

**LIGA DE ENSINO DO RIO GRANDE DO NORTE
CENTRO UNIVERSITÁRIO DO RIO GRANDE DO NORTE – UNI-RN
CURSO DE DIREITO**

HYANNA MARIA FREITAS COSME DE SOUZA

OS EMBRIÕES CRIOPRESERVADOS: Da conceituação do início da vida humana ao estudo de sua custódia lastreados pelas normas constitucionais.

**NATAL/RN
2016**

HYANNA MARIA FREITAS COSME DE SOUZA

OS EMBRIÕES CRIOPRESERVADOS: Da conceituação do início da vida humana ao estudo de sua custódia lastreados pelas normas constitucionais.

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de **Bacharel em Direito** do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN.

Orientadora: Professora Luciana Flávia Nunes Casimiro.

NATAL/RN
2016

Souza, Hyanna Maria Freitas Cosme de.

Os embriões criopreservados: da conceituação do início da vida... / Hyanna Maria Freitas Cosme de Souza. – Natal, 2016.

55 f.

Orientador: Prof. Luciana Flávia Nunes Casimiro.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Centro Universitário do Rio Grande do Norte.

1. Direito Constitucional– Monografia. 2. Embrião Criopreservado – Monografia. 3. Custódia – Monografia. I. Casimiro, Luciana Flávia Nunes. II. Título.

RN/UNI-RN/BC

CDU 342

HYANNA MARIA FREITAS COSME DE SOUZA

OS EMBRIÕES CRIOPRESERVADOS: Da conceituação do início da vida humana ao estudo de sua custódia lastreados pelas normas constitucionais.

Monografia apresentada como requisito necessário para obtenção do título de Bacharel em Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN.

Monografia aprovada em 07/11/2016.

Hyanna Maria Freitas Cosme de Souza

Prof. Luciana Flávia Nunes Casimiro
Orientadora

Prof. Matusalém Jobson Bezerra Dantas
Examinador Titular

Prof. Adriana Augusta Lambert da Costa
Examinadora Titular

Dedico este trabalho aos meus pais, João Batista e Soraya Cristhiana, e à minha inesquecível avó, Maria Cosme de Souza, que tanto me apoiaram nesta produção.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por ter me dado forças a superar todas as dificuldades e por iluminar meu caminho para chegar nesse momento.

Agradeço a minha orientadora Prof. Luciana Flávia Nunes Casimiro pelo suporte na criação deste trabalho, pelas correções, pelo incentivo e pela dedicação.

Agradeço a minha grande amiga Andréa Catarina Barros de Lira por ter me ajudado desde o início a superar todas as minhas inseguranças acadêmicas, bem como pela sua paciência para escutá-las e pelos seus conselhos e incríveis ideias.

E agradeço também aos meus amigos de turma por toda a ajuda e incentivo que puderam me dar.

RESUMO

O presente trabalho pretende apresentar casos reais que envolvem o seguinte debate: quem possui o direito à custódia do embrião criopreservado? O genitor que almeja o seu desenvolvimento reprodutivo ou o genitor que tem a intenção de mantê-lo congelado? A discussão em análise forma-se quando pessoas visando uma vida em comum no intuito de constituir uma família congelam embriões, entretanto, após o término do relacionamento, a vontade de um deles não é mais a de ser pai ou mãe, porém o desejo do outro é de gerar o embrião criopreservado. Assim, a questão gira em torno de saber o direito de qual dos dois prevalecerá. Nesse sentido, será mostrado tanto que no Brasil há ausência de lei que regule a reprodução assistida como as diversas questões complexas que podem surgir no seio da sociedade envolvendo esse tema. Desse modo, através do método indutivo, objetiva-se partir dessas situações concretas para chegar ao abstrato, ou seja, considerar quais princípios e normas podem ser aplicados para resolver essas lides que chegam ao Judiciário, tendo em vista que se deve observar o direito constitucional à vida, bem como os princípios constitucionais da paternidade responsável, do planejamento familiar, da razoabilidade e proporcionalidade. Portanto, o objetivo deste trabalho é solucionar a seguinte questão: Como determinar quem deterá a custódia do embrião criopreservado em casos como esses?

Palavras-chave: Embrião criopreservado. Custódia. Casos reais. Ausência de lei. Aplicação de princípios e normas constitucionais.

ABSTRACT

The present paper intends to present real cases involving the following debate: who has the right to keep the custody of the cryopreserved embryo? This debate begins when people aiming to build a life in common in order to constitute a family freeze embryos, however, after the end of the relationship, one of them don't intend to be a parent anymore, while the other one wishes to generate the cryopreserved embryo. Therefore, the question is knowing which ones right will prevail. In this context, it will be shown not only that there are no laws in Brazil that regulates the assisted reproduction, but also the very complex questions that might come from the society about this subject. So, through the inductive method, it is intended to start from this concrete situations to go to the general, in other words, to consider what principles and rules can be applied to solve these litigations that reach the Judiciary, considering that the constitutional right to life must be observed, as well as the constitutional principles of the responsible paternity, of the family planning, and of the reasonableness and the proportionality. Therefore, this paper has the objective to solve the following question: how to determinate who is going to have custody of the cryopreserved embryo in cases like these?

Key-words: Cryopreserved embryo. Custody. Concrete situations. No laws. Principles and rules applied.

SUMÁRIO

RESUMO

1 INTRODUÇÃO.....	09
2 DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA: Imprescindibilidade à concepção dos embriões criopreservados.....	12
3 DOS EMBRIÕES CRIOPRESERVADOS: Aspectos conceituais.....	15
3.1 Embrião criopreservado versus nascituro.....	18
4 INÍCIO DA VIDA HUMANA E SUAS TEORIAS: Fato gerador da Personalidade Jurídica.....	21
4.1 Abordagem doutrinária acerca do início da vida humana e o consequente direito de personalidade dos embriões criopreservados.....	24
4.2 Repercussão da ADI nº 3.510 que trata da viabilidade dos embriões criopreservados.....	27
5 A CUSTÓDIA DOS EMBRIÕES CRIOPRESERVADOS.....	31
5.1 Leading cases: as disputas pela custódia dos embriões criopreservados nos tribunais de justiça americanos.....	36
5.1.1 Szafranski versus Dunston.....	36
5.1.2 Findley versus Lee.....	39
5.1.3 Loeb versus Vergara.....	41
6 ANÁLISE DO CASO LOEB versus VERGARA: A custódia solucionada sob a perspectiva das normas constitucionais.....	45
7 CONCLUSÃO.....	49
8 REFERÊNCIAS.....	52

1 INTRODUÇÃO

Como determinar o destino do embrião que fora congelado para ser utilizado no futuro, mas seus genitores se separaram e agora um deles quer descartá-lo e o outro quer seguir adiante com a fertilização e gerá-lo? É possível obrigar uma pessoa a se tornar uma mãe ou um pai? E se um deles já tiver construído outra família, é possível obrigá-lo a, depois de separados, ter que criar um vínculo com o seu ex-namorado (a) /ex-marido ou ex-esposa /ex-companheiro (a)?

Pois bem, esse trabalho será baseado em casos reais, já que recentemente foi exposto ao mundo, através das mídias sociais, a disputa judicial entre a atriz americana Sofia Vergara e o seu ex-noivo Nick Loeb, que durante o relacionamento congelaram dois embriões, e, atualmente, esse último por acreditar que a vida começa com a concepção e por ser defensor do direito à vida, considera que não utilizar os embriões que eles congelaram é a mesma coisa que matá-los. Contudo, Sofia já se encontra em um relacionamento estável com outra pessoa e, por isso, não pretende mais gerar esses embriões, uma vez que não deseja mais ter vínculo com Nick Loeb.

Entrementes, casos que também envolvem a discussão da custódia de embriões de casais que se separaram serão tratados neste trabalho, são eles os de Karla Dunston e Mimi Lee, duas mulheres, que por terem que se submeter ao tratamento contra o câncer, foram informadas da elevada probabilidade de que, ao fim do tratamento, estariam estéreis. Sendo assim, decidiram junto com os seus companheiros à época, respectivamente, Jacob Szafranski e Stephen Findley, que a melhor opção seria o congelamento dos embriões para utilização no futuro, caso este infortúnio realmente acontecesse. Desta forma, como previsto, após o término do tratamento, Karla e Mimi estavam inférteis e a única maneira restante de terem descendentes biológicos seria utilizando os embriões que foram congelados. No entanto, a essa altura, elas não mais estavam com seus companheiros e eles não mais queriam ser pais.

Nesta perspectiva, serão apresentadas neste trabalho as decisões judiciais dos casos de Jacob Szafranski contra Karla Dunston e Stephen Findley contra Mimi Lee, os quais lutam os autores pelo direito de não utilização dos embriões. Além disso, será analisado o caso de Nick Loeb, que persegue pelo direito de usar os embriões criopreservados, contra Sofia Vergara à

luz das normas constitucionais brasileiras, tendo em vista que essa lide ainda não obteve decisão judicial pelo Tribunal de Santa Mônica, Califórnia, Estados Unidos da América.

Insta observar que este trabalho, antes de tratar dos casos supramencionados, irá expor a evolução das técnicas de reprodução assistida de maneira a demonstrar o caminho percorrido pelos cientistas até conseguirem efetivamente gerar vidas através de métodos extracorpóreos, como a fertilização *in vitro* e inseminação artificial.

Em seguida, pretende-se neste trabalho definir o que é um embrião criopreservado e quais são os direitos que lhes são assegurados, bem como traçar a diferença entre um embrião criopreservado e o nascituro. Nesta linha de pensamento, serão apresentadas as principais teorias civilistas que ponderam acerca do início da personalidade jurídica que possui como condição *sine qua non* a vida.

Consequentemente, ao chegar à discussão sobre a vida, será analisado a partir de que momento o embrião pode ser considerado com vida, principalmente o criopreservado, com a finalidade de conhecer se aquele é um ser que possui o direito de personalidade assim como o nascituro é, e se possui o direito constitucional à vida. Neste intuito, serão explicitados os entendimentos doutrinários em torno do início da vida, bem como será discorrido o entendimento fixado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 3.510 acerca deste debate e qual o seu posicionamento em relação ao marco inicial da vida.

Ademais, o último tema a ser tratado neste trabalho previamente à análise do caso Nick Loeb em desfavor de Sofia Vergara será a demonstração do que significa a custódia conforme o Código Civil de 2002 e a sua evolução histórica no direito brasileiro.

Por fim, para que seja possível analisar o caso de Nick Loeb contra Sofia Vergara sob a perspectiva das normas constitucionais, serão analisados o direito constitucional à vida em relação aos embriões criopreservados e os princípios da paternidade responsável, do planejamento familiar, da razoabilidade e da proporcionalidade, e da autonomia da vontade das partes ao realizar um contrato de congelamento de embriões.

Neste ínterim, esse trabalho tem por objetivo analisar as possíveis maneiras de se resolverem lides em que se discutem a geração ou não de embriões congelados em casos que os genitores não estão mais em um relacionamento estável e não possuem mais a mesma vontade de terem filhos em conjunto.

Desse modo, como não há lei com relação a esse tema, este trabalho, através do método indutivo de abordagem, tem como intuito encontrar a solução mais adequada para o caso de Nick Loeb contra Sofia Vergara, uma vez que devem ser levados em consideração os princípios constitucionalmente garantidos do planejamento familiar, da paternidade responsável, da razoabilidade e da proporcionalidade.

2 DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA: Imprescindibilidade à concepção dos embriões criopreservados

Antes de adentrar especificamente no tema do trabalho, é imprescindível enunciar que as técnicas de reprodução humana assistida contribuíram significativamente para o surgimento dos embriões criopreservados e, por isso, faz-se necessário trazer a sua evolução científica durante os séculos XX e XXI.

As técnicas de reprodução assistida surgiram com a seguinte finalidade: possibilitar a geração de vidas, animais ou humanas, dentro de um laboratório, ou seja, promover o nascimento com vida dispensando a realização da cópula entre os sexos opostos. Assim, como bem assevera Jussara Maria Leal de Meirelles apud Maria Berenice Dias (2015, p. 400), “são técnicas de interferência no processo natural, daí o nome de reprodução assistida”.

Nesta perspectiva, segundo Gustavo Pereira Leite Ribeiro apud Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves (2009, p. 110), a reprodução assistida configura-se como “o conjunto de técnicas que favorecem a fecundação humana, a partir da manipulação de gametas e embriões, objetivando principalmente combater a infertilidade e propiciando o nascimento de uma nova vida humana”.

Assim, atualmente, há diversas maneiras acessíveis a quem deseja procriar, sem necessitar do ato sexual, dessa forma, assinala Gary C. Schoenwolf (2009, p. 42):

Uma variedade de opções médicas estão disponíveis para ajudar os casais a conceber, incluindo inseminação artificial (IA) e terapias hormonais, que são os procedimentos mais comuns. Técnicas *in vitro* também podem ser usadas para ajudar na reprodução. Estas técnicas são conhecidas como **tecnologia de reprodução assistida (TRA)** e consistem na **fertilização in vitro (FIV)** e **transferência do embrião, injeção intracitoplasmática do espermatozóide (ICSI, sigla em inglês), transferência intratubária de gameta (GIFT, sigla em inglês) e transferência intratubária de zigoto (ZIFT).**

No entanto, a ciência, para chegar a essa ampla diversidade de tais técnicas, precisou passar por décadas de estudos e tentativas experimentais, inclusive, frustradas. Portanto, conforme Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2003, ps. 670-672), tem-se na Idade Média a primeira inseminação artificial humana, porém, como não está devidamente comprovada, estabeleceu-se como marco a experiência de Lázaro Spalanzani, o qual realizou com êxito, em

1777, inseminação artificial em uma cadela. Já, no âmbito da inseminação artificial humana, atestou-se a primeira experiência com sucesso, pelo cientista John Hunter, em 1791.

Entrementes, defende Juliane Fernandes Queiroz apud Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2003, p.672):

A técnica, no entanto, era desenvolvida de maneira bastante empírica até a ciência descobrir, com maior precisão, o período fértil da mulher, quando então passou a ser mais frequente e exitosa, especialmente a partir de 1945 com a descoberta das técnicas de manipulação e congelamento do sêmen, sem prejuízo para a inseminação.

Dessa forma, consoante Eduardo de Oliveira Leite apud Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2003, p.670) “A partir de 1950, as técnicas de inseminação artificial se difundiram com imensa rapidez a ponto de apenas nos Estados Unidos da América mais de vinte e mil crianças nascerem anualmente, concebidas através da inseminação artificial”.

Diante disso, à medida que se intensificou a busca dos indivíduos pela utilização das técnicas de reprodução assistida, aumentaram as pesquisas dos cientistas para o aperfeiçoamento daquelas, conforme corrobora Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2003, p.670), “E, tal busca, impulsionada pelo enorme desejo de procriação, conduziu as ciências da vida a desenvolverem métodos e técnicas objetivando solucionar a impossibilidade de algumas pessoas procriarem naturalmente”.

Sendo assim, logo começaram os estudos envolvendo a técnica da fertilização *in vitro*, a qual, segundo Thycho Brahe Fernandes apud Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2003, p.673), em 1959, o cientista M. C. Chang teve o seu primeiro experimento com êxito envolvendo coelhos.

Ainda na lição de Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2003, p.673), em 1969, os cientistas obtiveram triunfo na fertilização *in vitro*, contudo, não conseguiram realizar com sucesso a transferência dos embriões para o útero de nenhuma mulher. Assim, expressa o autor que, a partir da década de setenta, as experiências na reprodução humana foram impulsionadas em diversos países de forma que, em 1978, na Inglaterra, nasceu Louise Joy Brown, o primeiro “bebê de proveta”.

Destarte, após as experiências começarem a ter resultados prósperos, principalmente, com o nascimento de Louise Joy Brown, a demanda para utilizar a fertilização *in vitro* cresce exponencialmente, tendo em vista que esta técnica começou a ganhar a confiança das pessoas

que não conseguiam procriar sem recorrer às formas artificiais, pois, segundo Gary C. Schoenwolf (2009, ps.41-42), as estatísticas são as seguintes:

Cerca de um em seis casais tem dificuldade para engravidar por conta própria. Em cerca de 30% dos casos, a mulher é infértil, em cerca de 30% os homens são inférteis e em aproximadamente 30% tanto o homem quanto a mulher são inférteis. Nos outros 10% dos casos não se sabe se o homem ou a mulher (ou ambos) são inférteis. Estima-se que cerca de 90% dos casais inférteis possam conceber com intervenção médica.

Neste ínterim, afirma, ainda, o mesmo autor, que, na época do vigésimo aniversário de Louise Joy Brown, “[...] 300.000 crianças FIV haviam nascido no mundo todo. Em 2005, este número atingiu mais de 1 milhão”. (SCHOENWOLF, 2009, p.42)

Portanto, tendo em vista todos os dados retro mencionados, percebe-se que, no decorrer do século XX, as técnicas de reprodução assistida tiveram o seu apogeu, uma vez que os cientistas conseguiram, depois de diversas tentativas e experimentos, atingir seu objetivo de tornar possível o nascimento com vida de uma criança gerada pelo meio extracorpóreo a partir, por exemplo, da inseminação artificial e da fertilização *in vitro* para as pessoas que almejavam a reprodução de sua prole, porém, possuíam dificuldades de conceber naturalmente um embrião.

3 DOS EMBRIÕES CRIOPRESERVADOS: Aspectos conceituais

Para que a procriação humana seja bem sucedida é essencial que um embrião seja gerado e, para tanto, é indispensável a união do gameta masculino (espermatozoide) com o gameta feminino (óvulo).

Na reprodução humana natural, segundo Schoenwolf (2009, p. 35-40), quando espermatozoides “nadam” em direção ao óvulo, guiados por fatores químicos, e o penetra com êxito, realizam a fecundação, isto é, uma fusão entre as membranas celulares dos respectivos espermatozoide e ovo produzindo, assim, outro corpo polar, denominado zigoto, do grego *zigotos*, o qual significa “acoplados” também conhecido pelo termo “pré-embrião”. Diante disso, todas as transformações que transcorrem com o zigoto nos seus primeiros dias de desenvolvimento embrionário, acontecem na tuba uterina apenas chegando a ser implantado definitivamente no útero na segunda semana da gestação.

Nesta perspectiva, é possível afirmar que o embrião se origina a partir do momento em que outro corpo formado é implantado no útero. Portanto, considera-se embrião a partir da nidação, ou seja, da implantação do zigoto no útero até em torno da oitava semana da gestação, na qual sucede o surgimento do feto.

Ocorre que, atualmente o número de pessoas que recorrem a alguma das diversas formas de reprodução humana artificial cresce de maneira exponencial resultando na necessidade de aperfeiçoamento de sua técnica gerando, por consequência, um aumento na quantidade de embriões que são criados pelo método extracorpóreo.

Neste intuito, a fertilização *in vitro*, uma das técnicas de reprodução assistida, consiste em um procedimento de retirada dos óvulos da mulher a fim de que sejam fertilizados em um recipiente com uma micro-agulha, pelo espermatozoide e, após o pré-embrião ser gerado com sucesso no meio artificial ocorre a transferência deste para o útero, onde se espera que a nidação seja bem sucedida.

Assim, afirma Jéssica Leal e Silva Macedo¹:

¹ MACÊDO, Jéssica Leal e Silva. **Fertilização in vitro post mortem de embriões criopreservados e direito sucessório**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 20, n. 4262, 3.mar.2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/31265>>. Acesso em: 22 jun.2016

A inseminação in vitro ocorre sempre que o embrião for criado em laboratório. Dessa forma, primeiramente coletam-se gametas femininos, ou seja, óvulos maduros retirados dos ovários, e gametas masculinos, espermatozóides que foram retirados do sêmen. Partindo desse procedimento, ocorrerá a fertilização propriamente dita, quando os óvulos serão colocados em um recipiente com uma micro-agulha juntamente com um único espermatozóide cada, gerando assim um zigoto.

Ressalte-se, nem todos os pré-embriões, que, a partir desse momento, para fins de estudo do presente trabalho, serão chamados de “embriões”, são capazes de serem transferidos para o útero da mulher, uma vez que podem ser inviáveis, os quais pela definição de Bruno Torquato de Oliveira Naves e Maria de Fátima Freire de Sá apud Hugo Camargos Lima² se configuram como:

(...) aqueles incapazes de desenvolvimento, por apresentarem anomalias incompatíveis com a vida, e não comprometimentos que evidenciem deficiências psicofísicas, sob pena de sua utilização configurar-se em eugenia negativa.

Na lição do Dr. Fábio Eugênio Rodrigues³, médico e especialista em reprodução humana, para descobrir se um embrião é viável, faz-se necessário uma avaliação de qualidade, defendendo que:

Esta qualidade é avaliada segundo as características de cada embrião: número e células em relação ao dia de cultivo, simetria das células, e presença/ausência de fragmentação. Assim os embriões são classificados em tipo A, B, C ou D. Os de tipo A são os de melhor qualidade, e, portanto, com maior capacidade de implantar no útero. Porém, a chance de implantação dos embriões tipo B também é muito boa. Embriões de tipo C e D em geral tem células assimétricas ou fragmentação elevada: as chances de implantação são menores (...)

Outrossim, mesmo sendo viáveis, a quantidade para transferência é limitada de acordo com a idade da receptora, segundo afirma a recomendação I, nº 7, do Conselho Federal de Medicina, em sua Resolução 2121/2015⁴ (BRASIL, 2015):

² LIMA, Hugo Camargos. **EMBRIÃO (IN)VIÁVEL?**. Disponível em: <<http://arquivos.integrawebsites.com.br/71771/0e396b1de13441c3c3752fd765afd424.pdf>>. Acesso em: 17.ago.2016

³ RODRIGUES, Fábio Eugênio. **A transferência embrionária na fertilização in-vitro (FIV) – Como implantar o embrião no útero**. Disponível em: <<http://www.medicinareprodutiva.com.br/2012/11/a-transferencia-embrionaria-na-fertilizacao-in-vitro-fiv-como-implantar-o-embriao-no-utero/>>. Acesso em: 16.ago.2015

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

Portanto, os embriões que foram concebidos através da fertilização *in vitro*, mas não foram implantados no útero da mulher, devendo continuar sendo mantidos em laboratório, são denominados de embriões excedentários e, para que permaneçam viáveis sem perderem suas propriedades, devem ser preservados através do método de congelamento conhecido como criopreservação.

Na mesma linha, conceitua Michel Clei Farias Silva e Bruna Christiane Dantas Campos⁵:

Criopreservação, também chamado de crioconservação ou criobiologia, é uma técnica aplicada no congelamento de material orgânico, células, tecidos e, não muito distante, sistemas mais complexos como um órgão, em baixa temperatura, em média de cento e noventa e seis graus Celsius negativos (-196°), muito usado nas clínicas de reprodução humana, com a finalidade de preservar o material coletado viável para a utilização posterior, sem perder as propriedades biológicas, estrutura e funcionalidade, após o descongelamento. Essa técnica já é usada há quase cinquenta anos pelas clínicas de reprodução humana assistida e na reprodução animal.

Nesta perspectiva, como os embriões excedentários devem ser conservados para serem utilizados de acordo com a vontade e necessidade de seus genitores, tornou-se imprescindível o aprimoramento dos métodos de congelamento a fim de que os embriões pudessem ser conservados sem perderem sua viabilidade e qualidade. Por conseguinte, todo embrião excedentário que é congelado para uso posterior é intitulado como um embrião criopreservado.

⁴ Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121_2015.pdf>. Acesso em: 04.set.2015

⁵ SILVA, Michel Clei Farias; CAMPOS, Bruna Christiane Dantas. **Aspectos jurídicos da criopreservação extracorpórea de células embrionárias humanas**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XII, n. 69, out 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6605>. Acesso em: 22 jun.2016.

3.1 Embrião criopreservado versus nascituro

Ressalte-se ainda que, tanto o embrião criopreservado como o nascituro, embora não sejam considerados pessoas naturais e, por conseguinte, não sejam sujeitos de direitos e obrigações, o Código Civil de 2002⁶, em seu artigo 2º, afirma que “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro” (BRASIL, 2002).

Diante disso, deve-se levar em consideração que os nascituros e os embriões criopreservados são estados, tanto biológicos, como jurídicos, totalmente diversos e, por isso, faz-se necessário traçar suas diferenças.

Vinicius Kobayashi Angulo Lopez⁷ assinala:

Nascituro é um ente que ainda não nasceu, porém já concebido, uma vez que já houve a fertilização de um óvulo por espermatozoide nas trompas de Falópio ou no útero da mulher, o que originou um “ovo”.

(...)

Note-se que enquanto os embriões excedentários não são implantados no útero da mulher, eles não são considerados nascituros, não gozando da mesma proteção jurídica desses entes.

Nesse contexto, Jussara Maria Leal de Meirelles apud Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves (2009, p. 113) expõe:

Para melhor demonstrar o problema, impõe-se traçar um paralelo entre a situação do nascituro e a do embrião pré-implantatório. Ao nascituro, ainda que se entenda que a atribuição de personalidade coincide com a nidação e os seus direitos patrimoniais são subordinados à condição resolutiva verificada pelo nascimento sem vida, a titularidade está sujeita a acontecimentos incertos cuja efetivação não está na dependência direta da vontade alheia.

⁶Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 11.set.2016.

⁷ LOPEZ, Vinicius Kobayashi Angulo. **Da proteção do nascituro e do embrião excedentário no sistema jurídico brasileiro**. Disponível em: <<http://vinicius384.jusbrasil.com.br/artigos/180640324/da-protecao-do-nascituro-e-do-embriao-excedentario-no-sistema-juridico-brasileiro>>. Acesso em: 04.set.2016.

Já ao se aplicar as mesmas referências ao embrião *in vitro*, a situação tornaria-se completamente diferente. Sua transferência ao útero estaria sujeita, dentre outros fatores, à vontade dos interessados no desenvolvimento do novo ser, que poderiam ser os titulares dos gametas fecundantes ou não. Saliente-se, portanto, que o embrião pré-implantatário teria a possibilidade de vir ou não a se tornar sujeito de direitos, em circunstâncias como as apontadas, dependendo do interesse direto que apresentassem pessoas que juridicamente com ele viriam a se relacionar.

Não se trata, então, de sujeitar a personalidade jurídica a acontecimentos naturais, como o nascimento com vida, a morte, ou até mesmo a nidação. A transferência ao útero dependeria, além dos fatores biológicos, da intenção de quem a realizasse e de quem se submetesse a tal intervenção médica.

Assevera Guilherme Menezes Aguiar⁸:

(...) o Código Civil demonstra que “toda pessoa é capaz de direitos e deveres”, sendo pessoa aquele que nasce com vida, assegurando, todavia o direito do nascituro, que para muitos civilistas é aquele que tem o nascimento como fato certo e deve estar em desenvolvimento no útero da mãe, como já demonstrado.

Como consequência das premissas expostas, conclui-se que um embrião congelado, fora do corpo humano não é pessoa, haja vista não ter nascido; e não é tampouco nascituro, em razão de não ter sido transferido para o útero materno.

Ademais, Vinicius Kobayashi Angulo Lopez⁹ demonstra que o entendimento do Supremo Tribunal Federal é que o “embrião não é sujeito de direitos como o nascituro e, portanto, não possui personalidade jurídica (...)”. Assim, o autor supramencionado afirma:

Na verdade, não há qualquer previsão constitucional que reconheça o embrião como sujeito de direitos e, conseqüentemente, garanta a sua proteção com base no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Dessa forma, é possível perceber que a legislação brasileira, por meio do Código Civil de 2002, e o Supremo Tribunal Federal garantiram direitos fundamentais aos nascituros ao lhes conferir proteção jurídica desde a sua concepção, porém, não fez o mesmo para os

⁸ AGUIAR, Guilherme Menezes. **Dreito do nascituro e do embrião no Direito Brasileiro**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/48679/dreito-do-nascituro-e-do-embriao-no-direito-brasileiro>>. Acesso em: 04.set.2016.

⁹ LOPEZ, Vinicius Kobayashi Angulo. **Da proteção do nascituro e do embrião excedentário no sistema jurídico brasileiro**. Disponível em: <<http://vinicius384.jusbrasil.com.br/artigos/180640324/da-protecao-do-nascituro-e-do-embriao-excedentario-no-sistema-juridico-brasileiro>>. Acesso em: 04.set.2016.

embriões criopreservados, através do fundamento que estes dependem não somente de fatores biológicos como também da conveniência dos genitores para dar seguimento à reprodução, apesar deles já terem sido concebidos e se caracterizarem como seres em potencial.

4 INÍCIO DA VIDA HUMANA E SUAS TEORIAS: Fato gerador da Personalidade Jurídica

Ainda na perspectiva da situação jurídica dos embriões e nascituros, a doutrina civilista aponta três principais teorias que examinam a partir de qual momento a personalidade jurídica é adquirida levando sempre em consideração como fato gerador a vida. Desse modo, são elas: a teoria natalista, a da personalidade condicional e a concepcionista.

Diante disso, a teoria natalista, segundo Gonçalves (2014, v.1, p.103), “afirma que a personalidade civil somente se inicia com o nascimento com vida”, e, complementando esse conceito, Tartuce (2016, p. 76) assevera:

A teoria natalista prevalecia entre os autores modernos ou clássicos do Direito Civil Brasileiro, para quem o nascituro não poderia ser considerado pessoa, pois o Código Civil exigia e ainda exige, para a personalidade civil, o nascimento com vida.

Nesta linha de pensamento, Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves (2009, p. 65) sustentam que “Os natalistas (a) fazem surgir a personalidade do nascimento. Logo, nascituro não é pessoa, ainda que receba alguma proteção legal”. Este raciocínio desemboca na observação feita por Tartuce (2016, p.76) na qual argumenta que “Do ponto de vista prático, a teoria natalista nega ao nascituro até mesmo os seus direitos fundamentais, relacionados com a sua personalidade, caso do direito à vida, à investigação de paternidade, aos alimentos, ao nome e até à imagem”.

Ademais, outra teoria adotada pela doutrina é a da personalidade condicional na qual, de acordo com Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves (2009, p.66), “defende o início da personalidade a partir da concepção, desde que a criança nasça com vida. Segundo tal teoria, a aquisição de direitos pelo nascituro seria feita pelo implemento da condição resolutiva “nascer com vida””.

Assim, corrobora Tartuce (2016, p.76):

A teoria da personalidade condicional é aquela pela qual a personalidade civil começa com o nascimento com vida, mas os direitos do nascituro estão sujeitos a uma condição suspensiva, ou seja, são direitos eventuais. No caso, a condição é justamente o nascimento daquele que foi concebido.

E, Ana Paula Asfor¹⁰ acrescenta:

Os adeptos da teoria da personalidade condicionada afirmam que nascendo com vida, a existência do indivíduo, no tocante aos seus interesses, retroagiria ao momento da concepção. Os direitos assegurados ao nascituro se encontrariam em estado potencial, ou seja, esperando a realização do nascimento com vida para que fossem seguramente efetivados.

Por derradeiro, Gonçalves (2014, v.1, p.103) conclui:

(...) a da *personalidade condicional* sustenta que o nascituro é pessoa condicional, pois a aquisição da personalidade acha-se sob a dependência de condição suspensiva, o nascimento com vida, não se tratando propriamente de uma terceira teoria, mas de um desdobramento da teoria natalista, visto que também parte da premissa de que a personalidade tem início com o nascimento com vida;

Outrossim, a última teoria mais adotada entre os civilistas é a concepcionista cujo entendimento, segundo Tartuce (2016, p.77), reconhece o nascituro como pessoa humana, uma vez que possui direitos assegurados por lei. Nesta senda, Gonçalves (2014, v.1, p.103) conceitua como aquela na qual “se adquire a personalidade antes do nascimento, ou seja, desde a concepção, ressalvados apenas os direitos patrimoniais, decorrentes da herança, legado e doação, que ficam condicionados ao nascimento com vida”.

Dessa forma, Jussara Maria Leal de Meirelles apud Danúbia Cantieri Silva¹¹ constata:

Porém o que a teoria assegura é que, desde o momento da concepção, encontram-se no genoma do ser que se forma as condições necessárias para o seu completo desenvolvimento biológico. Ainda que insuficientes, tais condições são necessárias, o que vem a significar que desde a concepção existe a potencialidade e a virtualidade de uma pessoa.

Complementando, Danúbia Cantieri Silva¹² aduz:

¹⁰ ASFOR, Ana Paula. Início da personalidade civil . **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3629, 8 jun. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/24650>>. Acesso em: 22 set. 2016.

¹¹ SILVA, Danúbia Cantieri. A tutela jurídica do embrião implantado à luz da dignidade da pessoa humana. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 111, abr 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13108>. Acesso em 22. set. 2016.

¹² Idem

Com esse entendimento, se observa que as propriedades características da pessoa humana, ou seja, todo o material genético, já estão presentes no embrião, em estado de latência. Assim, nota-se que o embrião já é considerado ser humano com vida própria, garantindo o ordenamento jurídico à tutela do embrião e do nascituro.

Contudo, apesar da percepção apontada pela autora Danúbia Cantieri Silva, os embriões no âmbito jurídico atual ainda não são considerados seres humanos e, por consequência, não estão resguardados pelo ordenamento jurídico, haja vista que, conforme preceitua Gonçalves (2014, v.1, p. 104):

(...) a doutrina tradicional sustenta ter o direito positivo adotado, nessa questão, a *teoria natalista*, que exige o nascimento com vida para ter início a personalidade. Antes do nascimento não há personalidade. Ressalvam-se, contudo, os direitos do nascituro, desde a concepção. Nascer com vida, a sua existência, no tocante aos seus interesses, retroage ao momento de sua concepção.

Observa, também, Washington de Barros Monteiro apud Gonçalves (2014, v.1, p.107) com relação aos embriões:

Poder-se-ia até mesmo afirmar que na vida intrauterina tem nascituro e na vida extrauterina tem o embrião, concebido *in vitro*, *personalidade jurídica formal*, no que atina aos direitos personalíssimos, visto ter carga genética diferenciada desde a concepção, seja ela *in vivo* ou *in vitro* (Recomendação n. 1.046/89, n.7, do Conselho da Europa), passando a ter *personalidade jurídica material*, alcançando os direitos patrimoniais, que se encontravam em estado potencial, somente com o nascimento com vida (CC, art. 1.808, §3º). Se nascer com vida adquire personalidade jurídica material, mas se tal não ocorrer nenhum direito patrimonial terá.

Neste ínterim, como afirma Tartuce (2016, p.76), “a teoria natalista está totalmente distante do surgimento das novas técnicas de reprodução assistida e da proteção dos direitos do embrião. Também está distante de uma proteção ampla de direitos da personalidade”, embora tenha sido acolhida pelos aplicadores do direito, uma vez que os embriões gerados através dos métodos extracorpóreos, além de já possuírem carga genética sendo então capazes de serem considerados pessoas em potencial, estão sendo reproduzidos em uma escala quantitativa significativa e mantidos congelados por um longo período de tempo, por isso, têm o direito a ter a devida chancela jurídica dos seus direitos fundamentais a fim de que

possam ser preservados em condições viáveis de desenvolvimento para que tenham a chance de a qualquer momento nascerem com vida.

Em razão do exposto, faz-se necessário trazer posicionamentos mais específicos defendidos tanto pela doutrina, como pela jurisprudência, relacionados ao fato que enseja a garantia aos direitos fundamentais e, por conseguinte, à personalidade jurídica dos embriões, qual seja, o momento em que se tem início a vida humana.

4.1 Abordagem doutrinária acerca do início da vida humana e o consequente direito da personalidade dos embriões criopreservados

Para que um ser humano seja tutelado com a proteção dos seus direitos inerentes à personalidade, foi visto pelas teorias retro tratadas que estes circundam sempre em torno do acontecimento vida. Acontece que há enorme e controversa discussão no âmbito doutrinário em relação ao marco inicial da vida, isto é, a partir de qual momento é possível considerar que a vida tem o seu início, o seu fato gerador. Portanto, serão abordados a seguir quais os entendimentos predominantes entre os doutrinadores mais influentes na área do direito acerca dessa questão.

Destarte, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, *caput*¹³ (BRASIL, 1988), chancela como direito e garantia fundamental a todas as pessoas o direito à vida e em seguida todos os seus direitos necessários a fim de que seja possível sobreviver tendo uma vida digna. Ocorre que, embora tenha disposto a vida como primeira premissa, a Carta Magna não explicitou desde que momento esse direito e garantia está assegurado.

Nathalia Masson (2015, p.213) aduz:

Nossa Carta Constitucional **não dispõe sobre o início da vida humana**, precisando o instante em que ela começa. E, a rigor, nem deve mesmo fazê-lo, afinal não é atribuição da ciência jurídica fixar este marco, mas sim das ciências naturais. Não há, todavia, qualquer consenso científico hoje a esse respeito.

¹³ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

Nesse sentido, como não há uma previsão constitucional fixando o marco inicial da vida humana, restou à doutrina o debate sobre este assunto. Contudo, não há uma unanimidade entre os doutrinadores conforme expõe ainda Nathalia Masson (2015, p.213-214):

Para alguns, a **concepção** (fecundação do óvulo pelo espermatozoide, da qual resulta um ovo ou zigoto) marca esse início. (...) Outros defendem que a **nidação** (fixação do zigoto no útero materno) é um marco temporal mais adequado, haja vista o embrião só se desenvolver dentro do útero. Para uma terceira corrente, a vida humana só tem início a partir da **formação do sistema nervoso central** (capacidade neurológica de sentir prazer e dor), o que ocorre por volta do 14º dia após a concepção. Há, por fim, quem entenda que a passagem da “pessoa humana em potencial” para “pessoa humana *tout court*” ocorreria a partir do momento em que o feto passa a ter capacidade de existir fora do ventre materno, entre a 24ª e a 26ª semana gestação.

Então, a maior dificuldade para existir um consenso nesse tema encontra-se relacionada ao fato de que estão introduzidas na sociedade atual as técnicas de reprodução assistida, as quais tornam possível o congelamento de embriões que podem permanecer fora do útero materno por anos, se for o caso. E a dúvida que resta é se esses embriões tem vida e, por consequência, se são sujeitos de todos os direitos decorrentes do direito à vida.

Neste diapasão, Diniz (2010, p.36) sustenta:

Ante as novas técnicas de fertilização *in vitro* e do congelamento de embriões humanos, houve quem levantasse o problema relativo ao momento em que se deve considerar juridicamente o *nascituro*, entendendo-se que a vida tem início, naturalmente, com a concepção no *ventre materno*. Assim sendo, na fecundação na proveta, embora seja a fecundação do óvulo, pelo espermatozoide, que inicia a vida, é a *nidação* do zigoto ou ovo que a garantirá; logo, para alguns autores, o nascituro só será “pessoa” quando o ovo fecundado for implantando no útero materno, sob a condição do nascimento com vida. O embrião humano congelado não poderia ser tido como nascituro, apesar de dever ter proteção jurídica como pessoa virtual, com uma carga genética própria. Embora a vida se inicie com a fecundação, e a vida viável com a gravidez, que se dá com a nidação, entendemos que na verdade o início legal da consideração jurídica da personalidade é o momento da penetração do espermatozóide no óvulo, mesmo fora do corpo da mulher.

Outrossim, entre os autores que defendem a ideia de que a partir da concepção se tem vida, está Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2013, p.258-259):

O elemento decisivo para se reconhecer e se proteger o direito à vida é a verificação de que existe vida humana desde a concepção, quer ela ocorra naturalmente, quer *in vitro*. O nascituro é um ser humano. Trata-se, indisputavelmente, de um ser vivo, distinto da mãe que o gerou, pertencente à espécie biológica do *homo sapiens*. Isso é bastante para que seja titular do direito à vida – apanágio de todo ser que surge do fenômeno da fecundação humana.

Por outra vertente, José Afonso da Silva (2014, p.205), ao discutir o tema sobre o aborto, alega que “Tudo vai depender da decisão sobre quando começa a vida” e, sendo assim, entende que incumbe à legislação ordinária, principalmente a penal, decidir o marco inicial da vida humana para então definir a partir de que momento pode ocorrer o crime de aborto.

Portanto, ao se buscar os doutrinadores do campo criminal, percebe-se que há uma prevalência de que a vida somente está assegurada a partir da fixação do zigoto no útero materno e que não há o direito fundamental à vida desde a concepção, em contradição ao que entende os autores supramencionados, deixando, desse modo, sem proteção legal os embriões resultantes das técnicas de reprodução assistida.

Para tanto, Rogério Greco (2015, v.2, p.234) defende:

Contudo, para fins de proteção por intermédio da lei penal, a vida só terá relevância após a *nidação*, que diz respeito à *implantação do óvulo já fecundado no útero materno*, o que ocorre 14 (catorze) dias após a fecundação.

Assim, enquanto não houver a nidação não haverá possibilidade de proteção a ser realizada por meio da lei penal.

Como se vê, a questão aqui suscitada é bastante conflitante, tendo em vista que o posicionamento dos autores além de levar em conta as ciências naturais, que não estabeleceram até o presente momento o início da vida, agrega também as suas ideologias pessoais o que geram muitas perspectivas acerca do tema que, porém, não promovem o consenso.

Isto posto, após tantos debates e nenhuma unanimidade, restam aos Tribunais deliberarem e fixarem o marco inicial da vida, dado que possuem o condão de estabelecerem uma uniformidade entre as decisões que envolvem esta controvérsia.

4.2 Repercussão da ADI nº 3.510: viabilidade dos embriões criopreservados

A propósito, chegou o Supremo Tribunal Federal a debater sobre tal questão, já que o Procurador-Geral da República ajuizou, em 2005, uma Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 3.510 impugnando o art. 5º da Lei de Biossegurança¹⁴ (BRASIL, 2005), cuja redação é a seguinte:

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.

(destacou-se)

Dessa forma, o Procurador-Geral da República fundamentou a referida ADI de acordo com o art. 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, o qual institui como fundamento da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana, bem como o art. 5º, *caput*, da Carta Magna que coloca a vida como direito e garantia fundamental inviolável de todos os seres humanos, sem distinção (BRASIL, 1988).

Com efeito, para que fosse possível julgar se o art. 5º da Lei de Biossegurança, ao permitir a utilização de pesquisas com células-tronco embrionárias de embriões criopreservados inviáveis ou que permanecem guardados por mais de três anos, realmente ofendia o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e do direito à vida, foi necessário aos Ministros do STF, anteriormente, definirem a partir de que momento tem início a vida, uma vez que a Constituição Federal de 1988 não precisou tal marco inicial.

¹⁴ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm>. Acesso em: 22.out.2016.

Sendo assim, em 2008, o Supremo Tribunal Federal proferiu a decisão, por seis votos a cinco, de que o art. 5º da Lei de Biossegurança (BRASIL, 2005) é constitucional e não viola o princípio da dignidade humana, nem o direito fundamental à vida. Desse modo, sustenta Nathalia Masson (2015, p.214):

A conclusão a que se chega após essa relevante decisão prolatada pela nossa Suprema Corte é a de que a vida não se inicia com a fecundação do óvulo (a partir da concepção), mas em determinada fase de desenvolvimento do embrião humano, após a formação da placa neural.

Assevera, Uadi Lammêgo Bulos (2014, p.542-543):

Ao julgar improcedente a **ADIn 3.510**, reconhecendo a **constitucionalidade do art. 5º da Lei de Biossegurança**, ajuizada pela Procuradoria-Geral da República, o Supremo acatou a tese de que as pesquisas com células-tronco embrionárias não violam o direito à vida, tampouco a dignidade da pessoa humana. Ao contrário, tais pesquisas encontram suporte no próprio direito à vida, à saúde, ao planejamento familiar, à pesquisa científica. Soma-se a isso o espírito de sociedade fraternal preconizado pela Constituição brasileira, que permite o uso de células-tronco embrionárias nas pesquisas para a cura de doenças. Entendeu o Ministro Carlos Britto, relator da matéria, que, para existir vida humana, é preciso que o embrião tenha sido implantado no útero humano, com a participação ativa da futura mãe. O zigoto – embrião em estágio inicial – é a primeira fase do embrião humano, a célula-ovo ou célula-mãe, mas representa uma realidade distinta da pessoa natural, porque ainda não tem cérebro formado. O Ministro Celso de Mello, ao acompanhar o voto do relator, explicou que o Estado não pode ser influenciado pela religião, alertando que a decisão da Corte permitirá que milhões de brasileiros, que hoje sofrem e se acham postos à margem da vida, exerçam, de modo concreto, um direito básico e inalienável que é “o direito à busca da felicidade e também o direito de viver com dignidade, direito de que ninguém, absolutamente ninguém, pode ser privado”.

Assim, dispõe trecho da tese da decisão da ADI nº 3.510 (BRASIL, 2008):

III - A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À VIDA E OS DIREITOS INFRACONSTITUCIONAIS DO EMBRIÃO PRÉ-IMPLANTO. O Magno Texto Federal não dispõe sobre o início da vida humana ou o preciso instante em que ela começa. Não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativiva (teoria "natalista", em contraposição às teorias "concepcionista" ou da "personalidade condicional"). E quando se reporta a "direitos da pessoa humana" e até dos "direitos e garantias individuais" como cláusula pétrea está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa, que se faz destinatário dos direitos fundamentais "à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade",

entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (como direito à saúde e ao planejamento familiar). Mutismo constitucional hermenêuticamente significante de transpasse de poder normativo para a legislação ordinária. A potencialidade de algo para ADI 3.510 / DF se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. Mas as três realidades não se confundem: **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.**

IV - AS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO NÃO CARACTERIZAM ABORTO. MATÉRIA ESTRANHA À PRESENTE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. É constitucional a proposição de que toda gestação humana principia com um embrião igualmente humano, claro, mas **nem todo embrião humano desencadeia uma gestação igualmente humana, em se tratando de experimento "in vitro". Situação em que deixam de coincidir concepção e nascituro, pelo menos enquanto o ovócito (óvulo já fecundado) não for introduzido no colo do útero feminino. O modo de irromper em laboratório e permanecer confinado "in vitro" é, para o embrião, insuscetível de progressão reprodutiva.** Isto sem prejuízo do reconhecimento de que o zigoto assim extra-corporalmente produzido e também extra-corporalmente cultivado e armazenado é entidade embrionária do ser humano. Não, porém, ser humano em estado de embrião. A Lei de Biossegurança não veicula autorização para ADI 3.510 / DF extirpar do corpo feminino esse ou aquele embrião. Eliminar ou desentranhar esse ou aquele zigoto a caminho do endométrio, ou nele já fixado. Não se cuida de interromper gravidez humana, pois dela aqui não se pode cogitar. A "controvérsia constitucional em exame não guarda qualquer vinculação com o problema do aborto." (Ministro Celso de Mello). (STF, Pleno, ADIn 3.510, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, j. em 29.mai.2008) (destacou-se)

Entrementes, percebe-se que ao julgar a ADI nº 3.510 improcedente, o Supremo Tribunal Federal entendeu que, embora os embriões humanos criopreservados possuam uma carga genética, é preciso levar em consideração que eles não são pessoas em concreto, não possuem perspectiva de serem gerados e, por isso, não se deve escolher preservar a viabilidade de um embrião congelado em detrimento de uma pessoa humana viva que está exercendo efetivamente o seu direito básico à vida e à dignidade da pessoa humana.

Diante das circunstâncias, filiou-se a Suprema Corte à teoria natalista, entendendo que estão assegurados aos direitos e garantias fundamentais, como à vida, liberdade, dignidade da pessoa humana àqueles que nascerem com vida, com exceção dos direitos que o Código Civil de 2002 resguarda aos nascituros.

5 A CUSTÓDIA DOS EMBRIÕES CRIOPRESERVADOS

A palavra “custódia” tem sua origem etimológica do latim *custodia*, a qual significa o ato de guardar, de vigiar. Sendo assim, segundo Aurélio Buarque de Holanda Ferreira (1986, p. 515), custódia tem correlação com guarda, segurança e proteção. Nesse intuito, afirma-se como uma situação na qual uma pessoa, em regra, vulnerável, se encontra sob a proteção, cuidado e vigilância de outra qualificada para tal responsabilidade.

Desse modo, a custódia dos filhos menores, conforme anunciava o Código Civil de 1916, em seu artigo 326¹⁵, salvo em caso de separação consensual, onde os pais acordavam a guarda, era determinada averiguando-se a culpa pelo fim do casamento, logo, ao cônjuge que não tivesse dado causa ao “desquite” era dado o direito a ter a guarda dos filhos. Contudo, se ambos os cônjuges fossem culpados pelo fim do casamento, os filhos ficariam, em regra, sob a guarda da mãe e, em última hipótese, poderiam ficar sob os cuidados de terceiros (BRASIL, 1916).

E, para corroborar o Código Civil de 1916, a Lei do Divórcio (BRASIL, 1977¹⁶) igualmente instituiu:

Art. 10 - Na separação judicial fundada no "caput" do art. 5º, os filhos menores ficarão com o cônjuge que a ela não houver dado causa.

§ 1º - Se pela separação judicial forem responsáveis ambos os cônjuges, os filhos menores ficarão em poder da mãe, salvo se o juiz verificar que de tal solução possa advir prejuízo de ordem moral para eles.

§ 2º - Verificado que não devem os filhos permanecer em poder da mãe nem do pai, deferirá o juiz a sua guarda a pessoa notoriamente idônea da família de qualquer dos cônjuges.

Assim sendo, como bem assevera Dias (2015, pág. 519):

Essas regras, encharcadas de conservadorismo, deixavam de priorizar o **direito da criança**. Questionava-se apenas a postura dos genitores, como

¹⁵ Art. 326. Sendo desquite judicial, ficarão os filhos menores com o cônjuge inocente.

§ 1º Se ambos os cônjuges forem culpados ficarão em poder da mãe os filhos menores, salvo se o juiz verificar que de tal solução possa advir prejuízo de ordem moral para eles.

§ 2º Verificado que não devem os filhos permanecer em poder da mãe nem do pai deferirá o juiz a sua guarda a pessoa notoriamente idônea da família de qualquer dos cônjuges ainda que não mantenha relações sociais com o outro a quem, entretanto, será assegurado o direito de visita.

¹⁶ Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6515.htm>. Acesso em: 16. ago. 2016.

verdadeira ameaça, quase uma intimidação em prol da manutenção do casamento.

Portanto, os filhos não eram tratados como sujeitos de direitos, haja vista que não se levava em consideração qual seria o melhor guardião para a criança ou adolescente, ao contrário, somente se observava o filho como uma espécie de recompensa ao cônjuge inocente exatamente por não ter dado causa ao término do casamento.

Com a vigência da Emenda Constitucional de nº 66, de 13 de julho de 2010¹⁷ (BRASIL, 2010), houve a supressão da concepção de culpa de um dos cônjuges pelo divórcio e, conseqüentemente, no capítulo da “Proteção da Pessoa dos Filhos”¹⁸ presente no Código

¹⁷ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc66.htm>. Acesso em: 03.nov.2016.

¹⁸ Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

§ 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.

§ 2º Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos:

§ 3º Na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos.

§ 4º (VETADO)

§ 5º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos, e, para possibilitar tal supervisão, qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar informações e/ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos.

Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:

I – requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar;

II – decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe.

§ 1º Na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas.

§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor.

§ 3º Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar, que deverá visar à divisão equilibrada do tempo com o pai e com a mãe.

§ 4º A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda unilateral ou compartilhada poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor.

Civil de 2002 (BRASIL, 2002), passou a ser levada em consideração a proteção integral dos filhos instaurada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente¹⁹ (BRASIL, 1990).

Entrementes, a guarda passou a ser atribuída a quem dispusesse de melhores condições, conforme se pode observar da redação original do parágrafo 2º, do artigo 1.853, do Código Civil de 2002²⁰ (BRASIL, 2002), a ser analisada consoante o livre entendimento do juiz ao verificar o caso concreto. Conforme leciona Gonçalves (2015, v. 6, p. 291):

Não se indaga, portanto, quem deu causa à separação e quem é o cônjuge inocente, mas qual deles revela melhores condições para exercer a guarda dos filhos menores, cujos interesses foram colocados em primeiro plano. A solução será, portanto, a mesma se ambos os pais forem culpados pela separação e se a hipótese for de ruptura da vida em comum ou de separação por motivo de doença mental. A regra inovadora amolda-se ao princípio do “melhor interesse da criança”.

Outrossim, o entendimento de guarda exclusivamente unilateral para o genitor que revelasse as melhores condições não perdurou por muito tempo, tendo em vista que, em 2008, foi promulgada a Lei 11.698/2008, a qual, além de modificar diversos artigos do Código Civil de 2002, em relação à proteção dos filhos, instaurou a guarda compartilhada.

Como assinala Dias (2015, p. 520):

O primeiro avanço ocorreu em 2008, com a instituição da **guarda compartilhada** (L 11.698/08). Deixou de ser priorizada a **guarda individual**, conferindo aos genitores a responsabilização conjunta e o exercício igualitário dos direitos e deveres concernentes à autoridade parental. O modelo de corresponsabilidade foi um avanço, ao retirar da guarda a ideia de posse e favorecer o desenvolvimento das crianças com menos traumas, pela continuidade da relação dos filhos com seus dois genitores. Determinou a atribuição da guarda a quem revelasse melhores condições para atendê-la, dispondo o não guardião do direito de visitar os filhos e fiscalizar sua manutenção e a educação.

§ 5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda a pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade.

§ 6º Qualquer estabelecimento público ou privado é obrigado a prestar informações a qualquer dos genitores sobre os filhos destes, sob pena de multa de R\$ 200,00 (duzentos reais) a R\$ 500,00 (quinhentos reais) por dia pelo não atendimento da solicitação.

¹⁹ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em: 16. ago. 2016.

²⁰ Art. 1.583, § 2º A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores:

Portanto, após a Lei 11.698/2008, têm-se duas espécies de guarda, a saber, a unilateral e a compartilhada, as quais foram regulamentadas da seguinte maneira no Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002):

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

§ 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.

§ 2º A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores:

I – afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar;

II – saúde e segurança;

III – educação.

§ 3º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos.

Art. 1.584, § 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, **sempre que possível**, a guarda compartilhada.

(destacou-se)

Todavia, recentemente, os artigos supramencionados foram novamente alterados pela Lei 13.058/2014²¹, a qual alguns doutrinadores a denominam como Lei da Igualdade Parental ou até mesmo de Lei da Guarda Compartilhada Obrigatória, haja vista que, com a nova modificação, a prioridade de escolha deve ser sempre a da guarda compartilhada tendo os pais que dividirem de forma equilibrada o tempo de convívio com os filhos.

Portanto, na lição de Lôbo apud Dias (2015, p. 523), “a guarda dos filhos é, implicitamente, conjunta, apenas se individualizando quando ocorre a separação de fato ou de direito dos pais”. E complementando esse pensamento, Dias (2015, p. 523) afirma “também quando o filho for reconhecido por **ambos os pais**, não residindo eles sob o mesmo teto e não

²¹ Art. 1.583, § 2º Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos.

Art. 1.583, § 3º Na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos.

Art. 1.584, § 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor.

havendo acordo sobre a guarda, o juiz decide atendendo ao melhor interesse do menor (CC 1.612²²)”.

Ainda pelo ensinamento de Dias (2015, p. 522), extrai-se que “a definição da ‘guarda’ identifica quem tem o filho em sua companhia”. Diante disso, o termo “custódia” ou “guarda” é utilizado, geralmente, para se referir aos filhos já nascidos que possuem pais separados e, por isso, na maioria das vezes, apesar da preferência do legislador pela guarda compartilhada, os Tribunais sob o argumento do princípio do melhor interesse da criança, designam um dos genitores a ter, de forma unilateral, a inteira responsabilidade em decidir sobre a vida do filho. Neste ínterim, estabelece o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990), em seu art. 33 que “A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais” (BRASIL, 1990).

Quanto ao outro genitor, sendo caso de guarda unilateral, resta o direito de regulamentação de visitas e o dever de supervisionar os interesses do filho, conforme determina o art. 1.583, §5º, do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002):

§ 5º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos, e, para possibilitar tal supervisão, qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar informações e/ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos.

Dessa forma, consoante preleciona Tartuce (2016, p. 1.321):

Não é pelo fato de a guarda ser unilateral que as decisões referentes aos filhos passam a ser exclusivas daquele que detém a guarda. Decisão sobre a escola em que estuda o filho, religião, tratamento médico, entre outras, já é e sempre foi decisão, de ambos os pais, pois decorre do poder familiar.

Por outra vertente, há a possibilidade da guarda do filho ser compartilhada instituindo-se essa, de acordo com o art. 1.583, §1º, do Código Civil de 2002, como “a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns” e, na sequência, em seu §2º, sustenta que

²² Art. 1.612. O filho reconhecido, enquanto menor, ficará sob a guarda do genitor que o reconheceu, e, se ambos o reconheceram e não houver acordo, sob a de quem melhor atender aos interesses do menor.

“Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos” (BRASIL, 2002).

Porém, a expressão “custódia” no presente trabalho tem por referência os embriões criopreservados, potenciais seres humanos, e, portanto, deve ser entendida, como o direito que um dos genitores deterá em dirimir o que fazer com o embrião que se encontra congelado, ou seja, em caso de desentendimento, em relação a gerar ou não o embrião, entre os genitores, que se encontram separados, a custódia significará o poder que um deles terá de decidir esta controvérsia.

Portanto, a custódia em questão não tem por objetivo definir com quem o filho conviverá, quais os dias de visita, mas, sim, determinar quem possui o direito de vigilância, proteção do embrião congelado: se aquele que quer gerá-lo e almeja pelo seu nascimento ou se aquele que não quer gerá-lo e que pretende descongelá-lo e descartá-lo. Assim, a única maneira possível de guarda a ser estabelecida nesta lide é a unilateral, já que o intuito dos genitores encontra-se totalmente em lados opostos.

5.1 Leading cases: as disputas pela custódia dos embriões criopreservados nos tribunais de justiça americanos

Tendo em vista que nos Tribunais brasileiros, até o momento da elaboração desse trabalho, não surgiram lides que envolvem a problemática aqui proposta, é indispensável apresentar alguns casos que emergiram nos Tribunais de Justiça norte-americanos.

5.1.1 Szafranski versus Dunston

O primeiro caso a ser tratado é o de Jacob Szafranski contra Karla Dunston. Nesta linha, em sede de Apelação de nº 122975-B²³, no Tribunal de Illinois nos Estados Unidos da América, Jacob Szafranski recorreu contra decisão de 1ª instância que determinou que Karla Dunston pode utilizar os embriões congelados.

A princípio cumpre relatar os acontecimentos que levaram Jacob Szafranski a evocar o Judiciário norte-americano. Consoante se verifica no texto da decisão da Apelação, Karla foi diagnosticada, em 2010, com linfoma e esperava-se que sofresse falência de ovário e infertilidade por causa do tratamento de quimioterapia ao qual deveria se submeter. Desse modo, Jacob e Karla, que na época eram namorados, concordaram em utilizar a técnica da fertilização *in vitro* a fim de criar embriões e congelá-los. Todavia, com o término do relacionamento, as partes começaram a discordar se Karla poderia utilizar os embriões congelados e Jacob resolveu instaurar um processo contra Karla com o objetivo de proibi-la de usá-los e, em contrapartida, Karla reconveio requerendo a custódia e o controle único sobre os embriões²⁴.

Neste sentido, o Juízo de 1ª instância norte-americano descobriu que Jacob e Karla firmaram um acordo oral em que ele permitia a Karla o uso dos embriões sem necessitar do seu consentimento, bem como entendeu que o documento assinado por eles antes do procedimento da fertilização *in vitro*, denominado de *Informed Consent*, não modificou ou contradisse o contrato oral. Além disso, o Juízo aplicou o princípio da proporcionalidade e razoabilidade²⁵ e julgou a ação improcedente reconhecendo que Karla está habilitada a utilizar os embriões, tendo em vista que seus interesses prevalecem sobre os de Jacob²⁶.

²³ Disponível em:

<<http://www.illinoiscourts.gov/opinions/appellatecourt/2015/1stdistrict/1122975.pdf>>. Acesso em: 20.jun.2016. Tendo em vista que se trata de uma decisão do Tribunal de Illinois citada indiretamente com traduções feitas livremente pela autora deste trabalho, o texto original da sentença meritória estará nas seguintes notas de rodapé precedidas do termo “tradução nossa”.

²⁴ Tradução nossa, segue texto original: In 2010, plaintiff, Jacob Szafranski, and defendant, Karla Dunston, entered into an agreement to undergo in vitro fertilization (IVF) together for the purpose of creating pre-embryos. Karla had been diagnosed with lymphoma and was expected to suffer ovarian failure and infertility as a result of her chemotherapy treatment. During the IVF procedure, Jacob and Karla agreed to fertilize all of the eggs that were retrieved. Jacob deposited his sperm for the IVF and three viable pre-embryos were created and frozen. After their relationship ended, the parties disagreed over whether Karla could use the pre-embryos. Jacob sued to enjoin Karla from using them, and Karla filed a counterclaim seeking sole custody and control over the pre-embryos. Following a hearing on the parties' motions for summary judgment, the circuit court awarded Karla sole custody and control of the pre-embryos and the right to use them to have children.

²⁵ Tradução nossa, segue texto original: The court found that Jacob and Karla had an oral contract allowing Karla to use the pre-embryos without Jacob's consent, and rejected Jacob's assertion that the

No entanto, apesar de Jacob Szafranski ter apelado da decisão, o Tribunal de Illinois seguiu a mesma esteira do Juízo de 1ª instância e concordou que Karla Dunston tem direito a usar os embriões congelados, haja vista que ao pesquisar decisões de disputas similares, os Tribunais estão resolvendo lides que envolvem embriões criados com o esperma de uma parte e o óvulo da outra da seguinte maneira: (1) honrando qualquer acordo avançado firmado entre as partes, e (2) ponderando os interesses relativos das partes em usar ou não usar os embriões em caso de não existir acordo²⁷.

Assim, o Tribunal de Illinois afirma que restou comprovada a existência de um contrato oral firmado entre as partes, um dia antes de assinarem o *Informed Consent*, em que concordaram em criar os embriões a fim de que Karla pudesse usá-los para ter filhos biológicos²⁸.

Ademais, sustenta o Tribunal de Illinois que não encontrou nenhuma linguagem no *Informed Consent* que o fizesse sobrepor ao contrato oral previamente estipulado entre as partes²⁹, como também o acordo não estabelece o que acontecerá com os embriões em caso de casais não casados se separarem³⁰ de forma que a falta de previsão não pode servir de prova de que existe um ajuste avançado para reservar o consentimento de Jacob quanto ao uso dos embriões no futuro³¹. Por fim, o Tribunal de Illinois ratifica a decisão do Juízo de 1ª instância compreendendo que os interesses de Karla Dunston prevalecem acima dos de Jacob

medical informed consent document signed by the parties modified or contradicted their oral contract. Alternatively, the court ruled in favor of Karla under the balancing-of-interests test.

²⁶ Tradução nossa, segue texto original: (...) the circuit court explained that Karla was entitled to use the pre-embryos because her interests prevailed over Jacob's competing interests.

²⁷ Tradução nossa, segue texto original: Following an extensive survey of Illinois law and that of other jurisdictions involving similar disputes, we held that disputes over the disposition of pre-embryos created with one party's sperm and the other party's ova should be settled by: (1) honoring any advance agreement entered into by the parties, and (2) weighing the parties' relative interests in using or not using the pre-embryos in the event there is no such agreement.

²⁸ Tradução nossa, segue texto original: The evidence at trial supported the circuit court's finding that the parties formed an oral contract on March 24, wherein they agreed to create pre-embryos that Karla could use to have a biological child.

²⁹ Tradução nossa, segue texto original: We find no language in the Informed Consent that would override Jacob and Karla's prior oral contract wherein the parties consented to Karla using the pre-embryos at her discretion to have a biological child.

³⁰ Tradução nossa, segue texto original: Significantly, the Informed Consent does not state what will happen to pre-embryos in the event an unmarried couple separates.

³¹ Tradução nossa, segue texto original: Contrary to Jacob's argument, the lack of any dispositional option in this provision is not evidence of an advance agreement to "reserve" his consent to the future use of the pre-embryos.

Szafranski, uma vez que esta é a última e única oportunidade de Karla ter um filho biológico³².

Como se vê, o Tribunal de Illinois ao aplicar o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade ao caso concreto determinou que Karla Dunston tem a custódia total sobre os embriões congelados com seus óvulos e com os espermatozoides de Jacob Szafranski, uma vez que, após passar por um tratamento que a deixou infértil, esta é a única forma que restou para que ela pudesse constituir uma família biológica, além de que Jacob desde o início concordou em congelar os embriões e deixá-los à disposição de Karla.

5.1.2 Findley versus Lee

Na sequência, o segundo caso a ser apresentado é o de Stephen Findley em desfavor de Mimi Lee perante o Tribunal da Califórnia, ação protocolada sob o nº FDI-13-780539³³. Conforme se depreende do texto da decisão, constata-se que o Tribunal foi acionado com o fim de determinar os direitos de Stephen e Mimi em relação aos embriões que foram congelados na constância do casamento³⁴.

De acordo com as informações constantes da decisão do Tribunal da Califórnia, Stephen e Findley, quando estavam casados, congelaram cinco embriões pelo procedimento da fertilização *in vitro*, através de um contrato denominado *Consent & Agreement*, como um meio de preservar a opção de ter uma família em razão do diagnóstico de câncer de Lee e o possível rumo do tratamento³⁵.

³² Tradução nossa, segue texto original: Finally, we cannot say that the court erred in finding that Karla's interests prevail over Jacob's interests in this dispute, based on evidence in the record that the pre-embryos represent Karla's last and only opportunity to have a biological child with her own eggs.

³³ Disponível em:

<http://www.sfsuperiorcourt.org/sites/default/files/pdfs/FINDLEY_Statement_Of_Decision%20Rev_1.pdf>. Acesso em: 20.jun.2016. Tendo em vista que se trata de uma decisão do Tribunal da Califórnia citada indiretamente com traduções feitas livremente pela autora deste trabalho, o texto original da sentença meritória estará nas seguintes notas de rodapé precedidas do termo "traduções nossas".

³⁴ Tradução nossa, segue texto original: The Court is required in this case to determine the rights of a now-divorced wife, Mimi Lee, and husband, Stephen Findley, to five fertilized embryos ("the Embryos") frozen during their marriage.

³⁵ Tradução nossa, segue texto original: Lee and Findley also began to explore IVF as a way to preserve the option of havign a Family given Lee's cancer diagnosis and possible courses of treatment.

Ocorre que, diferentemente do contrato de Karla Dunston e Jacob Szafranski, o acordo escrito (*Consent & Agreement*) de Mimi e Stephen previa inequivocamente em uma de suas disposições que os embriões não poderiam ser utilizados na ocorrência de divórcio e que, nesse caso, eles deveriam ser descongelados e descartados³⁶.

Acontece que, após Stephen anunciar a Mimi o seu desejo pelo divórcio, ela o informou que almejava utilizar um ou mais embriões para tentar ter uma gravidez viável. Por conseguinte, Stephen negou o seu consentimento. Assim, Mimi, em resposta à ação de divórcio, requereu ao Tribunal da Califórnia que alguns ou todos os embriões tivessem a custódia transferida para ela³⁷.

Cumpre salientar que, segundo Stephen, Mimi conferiu a escolha de descongelamento e descarte dos embriões em caso de dissolução do casamento³⁸, bem como, de acordo com o testemunho de ambos, eles se submeteram ao processo de fertilização *in vitro* com o intuito de preservar a opção de terem filhos juntos e não como pessoas solteiras³⁹. No entanto, alega Mimi que acreditava, na época da assinatura do contrato, que o *Consent & Agreement* não era vinculante⁴⁰.

Ademais, segundo a opinião médica da Dra. Baek, que testemunhou no caso, é provável que a infertilidade de Mimi esteja relacionada à idade e, logo, não é resultado do seu tratamento contra o câncer⁴¹.

Sendo assim, o Tribunal da Califórnia sustentou que o *Consent & Agreement*, assinado por Mimi Lee e Stephen Findley anteriormente ao divórcio, e a intenção das partes na época,

³⁶ Tradução nossa, segue texto original: One provision of the Consent & Agreement addressed the disposition of unused embryos upon the occurrence of certain eventualities, including divorce. Lee e Findley agreed that in the event of divorce, the Embryos would be thawed and discarded.

³⁷ Tradução nossa, segue texto original: After Findley informed Lee he wanted a divorce, Lee informed Findley that she wanted to use one or more of the Embryos and attempt to create a viable pregnancy. Findley denied his consent. In her response to the petition for dissolution of their marriage, Lee requested that some or all of the Embryos be transferred to her, (...).

³⁸ Tradução nossa, segue texto original: Findley specifically recalled that Lee checked the box directing that any embryos be “thaw[ed] and discard[ed]” upon a judgment of dissolution.

³⁹ Tradução nossa, segue texto original: (...) Findley and Lee both testified at trial that the purpose of undergoing the IVF process was to preserve the *option* of having children *together*: not as single people.

⁴⁰ Tradução nossa, segue texto original: Lee further testified that even if she checked the boxes in the Consent & Agreement, it was her belief at the time she and Findley signed the Consent & Agreement that it was not enforceable.

⁴¹ Tradução nossa, segue texto original: Dr. Baek, Lee’s fertility expert, provided her opinion at trial regarding the current state of Lee’s fertility. Dr. Baek testified that she believes Lee has “age-related infertility”. Dr. Baek did *not* opine that Lee became infertile as a result of her cancer treatment.

como provado pelo documento, deve ter efeito conclusivo⁴², haja vista que o modo mais adequado de assegurar que esses tipos de disputas sejam resolvidos de maneira clara – não influenciadas pela agitação, emoção e acusação (...) – é dar efeito às intenções das partes no momento da decisão objeto da lide⁴³.

Outrossim, asseverou o Tribunal da Califórnia, em sua decisão, que prender Mimi Lee ao seu acordo com Stephen Findley à época do procedimento não interfere em nenhum direito constitucional de procriação que ela possa ter nesse momento, uma vez que Lee pode ter o direito à concepção em outras circunstâncias, apenas ela não tem o direito de procriar com Stephen, que é o problema presente⁴⁴.

Portanto, após a análise do caso em questão, verifica-se que, embora Mimi Lee tenha ficado infértil, ela não possui o direito de usar os seus embriões criopreservados, já que assinou previamente um acordo escrito com o seu ex-cônjuge, no qual especificamente determinava o descongelamento e descarte dos embriões em caso de divórcio, e ela tinha conhecimento à época de que havia a possibilidade de se tornar infértil tanto por causa da sua idade, como devido ao tratamento contra o câncer. Dessa forma, o Tribunal da Califórnia entendeu que, apesar da Mimi Lee não poder mais constituir uma família biológica, deve-se preservar a segurança jurídica dos acordos firmados entre as partes.

5.1.3 Loeb versus Vergara

⁴² Tradução nossa, segue texto original: The Court holds that the Consent & Agreement Lee and Findley signed prior to their divorce controls and the intent of the parties at the time, as evidence by that document, must be given conclusive effect.

⁴³ Tradução nossa, segue texto original: The policy best suited to ensuring that these disputes are resolved in a clear-eyed manner – unswayed by the turmoil, emotion, and accusation that attend to contested proceedings in family court – is to give effect to the intentions of the parties at the time of the decision at issue.

⁴⁴ Tradução nossa, segue texto original: (...) the Court concludes that holding Lee to her agrément with Findley at the time of the procedure does not interfere with any constitucional right to procreate that she might have at this time. Specifically, the Court holds that while Lee might have a right to procreate in other circumstances not before the Court, she does not have a right to procreate with Findley, wich is the issue presented.

Por último está o caso⁴⁵ do empresário Nick Loeb contra a atriz Sofia Vergara. Nick Loeb em agosto de 2014 ajuizou uma ação no Tribunal de Santa Mônica, Califórnia, visando a obtenção da custódia única dos dois embriões congelados que gerou com a atriz, quando estavam noivos, e o direito de utilizá-los.

Em seu artigo⁴⁶ para o jornal *The New York Times*, Nick conta que, em 2013, ele e Sofia concordaram em tentar usar a fertilização *in vitro* e uma barriga de aluguel para terem filhos, desse modo, eles assinaram um contrato estabelecendo que qualquer embrião criado por meio desse procedimento somente poderia ser gerado desde que as duas partes consentissem. Porém, o contrato não especificava o que aconteceria se eles se separassem⁴⁷.

Aduz também o empresário que quando eles noivaram, em 2012, ele começou a pressioná-la para ter filhos, assim, com os óvulos dela e o esperma dele, eles criaram dois embriões femininos que foram implantados em barrigas de aluguel. Contudo, o primeiro embrião não obteve sucesso na implantação e o segundo embrião, a barriga de aluguel perdeu⁴⁸. Com isso, um ano depois, eles tentaram novamente e mais dois embriões femininos foram criados, entretanto, ao discutir sobre possíveis barrigas de aluguel, tornou-se claro que a paternidade era mais urgente para ele do que para Sofia⁴⁹.

Consequentemente, Nick resolveu dar um ultimato à Sofia, o qual ela recusou, e eles se separaram⁵⁰. Alguns meses após a separação, Nick pediu à Sofia que ela o deixasse ter os embriões se responsabilizando por todas as despesas e pela criação das filhas e caso ela não quisesse compartilhar a custódia, ele concordou em ter uma declaração de doadora anônima

⁴⁵ Tendo em vista que se trata de uma ação ajuizada no Tribunal de Santa Mônica citada indiretamente com traduções feitas livremente pela autora deste trabalho, o texto original das notícias que fundamentam este tópico estará nas seguintes notas de rodapé precedidas do termo “traduções nossas”.

⁴⁶ LOEB, Nick. **Sofia Vergara's Ex-Fiancé: Our Frozen Embryos Have a Right to Live.**

Disponível em: <http://www.nytimes.com/2015/04/30/opinion/sofiavergaras-ex-fiance-our-frozen-embryos-have-a-right-to-live.html?_r=1>. Acesso em: 26.ago.2016.

⁴⁷ Tradução nossa, segue texto original: In 2013, Sofia and I agreed to try to use in vitro fertilization and a surrogate to have children. We signed a form stating that any embryos created through the process could be brought to term only with both parties' consent. The form did not specify — as California law requires — what would happen if we separated.

⁴⁸ Tradução nossa, segue texto original: When we got engaged, in 2012, I began to push for children. As I said in my complaint, my fiancée insisted that we use a surrogate. With her eggs and my sperm we created two female embryos. I was so excited once the lives were created that I began to suggest names we could call our girls. The first embryo we implanted didn't take. The second time, the surrogate miscarried, and I felt crushed.

⁴⁹ Tradução nossa, segue texto original: A year later, we tried again, creating two more embryos, both female. But as we began to discuss other potential surrogates, it became clear once more that parenthood was much less urgent for her than it was for me.

⁵⁰ Tradução nossa, segue texto original: (...) I gave her an ultimatum. When she refused, we split up.

de óvulos. Porém, Sofía recusou e, de acordo com seu advogado, deseja manter os embriões congelados indefinidamente⁵¹.

Diante dos acontecimentos, Nick Loeb ingressou com um processo contra Sofía intentando a custódia dos embriões criopreservados. Dessa forma, ainda em seu artigo, Nick afirma que, na visão dele, manter os embriões congelados para sempre equivale a matá-los⁵² e que, embora ele tenha a intenção de constituir sua própria família com outra pessoa, não significa que ele irá abandonar duas vidas, que já estão criadas, serem destruídas ou permanecerem congeladas até o fim dos tempos⁵³.

Outrossim, segundo o Wrap Staff⁵⁴, Nick declarou, durante uma entrevista para o CNN “New Day”, que ele acredita que a vida começa com a concepção e questiona do que mais ele poderia definir dois embriões que são femininos; afirma, ainda que não pode dizer que são propriedades femininas, mas vidas que estão em uma jornada e no caminho para nascerem.

Por outra vertente, Sofía Vergara, já casada com outra pessoa, está embasando sua defesa, segundo Julia Marsh⁵⁵, no fato de que há um contrato assinado na clínica de fertilidade, no qual dispõe que deve ter uma concordância entre eles para determinar o futuro dos embriões, e o ajuste deve ter a ‘palavra final’ da disputa⁵⁶.

Portanto, pretende Nick Loeb com a ação anular o contrato firmado com Sofía Vergara e ganhar o direito de gerar os dois embriões criopreservados. Acontece que como o

⁵¹ Tradução nossa, segue texto original: A few months later, I asked her to let me have the embryos, offering to pay for all expenses to carry our girls to term and raise them. If she did not wish to share custody, I would take on full parenting responsibilities and agree to have her declared an egg donor. She has refused. Her lawyer, Fred Silberberg, has told reporters that she wants to keep the embryos “frozen indefinitely.”

⁵² Tradução nossa, segue texto original: In my view, keeping them frozen forever is tantamount to killing them.

⁵³ Tradução nossa, segue texto original: Many have asked me: Why not just move on and have a family of your own? I have every intention of doing so. But that doesn’t mean I should let the two lives I have already created be destroyed or sit in a freezer until the end of time.

⁵⁴ STAFF, Wrap. **Sofia Vergara Speaks Out on Embryo Battle With Nick Loeb: ‘He Shouldn’t Be Creating Something So Ugly’**. Disponível em: <<http://www.thewrap.com/sofia-vergara-speaks-out-on-embryo-battle-with-nick-loeb-he-shouldnt-be-creating-something-so-ugly/>>. Acesso em: 21/10/2016.

⁵⁵ MARSH, Julia. **The Sofia Vergara embryo trial could change men’s rights forever**. Disponível em: <<http://nypost.com/2016/09/16/sofia-vergaras-court-fight-over-frozen-embryos-could-set-a-legal-precedent/>>. Acesso em: 21/10/2016.

⁵⁶ Tradução nossa, segue texto original: A contract the couple signed at the fertility clinic that required an agreement between the two to determine the future of the embryos should have been the final word on the dispute, she argued.

juízo está marcado para 23 de janeiro de 2017, ainda não há como saber quem sairá vencedor desta lide.

6 ANÁLISE DO CASO LOEB versus VERGARA: A custódia solucionada sob a perspectiva das normas constitucionais

Ante as circunstâncias já apresentadas acerca do caso de Nick Loeb em desfavor de Sofia Vergara, tem este capítulo o objetivo de solucionar – ou ao menos tentar solucionar – esta lide conforme as normas constitucionais brasileiras.

Cumprе salientar que não há na legislação brasileira nenhuma norma vigente que trate especificamente sobre a custódia dos embriões congelados de modo que restou ao Conselho Federal de Medicina elaborar a Resolução de nº 2.121/2015⁵⁷, que serve como diretriz na aplicação das normas éticas na utilização das técnicas de reprodução assistida, cuja recomendação de nº 3, V (BRASIL, 2015), determina:

3- No momento da criopreservação, os pacientes devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino a ser dado aos embriões criopreservados em caso de divórcio, doenças graves ou falecimento, de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los.
(destacou-se)

Ocorre que, o caso sob análise, teve um contrato assinado pelas partes o qual não dispõe de cláusula prevendo o evento da separação do casal. Somente há no contrato, uma disposição afirmando que os embriões apenas podem ser gerados se ambos consentirem.

Diante dessa situação, resta neste trabalho analisar os argumentos trazidos por Nick Loeb e Sofia Vergara e introduzi-los nas normas constitucionais a fim de que seja possível chegar a uma solução para o problema em questão.

Nesse contexto, a primeira alegação a ser levantada é a de que, segundo Nick Loeb, deixar os embriões congelados indefinidamente ou descartá-los é o equivalente à matá-los, ou seja, haveria o cometimento do crime de aborto. Contudo, conforme já se analisou anteriormente, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI nº 3.510, entendeu que como o embrião não está fixado no útero da mulher, não há que se falar em aborto, pois não se trata de interrupção de gravidez, além disso, a Suprema Corte filiou-se à teoria natalista de forma que não considera que o direito à vida está assegurado a partir da concepção.

⁵⁷ Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121_2015.pdf>. Acesso em: 23.out.2016.

Com efeito, observe-se novamente um trecho da tese da decisão da ADI nº 3.510 (BRASIL, 2008):

O modo de irromper em laboratório e permanecer confinado "in vitro" é, para o embrião, insuscetível de progressão reprodutiva. Isto sem prejuízo do reconhecimento de que o zigoto assim extra-corporalmente produzido e também extra-corporalmente cultivado e armazenado é entidade embrionária do ser humano. Não, porém, ser humano em estado de embrião. A Lei de Biossegurança não veicula autorização para ADI 3.510 / DF extirpar do corpo feminino esse ou aquele embrião. Eliminar ou desentranhar esse ou aquele zigoto a caminho do endométrio, ou nele já fixado. **Não se cuida de interromper gravidez humana, pois dela aqui não se pode cogitar. A "controvérsia constitucional em exame não guarda qualquer vinculação com o problema do aborto."** (Ministro Celso de Mello). (STF, Pleno, ADIn 3.510, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, j. em 29.mai.2008) (destacou-se)

Afastada essa alegação de aborto, deve-se considerar que os direitos ao planejamento familiar e à paternidade responsável são garantidos pelo art. 226, §7º⁵⁸, da Constituição Federal de 1988, assegurando o direito de livre decisão do casal na constituição de sua família (BRASIL, 1988). Desse modo, assinalam Marcus Vinicius de Carvalho Praxedes e Luciana Flávia Nunes Casimiro⁵⁹ que “Uma das consequências desse direito de livre planejamento familiar é a escolha pela utilização de uma das técnicas de reprodução assistida, bem como estão as partes livres para decidir quantos filhos ter, se tê-los ou não”.

Ademais, igualmente interpretou o Supremo Tribunal Federal na decisão da ADI nº 3.510 (BRASIL, 2008):

V - OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AUTONOMIA DA VONTADE, AO PLANEJAMENTO FAMILIAR E À MATERNIDADE. A decisão por uma descendência ou filiação exprime um tipo de autonomia de vontade individual que a própria Constituição rotula como "direito ao planejamento familiar", fundamentado este nos princípios igualmente constitucionais da "dignidade da pessoa humana" e da "paternidade responsável". A conjugação

⁵⁸ 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. (grifos acrescidos)

⁵⁹ PRAXEDES, Marcus Vinicius de Carvalho; CASIMIRO, Luciana Flávia Nunes. **Reprodução Assistida Post Mortem Um Fato Gerador De Problemáticas Jurídicas**. Artigo científico para fins de conclusão de curso, Novembro/2011.

constitucional da laicidade do Estado e do primado da autonomia da vontade privada, nas palavras do Ministro Joaquim Barbosa. **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.** O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana opera por modo binário, o que propicia a base constitucional para um casal de adultos recorrer a técnicas de reprodução assistida que incluam a fertilização artificial ou "in vitro". De uma parte, para aquinhoar o casal com o direito público subjetivo à "liberdade" (preâmbulo da Constituição e seu art. 5º), aqui entendida como autonomia de vontade. De outra banda, para contemplar os porvindouros componentes da unidade familiar, se por eles optar o casal, com planejadas condições de bem-estar e assistência físico-afetiva (art. 226 da CF). Mais exatamente, planejamento familiar que, "fruto da livre decisão do casal", é "fundado nos princípios da dignidade da pessoa ADI 3.510 / DF humana e da paternidade responsável" (§ 7º desse emblemático artigo constitucional de nº 226). **O recurso a processos de fertilização artificial não implica o dever da tentativa de nidificação no corpo da mulher de todos os óvulos afinal fecundados. Não existe tal dever (inciso II do art. 5a da CF), porque incompatível com o próprio instituto do "planejamento familiar" na citada perspectiva da "paternidade responsável".** Imposição, além do mais, que implicaria tratar o gênero feminino por modo desumano ou degradante, em contrapasso ao direito fundamental que se lê no inciso II do art. 5a da Constituição. Para que ao embrião "in vitro" fosse reconhecido o pleno direito à vida, necessário seria reconhecer a ele o direito a um útero. Proposição não autorizada pela Constituição. (STF, Pleno, ADIn 3.510, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, j. em 29.mai.2008) (destacou-se)

Portanto, estando as partes exercendo os seus direitos ao planejamento familiar, à paternidade responsável e à autonomia da vontade, podem essas, por meio de um contrato, decidirem em quais circunstâncias os embriões poderão ser gerados, tendo em vista que o Código Civil de 2002, em seu art. 104⁶⁰, instituiu os seguintes requisitos para participar de um contrato: “agente capaz; objeto lícito, possível, determinado ou determinável; e forma prescrita ou não defesa em lei” (BRASIL, 2002).

Outrossim, determina o Enunciado 107 do Conselho da Justiça Federal, na I Jornada de Direito Civil⁶¹:

⁶⁰ Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:

I - agente capaz;

II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

III - forma prescrita ou não defesa em lei.

⁶¹ Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/738>>. Acesso em: 23.out.2016.

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. (destacou-se)

Logo, a segunda alegação a ser examinada é a de Sofía Vergara, a qual sustenta que se deve observar o contrato por eles assinado e, por isso, não tem Nick Loeb o direito de utilizar os embriões, já que firmaram um acordo escrito na clínica de fertilização determinando que os embriões somente serão gerados com o consentimento dos dois.

Assim, observando as premissas acima expostas, tem razão Sofía Vergara, haja vista que ao exercer o seu direito constitucional ao planejamento familiar, à paternidade responsável e à autonomia da vontade, escolheu livremente utilizar a fertilização *in vitro* para criar e congelar embriões com Nick Loeb e, para esse fim, se utilizou de um acordo escrito que, malgrado não tenha previsto a separação do casal, instituiu como condição o consentimento de ambos para que os embriões pudessem ser gerados. Além disso, é possível afirmar que o contrato realizado entre eles é existente, válido e eficaz, uma vez que atende a todos os requisitos exigidos pelo Código Civil de 2002.

Por fim, subsidiariamente aplica-se o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade ao caso concreto porque, ao contrário do que ocorreu nos casos de Mimi Lee X Stephen Findley e Karla Dunston X Jacob Szafranski apresentados neste trabalho, não se trata de uma questão de infertilidade por parte do empresário Nick Loeb em que essa é a única chance dele constituir uma família biológica, mas apenas de uma questão de ideologia pessoal, a qual já foi afastada a crença de que seria aborto não utilizar os embriões congelados ou descartá-los.

Portanto, tendo em vista as análises feitas acerca do caso em questão, o presente trabalho entende que a ação seria solucionada conforme o posicionamento do Supremo Tribunal Federal sendo julgada improcedente respeitando o contrato firmado entre as partes de maneira que Nick Loeb não possui o direito de utilizar os embriões criopreservados enquanto Sofía Vergara não concordar com o seu desenvolvimento reprodutivo.

7 CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como objetivo discutir e solucionar a lide da custódia dos embriões criopreservados de acordo com as normas constitucionais brasileiras. Desse modo, para que fosse possível iniciar o estudo do propósito em foco, foi necessário demonstrar que o surgimento dos embriões congelados decorreu da evolução científica nos séculos XX e XXI quanto às técnicas de reprodução assistida, principalmente a fertilização *in vitro*.

Ademais, a técnica da fertilização *in vitro* emergiu com o intuito de ajudar as pessoas que não conseguiam ter filhos pela reprodução natural. Assim, ao começar a dar resultados exitosos, houve o crescimento exponencial pela procura na utilização desse método por aqueles que desejam constituir uma família biológica.

Outrossim, foi visto que o embrião criopreservado é aquele que foi gerado no laboratório através da fusão do óvulo com o espermatozoide e, por motivos diversos não pode ser implantado no útero da mulher, conseqüentemente deve ser mantido congelado para preservar sua viabilidade e qualidade. Sobremais, evidenciou-se que o embrião criopreservado e o nascituro possuem estados biológicos e jurídicos diversos, tendo em vista que o primeiro não está implantado no útero da mulher e, por isso, não possui proteção jurídica, já que o seu nascimento depende não só de fatores biológicos, como também da intervenção humana.

Nesta perspectiva, para examinar a situação jurídica dos embriões e nascituros, foram apresentadas as principais teorias que tratam sobre o início da personalidade jurídica, quais sejam, a natalista, a personalidade condicional e a concepcionista. Dessa forma, restou demonstrado que os aplicadores do direito acolheram majoritariamente a teoria natalista acreditando que possui direito à personalidade jurídica a partir do nascimento com vida, resguardados os direitos dos nascituros, porém não os dos embriões congelados porque não possuem perspectiva de nascimento com vida, apesar de já disporem de carga genética.

Diante das circunstâncias, foi necessário trazer a discussão o momento em que a vida se inicia, já que este é o fato gerador do direito à personalidade jurídica. Entrementes, como a Constituição Federal de 1988 não disciplinou o marco inicial da vida, notou-se que não há unanimidade na doutrina acerca dessa questão, uma vez que esta se divide em início da vida humana a partir da concepção, ou seja, a partir do momento em que o espermatozoide fecunda

o óvulo; e a partir da nidação, isto é, após quatorze dias da fecundação quando o óvulo fecundado se implanta no útero da mulher.

Isto posto, ao principiar essa discussão no Supremo Tribunal Federal por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510, por votação acirrada, posicionou-se a Suprema Corte no sentido que os embriões congelados não possuem o direito à vida, haja vista que não tem perspectiva de desenvolvimento biológico, bem como não possuem terminações nervosas que lhes possibilitam ter uma vida autônoma.

Com efeito, ao chegar ao problema que impulsiona este trabalho, demonstrou-se a evolução da custódia no direito brasileiro e que, atualmente, é tida como unilateral ou compartilhada, visando sempre o princípio do melhor interesse da criança. Ocorre que, como as lides em estudo versam sobre o desenvolvimento reprodutivo do embrião criopreservado em que os objetivos dos genitores são totalmente opostos, a única guarda viável a ser aplicada é a unilateral.

Portanto, tendo em vista que, até o momento da elaboração deste trabalho, não existem casos semelhantes no Judiciário Brasileiro que envolvessem a problemática aqui proposta, foram apresentados os *leading cases* de Jacob Szafranski contra Karla Dunston e Stephen Findley contra Mimi Lee solucionados pelo Judiciário estadunidense em que discutiam o direito de uso dos embriões congelados. Nos dois casos, a Justiça norte-americana observou não só a questão da infertilidade que movia o desejo das mulheres de constituir uma família biológica, como também o contrato escrito ou oral realizado entre as partes. De modo que, Jacob Szafranski por meio de um contrato oral concedia à Karla Dunston o direito de gerar os embriões quando quisesse e, por isto, ela recebeu judicialmente o direito de utilizá-los. Já Stephen Findley e Mimi Lee determinaram em um contrato escrito que, em caso de separação, os embriões seriam descongelados e descartados, assim, a decisão judicial foi de forma a proteger a autonomia das vontades das partes à época que o negócio jurídico fora estabelecido.

Por fim, tem-se o caso de Nick Loeb em desfavor de Sofia Vergara pela custódia dos embriões criopreservados. Como ainda não houve decisão judicial, este trabalho teve por intuito solucionar esta lide de acordo com as normas constitucionais brasileiras.

Sendo assim, o problema quanto ao futuro dos embriões criopreservados acaba sendo desencadeado porque, geralmente, no momento da fertilização, os genitores não assinam um termo de consentimento que aborde a ocorrência de variados eventos futuros, por exemplo,

em caso de separação, divórcio ou morte. Além disso, não há lei no Brasil que abranja o tema. Nesta perspectiva, a Resolução de nº 2.121/2015, do Conselho Federal de Medicina, trabalha como uma espécie de alicerce principiológico, tendo em vista que recomenda disposições de como proceder em diversas situações envolvendo as técnicas de reprodução assistida.

Contudo, a dificuldade para solucionar o caso permanece, já que Nick Loeb e Sofia Vergara firmaram um contrato que não continha uma cláusula prevendo o evento da separação, mas instituíram uma condição de que os embriões somente poderiam ser utilizados se ambos concordassem.

Logo, levando em consideração os princípios constitucionais do planejamento familiar e da paternidade responsável que consagram a livre decisão do casal de procriação de maneira que é possível estabelecer um negócio jurídico para determinar a possibilidade de uso futuro dos embriões congelados, este trabalho conclui que, como o Supremo Tribunal Federal entende que não há vida nos embriões congelados, Nick Loeb não tem razão ao afirmar que mantê-los congelados equivale a matá-los e a ação deve ser julgada improcedente, uma vez que ele ainda pode constituir uma família biológica com outra pessoa.

Acrescentando a tais premissas, deve-se observar também a autonomia da vontade das partes ao celebrarem o acordo, já que se trata de um negócio jurídico válido e eficaz; e os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, pois não se trata, neste último *leading case*, de uma questão de infertilidade, mas apenas de uma ideologia pessoal, de modo que não é comedido obrigar Sofia Vergara a manter um vínculo permanente com alguém que não deseje quando as partes previamente decidiram que isso apenas aconteceria se ambos acordassem.

Neste sentido, se esse caso fosse julgado à luz das normas constitucionais brasileiras, a ação deveria ser solucionada de forma a ser julgada improcedente aplicando o entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto ao marco inicial da vida, bem como os princípios constitucionalmente assegurados do planejamento familiar, da paternidade responsável, da razoabilidade e da proporcionalidade.

Ante todo o exposto apresentado neste trabalho, observa-se que como os cientistas recentemente descobriram o método de geração de embriões pelo meio extracorpóreo e o de criopreservação destes, a ciência jurídica ainda não foi capaz de progredir de forma a acompanhar a evolução das técnicas de reprodução humana e, sendo assim, não há legislação vigente que abarque tais questões complexas que estão sujeitas a surgir no seio da sociedade. Desse modo, o presente estudo é apenas um passo diante de todas as discussões que serão

ensejadas em torno da custódia do embrião congelado e, principalmente, dos debates acerca do direito à vida e dos princípios constitucionais da proporcionalidade e razoabilidade envolvendo esta problemática.

8 REFERÊNCIAS

AGUIAR, Guilherme Menezes. **Dreito do nascituro e do embrião no Direito Brasileiro**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/48679/dreito-do-nascituro-e-do-embriao-no-direito-brasileiro>>. Acesso em: 04.set.2016.

ASFOR, Ana Paula. Início da personalidade civil . **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3629, 8 jun. 2013. Disponível em:<<https://jus.com.br/artigos/24650>>. Acesso em: 22 set. 2016.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Enunciado 107, I Jornada de Direito Civil. **Enunciados**. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/738>>. Acesso em: 23.out.2016.

_____. Conselho Federal de Medicina. Resolução nº 2.121/2015. **Resoluções**. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121_2015.pdf>. Acesso em: 04. set. 2016.

_____. Constituição (1988). **Constituição Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

_____. Leis e Decretos. **Emenda Constitucional nº. 66 de 13 de julho de 2010**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc66.htm>. Acesso em: 03.nov.2016.

_____. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 16. ago. 2016.

_____. Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977. **Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6515.htm>. Acesso em: 16. ago. 2016.

_____. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em: 16. ago. 2016.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 16.ago.2016.

_____. 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**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm>. Acesso em: 22.out.2016.

_____. Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008. **Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm>. Acesso em: 16.ago.2016.

_____. Lei nº 13.058/2014, de 22 de dezembro de 2014. **Altera os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/Lei/L13058.htm>. Acesso em: 16.ago.2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, DF, 29 de maio de 2008. **Diário de Justiça do Estado**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=611723&tipo=AC&descricao=Inteiro Teor ADI / 3510>>. Acesso em: 22 out. 2016.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n.76/2013 – São Paulo: Saraiva, 2014.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias: de acordo com o novo CPC**. 11. Ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado**. 15. ed. rev. e atual – São Paulo: Saraiva, 2010.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Tribunal da Califórnia. FDI-13-780539. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: <http://www.sfsuperiorcourt.org/sites/default/files/pdfs/FINDLEY_Statement_Of_Decision%20Rev_1.pdf>. Acesso em: 20.jun.2016.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Tribunal de Illinois. Apelação de nº 122975-B. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: <<http://www.illinoiscourts.gov/opinions/appellatecourt/2015/1stdistrict/1122975.pdf>>. Acesso em: 20.jun.2016.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário da Língua Portuguesa**. 2ª Edição. Editora Nova Fronteira, Rio de Janeiro/RJ. 1986.

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

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume 1: parte geral – de acordo com a Lei n. 12.874/2013**. 12. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Direito Civil Brasileiro, volume 6: direito de família**. 12. ed. – São Paulo: Saraiva, 2015.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte especial, volume II: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa**. 11. ed – Niterói, RJ: Impetus, 2015.

LIMA, Hugo Camargos. **EMBRIÃO (IN)VIÁVEL?**. Disponível em: <<http://arquivos.integrawebsites.com.br/71771/0e396b1de13441c3c3752fd765afd424.pdf>>. Acesso em: 17.ago.2016.

LOEB, Nick. **Sofia Vergara's Ex-Fiancé: Our Frozen Embryos Have a Right to Live**. Disponível em: <http://www.nytimes.com/2015/04/30/opinion/sofiavergaras-ex-fiance-our-frozen-embryos-have-a-right-to-live.html?_r=1>. Acesso em: 26.ago.2016.

LOPEZ, Vinicius Kobayashi Angulo. **Da proteção do nascituro e do embrião excedentário no sistema jurídico brasileiro**. Disponível em:

<<http://vinicius384.jusbrasil.com.br/artigos/180640324/da-protecao-do-nascituro-e-do-embriao-excedentario-no-sistema-juridico-brasileiro>>. Acesso em: 04.set.2016.

MACÊDO, Jéssica Leal e Silva. **Fertilização in vitro post mortem de embriões criopreservados e direito sucessório**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 20, n. 4262, 3.mar.2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/31265>>. Acesso em: 22 jun.2016.

MASSON, Nathalia. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. rev. atual. e ampl. – Salvador, BA: JusPodivm, 2015.

MARSH, Julia. **The Sofia Vergara embryo trial could change men's rights forever**. Disponível em: <<http://nypost.com/2016/09/16/sofia-vergaras-court-fight-over-frozen-embryos-could-set-a-legal-precedent/>>. Acesso em: 21/10/2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2013.

PRAXEDES, Marcus Vinicius de Carvalho; CASIMIRO, Luciana Flávia Nunes. **Reprodução Assistida Post Mortem Um Fato Gerador De Problemáticas Jurídicas**. Artigo científico para fins de trabalho de conclusão de curso. Novembro/2011.

RODRIGUES, Fábio Eugênio. **A transferência embrionária na fertilização in-vitro (FIV) – Como implantar o embrião no útero**. Disponível em: <<http://www.medicinareprodutiva.com.br/2012/11/a-transferencia-embrionaria-na-fertilizacao-in-vitro-fiv-como-implantar-o-embriao-no-utero/>>. Acesso em: 16.ago.2015.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de biodireito**. – Belo Horizonte, MG: Del Rey, 2009.

SCHOENVOLF, Gary C.; LARSEN, William James. **Larsen, embriologia humana**. Tradução: Adriana Paulino do Nascimento. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

SILVA, Danúbia Cantieri. A tutela jurídica do embrião implantado à luz da dignidade da pessoa humana. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 111, abr 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13108>. Acesso em set 2016.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. rev. e atual. – São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

SILVA, Michel Clei Farias; CAMPOS, Bruna Christiane Dantas. **Aspectos jurídicos da criopreservação extracorpórea de células embrionárias humanas**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XII, n. 69, out 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6605>. Acesso em: 22 jun.2016.

STAFF, Wrap. **Sofia Vergara Speaks Out on Embryo Battle With Nick Loeb: ‘He Shouldn’t Be Creating Something So Ugly’**. Disponível em: <<http://www.thewrap.com/sofia-vergara-speaks-out-on-embryo-battle-with-nick-loeb-he-shouldnt-be-creating-something-so-ugly/>>. Acesso em: 21/10/2016.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. 6. ed. rev. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016.