



FUNDAÇÃO PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS DE UBÁ
FACULDADE DE DIREITO
2019

**A ADOÇÃO EMBRIONÁRIA: UM DESTINO DIGNO PARA OS EMBRIÕES
EXCEDENTÁRIOS**

Fabiola Cássia Maria Vieira Alves – cassiavieira17@yahoo.com.br

Alexandre Ribeiro da Silva – alexandreriibeiroadv@gmail.com

RESUMO

O presente trabalho analisará o instituto da adoção embrionária como destino digno para embriões excedentários trazendo a análise das correntes doutrinárias acerca da proteção ao nascituro e sua extensão lógica ao embrião excedentário. Buscou-se também analisar o que diz a norma estrangeira acerca do assunto da destinação dos embriões, de modo a buscar respaldo para a criação de uma lei no Brasil nesse sentido. Dessa forma, fez-se uma sugestão de como funcionaria o instituto da adoção embrionária no Brasil, desde a capacidade dos sujeitos participantes, a regulamentação do procedimento, até seus possíveis efeitos. Dessa forma concluiu-se que é justo o pleiteio da criação de uma lei que trate especificamente do tema, a fim de tutelar o procedimento da adoção, seus efeitos, e resguardar os direitos do embrião excedentário antes e após seu nascimento.

Palavras-chave: Embrião excedentário, fertilização *in vitro*, adoção embrionária.

ABSTRACT

This paper will analyze the institute of embryonic adoption as a worthy destination for surplus embryos bringing the analysis of doctrinal currents about protection of the unborn and its logical extension to the surplus embryo. We also sought to analyze what the foreign norm says about the subject of the destination of embryos, in order to seek support for the creation of a law in Brazil in this regard. Thus, a suggestion was made as to how the embryonic adoption institute would work in Brazil, from the capacity of the participating subjects, the regulation of the procedure, to its possible effects. Thus, it was concluded that it is fair to seek the creation of a law that deals specifically with the subject, in order to safeguard the adoption procedure, its effects, and safeguard the rights of the surplus embryo before and after its birth.

Keywords: Surplus embryo, in vitro fertilization, embryonic adoption.

INTRODUÇÃO

Cada vez mais aumenta o número de pessoas que buscam as técnicas de reprodução humana medicamente assistida, quando por alguma infelicidade da vida, encontram obstáculos ao tentarem realizar o sonho da construção de uma família através da prole.

Dentre as técnicas de reprodução assistida, uma das que vem sendo mais utilizada é a fertilização *in vitro*, na qual se coleta os gametas feminino (óvulo) e masculino (espermatozóide) com a finalidade de produzir embriões viáveis para serem implantados posteriormente.

Entretanto, o próprio procedimento médico trabalha com um número maior de embriões produzidos do que posteriormente implantados e, pela falta de legislação sobre o assunto, há uma imensa discussão sobre o destino destes embriões que não serão implantados no útero da mulher, os famosos embriões excedentários. Em 2022, o relatório do SisEmbrio, apontou que no ano de 2019, haviam mais de 100.380 embriões congelados aqui no nosso País, e diante essa grande população embrionária crioconservada, faz-se relevante estudar caminhos possíveis que viabilizem o nascimento desse embriões.

Portanto, o presente trabalho, através de estudos teóricos diversos e utilizando como marco teórico o livro intitulado “A adoção embrionária” do Doutor Alexandre Lescura do Nascimento, irá analisar a adoção como destino digno para embriões excedentários viáveis.

O trabalho será dividido em quatro capítulos: primeiramente iremos tratar da fertilização *in vitro* e a proveniência do embrião excedentário; no segundo capítulo trataremos da natureza jurídica do embrião excedentário; no terceiro capítulo falaremos do embrião excedentário diante da legislação estrangeira e por fim no quarto e último capítulo falaremos da adoção do embrião excedentário como destino digno dado a eles.

A metodologia utilizada para o presente trabalho será a metodologia dialética, pois será debatido pontos de vista diferenciados e opostos sobre o assunto, pretendendo se estabelecer uma resposta racional acerca das discussões que abrangem o tema.

1 A FERTILIZAÇÃO *IN VITRO*(FIV)

A fertilização *in vitro* é uma técnica de reprodução humana assistida cujo procedimento médico ocorre em cultura extrauterina, na qual são colocados gametas feminino (óvulo) e masculino (espermatozóide) até a fecundação, gerando assim o embrião. Como dito por Nathalie Ayersem seu texto “Fertilização *in vitro* (FIV) o que é, como funciona e custo” devidamente revisado pelo ginecologista e obstetra Doutor Armindo DiasTeixeira:

O processo é idêntico ao ocorrido dentro do útero, com a diferença que ocorre em laboratório, portanto não há riscos de má formação maiores do que numa fecundação natural. Existe um risco de que a fecundação não ocorra, mas é algo muito raro. Tudo depende da qualidade do material utilizado. (AYRES,n.p.)

Sendo assim, a diferença da fecundação por meios naturais para a fecundação *in vitro*, é apenas o local onde ela ocorre, o que permite a casais com dificuldades de gerar prole a possibilidade de passar pela tão sonhada gestação. Como preceitua Isadora Urel (2017, p. 1) “A esterilidade ou a incapacidade de ter filhos, tanto do lado feminino, quanto do masculino, podem ser acarretados por vários fatores, que quando constatados podem abrir ao casal a possibilidade de se recorrer as técnicas de reprodução medicamente assistida”.

Neste sentido, a FIV (fertilização *in vitro*) também se apresenta como opção para mulheres que visam a reprodução independente, que apesar de não possuírem um parceiro, terão a possibilidade de passar pela gestação, sendo feita a fertilização com material genético doado por terceiro, a chamada fertilização *in vitro* heteróloga, que será melhor explicada adiante.

A fertilização *in vitro*, pode ser feita com o material genético do próprio casal, e é chamada de fertilização homóloga. Como explica Cleber Couto (2015, parágrafo. 10º) “A fecundação artificial homóloga é aquela em que é usado somente o material biológico dos pais - pacientes das técnicas de reprodução assistida. Não há a doação por terceiro anônimo de material biológico (espermatozóide, óvulo ou embrião)”.

Há também a possibilidade de ocorrer a Fertilização *in vitro* com material genético de um terceiro (quer seja o óvulo quer seja o espermatozóide o material doado) e será chamada de fertilização heteróloga. A fertilização heteróloga abarca também a doação do Embrião, que se constitui em uma fertilização heteróloga bilateral, pois o embrião foi gerado com material genético estranho ao casal. Nestesentido:

A reprodução assistida heteróloga se dá quando há a doação por terceiro anônimo de material biológico ou há a doação de embrião por casal anônimo (Resolução CFM, art. IV e art. V, inciso 3). Perceba que a reprodução humana heteróloga pode ser unilateral (material genético de um doador) ou bilateral (material genético de dois doadores ou doação de embrião).A reprodução assistida heteróloga é espécie de filiação sócio-afetiva (art. 1593 do CC). (COUTO, 2015, parágrafo16º)

Os embriões fecundados através da FIV são classificados em embriões viáveis e inviáveis, sendo viáveis aqueles que se desenvolveram perfeitamente durante a fecundação e os inviáveis aqueles que apresentaram algum erro na duplicação dos cromossomos durante o referido procedimento. Sobre isso, o Dr. Jorge Haddad Filho, médico do serviço de reprodução humana do hospital de São Paulo, dizque:

Para a formação do embrião, os cromossomos precisam se duplicar seguida e rapidamente, e podem surgir erros nessa duplicação. Assim, podem se formar células sem um cromossomo, ou células com cromossomos extras... Essas células, em geral, formam um embrião inviável ou, quando ocorre implantação, podem gerar embriões com defeitos genéticos (síndrome de Down, por exemplo, que é a existência de um cromossomo a mais) ou ainda, podem gerar abortamento. (FILHO, 2013, parágrafo.2º)

Ocorre que, devido aos altos custos, e os desgastes emocionais e físicos sofridos pela mulher durante todo o processo, induz-se a ovulação através de hormônios e, dentro de um mesmo período menstrual a mulher terá maduros e prontos para serem colhidos vários óvulos, então, serão gerados vários embriões. Como cita em seu texto “A adoção de embriões excedentários ou congelados”, Genival Veloso de França:

É parte do processo de fertilização por meio assistido *in vitro* que se obtenha alguns óvulos para fecundação com o espermatozóide, gerando daí os embriões que serão implantados no útero da mulher. Aqueles que não são implantados são chamados de *embriões supranumerários* e são criopreservados, com a finalidade de serem implantados numa futura tentativa de gravidez. Todos sabem – por necessidade de ordem técnica, financeira e emocional – o que representa a necessidade de se ter mais embriões fecundados do que os que vão ser implantados. (FRANÇA, 2017, n.p.)

Como dito acima, são gerados mais embriões do que o necessário por tentativa, para que, caso não vinguem o embriões implantados, o casal, ou a mulher, tenham mais embriões disponíveis, e dessa forma não tenham que passar por todo o desgaste do procedimento de colheita de gametas novamente, bem como não terão que passar pela ansiedade de se esperar pelo resultado da fecundação na proveta.

Sendo assim, teremos os embriões apenas fecundados, que permanecerão na cultura e poderão ser congelados, e teremos os embriões realmente implantados que são aqueles que após a fecundação no tubo de ensaio (cultura) serão inseridos no útero da mulher que os irá gestar. E neste sentido para que se evite gravidez múltipla, o Conselho Federal de Medicina, em sua Resolução nº 2121/15 diz que:

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 até 35 anos: até 2 embriões; b) mulheres entre 36 e 39 anos: até 3 embriões; c) mulheres com 40 anos ou mais: até 4 embriões; d) nas situações de doação de óvulos e embriões, considera-se a idade da doadora no momento da coleta dos óvulos. (RESOLUÇÃO CFM nº2.121/2015)

A questão é, se o casal ou a pessoa que tem a pretensão de engravidar consegue o feito nas primeiras tentativas e optam por não terem mais filhos, o que acontecerá com os embriões

excedentários viáveis, ou seja, aqueles que “sobraram” do procedimento, mas que tem um perfeito potencial de vida? Há uma grande discussão acerca do tema, e é sobre isso que iremos tratar nos próximos capítulos.

2 O EMBRIÃO EXCEDENTÁRIO E SUA NATUREZA JURÍDICA

Como visto no capítulo anterior, o embrião excedentário ou supranumerário é aquele que foi gerado através da fertilização *in vitro* e por algum motivo (geralmente o sucesso nas primeiras tentativas do procedimento) não será mais utilizado.

Muitas são as discussões do que se fazer com esses embriões após a perda do interesse dos genitores em gerá-los, isso porque ainda não se é chegado a um consenso a cerca da natureza jurídica do embrião, tendo em vista a dificuldade de determinar cientificamente quando se inicia a vida.

A atual doutrina sobre o assunto é dividida em três diferentes correntes, uma que se adequa a teoria natalista, outra que se preceitua na teoria da personalidade condicional, e por fim, a que se alinha com a teoria concepcionista.

Para a corrente defensora da teoria natalista, a personalidade civil começa apenas a partir do nascimento, sendo assim, o embrião ou o nascituro, teria apenas expectativa de direito.

Neste entendimento, diz o Artigo 2º do código civil que: “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”. Percebe-se aí, que apesar de o código civil colocar resguardados os direitos patrimoniais do nascituro, o referido código pecou em adotar uma teoria que não traz explicitamente uma proteção a vida e tão pouco a dignidade do mesmo.

Ao analisarmos o artigo, percebemos que a lei aponta o início da personalidade civil apenas no nascimento com vida, ou seja, a lei adotou para si a teoria natalista, porém ela (a lei) ressalva os direitos do nascituro.

Entretanto, se analisado o ordenamento jurídico, percebe-se que estes direitos resguardados são apenas os de cunho Patrimonial, e neste sentido, Lucas Duarte (2015, n.p.) “o mesmo artigo diz que “*a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro*”. Se verificarmos sistematicamente o ordenamento perceberemos que os direitos postos a salvo, desde a concepção são apenas os patrimoniais.”

Adepto da teoria natalista, Silvio de Salvo Venosa (2011, p.36), sobre embriões obtidos através da fertilização *in vitro* leciona que “não se deve atribuir

direitos aos embriões obtidos dessa forma, antes de sua introdução no aparelho reprodutor da mulher receptora, quando então sim teremos um nascituro, com direitos definidos pela lei”.

Visão essa de difícil compreensão, pois se o embrião obtido através da Fertilização *in vitro* é exatamente igual a um embrião concebido pelo coito, sendo a única diferença expressiva entre ambos o local onde se formaram, por que o nascituro pode ter seus direitos resguardados e o embrião excedentário não? Para Lescura:

De fato, tal como previsto no Código civil, sob condição suspensiva, isto é, com subordinação do nascimento com vida, nascituros podem receber doações, e podem receber herança, uma vez que o concepturo (pessoa não concebida) também pode figurar uma disposição testamentária. Por correlação, tais direitos podem ser entendidos como extensíveis ao embrião excedentário. (LESCURA (2011, p. 35)

Após a inserção do embrião no útero da mulher, independentemente do tempo que se passou após o procedimento (de inserção), de forma alguma poderá ser provocado um aborto, o que é previsto como crime contra pessoa e possui sanções penais¹, de forma que, ficam controversos argumentos no sentido de não se proteger o embrião excedentário, pois como já dito, seu desenvolvimento ocorre como a de qualquer outro embrião no útero da mulher, o que muda é apenas o local da fecundação.

E neste sentido, para Lescura:

O embrião humano, independentemente do fato de sua criação ter se manifestado intra ou extrauterina possui, desde a sua concepção uma carga genética formidável, com informações e potências bastantes para o seu desenvolvimento. Em razão disso, por ter todos os atributos da espécie humana, merece a proteção de sua vida, integridade física e dignidade. (LESCURA (2011, p. 40)

Neste sentido, corrobora Flávio Tartuce, que deixa claro que há várias e fortes argumentações para que tal corrente doutrinária seja totalmente superada. O autor dispõe que:

¹Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:

Pena - detenção, de um a três anos.

Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de três a dez anos.

Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

[...] 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 [...] 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, tendência do Direito Civil pós-moderno. (TARTUCE, 2015,p.77)

Já a corrente filiada à teoria da personalidade condicional, sustenta que o nascituro possui direitos, porém condicionados ao nascimento com vida, ou seja, para a corrente condicionalista o embrião apenas adquirirá concretamente a personalidade civil após o nascimento com vida.

Como leciona Fábio Ulhoa Coelho (2012, p. 342), adepto dessa corrente:“a condição para que o nascituro seja sujeito de direitos, isto é, tenha seus direitos legalmente protegidos é a de que venha nascer com vida”. Ou seja, se o nascituro vier a falecer antes de seu nascimento, jamais terá sido considerado um sujeito de direitos, e nesse sentido Flávio Tartuce critica essa teoria dizendoque:

O grande problema da corrente doutrinária é que ela é apegada a questões patrimoniais, não respondendo ao apelo de direitos pessoais ou da personalidade a favor do nascituro. Ressalte-se, por oportuno, que os direitos da personalidade não podem estar sujeitos a condição, termo ou encargo, como propugna a corrente. Além disso, essa linha de entendimento acaba reconhecendo que o nascituro não tem direitos efetivos, mas apenas direitos eventuais sob condição suspensiva, ou seja, também mera expectativa de direitos. (TARTUCE, 2015, p.78)

Por fim, a corrente que se alinha com a Teoria concepcionista, defende que a personalidade civil é adquirida desde a concepção. Para Lescura:

Certamente, a aplicação da teoria concepcionista ilidiria o seguinte antagonismo jurídico: o nascituro não é considerado pessoa, mas o crime de aborto presente no Código Penal no Título I da Parte Especial é modalidade de crime contra a pessoa. (LESCURA, 2011, p. 34)

De acordo com os adeptos desta teoria, o nascituro, não é mero objeto, mas sim um ser merecedor de garantias e proteções jurídicas, bem como já adquire desde a concepção uma personalidade jurídica formal que está relacionada com os direitos da personalidade.

Da mesma forma tal teoria defende à proteção a vida do nascituro e sua dignidade intrínseca por se tratar de embrião humano, em completa concordância com o artigo 1º, inciso III da CF/88 que de forma expressa declara a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito Brasileiro. E ainda no sentido de proteção a vida do nascituro Lescura leciona que:

De qualquer forma, ainda que a atribuição de personalidade se verifique somente com o nascimento com vida, a falta de personalização não significa falta de atribuição de direitos. Ou seja, o fato do nascituro não ser pessoa enquanto não nascer com vida não lhe retira o direito a vida. Trata-se de ponderação lógico-jurídica. (LESCURA, 2011, p. 34)

Nesse sentido, ainda que falte concretamente a personalidade civil ao nascituro ou embrião, isso não exige a lei de lhe atribuir proteção, principalmente no que diz respeito aos direitos a vida e sua dignidade humana. É impossível, portanto, conceber a pessoa humana, ou o embrião humano, de uma forma inteiramente desprovida de valores, instrumentalizando-a. A visão concepcionista, aliás, coaduna com a visão Immanuel Kant sobre a não instrumentalização do ser humano:

O homem é todo o ser racional, existe como fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado simultaneamente como fim. (KANT, 2007, n.p.)

A dignidade da pessoa humana é um atributo próprio à pessoa justamente devido à mesma ser dotada de humanidade. Não é cabível, portanto, qualquer tipo de diferenciação entre os embriões humanos pela simples diferença do local de fecundação, tendo em vista que o desenvolvimento ocorre da mesma forma e as células presentes no embrião intrauterino são as mesmas presentes no embrião extrauterino.

De tal modo o direito, por uma visão kantiana, deve ser enxergado como instrumento feito pelo homem para o homem e como tal, deve assegurar a este o status jurídico compatível a sua existência humana, não servindo para sua instrumentalização.

Ainda nesse sentido, para Ana Cristina Rafful (2000, apud LESCURA, 2011, p.40), o embrião desde a concepção é um ser humano em potencial, merecendo o tratamento como tal, e pelo fato de os direitos do nascituro serem tutelados desde a concepção, o embrião, ainda que *in vitro*, também se insere nessa proteção, ou seja, o conceito, independentemente se fecundado extracorpórea ou intracorporalmente é considerado sujeito de direitos no momento da fecundação.

Partindo do pressuposto que, o desenvolvimento do embrião feito em laboratório e o gerado através de métodos naturais é o mesmo, percebe-se que não há diferença entre o embrião excendatário e o nascituro, além do local em que eles se encontram (o embrião excendente em uma cultura e o nascituro no útero da mulher). Portanto é justo pleitear que

sejam também resguardados os direitos fundamentais do embrião excendentário, inclusive que sejam protegidos o seu direito a vida e sua dignidade.

Dessa forma, conclui-se ser mais acertada a teoria concepcionista, pois o embrião é desde sua concepção uma vida, independentemente do local de fecundação, *in vitro* ou intrauterino. Ninguém nasce se não for antes um embrião, o que quer dizer que ser embrião é uma das muitas fases da vida, como ser criança, adulto e idoso, e dessa forma merece o embrião, inclusive o excendentário, proteção jurídica de seus direitos, sobretudo o direito de nascer, se fazendo necessária a oferta de caminhos que possibilitem o seu nascimento, como por exemplo, a adoção embrionária.

Contudo, a adoção deste posicionamento pela legislação e jurisprudência no Brasil dependerá de ajustes. Para um acertado posicionamento neste sentido é imperioso destacar os posicionamentos mais comumente adotados em outros países, como fonte de direito comparado contrapondo com a realidade nacional. É o que se pretende em seguida.

3 A DESTINAÇÃO DO EMBRIÃO EXCEDENTÁRIO EM OUTROSPAÍSES

No Brasil não há uma lei específica que trate das técnicas de reprodução assistida. Entretanto a lei de número 11.105/05, chamada de lei de Biossegurança, trata, ainda que não satisfatoriamente, de alguns temas envolvidos na reprodução humana assistida, inclusive sobre o uso do embrião excendentário para fins de pesquisacientífica.

A lei é expressa em dizer que é permitida a pesquisa com células-tronco obtidas de embriões excendentários, desde que:

Art. 5º [...] 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. (BRASIL,2015)

Contudo, a pesquisa científica não é o único destino que pode ser dado aos embriões excendentários. Neste sentido, o Conselho Federal de Medicina traz no texto da resolução 2.121/15, que os embriões poderão ser doados a outros casais que o queiram adotar, bem como podem ser criopreservados. Porém, tal adoção embrionária resta precária uma vez que regulada somente pela resolução e não por legislação específica, não tendo, portanto, força normativa em nosso ordenamento.

Como no Brasil, há vários lugares no mundo em que as técnicas de reprodução medicamente assistida são permitidas. Com isso, a questão da destinação do embrião excendentário que não será mais utilizado por seus genitores se apresenta como juridicamente relevante. No presente estudo serão apresentados o posicionamento jurídico em Portugal e França, que já possuem legislação específica sobre o tema e podem inspirar o ordenamento brasileiro.

3.1 A lei de Procriação Medicamente Assistida de Portugal

A lei nº 32/2006 que trata sobre as técnicas de reprodução assistida em Portugal, de início se preocupa em estabelecer no seu art. 24² que se deve haver a criação apenas do número de embriões necessários para o êxito do procedimento. Após a transferência dos embriões viáveis, de acordo com a situação clínica do casal, a referida lei dispõe em seu art. 25³ que os embriões que não forem transferidos devem ser criopreservados, com o comprometimento do casal beneficiário de utilizá-los em novo procedimento no prazo máximo de 3 anos.

Decorrido esse prazo, a primeira possibilidade que a lei traz é de que esses embriões excedentes sejam doados a outros casais inférteis, devendo ocorrer essa doação apenas mediante o consentimento dos beneficiários originários. Por fim, subsidiariamente, os embriões que não puderem ser envolvidos primeiramente em projeto parental, poderão ser

²Artigo 24º

Princípio geral

1 - Na fertilização in vitro apenas deve haver lugar à criação dos embriões em número considerado necessário para o êxito do processo, de acordo com a boa prática clínica e os princípios do consentimento informado.

2 - O número de ovócitos a inseminar em cada processo deve ter em conta a situação clínica do casal e a indicação geral de prevenção da gravidez múltipla.

³Artigo 25º

Destino dos embriões

1 - Os embriões que, nos termos do artigo anterior, não tiverem de ser transferidos, devem ser criopreservados, comprometendo-se os beneficiários a utilizá-los em novo processo de transferência embrionária no prazo máximo de três anos.

2 - Decorrido o prazo de três anos, podem os embriões ser doados a outro casal cuja indicação médica de infertilidade o aconselhe, sendo os factos determinantes sujeitos a registo.

3 - O destino dos embriões previsto no número anterior só pode verificar-se mediante o consentimento dos beneficiários originários ou do que seja sobrevivente, aplicando-se, com as necessárias adaptações, o disposto no n.º 1 do artigo 14º.

4 - Não ficam sujeitos ao disposto no n.º 1 os embriões cuja caracterização morfológica não indique condições mínimas de viabilidade.

5 - Aos embriões que não tiverem possibilidade de ser envolvidos num projecto parental aplica-se o disposto no artigo 9º.

destinados à investigação científica se houver consentimento, expresso, consciente e informado dos beneficiários originários.

Percebe-se que a lei de Portugal, tem a clara preocupação de que esses embriões excedentários venham primeiramente participar de um projeto parental e exercer o seu direito ao nascimento, liberando a doação dos mesmos para investigação científica apenas em ultima hipótese. Aqui no Brasil, seria interessante uma norma nesse sentido de se preocupar em inserir esses embriões excedentários em um projeto parental, antes de dar a eles qualquer outra destinação, criando assim uma maior possibilidade de que os mesmos venham anascer.

3.2 O Code de La Santé Publique da França

O Code de La Santé Publique⁴ é o código que regula, na França, assuntos de Reprodução Humana Assistida, dentre eles os embriões excedentários. Resumidamente sobre o assunto, para a lei francesa deve-se ser criado apenas um embrião *in vitro* por tentativa, porém, havendo uma necessidade específica no projeto parental, pode o casal, mediante declaração escrita, determinar que sejam criados mais embriões, gerando assim, a criação de embriões excedentários.

Para a norma francesa, em regra, os embriões devem servir para realizações de projetos parentais, e assim sendo, é vedada a criação dos mesmos para fins de pesquisacientífica. Entretanto, o casal que já possuir embriões excedentários, pode decidir se esseembriões serão destinado a pesquisa ou experimentação científica, se serão doados a outros casais, ou se simplesmente serão mantidos crioconservados, contudo, se o casalgenitor, dentro do lapso de cinco anos, não reiterar sua vontade acerca do projeto parental, poderá ser feita a finalização do processo de conservação, ou seja, o descarte do embrião crioconservado.

Interessante que, na norma francesa, o acolhimento de embriões por casais que queiramrealizar a adoção embrionária, será feita através de autorização judicial, com verificaçãoprévia das condições capacitantes do casal, ou seja, a norma francesa tende a uma modalidade de adoção judicial do embrião.

No Brasil, seria interessante também uma disposição legal no sentido de limitar o número de embriões criados por tentativa, não necessariamente apenas um, mas, evitando que se crie um número muito grande de embriões, menos será a quantidade de embriões excedentes, sendo assim: “[...] o contingente nacional de embriões excedentários

⁴Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006072665>

criopreservados tenderia a diminuir e, com isso, dirimir-se-ia a problemática de sua destinação” (LESCURA, 2011, p. 140).

Como se percebe, em outros países já há uma previsão legal específica acerca da destinação dos embriões excedentes, inclusive abarcando a adoção embrionária, o que facilita o entendimento das pessoas acerca do assunto bem como evita conflitos jurídicos. Deste modo, por esses e outros motivos, faz-se necessária a busca pela criação de uma lei no mesmo sentido aqui no Brasil e sobre isso trataremos a seguir.

4 A ADOÇÃO EMBRIONÁRIA NO BRASIL

Antes de tratar do propriamente dito, assunto de adoção embrionária no Brasil, se faz necessário que se aborde o que é a adoção em caráter geral. Pois bem, em simples palavras, a adoção é o ato de trazer para sua família ocupando a posição de filho, mediante, em regra, sentença judicial, pessoa que lhe é estranha e que geralmente não possui com o adotante laços biológicos.

Para Lescura (2011, p.102) “Adoção é o ato jurídico complexo pelo qual o adotante recebe pessoa em sua família como filho. O adotado, em face da formação do estado de filiação, passa a possuir parentesco civil não apenas com quem o adotou, mas com toda sua família”.

Cumprе salientar que a o instituto da adoção no Brasil visa, primeiramente, o bem-estar e a dignidade da criança e do adolescente, que vivendo em situações de abandono, abuso, e etc, tem a oportunidade de restabelecer laços familiares com pessoas que estejam dispostas à acolhe-los. E neste sentido de proteção, temos o art. 227 da CF/88 dispõemque:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, 1988)

Resta claro que o texto constitucional, teve a preocupação em exaltar o dever da sociedade em geral e do Estado, de proteger a dignidade da criança e do adolescente. Neste sentido Nathan Rodrigues (2019, n.p)em seu texto sobre a adoção no Brasil, diz que:

Vale destacar que o direito da criança e do adolescente de viver em família foi o princípio que norteou toda a redação da lei (da adoção). De acordo com o já citado

artigo 227 da Constituição de 1988, tal direito é “absoluta prioridade” para a infância e a adolescência, ao lado da saúde, alimentação, educação, lazer e profissionalização.(RODRIGUES, 2019, n.p.)

Atualmente a norma que regula o processo de adoção no Brasil é a lei 13.509/17 que alterou o Estatuto da Criança e do Adolescente (lei nº 8.069/1990) e, apesar de ser um marco inovador para o instituto da adoção brasileira, não adota a possibilidade de adoção embrionária. Isto porque, a adoção do embrião excedente que não faça mais parte de um planejamento familiar, é instituto diferenciado do da adoção de crianças e adolescentes.

Relembra-se que não existe legislação específica sobre a adoção embrionária no Brasil e como não há possibilidade de aplicabilidade da lei de Adoção geral, a criação de uma norma neste sentido se faz de extrema importância, tendo em vista a afetação da própria dignidade humana do embrião não fecundado que não possui proteção alguma.

Neste sentido, a constituição Federal de 88, tem como um de seus fundamentos o princípio da dignidade da pessoa humana. Para Ingo Wolfgang Sarlet, entende-se:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos. (SARLET, 2001, p. 60)

Portanto, faz-se totalmente justo pleitear a normatização do instituto da adoção embrionária, tendo em vista que tanto antes, quanto posteriormente ao nascimento, esse embrião em situação de adoção, deve ter sua dignidade respeitada. Ademais, conforme aduz Lescura:

Convém lembrar que essa tese define o Embrião Humano como vida humana em estágio de desenvolvimento celular, resultante do encontro profícuo de células germinais masculinas e femininas. Assim, embriões excedentários são compreendidos como embriões humanos excedentes de uma reprodução humana assistida, surgidos em decorrência do encontro de gametas, masculinos e femininos, por meio de auxílio clínico, técnico, científico. Diferenciam-se dos embriões-nascituros apenas pela condição fático-temporal extrauterina que vivenciam. (LESCURA, 2011, p.130)

Neste sentido, o embrião excedentário se constitui uma vida, e portanto, é correto e lógico defender a adoção embrionária como meio de proporcionar o nascimento ao mesmo,

pois, se já não é quisto para o projeto parental de seus genitores, há grandes chances de nunca virem ao nascimento.

Como em Portugal, no Brasil, seria importante uma norma que se preocupa primeiramente, em incluir os embriões excedentários em um projeto parental através da adoção embrionária, para tanto, a adoção embrionária deveria obedecer pré – requisitos assim como a adoção comum. E nesse sentido, Alexandre Lescura (2011, pgs. 131 a 144) aponta alguns requisitos que deverão ser adotados para o procedimento:

Inicialmente é interessante ressaltar que como preceitua Lescura (2011) seria importante uma norma no sentido de regular, como na França, por exemplo, o número de embriões criados por procedimento, sendo possível apenas o congelamento de gametas, desse modo, a “sobra” de embriões ocorreria apenas de forma excepcional.

Como todo ato jurídico, é necessário haver a capacidade civil da pessoa ou do casal que queira adotar um embrião excedentário, ou seja, o adotante deve ser maior de 18 anos e estar no exercício pleno de suas faculdades mentais⁵.

Para a adoção embrionária em conjunto, seria importante haver laços antecedentes entre o casal, como o casamento ou a união estável, pois dessa forma se pressupõem uma afinidade entre ambos, o que para Lescura (2011, p.133) “[...] é desejável e de grande importância para bem recepcionar e criar conjuntamente o novo filho”.

Ainda sobre a adoção embrionária conjunta, ela só poderá ocorrer com o consentimento expresso do cônjuge para autorização da transferência daquele embrião de origem totalmente heteróloga (produzido com gametas masculino e feminino de terceiros) para o útero de sua consorte, sendo o consentimento passível de arrependimento até o ato da inserção do embrião.

Essa idéia vem por analogia ao Código Civil, quando determina em seu artigo 1.597, inciso V⁶, que para ocorrer a presunção de paternidade de um bebê gerado através de uma inseminação heteróloga (com material genético doado por um terceiro, nesse caso o gameta masculino), deverá haver consentimento informado do marido. E nesse sentido da filiação, Lescura (2011, p.134) diz que: “Nascido, o antes embrião excedentário de origem

⁵Como leciona Lescura (2011,p.133), guardar entre adotado e adotando a diferença mínima de 18 anos de idade, resguarda um curso normal de maturidade para a construção familiar.

⁶Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:
V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

absolutamente heterol6ga passa 6 condi76o de filho daqueles que realizaram seu acolhimento adotivo, de forma irrevog6vel”.

A ado76o do embri6o excedent6rio deve ser absolutamente irrevog6vel. Para Lescura(2011, p.135): “Conjunta ou n6o, por equipara76o l6gica, tal como a ado76o de nascidos, a Ado76o Embrion6ria t6m 6 irrevog6vel.” Ou seja, o arrependimento s6 pode acontecer antes da inser76o do embri6o em estado de ado76o no 6tero, tendo em vista que a ado76o embrion6ria s6 ocorre de fato com tal ato. Ap6s o procedimento, por 6bvio, n6o poder6 o casal, ou a mulher, induzir um aborto em raz6o de arrependimento.

Da mesma forma, depois de nascido, ainda que o adotado exercite o direito de conhecer seus genitores biol6gicos, a condi76o de filho do casal ou da pessoa que o adotou restar6 perfeita, pertencendo a estes o poder familiar sobre o adotado.

Assim como na reprodu76o assistida heterol6ga, que apenas necessita do consentimento informado das partes envolvidas, por equipara76o, a princ6pio a ado76o embrion6ria, n6o prescinde de decis6o judicial. Segundo Lescura:

O projeto parental que abarcar a Ado76o Embrion6ria, com pr6via declara76o de ci6ncia por parte dos envolvidos acerca das decorr6ncias parentais da filia76o a ser percebida, constitui exerc6cio de planejamento familiar. (LESCURA, 2011, p.135)

Dessa forma, 6 necess6rio para que ocorra a ado76o de fato (inser76o do embri6o no 6tero da mulher), o consentimento livre, e esclarecido, da pessoa/casal adotante. Por consentimento livre, podemos entender, aquele sem nenhum v6cio (ex: coa76o), e por consentimento esclarecido podemos entender aquele em que os futuros pais, entendam com clareza todos seus direitos e deveres acerca da ado76o.

O termo de consentimento n6o necessita de forma especial, ou seja, poder6 ser feito de forma livre, n6o dependendo sua validade de uma forma especifica, por6m, como leciona Lescura:

[...] 6 desej6vel a utiliza76o de forma escrita para elabora76o de um termo de consentimento para Ado76o Embrion6ria. Com tal cautela, constituir-se-ia uma maior prova de autenticidade, ilidindo ou dirimindo eventuais v6cios de vontade que porventura possam vir a ocorrer. Desse modo a aprecia76o judicial da Ado76o Embrion6ria s6 se far6 necess6ria para resolver lit6gios decorrentes da m6 observaa76o ou da m6 interpreta76o do Termo, ora em tela, bem como para solucionar discuss6es decorrentes de sua autenticidade. (LESCURA 2011, p.137)

Alexandre Lescura (2011, p.137) sugere que t6m por meio de termo de consentimento, os genitores possam ofertar seus embri6es excedentes a ado76o, e ele ainda

diz que: “Tal documento, seria descritivo quanto a eliminação de quaisquer vínculos de ordem pessoal, material etc., que se sucederia com a verificação da Adoção Embrionária”.

Seria interessante a criação de cadastros estaduais, no sentido de interligar pessoas interessadas em ofertar seus embriões para adoção, e pessoas que tivessem o interesse em adotá-los, dessa forma “facilitaria a realização da adoção embrionária em maiores escalas, ampliando-se a aplicabilidade da Lei de planejamento familiar” (LESCURA, p.139).

Via de regra, genitores e adotantes não saberiam das respectivas identidades, e os centros de reprodução assistida, seriam intermediários de todo procedimento da adoção embrionária como, por exemplo, recolher e arquivar os respectivos termos de consentimento.

Para Lescura (2011, p.139), deve ser considerada a viabilidade jurídica da Adoção do Embrião por pessoa indicada por seus genitores, bem como por filhos ou ascendentes de seus genitores, diferentemente do que ocorre com a adoção do já nascido, pois até o nascimento, o embrião não possui parentesco civil com ninguém.

No caso da orfandade embrionária excedentária que ocorre quando ambos os genitores que consentiram para a criação do embrião, vêm a falecer, salienta-se, que se os genitores não tiverem deixado testamento indicado pessoas determinadas para adotar os seus embriões, ou havendo tal disposição em testamento, tais pessoas não possam, ou não queiram aqui escê-los para si, é conveniente recomendar esses embriões para adoção.

Cumprido reforçar aqui, que a partir do momento da inserção do Embrião oferecido em adoção, de forma livre e esclarecida através de termo de consentimento, para o útero adotante, seus genitores biológicos perdem o direito de quaisquer reivindicações acerca do mesmo, bem como a partir do nascimento formará laços civis com os adotantes e suas respectivas famílias. Dessa forma, a partir do nascimento com vida, “o antes embrião excedentário, passará a condição de filho adotivo daqueles que lhes proveram nascimento” (LESCURA, p.144).

Para finalizar, se faz necessário salientar que: “[...] a origem genética do embrião excedentário, como a de qualquer outra pessoa na face da terra é indissolúvel. Tal imutabilidade de DNA, só é importante em respeito aos impedimentos para o casamento” (LESCURA, p.143). Portanto, assim como qualquer outro adotado, a pessoa adotada através de adoção embrionária, atingindo a idade e desejando contrair laços matrimoniais deverá respeitar a lei na questão de impedimentos para o casamento.

Ressalta-se aqui que este posicionamento é o adotado por Alexandre Lescura e dessa forma concorda-se com tal, tendo em vista o segundo capítulo do presente trabalho que trata da proteção à vida e dignidade do embrião excedentário, que reforça-se aqui, é uma vida humana em potencial dotada de humanidade e assim merecedora de respeito.

“Para que os embriões excedentários não mais participantes do projeto parental de seus genitores possam nascer, efetivamente viver, e possuir um status de filho, a Adoção Embrionária faz-se ética, jurídica e humanamente necessária” (LESCURA, 2011,p.144).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Verificou-se que, fertilização *in vitro* se apresenta como solução possível para casais com problemas de esterilidade ou infertilidade, bem como para mulheres que visam a reprodução independente. A técnica consiste em juntar gametas feminino e masculino em um tubo de ensaio, para que assim ocorra a fecundação e sejam gerados diversos embriões, porém, apenas alguns serão implantados no útero da mulher receptora. Com o sucesso nas primeiras tentativas do procedimento, geralmente esses embriões excedentes ficam como “sobra”, visto que seus genitores não terão mais interesse de levá-los a gestação, dessa forma abre-se discussão acerca do que fazer com esses embriões excedentários.

Acerca da natureza jurídica do embrião percebeu-se que não há um consenso doutrinário, sendo a doutrina atual dividida em três correntes: A natalista, a da personalidade condicional e a concepcionista, sendo que a adoção dessa última responderia divergências jurídicas como o fato do nascituro não possuir concretamente direitos, mas seu abortamento criminoso ser qualificado como crime contra pessoa. Ressalta-se aqui, que a doutrina fala de nascituro, entretanto por ponderação lógica deve-se estender qualquer proteção a este dada ao embrião gerado em laboratório, tendo em vista que a única diferença entre ambos é o local onde foram fecundados, sendo o embrião excedentário uma vida em potencial.

Contatou-se, que em Países estrangeiros o assunto é tratado em lei específica, em geral, assim como no Brasil permitem os genitores decidirem o que fazer com seu embrião excedente. De forma muito interessante, a norma Francesa demonstra interesse em não criar uma população de embriões excedentários, tendo em vista que delimita o número da criação de embriões por tentativa. E ainda na mesma, encontram-se traços do que seria uma adoção embrionária judicial.

Por fim, conclui-se que se faz de extrema necessidade a criação de uma lei que abarque o instituto da adoção embrionária, a fim de orientar o procedimento, resolver discussões acerca do assunto, evitar conflitos jurídicos e os havendo resolver de forma justa, trazendo assim uma segurança jurídica a todos os envolvidos, e por fim, tutelar os interesses futuros dos embriões por esse meio nascidos, que merecem ter suas vidas e dignidades respeitadas como qualquer pessoa por outros meios nascida e/ou adotada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

AYRES, Nathalie. **Fertilização In Vitro (FIV): O que é, como funciona e custo.** [201-]. Disponível em: <<https://www.minhavidacom.br/familia/tudo-sobre/16499-fertilizacao-in-vitro>>. Acesso em: 22/08/2022.

BASSETTE, Fernanda. **Pais adotam embrião como alternativa à dificuldade de engravidar.** 2018. Disponível em: <<https://claudia.abril.com.br/sua-vida/pais-adotam-embriao-como-alternativa-a-dificuldade-de-engravidar/>> Acesso em: 22/08/2022.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 22/08/2022.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal.** Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 22/08/2022.

BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil.** Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em: 22/08/2022.

CAMARGO, Diego Guimarães. **A teoria adotada pelo código civil acerca do início da personalidade civil da pessoa natural: uma análise a luz da doutrina e da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.** 2016. Disponível em: <<https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/45959/a-teoria-adotada-pelo-codigo-civil-acerca-do-inicio-da-personalidade-civil-da-pessoa-natural-uma-analise-a-luz-da-doutrina-e-da-jurisprudencia-do-superior-tribunal-de-justica>>. Acesso em: 22/08/2022.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil – Parte Geral 1.** 9ª Ed. São Paulo – SP: Saraiva, 2020.

Conselho Federal de Medicina (CFM-Brasil). Resolução nº 2121 de 24 de setembro de 2015. Brasília. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121_2015.pdf>. Acesso em: 22/08/2022.

COUTO, Cleber. Reprodução Assistida Homóloga e Heteróloga, Monoparentalidade Programada e Coparentalidade. 2015. Disponível em: <<https://professorclebercouth.jusbrasil.com.br/artigos/211560163/reproducao-humana-assistida-homologa-e-heterologa-monoparentalidade-programada-e-coparentalidade>>. Acesso em: 22/08/2022.

FILHO, Jorge Haddad. Falhas no desenvolvimento e implantação do embrião. 2013. Disponível em: <<https://www.spdm.org.br/blogs/reproducao-humana/item/1307-98falhas-no-desenvolvimento-e-implantacao-do-embriao>>. Acesso em: 22/08/2022.

FRANÇA. Code de La santé publique. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/telecharger_pdf.do?cidTexte=LEGITEXT000006072665>.

Acesso em: 22/08/2022.

FRANÇA, Genival Veloso de. A adoção de embriões excedentários ou congelados. 2017. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2017/09/22/adocao-embrioes-excedentarios-congelados/>>. Acesso em: 22/08/2022.

KANT, Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos Costumes. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.

MARCELO, Mário. O que fazer com os embriões que sobram após a fertilização in vitro? [200?]. Disponível em: <<https://formacao.cancaonova.com/bioetica/o-que-fazer-com-os-embrioes-que-sobram-apos-fertilizacao-vitro/>> Acesso em: 22/08/2022.

NASCIMENTO, Alexandre Lescura do. Adoção Embrionária. 2011. 170 pg. Tese de Doutorado – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: <<https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/5515/1/Alexandre%20Lescura%20do%20Nascimento.pdf>> Acesso em: 22/08/2022.

PORTUGAL. Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho de 2006. Procriação medicamente assistida. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=903&tabela=leis&ficha=1&pagina=1> Acesso em: 22/08/2022.

RODRIGUES, Nathan. Adoção no Brasil: saiba como funciona o processo. 2019. Disponível em: <<https://www.boavontade.com/pt/dia-dia/adocao-no-brasil-saiba-como-funciona-o-processo>>. Acesso em: 22/08/2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SIEMBRIO. 13º Relatório do Sistema Nacional de Produção de Embriões. 2022. Disponível em: <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiaOTVjMDYxOGMtMmNIYy00MjQ3LTg3Y2ItYTAxYTQ4NTkxYjFkIiwidCI6ImI2N2FmMjNmLWMzZjMtNGQzNS04MGM3LWI3MDg1ZjVIZGQ4MSJ9&pageName=ReportSection770f72a0cca27de07030>>. Acesso em: 22/08/2022.

TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil – Volume Único. 5ª ed. São Paulo – SP: Método, 2015.

UREL, Isadora. A adoção de embriões: uma opção apropriada aos embriões excedentários viáveis. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Rio de Janeiro - RJ, Vol 99, Fevereiro de 2017. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDConsInter_n.97.08.PDF>. Acesso em: 22/08/2022.

