Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul

Adalgisa Wiedemann Chaves
André Luis Woloszyn
Cíntia Vieira Souto
Claudia Gay Barbedo
Fernando Costa de Azevedo
José Guilherme Giacomuzzi
Juliano Heinen
Lenio Luiz Streck
Márcia Soledade do Nascimento
Marcela de Jesus Boldori Fernandes
Paulo Roberto Gentil Charqueiro

Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul
nº 55 - maio/2005 a agosto/2005

amprgs

ESMP

— 4 —

O descarte ou a destruição de embriões excedentes e a anomia existente

CLAUDIA GAY BARBEDO

Advogada, Especialista pela Fundação Getúlio Vargas,
Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS e Professora da disciplina
de Família e Sucessões do Centro Universitário Ritter dos Reis.

I – INTRODUÇÃO

As dificuldades que vários casais enfrentam, à hora de ter filhos, intensificaram seus esforços na luta para a superação da esterilidade e da infertilidade – a primeira aparece como uma incapacidade irreversível para procriar, e a segunda, de uma incapacidade para a concepção, que pode não ser definitiva –, devido à importância que tem para eles o poder de "gerar a prole".

A incapacidade para procriar atinge tanto o homem como a mulher e afeta a convivência harmônica do casal, o que pode dar origem a vários problemas psicológicos em face da negativa de se perpetuar nos descendentes, tendo como conseqüência a busca de uma alternativa para substituir a reprodução clássica como diz Rafael Junqueira de Estéfani,[1]

> el deseo de realizarse y perpetuarse a sí mismo en los propios hijos es una aspiración natural de la mayoría de los hombres, que no sólo contribuye a su felicidad, sino que propicia el acceso a la existencia de otros hombres potencialmente felices y garantiza la supervivencia de la especie. (...) Pero este deseo choca a menudo con la barrera de la infertilidad.

Daí surgem os métodos e as técnicas de concepção para solucionar a infertilidade ou a esterilidade dos casais que, até então, não poderiam gerar filhos.

---

[1] *Reproducción Asistida, Filosofía Ética y Filosofía Jurídica*, p. 17.

II – PREVISÃO LEGAL E O CONCEITO DE PLANEJAMENTO FAMILIAR

Para garantir os direitos referentes ao planejamento familiar foi editada a Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996, que regulamentou o parágrafo 7º do artigo 226 da Constituição Federal de 1988, que trata do planejamento familiar, fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, pregando que ele seja uma livre decisão do casal.

Em que pese a dignidade da pessoa humana ser um dos fundamentos previstos no inciso III do artigo 1º da CF/88, há uma forte discussão em âmbito doutrinal a respeito da aplicabilidade desse princípio à biomedicina, o que será oportunamente abordado neste texto.

Já a paternidade responsável consagra constitucionalmente as normas jurídicas do Direito Civil e reflete a responsabilidade paterna ou materna, ou do casal, "de forma que sejam bem compreendidas e assumidas, desempenhando suas importantes funções dentro da família, para que seus filhos cresçam num ambiente sadio e equilibrado".[2] Isso veio a afirmar a exigência – no que concerne à sexualidade e à procriação – da partilha da responsabilidade dos comportamentos sexuais e de suas conseqüências, uma vez que se encontra preceituado no parágrafo 5º do artigo 226 da CF/88, a repetição do princípio da igualdade entre a mulher e o homem, já garantido no inciso I do artigo 5º da Carta Magna.

Porém, compete ao Estado a responsabilidade de propiciar recursos educacionais e científicos para que o planejamento familiar seja realizado, uma vez que esse "é um direito de todo o cidadão".[3] E, recentemente, a afirmativa desse dispositivo foi alcançada pelos cidadãos do Estado do Rio Grande do Sul, tanto no caso de método contraceptivo, como de reprodução humana. Quanto ao primeiro, a Prefeitura de Camaquã lançou um programa em que quatro donas-de-casa daquela cidade inauguraram um projeto-piloto de saúde pública de planejamento familiar, por meio de método de anticoncepção.[4] Quanto à segunda, foi inaugurado em Porto Alegre o Instituto de Reprodução Humana do Rio Grande do Sul, cujo centro está vinculado ao Hospital de Clínicas de Porto Alegre e à Faculdade de Medicina da UFRGS, tendo por finalidade fornecer avaliação e tratamento contra a infertilidade, em que 80% dos atendimentos são direcionados aos pacientes do Serviço Único de Saúde-SUS, com a

---

[2] [3] DINIZ, Maria Helena. *O Estado Atual do Biodireito*, p. 137.

[3] O art. 1º da Lei n. 9.263/96, reza: "O planejamento familiar é direito de todo cidadão, observado o disposto nesta lei" (BRASÍLIA. *Diário Oficial*. Lei nº 9.263, 12 jan. 1996. Regula o parágrafo 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outra providências. Brasília, ano CXXXIV – n. 10, p. 561, jan. 1996).

[4] SCHAFFNER, Fábio. Camaquã Lança Programa de Planejamento Familiar. *Zero Hora*. Porto Alegre, 7 jun. 2003. p. 29.

ressalva de que a medicação necessária para estimular a produção de óvulos deve ser paga.[5]

No que tange à livre decisão do casal, a Carta Constitucional, ao tratar da família, assegurou à mulher e ao homem a liberdade de decidir sobre a eventualidade da prole, o que impede constitucionalmente que qualquer lei infraconstitucional regule o número de filhos pretendidos. Para Maria Helena Diniz,[6] "veio a consagrar o direito ao planejamento familiar que não está vinculado à política de controle demográfico, mas à liberdade de decisão de cada casal, que passa a ser responsável pelo número de filhos, assim como por seu desenvolvimento físico e moral, educação, saúde e proteção". Assim regula o parágrafo único do artigo 2º da Lei 9.263/96, ao proibir a utilização das ações de regulação de fecundidade para qualquer tipo de controle demográfico.[7]

Dessa forma, e para os fins da lei em referência, planejamento familiar é o conjunto de ações de regulação da fecundidade (fertilidade) que garanta direitos iguais de constituição de uma família (ter filhos), da sua limitação (restringir o número de filhos) ou do aumento da prole (aumentar o número de filhos) pela mulher, pelo homem ou pelo casal.

III – REPRODUÇÃO ASSISTIDA: MÉTODOS E TÉCNICAS DE CONCEPÇÃO CIENTIFICAMENTE ACEITOS

A Lei nº 9.263/96 não fala sobre o rol dos numerosos métodos e técnicas existentes para ter-se ou evitar-se filhos. Tão-somente afirma, em seu artigo 9º, que "para o exercício do direito ao planejamento familiar, serão oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção".

Serão abordadas, para fins deste estudo, somente as questões pertinentes à concepção, onde surgiram as tecnologias da reprodução humana assistida ou artificial que possibilitaram a constituição da prole por muitos casais com problemas de esterilidade, tendo, como fim fundamental "*combatir la esterilidad humana para facilitar la procreación*",[8] devendo ser garantida à família a autonomia de opção. Dentre os métodos e técnicas de concepção, dois deles são os principais, a saber, a inseminação artificial

---

[5] CAMARGO, Leoleli. Reprodução Assistida Chega ao Sus. *Zero Hora*. Porto Alegre, 18 jun. 2003. p. 31.
[6] DINIZ, Maria Helena. *O Estado Atual do Biodireito*, p. 133.
[7] Segundo TUDO Dicionário Enciclopédico Ilustrado, controle demográfico "é o ramo das ciências humanas que consiste no estudo da distribuição, composição e estrutura interna das populações humanas. Apóia-se em várias disciplinas, como a genética, a psicologia, a economia, a geografia, e emprega essencialmente os mesmos métodos e técnicas da estatística. Seus tópicos principais são as taxas de natalidade e mortalidade e as migrações" (São Paulo: Abril Cultural, 1977, p. 414).
[8] ROMEO CASABONA, Carlos María. *El Derecho y la Bioética Ante los Límites de la Vida Humana*, p. 233.

e a fecundação ou fertilização *in vitro*. Tais métodos e técnicas são aceitas socialmente como conseqüência natural do matrimônio, já que a procriação dos filhos não é essencial ao casamento. Como bem pondera Maria Helena Diniz[9] "a falta de filhos não afeta o casamento, uma vez que não são raros os casais sem filhos".

A inseminação artificial (IA) consiste em uma técnica de procriação que é entendida como a implantação do esperma no colo do útero (inseminação intracervical), diretamente na vagina (inseminação intravaginal) ou na cavidade do útero (inseminação intra-uterina), previamente coletado em laboratório, cuja maternidade biológica e gestação coincidem, devido ao processo de fecundação ocorrer dentro do próprio corpo materno. Essa técnica de procriação, quanto à origem dos gametas, pode ser classificada como homóloga ou heteróloga: a primeira ocorre na hipótese em que a solução da infertilidade é buscada pelo próprio casal, sem a intervenção de terceiro (portanto é realizada com o esperma do próprio marido ou companheiro da mulher receptora); a segunda ocorre na hipótese de o marido ou o companheiro ser infértil, não se recorrendo ao seu material genético, no caso de não se obterem espermatozóides, ou, em sendo obtidos, o número for inferior ao necessário. Nessa hipótese, recorre-se à inseminação artificial com o sêmen colhido de um terceiro, um doador anônimo de espermatozóides, recurso mais conhecido como socorro ao banco de sêmen.[10]-[11]

A fecundação ou fertilização *in vitro* (FIV) é a retirada de um ou mais óvulos de uma mulher, para fecundá-los em laboratório, o que ocorre fora do corpo feminino, com a posterior transferência dos embriões obtidos para o útero materno. Essa fecundação, assim como a inseminação artificial, pode ser classificada em homóloga ou heteróloga; portanto, além do espermatozóide, o óvulo também pode ser doado por um terceiro. O encontro do óvulo com o espermatozóide não ocorre na trompa, mas sim em um tubo ou em cultura laboratorial, o que se denomina de fecundação extra-uterina ou extracorpórea. Essa técnica de reprodução humana

---

9 *Curso de Direito Civil Brasileiro-Direito de Família*, p. 28.

10 Maria Helena Diniz coloca que "o banco de sêmen mais antigo dos Estados Unidos, o *Idant Laboratories*, criado em 1971, já engravidou 18 mil mulheres e tem 'cardápios' completos com vinte e uma diferentes formas de identificação dos doadores. Na maioria dos casos, é possível saber a religião, profissão e *hobbies* do doador, além das características físicas. O preço de uma inseminação, com esperma saído de uma temperatura de 178 graus Celsius negativos, varia entre US$ 100 e US$ 500 e demora menos de 15 minutos se tudo correr bem. O banco de sêmen recruta doadores em 130 escolas e universidades de New York e New Jersey. Apenas 20% dos potenciais doadores são aprovados nos testes de laboratório, que incluem 39 exames de sangue (dois para AIDS)" (*O Estado Atual do Biodireito*, p. 463).

11 O Brasil é um dos países ativos nessa área e, em São Paulo, o banco de sêmen do Hospital Albert Einstein recebe com freqüência gente que escolhe por meio de um cardápio de doadores, onde se encontram ofertas variadas, tais como: cor dos olhos, altura, cor da pele, profissão, *hobbies*, tipo de cabelo, etc. (HESSEL, Daniel; OYAMA, Thaís. Em Busca do Bebê Perfeito. Butiques de sêmen, sexo selecionado e escolha de embriões: o Brasil entra na era dos superbebês. *Revista Veja*, 3 de nov. 1999. p. 123).

assistida foi utilizada pela primeira vez em 1978, tendo como resultado o nascimento do primeiro "bebê de proveta",[12]-[13] ou seja, concebido fora do organismo materno. E será sobre esse tipo de fecundação extra-uterina ou extracorpórea[14] que iremos nos debruçar.

IV – UMA BREVE REFLEXÃO SOBRE OS EMBRIÕES EXCEDENTES

Um número superior de embriões produzidos oferece à equipe médica uma maior chance de escolha para a transferência, com um aumento de sucesso, pois "é importante notar que as possibilidades de sucesso dessa técnica estão diretamente ligadas ao número de embriões que são transferidos".[15] Daí surge a grande questão que envolve a ovulação induzida por meio de hormônios, uma vez que a mulher utiliza medicamentos para atingir, por ciclo menstrual realizado, um maior número de óvulos que está diretamente ligado ao número de embriões que serão obtidos. Ocorrida a inseminação, os embriões são colocados em uma incubadora, com a posterior transferência para o útero da mulher por meio de uma cânula especial. Por isso, trata-se de uma questão de profunda reflexão. É importante para os médicos e para os casais o número de óvulos que potencialmente serão produzidos durante o ciclo. Como refere João Álvaro Dias,[16] "seja como for, o que importa de momento assinalar é que o estado do conhecimento e das técnicas levanta hoje um sério problema sempre que se conseguem mais de dois ou três embriões em virtude do grande número de óvulos produzidos pela mulher".

Esta obtenção de números altos de óvulos pode gerar um grande número de embriões excedentes[17] ao ciclo realizado. Habitualmente, o

---

[12] SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. *A Criminalidade Genética*, p. 48.

[13] Conforme Stela Marcos de Almeida Neves Barbas, "o nascimento do primeiro bébé proveta, Louisa Brown, ocorreu em 25 de julho de 1978, em Inglaterra, seguido de Alastair Montgomery (um mês antes do termo mas perfeitamente normal) e do Indiano Durga" (*Direito ao Patrimônio Genético*, p. 33).

[14] A mais avançada experiência de gestação in vitro é feita no Japão: "No laboratório de pesquisas obstétricas e ginecológicas da universidade de Tóquio, uma caixa transparente de parede dupla de acrílico expõe um retrato impressionante. Dentro dela repousa placidamente o feto de um cabrito em seus últimos dias de gestação. O equipamento é o mais aconchegante útero artificial já criado pela ciência (...) Imerso em líquido amniótico artificial e mantido a temperatura constante, o feto sobrevive graças a um engenhoso equipamento que faz a troca de dióxido de carbono por oxigênio em seu sangue, simulando o sistema respiratório existente na placenta natural (...) Anuncia o pesquisador Nobuya Unno (...) 'O que mais me impressiona nessa pesquisa é que os cabritos nascem anêmicos, da mesma forma como Aldous Huxley previu em *Admirável Mundo Novo*, há 67 anos. Ele descrevia as crianças anêmicas saindo de úteros artificiais', conta o pesquisador. É de arrepiar" ((HESSEL, Daniel; OYAMA, Thaís. Em Busca do Bebê Perfeito. Butiques de sêmen, sexo selecionado e escolha de embriões: o Brasil entra na era dos superbebês. *Revista Veja*, 3 de nov. 1999. p. 129).

[15] SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. *A Criminalidade Genética*, p. 49.

[16] DIAS, João Álvaro. *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, p. 97.

[17] "Com mais de 100 doadores cadastrados, o banco do Einstein atende mensalmente dez casais interessados em recorrer à inseminação artificial e ainda fornece esperma sob medida para os 35 maiores centros de reprodução assistida do país. São clínicas modernas, com confortáveis poltronas de couro,

número de embriões transferidos para o útero não deve exceder a quatro, com o objetivo de se evitar uma gestação múltipla – já que não se pode esquecer de que a implantação em número superior ao mencionado comporta riscos enormes para a mulher –, porque até 06 (seis) bebês dividem um órgão com capacidade para apenas um. Os embriões excedentes podem ser congelados para uma posterior transferência, não sendo permitido pelo Conselho Federal de Medicina-CFM que sejam desprezados em nenhuma circunstância.[18] Segundo o CFM, atualmente os embriões excedentes aos ciclos de fecundação *in vitro* podem ser destinados para doação a casais ou também podem ser congelados para posterior transferência uterina humana. Essas questões foram enfrentadas pela Resolução nº 1.358/92 do CFM, que adotou as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, passando a regular a doação e a criopreservação de gametas ou pré-embriões.

Em que pese as doações serem meios de aproveitamento dos embriões sem destruí-los, seus doadores resistem a essa alternativa, com medo de conseqüências futuras em relação aos receptores, o que implica uma escolha – menos duvidosa – pelo congelamento, denominada de criopreservação ou crioconservação. Diante dessas formas de destino para os embriões, resta-nos saber como ocorrem suas "sobras". É pela técnica de fecundação *in vitro*, quando a mulher, ao ser submetida a altas doses de hormônios para propiciar uma superovulação, acaba tendo, em geral, cerca de oito óvulos fecundados, quando apenas três ou quatro embriões são implantados; por conseguinte os que sobram nos tubos de ensaio dos laboratórios denominam-se de excedentes.

Devido à maior quantidade de óvulos obtidos pelo estímulo de hormônios antes referido, o Conselho Federal de Medicina limitou a transferência de até quatro embriões por procedimento, com o intuito de impedir a transferência de um número cada vez maior, visando a obter sucesso de gravidez, mas aumentando ainda mais os riscos existentes de gestações múltiplas.[19]

---

recepcionistas impecáveis e uma tabela de preços em que a consulta (só a consulta) pode chegar a 400 reais. Por trás de sua fachadas luxuosas, descortina-se o admirável – e para muitos assustador – mundo novo: aquele em que as famílias escolhem a aparência de seus filhos, onde médicos fazem diariamente sua 'escolha de Sofia' decidindo quais os embriões que irão sobreviver e quais serão descartados" (HESSEL, Daniel, OYAMA; Thaís. Em Busca do Bebê Perfeito. Butiques de sêmen, sexo selecionado e escolha de embriões: o Brasil entra na era dos superbebês. *Revista Veja*, 3 de nov. 1999. p. 124).

[18] Em sentido contrário, "a decisão da Suprema Corte do Tennessee em um caso de divórcio, de 1992, no qual a Corte reconheceu ao cônjuge marido o direito de não procriar, ou seja, de ver exterminados os embriões que sua mulher queria ver preservados para futura inseminação" (MESTIERI, João. Embriões. *Revista Consulex*. São Paulo, ano III, nº 32, p. 42).

[19] Assim, resolve: I – PRINCÍPIOS GERAIS
6 – O número ideal de oócitos e pré-embriões a serem transferidos para a receptora não deve ser superior a quatro, com o intuito de não aumentar os riscos já existentes de multiparidade.
Ressalva, ainda que: I – (...) 7 – Em caso de gravidez múltipla, decorrente do uso de técnicas de RA, é proibida a utilização de procedimentos que visem à redução embrionária.

V – ALGUNS ASPECTOS DA TÉCNICA DE CRIOPRESERVAÇÃO OU CRIOCONSERVAÇÃO E QUANDO SE INICIA A VIDA HUMANA

As ditas "sobras", ou seja, os embriões não-aproveitados, são armazenadas em nitrogênio líquido, a 196 graus abaixo de zero, onde se mantêm congeladas[20]-[21] e conservadas *in vitro* pela técnica de criopreservação ou crioconservação, sendo mantida a capacidade de fertilização e desenvolvimento dos embriões, pois, devido a uma medida de economia e de possível repetição dessa forma de reprodução assistida, é fecundado um número maior de óvulos que ficam à disposição das doadoras para utilizações futuras. Segundo Stela Marcos de Almeida Neves Barbas,[22] disso resultou que "existem a nível mundial milhares e milhares de embriões humanos crioconservados cujo destino não se encontra definido, suscitando, desta forma, inúmeros problemas às equipes que lhe deram origem".

Daí surgiram os problemas relativos ao tempo máximo de armazenamento, preservando-se a qualidade dos embriões, bem como de determinar qual será o destino dado aos não-utilizados. A problemática mundial atual cinge-se quanto ao descarte ou à destruição dos embriões excedentes, já que muitos países adotam prazo máximo de tempo, que em geral varia entre 12 (doze) meses a 10 (dez) anos[23]-[24] para a duração da criopreservação ou crioconservação dos mesmos. Então, diante da notória certeza de que o embrião é um "ser vivo", considerado por muitos como "pessoa em potencial", agora se faz necessário saber quando se inicia a vida humana.

---

[20] A primeira gravidez com embrião congelado ocorreu em 1983, na Austrália, onde "uma equipe dirigida pelo cirurgião Wood conseguiu a primeira gravidez que resultou da implantação in utero de um embrião congelado e conservado durante quatro meses (a -196 graus) e depois descongelado" (BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. *Direito ao Patrimônio Genético*, p. 99).

[21] O primeiro ser humano concebido a partir de um embrião congelado foi a "australiana Zoe Leyland, nascida em 1984, em Melbourne... o único a vingar de um total de onze fecundados a partir de uma superovulação de sua mãe" (HESSEL, Daniel, OYAMA, Thaís. Em Busca do Bebê Perfeito. Butiques de sêmen, sexo selecionado e escolha de embriões: o Brasil entra na era dos superbebês. *Revista Veja*, 3 de nov. 1999, p. 128). Também uma criança, cujo nome é mantido em segredo, tornou-se uma celebridade mundial horas depois de nascer no Estado americano da Califórnia "O bebê ficou famoso porque é irmão gêmeo de um menino que hoje tem 7 anos. Ele foi gerado a partir de um embrião que estava congelado desde 1989, ano em que seu irmão foi concebido" (A vida no freezer. Revista Veja On-Line. São Paulo, 25 abr. 1998. Disponível em: <http://veja.abril.uol.com.br/250298/p_040 a.html>. Acesso em: 27 jun. 2003).

[22] *Direito ao Patrimônio Genético*, p. 101.

[23] Prazo máximo de tempo em alguns países: A Lei Norueguesa 68/1987, de 12 de Junho "proíbe que a criogenização se processe por mais de doze meses"; a Lei Espanhola 35/88, de 22 de Novembro "estipula que o sêmen e os pré-embriões supranumerários (...) podem ser conservados (...) durante cinco anos; no Reino Unido a Comissão Warnock "preconiza um período máximo de dez anos para a crioconservação" (BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. *Direito ao Patrimônio Genético*, p. 102).

[24] Segundo João Mestieri, "muitos milhares de embriões foram destruídos na Inglaterra no ano passado, em obediência a uma lei que limita o tempo de estocagem de embriões humanos a cinco anos" (Embriões. *Revista Consulex*. São Paulo, ano III, nº 32, p. 41).

A Igreja Católica responde que a vida humana se inicia no ato da concepção,[25] no momento em que o esperma penetra no óvulo, e, uma vez fertilizado, forma o zigoto até que alcance o útero – o que leva de três a quatro dias –, não se tratando de uma expectativa de vida, mas sim de um ser em desenvolvimento. Já os cientistas respondem que é após a fixação do embrião no útero materno que se inicia a vida. A necessidade de se saber qual é o momento em que a vida começa tem grande relevância nos casos de fecundação *in vitro*, porque vários óvulos são fecundados fora do corpo da mulher, sendo apenas três ou quatro embriões efetivamente implantados em seu útero, após poucos dias da fecundação.

O posicionamento doutrinário nos sinaliza com duas das principais correntes mais debatidas, uma concepcionista e a outra nidacionista. Os adeptos da chamada corrente concepcionista[26] defendem que a vida começa no exato momento da fecundação do óvulo pelo espermatozóide, quando, desde já, ao receber a carga genética de seus genitores, passa a ter DNA próprio, tendo características específicas e diferenciadas. Para os adeptos da chamada corrente nidacionista,[27] a vida apenas irá surgir com a implantação desse óvulo no útero materno, momento este conhecido como nidação. Assim, pode-se dizer que pela corrente concepcionista, os embriões excedentes não podem ser descartados ou destruídos, porque ela entende que já existe vida desde a fecundação. Porém, pela corrente nidacionista, esse descarte ou essa destruição de embriões é perfeitamente possível, porque ela entende que não existe vida antes da implantação do embrião no útero materno.

Em que pese alguns autores, como Maria Helena Diniz,[28] adotarem a corrente concepcionista, no Brasil a medicina adota a corrente da nidação, argumentando que o embrião fecundado em laboratório morre, se não for implantado no útero da mãe, sendo esta a opinião da maioria das escolas médicas modernas.[29]

Embora o posicionamento da doutrina não seja pacífico em relação ao início da vida humana, existe um consenso de que o embrião congelado

---

[25] O debate ético-religioso foi inaugurado pelo Vaticano, sendo que a visão sobre essa questão está aposta na encíclica *Evangelium Vitae*, de João Paulo II, que diz: "A mensagem fundamental da encíclica é a de que por mais que se procure camuflar as práticas de manipulação de embriões, ou explicá-las cientificamente, não se pode negar seja o embrião uma genuína manifestação de vida humana e, como tal, digna de respeito e preservação" (MESTIERI, João. Embriões. *Revista Consulex*. São Paulo, ano III, n. 32, p. 41).

[26] Nesse sentido ver FERRAZ, Sérgio. *Manipulações Biológicas e Princípios Constitucionais: uma introdução*. Porto Alegre: Fabris, 1991.

[27] Nesse sentido ver SCARPARO, Mônica Sartori. *Fertilização Assistida, Questão Aberta*. São Paulo: Forense Universitário, 1991.

[28] Nesse sentido autora diz "se o direito defende a vida, propugnando seu respeito, deverá protegê-lo no momento da fecundação do óvulo pelo espermatozóide, dentro ou fora do útero" (*O Estado Atual do Biodireito*, p. 478).

[29] GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Direito Penal e Bioética: o aborto e os embriões congelados e descartados. *Revista de Julgados do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo*. São Paulo, 57, mai./jun. 2002, p. 22.

não pode ser tratado como coisa, "daí a inadmissibilidade de sua disposição a título oneroso, em qualquer hipótese",[30] para que o mesmo não seja coisificado. Conforme diz Paulo Vinicius Sporleder de Souza,[31] "Pretende-se evitar uma coisificação e mercantilização das formas de vida humana para que estas não sejam destinadas a fins comerciais e industriais, ou de que sejam mantidos artificialmente vivos embriões apenas para se extrair órgãos, células e tecidos".[32]

VI – O EMBRIÃO E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A questão suscitada pela maioria dos autores diz respeito ao tratamento dado para os embriões, que ora são categorizados como "pré-embriões", ora como "seres em desenvolvimento" ou, ainda, como "pessoa em potencial". Porém, a discussão mais forte sobre o tema cinge-se na pergunta: o embrião é pessoa?

Ocorre que a dignidade assegurada pela Carta Constitucional de 1988 diz respeito à pessoa humana. Para alguns autores, o princípio da dignidade da pessoa humana implica considerar-se individualmente o homem, com o devido reconhecimento de sua superioridade perante os demais seres ou objetos (animais, plantas e coisas), mas também reconhecer a sua condição de igualdade em relação aos demais seres humanos. Entretanto existem posições doutrinárias que entendem que essa dignidade se funda no reconhecimento social, não podendo ser entendida "somente" como uma qualidade do ser humano, devendo ser compreendida como uma categoria do próximo,[33] esta última estendida também aos embriões.

E a impossibilidade de degradação do ser humano – falta de dignidade – está na premissa de não ser possível sua redução à condição de mero objeto do Estado e de terceiros, daí porque se veda a sua coisificação.[34] Quanto a esta premissa, não resta dúvida aos operadores do

---

[30] GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Direito Penal e Bioética: o aborto e os embriões congelados e descartados. *Revista de Julgados do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo*. São Paulo, 57, mai./jun. 2002, p. 18.

[31] *A Criminalidade Genética*, p. 93.

[32] Grande parte do trabalho de Simmel é uma crítica à cultura da economia monetária, e como essas transformações afetaram as relações entre os indivíduos. Especialmente no texto *O dinheiro na cultura moderna* (1896), ele destaca a interposição do dinheiro nos laços existentes entre os indivíduos e sua comunidade, quebrando os vínculos locais e pessoais, mediando a relação pessoa/posse. Além disso, alega que o dinheiro foi o fator principal que levou o homem moderno a privilegiar associações que têm como objetivo o lucro e por isso de sua coisificação, já que tudo é passível de venda. Nesse sentido ver SOUZA, Jessé; OELZE, Berthold (Organizadores). Simmel e a modernidade. *O Dinheiro na Cultura Moderna* (1896). São Paulo: UnB, (s.d.) pp. 23-40.

[33] Nesse sentido: SÁ, Maria de Fátima Freire de. (Coordenadora). A dignidade do ser humano e os direitos de personalidade: uma perspectiva civil-constitucional. In: ——. *Biodireito*, p. 98.

[34] Nesse sentido: NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. O Direito Brasileiro e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. *Revista dos Tribunais*. Fasc. Pen., ano 89, v. 777, jul. 2000, p. 476.

direito de que ela é extensiva aos embriões, uma vez que a maioria dos autores entendem que este não pode ser coisificado.

Paulo Vinicius Sporleder de Souza[35] leciona que a dignidade humana "pode ser considerada um direito de quarta geração de primeira magnitude", já que a evolução dos direitos humanos fundamentais estaria cronologicamente disposta em quatro gerações de direitos, entre elas os relacionados às pesquisas biológicas que envolvem as manipulações do patrimônio genético (4ª geração).[36] Assim, os autores que defendem o respeito à vida humana, estendido ao caso dos embriões, postulam que tal princípio não exclui qualquer fase de desenvolvimento do ser humano. Portanto não pode ser afastado daqueles a proteção constitucional em questão.

Para Maria de Fátima Freire de Sá,[37]

> o grande desafio dos nossos operadores do Direito está em entender a dignidade não somente como uma qualidade do ser humano ou como 'uma condição do espírito',..., mas também entender que se funda no reconhecimento social, através da valoração positiva, na busca de respeito social. A dignidade deve ser buscada em meio às relações sociais, compreendida portanto, como uma categoria do próximo, na comunhão dos indivíduos, porque todos socialmente têm direito à vida, o que nasceu e aquele que está por nascer, independentemente da possibilidade de se adequarem à categoria abstrata da personalidade jurídica.

VII – OS EMBRIÕES EXCEDENTES E A AUSÊNCIA DE LEGISLAÇÃO PENAL QUE REGULE O ASSUNTO

Então, será que este fato de descartar ou destruir embriões humanos encontra guarida no crime de homicídio ou será no crime de aborto?

Ainda, indaga-se por qual crime responde o descarte ou a destruição de embriões? Para Paulo Vinicius Sporleder de Souza,[38] a destruição de embriões, "além de não ser aborto, não podemos considerar homicídio, por ser o embrião incapaz de vida autônoma, pois se trata de ser humano, mas não indivíduo humano dotado de personalidade para fins da legislação penal vigente, necessitando, por isto, de proteção". Alguns juristas adeptos da corrente nidacionista acatam o descarte ou a destruição dos embriões excedentes porque "enquanto não forem implantados no útero, não há viabilidade, nem aborto".[39]

---

35 A Criminalidade Genética, p. 79.
36 BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*, pp. 2-6.
37 A dignidade do ser humano e os direitos de personalidade: uma perspectiva civil-constitucional. In: ———. *Biodireito*, p. 98.
38 *A Criminalidade Genética*, p. 93.
39 DINIZ, Maria Helena. *O Estado Atual do Biodireito*, p. 479.

Analisaremos primeiro o crime de homicídio.[40] Não devendo ser esquecido que, para a caracterização do crime em análise, se faz necessária vida autônoma. Segundo os ensinamentos de Galdino Siqueira,[41]

> o sujeito passivo do homicídio, como o próprio nome mostra, é o homem, isto é, o ser vivo, nascido da mulher. Para o nosso codigo (Segundo o Codigo Penal mandado executar pelo Decr. N. 847 de 11 de Outubro de 1890 e leis que o modificam ou completáram, elucidadas pela doutrina e jurisprudencia) não basta, porém, que seja nascido ou tenha existencia propria fóra do seio materno, mister é que tenha mais de sete dias de existência.

O renomado doutrinador Nelson Hungria,[42] já em 1942 manifestava uma profunda preocupação com o embrião. Para ele,

> a lei penal, com sua próvida e reforçada tutela, procura resguardar a incolumidade do indivíduo humano até mesmo antes do seu nascimento, ou mais precisamente, desde sua concepção: não só protege a segurança e conservação do 'ser vivo, nascido da mulher', como da spes hominis, da spes personae, do germe fecundado no seio materno.

Segundo esse autor, compreendemos que o descarte ou a destruição do embrião ou feto humano no útero materno não é homicídio. A falta de objetividade jurídica do homicídio, impede a configuração do crime neste caso, uma vez que somente poderá ser sujeito passivo deste, o ser humano com vida autônoma.[43] Portanto, ainda que seja o embrião um "ser vivo", ele não possui vida autônoma, ou seja, inteiramente destacada do útero materno.

No mesmo sentido Magalhães Noronha,[44] quando diz que,

> a individualidade do produto da concepção que o torna objeto capaz do crime em exame, não já no instante em que adquire vida autônoma, com a separação do corpo da mãe (instante em que sua vida se torna completamente independente da vida da mãe), adquire-a quando, completando o processo fisiológico da gravidez, inicia-se seu desprendimento do útero materno.

Perante a lei, o homicídio implica perda da vida, e, para isso, imperiosa se faz sua autonomia. Portanto o que afasta o embrião desse crime é a sua condição *in vitro* – vida extracorpórea – por ainda não ter sido implantado no útero materno, ou seja, incapaz de vida autônoma.

Passando, agora, à análise do crime de aborto,[45] veda ele o fato de uma gestação ser interrompida em sua evolução com expulsão do produto

---

[40] O crime de homicídio, "segundo sua etymologia – hominis excidium, é a destruição do homem" (SIQUEIRA, Galdino. *Direito Penal Brasileiro: parte especial*, p. 556).
[41] SIQUEIRA, Galdino. *Direito Penal Brasileiro: parte especial*, p. 561.
[42] *Comentários ao Código Penal*, p. 19.
[43] *Comentários ao Código Penal*, p. 19.
[44] *Direito Penal*, pp. 16 e 18.
[45] Segundo sua origem, "aborto (aborior, nascer) significa morrer, fenecer, perecer, e applicado ás especies animaes, designa o facto de uma gestação interrompida em sua evolução com expulsão do producto da concepção. Toma-se, assim, o termo aborto para denotar tanto o acto de abortar, como o producto desse acto, quando mais recional seria reserval-o sómente para o producto, designando o acto de abortar, e, portanto, o crime em questão, pelo termo abortamento, como em francez – avorton. avortemont, alvitre suggerido pelo medico legista portuguez Dr. ANTONIO JOSÉ DE LIMA LEITÃO, ao traduzir a obra de

da concepção.[46] Para Nelson Hungria, o que se apresenta necessário e suficiente à configuração do aborto é a interrupção da gravidez.[47] No mesmo sentido Magalhães Noronha, quando diz que aborto é a interrupção da gravidez com a destruição do produto da concepção.[48]

Fica claro, portanto, que, para a configuração do crime de aborto, é imprescindível a interrupção da gravidez,[49] com a conseqüente morte do produto da concepção, sendo que esta só existe em relação aos embriões implantados, cujos excedentes são carecidos de gestação. Logo, disso se extrai a inaplicabilidade dos tipos penais homicídio e aborto diante da fecundação *in vitro*.

Sabemos que o conceito de tipo penal, para a maioria dos autores, é a descrição da conduta humana feita pela lei e correspondente ao crime. Para Cezar Roberto Bitencourt[50] "o tipo exerce uma função limitadora e individualizadora das condutas humanas penalmente relevantes. (...) Tipo é um modelo abstrato que descreve um comportamento proibido. (...) Cada tipo possuí características e elementos próprios... inadmitindo-se a adequação que não lhes corresponda perfeitamente". E também sabemos que a ausência de um tipo não pode ser suprida por analogia, uma vez que não cabe no direito penal a interpretação analógica *in malum partem*. A questão de adequar-se um tipo ideal que lhe corresponda perfeitamente, sempre foi uma preocupação dos operadores do direito.[51] Portanto, para suprir essa anomia (ausência de legislação) em relação aos embriões excedentes, já existe unanimidade na doutrina a respeito do tipo penal novo que os tutelaria em caso de descarte ou destruição, denominado por eles de *embrionicídio*.[52]

No Brasil, milhares de mulheres recorrem anualmente à reprodução assistida. Porém, pouco se sabe sobre o que é feito com os embriões não-utilizados no processo de fertilização *in vitro*. E, por enquanto, não há lei especial que regule a utilização de métodos e técnicas de reprodução

---

SEDILLOT, publicada em Lisboa, em 1855, e adoptada por SOUZA LIMA" (SIQUEIRA, Galdino. *Direito Penal Brasileiro: parte especial*, p. 599).

[46] SIQUEIRA, Galdino. *Direito Penal Brasileiro: parte especial*, p. 599.

[47] HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, p. 252.

[48] NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito Penal*, p. 49.

[49] Todos os artigos 124 a 128 do Código Penal referentes ao aborto possuem a palavra "gestante" ou "gravidez", fazendo-se necessária a sua interrupção para a caracterização do crime (*Código Penal*, pp. 76-77).

[50] *Manual de Direito Penal*, p. 194.

[51] Segundo Galdino Siqueira, "desenvolvendo essa concepção, Carrara entende que o crime, por isso mesmo que assenta na morte do féto, deve ser denominado feticidio, assim definido: 'a morte dolorosa do féto no utero; ou a sua expulsão violenta do ventre materno, e da qual resulta a morte do mesmo féto'" *Direito Penal Brasileiro: parte especial*, p. 601.

[52] Compartilha dessa posição Paulo Vinicius Sporleder de Souza, "no que se refere à destruição de embriões (embrionicídio)" (Op. cit. p. 93). Também Stela Marcos de Almeida Neves Barbas, "a destruição de embriões cria uma nova figura: o embrionicídio" (Op. cit. p. 88). Da mesma forma Maria Helena Diniz, "(...) pois cada embrião é um ser humano, sendo sua eliminação *embrionicídio eugênico*, uma vez que a lei assegura os seus direitos, inclusive a sua vida, desde a concepção, pouco importando que se tenha dado *in vitro*" (Op. cit. p. 479).

assistida no país, embora já exista um projeto de lei que vise estabelecer critérios e responsabilidades. Pode-se, de antemão, perceber os riscos que estão presentes na utilização dessas técnicas em face da anomia existente, que estabeleça normas para evitar descaminhos que podem certamente envolver a vida e os direitos da mulher, do homem e da criança nascida de tais intervenções artificiais.

Segundo Guilherme Calmon Nogueira da Gama,[53]

> no Brasil, encontra-se em tramitação o Projeto de Lei nº 2.855/97, do deputado Federal Confúcio Moura, que pretende regular a utilização de técnicas de reprodução humana assistida e, em diversos dispositivos, se refere à colocação de embriões para serem gerados, prevendo, ainda, a possibilidade de descarte dos embriões não utilizados após 5 anos, ou no caso de alterações genéticas que comprometam a vida 'saudável' da descendência, após prévia manifestação do casal. E em título próprio, o projeto procura introduzir novos tipos penais, tais como 'comercializar ou industrializar pré-embriões ou células germinativas', 'utilizar pré-embriões com fins cosméticos', 'transferir gametas ou pré-embriões' para útero sem a devida garantia biológica ou de vitalidade, sem, no entanto, cuidar do inadmissível descarte dos embriões criopreservados. Seria tal omissão indicativo de que tal conduta já estaria criminalizada perante o ordenamento jurídico brasileiro? Vê-se, pois, a relevância e atualidade do tema no contexto do direito brasileiro.

Apesar de o Brasil ter essa ausência de legislação que regule o assunto, muitos países já dispõem de legislação especial sobre este tema. Em nosso país existe tão-somente a Resolução nº 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina, pouco conhecida fora da classe médica, mas que teve a preocupação de enumerar alguns princípios básicos organizando a matéria. Em 1995, foi editada a Lei nº 8.974/95, chamada Lei de Biossegurança, com o objetivo de tutelar as novas técnicas que vêm surgindo, e que, indubitavelmente, modificam as relações jurídicas existentes.[54] Essa lei foi operacionalizada no sentido de cuidar, principalmente, dos organismos geneticamente modificados (OGM), que têm como foco principal os alimentos transgênicos.

A Resolução nº 1.358/92 do CFM, entre outros temas, regulamenta que os embriões excedentes obtidos pela fecundação *in vitro*, após transferência a fresco, não podem ser descartados ou destruídos. Autoriza sua criopreservação para posterior transferência, em caso de insucesso, do desejo da mulher ou do casal de ter uma nova gravidez ou mesmo para doação. Como não é possível determinar quantos óvulos serão fecundados em cada ciclo de punção folicular, e, considerando-se o fato de a transferência estar limitada a quatro embriões, uma das soluções é a criopreservação (congelamento), devendo o casal conhecer o número de

[53] Direito Penal e Bioética: o aborto e os embriões congelados e descartados. *Revista de Julgados do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo*. São Paulo, 57, mai./jun. 2002, p. 16.
[54] OLIVEIRA, Neiva Flávia de. A Evolução da Pesquisa Genética e o Novo Conceito de Família: limites bioéticos. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: v. 777, pp. 57-74 jul. 2000.

embriões a ser congelados e expressar, por escrito, o destino destes em caso de divórcio, doença grave ou morte de um ou de ambos.

A mesma Resolução proíbe a utilização de embriões humanos para fins de pesquisa, permitindo a intervenção com fins de diagnóstico na preservação e tratamento de doenças genéticas ou hereditárias quando houver garantias reais de sucesso, sendo obrigatório o consentimento informado[55] do casal sobre todos os procedimentos a serem utilizados. Por fim, limita a 14 dias após a fertilização, o tempo máximo de desenvolvimento embrionário *in vitro*. Assim, a referida Resolução adotou a tendência mundial de não permitir o desenvolvimento *in vitro* além desse prazo, quando começa, então, a formação do tubo neural, dando início à formação do sistema nervoso central.

Dessa feita, se é certo que os médicos podem ser punidos pelo CFM por descumprir as normas estabelecidas na Resolução, também é certo que eles estão livres de processos judiciais, porque, como já foi dito, não há nenhuma lei brasileira que regule o tema. O Código Penal não acompanhou os anseios da sociedade, em que não é crime descartar ou destruir embriões, sendo o aborto o crime previsto contra a primeira forma de ser humano juridicamente tutelado. Nem o Novo Código Civil, por uma lástima, abordou o assunto. Apenas assegura que o ser humano é sujeito de direitos a partir da concepção, mas desde que posteriormente ele nasça com vida.[56]

Os médicos buscam soluções alternativas que até desafiam a norma criada pela CFM para acabar com a alta quantidade de embriões congelados. Eles fazem a transferência dos embriões durante o período pré-menstrual, quando o corpo feminino não está preparado para a gestação, momento em que a mulher não irá engravidar e, por conseqüência, termina expelindo naturalmente o embrião. A defesa dos médicos é que, dessa maneira, formalmente, os embriões não estariam sendo descartados ou destruídos por meios artificiais.[57]

A questão acima suscitada merece uma melhor reflexão, em face de um possível encaixe desta conduta dentro do tipo penal de aborto. Pela corrente concepcionista, a vida se inicia desde a concepção; porém para o

---

[55] Segundo Joaquim Clotet, "O consentimento informado é uma condição indispensável da relação médico-paciente e da pesquisa com seres humanos. Trata-se de uma decisão voluntária, realizada por uma pessoa autônoma e capaz, tomada após um processo informativo e deliberativo, visando a aceitação de um tratamento específico ou experimentação, sabendo da natureza do mesmo, das suas conseqüências e dos seus riscos" (Consentimento Informado nos Comitês de Ética em Pesquisa e na Prática Médica: conceituação, origens e atualidade. *Revista Bioética*. Porto Alegre: v. 3, nº 157, p. 52, 1995).

[56] Lei Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

[57] COLLUCCI, Cláudia. Os Polêmicos Embriões. Folha de São Paulo Online. São Paulo, 16 agost. 2001. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/equilibrio/saude/vlt601u20.shtml>. Acesso em: 28 jun. 2003.

crime de aborto lhe faltava a gravidez ou gestação. Já pela corrente nidacionista, a vida se inicia com a implantação do embrião no útero materno, porém para o crime de aborto lhe faltava o implante (a gravidez). Se a transferência de embriões, mesmo que seja em período pré-menstrual, se dá por sua implantação no útero materno, então, teríamos aí o início de uma gestação, já que não se pode precisar o tempo que levaria para o embrião ser expelido e, conseqüentemente, vida humana se teria para ambas as teorias, o que resulta no tipo penal do aborto, pois presente está a interrupção da gestação ou gravidez.

E é no momento da nidação que o embrião estabelece uma comunicação com outro ser da mesma espécie, segundo Alberto Silva Franco[58] – citando Jean-François Malherbe – "que o organismo da mulher é informado da presença do embrião e, em conseqüência, reage. É a presença do embrião implantando-se no endométrio que, por assim dizer, desencadeia a desprogramação do ciclo menstrual e a programação do ciclo gestacional". Não podemos esquecer que o crime de aborto pode ser caracterizado em qualquer fase da gestação, entre essas, a da fixação do embrião no útero materno, o que alguns autores chamam de aninhamento.

Atualmente, o grande desafio do direito é adaptar-se à contestação criada por essas novas realidades. A matéria jurídica, concernente à reprodução assistida, está por se fazer. Diante de tão vasto campo desconhecido, deve-se buscar uma análise interdisciplinar sobre o assunto, pois qualquer conclusão legislativa que não leve em conta, além dos princípios jurídicos, a realidade ética, psicológica, médica, biológica, social, estará fadada a uma concepção distorcida e, portanto, inadequada à solução destas intrincadas relações.[59]

Finalmente, em que pese não existir no nosso ordenamento jurídico brasileiro uma transgressão de norma penal que tipifique a conduta humana em relação ao descarte ou destruição de embriões excedentes, essa atitude acaba por colidir com preceitos éticos e morais sobre o assunto, o que leva este fato a ser repudiado por muitos autores. E nós, operadores do direito, não podemos fazer "vistas grossas" a esta situação tão inquietante, já que a omissão é, indiscutivelmente, uma espécie de ação. Como diz Cesar Luiz Pasold[60] – citando Aristóteles – que "nós somos pais de nossas nações, como somos de nossos filhos (...) Mas nós somos também filhos de nossas ações".

---

[58] MALHERBE, François. *Estatuto Personal del Embrión Humano: ensayo filosofico sobre el e borto eugenesico, a vida humana: origem e desenvolvimento. Madrid*: Universidade Pontificia Comillas, 1989. In: FRANCO, Alberto Silva. *Aborto por Indicação Eugênica*. Estudos jurídicos em homenagem a Manuel Pedro Pimentel, p. 87.

[59] SÁ, Maria de Fátima Freire de. (Coordenadora). A dignidade do ser humano e os direitos de personalidade: uma perspectiva civil-constitucional. In: ——. *Biodireito*, p. 86.

[60] Aristóteles. A Ética. Trad. Cássio M. Fonseca. Rio de Janeiro: Edições de Ouro, 1965. In: PASOLD, Cesar Luiz. Ética, Moral e Direito: (des) conexões. *Informativo Jurídico INCIJUR*. Junho, 2000, p. 3.

VIII – CONCLUSÕES

1. As "sobras" de embriões devem ser evitadas, começando-se por estimular menos o organismo da mulher por meio de altas doses de hormônios, com a finalidade de que a produção de óvulos também seja menor, o que implica diretamente a redução do número de embriões. Assim, mesmo que haja a necessidade de estocagem dos embriões restantes – por meio da técnica de criopreservação ou crioconservação –, isto se dará em número bem inferior à porcentagem atualmente existente. Ou seja, não adianta produzi-los em quantidades superiores aos que serão implantados no útero materno, já que isso apenas cria uma facilidade de acobertar a insuficiência ou deficiência da técnica de reprodução assistida, em especial a fecundação *in vitro*, e não de melhorá-la para serem evitados seus excessos. Nesse sentido, permito-me invocar a sabedoria do grande filósofo Aristóteles para lembrar que "se deve preferir o meio-termo e não o excesso ou a falta, e que o meio termo é determinado pelos ditames da reta razão".[61]

2. Em que pese os médicos buscarem soluções alternativas para acabar com a alta quantidade de embriões congelados – o que implica a transferência destes durante o período pré-menstrual, onde o descarte é travestido de meio natural –, há uma possibilidade de encaixe desta conduta dentro do tipo penal de aborto, uma vez que sua conseqüência óbvia é a interrupção da gestação ou gravidez.

3. A anomia existente não nos rouba o direito de pensar na tutela jurídica penal desses embriões, no intuito de proibir os abusos em relação aos métodos e técnicas de reprodução assistida e de suas conseqüentes lesões. Entretanto o que não se pode fazer é forçar uma interpretação extensiva em relação ao crime de homicídio ou de aborto. Do contrário, o que se estará fazendo é violar o princípio da legalidade, garantia essa que não pode ser esquecida, já que esses crimes são atípicos perante o exame em questão. Por isto, é necessário refletir sobre a possibilidade de um novo tipo penal que proíba o descarte ou a destruição dos embriões excedentes, tipificando-o como conduta criminosa.

---

[61] Aristóteles. *Metafísica:Llivro 1 e 2; Ética a Nicômaco; Poética/ Aristóteles*; seleção de textos de José Américo Motta Passanha; [tradução de] Vincenzo Cocco...[et al.] . São Paulo: Abril Cultural, 1979, p. 141.