



RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR
ISSN 2675-6218

REPRODUÇÃO ASSISTIDA E DIREITO DO EMBRIÃO

ASSISTED REPRODUCTION AND EMBRYO RIGHTS

REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y LOS DERECHOS DEL EMBRIÓN

Francisco de Assis Mota¹

e626220

<https://doi.org/10.47820/recima21.v6i2.6220>

PUBLICADO: 2/2025

RESUMO

O presente estudo busca compreender quando inicia a proteção constitucional dos embriões e quais os possíveis destinos para os excedentes e/ou não utilizados, em casos de reprodução *in vitro*. Trata-se de uma temática de grande relevância jurídica, que já demandou intervenção do Supremo Tribunal Federal, especialmente para decidir sobre a utilização dos embriões excedentes em pesquisas com células-tronco. O trabalho também apresenta uma breve diferenciação entre fecundação *in vitro* e reprodução assistida, incluindo reflexões sobre a viabilidade da utilização desse procedimento após o falecimento de um dos cônjuges. Para tanto, utilizamos o método hipotético-indutivo, com a análise de artigos, dissertações e demais pesquisas já elaboradas sobre o assunto, mas, principalmente, normas e jurisprudências relevantes sobre tema, tanto no âmbito pátrio quanto continental.

PALAVRAS-CHAVE: Reprodução assistida. Direitos do embrião. Personalidade jurídica.

ABSTRACT

The present study aims to understand when the constitutional protection of embryos begins and what possible destinations exist for surplus or unused embryos in cases of in vitro reproduction. This is a highly significant legal issue, which has already required intervention by the Federal Supreme Court, particularly to decide on the use of surplus embryos in stem cell research. The study also provides a brief differentiation between in vitro fertilization and assisted reproduction, including reflections on the feasibility of using this procedure after the death of one of the spouses. To this end, the hypothetical-inductive method will be employed, analyzing articles, dissertations, and other existing research on the subject, with a primary focus on relevant norms and jurisprudence, both domestic and international.

KEYWORDS: Assisted reproduction. Embryo rights. Legal personality.

RESUMEN

El presente estudio tiene como objetivo comprender cuándo comienza la protección constitucional de los embriones y cuáles son los posibles destinos para los embriones excedentes o no utilizados en casos de reproducción in vitro. Se trata de una temática de gran relevancia jurídica, que ya ha requerido la intervención del Tribunal Supremo Federal, especialmente para decidir sobre el uso de embriones excedentes en investigaciones con células madre. El trabajo también presenta una breve diferenciación entre la fecundación in vitro y la reproducción asistida, incluyendo reflexiones sobre la viabilidad de utilizar este procedimiento tras el fallecimiento de uno de los cónyuges. Para ello, se empleará el método hipotético-inductivo, analizando artículos, disertaciones y otras investigaciones existentes sobre el tema, con un enfoque principal en normas y jurisprudencias relevantes, tanto nacionales como internacionales.

PALABRAS CLAVE: Reproducción asistida. Derechos del embrión. Personalidad jurídica.

¹ Mestrando em Direitos Humanos pela Unifio - Centro Universitário Fieo.



INTRODUÇÃO

A proteção constitucional dos embriões constitui tema de grande relevância jurídica e ética, sobretudo diante dos avanços biotecnológicos que ampliaram as possibilidades de reprodução assistida. A ausência de um marco legal claro para determinar o início dessa proteção tem gerado interpretações divergentes na jurisprudência, refletindo incertezas quanto ao momento em que os direitos fundamentais passam a ser aplicáveis ao embrião.

Neste contexto, o presente artigo tem por objetivo geral analisar quando se inicia a proteção constitucional dos embriões, com ênfase na identificação do momento em que estes adquirem personalidade jurídica e, conseqüentemente, a titularidade de direitos fundamentais. Ainda como objetivos específicos, busca-se discutir os possíveis destinos dos embriões excedentários e/ou não utilizados no processo de fecundação *in vitro* e examinar a viabilidade de utilização do procedimento de reprodução assistida após o falecimento de um dos cônjuges.

A justificativa para o desenvolvimento deste estudo reside na relevância do tema, especialmente diante do impacto crescente dos avanços biotecnológicos sobre os debates jurídicos e éticos. Apesar de já ter sido objeto de análise em diferentes áreas do saber, o tema ainda apresenta um campo fértil para novas discussões, dada sua complexidade e interdisciplinaridade.

O problema que fundamenta este estudo é a ausência de um marco normativo claro que estabeleça o momento exato em que se inicia a proteção jurídica ao embrião, especialmente no que se refere à sua titularidade de direitos fundamentais. Essa indefinição gera divergências interpretativas no campo jurídico, causando insegurança jurídica quanto à proteção da vida em seus estágios iniciais. Assim, o estudo busca contribuir para a consolidação de uma abordagem mais coerente e integrada, capaz de orientar futuras deliberações jurídicas e políticas públicas no campo da reprodução assistida e dos direitos do embrião.

Para o desenvolvimento do trabalho, foi lançado um olhar sobre as normas e arcabouço doutrinário que albergam o tema, com ênfase na análise dos julgados emblemáticos do Supremo Tribunal Federal envolvendo direitos fundamentais do embrião, sem, contudo, abrir mão de pontuações teóricas pertinentes e que se mostrem necessárias para uma melhor compreensão do objeto do estudo.

1. INÍCIO DA PERSONALIDADE JURÍDICA (TEORIAS DA PERSONALIDADE)

Antes de avançar no estudo sobre reprodução assistida e direito do embrião, se mostra importante conhecer as diferentes correntes doutrinárias que versam sobre o início da personalidade jurídica, vez que cada uma delas lança um olhar diferente sobre o exato momento em que o embrião passa a gozar de direitos fundamentais, instante este que, como visto, consiste no objeto central do presente trabalho.

A primeira das correntes mencionadas é teoria concepcionista, segundo a qual “a vida começa com a concepção, isto é, com a fecundação do óvulo pelo espermatozoide, gerando o zigoto (que tem carga genética diferente do pai e da mãe)” (Mendes, 2021, p. 86).



RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR ISSN 2675-6218

REPRODUÇÃO ASSISTIDA E DIREITO DO EMBRIÃO
Francisco de Assis Mota

Desse modo, pela referida teoria, os direitos inerentes à personalidade, direito à vida, direito à integridade física ou à saúde não dependem do nascimento com vida (Zainaghi, 2007, p.43/44).

De outro turno, além de conceituar referida teoria em termos semelhantes ao exposto acima, a doutrina de Carlos Roberto Gonçalves (2024, p. 82) apresenta uma importante ressalva: “a concepcionista admite que se adquira a personalidade antes do nascimento, ou seja, desde a concepção, ressalvados apenas os direitos patrimoniais, decorrentes de herança, legado e doação, que ficam condicionados ao nascimento com vida”.

Em outras palavras, para a teoria concepcionista, a personalidade e conseqüentemente os direitos decorrentes desta, surgem desde o momento da concepção, o que a torna, nas palavras de Luciano D. Norbim (2006, p. 76) “a mais moderna, e pode ser a única considerada que não afronta o direito à vida”.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) já consagrou os direitos do nascituro em consonância com a teoria concepcionista, nos autos do Recurso Especial 150.297 - DF, consoante se observa na ementa que segue:

CIVIL. ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO. DANOS MATERIAIS E MORAIS. NASCITURO. PERDA DO PAI. DIREITO À REPARAÇÃO E À COMPENSAÇÃO. MORTE DE TERCEIRO. DANOS MATERIAIS. PENSIONAMENTO. DANO MORAL. CARACTERIZAÇÃO. VALOR. MINORAÇÃO. JUROS DE MORA. TERMO INICIAL. ÔNUS SUCUMBENCIAL. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. 1. Considerando o dano moral como a lesão a direito da personalidade, deve-se admitir a caracterização de dano moral em relação ao nascituro, pois, além de seus direitos estarem resguardados (art. 2º, do CC/2002), à luz da teoria concepcionista, é o nascituro sujeito de direito. Precedentes do e. STJ. 2. Sendo devida pensão por danos morais no importe de 2/3 (dois terços) sobre o valor da remuneração da vítima, tendo em vista a presunção de que 1/3 (um terço) dirige-se aos gastos pessoais do falecido, deve-se deduzir a parcela já percebida pela viúva, para fins de se obter o percentual cabível à filha da vítima (...).

De outra banda, vale destacar que a legislação infraconstitucional traz em seu bojo tanto normas que consagram a teoria concepcionista – como é o caso da Lei 11.804/2008, conhecida como Lei dos Alimentos Gravídicos e da tipificação do crime de aborto no Código Penal – quanto normas que enseja severas críticas, tal como se extrai da parte primeira do art. 2º do Código Civil, ao expressar que “A personalidade Civil da pessoa começa do nascimento com vida, (...)”.

Neste sentido, vale observar o ensinamento de Flávio Tartuce (2013, p. 123) que assim aduz:

Além disso, a teoria concepcionista ganhou um grande reforço com a entrada em vigor da Lei 11.804, de 5 de novembro de 2008, conhecida como Lei dos Alimentos Gravídicos, disciplinando o direito de alimentos da mulher gestante, e aqui entram os valores para cobrir as despesas do período da gravidez, da concepção ao parto, assistência médica e psicológica, exames, internação, parto etc.

Por outro lado, para demonstrar a crítica, faz-se uso do seguinte ensinamento de Thiago Cardoso Ferreira Neves (2012, p. 5):

Porém, assim como as outras teorias, a teoria concepcionista possui problemas. A primeira crítica feita é com relação ao próprio art. 2º do Código Civil, pois ocorreria



RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR ISSN 2675-6218

REPRODUÇÃO ASSISTIDA E DIREITO DO EMBRIÃO
Francisco de Assis Mota

uma violação especialmente na parte que dispõe que a personalidade jurídica da pessoa só se inicia com o nascimento com vida.

A crítica de Thiago Cardoso Ferreira Neves ressalta que, muito embora a teoria concepcionista defenda a proteção do nascituro desde a concepção, ela esbarra em uma aparente contradição com o art. 2º do Código Civil, que estabelece que a personalidade jurídica somente se inicia após o nascimento com vida. Assim, ao estender a proteção jurídica ao momento da concepção, a doutrina concepcionista pode colidir com o texto legal vigente, questionando a compatibilidade entre a interpretação teórica e o dispositivo normativo que condiciona a personalidade ao nascimento.

De todo modo, em que pese à crítica retro, a teoria concepcionista busca a proteção da vida desde seus estágios iniciais, assumindo grande relevância no contexto da reprodução assistida, pois, ao conferir proteção ao embrião desde a concepção, levanta questões sobre o destino dos embriões excedentes, especialmente aqueles que permanecem congelados. Essa perspectiva implica que esses embriões, embora tecnicamente criados em laboratório, poderiam ser considerados sujeitos de direitos fundamentais, o que inviabilizaria sua utilização em pesquisas científicas ou descarte, fatos estes que ampliam os debates éticos e jurídicos na área, aumentando a importância do tema sob exame.

Temos, na sequência, a teoria natalista afirmando “que a personalidade civil somente se inicia com o nascimento com vida”. (Gonçalves, 2024). No mesmo sentir, Maria Cristina Zainaghi (2007.p.4) afirma que a teoria natalista: “é caracterizada como aquela que entende ser a personalidade adquirida somente após o nascimento com vida. Significaria que existe uma situação pendente, que somente se efetivará com o nascimento”.

Thiago Ferreira Cardoso Neves (2012, p. 5) observa, entretanto, que a teoria natalista desconsidera aspectos importantes, como as atividades orgânicas do nascituro, a exemplo das funções cerebrais, motoras e dos batimentos cardíacos. Nesse sentido, o autor critica essa teoria ao argumentar que um ser dotado de tais atividades não deve ser tratado como uma coisa.

Por sua vez, Flávio Tartuce (2019) tece uma segunda crítica à referida teoria no sentido de que “ela nega ao nascituro até os direitos fundamentais relacionados à sua personalidade, quais sejam, o direito à vida, à investigação de paternidade, aos alimentos, ao nome e até a imagem”.

Dessa forma, considerando que para a teoria natalista somente após o nascimento com vida é que se obtém personalidade, tem-se por incontroverso que ela a) vê o nascituro como coisa; b) sem vida independente da mãe e; c) nega ao nascituro direitos fundamentais, amparados pela Constituição.

A teoria natalista, ao estabelecer que a personalidade civil se inicia apenas com o nascimento com vida, se contrapõe a teoria concepcionista, já que exclui os embriões – *in vivo* e *in vitro* – da condição de sujeitos plenos de direitos fundamentais, corroborando, assim, práticas eticamente questionáveis, tais como a criopreservação, a utilização para pesquisas científicas e o descarte.



RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR ISSN 2675-6218

REPRODUÇÃO ASSISTIDA E DIREITO DO EMBRIÃO
Francisco de Assis Mota

Por fim, temos a teoria condicionalista, mais conhecida como teoria da personalidade condicionada que “atribui a personalidade ao nascituro, mas a deixa condicionada ao fato futuro, nascimento com vida” (Zainaghi, 2007, p. 50-51).

Em outras palavras, pela teoria da personalidade condicionada, a personalidade só é efetivamente adquirida após o nascimento com vida, momento em que retroage desde a concepção. Entretanto, Flávio Tartuce (2013, p. 118) foi cirúrgico ao apontar que “essa corrente apresenta uma problemática, pois ela é apegada a questões patrimoniais, deixando de lado os apelos de direitos pessoais ou da personalidade face ao nascituro”.

O que diz o jurista é que, pela teoria da personalidade condicionada, o nascituro não estaria amparado pelos direitos/princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, vida, saúde, dentre outros, o que não pode prevalecer, pois não se mostra aceitável que os direitos da personalidade fiquem sujeitos à condição suspensiva, tal como os direitos patrimoniais.

Uma segunda, e pertinente crítica a essa teoria é tecida por Thiago Ferreira Cardoso Neves (2012, p. 38) ao afirmar que:

Além disso, a segunda parte do art. 2º do Código Civil não menciona a condição em nenhum momento. Assim sendo, nem a lei e nem a vontade das partes impôs essa condição, logo, fica inviabilizado o amparo da teoria condicionalista no Direito Civil brasileiro.

Como já dito nas linhas inaugurais do presente artigo, o estudo jurisprudencial seria de grande relevância e, nessa toada, pinça-se abaixo um importante julgado do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que reconheceu o direito do nascituro a pensão por morte de seu genitor, mas com marco inicial do benefício a partir do nascimento, ou seja, com a morte do pai o filho ainda não nascido teve seu direito reconhecido, mas ficou suspenso e com marco inicial a contar do nascimento com vida, o que, muito embora seja suscetível de discordância, enquadra-se na teoria da personalidade condicionada.

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. DIREITOS DO NASCITURO. PENSÃO POR MORTE. TERMO INICIAL. DATA DO NASCIMENTO. SÚMULA 83/STJ. APLICAÇÃO.

1. Cuidaram os autos, na origem, de pedido de revisão da data inicial do benefício de pensão por morte concedida a nascituro. A sentença julgou improcedente a ação afirmando que o termo inicial se dá com o nascimento. O acórdão negou provimento à Apelação.

2. O benefício previdenciário possui nítido caráter alimentar, e o direito à percepção de alimentos não surge com a concepção, mas sim com o nascimento com vida, ainda que a lei ponha a salvo os direitos do nascituro.

3. O art. 2º do Código Civil condiciona a aquisição de personalidade jurídica ao nascimento, enquanto que a lei 8.213/1991 não prevê a possibilidade do nascituro receber o benefício de pensão por morte, resguardando sua concessão apenas a partir do nascimento, quando efetivamente adquire a condição de dependente do de cujus. O Decreto 3.048/1999 estabelece, em seu artigo 22, inciso I, alínea "a", que a inscrição do dependente do segurado será promovida através da apresentação da certidão de nascimento.

4. Dessume-se que o acórdão recorrido está em sintonia com o atual entendimento do Superior Tribunal de Justiça, razão pela qual não merece prosperar a irresignação. Incide, *in casu*, o princípio estabelecido na Súmula 83/STJ:



RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR ISSN 2675-6218

REPRODUÇÃO ASSISTIDA E DIREITO DO EMBRIÃO
Francisco de Assis Mota

"Não se conhece do Recurso Especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida". Precedentes: REsp 1.588.448, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 27.5.2016; REsp 1.769.353, DJe 29.10.2018; REsp 1.354.689/PB, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 11.3.2014; REsp 1.346.781, Rel. Min. Assusete Magalhães, DJe 17.10.2016; REsp 1.571.403, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe 9.9.2016; REsp 1.447.137, Rel. Min. Sérgio Kukina, DJe 23.8.2016. 5. Recurso Especial não conhecido. Resp 1779441 / SP; Segunda Turma; Min: Herman Benjamin; j. em 20/08/2019. (https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201802997500&dt_publicacao=13/09/2019).

Diante do exposto, observa-se que o julgado mencionado reflete a aplicação prática da teoria da personalidade condicionada no ordenamento jurídico brasileiro, ao reconhecer direitos ao nascituro, mas condicioná-los ao nascimento com vida. Essa abordagem, embora juridicamente fundamentada, suscita debates acerca da efetividade da proteção conferida ao nascituro, especialmente no que tange aos direitos da personalidade e à dignidade da pessoa humana.

Neste capítulo, foram apresentadas as principais teorias da personalidade, as quais desempenham papel fundamental na compreensão do status jurídico do nascituro. O conhecimento dessas teorias é essencial para o adequado prosseguimento do trabalho, pois serve de base para a análise das implicações jurídicas dos direitos do embrião, especialmente no contexto da reprodução assistida.

2. REPRODUÇÃO ASSISTIDA E FECUNDAÇÃO *IN VITRO*

A reprodução assistida e a fecundação *in vitro* são técnicas que visam combater a infertilidade e garantir o direito ao planejamento familiar. A reprodução assistida engloba diversos métodos para viabilizar a procriação, enquanto a fecundação *in vitro* consiste na fertilização dos gametas em ambiente laboratorial, com posterior implantação do embrião no útero.

De forma objetiva, Adriana Pereira Dantas Carvalho (2014) ensina que:

As técnicas de reprodução humana assistida (inseminação artificial) se dão com a implantação de gametas masculinos na mulher, considerada como fecundação *in vivo*. Já a fertilização *in vitro* é um pouco mais complexa visto que retira os gametas masculinos e femininos, para assim ser fecundado em laboratório para só após esse procedimento o embrião ser implantado no útero.

O método de reprodução assistida pode ocorrer mediante a doação de espermatozoides do próprio companheiro ou de terceiro estranho a relação, exigindo-se, nesse último caso, que por alguma razão o marido não possa procriar.

Essa técnica de reprodução assistida que se utiliza de material genético apenas dos pais é chamada heteróloga, sendo, por outra vertente, denominada homóloga a técnica que utiliza material genético de terceiros. (Lobo, 2023, p. 108).

Mariana Nicolau Macedo Fidelis (2016) assevera que na utilização das técnicas de reprodução assistida heteróloga, que envolvem o emprego de material genético de um terceiro, ocorre à superação do critério puramente biológico para definir as relações de parentesco. Neste



RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR ISSN 2675-6218

REPRODUÇÃO ASSISTIDA E DIREITO DO EMBRIÃO
Francisco de Assis Mota

contexto, os vínculos paterno-filiais passam a se fundamentar na afetividade, no amor e na busca compartilhada pela felicidade, independentemente da existência de um laço biológico.

Entretanto, Paulo Lobo (2023, p.108) destaca que “a única exigência é que tenha o marido previamente autorizado à utilização de sêmen estranho ao seu”.

Assim, resta evidente que a reprodução heteróloga redefine os critérios de parentesco ao privilegiar vínculos afetivos e o compromisso mútuo na constituição familiar, em detrimento da mera conexão biológica.

Entretanto, ao incorporar material genético de terceiros, a reprodução heteróloga amplia o debate ético e jurídico sobre os limites da intervenção tecnológica na formação das relações familiares, possuindo reflexos diretos na relação de parentesco.

Quanto à discussão sobre ser ou não possível a utilização de técnica de reprodução assistida após o falecimento de um dos cônjuges, Adriana Pereira Dantas Carvalho (2014, p. 10) explica ser plenamente possível, desde que o falecido tenha dado seu consentimento anterior ao óbito.

O uso das técnicas de reprodução assistida é um direito fundamental, consequência do direito ao planejamento familiar que decorre do princípio da liberdade. Impensável cercear este direito pelo advento da morte de quem manifestou a vontade de ter filhos ao se submeter às técnicas de reprodução.

A citação mencionada sublinha que o uso das técnicas de reprodução assistida deve ser reconhecido como um direito fundamental, sendo uma extensão do direito ao planejamento familiar e uma consequência do princípio da liberdade. Ao enfatizar que seria impensável restringir esse direito devido ao falecimento de um dos cônjuges, o autor reflete sobre a importância de garantir a continuidade do direito de procriação, especialmente quando a vontade de ter filhos foi manifestada previamente por meio da adesão às técnicas de reprodução assistida. Dessa forma, a morte de um dos cônjuges não deve ser um obstáculo à concretização dessa vontade.

Em que pese a importância da reprodução assistida póstuma para o planejamento familiar, ela traz consigo desafios legais significativos, tais como a validação do consentimento do *de cujus*, a definição de paternidade e os direitos sucessórios do nascituro.

Além disso, a utilização de material genético *post-mortem* suscita questionamentos sobre a proteção da dignidade da pessoa humana e a segurança jurídica, demandando uma análise cuidadosa tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência.

Dessa forma, em resumo, às técnicas de reprodução assistida, incluindo a *post-mortem* e fecundação *in vitro*, ampliam significativamente o debate jurídico e ético sobre o início da proteção legal dos embriões. Ao possibilitar a criação de embriões fora do ambiente natural do útero, elas instigam a necessidade de repensar o marco temporal a partir do qual os embriões passam a ser protegidos pelo ordenamento jurídico.

Ademais, esses métodos apresentam desafios relativos à proteção dos embriões excedentes ou congelados, que frequentemente ficam à margem do debate tradicional sobre os direitos do nascituro, exigindo uma análise aprofundada sobre sua destinação e os impactos decorrentes dessa



realidade no contexto do direito ao planejamento familiar e da proteção da vida em seus estágios iniciais.

3. DO INÍCIO DA PROTEÇÃO EMBRIONÁRIA

Na ausência de norma constitucional sobre o início da proteção da vida embrionária, o legislador infraconstitucional reservou o art. 2^a do Código Civil vigente para expressar que “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

Note-se que o artigo supracitado consagra tanto a teoria concepcionista, quando a teoria natalista. No entanto, a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) – com status de norma supralegal – consagra a teoria concepcionista ao destacar no item 1 do seu art. 4^o que “toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde a concepção”.

Seja pela força da norma supralegal citada acima, seja pela prevalência na doutrina pátria, ou seja, por, sem dúvida, trazer uma maior proteção aos direitos da personalidade (tendência do direito civil pós-moderno), tem-se por mais aceita a teoria concepcionista para quem, como visto, protege os direitos do nascituro desde a concepção.

Note-se que tanto pelo texto infraconstitucional quanto o supralegal, tem-se que a vida possui proteção desde sua concepção, termo este repetido nas duas legislações mencionadas. Entretanto, além do termo “concepção”, há também incomum nas duas normas, a ausência de definição do exato momento em que esta (concepção) se inicia e, conseqüentemente, inicia-se a proteção legal do embrião.

A ausência de definição legal do que seria o exato momento da concepção abriu margem para debates e diferentes entendimentos para resolução da pergunta, o que foi muito bem sintetizado por Flávio Martins (2023, p. 4), quando em sua obra resume o exposto nessas primeiras linhas do presente tópico:

A partir de qual momento a vida é tutelada pelo Direito Constitucional? A nossa Constituição Federal não determina, ao contrário do que faz o Pacto de São José da Costa Rica, que no seu art. 4^o, item 1, afirma que a vida deve ser protegida desde a concepção. Mas o que é concepção? É a fecundação do óvulo pelo espermatozoide ou a nidação (a implantação do óvulo fecundado no útero materno).

A controvérsia ganhou um novo tempero e tornou-se ainda mais relevante, a partir do avanço tecnológico que tornou possível técnicas de reprodução assistida, de modo que a fecundação passa a ocorrer, também, fora do seio materno, bem como, permitiu o conhecimento com exatidão dos diferentes estágios da evolução, partindo desde a formação do embrião até o nascimento com vida.

Neste cenário, diante da ausência de definição legal, coube à Corte Interamericana de Direitos Humanos decidir qual o exato momento da concepção (e conseqüentemente do início da proteção constitucional), o que o fez através da r. sentença prolatada aos 28/11/2012, no caso *Artavia Murillo e outros vs Costa Rica*.



RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR ISSN 2675-6218

REPRODUÇÃO ASSISTIDA E DIREITO DO EMBRIÃO
Francisco de Assis Mota

Muito embora o caso levado à Corte Interamericana de Direitos Humanos versasse sobre embriões *in vitro*, o marco estabelecido se aplica, também, para os embriões gerados no corpo materno, vez que houve a interpretação do art. 4.1, que como visto, protege o embrião desde a concepção, independente se gerado por inseminação artificial ou *in vivo*.

Pinça-se, abaixo, um importante trecho da r. sentença supracitada, donde se extrai as duas interpretações na qual a Corte teve que decidir:

A Corte observa que no contexto científico atual se destacam duas leituras diferentes do termo “concepção”. Uma corrente entende “concepção” como o momento de encontro, ou de fecundação, do óvulo pelo espermatozoide. Da fecundação se gera a criação de uma nova célula: o zigoto. Determinada prova científica considera o zigoto como um organismo humano que abriga as instruções necessárias para o desenvolvimento do embrião. Outra corrente entende “concepção” como o momento de implantação do óvulo fecundado no útero. O anterior, em razão de que a implantação do óvulo fecundado no útero materno possibilita a conexão da nova célula, o zigoto, com o sistema circulatório materno que lhe permite ter acesso a todos os hormônios e outros elementos necessários para o desenvolvimento do embrião. (https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_por.pdf).

Expostas as duas possíveis interpretações, segue abaixo trecho da r. sentença, onde ficou decidido que a concepção na qual atribui direitos ao embrião ocorre quando da nidação.

Nesse sentido, a Corte entende que o termo “concepção” não pode ser compreendido como um momento ou processo excludente do corpo da mulher, em vista de que um embrião não tem nenhuma possibilidade de sobrevivência se a implantação não acontece. Prova do anterior, é que somente é possível estabelecer se foi produzida ou não uma gravidez uma vez que se implantou o óvulo fecundado no útero, ao se produzir o hormônio denominado “Gonodotropina Coriônica”, que somente é detectável na mulher que tem um embrião unido a ela. Antes disso, é impossível determinar se no interior do corpo ocorreu a união entre o óvulo e um espermatozoide e se esta união se perdeu antes da implantação. Além disso, já foi afirmado que, no momento de ser redigido o artigo 4 da Convenção Americana, o dicionário da Real Academia diferenciava entre o momento da fecundação e o momento da concepção, entendendo concepção como implantação (par. 181 supra). Ao se estabelecer o pertinente na Convenção Americana não foi feita menção ao momento da fecundação. (https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_por.pdf).

A decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos ao interpretar o artigo 4º da Convenção Americana, estabelece que a concepção, para efeitos de proteção jurídica, ocorre com a nidação, ou seja, a implantação do embrião no útero materno. Tal posicionamento tem implicações diretas na definição dos direitos do embrião, especialmente no debate sobre reprodução assistida e o destino de embriões congelados, consoante será observado mais a frente.

Uma vez respondido o questionamento proposto nas linhas inaugurais sobre quando começa da proteção legal do embrião, vale destacar o apontamento do Prof. Flávio Martins (2013, p. 4) sobre o pensamento de Ronald Dworkin já utilizado pelo Supremo Tribunal Federal, segundo o qual, a proteção do embrião aumenta, na medida em que avança seu estágio de desenvolvimento.



RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR ISSN 2675-6218

REPRODUÇÃO ASSISTIDA E DIREITO DO EMBRIÃO
Francisco de Assis Mota

Segundo o STF, baseado na obra de Ronald Dworkin, a tutela constitucional da vida é maior quanto maior o investimento da natureza e da sociedade sobre ela: num primeiro momento (o da fecundação natural ou *in vitro*), o investimento é ainda muito pequeno. São pequenas células que, se não implantadas no ventre materno, não se multiplicarão. Nesse momento, a proteção constitucional também é mínima. (...) Todavia no momento em que as células embrionárias são implantadas no ventre materno, o investimento da natureza na multiplicação daquelas células é espantoso, e, na medida em que a vida intrauterina se desenvolve, também aumenta o investimento sentimental de toda a família e de toda a sociedade sobre a vida em formação. Nesse instante, o Direito Constitucional protege a vida embrionária, assegurando-lhe, ao menos, o direito à vida digna (daí decorrendo, em nosso caso, a lei de alimentos gravídicos) (Martins, 2023, p. 4).

O autor finaliza a lição expressando que “após o nascimento, não temos mais um mero embrião ou feto, temos uma pessoa, que será titular de todos os direitos fundamentais, salvo nas hipóteses em que a própria constituição excepciona”.

A reflexão de Ronald Dworkin, citada pelo Prof. Flávio Martins, coloca em evidência a dinâmica de proteção do nascituro ao longo de seu desenvolvimento, abordando a gradual ampliação da tutela constitucional conforme a vida intrauterina se fortalece.

Isso demonstra uma evolução no reconhecimento jurídico, onde a proteção da vida passa a ser mais intensa conforme o investimento da natureza e da sociedade no desenvolvimento do ser em gestação. No entanto, é importante destacar que, mesmo nesse estágio inicial, a proteção já é relevante, especialmente em relação a direitos essenciais, como a dignidade da pessoa humana e a garantia de uma gestação saudável, o que se reflete nas normas que asseguram direitos como os alimentos gravídicos.

4. DOS EMBRIÕES EXCEDENTES

Como visto, a concepção no qual o embrião se torna titular de direitos fundamentais ocorre quando da nidação, ou seja, a implantação do óvulo fecundado no útero materno. Foi visto, também, que referida proteção aplica-se igualmente aos embriões *in vitro*. Neste cenário, uma outra discussão ganha espaço, a fim de se entender se os embriões excedentes possuem proteção e qual poderá e deverá ser sua destinação.

Embriões *in vitro* são aqueles produzidos por meio de inseminação artificial através do processo em laboratório de fertilização do óvulo pelo espermatozoide.

Entretanto, como explica Eduardo de Oliveira Leite (1996) “o processo de fecundação *in vitro* acaba criando, razões de ordem técnica, mais embriões do que é necessário, para satisfazer os pedidos dos casais estéreis”.

O autor (Leite, 1996) continua sua lição afirmando, em outras palavras, que para limitar o risco de gravidez múltiplas, costuma-se na prática médica transplantar no máximo três embriões para o útero materno, o que leva as seguintes indagações, por ele apresentada, quanto aos demais embriões excedentes:



RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR ISSN 2675-6218

REPRODUÇÃO ASSISTIDA E DIREITO DO EMBRIÃO
Francisco de Assis Mota

Que destino dar a estes embriões? Quando a fecundação in vitro é coroada de êxito, o que fazer dos embriões restantes? Guardá-los para uma nova gravidez do mesmo casal? Destruí-los, em nome do respeito que se deve a estas pessoas “potenciais”, a estes seres humanos dos quais não se tem mais necessidade? Utilizá-los em proveitos de outros casais estéreis? Servir-se deles para experiências destinadas a fazer progredir a pesquisa sobre o tratamento da esterilidade, as doenças genéticas ou câncer?

Sobre o tema, Flávio Martins (2023, p. 605) nos explica as limitações da lei brasileira que “trata apenas dos embriões inviáveis ou já congelados quando da publicação da Lei n. 11.105/2005 ou, quando já congelados na data da lei, completarem três anos de congelamento”.

A lei mencionada acima trata-se da Lei de Biossegurança que trouxe em seu art. 5º a possibilidade de pesquisas com células tronco embrionárias (embriões excedentes), desde que a) sejam inviáveis; b) congelados há mais de 3 anos; c) tenha consentimento dos genitores e; d) aprovação de comitê de ética.

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.

No entanto, a constitucionalidade da referida lei foi questionada junto ao STF, por meio da ADI 3.510, que sob a relatoria do Min. Ayres Brito se transformou naquele que seria (quicá ainda seja) o julgamento mais emblemático de nossa Suprema Corte.

A ADI 3.510 fundamentava-se na tese de que o já mencionado art. 5º da Lei de Biossegurança “contraria a inviolabilidade do direito à vida, pois o embrião humano é vida humana e, a vida humana acontece na, e a partir da fecundação”.

De outro turno, a constitucionalidade do artigo foi defendida com a tese de que “somente alcança a dimensão das incipientes características físicas e neurais com a meticulosa colaboração do útero e do tempo”.



RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR ISSN 2675-6218

REPRODUÇÃO ASSISTIDA E DIREITO DO EMBRIÃO
Francisco de Assis Mota

Embrião + útero + tempo = proteção legal

Como bem destacou o Prof. Flávio Martins, na sua decisão o STF diferenciou: a) o embrião que cresce no ventre materno; b) o embrião separado de ventre materno. Para o Supremo Tribunal Federal, enquanto o primeiro é titular de alguns direitos fundamentais, o segundo não o é, podendo ser objeto de pesquisa científica e respectiva destruição. Com esse entendimento, a Lei de Biossegurança foi declarada constitucional.

Vejamos a ementa:

CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DE BIOSSEGURANÇA. IMPUGNAÇÃO EM BLOCO DO ART. 5a DA LEI Nº 11.105, DE 24 DE MARÇO DE 2005 (LEI DE BIOSSEGURANÇA). PESQUISAS COM CÉLULAS TRONCO EMBRIONÁRIAS. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO DIREITO À VIDA. CONSTITUCIONALIDADE DO USO DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS EM PESQUISAS CIENTÍFICAS PARA FINS TERAPÊUTICOS. DESCARACTERIZAÇÃO DO ABORTO. NORMAS CONSTITUCIONAIS CONFORMADORAS DO DIREITO FUNDAMENTAL A UMA VIDA DIGNA, QUE PASSA PELO DIREITO À SAÚDE E AO PLANEJAMENTO FAMILIAR. DESCABIMENTO DE UTILIZAÇÃO DA TÉCNICA DE INTERPRETAÇÃO CONFORME PARA ADITAR À LEI DE BIOSSEGURANÇA CONTROLES DESNECESSÁRIOS QUE IMPLICAM RESTRIÇÕES ÀS PESQUISAS E TERAPIAS POR ELA VISADAS. IMPROCEDÊNCIA TOTAL DA AÇÃO. (2023.p.14)

A decisão do Supremo Tribunal Federal estabeleceu uma distinção importante entre os embriões, considerando aqueles que se desenvolvem no ventre materno como titulares de direitos fundamentais, enquanto os embriões que estão fora do útero materno, como os excedentes, não possuem a mesma proteção, podendo ser utilizados em pesquisas científicas e, em alguns casos, destruídos.

Esse entendimento reforçou o uso de células-tronco embrionárias para pesquisas científicas, com fins terapêuticos, sem que isso configurasse uma violação ao direito à vida ou ao aborto. A decisão reafirma o direito à saúde e ao planejamento familiar, ao mesmo tempo que impede restrições desnecessárias às pesquisas científicas, permitindo o avanço das terapias visadas pela Lei de Biossegurança.

Apesar da legislação e da decisão do STF, que negaram ao embrião *in vitro* a mesma proteção conferida ao embrião *in vivo*, é importante destacar que, ao menos foi proibida sua comercialização como se fosse uma coisa, conforme estabelece o art. 5º, § 3º da Lei de Biossegurança.

O artigo 5º, § 3º da Lei de Biossegurança, ao proibir a comercialização dos embriões *in vitro* como se fossem objetos, busca estabelecer uma distinção clara entre a natureza biológica do embrião e a possibilidade de tratá-lo como uma mercadoria. Essa norma reflete a preocupação com a dignidade do embrião e tenta evitar a despersonalização desses seres humanos em potencial, limitando, assim, práticas que poderiam reduzir o embrião a um item de transação comercial. Apesar de o STF ter reconhecido a falta de direitos fundamentais para os embriões *in vitro*, a imposição



RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR ISSN 2675-6218

REPRODUÇÃO ASSISTIDA E DIREITO DO EMBRIÃO
Francisco de Assis Mota

dessa restrição visa equilibrar o avanço científico com o respeito à ética e à proteção da vida em suas fases iniciais.

O todo exposto acima demonstra o destino dos embriões inviáveis e dos congelados há mais de três anos que, com o consentimento dos genitores (doadores), são destinados para pesquisas científicas, ficando a lacuna, entretanto, sobre a destinação dos que não são utilizados pelo casal, tampouco utilizados para fins de pesquisa.

E, para resolução dessa segunda classe, como nos ensina Flávio Martins (2023.p.4), na “absoluta e inescusável omissão legislativa”, coube ao Conselho Federal de Medicina permitir o descarte, por meio da Resolução n. 2.168/2017, desde que, abandonados por três anos ou mais.

Diante dessa lacuna legislativa e da omissão do legislador em regulamentar a destinação dos embriões excedentes, o Conselho Federal de Medicina, por meio da Resolução n. 2.168/2017, tomou a iniciativa de estabelecer critérios claros para o descarte desses embriões, desde que estejam congelados por três anos ou mais, sem que tenham sido utilizados nem para a geração de filhos nem para pesquisa científica. Essa medida, embora tenha sido uma tentativa de resolver o impasse, levanta questões éticas e jurídicas relevantes, como o respeito à dignidade do nascituro e a proteção de seus direitos, que permanecem em debate no campo jurídico.

5. CONSIDERAÇÕES

Concluindo o exposto acima, em que pese a divergência tanto doutrinária quanto normativa sobre o exato momento em que o embrião adquire a personalidade jurídica e conseqüentemente se torna detentor de direitos fundamentais, seja pela força da norma supralegal advinda do Pacto de São José da Costa Rica, seja pela prevalência na doutrina pátria ou seja por, sem dúvida, trazer uma maior proteção aos direitos da personalidade (tendência do direito civil pós moderno), tem-se como mais aceita a teoria concepcionista que, como visto, protege os direitos do nascituro desde a concepção.

Também restou demonstrado o entendimento prevalecente no sentido de que a concepção no qual o embrião se torna detentor de direitos fundamentais corresponde ao momento da nidação (chegada do óvulo fecundado – *in vivo* ou *in vitro* – ao útero materno) e não o momento da fecundação do óvulo pelo espermatozoide.

Outrossim, foram traçados breves comentários sobre reprodução assistida, bem como foi demonstrado ser possível que ela ocorra mesmo após a morte de um dos cônjuges, desde que este tenha deixado material genético criopreservado e autorização para seu uso após o falecimento.

Com o avanço da biotecnologia, a técnica de fertilização *in vitro*, também conhecida como inseminação artificial, tornou-se cada vez mais acessível e utilizada, de onde se extrai mais uma problemática, no sentido de saber que destino dar aos embriões não utilizados pelo casal que procurou superar a infertilidade por meio do procedimento mecânico de fertilização.

A resolução do problema veio em duas partes. Primeiro, a Lei de Biossegurança (Lei 11.105/2005), contestada via ADI junto ao STF, permitiu a utilização de células tronco embrionárias



RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR ISSN 2675-6218

REPRODUÇÃO ASSISTIDA E DIREITO DO EMBRIÃO
Francisco de Assis Mota

(embriões excedentes) em pesquisas desde que a) sejam inviáveis; b) congelados há mais de 3 anos; c) tenha consentimento dos genitores e; d) aprovação de comitê de ética.

Com a improcedência da ADI 3.510 e o reconhecimento da constitucionalidade do uso de embriões em pesquisas, restava dar um destino aos embriões viáveis e criopreservados, mas não utilizados pelo casal, tampouco utilizados para fins de pesquisa.

Na ausência de postura ativa do legislativo, coube ao Conselho Federal de Medicina permitir o descarte, por meio da Resolução n. 2.168/2017, desde que estivessem abandonados por três anos ou mais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **ADI 3.510**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, s. d. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5037704>. Acesso em: 02 dez 2024.

BRASIL. **Lei 11.105 de 2005**. Brasília: Casa Civil, 2005. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2005/lei/111105.htm. Acesso em: 02 dez. 2024.

CARVALHO, Adriana Pereira Dantas. Técnicas de reprodução assistida: o direito de nascer do embrião. **RIDB**, Ano 3, n. 4, p. 2601-2620, 2014. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/ridb/2014/04/2014_04_02601_02620.pdf. Acesso em: 04 dez. 2024.

CONVENÇÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969**. Estado Americano: Convenção Interamericana de Direitos Humanos, 1969. Disponível em https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 02 dez. 2024.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Artavia Murillo e outros vs Costa Rica**. Estado Americano: Corte Interamericana de Direitos Humanos, s. d. Disponível em https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_por.pdf. Acesso em: 08 dez. 2024.

GONÇALVES, Carlos R. **Direito Civil Brasileiro: Parte Geral**. 22. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2024. Vol. 1.

KRELL, Olga Jubert Gouveia. **Reprodução humana assistida e filiação civil**. Curitiba: Juruá, 2006.

LEGISWEB. **Resolução CFM nº 2168 de 2017**. [S. l.]: LEGISWEB, 2017. Disponível em <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=352362>. Acesso em: 01 dez. 2024.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 13. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2023. v. 5.

MARTINS, Flavio. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2023.

MENDES, Gilmar F.; FILHO, João Trindade C. **Manual Didático de Direito Constitucional**. 8. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2021. (Série IDP - Linha Doutrina)

NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. **O nascituro e os direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: GZ, 2012.

NICOLAU MACEDO FIDELIS, Mariana. Parentesco civil em decorrência da técnica de reprodução assistida heteróloga. **Cadernos UniFOA**, Volta Redonda, v. 11, n. 32, p. 79–88, 2016. DOI:



RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR
ISSN 2675-6218

REPRODUÇÃO ASSISTIDA E DIREITO DO EMBRIÃO
Francisco de Assis Mota

10.47385/cadunifoa.v11.n32.441.

Disponível

em:

<https://revistas.unifoa.edu.br/cadernos/article/view/441> . Acesso em: 6 fev. 2025.

NORBIM, Luciano Dalvi. **O Direito do Nascituro à Personalidade Civil**. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Lei de Introdução e Parte Geral**. 9. ed. São Paulo. Método, 2013.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 9. ed. São Paulo. Método, 2019.

ZAINAGHI, Maria Cristina. **Os meios de defesa dos direitos do nascituro**. São Paulo: LTr, 2007.