estatuto da Reprodução Assistida**. 2009. Tese (Doutorado em Direito Civil) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, SP, 2009. p. 326. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-08032010-095921/publico/Tese_Ana_Claudia_Silva_Scalquette.pdf. Acesso em 31 de mar. 2021.

³⁸ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Provimento nº 63 de 14 de novembro de 2017** (editado pelo Provimento nº 83/2019). Institui modelos únicos de certidão de nascimento, de casamento e de óbito, a serem adotadas pelos órgãos de registro civil das pessoas naturais, e dispõe sobre o reconhecimento voluntário e a averbação da paternidade e maternidade socioafetiva no Livro “A” e sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/compilado00430220210303603edb96ccae9.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2021.

Dentre todos os pontos abarcados pelo Projeto de Lei, destaca-se o Capítulo VI que se destina a tutelar a criopreservação de gametas ou embriões.

Observa-se, no artigo 28, que pretende-se a vedação da produção de embriões supranumerários, ou seja, aqueles que excedem ao número permitido para transferência à receptora. Este é um ponto que tende a reduzir a superprodução de embriões e causar imbróglios e questões quanto ao destino destes após a criopreservação.

Neste mesmo sentido, o artigo 31 preleciona a necessidade de, no momento da criopreservação, a pessoa beneficiada pela técnica, juntamente ao seu cônjuge ou companheiro, dever expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos embriões congelados, tanto em caso de rompimento do vínculo matrimonial, união estável, doença grave, falecimento de um deles ou, até mesmo, a desistência do tratamento.

Ressalta que o Projeto de Lei é claro nos possíveis destinos a serem dados aos embriões criopreservados, seja, a implantação pelo beneficiário, entrega para adoção ou envio para pesquisa científica, restando vedada, em qualquer hipótese, o descarte.

Art. 32. Os destinos possíveis a serem dados aos embriões criopreservados são a implantação pelo(s) beneficiário(s), entrega para a adoção ou envio para pesquisa científica.

§1º Caso a pessoa beneficiada pela técnica reprodutiva seja casada ou viva em união estável, obrigatoriamente a escolha do destino do embrião deverá ser tomada em conjunto pelo casal.

§2º As pessoas que tem embriões criopreservados na data de entrada em vigor deste Estatuto terão o prazo de 1 (um) ano, contado a partir da vigência desta Lei, para cumprirem integralmente o disposto no artigo 31, se já não o fizeram.

Em síntese, como aduzido no próprio texto do Projeto de Lei: “O [...] projeto de lei tem a finalidade de regular no âmbito civil, administrativo e penal, as ações de aplicação e utilização das técnicas médicas de auxílio à reprodução humana”.

Desta maneira, o referido Projeto de Lei, como já mencionado, visa construir o “Estatuto da Reprodução Assistida”, criando um “sistema aberto, capaz de acompanhar o avanço científico sem perder de vista a segurança jurídica que se busca e espera nas relações sociais.”³⁹

³⁹ SCALQUETTE. Ana Claudia Silva. **Biotechnologia a favor da Vida: Reprodução Humana, seus efeitos jurídicos e limites éticos.** Revista Primus Vitam, nº 10. ANAIS. 2017. VI Encontro de Bioética da Universidade Presbiteriana Mackenzie. P. 09. Disponível em http://delphos-gp.com/primus_vitam/primus_10/ana.pdf. Acesso em: 01 abr. 2021.

Como tentativa de regulamentação das questões concernentes a reprodução humana assistida, pode-se aduzir que o Projeto tenta abarcar de uma maneira pontual todos os entraves jurídicos que hoje restam sem nenhuma tutela por parte do Estado e que geram severa insegurança jurídica aos pacientes que se submetem as técnicas de reprodução.

2.1.2. Resolução 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina

Ante o vácuo jurídico existente, o Conselho Federal de Medicina criou uma série de resoluções com o objetivo de enunciar as normas éticas envolvidas nas técnicas de reprodução humana assistida existentes no Brasil, a mais recente e utilizada atualmente é a Resolução nº 2.168/2017.

Para mais, a Resolução ainda vem como forma de garantir o direito de planejamento familiar disposto no artigo 226, §7º da Constituição Federal⁴⁰, quando tutela que as técnicas de reprodução assistida poderão ser utilizadas na preservação social e/ou oncológica de gametas, embriões e tecidos germinativos⁴¹.

Nesta esteira, esta considerável mudança comparada a outras resoluções traz a oportunidade de aplicação de técnicas reprodutivas a pacientes que sofrem de doenças que dificultam a gravidez biológica – como o câncer e, ainda, oferece a garantia para a preservação de oócitos para mulheres saudáveis, objetivando o planejamento familiar com antecedência, visto que o congelamento de óvulos quando ainda em idade jovem preservam a qualidade do material e tendem a maiores taxas de sucesso⁴², como mencionado pela própria Resolução: “CONSIDERANDO que as mulheres estão postergando a maternidade e que existe diminuição da probabilidade de engravidarem com o avanço da idade”.

Entretanto, como já mencionado, a Resolução tem como objetivo tutelar a ética médica e o aperfeiçoamento das práticas médicas para trazer mais segurança e eficácia aos tratamentos envolvendo a reprodução humana, isto é, não detém nenhuma intenção – e nem haveria como – de vincular qualquer imbróglio jurídico existente.

⁴⁰ CF/88. Art. 226, §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.

⁴¹ Capítulo I, item 2 da Resolução nº 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina.

⁴² FEDERAÇÃO BRASILEIRA DAS ASSOCIAÇÕES DE GINECOLOGIA E OBSTETRÍCIA. **Conselho Federal de Medicina Atualiza as normas para Reprodução Assistida Resolução CFM 2.168/2017**. 16 mar. 2018. Disponível em: <https://www.febrasgo.org.br/pt/noticias/item/424-conselho-federal-de-medicina-atualiza-as-normas-para-reproducao-assistida-resolucao-cfm-2-168-2017>. Acesso em: 02 abr. 2021.

Isto posto, necessário se faz analisar a Resolução em sua natureza e seu – possível – papel dentro do ordenamento jurídico de uma maneira mais profunda, observando também suas especificidades no que tange aos embriões excedentários e criopreservados.

2.1.2.1. *Força normativa*

O Conselho Federal de Medicina, como outros conselhos profissionais do Brasil, constitui uma autarquia⁴³, ou seja, é dotado de personalidade jurídica de direito público, sendo então, órgão da Administração Indireta.

Desta feita, entende-se administração indireta como a descentralização do Poder Público que permite às autarquias regulamentar as questões concernentes a sua área, ou seja, no caso do Conselho Federal de Medicina, suas Resoluções terão o objetivo de indicar o comportamento e ética dos profissionais da área, bem como delimitar as práticas das técnicas médicas para aumentar a segurança e a qualidade dos procedimentos.

Assim, quando o CFM proclama uma resolução, fato é que esta atua como instrumento a contribuir com políticas públicas e incentivo para que o legislativo crie normas observando os preceitos já delimitados pelo Conselho Federal de Medicina⁴⁴.

Nesta esteira, as Resoluções editadas pelo Conselho possuem caráter deontológico e, por conta disto, se designam para ordenar a conduta dos profissionais médicos, ou seja, não possuem caráter normativo, de lei, pois não podem ser impostas aos demais que não os profissionais da área.

Sobre o tema, lecionam Lenio Luiz Streck, Ingo Wolfgang Sarlet e Clèmerson Merlin Clève⁴⁵:

Uma resolução não pode estar na mesma hierarquia de uma lei, pela simples razão de que a lei emana do poder legislativo, essência da democracia representativa, enquanto os atos regulamentares ficam restritos à matérias com menor amplitude normativa.

⁴³ Artigo 1º da Lei nº 3.268 de 30 de setembro de 1957.

⁴⁴ PITELLI, Sergio Domingos. **O poder normativo do Conselho Federal de Medicina e o direito constitucional à saúde**. Revista de Direito Sanitário, vol. 3, n. 1. mar., 2002, p. 38-59. Disponível em <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/download/81294/84933>. Acesso em: 02 abr. 2021

⁴⁵ STRECK, Lenio Luiz; SARLET, Ingo Wolfgang; CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Os limites Constitucionais das resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP)**. Portal Migalhas. 16 jan. de 2006. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/20381/os-limites-constitucionais-das-resolucoes-do-conselho-nacional-de-justica--cnj--e-conselho-nacional-do-ministerio-publico--cnmp>. Acesso em: 2 abr. 2021.

Observa-se na própria Resolução 2.168/2017 do CFM as seguintes afirmativas:

No Brasil, até a presente data, não há legislação específica a respeito da reprodução assistida (RA). Tramitam no Congresso Nacional, há anos, diversos projetos a respeito do assunto, mas nenhum deles chegou a termo.

O Conselho Federal de Medicina (CFM) age sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da obediência aos princípios éticos e bioéticos, que ajudam a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos.

Conclui-se então que por ser uma norma infralegal, que apenas abrange os profissionais da área, a Resolução não se reflete no ordenamento jurídico, ou seja, não detém o poder de garantir segurança jurídica aos pacientes, pois não vincula o Poder Legislativo e nem o Poder Judiciário em eventuais conflitos judiciais.

2.1.2.2. Disposições da Resolução CFM nº 2.168/2017

Preliminarmente, destaca-se o fato de a Resolução ter sofrido uma modificação pela Resolução CFM nº 2.283/2020, que permitiu o uso das técnicas de reprodução assistida para heterossexuais, homoafetivos e transgêneros.

Em síntese, a Resolução abrangeu a prática de doação de gametas e embriões, o anonimato do doador e receptor do material genético, a responsabilidade das clínicas reprodutivas, a cessão temporária de útero (gestação de substituição), o diagnóstico pre-implantacional, a reprodução assistida post mortem e o destino dos embriões excedentários e sua respectiva criopreservação.

Destacar-se-á, no entanto, o capítulo destinado a criopreservação de gametas e embriões.

A Resolução destina 05 itens para tratar da preservação de embriões e gametas congelados, utilizando, entretanto, outros capítulos para abarcar questões que se ramificam da criopreservação, seja, a doação, a utilização post mortem e a possibilidade de descarte, nos termos da Lei de Biossegurança.

Como supramencionado, a criopreservação de embriões se dará àqueles chamados de embriões excedentários, que excederam ao número permitido de implantação no útero. Consequente, este número excedente será informado ao(s) paciente(s), que decidirão pelo seu destino destes em casos como divórcio ou dissolução da união estável, doenças graves, falecimento ou quando desejarem doá-los.

Faz-se necessário observar as diretrizes estabelecidas pela Resolução 2.168/2017 em casos de doação de embriões, destacando que é vetado qualquer caráter lucrativo ou comercial, além de assegurar a anonimidade tanto do doador como do receptor.

Vale ressaltar a doutrina de Guilherme de Oliveira⁴⁶:

A cedência de um filho para a adoção supõe que o filho existe e que não tem condições para ser educado na família de origem, enquanto a transição para a família adoptiva oferece, provavelmente, reais vantagens. Este juízo, obviamente, não pode fazer-se relativamente a um embrião excedentário.

[...]

Por último, não se deve desprezar-se o risco de esta possibilidade estimular a tendência para criar embriões excedentários. Conhecidas as dificuldades de praticar a adopção por falta de crianças nas condições legais e sociais idóneas, poderia ser tentador procurar as “adopções pré-natais” de embriões excedentários, contrariando, afinal, o preceito básico de evitar a superfecundação in vitro.

Nestes termos, questiona-se o fato de a superprodução de embriões gerar uma crise social, visto que, apesar de se considerar que as técnicas de reprodução não são plenamente acessíveis, elas poderiam ser utilizadas para, como menciona o autor supramencionado, “adopções pré-natais” de embriões.

De uma outra perspectiva, o número de embriões congelados está em contínua ascendência e, muitos deles, não são utilizados e/ou são abandonados pelos pacientes e, neste sentido, a adoção seria uma alternativa.

Já no que tange a possibilidade de reprodução assistida post-mortem esta é permitida desde que haja autorização prévia específica do paciente falecido para o uso do material criopreservado, nos termos do Capítulo VIII da Resolução 2.168/2017 do CFM.

A questão que precisa ser analisada com mais cuidado, no entanto, é a possibilidade de descarte dos embriões criopreservados, visto que a Resolução do Conselho Federal de Medicina tutela da seguinte maneira:

⁴⁶ OLIVEIRA, Guilherme de. **Aspectos jurídicos da procriação assistida**. Revista da Ordem dos Advogados, ano 49, III, dezembro, 1989, p. 767-791. Lisboa. Disponível em: <http://www.guilhermedeoliveira.pt/resources/Aspectos-juri%CC%81dicos-da-Procriac%CC%A7a%CC%83o-Assistida.pdf>. Acesso em: 03 abr. 2021.

4. Os embriões criopreservados com três anos ou mais poderão ser descartados se esta for a vontade expressa dos pacientes.

5. Os embriões criopreservados e abandonados por três anos ou mais poderão ser descartados.

Parágrafo único: Embrião abandonado é aquele em que os responsáveis descumpriram o contrato pré-estabelecido e não foram localizados pela clínica.

Apesar do imbróglio jurídico que surgiu a partir do artigo 5º da Lei de Biossegurança, que enunciou o direito de descartar embriões criopreservados há três anos ou mais, visto que esta ensejou a Ação Direta de Constitucionalidade 3.510/DF – posteriormente improcedente, a Resolução do Conselho Federal de Medicina fortalece a ideia de possibilidade de descarte de embriões congelados, mesmo que com diversas controversas jurídicas.

Destarte, como demonstrado, a regulamentação brasileira sobre as técnicas de reprodução assistida se encontra em demasiado atraso com as questões jurídicas existentes no país.

Assim, mesmo com o Projeto de Lei 115/2015 e Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.168/2017, assertivamente se aduz que a falta de consolidação de leis para tratar do tema, faz com que o Brasil se encontre à míngua dos ordenamentos jurídicos internacionais, que já vem tentando lidar com os conflitos decorrentes da reprodução assistida há mais tempo.

2.2. Regulamentação internacional

Consequente, as questões jurídicas enfrentadas pelo ordenamento jurídico brasileiro não são exclusividade, tendo em vista que estas são questões internacionalmente debatidas.

Há de se analisar, portanto, como países que enfrentam estas questões há mais tempo lidam com os problemas concernentes a elas para assim observar o que de fato funciona – ou não – para a resolução do problema.

A juíza federal Cláudia Maria Resende Neves Guimarães adota o seguinte pensamento⁴⁷:

Nas últimas duas décadas, pesquisadores têm se debruçado intensamente sobre a forma como essa tecnologia tem sido reconfigurada em diferentes contextos sociais globais, incluindo debates sobre moralidade e aceitabilidade

⁴⁷ GUIMARÃES, Cláudia Maria Resende Neves. **A Third-party na reprodução assistida: perspectivas globais, diversidade cultural e mercado reprodutivo transnacional.** Portal Publica Direito. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=1908ffe453edcfd0>. Acesso em: 4 abr. 2021.

de certas tecnologias, impacto de circunstâncias econômico-sociais e experiências de homens e mulheres diante de tratamentos de infertilidade.

Nesta esteira, a divergência de regulamentações entre os países, pode, ainda, estimular o “turismo da fertilidade/reprodução”, quando casais viajam a outros países buscando facilitações legislativas para a realização dos procedimentos de reprodução assistida.

Percebe-se que as práticas locais de Reprodução Humana Assistida variam significativamente entre países, seja por razões culturais, religiosas, políticas e/ou econômicas. O fato de que os Estados podem regulamentar diferentemente a utilização das técnicas de RHA, somado à facilidade cada vez maior de transpor fronteiras para a realização do procedimento em outro país, faz com que os indivíduos procurem, cada vez mais, novas técnicas ou diferentes regulamentações, a fim de evitar as restrições impostas pelo seu país de origem⁴⁸.

Sobre o “turismo da fertilidade/reprodução”, Cidrão, Muniz e Vieira, ainda lecionam⁴⁹:

Desse fato, tem surgido uma verdadeira indústria, formada por médicos, hospitais, clínicas, bancos de esperma, agenciadores e intermediadores (que direcionam os serviços para atender uma demanda estrangeira), cada qual trabalhando na sua área de expertise visando a diminuição das barreiras e restrições internacionais. E nesse mercado global, já é possível identificar grupos transnacionais, como a Nordica’s IVF Fertility Center, que opera na Dinamarca, Lituânia e Nigéria

Neste diapasão, quando se percebe as divergências legislativas existentes, há de se assumir que os problemas concernentes a legislação de reprodução assistida não se restringem apenas as questões territoriais de cada país, mas influencia o mundo como um todo.

Assim, há projetos e tentativas para a criação de um Estatuto Internacional da Reprodução Assistida, que justifica-se pelo fato de o vácuo legislativo causar verdadeira insegurança jurídica internacional.

2.2.1. Estados Unidos

⁴⁸ CIDRÃO, Thaís Vasconcelos; MUNIZ, Antonio Walber; VIEIRA, Pollyana Souza. **Estatuto Internacional de reprodução assistida, uma intervenção necessária?**. Revista Direito e Justiça: Reflexões Sociojurídicas Santo Ângelo, v. 21, n. 39, p. 157-169, jan.-abr. 2021. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.31512/rdj.v21i39.311>. Acesso em: 4 abr. 2021

⁴⁹ Idem. p. 164.

Quando se trata de técnicas de reprodução assistida, inerente se faz a menção dos Estados Unidos da América na perspectiva de análise internacional, pois, além das inovações de técnicas e clínicas de reprodução, o número de pacientes está em crescente ascendência, apenas em 2019 mais de 77 (setenta e sete) mil bebês nasceram a partir de técnicas de reprodução assistida no país, segundo dados American Society for Reproductive Medicine (ASMR⁵⁰)⁵¹.

Para observar a colocação dos EUA no cenário legislativo de reprodução humana assistida é importante entender, preliminarmente, como funciona seu ordenamento jurídico.

O sistema jurídico utilizado pelo país denomina-se *common law* e define-se como, nos termos de Gregório Assagra de Almeida⁵²: “Aquele em que o direito que tem como base forte de amparo as decisões judiciais e a sua força para atuar como precedente para futuros casos com os mesmos pressupostos de incidência”.

Retira-se então, que, resumidamente, o ordenamento jurídico tratado se concentra em precedentes judiciais, ou seja, na análise de jurisprudências como base para o apoio de decisões jurídicas.

Há ainda de se ressaltar a existência do federalismo como fator determinante na análise do ordenamento estadunidense, pois, como há divergência entre os sistemas e entendimentos jurídicos, cada estado pode decidir de uma maneira divergente, o que, eventualmente, causa certa insegurança jurídica, nestes termos preleciona Almeida⁵³:

Além do governo federal (federal government), há 50 Estados (States), sendo a todos assegurado um sentido de independência e de poder muito grande. Portanto, cada governo nos Estados Unidos, o federal e os estaduais, possui o seu próprio sistema jurídico.

[...]

Com 51 governos diferentes (o federal e outros 50 estaduais), sendo cada qual com seu sistema jurídico independente e com amplo poder para definir o direito vigente no seu espaço de competência.

⁵⁰ Sociedade Americana de Medicina Reprodutiva.

⁵¹ ASMR. **More than 77 Thousand Babies Born from Assisted Reproductive Technology Cycles Done in 2019.** AMERICAN SOCIETY FOR REPRODUCTIVE MEDICINE. 26 mar. 2021. Disponível em: <https://www.reproductivefacts.org/news-and-publications/news-and-research/press-releases-and-bulletins/more-than-77-thousand-babies-born-from-ART/>. Acesso em: 5 abr. 2021.

⁵² ALMEIDA, Gregório Assagra. **O sistema jurídico nos estados unidos - common law e carreiras jurídicas (judges, prosecutors e lawyers): o que poderia ser útil para a reforma do sistema processual brasileiro?**. Revista de Processo, São Paulo, vol. 251, jan. 2016. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.251.19.PDF. Acesso em: 23 abr. 2021.

⁵³ Idem. p. 7.

Desta feita, ao abordar a questão dos embriões criopreservados, assertivamente se aduz que desde o final do século XX surgiram diversas indagações quanto ao destino dos embriões congelados, estes que foram definindo os precedentes jurídicos que, hoje, ganham força.

Sobre o tema, o professor da Universidade Austral do Chile, Rodrigo Momberg Uribe aduz⁵⁴:

Embora a jurisprudência dos tribunais superiores dos Estados Unidos sobre o destino de embriões criopreservados tenha sido uniforme quanto à resolução dos casos submetidos a seu conhecimento quanto favorecer a parte contrária à implementação, as bases jurídicas das referidas resoluções são diversas e até opostas. (Tradução livre)⁵⁵

Em análise dos casos estudados pelo referido Professor obtêm-se uma similaridade nas decisões emitidas pelo Tribunais. Estes assumem a posição de se isentar em relação ao contrato celebrado entre as partes, no momento da concepção do embrião, isto pois, cria-se a ideia de que vincular àquele que não deseja a implantação dos embriões com a futura paternidade/maternidade do embrião criopreservado seria violar os direitos de liberdade e privacidade, já que a parte não teria o poder de decidir ou não sobre a escolha de gerar os filhos futuros⁵⁶.

Diante disto, salienta-se a posição de que o sistema jurídico americano tende a prevalecer as relações contratuais dispostas no momento em que consolidou-se a preservação do embrião excedentário, é o que preceitua Michel T. Flannery⁵⁷:

Quando as partes falham em exercer a autoridade [de escolher o destino dos embriões], a Corte irá balancear os interesses das partes para determinar a resolução. [Será decidida a questão] com respeito ao direito das partes de mudar de ideia, observando mais estritamente todos os parâmetros, a existência de sistema legal que resguarde tal direito e posição legislativa exigindo expressamente que a intenção em consequência do divórcio não

⁵⁴ URIBE, Rodrigo Momberg. **El problema de los embriones criopreservados. Análisis de la jurisprudencia y doctrina de los EE.UU.** Revista de Derecho, vol. XII, nº 2. 2001. p. 199-205. Valdivia. Disponível em: <https://www.revistaderechovaldivia.cl/index.php/revde/article/view/907>. Acesso em: 23 abr. 2021.

⁵⁵ “Si bien la jurisprudencia de los tribunales superiores estadounidenses relativa al destino de los embriones criopreservados ha sido uniforme en cuanto a la resolución de los casos sometidos a su conocimiento en cuanto a favorecer a la parte contraria a la implantación, los fundamentos jurídicos de dichas resoluciones son diversos e incluso opuestos.”

⁵⁶ URIBE, Rodrigo Momberg. **El problema de los embriones criopreservados. Análisis de la jurisprudencia y doctrina de los EE.UU.** Revista de Derecho, vol. XII, nº 2. 2001. p. 199-205. Valdivia. Disponível em: <https://www.revistaderechovaldivia.cl/index.php/revde/article/view/907>. Acesso em: 23 abr. 2021.

⁵⁷ FLANNERY, Michael T. **Rethinking" Embryo Disposition upon Divorce.** Journal of Contemporary Health Law & Policy, vol. 29, issue 2, 2013, p. 233-282. Disponível em: https://scholarship.law.edu/jchlp/vol29/iss2/6/?utm_source=scholarship.law.edu%2Fjchlp%2Fvol29%2Fiss2%2F6&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages. Acesso em: 23 abr. 2021.

interfira neste direito [de decidir o destino dos embriões criopreservados].
(Tradução Livre)⁵⁸

O primeiro caso a tratar do assunto da disposição dos embriões criopreservados foi o *Davis v. Davis*, em 1992, em que não havia acordo para a disposição dos embriões excedentários congelados, já que, no imbróglio, a mulher gostaria de preservar os embriões para posterior tentativa de gravidez e o ex-marido optou por manter os embriões preservados, com a possibilidade de doação futura⁵⁹.

No caso, a Suprema Corte do Tennessee decidiu de modo a sempre observar, preliminarmente, as preferências dos progenitores para resolver as disputas envolvendo os embriões congelados. Caso as preferências dos genitores não serem aptas a realização ou em caso de conflito, o acordo realizado no momento da Fertilização In Vitro deverá ser levado em consideração. Contudo, se não houver acordo anterior, os interesses das partes serão levados à juízo para que se sopesem os direitos de cada um deles⁶⁰.

Este caso foi responsável por criar a base jurisprudencial dos conflitos envolvendo embriões nos tribunais dos Estados Unidos. Tutelando de maneira a preservar, a princípio, o direito daquele que não deseja a gestação do embrião, pois, a parte que deseja gerar o filho embrionário poderia, em tese, realizar este desejo por outros meios⁶¹.

Destarte, elucidada Flannery⁶²:

A análise obtida no caso *Davis v. Davis*, criou dois objetos legais [para análise do destino dos embriões criopreservados]: a exequibilidade dos contratos e o equilíbrio dos interesses individuais. A aplicabilidade de cada um deles depende do escopo da intenção de cada uma das partes com relação a disposição sobre os embriões.

Quando a intenção é inequívoca, os tribunais fazem cumprir o contrato. Quando a intenção não existe ou está em conflito, a Corte balanceia os interesses. Quando balanceia os interesses, as políticas legislativas ditam a orientação.

⁵⁸ “Where parties fail to exercise that authority, courts will balance the parties' interests to determine disposition. With respect to a party's right to change his or her mind, within more narrowly defined parameters, the existing legal frameworks are suited to accommodate that right, and a legislative mandate requiring expressed intent upon divorce does not interfere with that right.”

⁵⁹ MURRAY, Leanne E. **Davis v. Davis: The Embryonic Stages of Procreational Privacy**. *Pace Law Review*, vol. 14, rev. 567. 1994. Disponível em: <https://digitalcommons.pace.edu/plr/vol14/iss2/5/>. Acesso em: 23 abr. 2021.

⁶⁰ OWEN, Stephanie J. **Davis v. Davis: Establishing Guidelines for Resolving Disputes over Frozen Embryos**. *Journal of Contemporary Health Law & Policy*, vol. 10, issue 1, p. 493-511, 1994. Disponível em: <https://scholarship.law.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1469&context=jchlp>. Acesso em: 24 abr. 2021.

⁶¹ *Idem*. p. 505.

⁶² FLANNERY, Michael T. **Rethinking" Embryo Disposition upon Divorce**. *Journal of Contemporary Health Law & Policy*, vol. 29, issue 2, 2013, p. 233-282. Disponível em: https://scholarship.law.edu/jchlp/vol29/iss2/6/?utm_source=scholarship.law.edu%2Fjchlp%2Fvol29%2Fiss2%2F6&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages. Acesso em: 23 abr. 2021.

Analicamente, isso apresenta uma consistente estrutura para a resolução conflituosa. Entretanto, quando a contingência do divórcio é introduzida na equação, sem nenhuma políticas específicas para guiar as autoridades nas decisões tomadas, as partes tendem a mudar de ideia e a resolução do conflito se torna ainda mais difícil. (Tradução livre)⁶³

De fato, além das decisões jurisprudenciais que circundam o tema, relevante se faz a menção do chamado Uniform Parentage Act⁶⁴ que se destina a reger a paternidade e a ascendência de crianças. O ato legislativo fora promulgado em 1973, porém, no decorrer dos anos teve seu texto alterado, sendo esta última acontecido em 2017⁶⁵.

O texto destina o “Artigo 7” para tratar da questão envolta a reprodução assistida. Retira-se do texto que a paternidade da criança concebida por meio de reprodução assistida será consolidada a partir do consentimento dos proeminentes pais⁶⁶, desta forma, o Ato deixa claro que, salvo disposição em contrário, o consentimento deve ser registrado e assinado pela mãe e por aquele que deseja ser pai da criança⁶⁷.

Destaca-se ainda que o Ato é claro em estabelecer que, em eventual término do casamento antes da transferência de embriões, o ex-cônjuge não será considerado como pai da criança, a menos que, consentisse com essa hipótese no momento da ratificação do termo de consentimento⁶⁸.

Observa-se, então, que resta garantido o direito do indivíduo em retirar, a qualquer momento, o consentimento dado, desde que o faça antes da transferência embrionária.

No mais, como aduzido, o Ato Legislativo apenas contorna os direcionamentos sobre paternidade e não é absorvido por grande parte dos estados americanos, o que, apesar de ser um

⁶³ “The analysis provided in Davis accommodates two legal objectives—the enforceability of contracts and the balancing of individual interests.220 The applicability of each depends on the scope of the parties’ intent with respect to the disposition of their embryos. When intent is unambiguous, courts enforce contracts. When intent is lacking or conflicted, courts balance interests. When courts balance interests, legislative policy dictates preferences. Analytically, this presents a consistent and seamless framework for resolution. But when the contingency of divorce is introduced to the equation, with no specific policies to guide determinations of decisionmaking authority or disposition, parties tend to change their minds, and resolution becomes more difficult.”

⁶⁴ UNIFORM LAW COMMISSION. **Uniform Parentage Act**. Disponível em: <https://www.uniformlaws.org/viewdocument/final-act-no-comments-50?CommunityKey=c4f37d2d-4d20-4be0-8256-22dd73af068f&tab=librarydocuments>. Acesso em: 20 mai. 2021.

⁶⁵ HEINIG, Melissa. **What is the legal definition of a parent under the Uniform Parentage Act?**. Lawyers.com, fev. 2019. Disponível em: <https://www.lawyers.com/legal-info/family-law/paternity/legal-definition-parent-under-uniform-parentage-act.html>. Acesso em: 20 mai. 2021.

⁶⁶ Uniform Parentage Act. Section 704.

⁶⁷ Importante ressaltar que a partir da decisão da Suprema Corte Americana em reconhecer o casamento entre casais do mesmo sexo em 2015, o Ato Legislativo passou a receber uma abordagem mais ampla, utilizando pronomes neutros e reconhecendo a possibilidade de registro de crianças por pais do mesmo sexo, não restringido a ideia de “pai” apenas ao gênero masculino.

⁶⁸ Uniform Parentage Act. Section 706.

grande avanço pela busca de consistência nas decisões judiciais sobre o tema, não é uma determinante para o território norte-americano como um todo.

Absorve-se então que, como o Brasil, os Estados Unidos ainda encontra uma série de problemas ao lidar com a destinação dos embriões criopreservados, principalmente quando se percebe a existência dos conflitos decorrentes do divórcio.

Outra similaridade entre o Brasil e os Estados Unidos é a disposição que aduz a necessidade dos pacientes, que passam por tratamento de reprodução assistida, disporem sobre o futuro dos embriões excedentes em casos como o divórcio, por exemplo.

Como já mencionado, a Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.168/2017 dispõe esta necessidade, porém, a força normativa desta resolução é apenas de caráter deontológico, ou seja, é infralegal e não faz “lei” entre as partes.

Já no país norte-americano, a força contratual da disposição dos pacientes é tida como regra, sendo observado quase que de maneira exclusiva, enquanto os outros fatores, como a vontade das partes, é analisada de maneira subsidiária no caso concreto.

CAPÍTULO 3 - DESTINAÇÃO DOS CRIOEMBRIÕES AO FIM DO VÍNCULO MATRIMONIAL

Como extensivamente demonstrado, resta patente que as questões envolvendo os embriões criopreservados são alvos de uma série de questionamentos não só jurídicos, mas abrangem questões culturais, religiosas e sociais.

Contudo, mesmo quando se observa, estritamente, a percepção jurídica do assunto, é fato que este se estende a análise de diversas vertentes dos ordenamento jurídico.

Há uma série de grupos sociais que defendem o direito dos embriões a serem considerados como “seres vivos” e, por isto, um ser de direitos.

Esta é uma posição que envolve drasticamente a questão do destino dos embriões excedentários, como menciona Gustavo K. M. Neves e Maria Manuela S. Coelho⁶⁹:

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-vidas (*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, devendo, portanto, ficar sob a guarda da parte que deseja usá-lo para ter filhos, em detrimento da parte que deseja descartá-los por não mais querer ter filhos com a (o) ex-parceira (a).

É fato então que, antes de adentrar na possibilidade de disputa dos embriões congelados pelos paciente que passaram pelas técnicas de reprodução assistida, é necessário observar qual a qualidade do embrião dentro do ordenamento jurídico pátrio.

3.2. Natureza jurídica do embrião

A discussão ao redor do direito dos embriões perdurou por muito tempo no Brasil, não obstante, hoje, após os avanços da bioética e da medicina, afirma-se que a proteção legislativa ao embrião ganha novos questionamentos e ainda não encontra proteção legislativa, sendo refém de um vácuo jurídico.

Este debate em torno do direito do embrião decorre de questionamentos antigos que envolvem o início da vida humana e o momento em que se adquire personalidade jurídica, pois,

⁶⁹ NEVES, Gustavo Kloh Muller; COELHO, Maria Manuela dos Santos. **Os embriões criopreservados excedentários na dissolução da sociedade conjugal**. *Civilistica.com*, ano 9, n. 03, 2020. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/486/512>. Acesso em: 25 abr. 2021.

apesar do Código Civil tutelar sobre o assunto⁷⁰, muitos juristas e doutrinadores discordam desta posição.

Maria Helena Diniz, por exemplo, enuncia sobre o direito dos embriões⁷¹:

O embrião e o nascituro, tem resguardados normativamente, seus direitos desde a concepção, porque a partir desta passam a ter existência, e vida orgânica e biológica própria, independente da mãe”. São detentores de direitos personalíssimos, adquirindo personalidade jurídica material apenas se nascer com vida, ocasião que será titular dos direitos patrimoniais e obrigacionais, que se encontravam em estado potencial.

Para mais, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510 que detinha o objeto de declarar inconstitucional o artigo 5º da Lei de Biossegurança, pois este permitia a utilização dos embriões in vitro para a realização de pesquisas, foi um grande marco para o entendimento da natureza jurídica do embrião no Brasil.

O Ministro Relator Carlos Ayres Britto elucidou em seu voto:

O embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Donde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana. O embrião referido na Lei de Biossegurança ("in vitro" apenas) não é uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova, porquanto lhe faltam possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas, sem as quais o ser humano não tem factibilidade como projeto de vida autônoma e irrepetível. O Direito infraconstitucional protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano. Os momentos da vida humana anteriores ao nascimento devem ser objeto de proteção pelo direito comum. O embrião pré-implanto é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição.

Há de se assumir que, apesar da doutrina e jurisprudência prezarem pelo direito do embrião, há divergência entre o entendimento jurídico dado ao embrião naturalmente concebido e àquele que decorre dos tratamentos de reprodução assistida.

Veja-se que independente da falta de legislação brasileira sobre o tema, o embrião excedentário criopreservado deve ser resguardado de proteção jurídica, isto pois deve-se observar que este detêm viabilidade de vida e merece o resguardo da dignidade humana e outros direitos em potencial.

⁷⁰ Código Civil. Art. 2º. A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

⁷¹ DINIZ, Maria Helena. **O Estado atual do Biodireito**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2017.

Sobre o tema Léia C. Riva, Claudia K. L. Batista e Etiene M. B. Breviglieri, prelecionam⁷²:

Quanto às diferentes teorias que procuram justificar a situação jurídica do nascituro ou do embrião, mesmo se forem considerados os doutos entendimentos em contrário, parece inegável que a aceitação da teoria natalista, adotada pelo Código Civil (art. 2º), deve ser resguardada desde seu início em consideração à dignidade da pessoa humana; por considerar o nascituro e o embrião pessoas humanas desde a concepção e por lhes serem reconhecidos entre outros, os direitos da personalidade e por ser injusto, ilegal e imoral o tratamento diferenciado entre os filhos.

No mais, ainda é perceptível que apesar do vácuo jurídico, o Conselho Federal de Medicina resguarda uma série de direitos do embrião pre-implantacional, já que veda uma série de experimentos e interferências ao embrião, como, por exemplo, a fecundação de oócitos humanos com qualquer outra finalidade que não a procriação humana (Capítulo I, item 6 da Resolução 2.168/2017 do CFM)

Joyceane Bezerra de Menezes⁷³ elucida:

Desde a fecundação ter-se-ia o concebido, aquele que está por nascer, o nascituro na linguagem do CC/2002, proteção jurídica. Implantado no corpo materno, ainda que a fecundação tenha sido feita *in vitro*, também goza da proteção legal deferida ao nascituro. Fora do útero materno ainda não haveria a possibilidade concreta do embrião chegar ao nascimento, mas isso não lhe retira a individualidade enquanto ser independente. O embrião não pode ser confundido com tecido, órgão ou fluido da mãe, é um potencial genético para confluir para a formação de uma pessoa.

Retira-se então, desta percepção, que a lacuna jurídica existente cria a oportunidade da jurisprudência e a doutrina se manifestarem e se posicionarem sobre a natureza jurídica embrionária, contudo, sem posição definida e legalmente pontuada e regulamentada, o que resta é uma palpável insegurança jurídica.

⁷² RIVA, Léia Comar; BATISTA, Claudia Karina Ladeia; BREVIGLIERI, Etiene Maria Bosco. **Os direitos fundamentais do embrião *in vitro* no Brasil**. Revista Status Libertatis, vol. 2, n. 2. p. 49-68, 2018. Disponível em:

[https://periodicosonline.uems.br/index.php/libertatis/article/download/3259/2596#:~:text=164\)%2C%20e%20constam%20na%20Constitui%C3%A7%C3%A3o,e%20o%20direito%20de%20heran%C3%A7a](https://periodicosonline.uems.br/index.php/libertatis/article/download/3259/2596#:~:text=164)%2C%20e%20constam%20na%20Constitui%C3%A7%C3%A3o,e%20o%20direito%20de%20heran%C3%A7a). Acesso em 27 abr. 2021.

⁷³ MENEZES, Joyceane Bezerra. **Notas sobre a natureza jurídica do embrião humano e o marco inicial dos direitos de personalidade**. Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC, vol. 28, n. 1, 2008. Disponível em: <http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/11793>. Acesso em: 27 abr. 2021.

Giselda Maria F. N. Hironaka⁷⁴, menciona sobre o tema:

O conceito de nascituro abarca, portanto, o conceito de embrião, sendo desastroso a separação jurídica ou legislada dos termos, pois que pode trazer mais confusão do que solução, pela interpretação (errada) de que sejam diferentes casos. Embrião, afinal, é singularmente um dos estágios de evolução do ovo, que se fará nascituro. Ainda que não implantado, o embrião está concebido e, desde que identificado com os doadores de gametas, a ele será possível conferir herança, assim como ao nascituro, eis que o art. 1798 do Código Civil admite estarem legitimados a suceder não apenas as pessoas nascidas, mas também aquelas concebidas ao tempo da abertura da sucessão.

Ao analisar este questionável e controverso vácuo jurídico, é fato que este resta ainda mais complexo quando se observa a natureza jurídica do embrião na equação do divórcio e nos litígios judiciais concernentes.

3.3. A destinação dos embriões em consequência do divórcio

Tendo em vista a falta de regulamentação acerca do direito dos embriões, mostra-se relevante pontuar que o *status quo* do embrião criopreservado depende, também, da análise dos direitos concedidos àqueles que passam pelos tratamentos de reprodução assistida.

Em face da, já mencionada, Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510, ressaltou-se o direito fundamental regulamentado pelo artigo 226, §7º da Constituição Federal, seja, o direito a autonomia da vontade das partes no planejamento familiar, deste modo, o Ministro Carlos Ayres Britto dispôs:

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”, fundamento este nos princípios igualmente constitucionais da “dignidade da pessoa humana” e da “paternidade responsável”.

Neste diapasão, Neves e Coelho mencionam⁷⁵:

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

⁷⁴ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **As inovações biotecnológicas e o direito das sucessões**. Palestra proferida no I Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. 2006. Rio de Janeiro. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/290/novosite>. Acesso em: 25 abr. 2021.

⁷⁵ NEVES, Gustavo Kloh Muller; COELHO, Maria Manuela dos Santos. **Os embriões criopreservados excedentários na dissolução da sociedade conjugal**. *Civilistica.com*, ano 9, n. 03, 2020. p. 16. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/486/512>. Acesso em: 25 abr. 2021.

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.

Analisando mais estritamente o direito ao planejamento familiar tutelado pela Constituição Federal, destaca-se a situação das mulheres que passam pelo procedimento da reprodução assistida para ver seu desejo maternal ser sanado.

Como outrora prelecionado, as mulheres não detêm viabilidade de gestar até o fim da vida, visto que com o avanço da idade, o sistema reprodutivo feminino tende a envelhecer e não mais suportar a concepção e/ou o processo da gestação⁷⁶.

Os avanços médicos constituíram, desta maneira, uma possibilidade sólida para que as mulheres pudessem programar a concepção de filhos, podendo, assim, se dedicar a outras áreas de sua vida sem se preocupar com o envelhecimento de seu sistema reprodutivo, pois a medicina concedeu a chance de congelamento de óvulos e de criopreservação de embriões que apenas aguardam a implantação uterina⁷⁷.

Nesta esteira, os embriões criopreservados, muitas vezes, são a última chance das mulheres de conceberem um filho biológico, diferentemente dos homens, cujo sistema reprodutivo continua fértil durante toda vida.

Cabe aqui relembrar a extensão do direito ao planejamento familiar aos pacientes oncológicos, já que como prelecionado, o tratamento pode comprometer seriamente a fertilidade dos pacientes, os quais decidem pelas técnicas de reprodução assistida como alternativa para sanar o desejo de gerar um filho biológico⁷⁸.

Contudo, há de se observar que o direito ao planejamento familiar possui duas vertentes: garantir o direito à concepção de filho e, do mesmo modo, garantir a possibilidade de não exercer a paternidade/maternidade. Nesta toada divide-se a tutela do direito em dois: àquele que quer conceber o embrião e aquele que não mais deseja conceber o embrião criopreservado.

⁷⁶ FEDERAÇÃO BRASILEIRA DAS ASSOCIAÇÕES DE GINECOLOGIA E OBSTETRÍCIA. **Conselho Federal de Medicina Atualiza as normas para Reprodução Assistida Resolução CFM 2.168/2017**. 16 mar. 2018. Disponível em: <https://www.febrasgo.org.br/pt/noticias/item/424-conselho-federal-de-medicina-atualiza-as-normas-para-reproducao-assistida-resolucao-cfm-2-168-2017>. Acesso em: 02 abr. 2021.

⁷⁷ NEVES, Gustavo Kloh Muller; COELHO, Maria Manuela dos Santos. **Os embriões criopreservados excedentários na dissolução da sociedade conjugal**. *Civilistica.com*, ano 9, n. 03, 2020. p. 18. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/486/512>. Acesso em: 25 abr. 2021.

⁷⁸ CASTELLOTTI, Daniella S.; CAMBIAGHI, Arnaldo S. **Preservação da fertilidade em pacientes com câncer**. *Revista Brasileira Hematologia e Hemoterapia.*, São Paulo, v. 30, n. 5, p. 406-410, out. 2008. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-84842008000500014&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 09 nov. 2020.

Neste sentido, destaca-se mais um trecho do voto do Ministro Carlos Ayres Britto no julgamento da ADI 3.510:

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

Insta salientar, destarte, que sob a égide do ordenamento jurídico pátrio, tanto o impedimento jurídico para implantação do embrião congelado, quanto a exigência jurídica de forçar um paciente a gerar um filho que não é mais de sua vontade, seria uma afronta aos direitos fundamentais tutelados pela Constituição Federal, a exemplo: a paternidade responsável, o direito à liberdade de escolha, a autonomia da vontade e o próprio direito de planejamento familiar.

Diante a problemática trazida, assevera-se que o debate envolvendo o direito do embrião e das partes envolvidas no procedimento resta ainda mais controverso quando as partes discordam do destino que será dado ao embrião no momento do divórcio.

Ao mencionar o Conselho Federal de Medicina fora elucidado que, apesar de Resolução CFM nº 2.168/2017 exigir dos pacientes a manifestação de vontade quanto ao destino dos embriões em casos como o divórcio, a disposição não detêm força legislativa e não impede as partes de discordarem do acordado, surgindo, assim, o litígio judicial.

Sobre este aspecto, com a palavra Neves e Coelho⁷⁹:

Temos um emaranhado de direitos e deveres que se misturam e se contrapõe 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.

Por certo afirmar que a ocorrência do fim do vínculo matrimonial traz consigo, na maioria dos casos, deveras mágoas, frustrações e incompatibilidade entre os ex-cônjuges que buscam o poder judiciário para solver o casamento e, junto dele, realizar a divisão patrimonial, definir a pensão alimentícia de filhos, definir a modalidade de guarda, entre outros diversos pontos que decorrem da atitude de se divorciar.

⁷⁹ NEVES, Gustavo Kloh Muller; COELHO, Maria Manuela dos Santos. **Os embriões criopreservados excedentários na dissolução da sociedade conjugal**. *Civilistica.com*, ano 9, n. 03, 2020. p. 16. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/486/512>. Acesso em: 25 abr. 2021.

Do mesmo modo, as definições outrora tomadas pelo casal sobre o destino dos embriões excedentários criopreservados também podem ser surgir como ponto controverso dos litigantes em consequência do divórcio.

Veja-se que o centro do problema encontra-se no fato da estipulação da vontade das partes, no momento de a criopreservação do embrião, não criar lei entre os envolvidos, o que permite, de maneira tácita, a possibilidade de mudança de ideia sobre o destino do embrião.

Este é um ponto que merece especial atenção, pois envolve direitos fundamentais de ambos os pacientes e do embrião.

Toma-se de exemplo um caso hipotético em que uma mulher, vítima de câncer, necessita passar por procedimentos de quimioterapia e radioterapia e que estes tratamentos, invariavelmente, lhe deixarão infértil. Nesta situação a mulher e seu marido decidem pela realização de tratamento de reprodução assistida, com a intenção de congelar embrião para este ser implantado após o decurso do tratamento oncológico, expressando a vontade de que, em caso de divórcio, o embrião deveria ser entregue a adoção. Consequente, após o devido tratamento e antes da implantação embrionária, o casal decide-se pelo divórcio e, mudando de ideia, a mulher deseja implantar o embrião por este ser sua única chance de concepção de um filho biológico, já o marido se mantém decidido em dispor o embrião à adoção.

No caso exemplificado existem uma série de questionamentos que surgirão e que decorrerão da questão constitucional envolvida, seja: há vista do direito de ambos os cônjuges em verem preservados o direito ao planejamento familiar e a paternidade responsável, como o Poder Judiciário deve sopesar o direito de ambos?

A questão não detêm uma resposta assertiva, isto pois deverá ser balanceado não apenas os direitos das partes, como o do embrião. Decidir pela entrega à adoção, seria restringir a paciente de conceber um filho biológico e iria de encontro com os direitos fundamentais tutelados pelo ordenamento jurídico pátrio. Entretanto, obrigar o paciente a assumir a paternidade de um filho que não mais deseja, igualmente iria de encontro com os direitos fundamentais preceituados.

Não só, também seria necessário observar a força contratual do termo em que as partes dispuseram sobre o destino dos embriões e a possibilidade de reversão deste, em outra palavras, a possibilidade de o judiciário eventualmente sancionar a mudança de ideia das partes após celebração contratual.

No caso de o Poder Judiciário e Legislativo espelharem-se na jurisprudência norte-americana, seria possível aduzir que a análise privilegiaria a autonomia da vontade das partes

no momento da celebração do termo em que se definiu o destino dos embriões e, apenas subsidiariamente, os pontos específicos de cada caso.

Ana Claudia Scalquette pontua⁸⁰:

Não podemos permitir qualquer ato displicente por parte de nenhum dos envolvidos na aplicação das técnicas reprodutivas, pois, afinal, estamos lidando e cuidando da vida humana. Quando afirmamos que os métodos médico-científicos são válidos, pois permitem a procriação àqueles que têm problemas de esterilidade e/ou infertilidade, não podemos tratar de uma “meia realidade”. A decisão tem de ser tomada, sabendo-se de todas as suas implicações, ou seja, quando se decide pela submissão às técnicas reprodutivas que podem gerar embriões excedentes, deve-se pensar, antes mesmo que eles sejam formados, qual seria o destino a lhes ser dado.

Portanto, importante destacar, novamente, que o processo de reprodução assistida não é descomplicado ou acessível, sua complexidade decorre tanto de forma psíquica e emocional, como física. Além de não ser um tratamento barato e de fácil submissão, é notório dizer que, no momento da criopreservação, o casal, com o objetivo de constituir família, não detém intenção de se divorciar ou, até mesmo, nem vislumbra essa hipótese e, por vezes, acabam decidindo de maneira impensada sobre a destinação dos embriões.

Perceptível que a legislação brasileira falha em pontuar direcionamentos aos questionamentos concernentes ao problema e, os litígios jurídicos envolvendo a referida matéria tendem a crescer exponencialmente, pois as técnicas reprodutivas têm se popularizado, o que, enseja, claramente, a maior existência de indagações sobre o assunto.

3.4. A regulamentação existente é o suficiente para garantir segurança jurídica?

Diante de todo o elucidado, há de se afirmar que o ordenamento pátrio não regula a reprodução assistida de modo a abarcar todos os questionamentos que se fazem ao redor dela, isto porque, apesar das tentativas de projetos de lei e as posições do Conselho Federal de Medicina, não há posição legislativa no sentido de direcionar a resolução do conflito.

Não é demais ressaltar que as técnicas de reprodução assistida são, de certa maneira, recente na realidade do mundo e que isto interfere de maneira pontual na existência de lei que regule essas técnicas.

⁸⁰ SCALQUETTE, Ana Claudia Silva. **Estatuto da Reprodução Assistida**. 2009. Tese (Doutorado em Direito Civil) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, SP, 2009. p. 191. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-08032010-095921/publico/Tese_Ana_Claudia_Silva_Scalquette.pdf. Acesso em: 31 de mar. 2021.

Patente, inclusive, que a medicina evolui numa velocidade consideravelmente mais rápida do que a construção jurídica, isto pois, o ordenamento jurídico pátrio é extremamente formal e a burocracia para alterações legislativas e/ou a criação de lei é um processo extenso e demorado.

Carlos Roberto Gonçalves menciona⁸¹: “O legislador não consegue prever todas as situações para o presente e para o futuro, pois o direito é dinâmico e está em constante movimento, acompanhando a evolução da vida social, que traz em si novos fatos e conflitos”.

No mesmo sentido, Maria Helena Diniz preleciona as consequências de lacunas quando a problemática não regulamentada recai em imbróglis judiciais⁸²:

Como o elaborador de normas jurídicas pretende construir preceitos para o futuro, que não é previsível, dada a infinita complexidade da vida moderna, submetido a mutações constantes, e não consegue abarcar em suas fórmulas todas as hipóteses possíveis de comportamento, o juiz encontra-se, algumas vezes, de fato, ante a questão problemática de decidir casos não previstos em normas jurídicas.

Nesta toada, a existência de lacuna jurídica é palpável, o que dá ensejo a análise de mecanismos destinados a suprir tal vácuo, seja: a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.

3.4.1. Lacunas legislativa

Ao elucidar sobre a definição de lacuna jurídica, necessário ressaltar a posição de Diniz⁸³:

Quando, ao aplicar a norma no caso, o juiz não encontra norma que a este seja aplicável, não podendo subsumir o fato a nenhuma norma, porque há falta de conhecimento sobre um *status* jurídico de um certo comportamento, devido a um defeito da ordem normativa que pode constituir na ausência de uma solução, estamos diante do problema da lacuna.

⁸¹ GOLÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro – Parte Geral**. 15. ed. vol. 01. São Paulo: Saraiva jur, 2017. p.70.

⁸² DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Teoria Geral do Direito Civil**. 29. ed. vol. 01. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 76.

⁸³ Idem.

Contudo, apesar de poder afirmar a existência de lacuna jurídica, não se pode aduzir que o sistema como um todo também é lacunoso, porque, como já mencionado, nos casos de vácuo jurídico haverá a análise de outros mecanismos.

A fim de sanar a lacuna no ordenamento jurídico, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) preleciona que na hipótese de omissão legislativa, deverá ser analisado a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito⁸⁴.

Para mais, o Código de Processo Civil caminha no mesmo sentido, pois aduz que o intérprete da lei não poderá se eximir de julgar sob a alegação de lacuna no ordenamento jurídico⁸⁵.

Desta feita, o magistrado deverá analisar, preliminarmente, a analogia, que consiste em aplicar, no caso não tutelado juridicamente, uma norma jurídica aplicável em outro caso distinto, porém semelhante, ou seja, análogo.

Sobre o tema, Maria Helena Diniz afirma⁸⁶:

É a analogia um procedimento quase lógico, que envolve dois procedimentos: a constatação (empírica), por comparação, de que há uma semelhança entre fatos-tipos diferentes, e um juízo de valor que mostra a relevância das semelhanças sobre as diferenças, tendo em vista a decisão jurídica procurada.

Consequente, outra fonte supletiva secundária das lacunas jurídicas são os costumes, que definem-se como a prática reiterada de um comportamento e a convicção de sua necessidade jurídica.⁸⁷

Se tanto a analogia, como o costume, não forem suficientes para a suprimir a lacuna jurídica e, conseqüentemente, não se mostrarem capazes de solver a lide, a LINDB ainda menciona um outro mecanismo, seja, a análise dos princípios gerais do direito.

Neste diapasão, Gonçalves enuncia⁸⁸:

São estes [princípio gerais do direito] constituídos de regras que se encontram na consciência dos povos e são universalmente aceitas, mesmo não escritas. Tais regras, de caráter genérico, orientam a compreensão do sistema jurídico, em sua aplicação e integração, estejam ou não incluídas no direito positivo.

⁸⁴ LINDB. Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

⁸⁵ CPC. Art. 140. O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico.

⁸⁶ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Teoria Geral do Direito Civil**. 29. ed. vol. 01. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 76.

⁸⁷ GOLÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro – Parte Geral**. 15. ed. vol. 01. São Paulo: Saraiva jur, 2017. p.74.

⁸⁸ Idem, p. 76.

Desta forma, mesmo ao afirmar a inexistência de leis regulamentadoras das técnicas de reprodução assistida e, principalmente, de determinações legais que elucidariam a destinação dos embriões em casos de controvérsias entre os pacientes, assevera-se que os eventuais litígios serão resolvidos a partir de outras análises.

Insta salientar que apesar de ser norma infralegal, a Resolução do Conselho Federal de Medicina será levada em consideração em eventuais imbróglis judiciais, pois esta é, sem dúvida, a disposição mais contígua com os questionamentos e debates sobre as técnicas de reprodução assistida.

Contudo, inerente se mencionar que apesar de levada em consideração, as disposições do Conselho Federal de Medicina serão observadas juntamente com outros mecanismos, como o exame de princípios do direito, da bioética e dos direitos fundamentais enunciados pelo ordenamento jurídico pátrio.

No entanto, apesar da legislação brasileira assegurar que os eventuais litígios serão resolvidos independente de norma legal ou não, é incontestável que a falta de legislação causa insegurança jurídica.

Assim preleciona, Neves e Coelho⁸⁹:

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 conseqüente flagrante insegurança jurídica.

Destarte, não se pode olvidar que os legisladores necessitam observar, junto aos médicos, doutrinadores e pacientes, a melhor forma de regulamentar as técnicas de reprodução assistida, levando em consideração que a lei, apesar de garantir a solidificação dos direcionamentos para a questão, não obstem a evolução médica e a inovação na utilização das técnicas.

3.4.2. Alternativas jurídicas

⁸⁹ NEVES, Gustavo Kloh Muller; COELHO, Maria Manuela dos Santos. **Os embriões criopreservados excedentários na dissolução da sociedade conjugal**. *Civilistica.com*, ano 9, n. 03, 2020. p. 22. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/486/512>. Acesso em: 25 abr. 2021.

Como observado, diante da insegurança jurídica instaurada, se faz necessário a observância de meios para assegurar o direito daqueles que passam pelos tratamentos de reprodução assistida.

De todo o disponível hoje na esfera da tutela jurídica dos embriões congelados excedentários, considerando a falta de disposição legal sobre o assunto, analisa-se o termo – mencionado pela resolução 2.168/2017 – assinado pelos pacientes no momento da criopreservação embrionária.

O Conselho da Justiça Federal, na I Jornada de Direito Civil, com coordenação geral pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar, lecionou no Enunciado 107, as seguintes considerações:

Finda a sociedade conjugal, na forma do art. 1.571, a regra do inc. IV somente poderá ser aplicada se houver autorização prévia, por escrito, dos ex-cônjuges para a utilização dos embriões excedentários, só podendo ser revogada até o início do procedimento de implantação desses embriões.

No entanto, como, ainda, o termo pactuado não detém força contratual e a Resolução do Conselho Federal de Medicina se trata de norma infralegal, mostra-se relevante pontuar a opinião do Professor da Universidade de Direito de Harvard Glenn Cohen, especialista em intersecção da bioética e leis.

O Professor mencionado, lista uma série de diretrizes⁹⁰ para, sob eficácia de lei, as disposições realizadas pelo casal no momento da criopreservação retem mais consistentes, de modo a garantir a segurança jurídica, que serão expostas a seguir.

Preliminarmente, o especialista aduz que nenhuma criopreservação deveria ocorrer sem uma disposição clara sobre qual seria o posicionamento dos pacientes em eventuais litígios, colocando as partes na posição de realmente considerar a hipótese de eventual discordância⁹¹.

Nesta toada, preza-se pela obrigatoriedade de determinar o destino dos embriões sem a margem de possíveis mudanças de ideias, isto, pois, apesar de uma visão controversa, Cohen e Adashi mencionam que a revogação do acordo pré-estabelecido iria de encontro com uma série de princípios e diretrizes legislativas⁹².

No Brasil, pode-se tomar a posição que a mudança de posição estaria em confronto com o direito ao planejamento familiar e, por isto, não seria permitida. Neste mesmo sentido,

⁹⁰ COHEN, Glenn; ADASHI, Eli Y. **Embryo Disposition Disputes: Controversies and Case Law**. Hastings Center Report, vol. 46, issue 4. 2016, p. 13-19. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1002/hast.600>. Acesso em: 30 abr. 2021.

⁹¹ Idem. p. 17.

⁹² Idem.

também poderia mencionar o princípio de confiança e boa-fé contratuais que devem ser inerentes as relações jurídicas.

O Professor ainda leciona que, em casos de discordância sobre o futuro do embrião, aquele que não deseja a paternidade/maternidade deveria ser absolvido de suas obrigações parentais⁹³, entretanto, não se observa que no Brasil esta disposição deva ser considerada, porque, neste caso, envolve o direito do embrião que é assegurado pela utilização do princípio do melhor interesse da criança que, certamente, é vinculado ao direito de paternidade e convivência com ambos os pais, analisando, inclusive, o direito de receber alimentos.

Por fim, o especialista menciona que, no momento da disposição dos crioembriões, deverá ser considerada a hipótese da perda de fertilidade das partes, tanto pela circunstância do envelhecimento, como pelo resultado de tratamentos oncológicos ou outros que lhe comprometam a capacidade fértil⁹⁴. Esta questão, que já fora abarcada, necessita de uma minuciosa análise e especial consideração, pois se trata de um caso em que direitos fundamentais se encontram em deusas oposições e precisam ser sopesados de maneira justa e coerente.

Desta feita, patente dispor que a regulamentação brasileira precisa observar métodos e mecanismos que aclarem os pontos obscuros que abrangem a questão dos embriões criopreservados, fazendo com que o ordenamento jurídico pátrio possa garantir aos pacientes e a sociedade, como um todo, a consistência nas decisões judiciais e, desta forma, tornar, do ponto de vista legislativo, as técnicas de reprodução assistida matéria segura.

⁹³ COHEN, Glenn; ADASHI, Eli Y. **Embryo Disposition Disputes: Controversies and Case Law**. Hastings Center Report, vol. 46, issue 4. 2016, p. 17. Disponível em:

<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1002/hast.600>. Acesso em: 30 abr. 2021.

⁹⁴ Idem.

CONCLUSÕES

Diante do apresentado se conclui que, pela falta de legislação ao redor das técnicas de reprodução assistida, este tema ainda é rodeado de questionamentos e indagações que causam, indubitavelmente, muita insegurança àqueles que se submetem ao tratamento.

Por ser um procedimento envolto de dificuldades, tanto físicas, como psicológicas e mentais, percebe-se que a insegurança jurídica concernente do procedimento gera ainda mais obstáculos à realização das técnicas de reprodução assistida, o que pode obstar os pacientes de realizarem o desejo de gerar um filho biológico.

Como demonstrado, o Conselho Federal de Medicina busca regulamentar os procedimentos envolvendo a reprodução assistida, entretanto, pela infralegalidade da norma, as Resoluções não detêm poder vinculativo e não podem ser utilizadas individualmente na tomada de decisão de um litígio judicial.

Nesta toada, apesar da necessidade em as partes disporem sobre a destinação dos embriões no momento da criopreservação, esta disposição, por não ser lei, não obsta as partes de mudarem de ideia no futuro, até mesmo porque este é um procedimento delicado e que tem, como principal pilar, o desejo pela maternidade/paternidade.

É fato que o debate sobre a natureza jurídica dos embriões ganha espaço ao discutir o destino dos embriões excedentários e que foram criopreservados, isso porque, a legislação e a doutrina divergem da proteção jurídica dada a esse “futuro sujeito de direitos” e, por isso, resta ainda mais complexo a criação de leis que resguardem as hipóteses problemáticas decorrentes da reprodução assistida.

Desta feita, sem legislação específica sobre o tema, eventuais controvérsias que ensejarem litígios judiciais envolvendo o destino de embriões deverão ser analisadas a partir de analogias, costumes e princípios gerais do direito, respeitando a LINDB e considerando, principalmente, que haverá um confronto de direitos fundamentais tutelados pela Constituição Federal.

Neste sentido, ao sobrepor o direito ao planejamento familiar do paciente que quer gerar o embrião em confronto com aquele que não mais deseja a implantação, colocará o judiciário na posição de proceder análise ampla sobre o caso concreto e os instrumentos jurídicos disponíveis.

Relevante o destaque do recente posicionamento do Ministro da 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça Marcos Buzzi, em meio ao julgamento do Recurso Especial nº 1.918.42, que dispõe que o consentimento do paciente falecido em se submeter as técnicas de reprodução

in vitro, por si só, nutre a intenção de conceber filhos biológicos, ressaltando que mesmo o casal concordando, por termo de consentimento, pela custódia do embrião ao cônjuge sobrevivente, esta declaração poderia ser validada independente da forma⁹⁵.

Percebe-se que, apesar de não concluído o julgamento, o voto do Ministro Relator reforça os questionamentos trazidos no presente trabalho, pois como não há força vinculativa contratual no termo de consentimento das partes no momento da criopreservação embrionária, eventualmente, este será questionado judicialmente.

Espelhando-se no sistema jurídico norte-americano, pode-se tomar como alternativa o entendimento baseado na força contratual vinculativa do termo de consentimento regulamentado pelo Conselho Federal de Medicina, contudo, para que este possa ter forma contratual é necessário que se regule minuciosamente seu formato e objeto, observando que este será regido pelo princípio do contrato, valorando a vontade das partes e sendo este exigível quanto as cláusulas.

Neste diapasão, salienta-se que a discreta regulamentação sobre o tema gera instabilidade e insegurança jurídica e os questionamentos e imbróglis judiciais tendem a crescer exponencialmente diante a popularização das técnicas de reprodução assistida, analisando, ainda, que estes não são facilmente concluídos, pois dependem de diversas ponderações e valorações de direitos fundamentais, o que pode ensejar decisão controversas e destoantes.

Portanto, pode-se concluir que a regulamentação legislativa das técnicas de reprodução assistida seria a melhor opção para resguardar segurança jurídica àqueles que passam pelo tratamento, entretanto é importante destacar que a medicina evolui de uma maneira muito mais rápida do que o ordenamento jurídico e, por isto, a legislação específica não poderia obstar a evolução do tratamento e, conseqüentemente, a inovação da medicina.

⁹⁵ PORTAL MIGALHAS. **STJ julga impantação de embriões após morte de um dos cônjuges**. Portal Migalhas, mai. 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/345763/stj-julga-implantacao-de-embrioes-apos-morte-de-um-do-conjuges>. Acesso em: 20 mai. 2021.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Gregório Assagra. **O sistema jurídico nos estados unidos - common law e carreiras jurídicas (judges, prosecutors e lawyers): o que poderia ser útil para a reforma do sistema processual brasileiro?**. Revista de Processo, São Paulo, vol. 251, jan. 2016. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.251.19.PDF. Acesso em: 23 abr. 2021.

ALVES, Oslania de Fátima; SOUZA, Karla Keila Pereira Caetano. **As principais técnicas de reprodução humana assistida**. Revista Acadêmica do Instituto Ciência da Saúde – Saúde & Ciência em Ação, v. 02, n. 01, jan.-jul. 2016. p. 26-37. Disponível em: <http://www.revistas.unifan.edu.br/index.php/RevistaICS/article/view/182>. Acesso em: 08 nov. 2020.

ANVISA. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Sistema Nacional de Produção de Embriões. **Resolução de Diretoria Colegiada/Anvisa RDC nº 19, de 12 de maio de 2009, e atualizado pela RDC nº 23/2011**. Relatório do ano de 2019. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiYmYxM2M1MTctNGE5ZC00ODdhLTk3ZTk3YTBhMzBkMjhjYjM1IiwidCI6ImI2N2FmMjNmLWZjMjMtNGQzNS04MGM3LWI3MDg1ZjVlZGQ4MSJ9>. Acesso em: 07 nov. 2020.

ASMR. **More than 77 Thousand Babies Born from Assisted Reproductive Technology Cycles Done in 2019**. AMERICAN SOCIETY FOR REPRODUCTIVE MEDICINE. 26 mar. 2021. Disponível em: <https://www.reproductivefacts.org/news-and-publications/news-and-research/press-releases-and-bulletins/more-than-77-thousand-babies-born-from-ART/>. Acesso em: 5 abr. 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996**. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Brasília, 15 jan. 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19263.htm. Acesso em: 9 nov. 2020.

BRASIL. **Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005**. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. Brasília, 24 de março de 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm. Acesso em: 31 mar. 2021.

CASTELLOTTI, Daniella S.; CAMBIAGHI, Arnaldo S. **Preservação da fertilidade em pacientes com câncer**. Revista Brasileira Hematologia e Hemoterapia., São Paulo, v. 30, n. 5, p. 406-410, out. 2008. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-84842008000500014&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 09 nov. 2020.

CIDRÃO, Thaís Vasconcelos; MUNIZ, Antonio Walber; VIEIRA, Pollyana Souza. **Estatuto Internacional de reprodução assistida, uma intervenção necessária?.** Revista Direito e Justiça: Reflexões Sociojurídicas Santo Ângelo, v. 21, n. 39, p. 157-169, jan.-abr. 2021. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.31512/rdj.v21i39.311>. Acesso em: 4 abr. 2021

COHEN, Glenn; ADASHI, Eli Y. **Embryo Disposition Disputes: Controversies and Case Law.** Hastings Center Report, vol. 46, issue 4. 2016, p. 13-19. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1002/hast.600>. Acesso em: 30 abr. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Provimento nº 63 de 14 de novembro de 2017** (editado pelo Provimento nº 83/2019). Institui modelos únicos de certidão de nascimento, de casamento e de óbito, a serem adotadas pelos ofícios de registro civil das pessoas naturais, e dispõe sobre o reconhecimento voluntário e a averbação da paternidade e maternidade socioafetiva no Livro “A” e sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/compilado00430220210303603edb96ccae9.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2021.

CORRÊA, Marilena Cordeiro Dias Vilela. **Ética e reprodução assistida: a medicalização do desejo de filhos.** Revista Bioética, v. 9, nº 2. 2001, p. 71-82. Disponível em: <https://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/246/246>. Acesso em: 07 nov. 2020.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado atual do Biodireito.** 10. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Teoria Geral do Direito Civil.** 29. ed. vol. 01. São Paulo: Saraiva, 2012.

FARINATI, Débora Marcondes; RIGONI, Maisa dos Santos; MULLER, Marisa Campio. **Infertilidade: um novo campo da Psicologia da saúde.** Estudos de Psicologia, Campinas, v. 23, n. 4, pág. 433-439, Dez. 2006. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-166X2006000400011&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 10 nov. 2020.

FEDERAÇÃO BRASILEIRA DAS ASSOCIAÇÕES DE GINECOLOGIA E OBSTETRÍCIA. **Conselho Federal de Medicina Atualiza as normas para Reprodução Assistida Resolução CFM 2.168/2017.** 16 mar. 2018. Disponível em: <https://www.febrasgo.org.br/pt/noticias/item/424-conselho-federal-de-medicina-atualiza-as-normas-para-reproducao-assistida-resolucao-cfm-2-168-2017>. Acesso em: 02 abr. 2021.

FERTILITY MEDICAL GROUP. **Junho é o mês mundial da conscientização da infertilidade.** Jornal Fertility, 13 jun. 2018. Disponível em: <https://fertility.com.br/noticias/junho-e-o-mes-mundial-da-conscientizacao-da-infertilidade-2020/>. Acesso em: 9 nov. 2020.

FLANNERY, Michael T. **Rethinking" Embryo Disposition upon Divorce.** Journal of Contemporary Health Law & Policy, vol. 29, issue 2, 2013, p. 233-282. Disponível em: https://scholarship.law.edu/jchlp/vol29/iss2/6/?utm_source=scholarship.law.edu%2Fjchlp%2

Fvol29%2Fiss2%2F6&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages. Acesso em: 23 abr. 2021.

GASDA, Élio Estanislau. **Criopreservação de embriões humanos no contexto da saúde sexual e reprodutiva**. Revista Pistis & Praxis: Teologia e Pastoral, vol. 7, núm. 3, set-dez. 2015, p. 635-661. Curitiba. Disponível em: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=449748257005>. Acesso em: 09 nov. 2020.

GOLÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro – Parte Geral**. 15. ed. vol. 01. São Paulo: Saraiva jur, 2017.

GUIMARÃES, Cláudia Maria Resende Neves. **A Third-party na reprodução assistida: perspectivas globais, diversidade cultural e mercado reprodutivo transnacional**. Portal Publica Direito. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=1908ffe453edcfd0>. Acesso em: 4 abr. 2021.

HEINIG, Melissa. **What is the legal definition of a parent under the Uniform Parentage Act?**. Lawyers.com, fev. 2019. Disponível em: <https://www.lawyers.com/legal-info/family-law/paternity/legal-definition-parent-under-uniform-parentage-act.html>. Acesso em: 20 mai. 2021

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **As inovações biotecnológicas e o direito das sucessões**. Palestra proferida no I Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. 2006. Rio de Janeiro. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/290/novosite>. Acesso em: 25 abr. 2021.

INSTITUTO PAULISTA DE GINECOLOGIA E OBSTETRÍCIA. **Inseminação Intrauterina (IIU)**. IPGO (Instituto Paulista de Ginecologia e Obstetrícia – Medicina da Reprodução). Disponível em: <https://ipgo.com.br/inseminacao-artificial/>. Acesso em: 8 nov. 2020.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito (aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

MAKUCH, María Yolanda; FILETTO, Juliana Nicolau. **Procedimentos de fertilização in vitro: experiência de mulheres e homens**. Psicologia Estudos, v. 15, n.4, p. 771-779, dez. 2010. Maringá. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-73722010000400013&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 09 nov. 2020.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal. **Filhos da reprodução assistida**. III Congresso Brasileiro de Direito de Família sobre o novo Código Civil Brasileiro e a vacatio legis. IBDFAM, 2001, p. 01-14. Disponível em: <https://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/209.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2020.

MENEZES, Joyceane Bezerra. **Notas sobre a natureza jurídica do embrião humano e o marco inicial dos direitos de personalidade**. Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC, vol. 28, n. 1, 2008. Disponível em: <http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/11793>. Acesso em: 27 abr. 2021.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Portaria nº 426, de 22 de março de 2005**. Institui, no âmbito do SUS, a Política Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida e dá outras

providências. Brasília, 23 mar. 2005. Disponível em: https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/portaria_426_ac.htm. Acesso em: 9 nov. 2020.

MONGA, M.; ALEXANDRESCU, B.; KATZ, S.; STEIN, M.; GANIATS, T. **Impact of infertility on quality of life, marital adjustment, and sexual function.** Urology, vol. 63, issue 1, p. 126-30, jan. de 2004. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0090429503009993>. Acesso em: 10 nov. 2020.

MONTAGNINI, Helena Maria Loureiro; BLAY, Sérgio Luís; NOVO, Neil Ferreira; FREITAS, Vilmon de; CEDENHO, Agnaldo Pereira. **Estados emocionais de casais submetidos à fertilização in vitro.** Estudos de Psicologia, vol. 26, n. 4, nov-dez., 2009, p. 475-481, Campinas. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/3953/395335793008.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2021.

MURRAY, Leanne E. **Davis v. Davis: The Embryonic Stages of Procreational Privacy.** Pace Law Review, vol. 14, rev. 567. 1994. Disponível em: <https://digitalcommons.pace.edu/plr/vol14/iss2/5/>. Acesso em: 23 abr. 2021.

NEVES, Gustavo Kloh Muller; COELHO, Maria Manuela dos Santos. **Os embriões criopreservados excedentários na dissolução da sociedade conjugal.** Civilistica.com, ano 9, n. 03, 2020. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/486/512>. Acesso em: 25 abr. 2021.

OLIVEIRA, Guilherme de. **Aspectos jurídicos da procriação assistida.** Revista da Ordem dos Advogados, ano 49, III. dezembro, 1989, p. 767-791. Lisboa. Disponível em: <http://www.guilhermedeoliveira.pt/resources/Aspectos-juri%CC%81dicos-da-Procriac%CC%A7a%CC%83o-Assistida.pdf>. Acesso em: 03 abr. 2021.

OWEN, Stephanie J. **Davis v. Davis: Establishing Guidelines for Resolving Disputes over Frozen Embryos.** Journal of Contemporary Health Law & Policy, vol. 10, issue 1, p. 493-511, 1994. Disponível em: <https://scholarship.law.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1469&context=jchlp>. Acesso em: 24 abr. 2021.

PEREIRA, Dirceu Henrique Mendes. **A história da reprodução humana no Brasil.** Femina, vol. 39, n. 2, p. 59-64, 2011. Disponível em: <http://files.bvs.br/upload/S/0100-7254/2011/v39n2/a2450.pdf>. Acesso em: 08 nov. 2020.

PERELSON, Simone. **Os embriões congelados: da falta ao excesso.** Mal-Estar e Subjetividade, v.9, n.3, p.815-837, set. 2009. Fortaleza, Disponível em <https://periodicos.unifor.br/rmes/article/view/1664>. Acesso em: 09 nov. 2020.

PITELLI, Sergio Domingos. **O poder normativo do Conselho Federal de Medicina e o direito constitucional à saúde.** Revista de Direito Sanitário, vol. 3, n. 1. mar., 2002, p. 38-59. Disponível em <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/download/81294/84933>. Acesso em: 02 abr. 2021

PORTAL MIGALHAS. **STJ julga impantação de embriões após morte de um dos cônjuges.** Portal Migalhas, mai. 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/345763/stj-julga-implantacao-de-embrioes-apos-morte-de-um-do-conjuges>. Acesso em: 20 mai. 2021.

PROJETO DE LEI Nº 1135, DE 2003 – Apresentado pelo Deputado Sr. Dr. Pinotti. **Dispõe sobre e reprodução humana assistida.** Apresentação em 28 de maio de 2003. Disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node01cl5yuqez9yx33hpskwpnkwow2994596.node0?codteor=136097&filename=PL+1135/2003. Acesso em: 01 abr. 2021.

Resolução CFM nº 2.168/2017. **Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida.** Publicada no Diário Oficial da União de 10 de nov. de 2017, Seção I, p. 73. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>. Acesso em: 08 nov. 2020.

RIVA, Léia Comar; BATISTA, Claudia Karina Ladeia; BREVIGLIERI, Etiene Maria Bosco. **Os direitos fundamentais do embrião *in vitro* no Brasil.** Revista Status Libertatis, vol. 2, n. 2. p. 49-68, 2018. Disponível em: [https://periodicosonline.uems.br/index.php/libertatis/article/download/3259/2596#:~:text=164\)%2C%20e%20constam%20na%20Constitui%C3%A7%C3%A3o,e%20o%20direito%20de%20heran%C3%A7a](https://periodicosonline.uems.br/index.php/libertatis/article/download/3259/2596#:~:text=164)%2C%20e%20constam%20na%20Constitui%C3%A7%C3%A3o,e%20o%20direito%20de%20heran%C3%A7a). Acesso em 27 abr. 2021.

SANTOS, Maria de Fátima Oliveira dos. **Injeção intracitoplasmática de espermatozoides: questões éticas e legais.** Brasileira de Saúde Materno Infantil, v. 10, supl. 2, p. 289-296, dez. 2010. Recife. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1519-38292010000600005&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 08 nov. 2020.

SCALQUETTE, Ana Claudia Silva. **Estatuto da Reprodução Assistida.** 2009. Tese (Doutorado em Direito Civil) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, SP, 2009. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-08032010-095921/publico/Tese_Ana_Claudia_Silva_Scalquette.pdf. Acesso em: 31 de mar. 2021.

SCALQUETTE, Ana Claudia Silva. **Biotecnologia a favor da Vida: Reprodução Humana, seus efeitos jurídicos e limites éticos.** Revista Primus Vitam, nº 10. ANAIS. 2017. VI Encontro de Bioética da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Disponível em http://delphos-gp.com/primus_vitam/primus_10/ana.pdf. Acesso em: 01 abr. 2021.

STRECK, Lenio Luiz; SARLET, Ingo Wolfgang; CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Os limites Constitucionais das resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP).** Portal Migalhas. 16 jan. de 2006. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/20381/os-limites-constitucionais-das-resolucoes-do-conselho-nacional-de-justica--cnj--e-conselho-nacional-do-ministerio-publico--cnmp>. Acesso em: 2 abr. 2021.

UNIFORM LAW COMMISSION. **Uniform Parentage Act.** Disponível em: <https://www.uniformlaws.org/viewdocument/final-act-no-comments-50?CommunityKey=c4f37d2d-4d20-4be0-8256-22dd73af068f&tab=librarydocuments>. Acesso em: 20 mai. 2021.

URIBE, Rodrigo Momberg. **El problema de los embriones criopreservados. Análisis de la jurisprudencia y doctrina de los EE.UU.** Revista de Derecho, vol. XII, nº 2. 2001. p. 199-205. Valdivia. Disponível em: <https://www.revistaderechovaldivia.cl/index.php/revde/article/view/907>. Acesso em: 23 abr. 2021.

VILAS-BÔAS, Renata Malta. **Inseminação artificial no ordenamento jurídico brasileiro: a omissão presente no Código Civil e a busca por legislação específica.** Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM). 2011. p. 11. Disponível em: https://ibdfam.org.br/_img/artigos/Insemina%C3%A7%C3%A3o%20artificial.pdf. Acesso em: 01 abr. 2021.

TERMO DE AUTENTICIDADE DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Eu, Giovanna Barros de Carvalho
discente regularmente matriculado(a) na disciplina TCC II, da 10ª etapa do curso de Direito, matrícula nº (inserir TIA), período (inserir período), turma (inserir turma), tendo realizado o TCC com o título: A destinação dos embriões criopreservados em consequência do divórcio sob a orientação do(a) Professor(a) Ana Cláudia Silva Scalquette
declaro para os devidos fins que tenho pleno conhecimento das regras metodológicas para confecção do Trabalho de Conclusão de Curso (TCC), informando que o realizei sem plágio de obras literárias ou a utilização de qualquer meio irregular.

Declaro ainda que, estou ciente que caso sejam detectadas irregularidades referentes às citações das fontes e/ou desrespeito às normas técnicas próprias relativas aos direitos autorais de obras utilizadas na confecção do trabalho, serão aplicáveis as sanções legais de natureza civil, penal e administrativa, além da reprovação automática, impedindo a conclusão do curso.

São Paulo, 21 de maio de 2021.


Assinatura do discente

**TERMO DE AUTORIZAÇÃO PARA PUBLICAÇÃO DO TRABALHO DE
CONCLUSÃO DE CURSO**

Material Bibliográfico: () Artigo Científico (X) Monografia

Graduação em Direito

Título do Trabalho: A destinação dos embriões excedentários em consequência do divórcio

Nome do Autor(a): Giovanna Barros de Carvalho

E-mail: giovannabcarvalho@outlook.com.br

Este e-mail pode ser divulgado (X) SIM () NÃO

Orientador(a): Ana Cláudia Silva Scalquette


Na qualidade de titular dos direitos autorais da publicação supracitada, de acordo com a Lei nº 9.610/98, (X) AUTORIZO () NÃO AUTORIZO a Universidade Presbiteriana Mackenzie – UPM, a disponibilizar gratuitamente, sem ressarcimento dos direitos autorais, o documento, em meio eletrônico, no *site* da base de dados Adelpha, para fins de leitura pela internet, a título de divulgação da produção científica gerada pela Universidade, a partir desta data. Igualmente, declaro que a versão do Trabalho de Conclusão de Curso entregue em meio eletrônico corresponde fielmente e na íntegra à versão similar depositada de forma impressa em papel para a defesa ou apresentação.

Motivos no Caso de Não Autorização

() Exigência de periódico de não divulgação até a publicação (exige justificativa, informe e nome do periódico)

() Outros (justificar):

São Paulo, 21 de maio de 2021.


Assinatura do(a) Autor(a)