

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE DIREITO

MARÍLIA DA CUNHA MELO DE ALBUQUERQUE

**ADOÇÃO DE EMBRIÕES EXCEDENTÁRIOS VIÁVEIS: uma análise acerca de
sua possibilidade e da necessidade de proteção jurídica embrionária**

Recife
2018

MARÍLIA DA CUNHA MELO DE ALBUQUERQUE

ADOÇÃO DE EMBRIÕES EXCEDENTÁRIOS VIÁVEIS: uma análise acerca de sua possibilidade e da necessidade de proteção jurídica embrionária

Monografia apresentada à Faculdade Damas da Instrução Cristã como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^a Dr^a Renata Cristina Othon Lacerda Andrade.

Recife
2018

Catálogo na fonte
Bibliotecário Ricardo Luiz Lopes CRB/4-2116

Albuquerque, Marília da Cunha Melo de.
A345a Adoção de embriões excedentários viáveis: uma análise acerca de
possibilidade e da necessidade de proteção jurídica embrionária / Marília
da Cunha Melo de Albuquerque. - Recife, 2018.
50 f.

Orientador: Prof. Dr^a. Renata Cristina Othon Lacerda Andrade.
Trabalho de conclusão de curso (Monografia - Direito) – Faculdade
Damas da Instrução Cristã, 2018.
Inclui bibliografia

1. Direito. 2. Embriões excedentários. 3. Adoção. 4. Possibilidade
jurídica. I. Andrade, Renata Cristina Othon Lacerda. II. Faculdade Damas
da Instrução Cristã. III. Título

340 CDU (22. ed.)

FADIC (2019-178)

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE DIREITO

MARÍLIA DA CUNHA MELO DE ALBUQUERQUE

ADOÇÃO DE EMBRIÕES EXCEDENTÁRIOS VIÁVEIS: uma análise acerca de sua
possibilidade e da necessidade de proteção jurídica embrionária

Defesa Pública em Recife, ___ de _____ de 2018.

BANCA EXAMINADORA:

Presidente: Orientadora Profª Drª Renata Cristina Othon Lacerda Andrade.

Examinador (a)

Examinador (a)

AGRADECIMENTOS

Ao longo desta árdua jornada, faz-se imprescindível compartilhar esta conquista com aqueles que, direta ou indiretamente, fizeram parte da minha formação, contribuindo para o meu crescimento pessoal e profissional.

Reconheço que, sozinha, seria impossível concluir uma caminhada cheia de obstáculos e dúvidas. Por isto, agradeço a Deus, pelo Seu amor incondicional, por ter me concedido coragem, confiança, foco e paciência para elaboração e conclusão do presente trabalho, bem como para os demais desafios diários. Agradeço a Ele pela Sua presença contínua em minha vida, sem deixar-me desistir e me concedendo as forças necessárias para superar os embaraços presentes em cada passo da minha caminhada.

Aos meus pais, Alexandre Albuquerque e Patrícia Melo, por me proporcionarem todo o suporte necessário para cumprir esta jornada com louvor. Por serem a base da minha estrutura física e emocional e que, por muitas vezes, superaram suas próprias limitações em nome do meu bem-estar. Em especial, agradeço a minha amada mãe, pela sua incansável luta diária a fim de me proporcionar conforto e qualidade de vida. Agradeço pela forma como me criou, pelos seus ensinamentos, educação e valores que me possibilitaram a construção de uma postura ética e uma visão crítica do mundo. Sou eternamente grata por compartilhar junto a mim todas as vitórias e angústias, o que me instiga a confiar mais em mim mesma e em nosso Pai. A sua orientação dada a fim de sempre seguir para o caminho do bem me inspira a continuar lutando pela justiça. Meu sonho é um dia poder retribuí-la, não apenas por recompensá-la, mas por puro e genuíno amor.

Agradeço a Faculdade Damas, juntamente com toda sua equipe de docentes e funcionários, pela seriedade e excelência na formação de seus juristas. Em especial, a minha orientadora Professora Doutora Renata Andrade, pela sua disponibilidade e apoio despendidos ao presente trabalho, atuando ativamente de forma a engrandecê-lo. Não se pode olvidar o Professor Doutor Ricardo Silva, por todo seu profissionalismo e competência ao conduzir brilhantemente o rumo da presente pesquisa.

Aos meus colegas de faculdade, em especial a minha amiga Tâmara Araújo, companheira desses cinco anos de curso, por toda amizade, carinho e afeto mútuo dividido. Foram diversos trabalhos, provas e desafios enfrentados, os quais

ultrapassamos com louvor, sempre dividindo o peso diário do curso e da vida, buscando alcançar, na outra e em nós mesmas, o equilíbrio necessário para a superação.

Ao meu psicólogo, Lídio Alexandre, que, por muitas vezes, me ajudou a desvendar os mistérios da mente, buscando fazer com que eu mesma me compreendesse, controlando e equilibrando meu emocional e empenhando-me, diariamente, para que eu não seja aprisionada pelos meus pensamentos, mas sim, autora da minha própria história.

Estendo meus agradecimentos a todos aqueles que estiveram ao meu lado, antes e durante essa graduação, e que colaboraram para o desenvolvimento da pessoa que sou hoje, cuja construção ainda está em voga.

“Talvez não tenha conseguido fazer o melhor, mas lutei para que o melhor fosse feito. Não sou o que deveria ser, mas Graças a Deus, não sou o que era antes”.

(Martin Luther King).

RESUMO

O trabalho em questão aborda o problema da destinação dos embriões excedentários e apresenta como hipótese a adoção de tais embriões. Objetiva-se analisar a possibilidade de tutela dos embriões excedentários viáveis, permitindo o reconhecimento e tratamento do embrião como sujeito de direito. Para tanto, metodologicamente, o presente trabalho foi embasado por pesquisa bibliográfica, uma vez que são utilizados artigos, doutrinas, achados científicos e demais pesquisas acerca do tema, que corroboram com a sustentação da hipótese. Ademais, o estudo em tela possui desenvolvimento descritivo, com fundamento no método exploratório. Assim, diante do desinteresse de utilização dos embriões excedentes por seus geradores, conclui-se que poderia haver a destinação destes à adoção, desde que haja legislação específica que regulamente tal procedimento. Nesta perspectiva, a possibilidade de adotar aqueles embriões que sobrepujam a quantidade necessária à implantação, afastaria o caráter de “coisa” a que se pode ser considerado o embrião e asseguraria sua proteção jurídica.

Palavras chave: Embriões excedentários. Adoção. Possibilidade jurídica.

ABSTRACT

The work in question addresses the problem of the destination of surplus embryos and presents as hypothesis the adoption of such embryos. The objective of this study was to analyze the possibility of safeguarding viable surplus embryos, allowing the recognition and treatment of the embryo as a subject of law. For this, methodologically, the present work was based on bibliographic research since articles, doctrines, scientific findings and other research on the subject are used, which corroborate with the support of the hypothesis. In addition, the study in question has descriptive development, based on the exploratory method. Thus, given the disinterest in the use of surplus embryos by their generators, it's concluded that they could be destined to adoption, provided there's specific legislation that regulates such procedure. In this perspective, the possibility of adopting those embryos that surpass the quantity necessary for implantation, would remove the character of "thing" that can be considered the embryo and would assure its legal protection.

Key words: Embryo surplus. Adoption. Legal possibility.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

CC – Código Civil

CFM - Conselho Federal de Medicina

CLT – Consolidação das Leis do Trabalho

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente

FIV – Fertilização *in vitro*

IA – Inseminação Artificial

STF - Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
2. EMBRIÕES EXCEDENTÁRIOS	13
2.1. Processo de formação do embrião humano.....	13
2.2. Técnicas de reprodução humana assistida.....	15
2.2.1. Inseminação artificial (IA).....	15
2.2.2. Fertilização <i>in vitro</i> (FIV).....	18
2.2.3. Ovodoação.....	20
2.3. Embriões excedentários.....	21
3. O EMBRIÃO HUMANO E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	24
3.1. O tratamento do tema em outros ordenamentos jurídicos.....	24
3.2. Da norma constitucional e das legislações infraconstitucionais brasileiras.....	25
4. PROTEÇÃO JURÍDICA DO EMBRIÃO EXCEDENTÁRIO	33
4.1. O enquadramento jurídico do embrião.....	33
4.1.1. Do conceito jurídico de pessoa.....	33
4.1.1.1. Do começo da personalidade natural.....	35
4.1.2. Do conceito jurídico de coisa.....	37
4.1.3. Do conceito jurídico de sujeito de direito.....	39
4.2. As conseqüências do enquadramento do embrião humano como sujeito de direito.....	41
4.2.1. Breve análise do instituto da adoção no Brasil.....	41
4.2.2. Do reconhecimento do direito à vida e à dignidade do embrião humano excedentário.....	43
5. CONCLUSÃO	47
6. REFERÊNCIAS	49

1. INTRODUÇÃO

A presente pesquisa visa apresentar uma análise sob os aspectos jurídicos acerca da possibilidade de adoção dos embriões excedentários e do reconhecimento de sua proteção jurídica.

É fato notório que a reprodução humana assistida vem adquirindo um grande avanço na medicina, especialmente no que concerne ao desenvolvimento de novas técnicas médicas aplicadas para solucionar problemas de infertilidade.

À medida que os gametas femininos são inseminados *in vitro*, regra geral, diversos embriões são criados a fim de garantir o resultado útil do procedimento de gestação. Todavia, nem todos estes embriões são implantados no útero materno, gerando os chamados embriões excedentes.

A análise da adoção embrionária como melhor destinação para os embriões excedentários é de grande relevância, visto que o reconhecimento de que são seres dotados de dignidade faz-se essencial para sua proteção jurídica, sendo razoável conferir ao embrião uma tutela específica, de modo que sua criação não seja exclusivamente para pesquisas científicas.

Para fundamentar o presente estudo, algumas bibliografias de autores que, anteriormente, já estudaram o tema evidenciado, foram utilizadas como, por exemplo: a tese de Doutorado em Direito defendida na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) por Alexandre Lescura do Nascimento, em 2011, cujo tema foi: “Adoção Embrionária”, na qual concluiu que a Adoção Embrionária trata-se de instrumento jurídico que visa dar prosseguimento de vida a seres humanos, conferindo-lhes filiação e dignidade. (NASCIMENTO, 2011).

O artigo de Valéria Silva Galdino, que possui como tema “Da Destinação dos Embriões Excedentários”, bem como o artigo de Tiago Vieira Bomtempo, que possui como tema “Adoção de embriões: proposta de solução a não instrumentalização de embriões viáveis excedentes na reprodução assistida” também foram algumas bibliografias utilizadas no presente estudo. Este último entende a adoção como um meio para a possível solução ao destino de embriões viáveis excedentes oriundos de técnicas de reprodução assistida, de forma a garantir-lhes a proteção da vida e integridade física(BOMTEMPO, 2014).

É importante destacar, ainda, que a presente pesquisa se destina à sociedade em geral e principalmente ao Poder Judiciário, pois ele tem o dever de agir para que todos tenham os seus direitos fundamentais garantidos.

Assim, o trabalho em questão aborda o seguinte problema: tendo em vista as disposições legais brasileiras, é possível a adoção destes embriões excedentários?

Quanto ao problema supramencionado, trabalha-se com a hipótese de que a adoção seria vista como forma de possível e mais adequado destino para os embriões viáveis excedentários. Diante dessa perspectiva, a possibilidade de adotar aqueles embriões que sobrepõem a quantidade necessária à implantação, afastaria o caráter de “coisa” a que se pode ser considerado o embrião e asseguraria sua proteção jurídica.

Considerando as disposições legais (Lei de Biossegurança, Constituição Federal, Código Civil) e decisão do STF, os embriões excedentes não podem ser tratados como coisas quaisquer. Assim, diante do desinteresse de utilização desses embriões por seus geradores, poderia haver a destinação destes à adoção, desde que haja legislação específica que regulamente tal procedimento.

Ao longo do processo deste trabalho, objetiva-se analisar a possibilidade de tutela dos embriões excedentários viáveis, permitindo o reconhecimento e tratamento do embrião como sujeito de direito. Para tanto, busca-se a) conceituar, a princípio, embrião excedentário através das pesquisas e análises técnicas; b) analisar o tema frente às leis brasileiras que versem sobre o embrião e a concepção humana; bem como c) verificar a possibilidade de adoção destes embriões como a melhor forma de destinação dos mesmos.

Para uma análise aprofundada acerca do tema em comento, é utilizado o método exploratório, através de uma metodologia descritiva. Ademais, o presente projeto é fruto de uma revisão bibliográfica, artigos científicos e/ou entendimentos jurisprudenciais a respeito do tema evidenciado.

Nesse ínterim, pretende-se abordar o problema posto à tona diante de 3 (três) capítulos distintos, cujos conteúdos se relacionam entre si, de modo a proporcionar uma melhor compreensão quanto ao tema proposto.

No primeiro capítulo fará, basicamente, a conceituação do tema. Afinal, faz-se necessário delinear o conceito de embrião e, por consequência final, de embriões excedentes.

Por sua vez, no segundo capítulo, serão exploradas as disposições legais brasileiras (Lei de Biossegurança, Constituição Federal, Código Civil) bem como decisão do STF acerca do destino dos embriões excedentários, verificando que estes não podem ser tratados como coisas quaisquer, de modo a perceber a necessidade do reconhecimento jurídico da proteção embrionária.

Por fim, o terceiro capítulo versará acerca de uma solução ética, humana e legalmente aceitável diversa da destinação em prol da ciência e da pesquisa com células-tronco. Tal solução é a destinação dos embriões excedentários à adoção e apresenta-se como uma opção a não coisificação dos embriões que podem ser transmitidos à pesquisa ou terapia com células-tronco, bem como pode ser vista como alternativa única ofertada aos genitores de embriões excedentes que não desejam ocasionar-lhes nascimento.

Diante do exposto, verifica-se que o presente trabalho busca uma análise acerca da melhor destinação dos embriões excedentários, à luz da legislação brasileira que verse sobre o tema, bem como a necessidade de reconhecimento jurídico da proteção embrionária.

2. EMBRIÕES EXCEDENTÁRIOS

O presente capítulo aborda o processo de formação do embrião humano, com o fito de obter uma maior explanação acerca do conceito do embrião. Posteriormente, para amplo conhecimento, é trazida as mais conhecidas técnicas de reprodução humana assistida, quais sejam: a Inseminação Artificial (IA), a Fertilização *in vitro* (FIV) e a Ovodoação. Tais métodos são abordados em subtópicos visando um detalhado esclarecimento acerca do passo a passo de cada procedimento elencado. Por fim, ao obter uma profunda percepção acerca do tema estudado, é apresentado o conceito de embrião excedentário e a maneira como ele é tratado atualmente.

2.1. Processo de formação do embrião humano

Primeiramente, para uma melhor compreensão do tema objeto de estudo, faz-se necessário delinear o conceito de embrião e, por consequência final, de embriões excedentes.

O embrião humano é considerado como uma vida em estágio de desenvolvimento celular, que surge através do encontro frutífero de gametas masculinos e femininos. Durante esta fase de fertilização, do supramencionado cruzamento entre ovócito (óvulo) e espermatozóide, a estrutura formada é denominada de zigoto. Ao dar início ao desenvolvimento de novas células, órgãos e tecidos, o zigoto será intitulado de embrião durante as primeiras 8 (oito) semanas após a fecundação. (PEREIRA, 2010).

O período de divisão de várias células realizado pelo zigoto é denominado pela biologia como clivagem. Ou seja, após sofrer diversas divisões mitóticas, a consequência deste processo resulta na formação e crescimento considerável de células. Tais células resultantes são embrionárias, denominadas blastômeros. (NASCIMENTO, 2011).

Com o passar do tempo, este zigoto vai, cada vez mais, se dividindo e formando um número maior de blastômeros. Inicialmente 2 (dois) blastômeros, logo após 4 (quatro), sucessivamente 8 (oito) e assim por diante. Ao atingir a formação de 12 (doze) a 32 (trinta e dois) blastômeros, o ser humano em desenvolvimento

atinge o estágio de mórula, uma massa compacta de células. (NASCIMENTO, 2011).

No decorrer do processo evidenciado, a estrutura em comento percorre a tuba uterina e alcança o útero materno. A partir deste momento, é iniciada a recepção de fluidos uterinos pela mórula, que irá separar os blastômeros em dois tipos: trofoblasto (formados pelas células periféricas) e embrioblasto (que originará o embrião).

Durante esta fase denominada de blastocisto, o trofoblasto auxiliará a constituição de uma parte da placenta, enquanto o embrioblasto, como já fora anteriormente mencionado, gerará o próprio embrião humano.

Assim, no estágio do blastocisto, ocorrerá a fixação nas paredes do endométrio uterino, fase esta denominada de nidação que iniciará a gestação embrionária. Com isso, inicia-se a conexão embrião-gestante, com formação de anexos embrionários que possibilitarão a proteção, nutrição e trocas entre o embrião e o meio externo, por meio do corpo materno.

Na fase denominada gastrulação, que ocorre em média na terceira semana, pode ser observada a formação de um disco embrionário, caracterizado como triblástico, em razão de possuir três laminas responsáveis pela formação dos mais diversos tecidos e sistemas. São elas: 1) endoderma, do qual origina os tecidos de revestimento do sistema digestivo, respiratório, bem como a formação de células das glândulas de alguns órgãos humanos, tais como fígado e pâncreas; 2) mesoderma, do qual forma praticamente todo o restante do corpo humano; e, por fim, 3) ectoderma, responsável pelo surgimento do sistema nervoso e da epiderme. (Ibidem).

Diante de todo processo de formação embrionária acima explanado, percebe-se que o embrião, com o decorrer das semanas, vai, cada vez mais, atingindo sua formação por completa. A partir da quarta semana é identificado o início do bombeamento sanguíneo, sua cabeça apresenta um tamanho desproporcional ao corpo, observa-se a presença de pequenos braços e pernas, bem como algumas partes do rosto, visto que torna-se perceptível olhos e orelhas.

Ao longo da quinta semana, a cabeça vai crescendo continuamente e na oitava semana, finalmente, o embrião passa a adquirir sua formação final, de modo que os mais diversos membros do corpo tais como joelhos, pernas, braços, cotovelos e nariz atingem seu formato evidentemente e indistintamente humano.

A partir da nona semana, o embrião começa a ser chamado de feto. Isto é, deixa de existir a fase embrionária que se dá até meados das primeiras oito semanas e começa a desenvolver a fase fetal, constituída da nona semana até a gestação.

No decorrer de toda a explanação aqui exposta, é inegável a tamanha importância do processo de formação e desenvolvimento embrionário que, diante de sua evidente complexidade, culminará na mais perfeita formação humana.

2.2. Técnicas de reprodução humana assistida

A partir da análise realizada anteriormente quanto a uma melhor compreensão acerca do conceito de embrião, faz-se necessário, no presente ponto, discorrer sobre o que seria entendido como embrião excedente.

Os embriões excedentários são resultantes da sobra de um planejamento reprodutivo de pessoas que desejaram ser pais ou que procuraram aumentar sua filiação por meio de auxílio médico e clínico assistido.

Nesta seara, é imperioso adentrar na explanação acerca da reprodução humana assistida. Hodiernamente, não é só possível, como também muito utilizadas as técnicas médicas aplicadas para solucionar problemas de infertilidade. À vista disso, a reprodução das espécies que antes era realizada unicamente de forma natural, agora, com o crescente avanço na medicina, pode utilizar-se dos mais diversos métodos artificiais de reprodução humana.

Efetuada esta primeira noção elementar, pode-se compreender a reprodução assistida como um conjunto de operações técnicas médicas realizadas com o fito de gerar um novo ser humano artificialmente.

Para a efetivação da reprodução humana assistida, são utilizadas diversas técnicas médicas, como será possível verificar detalhadamente cada uma delas nos subtópicos elencados a seguir.

2.2.1. Inseminação artificial (IA)

Prima facie, insta realizar um breve histórico acerca do surgimento da técnica da Inseminação Artificial (IA).

Acredita-se que a primeira aplicação da mencionada técnica foi realizada em equinos pelos árabes, por volta do ano de 1332. Em contrapartida, no ano de 1779, foi realizada a primeira inseminação de cunho científico pelo monge italiano Lázaro Spallanzani. Este conseguiu demonstrar a possibilidade de fecundação entre o cachorro e a cadela, sem que haja contato direto entre os animais. Ao colher o sêmen de um cachorro via excitação mecânica, aplicou em uma cadela em período fértil, em sua fase de cio, obtendo como resultado o parto de 3 (três) filhotes do animal (NASCIMENTO, 2011).

Com esta descoberta, a partir de 1912, os russos utilizaram os eqüinos como forma de expandir a inseminação artificial de animais domésticos, revolucionando a seara da reprodução animal e passando a utilizar-se desta técnica em ampla proporção.

Posteriormente, em 1949, alguns pesquisadores ingleses como Polge, Smith e Parquer, realizaram um novo descobrimento. Perceberam que os espermatozóides possuíam uma vida curta ao serem conservados em refrigeradores programados a temperaturas de 5°C. E, ao utilizarem o Nitrogênio Líquido, verificaram que houve um brusco crescimento na expectativa de vida dos sêmens, com sua conservação a baixas temperaturas (Ibidem).

Assim, diante do novo conhecimento conquistado, a propagação desta técnica foi cada vez mais se expandindo e sendo utilizada em diversos países no comércio de sêmen para seus rebanhos bovinos.

No Brasil, noticia-se que a primeira inseminação deu-se por volta da década de 40, com um caráter meramente experimental. A técnica foi se difundido e sendo utilizada com mais vigor em meados da década de 50 e 70.

Realizada tais considerações no que tange às primeiras utilizações das técnicas de inseminação, é o momento de trazer à baila a maneira como tal procedimento é efetuado, sendo essencial a exposição passo a passo deste método.

A Inseminação Artificial (IA) ou Inseminação Intrauterina (II) pode ser compreendida como a implantação no útero materno de amostras de espermatozóides preparados em laboratório, com o fito de expandir o potencial de fecundação dos espermatozóides (PEREIRA, 2010).

Neste método, a fecundação pode ser homóloga (sendo utilizados os gametas do casal) ou heteróloga (quando são utilizados gametas de terceiros).

Segundo o dicionário médico Paciornik (1975, p. 315), a inseminação artificial pode ser definida como “deposição de esperma dentro da vagina ou do útero por meios outros que o ato do coito”.

A referida técnica é considerada de baixa complexidade, em razão de a fecundação ocorrer dentro do corpo materno e visto se tratar de um simples procedimento, no qual faz-se necessário um acompanhamento médico através de ultrassonografias para auxílio e verificação do desenvolvimento do óvulo, bem como a coletânea e preparação do sêmen para implantá-lo no colo uterino em momento oportuno para engrandecer as possibilidades de gravidez.

Visando atingir o objetivo desejado, qual seja, a gravidez, é essencial a presença de estímulos hormonais a fim de obter sucesso através da técnica aqui delineada. A partir de um tratamento que leva em consideração as características individuais de cada paciente, há um estímulo à ovulação, de modo que é gerado um folículo dominante apto a liberar um óvulo capaz de se amadurecer e ser fecundado.

Por este motivo, é indispensável o acompanhamento médico por meio de ultrassonografias para justamente observar o desenvolvimento destes folículos, bem como verificar se os mesmos já atingiram a quantidade e o tamanho desejados. Concluída tal etapa, é hora de realizar a inseminação artificial que ocorrerá cerca de 26 (vinte e seis) horas após a aplicação de uma injeção denominada HCG, com o fito de induzir a ovulação e a maturação ovariana.

Aplicada a injeção e decorrido o intervalo de tempo acima mencionado, chega o momento da inseminação. O esperma já foi cuidadosamente preparado, de forma a eliminar aqueles que já estão mortos, imóveis ou morosos, e selecionados aqueles espermatozoides que possuem a melhor mobilidade a fim de facilitar o processo de fecundação.

Com isso, a amostra daquele esperma que mais se destacou e se mostrou melhor preparado para o êxito do procedimento, é introduzido no colo do útero materno.

Por fim, como já mencionado anteriormente, a técnica aqui apresentada não é considerada como de alta complexidade, e não necessita de maiores cuidados com a paciente. A mesma demanda de uma recuperação que costuma realizar-se com brevidade e que, após recebida alta, pode efetuar suas atividades cotidianas normalmente, porém sem empreender demasiados esforços até obter um resultado

do teste de gravidez BETA HCG, realizado após, aproximadamente, 2 (duas) semanas do inteiro procedimento analisado.

2.2.2. Fertilização *in vitro* (FIV)

A Fertilização *in vitro* foi mais uma técnica de fertilização que surgiu para auxiliar as pessoas que possuíam dificuldades para ter um filho, trazendo esperanças de atingir tal objetivo.

O mencionado método iniciou-se através de um médico fisiologista inglês chamado Robert Edwards. Ele estudou a fertilidade humana em meados de 60 na Universidade de Cambridge e possuía experiência no campo de genética e embriologia animal.

Depois de diversas tentativas frustradas, Edwards dedicou seus estudos aos tecidos humanos e, com a ajuda do cirurgião ginecologista Patrick Steptoe, conseguiu obter os óvulos diretamente dos ovários através da técnica laparoscópica, deixando de utilizar apenas pedaços de ovários já removidos anteriormente de cirurgias abertas, como anteriormente era feito.

A dupla passou por uma fase desastrosa, quando não conseguiam obter êxito em inserir o embrião corretamente na parede uterina, após ter sucesso com obtenção de óvulos e fecundação dos mesmos em laboratório. Contudo, somente em 1977 foi possível unir o útil ao agradável, quando o casal britânico Lesley e John Brown decidiram procurar os pesquisadores para aproveitar a oportunidade de realizar o sonho de ter um filho.

Diante de diversas tentativas infrutíferas por um período de 9 (nove) anos de insistência, o casal enxergou nos pesquisadores a esperança de gerar o tão sonhado filho. Assim surgiu Louise Brown, o famoso “bebê proveta”.

Chamado desta maneira justamente pelo método pelo qual foi empregado, Louise nasceu com saúde, apesar de ser alvo de diversas críticas midiáticas. Devido ao sucesso da técnica aplicada, a medicina adquiriu grandes avanços. (NASCIMENTO, 2011).

Em 1984, a fertilização *in vitro* foi considerada um procedimento médico legítimo no tratamento da infertilidade, de acordo com o relatório elaborado pela Sociedade Americana de Fertilidade. A referida sociedade afirmou que tal tratamento é considerado satisfatório se forem verificados os requisitos elencados a

seguir, tais como: o casal de pacientes assinar um termo de consentimento informado, que o esclareça quanto a todas as etapas do tratamento; quaisquer experimentos científicos em embriões ainda não implantados não podem ser realizados após decorridos 14 (catorze) dias desde a fecundação; embriões a serem futuramente transferidos não podem permanecer congelados por tempo superior à vida reprodutiva da genitora; é possível a “doação” dos embriões não transferidos a outro casal estéril, cessando todos os direitos e deveres dos doadores sobre a futura prole, e resguardando-se o anonimato entre doadores e receptores (NASCIMENTO, 2011).

O tratamento em questão é baseado em colher o espermatozóide do homem e o óvulo da mulher e fecundá-los de forma extracorpórea, ou seja, dentro do laboratório de embriologia. Assim como o processo de Inseminação Artificial, a Fertilização *in vitro* pode decorrer de material genético utilizado pelo próprio casal interessado no tratamento, chamado de fertilização homóloga; bem como decorrer de uma doação de terceiros, chamado fertilização heteróloga (Idem, 2012).

Justamente por ser realizado *in vitro*, requer seus devidos cuidados para que seja observado cautelosamente o desenvolvimento do embrião a fim de que, posteriormente, o mesmo possa ser implantado no útero materno.

Para tanto, faz-se necessário que haja uma estimulação ovariana, de modo a possibilitar melhores resultados à gravidez. Deste modo, através de um tratamento de ingestão de medicamentos de acordo com cada paciente individualmente, far-se-á a administração de tais remédios com o fito de liberar mais óvulos e, com isso, atingir de forma frutífera o objetivo desejado (PEREIRA, 2010).

Passada a referida fase e comprovada por meio de ultrassonografia que os folículos estão bem desenvolvidos e há uma quantidade razoável de óvulos, é realizada a punção em laboratório e uma injeção de hormônio visando a maturação ovariana.

Após a obtenção dos óvulos maduros, bem como realizada a punção folicular supracitada, são colhidos os espermatozóides no mesmo dia para que haja o processo de fecundação laboratorial, através da técnica da fertilização *in vitro*. Logo em seguida, o óvulo fecundado fica sob supervisão diária para garantir e averiguar seu desenvolvimento saudável e, em momento oportuno, ser inserido no útero materno (Ibidem).

É válido mencionar que, para garantir o resultado útil do procedimento de gestação, são gerados inúmeros embriões, dos quais apenas os melhores são inseridos no interior do útero. Os demais embriões considerados de boa qualidade são congelados visando sua preservação para a utilização em tratamentos futuros.

2.2.3. Ovodoação

A doação de óvulos ocorre quando a mulher não possui capacidade de produção de óvulos férteis e recebe de uma doadora, de modo que torna-se possível o desejo de engravidar.

Os óvulos doados são fecundados com o espermatozóide e os embriões formados são inseridos, por meio da técnica da Fertilização *in vitro* observada anteriormente, no interior do útero materno.

Para a seleção dos óvulos da doadora, são observados diversos requisitos, dentre os quais o nível de compatibilidade com a paciente receptora. Como todas as técnicas acima observadas, faz-se necessário, antes da recepção dos óvulos doados, um tratamento que consiste na administração de medicamentos com o fito de preparação do endométrio, aquele tecido que reveste a parede interna uterina.

Igualmente aos outros métodos, os espermatozóides são criteriosamente selecionados e preparados para fecundar os óvulos doados. Posteriormente, o óvulo fecundado através da técnica FIV, fica sob supervisão diária para garantir e averiguar seu desenvolvimento saudável e, em momento oportuno, ser inserido no útero materno.

Impende mencionar que, com o intuito de garantir o resultado útil do procedimento de gestação, são gerados inúmeros embriões, dos quais apenas os melhores são inseridos no interior do útero. Assim, bem como foi observado no procedimento FIV, os demais embriões considerados de boa qualidade também são congelados por meio da técnica de congelamento da vitrificação, visando conservá-lo para a utilização em tratamentos futuros (NASCIMENTO, 2011).

2.3. Embriões excedentários

Diante de todas as informações explanadas acima, verifica-se que os embriões excedentes decorrem de um procedimento de reprodução assistida, a partir do momento em que são criados diversos embriões, visando garantir o resultado útil do procedimento de gestação. Considerando o fato de que nem todos estes embriões são implantados no útero materno, são gerados os chamados embriões excedentes.

Advindo-se da definição de embrião como o ser que se desenvolve desde a fusão dos gametas até a oitava semana a partir da fecundação, e considerando-se o atual estágio evolutivo da ciência, é permitido segmentar o gênero “embrião” em duas espécies: os embriões “in vivo” e os embriões “in vitro”.

Os embriões “in vivo” ou “in utero” são aqueles resultantes de uma fecundação natural ou decorrente de uma inseminação artificial. A fusão do óvulo e do espermatozóide bem como o desenvolvimento do zigoto até o nascimento de um novo ser acontecem dentro do corpo da mulher. Contudo, os embriões “in vitro” são aqueles obtidos mediante o emprego de técnicas de reprodução assistida que impliquem a fecundação e o desenvolvimento do produto desta fora do organismo feminino, como no caso da fertilização *in vitro* realizada em laboratório.

Como visto nas exposições supra, as técnicas de reprodução humana assistida objetivam auxiliar às pessoas que possuem problemas de infertilidade. A partir do momento em que gametas femininos são inseminados *in vitro*, geralmente, diversos embriões são criados com o fito de assegurar o s desfecho frutífero do procedimento.

De acordo com Galdino:

A probabilidade de a mulher engravidar por meio das técnicas de reprodução assistida nas primeiras tentativas é pequena, razão pela qual se torna indispensável fecundar diversos ovos a fim de que o casal não seja obrigado a repetir inúmeras sessões para colheita de materiais genéticos (óvulo e espermatozóide). Para que haja sucesso na procriação artificial, faz-se necessário então um número excedente de embriões criopreservados a serem implantados a fim de que ocorra a gravidez (2007, p. 10)

Ainda conforme Galdino:

Dentre os embriões obtidos, alguns não são transferidos, porque não se desenvolveram de forma normal (inviáveis), ou, embora sendo normais, ultrapassaram o número recomendável para a implantação no útero, evitando-se assim gestação múltipla com risco de aborto, parto precoce e outras complicações (Ibidem).

Nesse sentido, nem todos os embriões então surgidos são aproveitados em um mesmo procedimento de introdução embrionária no útero feminino.

Isso porque, se o casal obtiver sucesso mais do que desejado com o nascimento de gêmeos, trigêmeos ou quadrigêmeos, pode inexistir interesse em ampliar sua família e, em decorrência disso, podem não vir a promover a gestação de seus embriões restantes. De mesma forma, os embriões decorridos de uma fertilização *in vitro* podem não apresentarem sinais de desenvolvimento dentro da normalidade para que possam serem inseridos dentro do útero feminino.

Deste modo, aqueles embriões restantes que sobraram no processo de fertilização artificial são criopreservados, isto é, congelados em laboratório para serem utilizados posteriormente pelos próprios doadores do material genético e, em determinados casos, podem ser objetos de pesquisa científica, contanto que apresentadas os requisitos legais.

Conforme preceitua NEVES (2009, p. 1), “há milhares de embriões congelados em laboratórios pelo Brasil aguardando alguma destinação”.

Como verificado, a técnica da fertilização *in vitro* consiste em produzir em laboratório um grande número de embriões a partir dos ovócitos e espermatozoides doados. A problemática é que somente alguns embriões serão implantados no útero materno e os demais serão congelados (criopreservação), para serem utilizados posteriormente, ou não (BARJUD, 2015, p. 3).

Diante do exposto, o presente trabalho busca uma análise acerca da melhor destinação dos embriões que excederam o procedimento de reprodução humana assistida e que não irão ser introduzidos no útero materno.

A ilustre doutrinadora Maria Helena Diniz aponta o caráter humanitário que o embrião possui, devendo haver um reconhecimento jurídico de dignidade para

esses seres.

O embrião humano é um ser com individualidade genética, dotado de alma intelectual e de instintos. Os cientistas descobriram que os genes responsáveis pelo crescimento embrionário, denominados “hox”, atuam, no ser humano, com grande velocidade nos primeiros dias da concepção, cumprindo a fantástica tarefa de estabelecer a estrutura do corpo: a cabeça, os membros e os órgãos. Assim sendo, o embrião, por ter carga genética, é um ser humano *in fieri*, merecendo proteção jurídica, desde a concepção, mesmo quando ainda não implantado no útero ou criopreservado. Por isso, deverá haver tutela jurídica desde a fecundação do óvulo em todas as suas fases (zigoto, mórula, blástula, pré-embrião, embrião e feto) (DINIZ, 2010, p. 595).

A partir das análises apresentadas, resta o questionamento acerca do que fazer, de qual destinação conceder àqueles embriões que sobraram dos tratamentos de reprodução humana assistida.

Além disso, entra-se na discussão acerca da necessidade de proteção jurídica embrionária e se eles podem ser considerados seres dotados de dignidade ou se devem ser tratados como coisas quaisquer. Diante de uma análise crítica a respeito dessas formas de tratamento, vai ser verificado a melhor destinação que deve ser disponibilizada para estes embriões excedentes.

3. O EMBRIÃO HUMANO E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Esclarecido o conceito de embrião, bem como do que seria um embrião excedente, é de extrema importância explicar, no presente capítulo, como o assunto em questão é tratado na norma constitucional vigente e nas legislações infraconstitucionais brasileiras. Ademais, faz-se necessário realizar uma breve análise de sua abordagem no direito comparado, a fim de ampliar os horizontes acerca do tema em questão.

3.1. O tratamento do tema em outros ordenamentos jurídicos

Antes de adentrar na aplicação do tema da adoção de embriões excedentários no âmbito do direito brasileiro, suas legislações e entendimentos jurisprudenciais, faz-se necessário realizar breves considerações acerca de como o tema objeto de estudo é visto nas legislações alienígenas.

Sabe-se que o destino dos embriões excedentários está diretamente relacionado às questões éticas, sociais, religiosas e jurídicas, de modo a variar o entendimento de acordo com a cultura de cada país.

Alguns países, a exemplo da Itália, vedam o congelamento de embriões. A lei italiana apenas permite que sejam congelados espermatozóide, tecido ovariano e tecido muscular, não autorizando, de forma expressa, a criopreservação de embriões. Além disso, há uma restrição do número de óvulos fecundados no procedimento em no máximo três, devendo todos eles serem introduzidos no mesmo útero materno (UREL, 2017).

Em Portugal, por sua vez, trata da questão de forma mais maleável. Acredita que o primeiro destino destes embriões seria o nascimento viabilizado pelos próprios pais. De forma secundária, adotam o entendimento de que os mesmos podem ser “doados” para outros casais inférteis, desde que não ultrapasse três anos de criopreservação. Todavia, não sendo possível a doação, seja porque o casal não é apto a receber, seja por quaisquer outros motivos, os embriões excedentes podem vir a ser utilizados em pesquisa ou terapia de células-tronco (UREL, 2017).

Por outro lado, na Espanha, a doação de gametas e embriões é vista como uma prática contratual suscetível a arrependimento das partes. Tal doação deve ser realizada, obrigatoriamente, de forma gratuita e voluntária. Outra alternativa

de destinação destes embriões, à luz do direito espanhol, é à pesquisas científicas. Por último, é válido observar que neste país, é possível o descarte de embriões, desde que haja, de alguma maneira, a impossibilidade de destinação às já citadas opções acima, bem como que o lapso temporal de crioconservação legal tenha se expirado(UREL, 2017).

Já na França, a doação de embriões só é permitida em caráter excepcional e mediante uma autorização judicial, bem como com um certificado de que o casal que deseja acolhê-los é apto e capaz para tanto (Ibidem).

Em contrapartida, no Reino Unido existe uma maior flexibilidade acerca da destinação dos embriões excedentes, dependendo, unicamente, do consentimento e da vontade dos doadores. Tais destinações podem ser: a utilização para tratamento com células-tronco, em prol dos próprios ascendentes genéticos ou de pessoas por eles indicadas; a utilização em pesquisas ou a adoção por outros casais (Ibidem).

Por fim, nos Estados Unidos, assim como no Reino Unido, também existem as três possibilidades de destinação supracitadas ou até mesmo pode haver o descarte destes embriões. Noutra giro, é interessante destacar que os Estados Unidos possuem diversas organizações não governamentais que apresentam programas estimulantes para a adoção de embriões, trazendo também uma regulamentação específica sobre o tema em comento (Ibidem).

Realizadas tais considerações acerca do direito comparado e como a adoção de embriões é vista e aplicada fora do Brasil, é válido observar no presente momento, a sua aplicação à luz do direito brasileiro.

3.2. Da norma constitucional e das legislações infraconstitucionais brasileiras

Prima facie, insta mencionar que no Brasil não há uma norma legal que trate especificamente da adoção de embriões excedentários. O que há é uma norma administrativa, elaborada pelo Conselho Federal de Medicina: a Resolução CFM nº 2121/2015. Tal norma possui o condão de tratar especificamente acerca de reprodução assistida, adotando as normas éticas para sua utilização.

A supramencionada resolução versa sobre a reprodução assistida e afirma que é permitido a doação de gametas e embriões. Não é permitido, no

entanto, a comercialização desses gametas e desses embriões. Ou seja, não deve haver fins lucrativos para esta doação.

Ademais, a Resolução CFM nº 2121/2015 dispõe que os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa, devendo ser mantido, obrigatoriamente, o sigilo. Todavia, em situações excepcionais, tal sigilo pode ser violado, revelando informações acerca do doador exclusivamente para os médicos.

Outrossim, as clínicas, centros ou serviços onde é feita a doação devem manter, de forma permanente, um registro com dados clínicos de caráter geral, características fenotípicas e uma amostra de material celular dos doadores.

Diante do que foi observado, verifica-se que há uma clara lacuna legislativa, tendo em vista que não há, nas legislações infraconstitucionais brasileiras, uma lei específica que verse acerca da adoção de embriões excedentes.

Todavia, mesmo constatando a inexistência de uma legislação específica que trate do tema em comento, vale observar que existe uma norma geral, a Lei de Biossegurança, Lei nº 11.105/2005, que estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados.

Além disso, existe também uma norma específica que trata da Adoção, mas que não contempla o problema do presente trabalho. Tal norma específica é o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, que visa a proteção integral da criança e do adolescente, aplicando medidas e expedindo encaminhamentos para o juiz.

A subseção IV do ECA trata sobre a adoção. Segundo a mencionada lei, a adoção deve ser aplicada de maneira excepcional, haja vista que a preferência é que os filhos estejam mantidos juntos à sua família biológica. Ademais, resta evidente que a adoção atribui a condição de filho ao adotado, de modo que este último possui os mesmos direitos e deveres de um filho natural, sem qualquer discriminação; desligando-se assim, de quaisquer vínculos com seus pais ou parentes biológicos.

Diante do exposto, observa-se que o Estatuto da Criança e do Adolescente não dispõe, expressamente, acerca da adoção de embriões. Isto porque, o mencionado Estatuto considera criança aquela que possui até 12 (doze) anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre 12 (doze) e 18 (dezoito) anos de idade. Além disso, quando se fala em adoção, utiliza-se os termos “adotante” e “adotado”, não especificando quem seria esse adotado.

Dessa forma, mesmo existindo o ECA como uma legislação específica e até mesmo a Lei 13.509/17 que alterou o ECA e a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), percebe-se, claramente, que a mesma não possui o condão de legislar sobre a adoção de embriões, tema objeto da presente pesquisa.

Importante realizar também, algumas considerações acerca da Lei de Biossegurança nº 11.105/2005. Regulando o uso da biotecnologia no Brasil, a mencionada lei é internacionalmente considerada como um dos processos regulatórios mais rígidos e completos do mundo.

Em seu artigo quinto, estabelece que:

Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§ 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

§ 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997 (grifo nosso).

Assim, percebe-se que os embriões a serem utilizados em pesquisas e terapias, são os embriões excedentários inviáveis, ou seja, aqueles que possuem alterações genéticas ou morfológicas que comprometam o pleno desenvolvimento do embrião. Ademais, conforme consta no inciso segundo, não sendo inviáveis, a permissão se refere aos embriões que estivessem congelados há 3 anos ou mais, em 28.03.05 (data da publicação da lei), ou aos que, “já congelados” naquela data, vierem a completar 3 anos, “a partir da data de congelamento”. Vale destacar, ainda, que a mencionada lei veda a destruição ou descarte de embriões.

Confrontando o artigo quinto da mencionada lei, o Procurador Geral da República Cláudio Lemos Fonteles propôs a Ação Direta de Inconstitucionalidade, a ADI 3.510, alegando que o artigo em questão viola os princípios constitucionais da República Federativa do Brasil, quais sejam, o da inviolabilidade do direito à vida e o da dignidade da pessoa humana. Isto porque, segundo ele, o embrião deve ser

considerado como um ser humano, haja vista que a vida começa a partir da fecundação.

Nessa esteira, convém mencionar aqui as teorias doutrinárias que debatem acerca da concepção humana, a partir de quando um ser é considerado com vida. Porém, tais considerações serão realizadas após a conclusão da análise do julgamento do ADI 3.510, igualmente importante para melhor compreensão do tema.

Desta feita, o Supremo Tribunal Federal – STF, em 29 de maio de 2008, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510, sob relatoria do Ministro Ayres Britto, entendeu por bem julgar totalmente improcedente a mencionada ADI, dada a constitucionalidade da Lei de Biossegurança face a pesquisa com células-tronco embrionárias e a inexistência de violação do direito a vida.¹

O entendimento do ministro relator supramencionado deu-se no sentido de caracterizar como constitucional o uso de células-tronco embrionárias em prol das pesquisas científicas que possuem finalidade terapêutica. Logo, concluiu pela descaracterização do aborto, face às normas constitucionais que versam acerca do direito fundamental a uma vida digna, passando pelo direito à saúde e ao planejamento familiar.

O item III da Ementa da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510 dispõe que: “[...] O Magno Texto Federal não dispõe sobre o início da vida humana ou o preciso instante em que ela começa [...]” (BRASIL, 2008). Por conseguinte, defende a teoria natalista, argumentando que não são todas as fases da vida humana que serão considerados como bem jurídicos a serem tutelados, no entanto, apenas aquela vida que já é inerente a uma determinada pessoa em concreto.

Ademais, insta mencionar que, segundo o ministro relator da ADI em análise, “[...] as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. [...]” (BRASIL, 2008). Isto porque sua argumentação está enraizada no fato de que, quando há a referência aos “direitos da pessoa humana” bem como aos “direitos e garantias individuais”, fala-se aqui em

¹Fonte:

<<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=611723&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20/%203510>>.

direitos e garantias inerentes ao indivíduo-pessoa, não abrangendo tais proteções aos embriões.

Desta feita, a realidade, ainda conforme os ideais do Ministro Ayres Britto, é que não há uma pessoa humana embrionária, e sim, um embrião de pessoa humana. É que, o embrião mencionado na Lei de Biossegurança “[...] não é uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova, porquanto lhe faltam possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas, sem as quais o ser humano não tem factibilidade como projeto de vida autônoma e irrepetível [...]” (BRASIL, 2008).

Como é sabido, o ser humano passa por diversas etapas da sua vida, de modo que as normas infraconstitucionais protegem as múltiplas fases do seu desenvolvimento biológico. Nesse sentido, todos os momentos da vida humana antecedentes ao nascimento devem ser motivo de salvaguarda pelo direito comum. Todavia, apesar do embrião pré-implanto ser um bem a ser protegido, o mesmo não é considerado, pelo ministro relator do ADI em questão, uma pessoa, conforme menciona a Carta Magna.

Insta observar, ainda da análise do item III da supramencionada ementa, que o Ministro Relator Ayres Britto entendeu que a vida humana se inicia a partir do nascimento com vida, defendendo a teoria natalista e acreditando que o embrião não possui direitos e garantias fundamentais, haja vista, ao seu ver, o mesmo não ser considerado sujeito de direito.

Nessa esteira, diante da discussão acerca do momento em que se principia a vida, é válido demonstrar a existência de três teorias: a Teoria Natalista, a Teoria Concepcionista e a Teoria da Personalidade Condicionada. A Teoria Natalista, defendida no ADI analisado supra, entende que a personalidade jurídica apenas é adquirida a partir do nascimento com vida. No caso dos nascituros, estes teriam unicamente expectativas de direitos.

A Teoria da Personalidade Condicionada, por sua vez, defende que o nascimento com vida seria uma condição suspensiva para que o nascituro possa adquirir personalidade civil. Ademais, ao contrário da primeira teoria abordada, esta assegura determinados direitos ao nascituro, condicionando ao seu nascimento com vida.

Por fim, a Teoria Concepcionista argumenta que é assegurado ao nascituro seus direitos e personalidade civil desde a sua concepção, sem necessidade de nenhuma condição relacionada a um evento futuro e incerto, como o

nascimento com vida, para que o mesmo possa vir a ter, de fato, tal reconhecimento. Na doutrina contemporânea, pode-se afirmar, com propriedade, que este é o entendimento majoritário.

Nessa esteira, é válido mencionar o que dispõe o artigo segundo do Código Civil, *in verbis*: “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”. (BRASIL, 2002).

Não obstante que, à primeira leitura, o Código Civil de 2002 aparente adotar a Teoria Natalista, no que tange ao momento de surgimento da personalidade jurídica da pessoa natural, verifica-se, com amparo na doutrina majoritária, e com suporte pelo entendimento do egrégio Supremo Tribunal de Justiça - STJ, que a teoria adotada pelo Código Civil de 2002 foi a Teoria Concepcionista.

Logo, é com base neste entendimento que baseia-se a hipótese do problema aqui analisado. Ora, apesar do Código Civil não versar acerca de embriões especificamente, tal legislação garante ao nascituro seus direitos desde sua concepção. É nesta seara que se defende a importância do reconhecimento de um embrião como um sujeito de direitos que merece tutela jurídica.

A própria Carta Magna não especifica onde começa a vida de um ser humano. Promulgada no ano de 1988, a Constituição Federal da República do Brasil não apresenta fundamentos suficientes para a proteção embrionária, a salvaguarda da vida em laboratório. Isto porque, à época de sua criação, é impossível prevê todos os acontecimentos futuros e incertos a serem tutelados pelo constituinte originário, devendo o texto constitucional ser interpretado conforme a realidade atual e as exigências e necessidades da sociedade contemporânea.

Sob a perspectiva constitucional vigente, existem diversos princípios constitucionais que podem ser aplicados à tutela dos embriões humanos. O princípio do direito à vida pode ser interpretado como um direito absoluto, assegurando ao embrião o direito ao nascimento e ao desenvolvimento, em detrimento da utilização dos mesmos em pesquisas científicas.

Em contrapartida, o princípio da coletividade se aplica à utilização de embriões crioconservados em pesquisas com células tronco.

Diante da celeuma supramencionada, resta evidente que, embora exista um claro conflito entre os princípios constitucionais do direito à vida e do princípio da

coletividade, deve haver uma ponderação entre os mesmos, a fim de se chegar a uma conclusão plausível.

In casu, entende-se que nenhum direito é absoluto, todavia, o direito à vida encontra-se sopesado e preponderante no que concerne aos direitos coletivos. Isto porque, por vezes, os direitos individuais devem ceder diante de interesses coletivos.

Ademais, outro princípio de tamanha importância e aplicação para o embrião humano é o princípio da dignidade da pessoa humana, assegurado na Carta Magna.

Trata-se de um fundamento da República Federativa brasileira enquanto Estado Democrático de Direito, conforme dispõe o artigo 1º, III, da Constituição Federal.

Acerca do tema em comento, faz-se mister trazer à baila a definição elaborada pelo mestre Alexandre de Moraes, a saber:

A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão do respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos (MORAES, 2003, p. 105).

Percebe-se, portanto, que a dignidade da pessoa humana se configura como um mínimo existencial de qualquer indivíduo, sendo perfeitamente aplicável aos embriões crioconservados, haja vista que os mesmos tratam de uma vida humana já concebida, porém, ainda em processo de formação.

Desta feita, os direitos e garantias fundamentais asseverados na atual Carta Magna podem e devem ser aplicados e estendidos aos embriões excedentários, visto que os mesmos devem ser reconhecidos como seres vivos, e não como coisas quaisquer.

Diante de todo o exposto, a adoção seria vista como forma de possível e mais adequado destino para os embriões viáveis excedentários. Nessa perspectiva, a possibilidade de adotar aqueles embriões que sobrepujam a quantidade necessária à implantação, afastaria o caráter de “coisa” a que se pode ser considerado o embrião e asseguraria sua proteção jurídica.

Realizada a explanação acerca do embrião humano no ordenamento jurídico brasileiro, de como o mesmo é tratado diante da norma constitucional e das legislações infraconstitucionais brasileiras, conclui-se que os embriões excedentes não podem ser tratados como coisas quaisquer.

Assim, diante do desinteresse de utilização desses embriões por seus geradores, poderia haver a destinação destes à adoção, desde que haja legislação específica que regulamente tal procedimento.

4. PROTEÇÃO JURÍDICA DO EMBRIÃO EXCEDENTÁRIO

Sabe-se que o embrião humano excedentário é fruto das inovações e avanços na medicina, que propiciou o desenvolvimento de novas técnicas médicas aplicadas para solucionar os problemas de infertilidade. Este cenário desperta interesse em compreender e inserir o embrião excedente no âmbito jurídico, de modo a realizar a interligação dos aspectos científicos com os aspectos legais. Dessa forma, explana-se acerca da proteção jurídica embrionária e da sua inserção no ordenamento jurídico brasileiro.

4.1. O enquadramento jurídico do embrião

Primeiramente, imprescindível se torna elucidar que o embrião excedentário, como visto no decorrer da presente pesquisa, é aquele que se encontra fora do útero materno, proveniente de uma fecundação *in vitro*, isto é, realizada em laboratório.

Esclarecido este ponto, percebe-se que o mencionado embrião possui potencial expectativa de vida, uma vez que, quando implantado no ventre materno, terá as condições favoráveis para o seu próprio desenvolvimento.

Fato incontroverso é que a partir do momento em que o organismo é considerado detentor de vida, o mesmo deve ser resguardado no âmbito jurídico, uma vez que não há preceito fundamental mais acurado do que o direito à vida.

Nesta seara, é de extrema importância a conceituação do que vem a ser “pessoa”, “coisa” e “sujeito”, a fim de viabilizar uma análise acerca do enquadramento do embrião como sujeito de direito e, assim, defender a tese de que é perfeitamente possível a adoção do embrião excedentário, havendo necessidade de uma proteção jurídica embrionária.

4.1.1. Do conceito jurídico de pessoa

Prima facie, faz-se mister aclarar a acepção jurídica do termo “pessoa”.

Segundo a doutrina tradicional, a qual se enquadra Maria Helena Diniz, o conceito de “pessoa” está relacionado ao ente físico e coletivo suscetível de direitos

e obrigações. Atrelada à concepção do que vem a ser pessoa, está a ideia de personalidade, de modo que toda pessoa é dotada de personalidade. (DINIZ, 2009).

Tal personalidade, por sua vez, exprime a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações. Diferentemente, pois, do que vem a ser a capacidade, da qual pode ser entendida como uma medida jurídica da personalidade, isto é, a condição ou pressuposto de todos os direitos.

Ora, infere-se, pois, que para ser “pessoa” basta a existência e para ser “capaz”, no entanto, faz-se necessário que o ser humano preencha alguns requisitos básicos de forma a poder agir por si só, como sujeito ativo ou passivo de uma relação jurídica.

Nesse sentido, pode-se perceber que a personalidade não consiste em um direito, mas sim em um conjunto de caracteres inerentes à pessoa. Segundo a Diniz:

A personalidade é que apóia os direitos e deveres que dela irradiam, é objeto de direito, é o primeiro bem da pessoa, que lhe pertence como primeira utilidade, para que ela possa ser o que é, para sobreviver e se adaptar às condições do ambiente em que se encontra, servindo-lhe de critério para aferir, adquirir e ordenar outros bens(2009, p. 120).

Compreende-se, portanto, que os direitos da personalidade são direitos comuns à existência, sendo anteriores ao direito e intrínseco à vida humana. Ainda conforme Diniz (2009, p. 120), “a vida não é uma concessão jurídico-estatal, nem tampouco um direito a uma pessoa sobre si mesma. Na verdade, o direito à vida é o *direito ao respeito à vida* do próprio titular e de todos”.

Diante do exposto, toda pessoa é dotada de personalidade. Por seu turno, tal personalidade possui sua medida na capacidade.

O Código Civil consagra em seu artigo primeiro, que “toda pessoa é capaz de direitos e deveres”. O termo “pessoa” adotado na legislação infraconstitucional vigente abrange todo o ser humano, sem qualquer distinção de raça, sexo, idade ou credo, obedecendo, portanto, os princípios constitucionais de igualdade.

Analisando o artigo alhures, surge então a noção da capacidade, oriunda da personalidade, a qual vem a ser a maior ou menor extensão dos direitos e deveres de uma pessoa. Tal capacidade pode ser denominada de capacidade de gozo ou de direito.

Embora a capacidade de direito ou de gozo seja intransmissível e indisponível, a mesma pode sofrer restrições legais na medida em que há a intercorrência de um fator genérico como o tempo, por exemplo, ou uma insuficiência somática.

É que a maioridade ou menoridade, bem como a deficiência mental de uma determinada pessoa influi na presença ou ausência de sua capacidade. A título de exemplo, aquele que não possui seu desenvolvimento mental completo não pode exercer, por si só, os atos da vida civil. Necessita, portanto, de um representante legal para praticar tais atos em seu nome, diante da sua total ou parcial ausência de discernir o lícito do ilícito.

Nesse íterim, conclui-se que a capacidade jurídica da pessoa natural possui limitações, na medida em que uma determinada pessoa pode ter o gozo de um direito, sem, todavia, ter o seu exercício, decorrente de sua incapacidade.

4.1.1.1. Do começo da personalidade natural

Faz-se mister traçar alguns pontos no que convém ao início da personalidade natural.

Vale lembrar, pois, o que dispõe o artigo segundo do Código Civil, *in verbis*: “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”. (BRASIL, 2002).

Da análise do artigo supramencionado, depreende-se a não contemplação pela legislação infraconstitucional alhures dos requisitos da viabilidade e forma humana, haja vista que o referido artigo afirma que a personalidade jurídica inicia-se a partir do nascimento com vida, ainda que o recém-nascido venha a falecer instantes após o parto.

Não obstante o nascimento com vida é válido perceber, ainda, para melhor interligação com o tema em discussão, que a lei põe a salvo os direitos do nascituro desde a sua concepção.

Ora, o direito à vida, à integridade física, a alimentos, a ser contemplado por doação, a ser adotado, a ser reconhecido como filho, dentre outros direitos estão assegurados ao nascituro, desde sua concepção.

Neste contexto, o nascituro pode ser conceituado, nos ensinamentos de Pablo Stolze, como um “ente concebido, embora ainda não nascido” (STOLZE, 2010). Ou seja, trata-se daquele que foi fecundado, mas ainda está por nascer.

É nesta seara que se encontra a teoria concepcionista, a qual pode ser depreendida da leitura do artigo segundo do Código Civil supramencionado. Conforme exhaustivamente exposto, esta teoria traça seu raciocínio concernente à determinação do início da vida como o instante da fecundação, isto é, a partir do momento em que se inicia o processo de formação de um novo ser. Assim, afirma-se que a personalidade civil da pessoa surge do seu nascimento com vida, resguardando, todavia, os direitos do nascituro desde sua concepção.

Importante se faz destacar, contudo, o que vem a diferenciar o nascituro de um embrião. Como visto, nascituro é aquele ente que já fora concebido, no entanto, ainda não está apto ao nascimento. Tal concepção pode ser entendida como fruto da fertilização do óvulo pelo espermatozóide, dentro do útero feminino.

Noutro giro, diferentemente da concepção intrauterina, isto é, concebido no ventre materno, encontra-se a concepção extrauterina.

Passando a ser uma prática cada vez mais utilizada, a fertilização *in vitro*, como sabido, gera um número excedente de embriões. Portanto, diante da incerteza da viabilidade do embrião concebido em laboratório, diversos óvulos são fecundados de modo que apenas os que se encontram aptos ao nascimento são implantados no útero materno.

Diante do acima explanado, resta notório que os embriões excedentários não implantados no útero da mulher, não podem ser considerados nascituros.

Acerca do tema em comento, dispõe Diniz:

Poder-se-ia até mesmo afirmar que na vida intra-uterina tem o nascituro e na vida extra-uterina tem o embrião, concebido *in vitro*, *personalidade jurídica formal*, no que atina aos direitos de personalidade, visto ter carga genética diferenciada desde a concepção, seja ela *in vivo* ou *in vitro* [...], passando a ter *personalidade jurídica material*, alcançando os direitos patrimoniais [...] e obrigacionais, que se encontravam em estado potencial, somente com o nascimento com vida [...]. Se nascer com vida adquire personalidade jurídica material, mas se tal não ocorrer nenhum direito patrimonial terá. (2009, p. 204).

Desta forma, segundo o ensinamento da ilustre doutrinadora apontada supra, o embrião possui personalidade jurídica formal, concernente aos direitos da

personalidade, adquirindo personalidade jurídica material apenas se nascer com vida.

Nota-se, portanto, que enquanto os embriões excedentários não são implantados no útero da mulher, eles não são considerados nascituros.

Ora, embora possuir potencial expectativa de vida, a partir do momento em que, quando implantado no ventre materno, terá as condições favoráveis para o seu próprio desenvolvimento, o embrião humano congelado não pode ser tido como nascituro.

Não obstante a vida se inicie com a fecundação, e a vida viável, com a gravidez, que se dá com a nidificação, entende-se que o início legal da personalidade jurídica é o momento da penetração do espermatozóide no óvulo, mesmo fora do corpo da mulher, pois os direitos da personalidade, como o direito à vida, a integridade física e à saúde, independem do nascimento com vida.

Com isso, indubitavelmente encontra-se razão a teoria concepcionista, uma vez que o Código Civil resguarda desde a concepção os direitos do nascituro.

Desta forma, percebe-se, claramente, a proteção dos direitos da personalidade do embrião, fertilizado *in vitro*, o qual não pode ser considerado nascituro, nem muito menos pessoa.

4.1.2. Do conceito jurídico de coisa

Prima facie, insta mencionar que, inseridos na doutrina brasileira, estão os conceitos de “bem” e “coisa”, os quais não existem consenso quanto à distinção de tais institutos.

Segundo a ilustre doutrinadora Diniz:

[...] os bens são coisas, porém nem todas as coisas são bens. As coisas são o gênero do qual os bens são espécies. As coisas abrangem tudo quanto existe na natureza, exceto a pessoa, mas como ‘bens’ só se consideram as coisas existentes que proporcionam ao homem uma utilidade, sendo suscetíveis de apropriação, constituindo, então, o seu patrimônio (2009, p. 336).

Pereira (2004, p. 401), por sua vez, diferencia coisa de bem sob o aspecto de sua materialidade: “Os bens, especificamente considerados, distinguem-se das coisas, em razão da materialidade destas: as coisas são materiais ou

concretas, enquanto que se reserva para designar os imateriais ou abstratos o nome bens, em sentido estrito”.

Ainda ressalta que:

Nem tudo que é corpóreo e material é coisa: o corpo humano não é, apesar de sua materialidade, porque o homem é sujeito dos direitos, e não é possível separar a pessoa humana, dotada do requisito da personalidade, de seu próprio corpo (Ibidem, p. 402).

É cediço que o embrião humano é considerado uma vida em potencial, com capacidade total de desenvolvimento autônomo em condições biológicas naturais, ou seja, está apto a chegar à condição de vida humana plena.

Urge perceber, portanto, que é inadmissível o tratamento embrionário como uma mera coisa. Isto porque o embrião humano representa uma vida em potencial, real e digna de ser tutelada.

Nesse contexto, defende-se aqui um tratamento e proteção diferenciados aos embriões humanos, de modo que não haja sua “coisificação”, o seu tratamento como um mero instrumento para satisfação de objetivos alheios e/ou como um mero objeto de interesses patrimoniais.

Não se pode olvidar que a Lei de Biossegurança nº 11.105/2005 é clara ao dispor acerca da vedação do descarte ou destruição de embriões excedentários. No que concerne à legislação infraconstitucional em comento, há de ser ressaltada a atitude do legislador ao conferir um mínimo reconhecimento existencial, ao assegurar aos embriões certa dignidade.

Noutro giro, insurge mencionar o que dispõe a supramencionada legislação no que concerne a possibilidade da utilização dos embriões em pesquisas e terapias. Percebe-se, pois, a permissão, para fins de pesquisa e terapia, da utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, desde que sejam preenchidos alguns requisitos.

Um dos requisitos, portanto, consiste em tratar-se de embriões excedentários inviáveis, isto é, aqueles que possuem alterações genéticas ou morfológicas que comprometam o pleno desenvolvimento do embrião. Ademais, não sendo inviáveis, a permissão ora mencionada se refere aos embriões que estivessem congelados há 3 anos ou mais, em 28.03.05 (data da publicação da lei),

ou aos que, “já congelados” naquela data, vierem a completar 3 anos, “a partir da data de congelamento”. Vale destacar, ainda, que a mencionada lei veda a destruição ou descarte de embriões.

Da análise supra, percebe-se que, não obstante a Lei de Biossegurança vedar, expressamente, o descarte e destruição de embriões humanos, conferindo, aparentemente, uma visão mais robusta acerca do reconhecimento da dignidade embrionária; tal legislação acaba por reverter o mencionado reconhecimento, ao possibilitar a utilização de embriões humanos em pesquisas e terapias.

É que o reconhecimento da possibilidade de utilização dos embriões para fins de pesquisa e terapia culmina na discussão acerca da violação dos princípios constitucionais da República Federativa do Brasil, quais sejam, o da inviolabilidade do direito à vida e o da dignidade da pessoa humana.

Conforme abordado em capítulo anterior da presente pesquisa, a Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510 proposta pelo Procurador Geral da República Cláudio Lemos Fonteles, a qual buscou a declaração de inconstitucionalidade do artigo quinto da Lei de Biossegurança, foi julgada totalmente improcedente, visto a constatação pelo Ministro Relator Ayres Britto que a mencionada legislação não insurge em quaisquer violações a princípios constitucionais.

Torna-se imprescindível, diante do explanado alhures, a não “coisificação” do embrião humano, posto que é indubitável que o mesmo representa uma vida humana em potencial, real e digna de ser tutelada pelo ordenamento jurídico pátrio.

4.1.3. Do conceito jurídico de sujeito de direito

Diniz (2009, p. 115) conceitua sujeito de direito como “aquele que é sujeito de um dever jurídico, de uma pretensão ou titularidade jurídica”.

A maioria da doutrina assemelha pessoa a sujeito de direito. No entanto, não se pode olvidar de que ele é um dos elementos estruturais da relação jurídica, desempenhando o papel de centro de imputação de direitos e deveres.

Diante disto, não se pode haver uma equiparação entre sujeito de direito e pessoa, haja vista este último ser o ente que possui existência fática, participando concretamente da relação jurídica.

Imprescindível trazer à baila que o sujeito de direito é tão somente o ente ao qual o legislador outorga direitos, independentemente de tal ente ser considerado pessoa ou não.

Nesse contexto, importa destacar um atributo necessário para ser sujeito de direito: a personalidade jurídica. Adquirida a personalidade, ou seja, adquirida a aptidão genérica para titularizar direitos e contrair obrigações, o ente passa a atuar na qualidade de sujeito de direito.

Com isso, percebe-se que, além de estarem protegidos os direitos da personalidade do nascituro, estão assegurados, do mesmo modo, os direitos da personalidade do embrião fertilizado *in vitro*.

Logo, resta claro que, com a fusão dos gametas masculinos e femininos, determinam-se os caracteres do novo ser humano, surgindo, então, a pessoa, enquanto sujeito de direito, sem maiores distinções do concebido *in vivo* do obtido *in vitro*.

Pois bem, o embrião *in vitro* não é nascituro, uma vez que não foi concebido no ventre materno; não é coisa, haja vista ser considerado uma vida em potencial, com capacidade total de desenvolvimento autônomo em condições biológicas naturais e não é pessoa natural, exatamente porque já se encontra concebido, possui expectativa de vida, tem seus elementos genéticos próprios e necessita ser implantado no útero da mulher para desenvolvimento pleno.

É notório, portanto, a necessidade do tratamento do embrião como sujeito de direito, segundo o qual não deve ser comercializado nem tampouco ser analisado como coisa qualquer.

Noutro giro, hodiernamente, o ordenamento jurídico brasileiro não possui legislação específica que verse acerca do tema em comento, nem do reconhecimento, expressamente, do embrião como um ser dotado de vida em potencial, o que favoreceria a constatação da existência de sua dignidade e o seu reconhecimento como sujeito de direito.

4.2. As conseqüências do enquadramento do embrião humano como sujeito de direito

Reconhecer como digno de proteção jurídica o embrião humano fertilizado *in vitro* e introduzido no ventre materno, ou, até mesmo, o embrião humano excedentário, isto é, aquele resultante da sobra de um planejamento reprodutivo de casais que desejaram ser pais ou que buscaram expandir sua filiação por meio de auxílio médico e clínico assistido, é, sem sombra de dúvidas, desafiar conceitos consagrados como o de início da vida e sua proteção jurídica.

Resguardando o interesse do embrião e consagrando seu direito à vida e à dignidade, resta claro a possibilidade de acatar o instituto da adoção embrionária como a melhor destinação para os embriões excedentários viáveis.

4.2.1. Breve análise do instituto da adoção no Brasil

Primordial trazer à baila o conceito de adoção, a qual pode ser entendida como um ato jurídico solene através do qual se estabelece um vínculo de paternidade e filiação entre o adotante e o adotado (VICENTE, 2006).

Trata-se de uma modalidade artificial de filiação, haja vista resultar de uma manifestação de vontade do(s) adotante(s) ou mediante sentença judicial, a partir do momento em que se aceita, na condição de filho, alguém estranho à relação biológica.

Baseada em princípios da afetividade e vista como um fenômeno de amor e afeto, a adoção consiste, justamente, em propiciar um ambiente humano e digno ao adotado, independentemente de haver qualquer relação de parentesco consanguíneo.

Logo, percebe-se que a finalidade do instituto da adoção é conceder filhos àqueles que, por algum motivo, não podem tê-los biologicamente, bem como propiciar melhores condições aos adotados que se encontram desamparados.

Esclarecido o conceito do instituto em análise, insta realizar algumas considerações acerca de seus elementos históricos.

Faz-se mister destacar que a adoção encontra sua origem mais remota em períodos anteriores ao direito romano. No Brasil, passou-se a regulamentar o instituto da adoção a partir de 1916, com o advento do Código Civil daquele ano.

Anteriormente ao mencionado CC, a adoção não vinha sistematizada, havendo diversas possibilidades de adoção permitidas. Por sua vez, com a promulgação do Código Civil de 2002, passou-se a disciplinar de forma ordenada o instituto da adoção, ou seja, como instituição destinada a conceber filhos àqueles sob os quais não possuem a capacidade de tê-los naturalmente.

A partir da Lei nº 3.133/57, a qual atualiza o instituto da adoção prescrita no Código Civil, a adoção passa a ser um meio para melhorar as condições de vida do adotado, expandindo as possibilidades de adotantes e proporcionando melhores condições materiais e morais ao adotado.

A própria Carta Magna equiparou, para quaisquer efeitos, os filhos de qualquer natureza, inclusive os adotivos.

Ademais, com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, todas as adoções passaram-se a se chamar adoção plena.

O ECA, em seu artigo 41, atribui ao adotado o *status* de filho, *in verbis*: “Art. 41. A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais.” (BRASIL, 1990)

A evolução desse instituto tem-se direcionado basicamente a atender os interesses do adotado, servindo como meio de solucionar ou amenizar o problema de crianças órfãs e abandonadas, as quais vivem nas ruas ou em más condições de sobrevivência.

Percebe-se, pois, quando se fala em adoção, utiliza-se os termos “adotante” e “adotado”, não especificando quem seria esse adotado.

Nesse contexto, no que diz respeito aos embriões humanos fertilizado *in vitro* e introduzido no ventre materno, ou, até mesmo, o embrião humano excedentário, inexistem quaisquer legislações que dispõem acerca da possibilidade da adoção destes ou que os reconheça como ser dotado de dignidade.

De toda sorte, a bem da prudência, faz-se mister que a matéria seja tratada em legislação especial, a ser elaborada com todo o critério, uma vez que o tema envolve inúmeros aspectos técnicos e éticos.

4.2.2. Do reconhecimento do direito à vida e à dignidade do embrião humano excedentário

Conforme exposto exaustivamente acima, existem inúmeros questionamentos acerca da natureza jurídica do embrião fecundado em laboratório. Noutra giro, da análise dos conceitos de “coisa”, “pessoa” e “sujeito de direito”, pôde-se estabelecer uma ideia conclusiva acerca do enquadramento jurídico do embrião.

Ao considerá-lo como sujeito de direito e constatá-lo como um ser dotado de vida em potencial, faz-se uma análise sob à luz do princípio da dignidade da pessoa humana.

Sabe-se que a dignidade da pessoa humana constitui uma diretriz a ser seguida pelo intérprete do Direito. Logo, revela-se fundamental a interpretação sob tal perspectiva.

Conforme demonstrado, o nascimento de um ser humano ocorre a partir da união do espermatozóide com o óvulo. A concepção, desta forma, passa a ser o marco inicial da vida.

Não obstante a visão embriológica determinar que a vida começa a partir da terceira semana de gravidez, prazo para o estabelecimento da individualidade humana, para o Direito, em contrapartida, a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro, segundo a regra estipulada pelo Código Civil.

Assim, o direito à vida é inerente à pessoa humana e, pelo seu caráter de indisponibilidade, merece proteção desde a concepção, com o direito de nascer.

Nesse sentido, importa destacar o que dispõe a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969, em seu artigo quarto, a seguir transcrito:

Artigo 4º - Direito à vida

1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.

A supramencionada Convenção Americana de Direitos Humanos reafirma seu propósito de consolidar um regime de liberdade pessoal e de justiça social, baseado no respeito dos direitos humanos essenciais.

Nela, há o reconhecimento de que os direitos essenciais da pessoa humana derivam do fato de ter como fundamento os atributos da mesma, motivo pelo qual se justifica uma proteção internacional.

Desse modo, indubitavelmente se constata que o início da vida dá-se a partir da concepção.

Ora, o ser humano, em todas as etapas de sua evolução, seja na infância, juventude, maioridade, maturidade ou velhice, continua recebendo a proteção legal compatível com seu estágio, de modo que vai acumulando direitos até se transformar numa fonte inesgotável, chamada de sujeito pleno de direitos, gozando de proteção integral.

Em se tratando de embrião humano excedentário, considerado como uma fase em desenvolvimento, deve assegurá-lo uma proteção jurídica limitada, que visa o reconhecimento da personalidade.

Interessante trazer de volta à tona a discussão acerca da decisão da Ação Direta de Inconstitucionalidade, a ADI 3.510, proposta pelo Procurador Geral da República Cláudio Lemos Fonteles.

Confrontando o artigo quinto da Lei de Biossegurança nº 11.105/2005, a Ação Direta de Inconstitucionalidade em questão alegou que o mencionado artigo viola os princípios constitucionais da República Federativa do Brasil, quais sejam, o da inviolabilidade do direito à vida e o da dignidade da pessoa humana. Isto porque, segundo o Procurador Geral da República que propôs a ADI, o embrião deve ser considerado como um ser humano, haja vista que a vida começa a partir da fecundação.

Desta feita, o Supremo Tribunal Federal – STF, em 29 de maio de 2008, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510, sob relatoria do Ministro Ayres Britto, entendeu por bem julgar totalmente improcedente a mencionada ADI, dada a constitucionalidade da Lei de Biossegurança face a pesquisa com células-tronco embrionárias e a inexistência de violação do direito a vida.

Todavia, impende demonstrar alguns votos divergentes do Ministro Relator do ADI. Cabe aqui fazer menção ao Ministro Menezes Direito, o qual reconheceu no embrião o direito à proteção da vida, ao afirmar que: “Se o embrião é vida humana, a decorrência lógica é que a Constituição o protege” (BRASIL, 2008) No mesmo sentido, acrescentou em seu voto que “O congelamento não retira a

condição de vida dos embriões. Há inúmeros casos de nascimentos a partir de embriões congelados há oito ou mais anos” (BRASIL, 2008).

Os Ministros Ricardo Lewandowski e Eros Grau também prolataram voto no mesmo sentido do Ministro Menezes de Direito. Estes defendem um tratamento e proteção diferenciado aos embriões, evitando a sua “coisificação”, como, a título exemplo, a vedação da produção de embriões exclusivamente para fins de pesquisa científica.

Os Ministros em questão acreditam que devem ser utilizados para retirada das células-tronco apenas aqueles embriões oriundos do processo de reprodução *in vitro*, e que por algum fator, alheio à pesquisa, tornaram-se inviáveis à reprodução.

Apesar de conter alguns votos divergentes, o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510 não reconhece vida no embrião extracorpóreo e a grande maioria dos ministros, em seus votos, fundamentaram o momento do início da vida em critério biológico.

Há de se notar, portanto, que na ADI 3510 não foi levado em consideração, pela maioria do STF, um aspecto importante que se impõe o enfrentamento que é a tutela à vida humana estabelecida pelo Pacto São José da Costa Rica de 1969. Consoante demonstrado alhures, o artigo quarto da Convenção Americana de Direitos Humanos reconhece o direito à vida desde a concepção.

Diante disso, levando em conta que o mencionado tratado já tinha sido internalizado, à época do julgamento da ADI, seja como norma materialmente constitucional, seja como norma supralegal, resta evidente, reitere-se, que o ordenamento jurídico brasileiro reconhece como marco inicial da vida humana o momento da concepção.

Assim sendo, urge a necessidade de se verificar o direito à vida do embrião. E, para que tal direito seja respeitado, primeiramente, a lei deverá reconhecer sua personalidade jurídica, atributo necessário para ser considerado sujeito de direitos.

Nada obstante o embrião ainda esteja no estágio inicial da vida, seus direitos devem ser tutelados desde a sua concepção, não podendo se excluir sua dignidade. Nesse contexto, a atual Carta Magna, em seu artigo quinto, caput, estabelece que:

Artigo 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]

A dignidade da pessoa humana tem sido positivada em diversas Constituições, sendo elevada como princípio fundamental na Constituição Federal do Brasil de 1988, amparando todo o sistema jurídico constitucional positivado. Legitimada no artigo 1º, inciso III, da mencionada Carta Magna e inserida no título dedicado aos princípios fundamentais, o princípio em comento possui papel primordial da estruturação da República Federativa do Brasil.

Visto como princípio fundamental observa-se o caráter intrínseco às personalidades humanas, constituindo como um mínimo existencial que todo ordenamento jurídico deve garantir, considerando que, apenas excepcionalmente, admite-se limitações ao exercício dos direitos fundamentais.

Desta forma, resta claramente demonstrado que o embrião excedentário, por ser dotado de vida em potencial, é titular de direitos inatos, inalienáveis e imprescritíveis, tais como o direito à vida e a dignidade ética, os quais devem ser assegurados pelo Estado, por meio do ordenamento jurídico pátrio.

Ora, o princípio da dignidade da pessoa humana, tido como princípio fundamental da Constituição Federal de 1988, identifica um espaço de integridade moral a ser resguardado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. O reconhecimento dos direitos da personalidade como direitos autônomos, inerente a todosos indivíduos, são tidos como emanções da própria dignidade, funcionando como qualidades e atributos intrínsecos e indispensáveis a quaisquer seres humanos.

Todos os direitos supra mencionados são reconhecidos a todo ser humano e consagrados pelos textos constitucionais modernos em geral, sendo oponíveis a toda a coletividade e também ao Estado.

Nesta seara, resta evidente a necessidade da caracterização do embrião humano excedentário como um ser dotado de vida em potencial, sendo imprescindível o seu reconhecimento como sujeito de direitos, detentor de personalidade jurídica e, somente assim, viabilizar a possibilidade da adoção embrionária por meio de regulamentação específica.

5. CONCLUSÃO

Com a realização da presente pesquisa, foi possível extrair algumas considerações acerca da possibilidade de reconhecimento do embrião excedentário viável como um ser dotado de vida em potencial, atestando seu direito à vida e à dignidade para, conseqüentemente, verificar a viabilidade de aplicar-lhe o instituto da adoção.

Analisando o surgimento do embrião excedente, verificou-se o crescente avanço na medicina no que concerne à reprodução humana assistida, especialmente no que convém ao desenvolvimento de novas técnicas médicas aplicadas para solucionar problemas de infertilidade.

Constatou-se que, conforme os gametas femininos são inseminados *in vitro*, regra geral, diversos embriões são criados a fim de garantir o resultado útil do procedimento de gestação. Todavia, levando em conta quem todos estes embriões são implantados no útero materno, há aquela quantidade que sobrepuja a real necessidade da implantação, gerando, assim, os chamados embriões excedentes.

Diante desta perspectiva, buscou-se realizar uma análise acerca do reconhecimento da proteção jurídica do embrião excedentário. Para tanto, fez-se necessário enquadrar tal embrião como sujeito de direito, considerando-o como um ser dotado de vida em potencial e de dignidade.

Realizada a supramencionada análise, constatou-se que o ordenamento jurídico brasileiro não possui legislação específica que verse acerca do tema em comento, nem do reconhecimento, expressamente, do embrião como um ser dotado de vida em potencial, o que favoreceria a constatação da existência de sua dignidade e o seu reconhecimento como sujeito de direito.

Desta forma, resguardando o interesse do embrião e consagrando seu direito à vida e à dignidade, resta claro a possibilidade de acatar o instituto da adoção embrionária como a melhor destinação para os embriões excedentários viáveis, corroborando para a confirmação da hipótese inicialmente estabelecida no presente trabalho.

Diante do exposto, é notório a imprescindibilidade da proteção jurídica embrionária a fim de conferir ao embrião uma tutela específica, a qual possibilita a utilização do instituto da adoção como melhor destinação para os embriões

excedentários, afastando o caráter de “coisa” a que se pode, eventualmente, ser considerado tal embrião.

Nesta seara, atingiu-se o objetivo da pesquisa em comento, uma vez que analisou-se a possibilidade de tutela dos embriões excedentários viáveis, permitindo o reconhecimento e tratamento do embrião como sujeito de direito, de modo que o mesmo não deve ser comercializado nem tampouco ser analisado como coisa qualquer.

Por fim, ao defender a tese de que é perfeitamente possível a adoção do embrião excedentário, desde que, no entanto, haja no ordenamento jurídico brasileiro uma legislação específica que verse sobre o tem em comento, conclui-se que a presente pesquisa possui relevância para o meio acadêmico e para a sociedade em geral, principalmente ao Poder Judiciário, visto que este possui o dever de agir para que todos tenham os seus direitos fundamentais garantidos.

6. REFERÊNCIAS

- BARJUD, Renato Chehda. **Fertilização in vitro: a questão dos embriões excedentários e o direito pátrio**. 2015. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16304>. Acesso em: 28 out. 2017.
- BOMTEMPO, Tiago Vieira. **Adoção de embriões: proposta de solução a não instrumentalização de embriões viáveis excedentes na reprodução assistida**. 2014. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14340>. Acesso em: 27 out. 2016.
- BRASIL. **Código civil**. 46. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- _____. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.
- _____. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/pacto-san-jose-costa-rica.pdf>>. Acesso em: 17 nov. 2018.
- _____. **L. Estatuto da criança e do adolescente: Lei federal nº 8069, de 13 de julho de 1990**. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm> Acesso em: 07 out. 2018.
- _____. Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005. Regulamenta os incisos II, IV e V do parágrafo 1º do art. 225 da Constituição Federal e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 28 mar. 2005. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm>. Acesso em: 07 out. 2018.
- _____. **Resolução CFM nº 2.121/2015**. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida – sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudarão a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos – tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM nº 2.013/2013. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2015/2121_2015.pdf>. Acesso em: 07 out. 2018.
- _____. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 3.510**. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=611723&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20/%203510>>. Acesso em: 07 out. 2018.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro, volume I: teoria geral do direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de Direito Civil, volume I: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2010.

GALDINO, Valéria Silva. **Da destinação dos embriões excedentários**. [S.l.: s.n.], 2007. 20 p. Disponível em: <<http://galdino.adv.br/site/artigos/download/page/9/id/166>>. Acesso em: 12 nov. 2017.

MORAES, Alexandre. **Constituição do Brasil Interpretada**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NASCIMENTO, Alexandre Lescura do. **Adoção Embrionária**. São Paulo: CRV, 2012. 126 p.

_____. **Adoção embrionária**. 2011. 170 f. Tese (Doutorado em Direito)- 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: 28 out. 2017.

NEVES, Carlos Eduardo. **Qual o destino dos embriões excedentários?**. 2009. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6727/Qual-o-destino-dos-embrioes-excedentarios>>. Acesso em: 28 out. 2017.

Paciornik R. **Dicionário médico**, 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Guanabara Koogan, 1975.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PEREIRA, Gerson Odilon ; PACIFICO, Andrea Pacheco . **Doação e adoção como políticas para salvar os embriões humanos excedentes e congelados**. Recife: [s.n.], 2010. 3 p. v. 10. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1519-38292010000600018>. Acesso em: 29 out. 2017.

UREL, Isadora. **Adoção de embriões**: uma opção apropriada aos embriões excedentários viáveis. 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: 06 out. 2018.

VICENTE, José Carlos. **Adoção**. 2006. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2918/Adocao>>. Acesso em: 15 nov. 2018.