

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
JOSÉ GUILHERME DI RIENZO MARREY

ASPECTOS JURÍDICOS DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA

SÃO PAULO

2010

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

JOSÉ GUILHERME DI RIENZO MARREY
MESTRADO EM DIREITO

ASPECTOS JURÍDICOS DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito das Relações Sociais – Direito Civil Comparado.

Orientador: Prof. Dr. Giovanni Ettore Nanni.

SÃO PAULO
2010

JOSÉ GUILHERME DI RIENZO MARREY

ASPECTOS JURÍDICOS DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA

Dissertação de mestrado defendida no Instituto de Ciências Jurídicas da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e aprovada, nesta data, pela Banca Examinadora:

Orientador

Prof. Dr. Giovanni Ettore Nanni

1º membro

Prof. Dr.

2º membro

Prof. Dr.

Data da Defesa: ___/___/_____

A meu melhor amigo,
Que me dá exemplos contínuos de Alegria
De Carinho,
De Amor,
De que problemas cotidianos, que às vezes nos
aborrecem, em verdade nada significam,
Que me faz procurar ser uma pessoa melhor.
Prova viva da existência de Deus,
João Marcelo, meu filho,
Seja feliz.

Os meus mais sinceros agradecimentos a todos aqueles que, de uma forma ou de outra, contribuíram para que este trabalho se desenvolvesse.

À minha esposa Luciana e aos meus filhos, João Marcelo e José Guilherme, tenham a certeza de que eu não teria conseguido sem vocês.

Aos meus pais, por todo o incentivo e ajuda, e por me apresentarem o caminho do Direito.

Aos meus amigos, Alexandre Lescura do Nascimento e Luis Inácio Carneiro Filho, pelos conselhos preciosos e por nossa amizade.

Finalmente, mas nunca por último, ao meu orientador, Prof. Dr. Giovanni Ettore Nanni, por toda a disponibilidade e compreensão demonstradas.

“O mais importante da vida não é a situação em que estamos, mas a direção para a qual nos movemos.”

(Oliver Wendall Holmes)

RESUMO

A reprodução humana assistida, que de um lado possibilitou imenso avanço no campo da Medicina Reprodutiva, de outro trouxe consigo inúmeros questionamentos, tanto de ordem ética como jurídica, como, por exemplo, doações de gametas e o destino dos embriões excedentários. O presente trabalho busca analisar algumas das legislações estrangeiras sobre reprodução assistida, bem como os Projetos de Lei existentes no Brasil, expondo ainda a opinião da doutrina.

Palavras-chave: reprodução humana assistida; direito comparado; aspectos polêmicos.

ABSTRACT

Assisted human reproduction that, on one hand, has promoted a huge advance in the field of Reproductive Medicine, on the other hand, has conveyed countless polemic questions, both in the ethical and juridical spheres, as for instance, the donation of gametes and the destination for exceeding embryos. The present work seeks to analyze some foreign legislation about assisted human reproduction, as well as the bills in process in Brazil, expounding afterwards the opinion of doctrine experts.

Keywords: Assisted Human Reproduction; Comparative Law; Polemic Aspects.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

FIGURA 1 – INSEMINAÇÃO INTRA-UTERINA..	26
FIGURA 2 – PROCEDIMENTO DE FERTILIZAÇÃO <i>IN VITRO</i>	27
FIGURA 3 – PROCEDIMENTO DA INJEÇÃO INTRACITOPLASMÁTICA DE ESPERMATOZÓIDES	28
FIGURA 4 – TRANSFERÊNCIA INTRATUBÁRICA DE GAMETAS	28
TABELA 1– RISCO DAS GRAVIDEZES DE FIV COMPARADAS À CONCEPÇÃO NATURAL.....	91

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 ASPECTOS DE DIREITO CONSTITUCIONAL ENVOLVIDOS.....	12
2 BIOÉTICA E BIODIREITO.....	20
3 ESPÉCIES DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA	26
4 CONDIÇÕES SUBJETIVAS PARA PARTICIPAÇÃO NOS PROCEDIMENTOS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA	31
5 DO CONSENTIMENTO INFORMADO.....	35
6 NÚMERO DE EMBRIÕES A SEREM IMPLANTADOS.....	41
7 O DESTINO DOS EMBRIÕES EXCEDENTÁRIOS	45
8 A DOAÇÃO DE GAMETAS E A REPRODUÇÃO HETERÓLOGA.....	64
9 A MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO	77
10 A RESPONSABILIDADE CIVIL NOS PROCEDIMENTOS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA.....	86
11 A REALIZAÇÃO DE EXAMES NOS EMBRIÕES E A SELEÇÃO GENÉTICA.....	99
12 A DETERMINAÇÃO DA PATERNIDADE E A EXISTÊNCIA DE DIREITO A ALIMENTOS E SOBRE OS DIREITOS SUCESSÓRIOS.....	108
13 NATUREZA JURÍDICA DOS EMBRIÕES CRIOPRESERVADOS.....	130
CONCLUSÃO.....	141
BIBLIOGRAFIA	144

INTRODUÇÃO

Ter filhos, gerar descendentes, faz parte dos anseios da maior parte das pessoas, sendo o planejamento familiar até mesmo direito expresso na Constituição Federal Brasileira, em seu artigo 226, § 7º.

Entretanto, cerca de 15% dos casais, mesmo após um ano e meio de relacionamento sexual sem o uso de contraceptivos, não conseguem engravidar, sendo considerados, de acordo com a Medicina, inférteis (as causas de infertilidade são variáveis e podem resultar tanto de fatores exclusivamente pertencentes a um dos parceiros como ser consequência de um problema de ambos). Anota, nesse sentido, Roger Abdelmassih¹ que “infertilidade é a incapacidade de concepção após um ano e meio de tentativa sem uso de método anticoncepcional em ritmo sexual adequado.”

Tais casais passam, então, a necessitar de ajuda médica para engravidar, surgindo, assim, a chamada Reprodução Assistida.

As técnicas de reprodução são diversas, podendo ser citadas a Inseminação Intra-Uterina e Fertilização *In Vitro*, sendo esta última responsável por aqueles que eram conhecidos como “bebês de proveta”, pois a fecundação se faz fora do corpo humano.

Países como a Alemanha, Canadá, Espanha, Estados Unidos, França, Inglaterra, Portugal e Itália possuem diferentes legislações sobre o tema, dispendo, entre outras questões, sobre o número de embriões a serem implantados, o destino dos embriões excedentários e identificação de doadores.

Todavia, o Brasil, embora dotado de clínicas que realizam os procedimentos de reprodução assistida, ainda não legislou sobre o procedimento, existindo apenas Projetos de Lei, sendo os mais atuais os Projetos 1.135/2003 e 1.184/2003 (ao qual estavam apensados outros, como o 2.061/2003, 4.889/2005 e 5.624/2005), estando todos arquivados.

¹ ABDELMASSIH, Roger. *Avanços em reprodução humana assistida*. São Paulo: Atheneu, 2007, p. 3.

A necessidade de regulamentação legal, dentro do que recebeu o nome de “Biodireito”, é premente, já que, apesar de haver regulamentação administrativa, através da Resolução 1.358/92, do Conselho Federal de Medicina, somente a positivação trará a imprescindível segurança jurídica, determinando direitos e obrigações tanto dos médicos e demais operadores, como de seus pacientes.

Por outro lado, a Lei de Biossegurança - Lei 8.974/2.005 - não restringe qualquer procedimento de reprodução assistida, exigindo apenas autorização prévia da CTNBio, com a observação de ser proibida “a produção, armazenamento ou manipulação de embriões humanos destinados a servir como material biológico disponível” (artigo 8º).

O objetivo deste trabalho, como conclusão para o Curso de Mestrado em Direito Civil Comparado, é abordar as diversas questões relativas à utilização da reprodução assistida, abordando as legislações de diversos países, bem como confrontando as normas já postas com os projetos de Lei existentes no País.

Saliente-se ainda que, embora as leis e alguns doutrinadores utilizem expressões diversas para se referir ao embrião, como, por exemplo, pré-embrião (somente considerando embrião a partir do momento em que implantado), entendemos que o termo embrião é o mais adequado, podendo ser utilizado tanto para as hipóteses pré e pós-implantação.

1 ASPECTOS DE DIREITO CONSTITUCIONAL ENVOLVIDOS

A prática da reprodução assistida engloba uma série de discussões sobre direitos constitucionais, como dignidade da pessoa humana, direito à vida e o direito ao planejamento familiar.

O primeiro e mais evidente, até por sua colocação na Constituição Federal brasileira (artigo 1º, III), é o referente ao princípio da dignidade da pessoa humana.

A respeito, escreve Rizzato Nunes²:

É ela, a dignidade, o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional posto e o último arcabouço da guarda dos direitos individuais. A isonomia serve, é verdade, para gerar equilíbrio real, porém visando concretizar o direito à dignidade. É a dignidade que dá a direção, o comando a ser considerado primeiramente pelo intérprete.

[...]

E esse fundamento funciona como princípio maior para a interpretação de todos os direitos e garantias conferidos às pessoas no Texto Constitucional.

[...]

Percebe-se, então, que o termo dignidade aponta para, pelo menos, dois aspectos análogos, mas distintos: aquele que é inerente à pessoa, pelo simples fato de ser, nascer pessoa humana; e outro dirigido à vida das pessoas, à possibilidade e ao direito que têm as pessoas de viver uma vida digna.

Também assim ocorre para José Afonso da Silva³, já que a dignidade da pessoa humana “é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida.”

O alcance do princípio da dignidade da pessoa humana é, justamente, uma das questões em que há maior debate doutrinário, já que para alguns, o embrião é, desde logo, protegido pela lei, mesmo que não implantado, enquanto que, para

² NUNES, Rizzatto, *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. 2ª ed. ver. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 47-48 e 52.

³ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 105.

outros, a proteção não alcança, de forma plena, aqueles que se acham nessa mesma situação⁴.

Veja-se, assim, o pensamento de Cristiane Beuren Vasconcelos⁵:

A dignidade da pessoa humana erigida a princípio constitucional, sobre o qual se assenta o próprio Estado Democrático de Direito brasileiro, pressupõe a personalidade. Onde não há dignidade, também não há personalidade. Se o embrião humano merece respeito é porque ele encerra em si “dignidade”; se ele tem dignidade, é porque tem personalidade. Sua maior ou menor viabilidade não implica diferenciá-lo na vida que representa e na dignidade que lhe é essencial. Esta não admite gradações ou restrições; ela é, pois, *ilimitada, infinita*. Só se pode falar em gradação, pelo direito positivo, da capacidade, nunca da personalidade.

No mesmo sentido, Maria Celina Bodin de Moares⁶, para quem:

...compõe o imperativo categórico a exigência de que o ser humano seja visto, ou usado, jamais para um meio para atingir outras finalidades, mas sempre como um fim em si. Isto significa que todas as normas decorrentes da vontade legisladora dos homens precisam ter como finalidade o homem, a espécie humana enquanto tal. O imperativo orienta-se, então, pelo valor básico, universal e condicional da dignidade humana.

Ligado diretamente ao princípio da dignidade da pessoa humana, está o direito à vida, previsto expressamente na Carta Magna, no artigo 5º, “caput”.

Surge então aqui a questão: é o embrião ser vivo, mesmo que não implantado? Sendo a resposta positiva, deve usufruir de todos os direitos inerentes às pessoas em comum, não se admitindo o descarte ou a não implantação, nem mesmo a utilização em pesquisas para células-tronco, uma vez que todas essas práticas o destroem. Por outro lado, em sendo respondida de forma negativa a referida pergunta, todas as práticas já citadas passam a gozar não de proteção legal, ao menos no direito brasileiro, mas deixam de constituir atos ilícitos.

⁴ A questão referente à personalidade do embrião será tratada em capítulo próprio.

⁵ VASCONCELOS, Cristiane Beuren. *A proteção jurídica do ser humano in vitro na era da biotecnologia*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 114.

⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana – uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 81.

Comentando a questão, mas não se referindo diretamente aos embriões advindos da reprodução assistida, Alexandre De Moraes⁷ sustenta que:

A Constituição Federal proclama, portanto, o direito à vida, cabendo ao Estado assegurá-lo em sua dupla acepção, sendo a primeira relacionada ao direito de continuar vivo e a segunda de se ter vida digna quanto à subsistência.

O início da mais preciosa garantia individual deverá ser dado pelo biólogo, cabendo ao jurista, tão somente, dar-lhe o enquadramento legal, pois do ponto de vista biológico a vida se inicia com a fecundação do óvulo pelo espermatozóide, resultando em um ovo ou zigoto. Assim a vida viável, portanto, começa com a nidação, quando se inicia a gravidez. Conforme adverte o biólogo Botella Lluziá, o embrião ou feto representa um ser individualizado, com uma carga genética própria, que não se confunde nem com a do pai, nem com a da mãe, sendo inexato afirmar que a vida do embrião ou do feto está englobada pela vida da mãe. A constituição, é importante ressaltar, protege a vida de forma geral, inclusive uterina.⁸

Como não poderia deixar de ser, o tema suscita diversas controvérsias, as quais serão expostas no capítulo relativo aos embriões não implantados, chamados embriões excedentários.

Vale dizer ainda que a Constituição Federal estipula que,

...fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas (artigo 226, § 7º).

Interpretando o referido dispositivo com vistas ao tema ora tratado, podem-se tirar duas conclusões:

A primeira, e mais clara, é a de que, embora não existam leis que regulamentem a reprodução assistida no Brasil, é dever do Estado fornecer “recursos educacionais e científicos” para a consecução do livre exercício do

⁷ MORAES, Alexandre De. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 1998, p. 56-57.

⁸ Anote-se que, muito embora não haja referência aos embriões não implantados, o texto traz outros dois aspectos muito importantes, que serão mais bem analisados quando da exposição relativa aos embriões excedentários, quais sejam, o direito à vida digna e o início de uma vida viável.

planejamento familiar. Assim, deve ser garantido a todos, independentemente da condição econômica ou social, o livre acesso às técnicas de reprodução assistida.

A segunda, com vistas ao que foi dito com relação ao direito à vida, é a de que nenhum casal pode ser obrigado a ter mais filhos do que deseja, ou seja, nenhuma norma poderá obrigar que os embriões excedentários sejam utilizados por aqueles que os geraram.

Sobre esta, comenta Maria Helena Diniz⁹ que:

Na Conferência Mundial sobre População e Desenvolvimento, convocada pela ONU e realizada no Cairo, em 1994, pela primeira vez houve uma clara formulação da idéia de *direitos reprodutivos e sexuais*, confirmada, no ano de 1995, na Conferência Internacional de Beijing, tendo o seguinte teor: “Os direitos reprodutivos incluem certos direitos humanos que já estão reconhecidos nas leis nacionais, nos documentos internacionais sobre direitos humanos e em outros documentos pertinentes das Nações Unidas aprovados por consenso. Esses direitos firmam-se no reconhecimento do direito básico de todos os casais e indivíduos a decidir livre e responsabilmente o número de filhos, o espaçamento dos nascimentos e o intervalo entre eles, a dispor da informação e dos meios para tanto e o direito a alcançar o nível mais elevado de saúde sexual e reprodutiva. (...) A promoção do exercício responsável destes direitos de todos deve ser a base principal das políticas e programas estatais e comunitários na esfera da saúde reprodutiva, incluindo o planejamento familiar” [...]

Fácil é perceber que tais direitos reprodutivos, na atualidade, têm muito mais de liberdade negativa do que positiva: o direito de não ter filhos em vez de tê-los. [...]

Em vista disso, pode-se afirmar que o planejamento familiar responsável é um direito reprodutivo, ou melhor, um direito humano básico, reconhecido pela ONU, na Resolução de 1968¹⁰, e pela Constituição, em seu artigo 226, § 7º, sendo, com base nos princípios do respeito à dignidade humana e da paternidade responsável, um paradigma da política populacional.

Cabe ressaltar ainda que o direito à saúde também está expressamente previsto na Constituição (artigo 6º), bem como que incumbe ao Poder Público, para preservação do meio ambiente “preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação do material genético” (artigo 225, § 1º, II).

⁹ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. São Paulo: Editora Saraiva, 2002, p. 135-137.

¹⁰ Conferência Internacional sobre os Direitos Humanos, realizada em Teerã, Irã.

Aliás, ampliando o conceito de dignidade da pessoa humana, Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins¹¹ explanam que:

A referência à dignidade da pessoa humana parece conglobar em si todos aqueles direitos fundamentais, quer sejam os individuais clássicos, quer sejam os de fundo econômico e social.

Em última análise, a dignidade tem uma dimensão também moral. São as próprias pessoas que conferem ou não dignidade às suas vidas.

Não foi este sentido, todavia, o encampado pelo constituinte. O que ele quis significar é que o Estado se erige sob a noção da dignidade da pessoa humana.

Portanto, o que ele está a indicar é que um dos fins do Estado é propiciar as condições para que as pessoas se tornem dignas.

É de lembrar-se, contudo, que a dignidade da pessoa humana pode ser ofendida de muitas maneiras. Tanto a qualidade de vida desumana quanto a prática de medidas como a tortura, sob todas as suas modalidades, podem impedir que o ser humano cumpra na terra sua missão, conferindo-lhe um sentido.

Esta é uma tarefa eminentemente pessoal. O sentido da vida humana é algo forjado pelos homens. O Estado só pode facilitar esta tarefa na medida em que amplie as possibilidades existenciais do exercício da liberdade.

Relacionando o direito à saúde e a reprodução assistida, Pietro Perlingieri¹² sustenta que:

Não se pode, certamente, afirmar que no ordenamento a regra seja a inseminação artificial, e união homem e mulher, a exceção. Considerar o recurso à inseminação artificial como excepcional não equivale a exprimir um juízo negativo sobre a mesma. A qualificação de excepcional significa que o emprego de tal técnica é possível somente quando se torna instrumento que não pode ser eliminado, ou que é muito útil ao pleno desenvolvimento da pessoa; nesta hipótese ela realiza principalmente o direito à saúde e insere-se na assistência sanitária nacional. (...). Não existirá direito à prestação sanitária gratuita somente quando o recurso à inseminação for motivado por escolhas arbitrárias.

Assim como a saúde, aliás, o próprio direito de pesquisa é garantido pela Carta Magna, nos termos do artigo 218 e seu parágrafo primeiro, assim redigidos:

¹¹ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 425.

¹² PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 175-176.

“Artigo 218. O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas.”

Todavia, assim como acontece com todo e qualquer direito, o direito à pesquisa não é absoluto e encontra em seus reguladores, dentre outros, o direito à dignidade da pessoa humana.

A respeito, Monica Sartori Scarparo¹³ aduz que:

...o princípio a ser adotado para dirimir estas questões seria o da prioridade da pessoa humana sobre os interesses da ciência, pelo simples fato de que esta, a ciência, só tem sentido na medida em que está a serviço da humanidade. Em conseqüência, deverá encontrar formas de desenvolver as atividades de pesquisa que preservem os valores inerentes ao embrião humano, porque é vida e merece ser respeitado.

A aplicabilidade dos direitos supra referidos é justamente a questão mais discutida, visto que envolve, além do aspecto estritamente jurídico, valores e conceitos individuais.

Roberto Wider¹⁴, ao escrever sobre “a legitimidade da procriação assistida face à essência dos direitos fundamentais” anota:

O direito de constituir família, por exemplo, recepcionado em várias legislações, é erigido como fundamental em muitas constituições.

O conhecimento por parte da mulher ou do homem de que é estéril, via de regra se faz acompanhar de intensa frustração, seguida pelo anseio irreprimível de buscar a intermediação técnica no alcance da reprodução humana.

Uma vez que o objetivo primordial da reprodução assistida é possibilitar a casais inférteis a realização do propósito de ter filhos biológicos, o legítimo interesse em questão é a liberdade do casal em dispor dos novos meios de concepção assistida.

[...]

Assim, o desejo de constituir família e a possibilidade de utilização do progresso científico no alcance daquele objetivo, dá ensejo a duas correntes de pensamento, bastante divergentes entre si.

Alguns recomendam que as técnicas de reprodução assistida devem ser utilizadas de forma livre, já que remontam à esfera íntima das

¹³ SCARPARO, Monica Sartori. *Fertilização assistida: questão aberta: aspectos científicos e legais*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 44.

¹⁴ WIDER, Roberto. *Reprodução assistida. aspectos do direito e da bioética*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 63-71.

peças e ao planejamento privado da vida familiar, que estaria caracterizado constitucionalmente como direito fundamental.

[...]

Todavia, para outros, a intervenção do Estado é autorizada pela transcendência da matéria, de ordem pública, coletiva, acima dos interesses e responsabilidade individuais, cabendo ao Estado estabelecer regras jurídicas precisas para utilização da moderna biotecnologia.

Nessa linha de raciocínio, o legislador brasileiro de 1995 editou a Lei nº 8.974, determinando que os mecanismos que podem tornar efetiva a limitação no uso das técnicas de engenharia genética. O referido dispositivo foi, recentemente, revogado pela Lei 11.105/2005, que apresentou extensa regulamentação acerca da aplicação da engenharia genética, trazendo, dentre outras questões, a proibição da clonagem humana e a utilização de técnicas de engenharia genética sobre células germinais humanas.

Cumprido ressaltar que o conceito de liberdade natural é indissociável do conceito de dignidade natural, sendo, neste caso, oportuna a imposição de restrição ao exercício da livre disposição do seu corpo pelo ser humano.

A salvaguarda do equilíbrio entre os princípios da liberdade e da dignidade deve concitar o homem a dispor de forma responsável, tanto do seu próprio corpo como das questões da vida em geral. Zelar por este equilíbrio é, nesta perspectiva, atribuição do Estado quanto à pessoa faltar o equilíbrio entre os dois princípios.

[...]

E é por isso que a disciplina jurídica dos casos de procriação assistida necessariamente deverá velar pela observância do direito à vida e à dignidade da pessoa humana. Até porque essa particular categoria de direitos representa alguns dos valores fundamentais do ordenamento jurídico brasileiro, consagrados pela Carta Magna como um referencial para a aferição da constitucionalidade das demais espécies normativas.

[...]

Inegável ser a concepção assunto pertinente à esfera íntima dos casais, mas em face do direito à liberdade de escolha dos recursos biotecnológicos surge, em contrapartida, o dever de zelar pelo filho a ser gerado, aí incluindo o destino dos embriões a serem produzidos.

Portanto, a reserva de intimidade da vida privada e familiar não pode ser encarada como direito absoluto, pleno, autorizador da utilização dos meios de reprodução assistida sem a menor intervenção estatal e ainda mais que quando contraposto com o princípio da dignidade da pessoa humana, princípio informativo de todo o ordenamento jurídico brasileiro.

[...]

Daí porque se faz imprescindível a presença do Estado em diversos setores da sociedade, devendo a legislação constitucional e infraconstitucional de cada país dosar equilibradamente o limite entre a ação intervencionista necessária e a seara do não intervencionismo.

Como se percebe de tais citações, o alcance dos dispositivos constitucionais não é claro, possibilitando interpretações diversas. A harmonização do direito à vida, com o direito à vida digna, ou mesmo, com a viabilidade desta está diretamente ligada a questões extrajurídicas, como a formação religiosa do intérprete. Esta diversidade de interpretações contamina o sistema, dificultando a normatização das diversas situações que envolvem a reprodução assistida.

2 BIOÉTICA E BIODIREITO

A Medicina vem avançando de maneira extraordinária nos últimos anos. Doenças e situações que décadas atrás eram recebidas como verdadeiras “sentenças de morte”, hoje são passíveis de tratamento. Todavia, este avanço tem seu preço, que se mostra claro na necessidade de realização de pesquisas para a constatação da eficácia de determinada conduta de tratamento.

Os limites para essas pesquisas, para esse avanço, precisam ser definidos, em um campo ético, ou seja, de concordância ou não com determinada conduta, surgindo, assim, a Bioética.

Segundo Joaquim Clotet,¹⁵,

A Bioética é a resposta ética aos novos casos e situações originadas da ciência no âmbito da saúde. Poder-se-ia definir Bioética como a expressão crítica do nosso interesse em usar convenientemente os poderes da medicina para conseguir um atendimento eficaz dos problemas referentes à vida, saúde e morte do ser humano.

É claro que os limites éticos de atuação da Medicina não são unânimes. Para esta conclusão, basta lembrar que há países que aceitam a eutanásia, outros que permitem o aborto etc.

Assim, não se trata somente de normas de ética médica, mas que são permeadas por valores também da Filosofia, da Teologia e de outras correntes semelhantes.

Para Reinado Pereira e Silva¹⁶,

...assim, a bioética não se constitui em um código de deontologia do exercício da medicina e das demais ciências biomédicas, mas pretende ser uma reflexão ética também voltada para a esfera médica, mas para além do âmbito de interesse dos profissionais da

¹⁵ CLOTET, Joaquim. *Bioética: uma aproximação*. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2006, p. 22.

¹⁶ SILVA, Reinaldo Pereira e. *Ética e bioética, análise bioética das técnicas de procriação assistida*. Florianópolis: Editora Terceiro Milênio, 1998, p. 120.

saúde, hospedando tanto a promoção ativa e passiva da vida em sua inteireza (doença e saúde) quanto o resguardo de todas as formas de manifestação do viver humano.

Dentro desse contexto, Tereza Rodrigues Vieira¹⁷ adverte:

Desnecessário dizer que não existem fórmulas éticas infalíveis a serem aplicadas, reclamando quase sempre novos valores que pautem tais investigações, buscando uma integração entre a ética e as biociências.

[...]

A bioética deve priorizar a proteção do ser humano, não as corporações biomédicas. A ciência deve existir como esperança e não como uma ameaça à vida humana.

Nesse sentido, a UNESCO editou, em 1997, a “Declaração Universal do Genoma Humano e Dos Direitos Humanos”, que prevê, entre outras coisas, que:

Artigo 5:

a) Pesquisas, tratamento ou diagnóstico que afetem o genoma de um indivíduo devem ser empreendidas somente após rigorosa avaliação prévia dos potenciais riscos e benefícios a serem incorridos, e em conformidade com quaisquer outras exigências da legislação nacional.

b) Em todos os casos é obrigatório o consentimento prévio, livre e informado da pessoa envolvida.....

[...]

Artigo 10:

Nenhuma pesquisa ou aplicação de pesquisa relativa ao genoma humano, em especial nos campos da biologia, genética e medicina, deve prevalecer sobre o respeito aos seres humanos, às liberdades fundamentais e à dignidade humana dos indivíduos ou, quando for o caso, de grupos de pessoas.”

Estabeleceu-se, assim, um campo de restrição ética ao avanço da Medicina, com ênfase em todos os procedimentos que envolvem a manipulação do genoma, dentre eles a reprodução assistida, a respeito da qual, diga-se, ter-se regulamentado ser proibida a “clonagem reprodutiva de seres humanos” (Artigo 11).

¹⁷ VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Bioética e biodireito*. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 1999, pp. 20-21.

É necessário enfatizar, entretanto, que a primeira norma de Bioética assim considerada foi o Código de Nuremberg, elaborado logo após a Segunda Guerra Mundial, o qual, revisto, deu origem à Declaração de Helsinque, de 1964, que foi atualizada até sua sexta versão, de 2000.

Por sua vez, a normatização das condutas socialmente aceitas dentro de cada sociedade fez nascer o Biodireito que, no conceito de Maria Helena Diniz¹⁸, é o:

...estudo jurídico que, tomando por fontes imediatas a bioética e biogenética, teria a vida por objeto principal, salientando que a verdade científica não poderá sobrepor-se à ética e ao direito, assim como o progresso científico não poderá acobertar crimes contra a dignidade humana, nem traçar, sem limites jurídicos, os destinos da humanidade.

Roberto Wider¹⁹ diferencia a Bioética do Biodireito, sustentando estar a primeira direcionada a uma melhor qualidade de vida e à melhoria do meio-ambiente como um todo.

Já o Biodireito...

...seria antes uma Disciplina ligada à ética do dever, enquanto propositor de princípios e normas de ação que visem à dignidade e à integridade do ser humano, o respeito à vida, e também, enquanto demarcador dos limites entre licitude e ilicitude. E, dentro desse aspecto, bem-estar deverá abranger todos os envolvidos nas questões.

Constata-se, assim, um objetivo claro no Biodireito: a proteção e o bem-estar dos envolvidos nos procedimentos médicos, sendo sua grande dificuldade conciliar a liberdade de pesquisa com a proteção ao indivíduo.

Também apontando a diferença entre ambos os institutos, Edson Tetsuzo Namba²⁰ escreve que:

¹⁸ DINIZ, Maria Helena. *O Estado atual do biodireito*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, p. 40.

¹⁹ WIDER, Roberto. *Reprodução assistida – aspectos do biodireito e da bioética*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 36.

²⁰ NAMBA, Edison Tetsuzo. *Manual de bioética e biodireito*. São Paulo: Atlas, 2009, pp. 13 e 180.

Os avanços técnicos e científicos e a complexidade de cada um dos ramos do saber provocam o imprescindível intercâmbio de informações, objetivando a melhor efetividade do fim maior, ou seja, “bem-estar” com responsabilidade.

A bioética dominou a esfera do direito como “pano de fundo” de debates de situações controversas, porém, hoje em dia, já há algumas normas sobre a consideração de valores, o que acirra a discussão.

Logo, é o momento de se preocupar com o biodireito. Deve-se desvincular o direito da bioética, a qual serve mais a uma finalidade política: usada para fazer prevalecer o entendimento religioso ou laico. O discernimento na escolha de uma forma mais inovadora na concepção do ser humano; para a correção de anomalias genéticas; e para a cura de seus males não pode ser tolhido, sob pena de se restringir a liberdade científica.

[...]

A ética procura regular o comportamento geral das pessoas. Direciona-se o agir de uma maneira ou outra, de acordo com as circunstâncias e os pensamentos prevalentes.

A bioética tem por finalidade encontrar o mínimo necessário quando a tecnologia influencia a vida e a saúde dos indivíduos, procurando-se conciliar seus princípios – autonomia, beneficência, não maleficência e justiça. Posições conservadoras e liberais influenciam nessa tarefa.

O biodireito tem por objetivo possibilitar a solução normativa para as questões que as ciências colocam na vida das pessoas, pela necessidade de se encontrar uma resolução para um dilema.

Como lembra Sílvia da Cunha Fernandes²¹,

A Constituição Federal de 1988 consagrou, em seu inciso 5º, inciso IX, a liberdade de criação científica, contudo a pesquisa genética deve encontrar seus limites em outros valores maiores prestigiados no texto constitucional, como a dignidade da pessoa humana (CF/88, art. 1º, III), a vida (CF/88, art. 5º, *caput*), a integridade física (CF/88, art. 5º, III), a diversidade e a integridade do patrimônio genético do país (CF/88, art. 225, § 1º, II).

Todavia, muito embora tais princípios tenham sido expressamente consignados, como já dito, ainda não há no Brasil legislação que regulamente a reprodução assistida, fazendo com o que o Biodireito, embora existente, não tenha

²¹ FERNANDES, Sílvia Da Cunha. *As técnicas de reprodução humana e a necessidade de sua regulamentação jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 17.

aplicação plena, ao contrário do que ocorre com os outros países mencionados na introdução deste trabalho.

De qualquer forma, mesmo nos países em que há legislação posta, é necessário lembrar que os direitos humanos sempre devem estar em primeiro lugar. Nesse sentido, salienta Maria Helena Diniz²² que:

A bioética e o biodireito andam necessariamente juntos com os direitos humanos, não podendo, por isso, obstinar-se em não ver as tentativas da biologia molecular ou da biotecnociência de manterem injustiças contra a pessoa humana sob a máscara modernizante de que buscam o progresso científico em prol da humanidade. Se em algum lugar houver qualquer ato que não assegure a dignidade humana, ele deverá ser repudiado por contrariar as exigências ético-jurídicas dos direitos humanos.

O Biodireito, aliás, é útil não só para os juristas, mas principalmente para os médicos e demais profissionais da saúde, já que proporciona segurança jurídica. Nesse sentido, confirmam-se as palavras de Guilherme Freire Falcão de Oliveira²³:

Pode dizer-se, no entanto, que a opinião dominante é no sentido de uma intervenção legislativa. Desde logo pela razão prática, simples e premente, de que os médicos e biólogos não se satisfazem – eles próprios – com deontologia ou a sua consciência profissional, e esperam que o Direito defina com segurança o que é lícito e o que é ilícito. Incapazes de encontrar sozinhos os limites de sua arte, numa época em que se difunde a responsabilização penal e civil dos médicos, aqueles profissionais têm a consciência de que já não basta uma ética corporativa para legitimar a prática científica.

Apenas para concluir, podem ser relacionados como princípios gerais da Bioética os seguintes²⁴:

²² DINIZ, Maria Helena. *O Estado atual do biodireito*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 20.

²³ OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de. *Temas de direito e medicina*. Coimbra: Editora Coimbra, 1999, p. 77-78.

²⁴ FERNANDES, Sílvia Da Cunha. *As técnicas de reprodução humana e a necessidade de sua regulamentação jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pp. 12-15.

- a) princípio da autonomia, segundo o qual a vontade do paciente deve ser respeitada, bem como seus valores e crenças morais. Observo que, no Brasil, referido princípio somente pode ceder ante a iminente risco de vida, em casos caracterizados como de urgência²⁵;
- b) princípio da beneficência, que está ligado diretamente ao objetivo de todo tratamento médico, qual seja, fazer o bem ao paciente, devendo sempre ser analisado se os benefícios de determinado tratamento superam os riscos a ele inerentes. Diretamente ligado a ele, aliás, é o princípio da não-maleficência, o qual, entretanto, é mais abrangente, já que impede o médico de, deliberadamente, causar mal ao seu paciente;
- c) princípio da justiça, significando a possibilidade do acesso aos tratamentos por todos por todos, ou seja, todas as pessoas devem ter as mesmas oportunidades e os mesmos acessos aos recursos médicos²⁶;
- d) princípio da sacralidade da vida e do respeito à dignidade da pessoa humana, que proíbem que o ser humano seja usado como fonte de experimentação indiscriminada. Diretamente ligado ao princípio da beneficência;
- e) princípio da qualidade de vida, que prevê que todos devem ter direito à vida digna, sendo diretamente ligado ao anterior e
- f) princípio da alteridade, que exige o respeito ao próximo, visto que busca que o médico se coloque no lugar do paciente, visando compreendê-lo.

Segundo referidos princípios, a Resolução 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina dispõe em seu item 2, do título I (Princípios Gerais), que *“as técnicas de RA²⁷ podem ser utilizadas desde que exista probabilidade efetiva de sucesso e não se incorra em risco grave de saúde para a paciente ou o possível descendente.”*

Postas essas considerações, passa-se à análise das diversas questões jurídicas envolvendo os procedimentos de reprodução assistida, com a exposição das disposições legais existentes no exterior e os projetos de lei brasileiros.

²⁵ Todavia, se tal risco, que deve ser efetivamente constatado, não existir, é direito do paciente não ser submetido a tratamentos que exponham sua vida a risco, conforme aliás prevê o artigo 15 do Código Civil.

²⁶ Aliás, é este princípio que, em última instância, fundamenta os pedidos de pagamento de despesas médicas pelo Estado por aqueles que não têm condições de custear o seu próprio tratamento, ante ao elevado valor de alguns medicamentos ou procedimentos.

²⁷ Reprodução Assistida.

3 ESPÉCIES DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

A reprodução assistida consiste em uma série de procedimentos, que podem ser desenvolvidos a partir de técnicas diferentes.²⁸

A primeira é a da inseminação intra-uterina (Figura 1), hipótese em que os espermatozoides são colhidos previamente, preparados e então diretamente colocados no útero da mulher, a fim de que ocorra a fertilização de forma espontânea. É o tipo de tratamento indicado para os casos de infertilidade masculina e as taxas de sucesso são em torno de 20%.

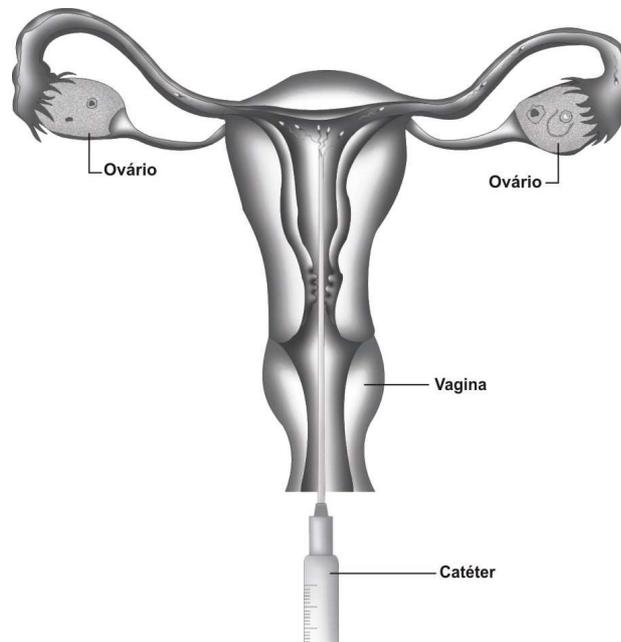


Figura 1 – Inseminação intra-uterina. Fonte: www.feliccita.com.br. 2010.

²⁸ Todos os gráficos foram obtidos do seguinte endereço eletrônico: www.feliccita.com.br. Acesso em: 10.01.2010.

A segunda é aquela em que consiste o chamado “bebê de proveta”, ou seja, procedimento de fertilização *in vitro* (Figura 2). Neste, a mulher é induzida à produção de diversos óvulos, que são aspirados e posteriormente colocados em um tubo, no qual os espermatozoides serão inseridos, esperando-se que os óvulos sejam fecundados.

A evolução é acompanhada, normalmente por 18 horas, para verificação de efetiva fecundação e da formação, assim, de embriões, e aqueles que se mostrarem mais viáveis, ao fim de um período normalmente de três dias, serão implantados.

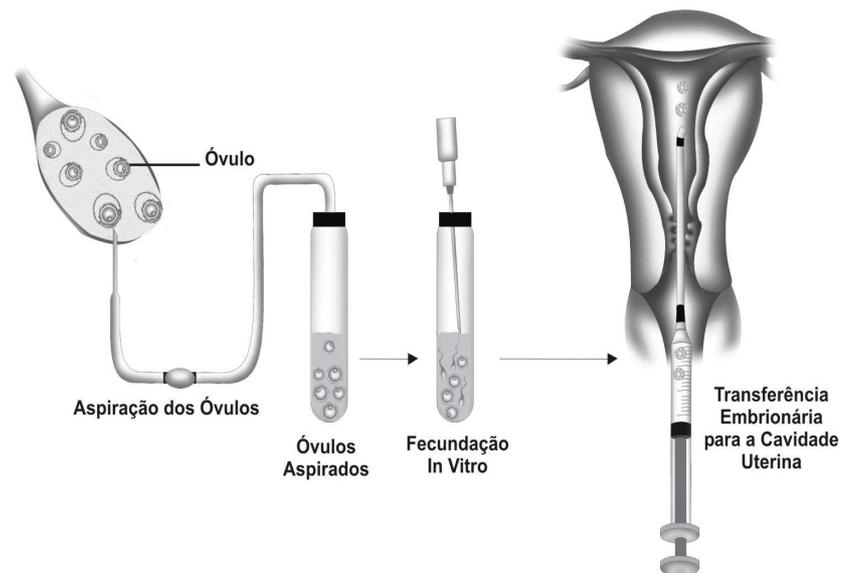


Figura 2 – Procedimento de fertilização *in vitro*. Fonte: www.feliccita.com.br. 2010.

Variante desta técnica e com maiores chances de sucesso, o procedimento da Injeção Intracitoplasmática de Espermatozoides (ICSI, sigla em inglês), consiste na colocação por meio de cateter, do espermatozoide já no interior do óvulo (Figura 3). Diferentemente do procedimento anterior, não se aguarda que o espermatozoide fecunde o óvulo, e basta a existência de apenas um espermatozoide saudável, já que este é colocado diretamente.

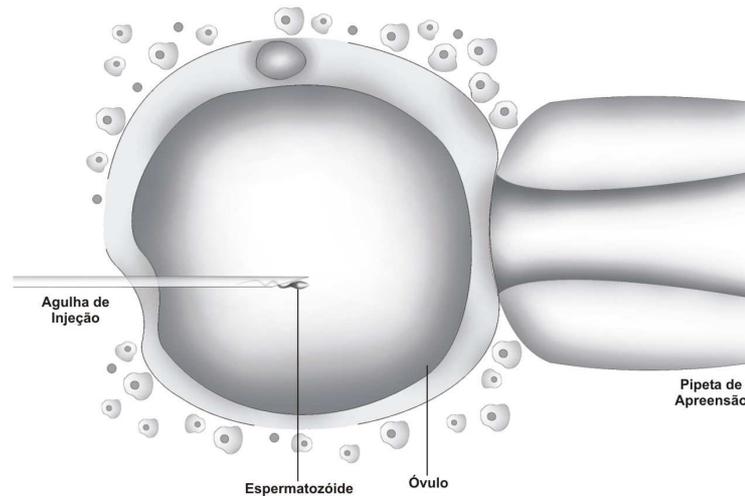


Figura 3 – Procedimento da Injeção Intracitoplasmática de Espermatozoides.
Fonte: www.feliccita.com.br. 2010.

Existe ainda a transferência intratubárica de gametas (taxa de fertilidade entre 25% e 30%), que consiste na colocação dos gametas masculino e feminino diretamente nas trompas (Figura 4). A fecundação ocorre, assim, de forma mais natural e espera-se que a gravidez decorra de maneira natural.

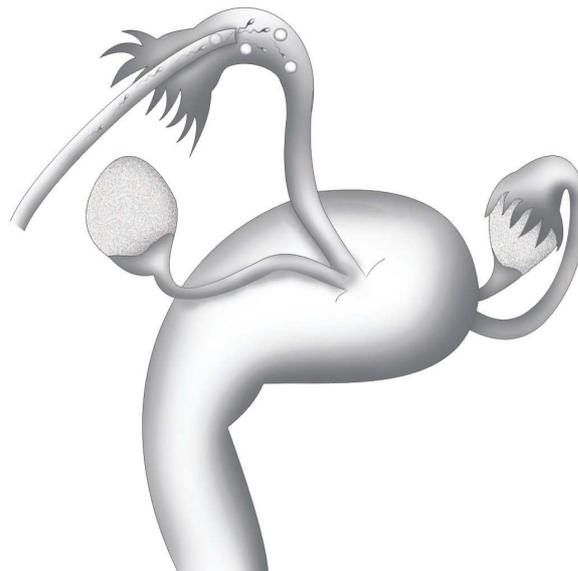


Figura 4 – Transferência Intratubárica de Gametas. Fonte: www.feliccita.com.br. 2010.

Ressalte-se que as taxas de fecundação não são precisas e sofrem variáveis como a idade dos participantes, estado de saúde etc.

De todo modo, a escolha sobre o melhor método deve ser decidida, respeitando os princípios da bioética, em conjunto entre o médico e o paciente, sempre levando em consideração o que se revelar mais adequado para cada hipótese concreta.

Seja qual for a conduta escolhida, o tratamento deve respeitar os princípios de bioética já expostos e as regulamentações administrativas, visando estritamente ao fim a que se propõe.

Comentando tal aspecto, Maria Helena Machado²⁹ explana que:

A única finalidade que justifica a fertilização artificial é a terapêutica por se constituir na forma de concretizar o sonho mais importante do homem estéril, que é o de conseguir o nascimento de um filho, vencendo as dificuldades originadas pela esterilidade.

Sabe-se, no entanto, que a finalidade da fertilização in vitro pode percorrer outros perigosos caminhos. A fertilização in vitro, pode servir como finalidade puramente científica: para conhecer o modo e as características da fecundação e o desenvolvimento da vida humana. Também poderá servir para fins eugênicos: ter-se um conhecimento mais exato das taras hereditárias e ter a possibilidade de curá-las. Poderá às vezes se realizar para ter um conhecimento exato do poder manipulador do homem sobre a fecundação e gestação como para conferir-se até que estágio é possível manter a gestação humana fora do âmbito atual. Poderá ainda servir para responder sobre a possibilidade de se produzirem seres humanos em proveta. Pode servir para vir a utilizar o ser humano como coisa ou objeto comercializável.

A partir do momento da concepção, o que se acha em jogo é a vida de um novo ser humano, mesmo que numa forma incipiente de desenvolvimento, mas vida humana. O mais grave inconveniente de ordem moral e ética em relação a fertilização in vitro é o que diz respeito ao embrião ser manuseado e tratado como coisa, congelado e armazenado da mesma forma aplicada ao restante de um produto qualquer; eliminado, caso não seja mais necessária a sua utilização; pode ser aproveitado (os embriões sobranes), para experiências científicas ou outros experimentos; os embriões com anomalias são descartados e eliminados como produtos defeituosos que devam ser colocados fora do mercado.

²⁹ MACHADO, Maria Helena. *Reprodução humana assistida: aspectos éticos e jurídicos*. 1ª ed. (ano 2003), 6ª tir. Curitiba: Juruá, 2008, p. 84-85.

Embora o tema seja tratado no capítulo próprio, lembre-se que a opção errada de tratamento, por falta de cuidado na análise do caso concreto, caracteriza imperícia, obrigando à reparação dos danos causados.

4 CONDIÇÕES SUBJETIVAS PARA PARTICIPAÇÃO NOS PROCEDIMENTOS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

Um dos maiores problemas enfrentados no que se refere ao acesso aos procedimentos de reprodução assistida é a definição dos destinatários da referida técnica.

Alguns países, como se verá a seguir, impõem que apenas pessoas casadas podem ter acesso a tais técnicas, enquanto outros não colocam qualquer restrição, possibilitando, por exemplo, que mulheres solteiras e homossexuais possam ter filhos, obviamente com a ajuda de doadores, nessas condições.

Pessoalmente, apenas para que fique desde logo registrada nossa opinião, pensamos que eventual lei que venha a ser instituída no Brasil não poderá fazer qualquer restrição, sob pena de quebra ao princípio constitucional da igualdade.

Entretanto, como já dito, as regulamentações são diversas, podendo ser citadas, a título exemplificativo, as seguintes:

No Canadá, o projeto de Lei C-6 estipula, na categoria de princípios, que “as pessoas que desejarem se submeter a procedimentos de reprodução assistida não devem sofrer qualquer tipo de discriminação, inclusive acerca de sua orientação sexual ou estado civil”.

Em Portugal, por outro lado, a Lei nº 32/2006, estabelece em seu artigo 6º que:

...só as pessoas casadas que não se encontram separadas judicialmente de pessoas e bens ou separadas de facto ou as que, sendo de sexo diferente, vivam em condições análogas às dos cônjuges há pelo menos dois anos podem recorrer a técnicas de PMA³⁰, continuando o item 2 do mesmo artigo a prever que “as técnicas só podem ser utilizadas em benefício de quem tenha, pelo menos, 18 anos de idade e não se encontre interdito ou inabilitado por anomalia psíquica”.

³⁰ Procriação Medicamente Assistida.

Na Espanha, dispõe a Lei 14/2006 (artigo 6º) que “toda mulher maior de 18 anos e com plena capacidade poderá ser receptora ou usuária das técnicas reguladas nesta Lei, sempre que haja prestado seu consentimento escrito a sua utilização de maneira livre, consciente e expressa”, independentemente “de seu estado civil ou orientação sexual”.

Todavia, o mesmo artigo prevê que “se a mulher estiver casada, precisará também do consentimento do marido, a menos que estejam legalmente separados”.

A Grécia regulamenta a reprodução assistida em seu próprio Código Civil (artigos 1455 a 1460) e não restringe a reprodução assistida somente a mulheres casadas. Apenas estabelece, no artigo 1456 que, em caso de casamento, também deve haver o consentimento do cônjuge.

A legislação Australiana³¹ é baseada no Ato sobre o Tratamento de Infertilidade, de nº 63/1995.

Referido ato prevê, em seu artigo 8º que somente mulheres casadas e que estejam vivendo sob “genuínas bases domésticas”, ou vivendo no que, mal comparando, seria a união estável brasileira, é que podem se submeter a tais tratamentos.

Finalmente, a Lei Francesa 800/2004, que se ocupa não só da reprodução assistida, mas também de matérias como transplante de órgãos, determina em seu artigo 24 que o tratamento somente pode ser feito por um casal, para atender à sua demanda parental. Afasta, assim, a legislação francesa a possibilidade de uma mulher não casada utilizar-se de espermatozoides de doador.

Com relação aos projetos de Lei brasileiros, apenas dois deles referem-se expressamente à questão:

O Projeto 1135/03 prevê em seu artigo 9º que as técnicas podem ser aplicadas a toda mulher capaz, exigindo o parágrafo único, todavia, que “estando casada ou em união estável, será necessária a aprovação do cônjuge ou companheiro...”

Por sua vez, o Projeto 1184/03 apenas estabelece que a receptora deve ser mulher capaz e considerada, após avaliação, apta física e psicologicamente.

³¹ Específica para o Estado de Vitória.

Vale ressaltar ainda que, embora sem força de lei, a Resolução 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina prevê, no capítulo chamado “Usuários das Técnicas de RA”, que:

1 – Toda mulher, capaz nos termos da lei, que tenha solicitado e cuja indicação não se afaste dos limites desta Resolução, pode ser receptora das técnicas de RA, desde que tenha concordado de maneira livre e consciente em documento de consentimento informado.

2 – Estando casada ou em união estável, será necessária a aprovação do cônjuge ou do companheiro, após processo semelhante de consentimento informado.

Note-se que as diferentes opções entre as legislações dos Países citados e dos próprios projetos de lei brasileiros refletem a diferença de cultura, de construção da sociedade e da própria existência, ou não, de uma posição mais liberal quanto ao conceito de família. Observamos apenas que, como supra colocado, no Brasil não há fundamento para a restrição do acesso aos procedimentos de reprodução somente a mulheres casadas ou vivendo em união estável, notadamente sob o aspecto de construção de família.

Para afastar qualquer dúvida a respeito, basta refletir sobre a adoção, instituto pelo qual também há a criação de família em sentido amplo (também chamada família monoparental ou unilinear) e cuja utilização pode-se dar tanto por pessoas casadas, ou vivendo em união estável, como solteiras, separadas ou divorciadas, *ex vi* do disposto no artigo 42, “caput” da Lei 12.010/2009³².

Por isso, e com a devida vênia, é que não se pode concordar com a posição adotada por Maria Helena Machado³³, para quem afeta a ética o tratamento de reprodução feita por mulher que não esteja casada, ou vivendo em união estável. Para referida doutrinadora:

³² Assim redigido: “Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil.”

³³ MACHADO, Maria Helena. *Reprodução humana assistida – controvérsias éticas e jurídicas*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 123.

Mas, mesmo que se reconheça o direito de homens e mulheres solteiros de recorrerem a inseminação ou fecundação artificial, em primeiro lugar, é necessário que se reconheça o direito do filho ter um pai e uma mãe. Por essa razão faz-se necessário exigir como postura ética que a criança concebida através dos meios artificiais, tenha a segurança do biparentesco, para que possa desenvolver-se plenamente.

Torna-se impossível, a concordância com a postura da Resolução 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina, única regulamentação brasileira, embora de caráter administrativo, em relação a procriação assistida em nosso país, que admite como usuária da fecundação assistida, "*Toda mulher capaz nos termos da lei*".

No entanto, sabe-se que, por maior boa vontade demonstrada por uma mulher solteira inseminada artificialmente em criar e educar seu filho, a condição familiar natural constituída de um pai e uma mãe jamais estará garantida para a criança derivada dessa inseminação.

O direito sobre ter ou não filhos deve ser pleno. Se a opção for a primeira, não deve ser atribuição do Estado, através de suas leis, definir por qual meio a realização do direito se fará. Pensamento contrário importaria em admitir, por exemplo, que somente poderiam ter filhos as pessoas casadas ou vivendo em união estável, já que aí estaria, ao menos em tese, garantida à criança a família constituída. Tal família também não poderia se dissolver antes da criança atingir sua capacidade civil plena. Como se percebe, essas são situações impossíveis de serem reguladas ou restringidas, não podendo, também, ocorrer restrição à maternidade pela via da reprodução assistida.

5 DO CONSENTIMENTO INFORMADO

As formas de tratamento da infertilidade humana podem ser abordadas de diversas maneiras. Nem todo casal que procura uma clínica de reprodução humana necessita dos tratamentos mais dispendiosos; alguns chegam a custar dezenas de milhares de reais, se somado o valor dos honorários médicos ao custo do tratamento propriamente dito, que exige a utilização de diversos medicamentos, algumas vezes antes e depois do tratamento propriamente dito.

Por outro lado, é imperioso ressaltar que a obrigação do médico é de meio, ou seja, tornar claro para os pacientes que, mesmo como os tratamentos mais custosos, a gravidez não é garantida.

Visando assegurar, assim, os direitos e obrigações tanto por parte dos pacientes como dos médicos, é que se faz necessária a elaboração de um termo de consentimento livre e esclarecido, também chamado termo de consentimento informado, no qual sejam esclarecidas aos pacientes todas as condutas que serão adotadas, o custo e chance de sucessos, dentre outros.

Alguns países, sensíveis a essa necessidade, tornaram tal obrigação legal.

Assim, por exemplo, a legislação canadense prevê, em seu projeto de Lei “C-6”, adotado em fevereiro de 2004, que “consenso significa consentimento livremente dado e completamente informado que é dado de acordo com as leis que regulam a matéria e conforme as previsões do ‘Guia de Pesquisa sobre as células humanas pluripotentes’, publicado em 2002 pelo Instituto Canadense de Pesquisa em Saúde, conforme definido nos regulamentos”.

Na Espanha, o artigo 3º da Lei 14/2.006 dispõe, entre outros pontos, que os procedimentos de reprodução somente podem ser realizados após prévio aceite, livre e consciente, da mulher, que “deverá haver sido anterior e devidamente informada sobre as suas possibilidades de êxito, assim como de seus riscos e das condições de dita aplicação”, inclusive também sobre os custos financeiros do tratamento.

Prevê referido artigo ainda que o aceite deverá ser feito por escrito, através “de formulário de consentimento informado em que se fará menção expressa de todas as condições concretas de caso em que se leve a cabo sua aplicação”, podendo ainda a mulher “pedir que se suspenda a aplicação em qualquer momento de sua realização anterior à transferência embrionária”.

Em Portugal, por sua vez, vigora a Lei 32/2006, de 26 de Julho, que dispõe sobre a “procriação medicamente assistida”.

Especificamente quanto ao consentimento informado, dispõe o artigo 14, de forma semelhante à legislação espanhola, que “os beneficiários devem prestar o seu consentimento livre, esclarecido, de forma expressa e por escrito, perante o médico responsável”.

Tal consentimento, por seu turno, é revogável “até o início dos processos terapêuticos” e deve abranger também os riscos e as “implicações éticas, sociais e jurídicas”.

No Reino Unido, a “Autoridade sobre Fertilização Humana e Embriologia”, órgão do Governo, editou um “Código de Práticas”, com uma série de regras a serem seguidas nos procedimentos de reprodução assistida, em consonância com a Nova Lei aprovada em 2008.

Quanto ao consentimento, seguindo praticamente as regras já citadas, estabelece o Código supracitado que ele deve ser livre e esclarecido, bem como que deve abranger os riscos de destruição de gametas ou embriões, a criação de embriões com problemas genéticos.

Por outro lado, de forma inovadora, determina que deve ser prevista qual será a conduta adotada em caso de falecimento ou incapacidade dos “fornecedores de gametas”, ou seja, do casal, ou ainda, se será autorizado constar como pai homem falecido anteriormente ao nascimento, bem como prevê que o casal deverá ser esclarecido quanto à possibilidade de parto prematuro, e dos problemas daí decorrentes, em caso de gestação múltipla.

Vale citar, ainda, a previsão de que a clínica deverá informar quais as probabilidades de sucesso da prática, bem como quais os níveis de detecção de doenças nos exames realizados nos gametas ou nos embriões, antes da fecundação ou implantação.

A legislação norueguesa possui o “Ato sobre o Uso Médico da Biotecnologia”, de nº 100/2003, que também prevê o consentimento prévio, inclusive sobre doenças genéticas, ou no próprio feto.

Por seu turno, na Finlândia vigora o “Ato sobre Tratamentos de Fertilização Assistida”, de nº 1237/2006, em que não só se exige o consentimento prévio, como também que nele conste a data de seu término e qual o método a ser utilizado (Seção 10).

A lei australiana prevê (artigo 9º) que o consentimento deve ser escrito e fornecido tanto pela mulher quanto pelo homem, facultando também a possibilidade de retratação.

Cabe mencionar, ainda, o Código Civil grego, o qual dispõe em seu artigo 1416 que o consentimento deve ser dado por documento público.

Por fim, a legislação francesa também prevê o consentimento prévio e revogável a qualquer tempo, esclarecendo que tanto o consentimento quanto a revogação devem ser feitos por escrito.

No Brasil, por sua vez, a Resolução 1359/82 do Conselho Federal de Medicina estabelece que:

3 – O consentimento informado será obrigatório e extensivo aos pacientes inférteis e doadores. Os aspectos médicos envolvendo todas as circunstâncias da aplicação de uma espécie de RA serão detalhadamente expostos, assim como os resultados já obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico, ético e econômico. O documento de consentimento informado será em formulário especial, e estará completo com a concordância, por escrito, da paciente ou do casal infértil.

Os Projetos de Lei existentes no Brasil também fazem referência ao Consentimento.

O Projeto 1.184/2003, por exemplo, em seu artigo 4º estabelece a obrigatoriedade do consentimento, que deverá ser estritamente pessoal e formalizado em instrumento particular.

Disciplina o mesmo artigo, mas em seu parágrafo primeiro, que o consentimento também “deverá ser exigido do doador e de seu cônjuge”.

Todavia, o mencionado Projeto de Lei nada dispõe sobre a revogação do Consentimento, nem qual o período de antecedência que deve ser dado aos pacientes. Esta última questão, por sinal, é extremamente relevante, já que há médicos que iniciam os procedimentos para a fertilização já na primeira consulta, retirando do paciente o direito à reflexão.

Por fim, oportuno mencionar, ainda, que prevê o Projeto que constitui crime, punido com pena de detenção de 1 a 3 anos e multa, “praticar a Reprodução Assistida sem obter o consentimento livre e esclarecido dos beneficiários e dos doadores na forma determinada nesta Lei ou em desacordo com os termos constantes do documento de consentimento por eles assinado.” (artigo 19, II).

Por outro lado, o Projeto de Lei 2.061/2003, a par de também prever a obrigatoriedade do consentimento para receptores e doadores, estabelece, no artigo 4º, § 2º, que “o documento de consentimento informado será efetuado em formulário especial e estará completo com a concordância, por escrito dos receptores e doadores e assinado por pelo menos um membro do Conselho de Ética com sobre da (sic) Unidade.”

Percebe-se, aqui, uma maior formalidade para o consentimento, visto que além da exigência de que este seja redigido em formulário especial, deverá também ser assinado por um membro do Conselho de Ética.

Finalmente, o Projeto de Lei 1.135/2003 também contempla a necessidade de consentimento, que deverá ser feito “em formulário especial”, sendo extensivo “aos pacientes inférteis, doadores e depositantes de gametas e pré-embriões e seus cônjuges ou companheiros, se houver.”

Faz-se cabível aqui, ainda, uma observação de ordem prática, mas que envolve também a regulamentação contratual, sobre o fato de, na maioria das vezes, o termo de consentimento vir, de certa forma, “embutido” no contrato entre o médico e o(s) paciente(s).

O problema ocorre porque, muitas vezes, o contrato é de adesão e, assim o sendo, não possibilita ao aderente o pleno exercício da autonomia da vontade, que inclui, além da liberdade de contratar, ou não, a possibilidade de discussão do conteúdo das cláusulas contratuais.

Assim ocorrendo, ficam o contrato, e o próprio termo de consentimento, sujeitos ao disposto tanto no artigo 423 do Código Civil³⁴, como também ao que prevê o artigo 46 da Lei 8.0878/90, o Código de Defesa do Consumidor³⁵.

Sobre referido artigo do Código de Defesa do Consumidor, oportuno mencionar o comentário de Cláudia Lima Marques³⁶:

Artigo de nítida inspiração no Código Civil Italiano de 1942, o art. 46 introduz no Brasil o dever de informar sobre o conteúdo do contrato a ser assinado. A melhor expressão é “dever de oportunizar” o conhecimento sobre o conteúdo do contrato, mas, por uma questão sistemática, chamaremos aqui também de dever de informar, o que em última análise não deixa de ser o dever instituído pelo art. 46.

O art. 46 do CDC surpreende pelo alcance de sua disposição. Assim, se o fornecedor descumprir este seu novo de dever de “dar oportunidade” ao consumidor de “tomar conhecimento” do conteúdo do contrato, sua sanção será ver desconsiderada a manifestação de vontade do consumidor, a aceitação, mesmo que o contrato já esteja assinado e o consenso formalizado. Em outras palavras, o contrato não tem seu efeito mínimo, seu efeito principal e nuclear que é obrigar, vincular as partes. Se não vincula, não há contrato, o contrato de consumo como que não existe, é mais do que ineficaz, é como que inexistente, por força do art. 46, enquanto a oferta, por força do art. 30, continua a obrigar o fornecedor!

[...]

Esse art. 46 tem sido amplamente usado pela jurisprudência brasileira, mesmo no Juizado Especial de Pequenas Causas. Em outras palavras, a possibilidade de conhecimento prévio do texto do contrato e das obrigações nele contidas, em português, é considerada condição essencial para a formação de uma vontade realmente livre, consciente, “racional”, única legitimadora do reconhecimento jurídico do vínculo aceito pelo consumidor. O objetivo da norma do CDC é o de assegurar ao consumidor uma decisão fundada no conhecimento de todos os elementos do contrato...

³⁴ Código Civil – artigo 423 – “Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.”

³⁵ Código de Defesa do Consumidor – artigo 46 – “Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de forma a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.”

³⁶ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 335 e 338.

Dessa forma, não poderá valer-se o médico, em eventual conflito com os interesses do paciente, somente do consentimento obtido no contrato de adesão, já que este, caso não observada, principalmente, a oportunidade de conhecimento prévio, deixa de ter força vinculante.

A padronização de um formulário de consentimento, que viesse a regular de forma clara a questão, seria de extrema utilidade, tanto para médicos como para pacientes. Nesse sentido, espera-se que a Lei que venha a regulamentar a questão no Brasil faça previsão dos requisitos mínimos (mencionado, por exemplo, que deva constar, dentre outros, o número de tentativas, a técnica a ser utilizada, o número de embriões que será implantado etc.), a fim de que o termo de consentimento possa tornar-se, de forma efetiva, instrumento de segurança jurídica para os contratantes.

6 NÚMERO DE EMBRIÕES A SEREM IMPLANTADOS

Superada pelos pacientes as dúvidas e devidamente assinado o compromisso referido no capítulo anterior, optando o médico pelo procedimento mais tradicional, de fertilização *in vitro*, chega-se a uma das maiores dúvidas hoje existentes: o número de embriões a serem implantados.

É sabido que quanto maior o número de embriões implantados, maior a chance do tratamento de fertilização dar resultado, ou seja, resultar em gravidez. Por exemplo, quando transferido um único embrião, a taxa de sucesso é de 11,5%. Para dois embriões, 27,5% e para três, 33,8% chegando a 38,2% quando transferidos seis ou mais, por tentativa.

Por outro lado, a implantação de vários embriões pode causar a, em grande parte indesejada, gravidez múltipla, ou seja, gestação de gêmeos.

A gestação de gêmeos não é tratada pela Medicina como algo comum ou corriqueiro, mas, por outro lado, torna a gravidez de risco, já que uma série de problemas pode ocorrer, sendo dos mais importantes o parto prematuro, dado o risco para a vida dos bebês, bem como em razão do alto custo para a manutenção da vida dos mesmos.

Justamente por isso todos os países que regulamentam a Reprodução Assistida estabelecem regulamentação quanto ao número máximo de embriões para implantação no útero.

Dessa preocupação não se esqueceram os projetos de lei brasileiros, já que hoje em dia a decisão quanto ao número é tomada em conjunto entre o médico e os pacientes, que muitas vezes são chamados a tomar tal decisão apenas no momento da implantação.

Assim, o Projeto de Lei 1.135/2003 estabelece que “o número de oócitos pré-embriões a serem transferidos para a receptora não deve ser superior a três, com o intuito de não aumentar os riscos já existentes de multiparidade, respeitada a vontade da mulher receptora a cada ciclo reprodutivo” (artigo 7º).

Mais restritivo, o Projeto de Lei 1.184/2003, prevê em seu artigo 13 que “na execução da técnica de Reprodução Assistida, poderão ser produzidos e transferidos até 2 (dois) embriões, respeitada a vontade da mulher receptora, a cada ciclo reprodutivo”.

Para ilustrar a disparidade de entendimentos sobre a questão, o Projeto de Lei 2.061/2003 dispõe em seu artigo 7º que o número máximo de embriões é o de quatro, trazendo, entretanto, em seu parágrafo primeiro a ressalva de que “o número de oócitos e pré-embriões a serem transferidos poderá ser reduzido em função da melhoria das técnicas cientificamente aceitas de procriação assistida.”

Com a devida vênia, referido parágrafo padece de total inutilidade, visto que é claro que se a gravidez puder ser alcançada com número inferior ao máximo, assim será feito.

No Direito Estrangeiro, as posições são diversas.

A legislação portuguesa (Lei 32/2006) dispõe em seu artigo 24, após prever que o número de embriões criados deve ser o estritamente necessário, que “o número de ovócitos a inseminar em cada processo deve ter em conta a situação clínica do casal e a indicação geral de prevenção de gravidez múltipla”.

Por sua vez, na Espanha, o artigo 3º da Lei 14/2006 somente autoriza a transferência de, no máximo, três pré-embriões a cada ciclo reprodutivo.

Outros países, como a Finlândia, a Austrália e a França, entretanto, deixam de regular especificamente tal tópico.

Cabe anotar, ainda, que a tendência é que, na medida em que as técnicas de reprodução forem se aperfeiçoando, cada vez mais haja diminuição do número de embriões implantados.

Outro aspecto diretamente ligado ao número de embriões é a chamada redução embrionária, que consiste, na verdade, na eliminação de um ou mais embriões, quando a gravidez múltipla oferecer risco para a gestante, ou para os outros embriões.

Éticamente reprovável, a prática equivale a verdadeiro aborto, o qual, portanto, somente poderia ser praticado quando houvesse risco de vida para a

gestante, nos termos do artigo 128, I do Código Penal³⁷. Por analogia, já que a hipótese é de verdadeiro estado de necessidade, poder-se-ia tolerar também a prática da redução quando a multiplicidade de embriões oferecer riscos a eles mesmos. Todavia, esse risco deve ser comprovado, não bastando que a redução possa, pura e simplesmente, aumentar a chance de viabilidade dos restantes.

Ressalte-se, contudo, que a prática é vedada pela Resolução 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina, a qual prevê em seu item 7 que “Em caso de gravidez múltipla, decorrente do uso de técnicas de RA, é proibida a utilização de procedimentos que visem a redução embrionária.”

Opinando sobre o tema, Sílvia da Cunha Fernandes³⁸ expõe que:

O sucesso da implantação continua sendo um mistério para os médicos e por esse motivo é comum o transplante de mais de um embrião de cada vez. Para tanto, é necessário que se retire mais de um óvulo e, portanto, que se estimule a ovulação; além disso, deve-se tomar cuidado com a ocorrência de gravidezes múltiplas, que podem gerar abortos, partos precoces ou nascimentos prematuros, extremamente prejudiciais à saúde da gestante e também à da criança por nascer.

A redução embrionária tem sido utilizada no caso de gestações múltiplas; todavia essa prática está proibida pela Resolução CFM nº 1.358/92, item I, nº 7, sendo considerada criminosa, pois se trata de uma forma de interrupção da gravidez, com a destruição intra-uterina de um ou mais embriões.

Ao mesmo tempo em que se pretende coibir a redução embrionária seletiva e indiscriminada, uma vez que os pacientes devem estar informados e esclarecidos sobre os riscos de uma gestação múltipla, a maioria dos médicos, especialistas em reprodução humana, tentam evitar a gravidez múltipla, havendo inclusive limitação legal quanto ao número de embriões que podem ser transferidos para o útero materno; atualmente adota-se a prática de não se transferirem mais de quatro embriões por ciclo.

Por sua vez, Ivelise Fonseca da Cruz³⁹ manifesta-se no seguinte sentido:

³⁷ “Não se pune o aborto praticado por médico” – inciso I – “se não há outro meio de salvar a vida da gestante”.

³⁸ FERNANDES, Sílvia da Cunha. *As técnicas de reprodução humana e a necessidade de sua regulamentação jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 90.

³⁹ CRUZ, Ivelise Fonseca da. *Efeitos da reprodução humana assistida*. São Paulo: SRS Editora, 2008, p. 78-79.

Os tratamentos de infertilidade, para alcançarem resultados, proporcionam a superovulação e a indução de múltiplos folículos, como foi observado. E na produção de vários embriões, aparentemente por determinação da Resolução n. 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina, a transferência para o útero da mulher é de até quatro embriões.

Mas a transferência de mais de um embrião pode causar o seguinte efeito colateral: a gravidez múltipla. Muitos casais encaram tal situação como sendo maravilhosa, entretanto, o organismo da mulher está preparado para a gravidez, via de regra, unitária, e a possibilidade de complicações durante a gravidez gemelar é maior que na única.

E como “prevenção” a esse alto risco que realmente existe da gravidez múltipla, os médicos reduzem fetos aparentemente normais, eliminando-os com o propósito de aumentar as chances de sobrevivência e desenvolvimento dos remanescentes.

Portanto, não é novidade que, em se tratando de uma forma de interrupção da gravidez, com a destruição intra-uterina de um ou mais embriões, a técnica é considerada criminoso, ainda que mantidos vivos um ou mais embriões.

[...]

Por mais arriscada que seja a gravidez múltipla, a solução deveria vir como prevenção, antes da implantação dos embriões, e não no ato da execução, afinal estar-se-á frente a uma vida em formação como já foi afirmado, e o melhor tratamento não seria a redução, mas a prevenção contra esse fato.

Contudo, muitas clínicas se utilizam desse recurso, que caracteriza o crime de aborto consentido imposto no Código Penal, artigo 126, no qual a objetividade jurídica é a tutela à vida em formação, vida intra-uterina.

A solução para o problema seria, assim como proposto, a análise de cada paciente individualmente, para verificação precisa do número de embriões a serem implantados.

Todavia, ocorrendo a gravidez múltipla, esta deve continuar seu curso normal, a não ser que se demonstre, de forma cabal, o risco efetivo de vida para a mãe ou para os demais embriões.

7 O DESTINO DOS EMBRIÕES EXCEDENTÁRIOS

Em praticamente todas as vezes em que aplicada a técnica de reprodução assistida (especificamente com a fertilização *in vitro*), ocorre uma “sobra de embriões”, ou seja, o número de embriões criados é inferior ao número de embriões implantados.

Assim ocorre porque, tecnicamente, procede-se a uma superestimulação ovariana para que o corpo produza, ao invés de apenas um, vários óvulos.

Estes, por sua vez, são fecundados e, passados três dias, os melhores são implantados e/ou preservados, sendo que aqueles que não foram adequadamente fecundados são descartados.

Pois bem, imaginando-se que num procedimento de fertilização, oito embriões tenham sido gerados e três implantados, restam cinco deles. Se a gravidez for atingida, com sucesso, na primeira tentativa, resta óbvio que estes não serão implantados, surgindo, portanto, a necessidade de regulamentar seus destinos.

As escolhas, basicamente, podem ser cinco: preservação indefinida do embrião, por se entender que este é um ser vivo, e, como tal, sujeito de direitos; preservação do embrião pelo período de três anos (média da viabilidade para nascimento com vida em razão da criopreservação); preservação do embrião enquanto os fornecedores do material genético assim determinarem; doação para pesquisas científicas e doação do embrião para fins de implantação em terceira pessoa.

Como não poderia deixar de ser, tanto na doutrina como nas legislações, os entendimentos são diversos, já que a análise da questão passa pela determinação do momento em que surge a vida, questão esta, por sua vez, fortemente permeada por argumentos de ordem religiosa.

Maria Helena Diniz⁴⁰, por exemplo, sustenta que o embrião é sujeito de direitos e que, portanto, deve ser obrigatoriamente preservado. Assim, “cada embrião” é um ser humano, sendo sua eliminação *embrionicídio eugênico*, uma vez que a lei assegura os seus direitos, inclusive a sua vida, desde a concepção, pouco importando que se tenha dado *in vitro*”.

Desse mesmo entendimento compartilha Sílvia da Cunha Fernandes⁴¹, para quem:

Se nosso ordenamento jurídico confere proteção à vida intra-uterina punindo, como já dissemos, o aborto, deveria se preocupar ainda mais com o embrião criopreservado, por sua fragilidade e porque seus direitos podem ser facilmente violados.

Do mesmo modo que o embrião com vida intra-uterina merece proteção legislativa, também o que foi fecundado *in vitro*, analogicamente, por ser pessoa em potencial, deve ser protegido, pois tem as mesmas condições de sobrevivência daquele que foi fecundado naturalmente, bastando para tanto sua implantação no útero da mulher.

Todo embrião fecundado *in vitro* deve ter o direito de ser implantado em útero, como forma de ter protegida sua vida e integridade física, podendo se desenvolver de forma normal e sadia. Assim, não pode ser objeto de pesquisas laboratoriais, utilização em cosmetologia ou mesmo ser eliminado sumariamente como se coisa fosse.

No mesmo sentido é o entendimento de Mônica Aguiar⁴², mencionando inclusive o Projeto de Lei 6.960/2002, que pretende alterar o artigo 2º do Código Civil, para que sua redação passe a ser a seguinte: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do embrião e do nascituro”.

Para referida doutrinadora, o Princípio da Dignidade Humana protege o embrião, estabelecendo-se “uma presunção de personalidade em favor do ser embrionário”.

⁴⁰ DINIZ, Maria Helena. *O Estado atual do biodireito*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 504.

⁴¹ FERNANDES, Sílvia da Cunha. *As técnicas de reprodução humana e a necessidade de sua regulamentação jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 109.

⁴² AGUIAR, Mônica. *Direito à filiação e bioética*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, pp. 40-53.

Propondo um “estatuto jurídico do embrião”, Jussara Maria Leal de Meirelles⁴³ argumenta que não há diferença entre os direitos do embrião advindo de procedimento de reprodução assistida e aquele naturalmente concebido. Seguindo referido raciocínio, conclui que:

E ao se eliminar um embrião *in vitro*, está-se desrespeitando a vida que ali existe e tem possibilidade de desenvolver-se. Logo, a necessidade de se respeitar o ser embrionário, desde o início de seu ciclo vital, decorre, sobretudo, da extrema proximidade individual existente entre ele e a pessoa humana que em breve poderá apresentar-se plenamente desenvolvida.

Reconhecendo que “embriões congelados deixados em clínicas de reprodução por casais que não querem ter mais filhos deflagram debate ético e religioso”, Christian de Paul de Barchifontaine⁴⁴ acompanha os pensamentos supracitados, fundando entretanto seus pensamentos na Doutrina Católica, para a qual até mesmo a aplicação dos procedimentos de reprodução assistida deveria ser absolutamente restrita.

Ainda na mesma linha de raciocínio, entendem Elídia Aparecida de Andrade Corrêa e Marcelo Conrado⁴⁵ que “o vocábulo ‘embrião’ abarca tanto os termos pré-embrião (embrião pré-implantatório ou substância embrionária humana), embrião (embrião pós-implantatório) e feto (ou nascituro)”.

Justamente por isso, defendem que, como o Código Civil garante a proteção do nascituro, não há diferença de tratamento jurídico entre as figuras supracitadas, já que antes do nascimento com vida “já temos uma ‘pessoa’, apta a exercer direitos”.

Expostos os argumentos favoráveis à preservação do embrião, passa-se à análise dos fundamentos contrários (aos quais nos filiamos):

⁴³ MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. “Estatuto Jurídico do Embrião” *apud* SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coordenadores). *Bioética, biodireito e o novo Código Civil de 2002*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

⁴⁴ BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Bioética e início da vida: alguns desafios*. Aparecida, SP: Idéias e Letras; São Paulo: Centro Universitário São Camilo, 2004, p. 134-135.

⁴⁵ CORRÊA, Elidia Aparecida de Andrade; CONRADO, Marcelo. *Biodireito e dignidade da pessoa humana*. 1ª edição (ano 2006), 3ª tiragem. Curitiba: Juruá, 2008, p. 85-86.

Por sua vez, Antonio Chaves⁴⁶, citando Jacques Testart (*Le désir du gène*, p. 165), sustentou que:

Não se discute a proposta do vocábulo (pré-embrião) para marcar uma diferenciação evolutiva como do embrião ao feto, mas para significar que o pré-embrião não deriva do embrião, que ele possui uma outra natureza, que se o segundo é tecido do primeiro, este não se resume naquele. Para compreendermos esse ponto de vista, que acarreta graves implicações éticas, é preciso recorrermos aos primeiros estágios do desenvolvimento do óvulo humano.

[...]

O argumento decisivo concernente à espécie humana é dado pelas propriedades de seu cérebro: não existe nenhum esboço de estrutura nervosa antes de quatorze dias. Existem outras observações que confirmam essa regra como a constituição do eixo longitudinal definitivo (linha primitiva) aos quatorze dias, ou a proporção elevada dos pré-embriões (*conceptus*) anormalmente constituídos que jamais serão embriões.

Mostrando as diversas posições, Roberto Wider⁴⁷, apresenta duas grandes Teorias: a Natalista, para a qual só há personalidade a partir do nascimento com vida, estando o nascituro, conquanto protegido, condicionado, de forma suspensiva, ao nascer vivo, e a Concepcionista, a qual, como o próprio nome sugere, garante direitos ao ser humano desde a concepção. Esta teoria, todavia, traz em si subdivisões, que se originam a partir do momento em que o embrião pode ser considerado merecedor de tutela de proteção.

A primeira corrente...

...determina a existência do embrião a partir do início do implante no útero materno, processo determinado “nidação”. O embrião estaria, deste momento em diante, caracterizado com ser individualizado.

Uma outra corrente propõe que é após o período de quatorze dias, com a rudimentar organização do sistema nervoso central e da implementação dos padrões constitutivos, que estaria individualizado o novo ser.

Além destas, há uma terceira visão de que o embrião somente após dezoito dias, com o surgimento da placa neural, poderia ser visto como ser individualizado.

⁴⁶ CHAVES, Antonio. *Direito à vida e ao próprio corpo (intersexualidade, transexualidade, transplantes)*, 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 197.

⁴⁷ WIDER, Roberto. *Reprodução assistida – aspectos do biodireito e da bioética*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 39-42.

Atualmente, uma quarta teoria, de caráter eminentemente otimizador da valorização da vida humana, vai mais longe: embora não reconheça a existência de uma nova pessoa humana dotada de personalidade no embrião, já enxerga, na vida embrionária, a potencialidade da pessoa humana.

Na esteira desses posicionamentos acima é possível começar a traçar um cotejo entre o embrião *in vitro* e as demais categorias que definem, juridicamente o ser humano, a saber: pessoa natural, nascituro e prole eventual.

[...]

O avançado método de reprodução humana deu surgimento à possibilidade de concepção extra-uterina da espécie humana o que, todavia, não se enquadra na moldura predeterminada da visão clássica conceitual. Desta forma, o embrião *in vitro* não seria pessoa natural, já que a condição resolutive “nascimento com vida”, ainda não se implementou.

Tão pouco poder-se-ia fazer uma associação do embrião *in vitro* com o nascituro, pois este se define como o ser concebido, nidado e em desenvolvimento, no útero da mãe.

Mais remota é a possibilidade de associação do embrião *in vitro* com a prole eventual, uma vez que esta se caracteriza como filiação futura, enquanto, no embrião, a concepção já se deu, afastando a eventualidade.

Definitivamente, o embrião concebido e mantido em laboratório, é categoria emergente, totalmente diversa dos tipos previstos no modelo tradicional, não cabendo, por conseguinte em qualquer das definições anteriores, muito embora, extreme de dúvida, ser dotado de natureza humana, merecedor, portanto, de toda a proteção jurídica concedida às demais categorias mencionadas, sendo a eles perfeitamente aplicáveis o princípio fundamental relativo à dignidade humana e a proteção ao direito à vida (art. 1º, incisos II e III e 5º, *caput*, da Constituição Federal).

Do mesmo modo, Erik Frederico Gramstrup⁴⁸ assim expõe o problema:

Três paradigmas podem ser destacados sobre o embrião humano:

- 1) o de que seja, desde a fusão dos pro-núcleos dos gametas masculino e feminino, um ente humano;
- 2) o de que seja mero tecido ou conglomerado de células, utilizável livremente para propósitos científicos;
- 3) o de que, satisfeitas certas condições, possa desenvolver-se até chegar a ser humano, merecendo proteção proporcionada à etapa em que se encontre.

No Ocidente, essas posições desenvolveram-se a partir de discussões entre os cristãos da Antiguidade sobre a infusão da alma no ser humano: seria ela instantânea, desde a concepção, ou retardada? Não há referências diretas nos Textos Sagrados, e foi

⁴⁸ GRAMSTRUP, Erik Frederico. *Responsabilidade civil na engenharia genética*. São Paulo: Editora Federal, 2006, p. 211-214.

preciso especular, a partir do Gênesis, que a criação do homem dá-se em momentos sucessivos. Para os que aceitaram literalmente essa imagem, cabia discernir o *corpus informatum* do *corpus formatum*. Uma terceira concepção, a de que a alma seria transmitida pelos pais, foi rejeitada no percurso deste debate, frisando-se que haveria intervenção divina especial em cada geração – inclusive classificada como heresia no ano de 498. Não se deve olvidar a influência de ARISTÓTELES, cuja teoria epigenética sustentava a formação gradual da alma, atingindo a fase intelectual somente aos 40 dias da concepção. O interessante é que a animação retardada foi adotada por pensadores da envergadura de S. JERÔNIMO, TEODORETO, SANTO AGOSTINHO e, na baixa Idade Média, S. TOMÁS DE AQUINO e PEDRO LOMBARDO. Isso não significa que o aborto fosse um procedimento aceito pela Igreja daquela época; significa que as sanções canônicas eram exceções ou atenuantes quando se cuidasse de *corpus informatum*.

Em 1588, SISTO V elimina a distinção de situações, o que, com um intervalo derogatório, vem a ser confirmado por INOCÊNCIO XI, em 1679. Em 1869, é totalmente afastada a referência nos textos eclesiásticos a fetos inanimados, de modo que a sanção excomunicatória passa a dirigir-se a qualquer interrupção voluntária da gravidez, até mesmo nos estágios iniciais. Em 1974, instrução emitida pela Sagrada Congregação para a Doutrina da Fé admite que a tradição é oscilante e proclama que é suficiente a probabilidade da presença da alma., visto que não se pode demonstrar o contrário, para que a interrupção signifique um risco deliberadamente aceito de haver eliminado um homem. Moralmente falando, é equivalente a fazer o mal ou assumir conscientemente o risco de produzi-lo.

Nota-se a semelhança com os dolos direto e eventual do Direito Penal.

Mesmo fora da tradição católica, há debate sobre a teoria da fecundação ou da formação do genótipo e os que lhe objetam que não há origem instantânea do ser humano, mas um processo; e que não caberia comparar o zigoto, material celular humano vivo, com uma pessoa. De nossa parte, pensamos que tais críticas não são tão decisivas quanto se julgam, com grande autocondescendência. É evidente que a vida – tanto quanto a morte – é um processo e justamente por isso há que se convencionar um momento, não só do ponto de vista ético quanto do jurídico. De outro lado, a acusação de que se está partindo de um conceito apriorístico de pessoa vale para ambos os lados da discussão.

Em todo o caso, a idéia de que há um salto qualitativo no desenvolvimento do zigoto deu lugar à teoria da nidação, com a fixação no útero materno (daí o termo “pré-embrião”). Os gêmeos monozigotos separam-se habitualmente nesse instante; de forma que – argumenta a subteoria da segmentação – juntar-se ia à unicidade genética (presente desde a concepção) a unidade (ser um só). Só haveria pessoa desde então. Conforme, ainda, esta ordem de idéias, métodos que impedissem a implantação no útero seriam anticonceptivos, mas não abortivos. Isso deixaria totalmente sem proteção, afirme-se de passagem, os óvulos fecundados *in vitro*.

Para outros, o momento decisivo seria da formação dos rudimentos do sistema nervoso central, entre o 15^o e 40^o dia da evolução

embrionária. Pode-se ainda postergá-lo para o início da atividade cerebral, às oito semanas (por simetria com o critério jurídico estabelecido para o fim da vida humana).

Ainda há quem reivindique o nome de “embrião” para a entidade surgida ao final da gastrulação (18º dia da organogênese), quando se estratificam o ectodermo, o mesodermo e endodermo.

Esses heterogêneos critérios podem, a princípio, confundir e passar a impressão da insolubilidade da questão. Julgamos apropriado, apesar de tudo, manifestar nossas preferências. Somos resolutamente concepcionistas. O debate apertadamente resumido revela que vida e morte são processos, no seio dos quais é necessário estipular convenções, ainda que se louvem em alguns dados objetivos. Mas como não é possível agir, na ordem moral, em grave dúvida – isto é, não se pode sequer assumir o risco de compactuar com o erro -, deve-se traçar uma linha de segurança bem generosa. Por isso, preferimos assumir que há de atribuir-se dignidade e respeito ao material vivo com genótipo humano, independentemente de qualificá-lo ou não como pessoa, discussão que, ao nosso ver, é de outra ordem.....”.

As soluções legislativas também são diversas.

O ato australiano dispõe sobre a pesquisa no seu artigo 27. Referido dispositivo faculta a formação de zigoto ou embrião com fins previamente destinados à pesquisa (desde que com o conhecimento prévio dos fornecedores do material genético) e autoriza também a utilização dos embriões não implantados para pesquisa, desde que seja feito novo consentimento, específico para tanto.

O Código Civil grego, em seu artigo 1459, dispõe que os fornecedores do material genético devem, conjuntamente, adotar, por escrito, antes do início do tratamento, uma das seguintes opções: doação a terceiros, utilização em pesquisa ou em tratamento terapêutico e destruição, estabelecendo que o prazo máximo de congelamento é de cinco anos, findos os quais os embriões ou serão doados para pesquisa e tratamento ou destruídos (ressalvando, neste ponto, que não haverá destruição de embrião após o 14º dia de fertilização).

Na Finlândia, o ato 1237/2006 dispõe inicialmente que, em casos de morte dos fornecedores do material biológico, revogação do consentimento e requerimento expresso, os gametas ou embriões devem ser imediatamente destruídos.

Contudo, estabelece também que referidas pessoas podem consentir a utilização daqueles em “outros objetivos legais” (Seções 6 e 7).

Em Portugal, referida questão é tratada nos artigos 24 e 25 da Lei 32/2006.

O primeiro artigo, como já anteriormente exposto, determina que a criação de embriões deve ser feita em número considerado “necessário para o êxito do processo, de acordo com a boa prática clínica e os princípios do consentimento informado”, sendo certo ainda que “o número de ovócitos a inseminar em cada processo deve ter em conta a situação clínica do casal e a indicação geral de prevenção da gravidez múltipla”.

Já o segundo artigo traz, basicamente, duas regras quanto aos embriões excedentários: os beneficiários devem comprometer-se a utilizá-los em “novo processo de transferência embrionária no prazo de três anos”. Decorrido referido prazo, os beneficiários podem optar pela doação ou, ainda, com relação “aos embriões que não tiverem possibilidade de ser envolvidos num projecto parental”, pela doação para pesquisa.

Esta, por sinal, está regulamentada especificamente no artigo 9º da Lei, o qual só permite a utilização, para investigação científica, dos embriões que se achem nas seguintes condições:

Embriões criopreservados, excedentários, em relação aos quais não exista nenhum projecto parental; embriões cujo estado não permita a transferência ou a criopreservação com fins de procriação; embriões que sejam portadores de anomalia genética grave; no quadro de diagnóstico genético pré-implantação; embriões obtidos sem recurso à fecundação por espermatozóide.

Prevendo a criopreservação como faculdade e não como obrigação, a legislação espanhola (Lei 14/2006), não estipula o prazo máximo de criopreservação, deixando que os médicos o regulem, de acordo com a probabilidade de nascimento com vida (artigo 14).

Por outro lado, uma vez criopreservados, os destinos que podem ser dados a eles são: utilização pela própria mulher ou, doação com fins reprodutivos, doação com fins de investigação e a destruição pura e simples, o que somente se autoriza se não forem feitas quaisquer das opções anteriores.

Entretanto, para que se efetive a doação para fins de investigação, exige a lei consentimento prévio específico e, ainda, que o embrião não tenha se desenvolvido por mais de 14 dias (artigo 15).

Sobre o referido prazo máximo, é interessante notar que ele está de acordo com a teoria segundo a qual, somente a partir de tal marco, com o início do desenvolvimento do cérebro, é que passa a haver vida.

A título de curiosidade, é interessante lembrar que até mesmo a legislação brasileira acolhe tal prazo, embora sobre outro aspecto, na chamada Lei de Transplantes (Lei 9434/97 – artigo 3º), na qual consta que o momento da morte é a ausência de sinais elétricos no cérebro. Portanto, em interpretação contrária, pode-se concluir que há vida quando e enquanto existe cérebro, embora não haja precisão quanto ao momento de seu início.

Vale citar, ainda, a legislação canadense que, embora não seja específica, autoriza a criação de embriões para melhoramento ou para treinamento das técnicas de reprodução assistida (5, “b”).

Na França, determina a lei que o casal deverá ser consultado sobre o destino dos embriões a cada ano, respeitado o prazo mínimo de cinco anos de criopreservação, determinando seu destino de acordo com o respectivo projeto parental. Admite a lei, assim, tanto a utilização do embrião para pesquisas, como também a sua doação a outro casal, desde que haja consentimento escrito em ambas as hipóteses.

Especificamente quanto às pesquisas, estas devem ter sido previamente autorizadas pela Agência de Biomedicina e devem visar a saúde pública.

No Brasil, a chamada Lei de Biossegurança (número 11.105, de 24 de março de 2005), prevê em seu artigo 5º 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.

Verifica-se, portanto, que por referido dispositivo legal, os embriões não aproveitados pelo casal e considerados inviáveis, em função do congelamento prolongado, podem ter basicamente três destinos: o congelamento *ad eternum*, o descarte ou a pesquisa científica.

A escolha, nos termos da Lei, deve ser feita por ambos os genitores, ou seja, o casal que forneceu os gametas para a formação do embrião.

Referido artigo, foi objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade (nº 3.510-0), cujo pedido, entretanto, naquele que foi considerado como o julgamento mais importante da história do Supremo Tribunal Federal, foi considerado, por maioria de votos, improcedente.

O Exmo. Sr. Ministro Relator, Carlos Britto, expôs em seu voto os argumentos favoráveis à pesquisa com embriões, dentre os quais, valem ser destacados os seguintes:

É que nossa Magna Carta **não diz quando começa a vida humana.** Não dispõe sobre nenhuma das formas de vida humana pré-natal. Quando fala “da dignidade da pessoa humana” (inciso III do art. 1º), é da pessoa humana naquele sentido ao mesmo tempo notarial, biográfico, moral e espiritual (o Estado é confessionalmente leigo, sem dúvida, mas há referência textual à figura de Deus no preâmbulo dela mesma, Constituição). E quando se reporta a “direitos da pessoa humana” (alínea b do inciso VII do art. 34), “livre exercício dos direitos (...) individuais” como cláusula pétrea (inciso IV do § 4º do art. 60), **está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa. Gente. Alguém.** De nacionalidade brasileira ou então estrangeira, mas sempre um ser humano já nascido e que se faz destinatário dos direitos fundamentais “à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”, entre outros direitos e

garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (art. 5º). Tanto é assim que ela mesma, Constituição, faz expresso uso do adjetivo “residentes” no País (não em útero materno e menos ainda em tubo de ensaio ou em “placa de Petri”). (item 22 do voto).

Prosseguindo no mesmo raciocínio, o relator assevera ainda que:

Numa primeira síntese, então, é de se concluir que a Constituição Federal não se faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, **mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativa e, nessa condição, dotada de compostura física ou natural**. É como dizer: a inviolabilidade de que trata o artigo 5º é exclusivamente reportante a um já personalizado indivíduo (o inviolável é, para o Direito, o que o sagrado é para a religião). E como se trata de uma Constituição que sobre o início da vida humana **é de um silêncio de morte** (permito-me o trocadilho), a questão não reside exatamente em se determinar o início da vida do *homo sapiens*, mas em saber que aspectos ou momentos dessa vida estão validamente protegidos pelo Direito infraconstitucional e em que medida. (item 24).

A questão, assim enfocada pelo Exmo. Relator, não é, portanto, de determinar o início da vida, já que “**não se nega que o início da vida humana só pode coincidir com o preciso instante da fecundação de um óvulo feminino por um espermatozóide masculino**” (item 30), mas sim que “esse insubstituível início da vida é uma realidade distinta daquela constitutiva da pessoa física ou natural; não por efeito de uma unânime ou sequer majoritária convicção metafísica (essa esfera cognitiva em que o assunto parece condenado à aporia ou *indecibilidade*), mas porque é assim que preceitua o Ordenamento Jurídico Brasileiro⁴⁹.”.

Portanto, nos casos de embriões oriundos de fertilização *in vitro*, não se confundem os momentos de concepção e criação do nascituro, “pelo menos enquanto o ovócito (óvulo já fecundado) não for introduzido no colo do útero feminino.” (item 33).

Por outro lado, lembra o Exmo. Relator que a criação de embriões excedentários é própria do tratamento de fertilização, e que não há disposição ou obrigação dos doadores do material genético de implantar todos os embriões, ressaltando que o livre planejamento familiar também é garantido e protegido na Constituição (artigo 226, §7º).

⁴⁹ Em verdade, respeitado o posicionamento exposto no Voto, a lei brasileira não faz qualquer previsão sobre o início da vida, mas tão somente sobre o início da personalidade, que começa com o nascimento com vida. Início da vida e início da personalidade são, assim, momentos diferentes, tanto que o Código Civil resguarda os direitos do nascituro, conforme o previsto no 2º, “caput”.

Assim, se não há obrigação legal que obrigue à implantação, muito menos à doação para terceiros, a alternativa ao simples descarte ou ao congelamento perpétuo, para os embriões que não serão usados, é a doação para pesquisa, nos termos do citado artigo 5º da Lei 11.105/05.

A respeito, escreve o Exmo. Relator que:

Não existe esse dever do casal, seja porque não imposto por nenhuma lei brasileira (“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei”, reza o inciso II do art. 5º da Constituição Federal), seja porque incompatível com o próprio instituto do “planejamento familiar” na citada perspectiva da “paternidade responsável”. Planejamento que só pode significar a projeção de um número de filhos *pari passu* com as possibilidades econômico-financeiras do casal e sua disponibilidade de tempo e afeto para **educá-los** na senda do que a Constituição mesma sintetiza com esta enfática proclamação axiológica: “A educação, direito de todos e dever do Estado **e da família**, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho (sem negrito e sub-linha, no texto original).” (item 43 do voto).

Fechando o raciocínio supra exposto, sustenta o relator em seu voto que:
(item 53):

Remarco a tessitura do raciocínio: se todo casal tem o direito de procriar; se esse direito pode passar por sucessivos testes de fecundação *in vitro*; se é da contingência do cultivo ou testes *in vitro* a produção de embriões em número superior à disposição do casal para aproveitá-los procriativamente; se não existe, enfim, o dever legal do casal quanto a esse cabal aproveitamento genético, então as alternativas que restavam à Lei de Biossegurança eram somente estas: a primeira, condenar à perpetuidade da *pena*⁵⁰ *de prisão* em congelados tubos de ensaio; a segunda, deixar que os estabelecimentos médicos de procriação assistida prosseguissem em sua faina de jogar no lixo tudo quando fosse embrião não-requestado para o fim de procriação humana; a terceira opção estaria, exatamente, na autorização que faz o artigo 5º da Lei. Mas uma autorização que se faz debaixo de judiciosos parâmetros, sem cujo atendimento o embrião *in vitro* passa a gozar da inviolabilidade ontológica até então não explicitamente assegurada por nenhum diploma legal (pensa-se mais na autorização que lei veiculou do que no modo necessário, adequado e proporcional como o fez).

⁵⁰ Anote-se não ser o embrião pessoa, não podendo tecnicamente se falar em pena contra ele, ainda mais de prisão.

O julgamento, entretanto, não põe fim à polêmica, uma vez que o próprio tratamento com células-tronco é objeto de críticas.

Nesse sentido, Lilian Piñero Eça⁵¹:

No caso da utilização das células de embriões humanos que provêm da reprodução assistida, trata-se de um transplante heterólogo, com grande possibilidade de **rejeição**, visto que à medida que estas células se diferenciam para substituir as lesadas (ou que desapareceram) num tecido degenerado, começam a expressar as proteínas responsáveis pela rejeição (MHC, major histocompatibility complex). A probabilidade de compatibilidade parcial é de 1 em 1 milhão, sendo que o paciente receptor das CTEHs transplantadas teria de tomar imunossuppressores o resto da vida.

[...]

Além disto ocorrem **metilações no DNA de embriões congelados** que não são passíveis de identificação, aumentando o risco de silenciamento de genes importantes para função celular, nestas células provenientes de embriões humanos e desta forma não nos dará entendimento correto nos estudos dos sinais destas células que é a alegação dos pesquisadores a favor da Lei de Biossegurança.

Carlos M. Romeo Casabona⁵² reclama da falta de um regulamento jurídico único para a Europa, lembrando que nem mesmo a Declaração Universal da UNESCO sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos, de 1997, toma posição clara sobre a questão.

Diante do referido quadro de incertezas, assim explana:

Atualmente, devido ao caráter experimental que reveste este tipo de atividades na atualidade e enquanto não se definem melhor os feitos científicos e os aspectos éticos envolvidos, parece mais recomendável prosseguir a investigação pelo segundo caminho (as células-mãe de adultos, do líquido amniótico, do cordão umbilical ou de fetos), que pelo primeiro (a *criação* de embriões, sejam clonados ou não), sem deixar de valorizar a conveniência de que se autorizem já nestes casos o recurso (utilização) a embriões restantes de técnicas de reprodução assistida, sempre que se tenham esgotado previamente as possibilidades de seu destino para a reprodução humana, seja nos casais de quem provêm, seja doando-o a outros casais. Nestes casos, pode-se ratificar que a clonagem de embriões

⁵¹ EÇA, Lilian Piñero, *Por que não à terapia com células-tronco embrionárias - CTEHs apud MARTINS, Ives Gandra da Silva (coordenação). Direito fundamental à vida.* São Paulo: Quartier Latin; Centro de Extensão Universitária, 2005.

⁵² CASABONA, Carlos M. Romeo. *Investigação e terapia com células-mãe embrionárias. qual regulamento jurídico para a Europa?*, apud SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coordenadores). *Bioética, biodireito e o novo Código Civil de 2002.* Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 141 e 150-151.

humanos com estes fins comporta um procedimento muito distante em relação às possibilidades terapêuticas que se afirma possuir. Trata-se de uma fase de investigação que não corresponde realmente nem com as necessidades nem com as possibilidades atuais da mesma; conseqüentemente, tal debate deveria sobrepor, tendo em vista o decorrer do desenvolvimento das investigações neste campo.

No entanto, se no futuro conseguir consolidar uma linha terapêutica razoavelmente efetiva, e se demonstrar também que a única viável é a que requer a formação de embriões humanos, seja qual for a técnica utilizada (fecundação de um óvulo por um espermatozóide ou pela transferência e substituição de núcleos), nos encontramos diante de um conflito de interesses. O Direito conta então com os meios necessários para dar uma resposta adequada, por meio da ponderação dos interesses que estão em jogo na situação real, e não há dúvida de que freqüentemente poderiam se revolver a favor da vida ou da saúde do paciente envolvido, perante o embrião *in vitro*. Ainda que certamente o embrião *in vitro* habituou-se a ser protegido juridicamente pelas legislações que tratam desses assuntos, também é certo que o deva ser com muito menor intensidade que outras fases da vida pré-natal; conseqüentemente, as sanções previstas para as infrações contra a proteção do embrião *in vitro* são menos graves que as estabelecidas para embriões implantados e fetos, assim como para os já nascidos.

A questão ora tratada também foi objeto de exame pelo Tribunal Constitucional Espanhol, que decidiu em sua Sentença 116/1999 (a qual analisou a constitucionalidade da Lei 35/1998, anterior à atualmente em vigor) da seguinte forma⁵³ (trechos extraídos da ementa):

2 - Os não nascidos não podem considerar-se em nosso ordenamento jurídico constitucional como titulares do direito fundamental à vida o artigo 15 da C.E., o que, não obstante, não significa que resultem privados de toda proteção constitucional (F.J. 5).

[...]

3 - A investigação ou experimentação sobre os gametas, ou com eles, não supõe atentado algum ao direito à vida, nos termos estabelecidos pela lei impugnada (FF.JJ. 6 y 7).

[...]

4 - As intervenções sobre os pré-embriões reguladas por esta Lei, sejam para investigação ou para experimentação, não podem suscitar dúvidas do ponto de vista de sua adequação ao sistema constitucional que exige a proteção da vida humana porque somente são permitidas na medida em que tenham por objeto pré-embriões não viáveis (FF. JJ. 8 y 9).

⁵³ Disponível em: www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1999-0116. Acesso em 4 de março de 2010.

[...]

6 – Da Constituição não se depreende a impossibilidade de um número suficiente de pré-embriões para assegurar, sob os conhecimentos bioéticos atuais, o êxito provável da técnica de reprodução assistida que se está utilizando; o que, de outra perspectiva, supõe admitir como um acontecimento cientificamente inevitável a eventual existência de pré-embriões excedentes. Assim entendida, a criopreservação não só não resulta atentatória à dignidade humana, sendo que, pelo contrário, e atendendo ao estado atual de conhecimento, se nos apresenta um tanto como o único meio para melhor utilizar os pré-embriões já existentes, e para evitar assim fecundações desnecessárias.

[...]

9 – Os pré-embriões *in vitro* não gozam de uma proteção equiparável aos dos já transferidos para o útero materno. Por isso, há de considerar-se como suficientes as garantias que são adotadas na Lei 35/1998 com respeito a determinadas intervenções para fins de diagnóstico ou terapêutico (F. J. 12).

Por outro lado, os Projetos de Lei já citados, regulamentam a questão das seguintes formas:

O Projeto 1184/2003, prevê em seu artigo 13, §2º, exclusivamente que “os embriões originados *in vitro*, anteriormente à sua implantação no organismo da receptora, não são dotados de personalidade civil”, prevendo, entretanto, que sejam considerados crimes, punidos com pena de reclusão de 1 a 3 anos e multa, o descarte de embriões antes da implantação no organismo receptor e o armazenamento ou cessão de embriões, “ressalvados os casos em que a implantação seja contra-indicada” (artigo 19, X e XII).

Por seu turno, o Projeto 2061/03 faculta, em seus artigos 10 e 11 tanto a doação de embriões, como também a possibilidade de criopreservação dos chamados pré-embriões, dispondo nos parágrafos primeiro e segundo do artigo 11 que:

O número total de embriões produzidos em laboratório será comunicado a cada pessoa receptora, de per si interessada, para que se decida quantos embriões serão transferidos a fresco, podendo o excedente ser criopreservado.

No momento da criopreservação, os doadores e receptores devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos pré-embriões criopreservados e condições de sua doação em casos de doenças graves ou de falecimento de um deles ou de ambos.

Finalmente, o Projeto 1135/2003, também faculta a doação de pré-embriões e a criopreservação dos mesmos, sendo este último tópico tratado no artigo 14, o qual em seus quatro parágrafos estabelece que:

O número total de pré-embriões produzidos em laboratório será comunicado aos pacientes, para que se decida quantos pré-embriões serão transferidos a fresco, devendo o excedente ser criopreservado, não podendo ser descartado ou destruído.

Os beneficiários das técnicas de reprodução assistida, assim como os doadores e depositantes, devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos gametas e pré-embriões criopreservados, em caso de separação, divórcio, doenças graves ou de falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los.

Após três anos de criopreservação, os gametas ou pré-embriões ficarão à disposição dos beneficiários das técnicas de reprodução assistida, doadores ou depositantes, que poderão descartá-los ou doá-los, mantendo as finalidades desta lei.

Os pré-embriões em que sejam detectadas alterações genéticas que comprovadamente venham comprometer a vida saudável da descendência, serão descartados, após o consentimento do casal.

No que se refere à doação do embrião⁵⁴ propriamente dito, para casais inférteis, em instituto semelhante à adoção, a questão se torna menos polêmica, pelo menos no que diz respeito ao direito à vida, na medida em que se preserva o embrião.

Nesse sentido, escreve Sílvia da Cunha Fernandes⁵⁵ que:

Diante de todas as discussões a respeito do destino dos embriões supranumerários, parece-nos que a melhor solução a ser dada seria a adoção, visto que com essa prática resolver-se-iam, ao mesmo tempo, o problema dos embriões excedentes sem destino, bem como o do casal infértil que não pode procriar.

Assim, os casais que submetessem às técnicas de fertilização artificial deveriam, de antemão, optar pela implantação de todos os embriões, com os altíssimos riscos inerentes ao processo, ou pela doação de seus embriões excedentes, a partir de um certo período

⁵⁴ A expressão “doação do embrião” é polêmica e está sendo utilizada para fins de compreensão. Alguns doutrinadores, como será visto, sustentam que, por ser o embrião sujeito de direitos, o melhor seria utilizar o termo “adoção pré-natal”.

⁵⁵ FERNANDES, Sílvia da Cunha. *As técnicas de reprodução humana e a necessidade de sua regulamentação jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 111.

de tempo. Essa adoção pré-natal deveria analogicamente se equiparar à adoção prevista em nossa legislação civil.

Defendendo que o embrião tem direito à adoção, Elídia Aparecida de Andrade Corrêa e Marcelo Conrado⁵⁶ apontam que:

Não é demais sustentar que, se o embrião é sujeito de direito à existência e à dignidade desta existência, também é possível sustentar que ele tem o direito à adoção, por equidade ao direito da pessoa que “*nasce com vida*”.

O Código Civil de 1916, em seu art. 372, trazia expressa previsão do direito à adoção de nascituro. O novo Código Civil, porém, não prevê expressamente esse direito, o que não impede que concluamos pela possibilidade de adoção do nascituro, extensível ao embrião *in vitro* e *in vivo*.”.

Também comentando sobre o mesmo tema, mas prestando ao assunto outro enfoque, Roberto Wider⁵⁷ aponta que:

Alguns textos propõem a adoção desses embriões excedentários, transcorrido o prazo supracitado, para casais estéreis que os desejem – como uma espécie de adoção.

Tal solução traz em seu bojo os mesmos problemas referentes à adoção convencional, os quais não cabe, ora, trazer à discussão. Além destes, um outro óbice pode daí decorrer: esta possibilidade pode incentivar, por parte dos centros de reprodução humana, com finalidades lucrativas, o aumento da produção de embriões que se tornarão excedentários.

Apenas para constar, Maria Helena Diniz⁵⁸, também defende o que chama de adoção pré-natal, como sugestão *de lege ferenda* para a solução da questão dos embriões excedentários.

⁵⁶ CORRÊA, Elidia Aparecida de Andrade; CONRADO, Marcelo. *Biodireito e dignidade da pessoa humana*. 1ª edição (ano 2006), 3ª tiragem. Curitiba: Juruá, 2008, p. 99.

⁵⁷ WIDER, Roberto. *Reprodução assistida – aspectos do biodireito e da bioética*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, p. 132.

⁵⁸ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 111.

Quanto à adoção, os Projetos de Lei Brasileiros tratam diversamente do assunto, a saber:

O Projeto 1135/2003 autoriza a doação de pré-embriões (embriões antes da implantação), em seu artigo 11, dispondo que referida prática “nunca terá caráter lucrativo ou comercial” e que os “doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa”, prevendo ainda que “em situações especiais, as informações sobre os doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do doador” (parágrafo 2º).

É interessante notar, ainda, que como se trata de doação de embrião, prevê referido Projeto que a escolha dos donatários (adotantes) deve ser feita pela equipe médica, a fim de garantir a máxima compatibilidade genética (parágrafo 5º).

Praticamente no mesmo sentido é o Projeto 2061/03, apenas mencionando, no artigo 10, IV que “as unidades de saúde que realizarem doação de oócitos e pré-embriões devem manter, de forma permanente, um registro de dados clínicos de caráter geral, características fenotípicas e uma amostra de material celular de doadores”.

É interessante ressaltar que referidos projetos de Lei, neste particular, praticamente repetem o que está previsto na Resolução 1358/92 do Conselho Federal de Medicina.

O único Projeto brasileiro que silencia absolutamente sobre a questão é o 1184/2003, que aborda apenas a questão da doação de gametas, que será analisada no próximo tópico.

Para que pudesse, de forma efetiva, vigorar a adoção, alguns aspectos teriam que ser regulamentados, como a necessidade de exames prévios para a verificação de compatibilidade genética, o estabelecimento de um cadastro de adotantes, com a finalidade de evitar “comércio paralelo de embriões”, bem como, assim, como na hipótese da doação de gametas, um cadastro dos pais biológicos, com vistas a eventuais e futuras necessidades de verificação de compatibilidade para transplante, ou ainda, para evitar o casamento entre parentes.

Ressalte-se, apenas por fim, que é unânime a proibição de utilização dos embriões excedentários, para fins de clonagem e pesquisas que não tenham por finalidade aquela prevista na Lei de Biossegurança.

Exposto o problema, é necessário lembrar que a ausência de regulamentação legal específica possibilita aos pacientes adotar as providências que entenderem melhor, posto que nenhuma conduta, nem mesmo a criopreservação, é, em verdade, obrigatória⁵⁹.

Assim, fica a critério daqueles adotar a providência que lhes pareça mais conveniente, ou economicamente mais viável, lembrando-se que as regulamentações administrativas obrigam tão somente aos médicos, não aos pacientes⁶⁰.

eticamente, não é correto deixar o destino de embriões, de forma única e exclusiva, ligado à vontade daqueles que os formaram. Filiamo-nos à corrente segundo a qual a vida começa com a concepção, já que um processo automático e com fim predeterminado inicia-se nessa ocasião, culminando com o nascimento.

Portanto, os embriões não podem ser deixados “à própria sorte”, ou menos do que isso, com o destino e a própria vida “nas mãos” de outrem, pelo menos enquanto forem viáveis, já que se tratam, repita-se, de vidas humanas, com pleno potencial de desenvolvimento.

⁵⁹ A respeito de tal tema, verifique-se o capítulo referente à natureza jurídica dos embriões excedentários.

⁶⁰ Aliás, nem a Resolução 1.358/92, do Conselho Federal de Medicina, obriga à criopreservação, mas apenas faculta que isso ocorra.

8 A DOAÇÃO DE GAMETAS E A REPRODUÇÃO HETERÓLOGA

Analisada a possibilidade de doação, ou adoção, do embrião excedentário, passa-se agora à análise da questão relativa à doação de gametas (espermatozóides e óvulos), que também enfrenta sério problema: a possibilidade, ou não, de identificação dos doadores, com graves repercussões como a paternidade, a identificação para fins de futuro casamento, o tratamento de doenças geneticamente transmissíveis e outras.

Referido procedimento de reprodução assistida, em que parte do material fertilizante é fornecida por terceiros doadores recebe o nome de reprodução heteróloga, chamando-se a reprodução de homóloga quando tal não ocorre.

Justamente em razão da importância do problema, a questão é regulamentada em algumas leis, como a portuguesa, a qual prevê, no artigo 10, que...

...pode recorrer-se à dádiva de ovócitos, de espermatozóides ou de embriões quando, face aos conhecimentos médico-científicos objectivamente disponíveis, não se possa obter-se gravidez através do recurso a qualquer outra técnica que utilize os gâmetas dos beneficiários e desde que sejam asseguradas condições eficazes de garantir a qualidade dos gametas.

Continuando, referido artigo ainda dispõe que “os doadores não podem ser havidos como progenitores da criança que vai nascer.”

Quanto à origem genética propriamente dita, dispõe o artigo 15, “2”, que “as pessoas nascidas em consequência de processos de PMA⁶¹ com recurso a dádiva de gâmetas ou embriões podem, junto aos competentes serviços de saúde, obter as informações de natureza genética que lhes digam respeito, excluindo a identificação do doador.”

⁶¹ Procriação Medicamente Assistida.

Por outro lado, é relevante apontar que, para efeito de impedimentos para o casamento, prevê a lei que as pessoas referidas no artigo já citado possam consultar o Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, sendo possível, se assim houver consentido e somente neste caso, a identificação do doador.

Finalmente, dispõe a lei que por decisão judicial poderá ser conhecida a identidade do doador e que “o doador de sémen não pode ser havido como pai da criança que vier a nascer, não lhe cabendo quaisquer poderes ou deveres em relação a ela”.

A legislação espanhola, por seu turno, é mais específica. Segundo seus dispositivos (artigos 5 e 21), o Governo deverá manter um Registro Nacional de Doadores, a fim de que se respeite uma regra singular: nenhum doador poderá gerar mais do que seis filhos. Prevê ainda esta lei que a doação deve ser contratada por escrito, em contrato gratuito e revogável a qualquer tempo pelo doador que, para ser admitido como tal, deverá ser maior, capaz e submetido a exames tanto médicos, como psicológicos.

A identidade, tanto dos doadores como dos receptores, deve ser mantida no anonimato e, somente de forma excepcional, em circunstâncias que possam acarretar perigo de vida ou da saúde do embrião, ou quando possa haver repercussão penal, poderá ser relevada a identidade, que deverá ter caráter restrito. Os filhos nascidos da doação têm, entretanto, direito, por si ou por seus representantes legais, de obter informações gerais a respeito do doador, excluída, entretanto, sua identidade, sendo certo que o mesmo direito cabe à receptora dos gametas ou dos pré-embriões.

A lei canadense aborda o tema de forma parecida com a portuguesa, ou seja, de maneira mais geral: é autorizada a doação de gametas masculinos ou femininos, ou mesmo de pré-embriões, por maiores de 18 anos, em contrato escrito e absolutamente gratuito. Há previsão interessante, entretanto, da possibilidade de remoção do material genético após a morte do doador, desde que este tenha dado prévio consentimento escrito (artigo 8º, “2”).

Interessante inovação apresenta a lei australiana, ao prever que, nos casos de doação de gameta, se o doador for casado, deve haver também o consentimento de seu cônjuge. Assim, tanto o doador como seu cônjuge, devem apresentar

consentimento por escrito, que pode ser revogado a qualquer momento, antes da utilização do gameta. Referida autorização deve ser obtida até mesmo se o cônjuge ou companheiro⁶² for posterior à doação propriamente dita, ou seja, ao ato de retirada dos gametas.

Assim, percebe-se que a doação não se completa, aqui, com o fornecimento do gameta, mas sim só com a sua utilização.

Além disso, autoriza a mesma lei que o doador seja previamente escolhido pelo casal, desde que estes assim requeiram por escrito e obtenham a necessária autorização.

Por sua vez, na Inglaterra, o Código de Práticas editado pela Autoridade sobre Reprodução Humana e Fertilidade prevê que os gametas, e os embriões fornecidos por doadores, serão submetidos à avaliação genética. Além disso, os próprios doadores devem passar por testes físicos e psicológicos, somente sendo admitidos a doar se forem considerados aptos para tanto.

O número máximo de crianças geradas por um mesmo doador é de dez, podendo o doador, todavia, restringir o uso de seu material genético a um número menor.

Diferentemente dos textos já referidos, este é o único que autoriza o pagamento do que foi chamado “reembolso de despesas”.

Todos os doadores devem ser identificados nos Centros de Reprodução Assistida. Para os filhos nascidos de doadores registrados a partir de 1º de abril de 2005, há a possibilidade de, quando estes vierem a completar dezoito anos de idade, obtenção de informações que podem revelar desde características do doador, até mesmo sua identidade.

Tal direito, entretanto, não assiste ao doador propriamente dito, que não pode ter acesso aos dados dos filhos gerados, nem do casal, ou da mulher, que se utilizou de seus gametas.

No Brasil, a Resolução 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina disciplina a doação no capítulo IV, dispondo entre outros aspectos, que a doação deve ser gratuita e que doadores e receptores devem ter suas identidades preservadas, com

⁶² A expressão utilizada pela lei é “relação de fato”.

possibilidade de identificação somente por razões médicas e exclusivamente para médicos. Prevê, ainda, que as clínicas devem manter cadastro dos doadores, inclusive com amostra de material celular e que essas devem buscar evitar que “um doador tenha produzido mais que 2 (duas) gestações, de sexos diferentes, numa área de um milhão de habitantes” (item 5).

Especificamente com relação à semelhança genética, dispõe ainda que “a escolha dos doadores é de responsabilidade da unidade. Dentro do possível deverá garantir que o doador tenha a maior semelhança fenotípica e imunológica e a máxima possibilidade de compatibilidade com a receptora” (item 6).

Vale citar que os requisitos para a doação supra expostos foram integralmente adotados no Projeto de Lei 2.061/03.

Todavia, especificamente sobre a doação, há o Projeto de Lei 4686/2004, o qual propõe a criação do artigo 1597 – A, nos seguintes termos:

As instituições de saúde, detentoras de licença de funcionamento concedidas na forma da lei, que realizarem Reprodução Assistida, e os profissionais responsáveis pela execução dos procedimentos médicos e laboratoriais pertinentes, estarão obrigadas a manter em arquivo sigiloso, e zelar pela sua manutenção, todas as informações relativas ao processo, às identidades do doador e da pessoa nascida por processo de inseminação artificial heteróloga, de que trata o inciso V, do artigo anterior.

§1º. À pessoa nascida pelo processo a que alude este artigo é assegurado o acesso, a qualquer tempo, diretamente ou por meio de representante legal, e desde que manifeste sua vontade, livre e consciente, a todas as informações sobre o processo que a gerou, inclusive a identidade civil do doador e mãe biológica, obrigando-se o serviço de saúde responsável a fornecer as informações solicitadas, mantidos os segredos profissionais e de justiça.

§2º A maternidade ou paternidade biológica resultante de processo de reprodução assistida heteróloga não gera direitos sucessórios.

§ 3º O conhecimento da verdade biológica impõe a aplicação dos artigos 1521, 1596, 1626, 1628 (segunda parte” deste Código”.

Percebe-se, portanto, que referido projeto de Lei claramente estabelece que o receptor (donatário) do material genético está equiparado ao adotante, para os efeitos legais, mas que, nem por isso, desliga-se totalmente o filho havido dos

doadores, já que deve ser observado o vínculo biológico anterior para fins de habilitação para casamento.

O Projeto de Lei 1.184/2003 trata da doação no Capítulo IV que abrange os artigos 7 a 12. Este projeto proíbe a doação aos absolutamente incapazes (autorizando, portanto, que relativamente incapazes sejam doadores), estabelecendo ainda que a doação poderá ser feita apenas uma única vez, já que fica obrigado o doador a declarar “não haver doado gameta anteriormente” (artigo 7º, § 2º, I).

O sigilo da doação também é garantido, podendo, todavia, ser relevado se razões de ordem médica ou jurídica o exigirem (para a vida ou a saúde da pessoa gerada por processo de Reprodução Assistida, ou para oposição de impedimento de casamento – artigo 9º, § 2º), bem como a pedido da pessoa gerada por doação, que:

...terá acesso, a qualquer tempo, diretamente ou por meio de seu representante legal, e desde que manifeste sua vontade, livre, consciente e esclarecida, a todas as informações sobre o processo que o gerou, inclusive à identidade civil do doador, obrigando-se o serviço de saúde responsável a fornecer as informações solicitadas, mantidos os segredos profissional e de justiça (9, § 1º).

Por fim, vale citar que, embora o artigo 17 preveja a inexistência de direito ou vínculo, o parágrafo 2º do artigo 16 dispõe que “a pessoa nascida por processo de Reprodução Assistida e o doador terão acesso aos registros do serviço de saúde, a qualquer tempo, para obter informações para transplante de órgãos ou tecidos, garantido o sigilo profissional e, sempre que possível, o anonimato”.

De outro lado, o Projeto de Lei 1.135/2003 não traz maiores novidades quanto à doação de gametas, estabelecendo os mesmos requisitos para a doação de embriões, os quais já foram examinados.

Doutrinariamente, valem ser citadas as palavras de Eduardo De Oliveira Leite⁶³, para quem:

⁶³ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 176-177.

Os mesmos princípios éticos aplicáveis à inseminação artificial heteróloga, deveriam ser analogicamente adequados à doação de óvulos. Assim sendo, o anonimato da mulher doadora, a seleção e o perfil da mesma, o direito da criança a ser informada da doação, a possibilidade conferida aos casais de conhecer a origem ética da doação, e os antecedentes genéticos da mulher doadora, bem como o direito da criança de conhecer todas as circunstâncias de seu nascimento, na maioridade.

A dificuldade maior que se levanta relativamente à doação de óvulos, continua sendo a questão do anonimato. Vale lembrar que a doação, isoladamente considerada, não contraria a filiação maternal enquanto esta permanecer definida pela gestação e pelo parto, mas, tal certeza, perde sua evidência se o critério genético deve prevalecer por analogia com a paternidade; a idéia de parentesco adicional ainda não foi aceita pelo Direito.

No mesmo sentido, Sílvia da Cunha Fernandes preconiza:

A nível jurídico a doação de óvulos cria, pela primeira vez, uma situação completamente nova face ao Direito: a mãe genética (que doa o óvulo) é diversa daquela que gera a criança. Até então, o Direito não havia se confrontado com o problema.

O problema que, inevitavelmente surgirá, será o de determinar quem é a mãe.

A solução só poderá ser encontrada a partir dos elementos já examinados quando se apreciou a questão da inseminação artificial, ou seja, se se pretende fixar um princípio de certeza na situação, só resta um caminho: quando uma mulher doa um óvulo para ser transplantado em outra mulher, a doação deverá ser considerada integral – assim com o doador de esperma – logo, ela não deverá ter nenhum direito, nem obrigação, em relação à criança daí resultante.⁶⁴

O mesmo doutrinador nuper-citado, analisando a questão do ponto de vista do doador, aponta que⁶⁵:

Entre o doador e o banco de esperma se estabelece um contato de doação, por meio do qual o doador se compromete a transferir ao estabelecimento, uma parte de seu patrimônio pessoal. A gratuidade se revela como uma condição de liceidade da disposição de uma parte de seu corpo. Para ser lícito, o contrato relativo a uma parte do corpo deve ser gratuito. A gratuidade está vinculada à liberdade de

⁶⁴ FERNANDES, Sílvia da Cunha. *As técnicas de reprodução humana e a necessidade de sua regulamentação jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 41-45.

⁶⁵ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 250-251.

consentimento, que só fica garantida na medida em que não é perturbada pela intrusão de interesse financeiro.

A segurança do doador como o interesse da saúde pública impõem que a doação ocorra sob controle médico, em estabelecimentos autorizados, com esta finalidade. [...]

Como se trata de um bem da personalidade, o doador tem total direito à informação sobre a operação a ser futuramente realizada (processo de conservação, condições de aplicação, número de seres providos com sua contribuição, etc.) de acordo com as regras de deontologia médica. Assim como o doador dá o consentimento ao emprego do esperma, pode igualmente cancelar a autorização dada aplicando-se ao contrato de doação de esperma as regras de resilição unilateral do contrato.

Em decorrência deste princípio fundamental poder-se-ia afirmar que o contrato estabelecido entre o doador e o estabelecimento médico que vedasse tal possibilidade, seria nulo de pleno direito.

Quer se trate de elementos ou de produtos do corpo, são de origem humana e guardam sempre uma relação com o sujeito. Esta procedência humana nos remete a dois princípios incontornáveis: o princípio da inviolabilidade do corpo humano e o de sua indisponibilidade.

Criticando a opção pelo anonimato, Luiz Roldão de Freitas Gomes⁶⁶ expõe que:

Não se pode negar à criança o direito de ser informada a respeito, seria um contra-senso deslocar da verdade biológica para a ficção do pai legal ou maternidade substituta a base da paternidade na inseminação artificial heteróloga mesmo consentida pelo marido, afinal contrariar a natureza em homenagem a ficções que não romperam os laços criados pelas sociedades primitivas não supre a ausência da verdade.

No sistema jurídico brasileiro, a doação de gametas para fins de reprodução é admitida de forma implícita pelo Código Civil, o qual prevê, no artigo 1.597, a presunção de concepção na constância do casamento dos filhos “havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido”.

Percebe-se, dessa forma, que o legislador brasileiro não só admitiu a doação de gametas, como também impôs duas condições: a existência de casamento (ao qual pode ser equiparada a união estável) e a concordância do marido (ou companheiro).

⁶⁶ GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *Revista de direito civil, imobiliário, agrário e empresarial*, 56:111, ano 15, abr./jun. 1991.

Tal concordância se faz necessária na medida em que, presumindo-se nascido o filho na constância do casamento, fica patente que tanto a maternidade quanto a paternidade serão não doadores do material biológico, mas sim do casal que se submeteu ao tratamento de reprodução assistida.

A respeito, mas estabelecendo diferença entre o casamento e a união estável, Guilherme Calmon Nogueira da Gama⁶⁷ sustenta que:

É importante distinguir, no campo da procriação assistida heteróloga, a vontade como pressuposto para o estabelecimento da parentalidade da vontade como elemento de prova, tal como já foi enunciado em capítulo anterior. Assim, no campo dos modelos clássicos de paternidade, maternidade e filiação, é perfeitamente possível distinguir as seguintes situações à luz do direito brasileiro: a) a vontade como indispensável para o estabelecimento do vínculo de paternidade e filiação decorrente de adoção; b) a vontade como elemento de prova no reconhecimento voluntário da paternidade do filho extramatrimonial resultante de procriação carnal, ou seja, da relação sexual mantida entre o pai e a mãe da criança na época da concepção. Verifica-se, portanto que, em regra, os casos de reconhecimento da paternidade – seja voluntária, seja forçada – não se envolvem como pressuposto para constituição do vínculo, mas para fazer prova formal quanto ao vínculo, que é apenas declarado a partir do reconhecimento. Note-se que na adoção, a vontade se reveste de relevância diversa daquela do reconhecimento de paternidade resultante da procriação carnal. No entanto, no campo da procriação assistida heteróloga, haverá situação em que as duas funções da vontade aparecerão, a saber, a hipótese do companheirismo, cuja relação familiar não contempla a presunção de paternidade do companheiro sobre os filhos havidos de sua companheira ainda que na constância da vida em comum do casal. Neste caso, normalmente haverá duas manifestações de vontade do companheiro com papéis distintos: a) a vontade prévia, manifestada no contexto do projeto parental do casal, que será aquela considerada como o pressuposto fundamental para o estabelecimento do vínculo de paternidade, e que logicamente se não for acompanhada de alguns outros pressupostos (como a convivência com o companheiro, a concepção, a gravidez e o posterior nascimento da criança), não desempenha sozinha a função criadora do vínculo parental; b) a vontade manifestada posteriormente ao ato da concepção, como forma de reconhecimento e declaração da paternidade já estabelecida desde a época da concepção. No casamento, a segunda manifestação de vontade não será necessária porquanto o marido é automaticamente declarado por lei como pai do filho de sua esposa por força da presunção legal de paternidade, bastando seja apresentada certidão de casamento para que a criança seja registrada tendo como pai o marido de sua

⁶⁷ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação. o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 824-825.

mãe. Caberá impugnação da matrimonialidade do filho nesse caso? De forma alguma, considerando que se trata de certeza da paternidade: diante da ausência de conjunção carnal, será a vontade manifestada e não revogada até o momento do êxito da técnica da reprodução assistida heteróloga (concepção e início da gravidez) que deverá ser tida como o elemento mais importante para o estabelecimento da paternidade. Assim, a impugnação da matrimonialidade deve ser vedada diante da coabitação existente entre o casal à época da concepção e início da gravidez, o que somente foi possível diante do implemento do projeto parental pelo casal no campo da procriação assistida heteróloga. Deve-se raciocinar, a respeito do tema, à semelhança da situação que envolve o marido que, após o nascimento da criança de sua mulher fruto de relação extraconjugal (conhecida pelo marido), não propõe a ação de impugnação da matrimonialidade do filho no prazo decadencial previsto em lei, o que gera a transformação da presunção relativa em presunção absoluta de paternidade. Apenas há uma diferença: a presunção de paternidade será, neste caso, absoluta desde o nascimento, o que significa a certeza da paternidade ao menos em relação à pessoa do marido que, desse modo, não terá êxito em qualquer tentativa de impugnação da matrimonialidade da criança.

Assentado, portanto, que o direito brasileiro afasta a paternidade e a maternidade dos doadores dos gametas, conclui-se que estes não têm quaisquer direitos ou obrigações com relação aos filhos gerados de inseminação artificial heteróloga.

Sobre o tema, aliás, sustenta Eduardo de Oliveira Leite⁶⁸:

E se a doadora do óvulo tentar reivindicar a maternidade oferecendo-se a apresentar prova (pelo exame comparado de sangues, ou pelo teste de DNA) contrária à decorrente presunção de paternidade? A mesma solução apresentada à tentativa do doador, no caso de inseminação artificial heteróloga, aqui se impõe: fica impossibilitada a propositura de ação de investigação de paternidade do doador em face do filho, quer em decorrência do sigilo dominante nos bancos de esperma, quer porque esta criança não é institucional, nem voluntariamente, sua.

Ora, a doadora de óvulo, quando doa a um casal, está abdicando voluntariamente de sua maternidade jurídica, da mesma forma como quem entrega uma criança para adoção está renunciando a todo e qualquer direito de filiação até aquele momento existente.

⁶⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 397.

Da mesma opinião é Silvia da Cunha Fernandes⁶⁹:

Neste tipo de inseminação, desde que haja concordância do marido ou do companheiro, o vínculo de filiação deve basear-se na relação conjugal. Cabe ressaltar a importância do consentimento neste caso, o qual deverá ser expresso e inequívoco, não podendo ser substituído por nenhuma autorização judicial. Havendo esse consentimento, não poderá o marido ou companheiro, posteriormente, contestar a paternidade de seu filho (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*), uma vez que se lhe retira o direito de impugnar a legitimidade do filho havido por sua esposa ou companheira, salvo se provar que houve infidelidade da mulher e que a criança não nasceu da inseminação.

Todavia, se a inseminação heteróloga for levada a cabo sem a autorização do marido ou companheiro, cabe a este o direito de se socorrer da ação negatória de paternidade para impugnar o vínculo de filiação.

Resta, entretanto, ainda sobre este tema, analisar mais duas questões: a existência de direito, ou não, de conhecimento dos fornecedores do material biológico (e, por assim dizer, pai ou mãe biológicos) e a questão das incompatibilidades para o casamento.

O direito daqueles gerados por inseminação artificial heteróloga esbarra no sempre necessário anonimato dos doadores. Referido anonimato é útil para ambos, uma vez que afasta eventuais discussões posteriores relativas à paternidade, herança etc., circunstâncias que certamente desestimulariam as doações de gametas.

Por outro lado, é inequívoco que a compatibilidade genética existente entre os doadores e os nascidos da mencionada prática não pode ser ignorada, bastando para tanto que se pense na questão do transplante de órgãos ou de medula óssea.

Justamente por isso, como visto, há previsão legal, não só no direito estrangeiro, mas também nos projetos de lei brasileiros e a própria resolução do Conselho Federal de Medicina prevêem a possibilidade de identificação nesses casos.

⁶⁹ FERNANDES, Sílvia da Cunha. *As técnicas de reprodução humana e a necessidade de sua regulamentação jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 78-79.

Contudo, é necessário apontar a existência de divergências entre, afastada a questão médica, a possibilidade de conhecimento dos doadores, já que de questionável conveniência.

Por outro lado, sabe-se que a mesma proximidade genética que é benéfica em alguns casos, pode ser prejudicial para a prole eventual entre o nascido de doação e outra pessoa que, em razão do anonimato, desconheça ser sua irmã. Aliás, também por razões de ordem médica, além da questão moral, proíbe o direito brasileiro o casamento entre parentes até o terceiro grau (Código Civil, artigo 1521, IV).

Do que foi exposto resulta, portanto, o seguinte questionamento: Não seria melhor, portanto, que o nascido de reprodução artificial heteróloga conhecesse a identidade dos doadores, a fim de evitar, improvável, - mas não impossível - união com colaterais de até terceiro grau?

A respeito de tais assuntos, vale citar mais uma vez o posicionamento de Guilherme Calmon Nogueira da Gama⁷⁰:

Na realidade, a matéria deve ser tratada de forma separada levando em conta exatamente os interesses da pessoa que foi concebida com o auxílio de técnica de reprodução assistida heteróloga. O sigilo da origem da filiação e o anonimato da pessoa do doador se afiguram como princípios absolutos relativamente a todas as pessoas, salvo que no que pertine à própria concebida por técnica de reprodução assistida heteróloga.....

Mesmo para aqueles que consideram o anonimato em caráter absoluto, tal afirmação deve necessariamente ceder a interesses maiores que se revelam pelo risco concreto de doenças hereditárias ou genéticas que podem ser prevenidas ou mais bem tratadas em relação à pessoa concebida com o auxílio de técnica de reprodução assistida heteróloga. Não há como reconhecer que o anonimato do doador possa prevalecer perante a iminente lesão à vida ou à higidez físico-corporal da pessoa que foi gerada com material fecundante do primeiro. Ainda que se fundamente o anonimato com base na intimidade e privacidade do doador, logicamente que tal direito fundamental deverá ceder quando colocado em confronto com o direito à vida e, nele inserido, o direito à vida de outra pessoa. Tanto assim o é que as próprias leis francesas de 1994, apesar de assegurarem o sigilo do procedimento e o anonimato do doador, abrem exceção para o caso de indicações terapêuticas, demonstrando, claramente, a prevalência do direito à saúde

⁷⁰ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação. o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 904 e 906-907.

comparativamente à intimidade do doador. Contudo, tal hipótese se mostra insuficiente em matéria de direito à identidade genética como direito da personalidade, especialmente levando em conta que não haverá qualquer possibilidade de atribuição de paternidade-filiação entre doador e a pessoa que foi concebida a partir do gameta doado.

Em outros termos: o direito à identidade pessoal deve abranger a historicidade pessoal e, aí inserida a vertente biológica da identidade, sem que seja reconhecido qualquer vínculo parental entre as duas pessoas que, biologicamente, são genitor e gerado, mas que juridicamente nunca tiveram qualquer vínculo de parentesco.

Particularmente, entendemos que toda pessoa deve ter direito a conhecer sua filiação. Assim, àqueles nascidos em razão de reprodução artificial heteróloga deveria ser assegurado o acesso aos dados pessoais dos doadores, já que no conflito de direitos que envolvem o anonimato e o conhecimento da filiação, este deve prevalecer.

Por outro lado, deveria ser mantido um banco de dados com as características genéticas do doador, a fim de verificar, por exemplo, eventual compatibilidade para transplante e, no caso de casamento, pensamos que a lei deveria criar um mecanismo de controle dos doadores, para assegurar que não haja eventual casamento posterior de parentes até terceiro grau, tanto advindo de várias doações do mesmo doador, como da família originária do doador com a pessoa por ele gerada.

Apenas para finalizar, é certo que a reprodução heteróloga não é pacificamente aceita por nossa doutrina, como se vê do posicionamento de Maria Helena Diniz⁷¹, que apresenta uma série de objeções éticas a respeito, tais como “desequilíbrio da estrutura básica do matrimônio”, dada a inclusão de uma terceira pessoa na família, “possibilidade de transexual ou homossexual pretender que companheira obtenha filho por meio dessa inseminação”, “falsa inscrição no registro civil”, uma vez que a lei presume a concepção pelo marido, nos termos do artigo 1.597, V, “dúvida se o homem poderia, livremente, dispor ou ceder seus componentes genéticos, pois, se tiver esposa ou companheira, e esta não anuir na doação de material fertilizante, não poderia ela pleitear separação judicial por injúria grave?”, possível ausência do consentimento do marido, que poderia gerar injúria

⁷¹ DINIZ, Maria Helena. *O Estado atual do biodireito*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, pp. 482-488.

grave, “introdução numa família de pessoa sem o patrimônio genético”, “arrependimento do marido após a realização da fecundação artificial” e outros, que representam sua oposição ao método.

9 A MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO

A maternidade de substituição, também conhecida por locação ou cessão de útero é outra questão diretamente ligada à reprodução assistida.

Através de referida prática, uma mulher, fértil ou não, mas que seja incapaz de gestar, utiliza-se do corpo de outra que, assim, cederá seu corpo de forma a possibilitar o crescimento do embrião até seu nascimento, ocasião em que deverá entregar o recém-nascido aos contratantes.

A questão é popularmente conhecida no Brasil como a figura da “barriga de aluguel” e envolve diversos problemas, começando pela determinação da maternidade⁷², da filiação e a posterior obrigatoriedade, ou não, de entrega da criança.

No Brasil, a despeito da inexistência de leis a respeito, o Conselho Federal de Medicina disciplinou a questão na já citada Resolução 1.358/92, no capítulo VII, determinando que referida prática (chamada gestação de substituição ou doação temporária de útero), somente poderá ocorrer quando “exista um problema médico que impeça ou contra-indique a gestação na doadora genética”.

Assim a maternidade de substituição deve ter caráter de exceção, não podendo também “ter caráter lucrativo ou comercial”.

Aliás, a respeito da terminologia, Heloísa Helena Barboza⁷³ adverte que “não há que se falar em doação, mas ‘cessão gratuita’ ou ‘comodato de útero’, já que está sendo utilizada, naturalmente, na falta de outra, terminologia própria das relações obrigacionais, e melhor seria adotar-se denominação adequada, prevenindo futuras dúvidas na aplicação da lei.”

⁷² Esta questão envolve princípio de direito romano, segundo o qual, “*mater semper certa est*”, ou seja, que a mãe é sempre certa.

⁷³ Barboza, Heloísa Helena. *Reflexão sobre a responsabilidade civil na gestação de substituição*. Revista Brasileira de Direito Comparado, n. 19, 2000, p. 106.

Releva notar, aqui, que não se estipula a gratuidade absoluta, proíbe-se apenas o lucro. Assim, pode ser exigido daqueles que se valem da gestação de substituição, o pagamento de todas as despesas com remédios e exames durante a gravidez.

As doadoras, por fim, “devem pertencer à família da doadora genética, num parentesco até o segundo grau, sendo os demais casos sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina”.

De todo modo, referida Resolução não resolve o problema que envolve os conceitos de maternidade biológica e maternidade afetiva. É certo que, de um lado, tem-se a mãe biológica, contratada, na prática gratuita ou onerosamente, para a gestação. De outro, entretanto, há o casal encomendante, que pode ou não ter sido o gerador do embrião.

No caso da gestação de substituição ter sido feita somente em razão da impossibilidade de gestar, os problemas são menores, já que o material genético pertence tanto ao pai como à mãe.

Entretanto, se o casal, para gerar o embrião, necessitou de doadores, ou se o procedimento foi de direta inseminação na mãe biológica, há difícil problema a ser superado, já que não há bases biológicas para a afirmação da paternidade, ou da maternidade. A única solução que poderia ser encontrada aqui, legalmente e à luz do direito posto, seria a da adoção pelo pai, ou mãe, encomendantes, sob o risco de cometimento de crime⁷⁴.

Daí a importância da teoria da paternidade afetiva, a qual impede, por exemplo, que existam problemas decorrentes de eventual desistência por parte da mãe substituta, como em rumoroso caso ocorrido nos Estados Unidos, adiante citado.

Abordando os problemas decorrentes da mencionada prática, Sílvia da Cunha Fernandes⁷⁵ sustenta que:

⁷⁴ Código Penal, artigo 242, caput: “Dar parto alheio como próprio, registrar alguém como seu o filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil; Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos”.

⁷⁵ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, pp. 98-99.

Outro problema acerca do tema diz respeito à segurança dos encomendantes em relação à entrega da criança, uma vez que no Brasil, qualquer tipo de contrato em conformidade com o artigo 185, combinado com o artigo 104, ambos do Novo Código Civil, bem como o artigo 82 do Código Civil de 1916, deve ter objeto coisas móveis ou imóveis lícitas e possíveis; sendo a vida um direito indisponível, não pode ser objeto de contrato; sendo a substância humana um bem inercializável, também não pode ser objeto de contrato. Logo, o contrato de locação de útero, segundo nosso ordenamento jurídico, é considerado nulo.

[...]

Em todos os casos, os envolvidos, devem estar esclarecidos e cientificados a respeito da técnica e seu consentimento produz inúmeros efeitos, servindo de prova para instruir eventual processo de disputa pela maternidade da criança. Existem várias sugestões para a solução das possíveis ocorrências, tais como:

- a) adoção pré-natal pelo casal solicitante;
- b) adoção, após o nascimento, pela esposa do solicitante e pelo pai biológico;
- c) permissão de contrato de prestação de serviço ou trabalho eventual da gestante;
- d) obtenção de declaração da gestante contratada, mediante escritura pública, garantindo aos pais solicitantes o direito de reconhecer o filho após o nascimento.”.

Sobre o mesmo tema e, ainda, criticando a Resolução do Conselho Federal de Medicina, Guilherme Calmon Nogueira da Gama⁷⁶ sustenta que:

A despeito de tais ponderações, a Resolução de nº 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina, admite, ainda que de maneira restritiva, a *gestação de substituição* (ou *doação temporária de útero*), estabelecendo que tal prática somente poderá ocorrer na eventualidade da existência de um problema médico que impeça ou contra-indique a gravidez da mulher que pretenda ter o filho e que forneça o óvulo. Assim, diante da regra contida no item VII, da referida Resolução, não é admitida a maternidade-de-substituição com a utilização de óvulo da própria gestante. O texto da Resolução prevê, ainda, que as mulheres que se disponham, gratuitamente, a abrigar no seu corpo e gestar o embrião em favor do casal solicitante, deverão integrar a família (em sentido amplo) da mulher que pretende ser mãe jurídica, com parentesco até o segundo grau, admitindo, excepcionalmente, outros casos que se sujeitarão à autorização do Conselho Federal de Medicina. Nota-se, de maneira clara, do texto da Resolução de 1992, que as regras lá estabelecidas contrariam o ordenamento jurídico brasileiro diante da violação do

⁷⁶ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação. o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 855.

valor e princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, reduzindo a mulher grávida à autêntica coisa, mesmo com o consentimento dela e sem qualquer tipo de retribuição. Como a Resolução não tem o condão de contrariar normas jurídicas hierarquicamente superiores – os princípios constitucionais que, como se sabe, tem força cogente – logicamente que não há como reconhecer a legitimidade e licitude de tal prática no direito brasileiro. A própria Constituição Federal, ao se referir à licença gestante, à proteção à maternidade e à gestante no campo dos direitos sociais, deixa evidenciada a impossibilidade de se dissociar maternidade e gestação, levando à concretização da dignidade da pessoa humana na área de reprodução humana no sentido de vedar a dissociação que a maternidade-de-substituição pressupõe.

Eduardo de Oliveira Leite⁷⁷ analisa a possibilidade de contrato, sustentando que:

A primeira questão que suscita a prática da “mãe de substituição” é a de saber se a lei do contrato pode ou não ser aplicada à espécie quando a transação envolve uma gravidez, um parto, a entrega de um bebê. Ou melhor, seria possível assimilar a noção de contrato comercial – que envolve troca de serviços comerciais por exemplo – ao “contrato” de aluguel, que envolve a gestação de uma criança com posterior entrega?

Adiante, citando o artigo 199, § 4º da Constituição Federal, o mesmo doutrinador opina que:

No Brasil, embora não haja legislação a respeito da matéria, a Constituição Federal previu a ocorrência de legislação ordinária para tratar da matéria, vedando “todo tipo de comercialização”. É evidente que a utilização do útero não se encontra incluída no referido dispositivo constitucional. O procedimento não é assimilável ao transplante de órgão, nem à pesquisa, nem ao citado tratamento. Também não ocorre remoção de órgãos, tecidos ou substâncias humanas.

[...]

No caso brasileiro, a vedação da comercialização existe por força da Resolução nº 1.358/92 do CFM que, na seção VII (Sobre a gestação de substituição) assim dispôs, inciso 2: “A doação temporária de útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial”. Se não há locação, afastada está a hipótese de contrato.

⁷⁷ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 403 e 405.

Ainda, discorrendo sobre os problemas práticos da gestação de substituição, o mesmo doutrinador assim opina⁷⁸:

Afora a complexidade e os riscos provocados pelo número de inseminações (nem sempre uma só é suficiente) ainda se coloca com acuidade a questão da castidade da mãe de substituição. Se esta mãe é casada, ou mantém relações sexuais com outro homem, ninguém poderá garantir que a criança foi concebida pela inseminação, nem, como consequência, é possível garantir a paternidade genética. O recurso exigiria, pois, impossíveis garantias sobre a castidade da mulher até ficar grávida, evitando assim difíceis conflitos de paternidade que sempre poderão surgir.

Durante a gravidez a situação da mãe de substituição é de grande vulnerabilidade: aos riscos obstétricos inerentes a toda gravidez acrescem os riscos psíquicos para a mãe que, desde o início, deve elaborar a difícil idéia que a criança por ela carregada não lhe pertencerá ao término da gravidez. Esta dissociação vivenciada, do somático e do psíquico, é altamente perturbadora e praticamente impossível de assimilar. A nível clínico este conflito pode provocar diversas atitudes; ou um aborto provocado, ou um desejo intenso de conservar a criança, ou fazer chantagens em relação ao casal solicitante, ou mesmo – situação mais rara, conquanto não impossível – uma tentativa de “conquistar” o casal solicitante a fim de dominá-lo depois do nascimento da criança. O caso “Baby M”⁷⁹, sob alguns aspectos, se insere perfeitamente nesta última hipótese.

Maria Helena Diniz⁸⁰ inicia sua exposição sobre o tema criticando-o fortemente, denominando a locação de útero de “ventres mercenários”, justificando tal expressão:

...pois há mulheres dispostas a receber o embrião alheio mediante o pagamento de altas somas, entregando o bebê àqueles que concederam o óvulo e o sêmen ou aos que efetivaram o contrato locatício. Isso não implicaria um pacto imoral, contrário aos bons costumes, que deveria ser proibido pela legislação? Lícito seria transformá-lo numa prestação de serviços de gestação, onde a gestante, por meio de escritura pública, garantirá o direito de filiação ao casal contratante?

⁷⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 191.

⁷⁹ Litígio ocorrido nos Estados Unidos, entre os contratantes e a mãe de substituição. A mãe de substituição, Mary Whitehead, foi inseminada com o esperma de William Stern. Nascida a criança, em 1986, a mãe biológica recusou-se a entregá-la para o casal “encomendante”. No ano seguinte, a Corte do Estado de Nova Jersey inverteu a guarda, sob o fundamento de que assim os direitos da criança seriam mais bem protegidos, validando ainda o contrato mantido entre o casal e a mãe biológica. No ano seguinte, a Suprema Corte daquele Estado invalidou o contrato, mas manteve a criança com os pais encomendantes, também sob o fundamento de que assim seriam mais bem protegidos os interesses da criança. Todavia, garantiu à mãe biológica o direito de visita.

⁸⁰ DINIZ, Maria Helena. *O Estado atual do biodireito*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 506.

Posteriormente, a mesma doutrinadora apresenta sugestões *de lege ferenda* específicas para a hipótese, tais como⁸¹:

Consenso escrito do doador, de seu consorte, e da que ceder o útero, para que se evite ulterior reclamação do direito de paternidade ou maternidade, ou de uso abusivo do material genético para fins de exame; e

Prevalência da presunção da paternidade e da maternidade do casal que projetou o nascimento, mesmo que o material genético não seja seu, pouco importando tenha sido ou não gerado no útero da esposa ou, se ela forneceu o óvulo, tenha sido fecundado pelo sêmen do marido ou de terceiro. Marido e mulher que anuírem em fertilização assistida não poderão impugnar a paternidade ou maternidade.

Paulo Lôbo⁸², por seu turno, traz interessante opinião com a qual, todavia, não concordamos:

Apenas é admitida a concepção de embriões excedentários se estes derivem de fecundação homóloga, ou seja, de gametas da mãe e do pai, sejam casados ou companheiros de união estável. Por consequência, está proibida a utilização de embrião excedentário por homem e mulher que não sejam os pais genéticos ou por outra mulher titular de entidade monoparental.

O que ocorrerá, contudo, se a vedação for descumprida e ocorrer a concepção no útero de mulher que não seja a mãe genética? O filho será juridicamente daquela e, no caso de par casado ou em união estável, do marido ou do companheiro, em virtude do princípio *pater is est* e da presunção de maternidade da mulher parturiente. O Brasil, ao lado maioria dos países, não acolheu o uso instrumental do útero alheio, sem vínculo de filiação (popularmente conhecido como “barriga de aluguel”).

A razão da não concordância, em verdade, é simples.

Embora, de fato, não haja lei no Brasil que regulamente a doação ou locação de útero e, também, em razão da presunção da maternidade, não se pode negar que a mãe substituta prestou um serviço para o casal, ou para o solicitante, com finalidade pré-determinada e sujeito termo final (nascimento).

⁸¹ DINIZ, Maria Helena. *O Estado atual do biodireito*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 514 e 519.

⁸² LÔBO, Paulo. *Famílias*. 2. ed. São Paulo: Saraiva: 2009, p. 202.

Dessa forma, ocorrido o nascimento da criança, e sob os fundamentos da paternidade afetiva, não há como negar a paternidade ao casal, ou à mãe solicitante.

Claro que, de novo, a regulamentação legal seria relevante, pois evitaria a necessidade de um processo de adoção, ou mesmo que um crime acabasse sendo cometido⁸³, em procedimento conhecido como adoção à brasileira.

Conquanto ilegal, Paulo Lôbo⁸⁴ defende referida prática:

A adoção à brasileira, ainda que formalmente ilegal, atende ao mandamento contido no art. 227 da Constituição, de ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança o direito “à convivência familiar”, com “absoluta prioridade”, devendo tal circunstância ser levado (sic) em conta pelo aplicador, ante o conflito entre valores normativos (de um lado o atendimento à regra matriz de prioridade da convivência familiar, de outro lado os procedimentos legais para que tal se dê, que não foram atendidos). Outrossim, a invalidade do registro assim obtido não pode ser considerada quanto atingir o estado de filiação, por longos anos estabilizado na convivência familiar [...]

A convivência familiar duradoura transforma a “adoção à brasileira” em posse de estado de filho, que é espécie do gênero estado de filiação, que independe do fato originário para a posse do estado de filho o nome, o tratamento e a reputação, que são consolidados na convivência familiar duradoura. Assim, a posse de estado de filho convalida a declaração e o respectivo registro de nascimento, que não mais pode ser cancelado, podendo-se valer o filho de ação declaratória dessa relação jurídica, inclusive incidental, para obstar ação que vise à invalidação ou desconstituição do registro.

Pensamos que, com o devido respeito, referida opinião deve ser vista com cautela, já que se de um lado protege situações de famílias formadas sem a devida formalização, de outro, possibilita que crianças que tenham sido retiradas de forma indevida de sua família, sejam posteriormente registradas como filhas dos autores do delito, como em rumoroso caso ocorrido em Goiás⁸⁵, o que não pode ser tolerado. À míngua de regulamentação, para o registro da criança nascida de mãe

⁸³ Código Penal – artigo 242 – “Dar parto alheio como próprio, registrar como seu o filho de outrem, ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil – Pena – reclusão, 2 (dois) a 6 (seis) anos e multa.”

⁸⁴ Lôbo, Paulo. *Famílias*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 228-229.

⁸⁵ Osvaldo Borges Junior, 16, conhecido como “Pedrinho” foi subtraído do hospital em que nasceu em 1986 e registrado em nome da autora do delito. Conheceu os pais biológicos somente no ano de 2002.

substituta em favor do casal, ou da pessoa encomendante, a única solução jurídica atual é a adoção, em regular procedimento judicial.

Por sua vez, os Projetos de Lei brasileiros tratam de maneira diferente da questão.

Assim, o de nº 1.184/2003, proíbe expressamente, em seu artigo 3º, o que denominou de *“gestação de substituição”*.

Entretanto, dois outros Projetos, os de números 1.135/2003 e 2.061/2003 autorizam referida prática. O primeiro, aliás, reproduz fielmente e na íntegra o que consta da resolução do Conselho Federal de Medicina (artigo 16). Já o segundo restringe a gestação de substituição para hipóteses em que “exista um problema médico que impeça ou contra-indique a gestação na doadora genética”, estabelecendo ainda que não pode haver intuito lucrativo ou comercial (artigo 13 e seu parágrafo único).

Apenas a título informativo, encontra-se arquivado o Projeto de Lei 1.645/1991, que tipificava a “cessão de útero para fins de inseminação” como conduta criminosa e previa pena de reclusão, de dois a cinco anos.

São também diversas as posições encontradas no direito estrangeiro.

As legislações portuguesa e espanhola proíbem expressamente a “gestação por substituição” (Espanha) e a “maternidade de substituição” (Portugal).

Portugal define ainda a “maternidade de substituição” como “qualquer situação em que a mulher se disponha a suportar uma gravidez por conta de outrem e a entregar a criança após o parto, renunciando aos poderes e deveres próprios da maternidade”(artigo 8º - 2).

Coerentes à proibição da prática, essas leis determinam que a mulher que gestar o feto será considerada, para todos os efeitos legais, como a mãe da criança que vier a nascer.

O Canadá, entretanto, admite a prática, desde que sem fins comerciais ou lucrativos, prevendo também a idade mínima de 21 anos para a mulher que se dispuser a atuar como a gestante por substituição.

Assim, como a prática é expressamente autorizada e a mulher, no caso, é expressamente denominada substituta, não há no caso a imposição da maternidade à substituta.

A legislação Australiana autoriza a prática, desde que absolutamente gratuita. Visando proteger a confidencialidade dos participantes, proíbe qualquer forma de anúncio ou divulgação de que pessoas procuram, ou se oferecem, para a maternidade de substituição. (parte 6 – artigos 59 6 60).

O Código Civil Grego, em seu artigo 1458, inova determinando que o procedimento de maternidade de substituição, sempre gratuito, deve ser previamente autorizado judicialmente, em procedimento solicitado pela mulher que deseja ser mãe.

Do nosso ponto de vista, apesar dos questionamentos éticos, não haveria problema maior, ainda que eventual lei viesse a estipular a possibilidade de retribuição em razão dos “serviços prestados” pela gestante. Por outro lado, considerando a gratuidade como pré-requisito, mesmo assim não estaria afastada a existência de um contrato, dadas as evidentes obrigações de bem zelar pela saúde do feto, e de posteriormente entregá-lo, que assume a gestante.

10 A RESPONSABILIDADE CIVIL NOS PROCEDIMENTOS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

No direito brasileiro, a responsabilidade civil divide-se entre dois grandes sistemas: o primeiro, da responsabilidade subjetiva, é aquele em que se exige que o lesado, para que tenha direito à reparação, comprove que o autor do fato agiu, ou se omitiu, por dolo ou culpa (nas modalidades imperícia, imprudência e negligência); e o da responsabilidade objetiva, no qual não existe exigência de prova de culpa ou dolo, seja em razão de expressa previsão legal⁸⁶, seja em razão do risco que a atividade desenvolvida causa para terceiros, hipótese em que aquele que, voluntariamente a desenvolve, fica sujeito a reparar os danos que ela causarem, justa e simplesmente pelo fato do perigo que esta causa⁸⁷, somente se eximindo o causador do dano do seu dever de responder pelos prejuízos causados se demonstrar a ocorrência de culpa exclusiva do lesado, caso fortuito ou força maior.

A responsabilidade civil por ato médico, por sua vez, é tradicionalmente subjetiva, já que o médico desenvolve uma atividade meio e não pode garantir que determinado fim será atingido. Nesse sentido, não responde o médico que tenha corretamente desempenhado sua atividade se, por exemplo, o paciente que acompanha vier a falecer, já que a obrigação do médico é, no caso, de tentativa de cura ou melhora, agindo dentro dos parâmetros e dos conhecimentos disponíveis.

Assim, aliás, prevê expressamente o artigo 14, § 4º do Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), o qual dispõe que a responsabilidade civil dos profissionais liberais será apurada mediante culpa.

Mas, se de um lado o Código de Defesa do Consumidor obriga à prova da culpa, como pressuposto para responsabilidade, abre a possibilidade de que o ônus de tal prova, ou seja, a obrigação de demonstrar a culpa, seja invertido, nos termos do artigo 6º, VIII, passando o médico a ter o dever de demonstrar que não agiu com culpa.

⁸⁶ Como exemplo, pode-se citar a Constituição Federal, no artigo 21, inciso XXIII e o Código Civil, em seu artigo 928.

⁸⁷ Em referência a tais casos, há julgados, por exemplo, sobre a exploração de fogos de artifício.

Doutrina e jurisprudência admitem também, contudo, a existência de hipóteses em que os médicos devam responder pelo resultado, com a obrigação de indenizar os pacientes, caso este não venha a ocorrer. São os casos, por exemplo, de cirurgias plásticas não corretivas (também chamadas embelezadoras), nas quais o resultado prometido e esperado deve ser alcançado.

Especificamente nesses casos, de obrigação de fim, o que há, em verdade, é a garantia, a promessa, de que o resultado será alcançado, o que altera completamente o sistema da responsabilidade, pois se o resultado não for alcançado, a culpa pelo inadimplemento da obrigação é presumida, cabendo, no caso, ao médico, demonstrar que tal somente ocorreu em razão da ocorrência de fato extraordinário e imprevisível, ou seja, as hipóteses de caso fortuito ou força maior.

Sobre o tema, Maria Helena Diniz⁸⁸ assim expõe:

Embora nosso Código Civil (art. 186) tenha regulado a responsabilidade médica no capítulo referente aos atos ilícitos, tal responsabilidade, a nosso ver, é contratual, o que vem a ser reconhecido no art. 951 do mesmo diploma legal. Realmente, nítido o caráter contratual do exercício da medicina, pois apenas excepcionalmente terá natureza delitual, quando o médico cometer um ilícito penal ou violar normas regulamentadoras da profissão. Assim, se o médico operador for experiente e tiver usado os meios técnicos indicados, não se explicando a origem de eventual seqüela, não haverá obrigação por risco profissional, pois os serviços médicos são, em regra, de meio e não de resultado. Se nenhuma modalidade de culpa – negligência, imprudência ou imperícia – ficar demonstrada, como não há risco profissional, independente de culpa, deixará de haver base para a fixação de responsabilidade civil...

Por seu turno, Carlos Roberto Gonçalves⁸⁹ assevera a existência de um contrato entre o médico e o paciente, mas observa que:

...para o cliente é limitada a vantagem da concepção contratual da responsabilidade médica, porque o fato de não obter a cura do doente não importa reconhecer que o médico foi inadimplente. Isto porque a obrigação que tais profissionais assumem é uma obrigação de “meio” e não de “resultado”. O objeto do contrato médico não é a

⁸⁸ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 593.

⁸⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 6. ed. (atualizada e ampliada). São Paulo: Saraiva, 1995, p. 265-266.

cura, obrigação de resultado, mas a prestação de cuidados conscienciosos, atentos e, salvo circunstâncias excepcionais, de acordo com as aquisições da ciência. Comprometem-se a tratar o cliente com zelo, utilizando-se dos recursos adequados, não se obrigando, contudo, a curar o doente. Serão, pois, civilmente responsabilizados somente quando ficar provada qualquer modalidade de culpa: imprudência, negligência ou imperícia.

Quanto aos cirurgiões plásticos, o mesmo doutrinador assim aponta⁹⁰:

Quanto aos cirurgiões plásticos, a situação é outra. A obrigação que assumem é de “resultado”. Os pacientes, na maioria dos casos de cirurgia estética, não se encontram doentes, mas pretendem corrigir um defeito, um problema estético. Interessa-lhes, precipuamente, o resultado. Se o cliente fica com aspecto pior, após a cirurgia, não se alcançado o resultado que constituía a própria razão de ser do contrato, cabe-lhe direito à pretensão indenizatória. Da cirurgia mal-sucedida surge a obrigação indenizatória pelo resultado não alcançado.⁹¹.

Tudo isso se coloca porque é necessário discernir se nos procedimentos de reprodução assistida, existe ou não responsabilidade pelo resultado, ou seja, se a obrigação é, realmente, sempre de meio, ou se há hipóteses em que ela poderá ser considerada como obrigação de fim.

Entretanto, o objetivo deste capítulo não se esgota somente nisso. É necessário verificar, também, qual a conduta esperada e razoável do médico e seus auxiliares durante o tratamento e se há, ou não, hipóteses em que os referidos profissionais podem vir a praticar ato ilícito.

Registre-se, desde logo, que os procedimentos de reprodução assistida não se caracterizam, obviamente, por um único ato médico, mas sim por uma sequência de procedimentos que culminam com a implantação dos embriões selecionados, mas não se esgotam neles.

⁹⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 6. ed. (atualizada e ampliada). São Paulo: Saraiva, 1995, p. 269.

⁹¹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil*. 4ª edição. São Paulo: Saraiva: 2010, p. 335 e 338, discorda, sustentando que há variáveis que os médicos não conseguem controlar e que, portanto, mesmo nas cirurgias embelezadoras, a obrigação é de meio, a não ser que o médico seja um “tolo irresponsável” e assuma obrigar-se pelo resultado.

Pode-se dizer, então, que a responsabilidade deve ser analisada nos diversos momentos do procedimento, os quais, no procedimento que demanda a maior prática de atos, a chamada fecundação *in vitro*, podem ser assim delimitados: consulta inicial (na qual normalmente é entregue ao casal o termo de consentimento livre e esclarecido), realização de exames, procedimento de estimulação para produção múltipla de óvulos, retirada destes e coleta dos espermatozoides, fecundação em laboratório, acompanhamento do desenvolvimento dos embriões, implantação dos embriões selecionados e, finalmente, o destino dos embriões excedentários.

Na primeira consulta, a preocupação inicial do médico deve ser de verificar se a hipótese é realmente de reprodução assistida, ou seja, se aquelas pessoas que o procuram podem, ou não, reproduzir-se de modo natural e, em caso negativo, se as técnicas de reprodução assistida poderão surtir efeito útil. Assim deve ocorrer porque o tratamento é longo e complexo, trazendo expectativas naturais aos que dele participam, com reflexos psicológicos consideráveis. A par disso, trata-se de procedimento, quando em clínicas particulares, de custo extremamente considerável.

Aqui tem lugar, justamente, a obtenção do consentimento livre e esclarecido.

Embora sua exigibilidade esteja regulamentada, conforme já visto, problemas surgem quanto ao momento de sua obtenção. Alguns médicos, aproveitando-se da fragilidade dos pacientes, aproveitam já o primeiro contato não só para a obtenção do documento, como também para dar início ao tratamento propriamente dito, enquanto outros permitem que os pacientes levem o documento para casa, reflitam e somente depois agendem nova consulta.

É fácil verificar que, no primeiro caso, não há tempo para a necessária reflexão, nem mesmo para o exercício, eventualmente, do direito de não iniciar o tratamento⁹². E, em caso de desistência, a primeira questão que surge é sobre a existência do direito de reembolso do valor já gasto, por exemplo, com a realização de exames.

⁹² A prática demonstra, também, que o termo de consentimento muitas vezes é redigido de forma a servir como instrumento de contrato escrito entre paciente e médico, no qual já resta estipulado, dentre outros aspectos, que não há responsabilidade por eventual insucesso no tratamento, caracterizando assim a mencionada obrigação de meio.

A resposta, a nosso ver, deve ser positiva, em razão dos ditames do Código de Defesa do Consumidor que regem a matéria, como os previstos no artigo 6º, incisos I (proteção da vida, saúde e segurança) e III (informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços), sem olvidar do quanto já dito com relação à não vinculação do paciente ao contrato, quando este tiver sido assinado sem o necessário período para análise prévia.

Portanto, e em coerência com aquilo que escrevemos no capítulo referente ao consentimento, se após o início, digamos, abrupto do tratamento, com a obtenção não devidamente refletida do consentimento, houver desistência por parte do paciente-consumidor, assiste-lhe direito de repetição dos valores pagos, dada a invalidade do próprio consentimento.

Nesse sentido, valem ser citadas aqui as palavras de Silvia da Cunha Fernandes⁹³:

No campo das procriações medicamente assistidas, podemos inferir e perceber que a vulnerabilidade dos procedimentos pode causar várias lesões aos direitos da personalidade das pessoas envolvidas no processo, decorrentes da conduta culposa dos médicos.

O médico tem o dever de aconselhar o paciente, advertindo-o dos riscos a que estará sujeito, respeitando sua autonomia da vontade, obtendo seu consentimento livre e consciente para qualquer intervenção cirúrgica ou tratamento que lhe pretenda propor.

Deve-se enfatizar a importância do consentimento informado no que diz respeito às técnicas de reprodução artificial, uma vez que, segundo o artigo 68 do Código de Ética Médica, é vedado ao médico praticar fecundação artificial sem que os participantes estejam de acordo e devidamente esclarecidos sobre os procedimentos a serem executados. Também o artigo 46 do mesmo Código destaca a importância do consentimento ao dispor que não se pode “*efetuar qualquer procedimento médico sem o esclarecimento e o consentimento prévios do paciente ou de seu representante legal, salvo em iminente risco de vida*”.

[...]

No caso de reprodução artificial, a importância do esclarecimento é fundamental uma vez que o médico não se obriga a garantir os resultados esperados num tratamento de infertilidade, quais sejam, o êxito na ocorrência da gestação e seu termo. Não se pode falar em responsabilidade somente em virtude do resultado negativo do tratamento, desde que o médico tenha dado ao paciente todas as informações necessárias e o tratamento adequado, consoante os métodos científicos mais atuais disponíveis, mas há que se provar, como já dissemos, a conduta culposa do mesmo.

⁹³ FERNANDES, Sílvia da Cunha. *As técnicas de reprodução humana e a necessidade de sua regulamentação jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pp. 135-136.

Outro ponto importante, que pode anteceder ou não a obtenção do consentimento, é a verificação, pelo médico, da real necessidade de recorrer-se às técnicas de reprodução assistida. Tal verificação deve ser feita por exames acurados e específicos, a fim de que se possa identificar, por exemplo, se a causa da infertilidade não é uma incompatibilidade genética entre o casal, ao invés da impossibilidade de fecundação natural.

Lembre-se, mais uma vez, a complexidade do tratamento, especificamente para o paciente, dadas razões de ordem financeira, psicológica e eventualmente moral. Quanto a estes, é oportuno também mencionar que, via de regra, os médicos oferecem “pacotes”, que podem variar de uma tentativa de gestação a três tentativas, sendo o custo deste último obviamente maior. O que importa, aqui, em verdade, mais do que os “pacotes” oferecidos, é a real avaliação das chances de gravidez, já que muitas vezes os pacientes optam pelo “pacote com três tentativas” simplesmente porque presumem que terão uma maior chance de sucesso. A grande questão é que, via de regra, o momento de tal opção se faz antes da realização de qualquer exame e, portanto, da constatação de qual o problema realmente existente.

Aliás, o que a poucos pacientes é informado é que os riscos da gravidez assistida são maiores do que a gravidez natural⁹⁴ (Tabela 1).

Tabela 1- Risco das gravidezes de FIV comparadas à concepção natural.

	Gravidez por FIV	Concepção natural	Comentários
Abortamento	14-30%	15-20%	Pequeno aumento, devido idade avançada.
Gravidez ectópica	1-11%	0,2-1,4%	Aumento devido muitos fatores.
Parto prematuro	24-30%	6-7%	Aumento de quatro vezes.
Baixo peso ao nascer	27-32%	5-7%	Aumento de cinco vezes.
Natimorto	1,2%	0,6%	Aumento de duas vezes.
Morte Peri-natal	2,7%	1,0%	Aumento de duas vezes.
Anormalidades congênitas	0,8-5,4%	0,8-4,5%	Sem aumento significante.
Cesariana	33-58%	10-25%	Aumento principalmente devido a gravidez múltipla e idade materna.
Gravidez múltipla			
Gêmeos	24-31%	1,2-4,5%	Aumento devido ao número de embriões transferidos.
Trigêmeos	0,5-5,2%	0,012%	
Quadrigêmeos	0,5%	0,0001%	

Fonte: www.clinicadereproducaohumana.com.br. Acesso em 2.2.2010.

⁹⁴ Disponível no endereço eletrônico www.clinicadereproducaohumana.com.br. Acesso em 2.2.2010.

Superadas estas questões, com a obtenção do consentimento e apurada a real necessidade do tratamento, este tem seu início propriamente dito, com a estimulação química do ovário, a fim de que este produza diversos óvulos de uma única vez⁹⁵.

Referida produção múltipla de óvulos se faz alterando os hormônios, com consequências e resultados futuros imprevisíveis. Se esta alteração, por exemplo, vier futuramente a causar câncer, poderá o médico que realizou a fertilização ser civilmente responsabilizado, ou tal resultado é inevitável?

Acreditamos que, mais uma vez, com relação à possível doença como “efeito colateral” do tratamento, a resposta passa pelo consentimento. Se, no caso, a paciente, estiver devidamente informada dos riscos e, mesmo assim, consentir com o tratamento, não há responsabilidade do médico. Em caso contrário, todavia, o profissional não poderá alegar, por exemplo, que trata-se de uma consequência natural e conhecida.

Prosseguindo com o tratamento propriamente dito, os óvulos serão, então, aspirados e fertilizados, em laboratório, para que aqueles que melhor se desenvolverem sejam implantados⁹⁶.

Nem todos os embriões, contudo, se desenvolvem normalmente, ou conforme o esperado. Estes serão, então, descartados.

Muito embora assim ocorra, registre-se que se trata de descarte de material humano, pertencente ao casal, ou à mulher, paciente, que podem optar, se consultados previamente, inclusive sobre a criopreservação também destes, uma vez que, como já se analisou, os embriões inviáveis também podem ser doados para as pesquisas com células-tronco. O descarte sem prévio consentimento escrito, ou pelo menos, sem prévia consulta, constitui também ato ilícito, cuja reparação, entretanto, deverá ter valor estimado, já que impossível calcular o valor do patrimônio genético.

⁹⁵ Conforme já visto, todos os tratamentos de reprodução, exceto a inseminação artificial, exigem a produção de vários óvulos.

⁹⁶ Vale observar que no momento da fecundação é que surge o embrião, o qual terá seu desenvolvimento acompanhado por, normalmente, três dias. É relevante anotar, também, que a fertilização de vários óvulos somente se faz na chamada “fertilização in vitro”, cujas variáveis são a fertilização in vitro propriamente dita e a ICSI.

Dentre os outros embriões, ou seja, aqueles que forem considerados viáveis, o médico implantará, ou seja, colocará dentro do útero da paciente, um número determinado, visando à obtenção da gravidez.

Entretanto, vale observar que, como já exposto no capítulo respectivo, atualmente em nosso país o número de embriões que serão implantados não encontra limitação legal, mas apenas regulamentação administrativa. Evidente que, quanto maior o número de embriões implantados, maior a chance de gravidez gemelar, a qual, todavia, não deve ser tida como êxito, haja vista os diversos problemas que pode causar.

Veja-se, por exemplo, que a gravidez de gêmeos aumenta a chance de parto prematuro, a qual pode trazer inúmeras sequelas para o recém-nascido.

O Relatório de 2001 produzido pela Rede Lara⁹⁷ (Rede Latino Americana de Reprodução Assistida) aponta nesse sentido, mostrando que A prematuridade (= 36 semanas de gestação) e prematuridade extrema (= 31 semanas de gestação) foram 15.5% e 2.8%, respectivamente, para partos únicos, 55.5% e 9.5% para gêmeos, 89.6% e 20.1% para trigêmeos.

Surge, então, aqui, o dever de orientação do médico, e sua conseqüente responsabilidade, quanto ao número de embriões. Assim ocorre porque não pode o médico, com o argumento de quanto maior o número de embriões implantados, maior a chance de gravidez, expor a paciente à chance de gravidez, muitas vezes, de trigêmeos, a qual certamente será recheada de intercorrências, com riscos para a saúde dos embriões.

E, mais, se em razão da implantação exagerada de embriões, aqueles riscos se tornarem, efetivamente, danos, assiste à paciente (ou às próprias crianças, desde que nasçam com vida), direito de reparação pelos danos sofridos.

Superada a fase de implantação dos embriões, deve-se estudar o destino dos embriões excedentários. Lembre-se que, por falta de lei, atualmente o destino dos mesmos cabe exclusivamente aos pacientes (quando um deles não for doador), podendo haver opção pela criopreservação ou pela destruição pura e simples.

⁹⁷ Disponível em www.redlara.com. Acesso em: 09.08.2009.

Optando os pacientes pela criopreservação, é dever do médico adotar as medidas cabíveis para a correta manutenção dos embriões, pelo tempo que os pacientes entenderem necessário, não podendo aquele, sob pena de evidente responsabilidade, principalmente moral, destruir os embriões, ou dar destino diverso do determinado.

Além disso, qualquer dano que advier ao embrião em razão de erro no procedimento de criopreservação obriga diretamente o médico, ou a clínica responsável. Assim, cuidados primários, como a utilização de equipamentos de redundância como, por exemplo, geradores de energia, devem ser obrigatoriamente utilizados, já que aquele que se dispõe a realizar tal prática deve se cercar de todas as cautelas disponíveis.

A questão da manutenção dos embriões pelo congelamento se reveste de maior gravidade quando se sabe que a maioria das clínicas de reprodução humana cobra por tal serviço, isto é, mantém na prática contrato oneroso. Essa prática é altamente questionável, pois poderia significar que, em caso de não pagamento, estariam referidas clínicas autorizadas a interromper a criopreservação.

Assim não ocorre, entretanto, porque o embrião, ainda que congelado, é ser humano em potencial e sua destruição, motivada pela falta de pagamento, importaria em violação aos princípios da boa-fé e da função social do contrato, restando à clínica cobrar o valor devido.

Quando o procedimento praticado for o da reprodução heteróloga, maiores cuidados devem ser tomados como, por exemplo, a realização de exames no doador, bem como a verificação de que não haverá rejeição pelo corpo do receptor.

Ademais, lembre-se que a Resolução 1.358/92 exige que doador e receptor sejam semelhantes, nas formas fenotípica e imunológica, a fim de evitar, por exemplo, que uma pessoa com determinadas características de raça ou cor tenha uma criança em que estas sejam completamente diferentes ou ausentes.

A não observação de tal preceito importará, sem dúvida, na possibilidade de reparação, tanto para o casal, como para a criança, que poderá vir a ser discriminada.

Por outro lado, quanto ao doador, tem o médico dever de manter seu anonimato, além de preservar o material genético, sempre respeitando ainda os

limites e condições impostas pelo mesmo, tudo também sob pena de responsabilidade.⁹⁸ Acresça-se, ainda, que caso o doador saiba ser portador de doença transmissível pelo sangue, ou por características hereditárias, deverá obrigatoriamente comunicá-las, sob pena de responsabilidade solidária com a clínica, nos casos em que a doença também poderia ser constada por exame, ou direta, nos casos em que tal se mostrar impossível.

Cabe anotar, ainda, que embora não exista lei em vigor no sistema jurídico brasileiro, o Código de Ética Médica (Resolução CFM nº 1.931, de 17 de setembro de 2009, vigente em março de 2010) prevê, no Capítulo referente à responsabilidade profissional, que é vedado ao médico (artigo 15):

Descumprir legislação específica nos casos de transplantes de órgãos ou de tecidos, esterilização, fecundação artificial, abortamento, manipulação ou terapia genética.

§ 1º No caso de procriação medicamente assistida, a fertilização não deve conduzir sistematicamente à ocorrência de embriões supranumerários.

§ 2º O médico não deve realizar a procriação medicamente assistida com nenhum dos seguintes objetivos:

I – criar seres humanos geneticamente modificados;

II – criar embriões para investigação;

III – criar embriões com finalidade de escolha de sexo, eugenia, ou para originar híbridos ou quimeras.

§ 3º Praticar procedimento de procriação medicamente assistida sem que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos sobre o mesmo.

Dessa forma, pode-se concluir que, desde que observados os procedimentos técnicos corretos e adequados, o médico não responde pelo resultado, ordinariamente, nos procedimentos de reprodução assistida. Contudo, não pode o médico, mesmo que informalmente, garantir a fecundação, ainda que o termo de consentimento ou o contrato prevejam o contrário, visto que, neste caso, respeitada a dificuldade de produção de prova, assistirá aos pacientes direito de reparação caso a almejada gravidez não ocorra.

⁹⁸ Nesse sentido, Eduardo Oliveira Leite, *op.cit.*, p. 251.

Sobre o tema, Ivelise Fonseca da Cruz⁹⁹ escreve que:

A inferência que fazemos quanto às técnicas de reprodução assistida é que o médico está ligado tão-somente a uma obrigação de meio, no que tange à utilização das mesmas, pois o médico não pode garantir o sucesso da fecundação ou, ainda, a gravidez.

Entretanto, a obrigação contratual será de resultado no sentido de o médico garantir e preservar a integridade da paciente, ou seja, a mulher receptora, ou o marido, ao se submeterem ao tratamento, em nenhum momento contratam para que saiam do tratamento pior do que entraram.

Com efeito, a busca e a execução das técnicas de reprodução humana assistida não podem comprometer a integridade física ou psíquica do ser humano, muito menos atentar contra sua dignidade humana.

Portanto conclui-se que a obrigação será de resultado quando o médico responsável por essas técnicas proceder à utilização de vários exames imunológicos preventivos mas não atentar para os resultados, injetando na mulher, por exemplo, sêmen de doador contaminado com o vírus da AIDS, ou quando, realizados os exames preventivos, conclui-se que a mulher não tem condições saudáveis para ser receptora, mas mesmo assim o médico segue na utilização das técnicas¹⁰⁰.

Concluimos também que, apesar do risco, mas com o intuito de limitar tal atividade, o seguinte: o médico igualmente responderia de forma objetiva ao aplicar as técnicas de reprodução humana em casais que não padecem da infertilidade, ou seja, em casais meramente sadios que buscam o tratamento justificando-o pelo interesse na eugenia ou escolha do sexo da criança.

Ressalte-se, todavia, que a atividade desenvolvida pelos médicos e pelas clínicas de reprodução assistida pode ser entendida como de risco, já que envolve material humano. Para os que assim pensam, a responsabilidade é objetiva, conforme dispõe o Código Civil, artigo 927, parágrafo único.

É também objetiva a responsabilidade do médico por ato praticado por seus funcionários, como por exemplo, médicos assistentes, enfermeiros, biólogos etc. Neste caso, apurada a culpa destes, a responsabilidade do médico é objetiva, conforme prevê expressamente o artigo 932, III do Código Civil¹⁰¹.

⁹⁹ CRUZ, Ivelise Fonseca da. *Efeitos da reprodução humana assistida*. São Paulo: SRS Editora, 2008, p. 178-179.

¹⁰⁰ Tais casos, a nosso ver, são, em verdade, de imperícia.

¹⁰¹ Maria Helena Diniz chama esta responsabilidade de “responsabilidade médica derivada” – op. cit., p. 597.

Quanto à responsabilidade de hospitais e laboratórios, Roberto Senise Lisboa¹⁰² expõe que, ao contrário da regra geral de responsabilidade médica, essa é objetiva, já que...

...trata-se de pessoa jurídica que se responsabiliza pelos atos de seus funcionários, inclusive dos médicos que prestam serviços em suas instalações. [...] sempre se pautando o intérprete pela aplicação do *princípio da boa-fé objetiva*, isto é, o hospital, como pessoa jurídica, somente responderá pelos prejuízos acarretados sobre o paciente em virtude da violação da *norma de conduta* que dele poderia a vítima legitimamente esperar.

No entanto, não se esgota aí a responsabilidade dos hospitais, já que estes também têm o dever de incolumidade, conforme afirma José de Aguiar Dias¹⁰³:

Quanto à responsabilidade dos deveres das casas de saúde ou hospitais, não há dúvida que inclui um dever de incolumidade, que, naturalmente, não vai ao ponto de garantir o impossível de restituir a vida ou assegurar a cura, mas que se fixa, usualmente, na obrigação de resguardar o paciente de quaisquer conseqüências que um bom serviço poderia evitar.

Apenas para finalizar, observe-se que as legislações estrangeiras não fazem previsão da responsabilidade civil de forma expressa, tratando, por outro lado, ora da responsabilidade criminal, ora da responsabilidade administrativa.

Como exemplo, podem ser citados o Canadá, que prevê infrações nos artigos 60 e 61, punidos com multa e prisão (de no máximo 15 anos); Portugal, que trata da Responsabilidade Criminal nos artigos 34 a 45, igualmente com penas de multa e prisão (de no máximo 8 anos), mas prevê também sanções acessórias, como “interdição temporária do exercício de actividade ou profissão”, “privação do direito a subsídios, subvenções ou incentivos outorgados por entidades ou serviços públicos” e “cessação da autorização do funcionamento”; e a Espanha, cuja legislação, nos artigos 26 e 27, divide as infrações entre graves e muito graves, prevendo punições

¹⁰² LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil*. 4.ed. (reform.) São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 327-328.

¹⁰³ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 293, nota 524.

administrativas de multa e encerramento da atividade do “centro de serviço de reprodução assistida”.

No Brasil, o projeto de lei 1.135/2003 prevê, nos artigos 20 a 25, infrações penais (pena máxima de 6 anos de reclusão) e também que “as infrações às proibições desta lei serão consideradas infrações éticas e administrativas”, sendo certo que “o órgão competente da administração pública estabelecerá as infrações administrativas e procederá a respectiva fiscalização” (artigo 20, § 2º).

Da mesma forma, o projeto de lei 1.184/2003, o qual dispõe sobre condutas penalmente punidas nos artigos 19 e 20, dispendo, em complementação, no artigo 21 que “a prática de qualquer uma das condutas arroladas neste Capítulo acarretará a perda da licença do estabelecimento de Reprodução Assistida, sem prejuízo das demais sanções legais cabíveis”.

De todo modo, presente o dano, abrem-se para o interessado direitos de reparação¹⁰⁴, tanto material quanto moral.

O dano moral, aliás, nos casos de responsabilidade nos tratamentos de reprodução, está muito mais presente do que o dano material.

Hipóteses como o dano a embriões, a falta de cuidado na manipulação dos gametas e até mesmo a absurda, mas não impossível, mistura de gametas (utilização do material do casal “X” no casal “Y”), são situações em que a ofensa é, senão puramente, principalmente moral, cabendo ao arbítrio do juiz, assim, fixar o valor da reparação.

Aliás, Guido Alpa¹⁰⁵ chama tal dano de dano biológico, visto que engloba não só a reparação material em si, mas também o dano moral, já que representa ofensa aos direitos da pessoa.

¹⁰⁴ O dano material, em verdade, deve ser indenizado, ou seja, o lesado deve ter seu patrimônio integralmente reparado, já que a expressão “indenização” significa tornar indene, sem dano. Tal não ocorre com o dano moral, dadas as suas particularidades, já que não há lesão moral que possa ter seu valor precisamente apreciado.

¹⁰⁵ ALPA, Guido. *Il dano biologico*. Padova: CEDAM, 1987.

11 A REALIZAÇÃO DE EXAMES NOS EMBRIÕES E A SELEÇÃO GENÉTICA

Usualmente, tudo o que os pais desejam é que seus filhos nasçam com saúde. Quando a gravidez ocorre de forma natural, não é possível, todavia, a seleção ou a manipulação de genes, a fim de suprimir certas doenças.

Assim não ocorre, entretanto, com as inseminações artificiais. Antes dos embriões serem implantados, é viável ao médico verificar quais têm melhores condições (ou ausência de defeitos genéticos) e até mesmo as características desejadas pelos futuros pais, especialmente o sexo.

A título de exemplo, pode ser citada matéria recentemente publicada no site da rede internacional de notícias CNN¹⁰⁶, no qual se descreve a existência de um processo chamado “diagnóstico genético pré-implantatório”. Especificamente, no caso o embrião foi testado antes de sua colocação no útero para a verificação sobre a eventual existência de um gene que leva a uma chance entre cinquenta e oitenta por cento de desenvolvimento de câncer de ovário e de seio.

Duas questões aparecem fortemente envolvidas neste tema: A primeira, sobre a legalidade de referidos exames e da prática da seleção genética. A segunda, tão ou mais forte que a primeira, é sobre a moralidade de tais procedimentos, que poderiam conduzir à prática de eugenia¹⁰⁷, a seleção genética com a eliminação sistemática dos embriões “mais fracos”.

No tocante às implicações legais, a legislação portuguesa assim disciplina o tema, em seu artigo 28:

1 – O diagnóstico genético pré-implantação (DGPI) tem como objectivo a identificação de embriões não portadores de anomalia grave, antes de sua transferência para o útero da mulher, através do

¹⁰⁶ Disponível em <http://edition.cnn.co/2009/HEALTH/01/09/uk.cancerfree.baby/index.html>. Acesso em 03.04.2009.

¹⁰⁷ Termo criado por Francis Galton, significando o estudo dos agentes sob o controle social que podem melhorar ou empobrecer as qualidades raciais das futuras gerações, tanto física quanto mentalmente.

recurso a técnicas de PMA, ou para os efeitos previstos no nº 3 do artigo 7º.¹⁰⁸

2 – É permitida a aplicação, sob orientação de médico especialista responsável, do rastreio genético de aneuploidias¹⁰⁹ nos embriões a transferir com vista a diminuir o risco de alterações cromossômicas e assim aumentar as possibilidades de sucesso das técnicas de PMA.

3 – É permitida a aplicação, sob orientação de médico especialista responsável, das técnicas de DGPI que tenham reconhecido valor científico para diagnóstico, tratamento ou prevenção de doenças genéticas graves, como tal considerado pelo Conselho Nacional de Procriação medicamente Assistida.

4 – Os centros de PMA que desejem aplicar técnicas de DGPI devem possuir ou articular-se com equipa multidisciplinar que inclua especialistas em medicina da reprodução, embriologistas, médicos geneticistas, citogeneticistas e geneticistas moleculares.

A lei espanhola, por sua vez, disciplina as “técnicas terapêuticas no pré-embrião” em seu artigo 13, da seguinte forma:

1. Qualquer intervenção com fins terapêuticos sobre o pré-embrião vivo ou em vidro somente poderá ter como finalidade o tratamento de uma enfermidade ou impedir sua transmissão, com garantias razoáveis e comprovadas.

2. A terapia a ser realizada nos pré-embriões em vidro somente será autorizada se forem cumpridos os seguintes requisitos:

a) que os pais, ou se for o caso, a mulher somente, tenham sido devidamente informados sobre os procedimentos, provas diagnósticas, possibilidades e riscos da terapia proposta e que as tenham aceito previamente.

b) que se tratem de doenças com diagnóstico preciso, de prognóstico grave ou muito grave e que ofereçam possibilidades razoáveis de cura ou melhora.

c) que não se modifiquem as características hereditárias, nem se busque a seleção dos indivíduos ou da raça.

d) que se realizem em centros sanitários autorizados e por equipes qualificadas e dotadas dos meios necessários, conforme seja determinado em decreto.

¹⁰⁸ “Risco elevado de doença genética ligada ao sexo, e para a qual ainda não seja possível a detecção directa por diagnóstico pré-natal ou diagnóstico genético pré-implantação, ou quando seja ponderosa a necessidade de obter grupo HLA (*human leukocyte antigen*) compatível para efeitos de tratamento de doença grave”.

¹⁰⁹ Doença no número de cromossomos, responsável entre outras doenças pela Síndrome de Down.

3. A realização destas práticas em cada caso requererá autorização da autoridade sanitária correspondente, com prévio informe a Comissão Nacional de Reprodução Humana Assistida.

Comparando as duas legislações, percebe-se que a espanhola é mais cuidadosa, visto que exige o consentimento informado e prévia comunicação às autoridades de saúde.

No Canadá, a lei não é tão minuciosa, tratando do problema no tópico referente às chamadas atividades proibidas, descrevendo que não se pode, com o propósito de criar um ser humano,

...adotar qualquer providência ou fornecer, prescrever ou administrar qualquer coisa que possa melhorar ou incrementar a possibilidade de que o embrião venha a ser de determinado sexo, ou que possa identificar o sexo de embrião em vidro, exceto para prevenir, diagnosticar ou tratar doenças ou desordens relacionadas ao sexo.

Por seu turno, as disposições legais finlandesas proíbem a pesquisa com embriões, mas autoriza, não considerando pesquisa a observação de gametas e embriões com o propósito de aumentar as chances de sucesso nos procedimentos de fertilização, bem como a verificação dos embriões a fim de verificar não serem portadores de doença grave, nem de doenças que possam ser relacionadas ao sexo do embrião.

No Brasil, o Projeto de Lei 1.135/2003¹¹⁰ assim dispõe:

Art. 15. As técnicas de reprodução assistida também podem ser utilizadas na prevenção e tratamento de doenças genéticas ou hereditárias, quando perfeitamente indicadas e com suficientes garantias de diagnóstico e terapêutica.

§1º Toda intervenção sobre pré-embriões in vitro, com fins diagnósticos, não poderá ter outra finalidade que a avaliação de sua viabilidade ou detecção de doenças hereditárias, sendo obrigatório o consentimento informado do casal.

§ 2º Toda intervenção com fins terapêuticos, sobre pré-embriões in vitro, não terá outra finalidade que tratar uma doença ou impedir sua transmissão, com garantias reais de sucesso, sendo obrigatório o consentimento informado do casal.

¹¹⁰ Repetindo os mesmos dispositivos, só que no artigo 12 está o Projeto de Lei 2.061/2003.

Fazendo previsão mais genérica, por seu turno, está o artigo 5º do Projeto de Lei 2.061/2003, assim redigido: “É vedado o uso das técnicas de Reprodução Humana Assistida com a intenção de selecionar sexo, ou qualquer outra característica biológica ou étnica do futuro nascituro, exceto quando se trate de evitar doenças.”

Por fim, o Projeto de Lei 1.184/2003 apenas se refere a exames para detecção do sexo do embrião, prevendo no artigo 15 que: “A pré-seleção sexual será permitida nas situações clínicas que apresentarem risco genético de doenças relacionadas ao sexo, conforme se dispuser em regulamento.”

Percebe-se, assim, que as previsões são diversas, mas todas têm em comum uma mesma mentalidade, qual seja, de evitar a transmissão de doenças hereditárias.

Comentando os exames prévios e também analisando os aspectos morais, verifica-se a opinião de Roberto Wider¹¹¹:

O DPI (diagnóstico pré-implantatório) é um método de análise do genoma de um novo ser, realizado após a fecundação *in vitro*, previamente à implantação do embrião, o que, geralmente, ocorre a partir do sétimo dia, após a fecundação.

Esta técnica de diagnóstico foi desenvolvida como alternativa ao diagnóstico pré-natal, para casais em risco de transmitir doenças geneticamente herdadas à sua futura prole.

Até pouco tempo, as opções para se fazer um diagnóstico pré-natal se limitavam à amniocentese ou biópsia vilo corial. O diagnóstico pré-implantatório representa um grande salto de progresso técnico, uma vez que permite investigar a composição genética de um embrião formado *in vitro*, antes de sua implantação no útero de uma mulher. Tal implica, portanto, que embriões com “características genéticas indesejadas” podem ser descartados, para que apenas embriões “saudáveis” sejam implantados. A partir desse tipo de diagnóstico é possível, também, trocar genes não necessariamente disfuncionais, mas que o casal envolvido não quer, preferencialmente, em seus filhos.

Vemos, desde já, que com esta revolucionária técnica criou-se, paralelamente, uma série de problemas de natureza ética, os quais ultrapassam, em muito, o limite legítimo da busca por saúde, e avançam celeremente rumo ao perigoso território das “escolhas” de componentes genéticos que determinarão as características do indivíduo a “ser”.

¹¹¹ WIDER, Roberto. *Reprodução assistida – aspectos do biodireito e da bioética*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 14-16.

[...]

Abriu-se, logicamente, aqui um terreno fértil para a “triagem dos embriões *in vitro*”, a fim de escolher o “mais perfeito”. Tal acarreta, necessariamente, a discussão sobre a vantagem de ter mais certeza da correção genética do embrião pré-implantado, do que recorrendo, como antes se fazia, ao diagnóstico pré-natal, descartando a gravidez “sob recomendação médica”, caso o feto fosse portador de “anomalia grave”.

Sendo esta uma questão que mobiliza imenso interesse a todos que desejam ter filhos, é óbvio que a função desempenhada pelo DPI irá se ampliar, acompanhada das evoluções técnicas sem limites definidos com clareza, sobre os quais ainda haverá muito o que ponderar, haja vista as implicações éticas de tais processos.

O DPI não tem por meta identificar a presença de certa característica em um embrião como faz o DPN com o feto, mas antes demonstrar quais embriões *in vitro* são portadores dessa característica.

É função, por conseguinte, seletiva. O uso de DPI traz a possibilidade de se caracterizar uma população de embriões a partir de uma perspectiva “positiva” (separando os embriões não portadores de “males”) e “negativa”, descartando os embriões portadores de qualquer mal ou características não desejadas num futuro ser, trazendo à luz outros, com determinado padrão de saúde.

Maria Helena Diniz¹¹², explica que...

...a *terapia genética de células germinativas* (TGCG) realiza-se na fase pré-implantatória, quando o zigoto apresenta algumas células, ou antes da fertilização, atuando sobre o espermatozóide, o óvulo ou pré-embrião (célula totipotente), que ainda não alcançou uma fase de desenvolvimento celular diferenciado, com o objetivo de corrigir a anomalia genética que neles esteja configurada, mudando em definitivo o genoma; conseqüentemente tal técnica terapêutica poderá afetar o embrião ou aquele que advier dessas células, bem como sua descendência, pois haverá o risco de se criar nova anomalia genética hereditária ou cancerígena.

[...]

A *eugenética* é uma tecnociência gerada do encontro entre genética, biologia molecular e engenharia genética. Pode ser *negativa*, se voltada para a cura e prevenção de doenças e malformações genéticas, ou *positiva*, se buscar a melhoria das competências humanas, como inteligência, memória, criatividade, traços do caráter ou outros caracteres psicofísicos.

O eugenismo é a forma ideológica e utópica da eugenética, ou melhor, a convicção da possibilidade da substituição dos maus genes pelos bons, criando uma nova espécie de humanidade livre de sofrimento e doenças hereditárias e enaltecendo a terapia genética em células germinais, olvidando que ela não é o único caminho para

¹¹² DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, pp. 410, 417-418.

tratamento daquelas enfermidades, pois os fatores ambientais também desempenham um papel importante junto a estas. Com isso veio a inaugurar a prática do *screening* genético pré-natal para obter informações sobre anomalias hereditárias por meio da análise do mapa genético da pessoa para a tomada de decisões sobre o futuro feto ou sobre se seria conveniente ou não ter filhos, atingindo assim a “saúde perfeita”, que pretende refutar a fatalidade da doença e da morte pela eliminação de indivíduos tidos como inaptos física ou mentalmente. Essa utopia procura o melhor dos mundos, composto por pessoas geneticamente modificadas, e novas linhagens de seres humanos mais *performantes*, graças à possibilidade de a biotecnologia substituir o genótipo. Desse modo, surge o *espectro do eugenismo*, ou de um biopoder, que, na verdade, ao buscar o ser humano perfeito, coisificando-o, constituiu um Jano de duas faces, ressuscitando uma medicina sem humanidade, como aquela que, na época do nazismo, propugnava as práticas eugenistas em busca da pureza da raça ariana.

Todavia, não se pode deixar de mencionar que nenhum dos projetos de lei brasileiro autoriza a manipulação genética, a qual, aliás, é expresamente proibida, a teor do artigo 6º, incisos II e III da Lei 11.105/2.005, chamada Lei de Biossegurança. Com efeito, dispõe o referido texto que fica proibido:

II – engenharia genética em organismo vivo ou manejo **in vitro** de ADN/ARN natural ou recombinante, realizado em desacordo com as normas previstas nesta Lei;

III – engenharia genética em célula germinal humana, zigoto ou embrião humano.

Assim, embora os projetos prevejam a possibilidade da descoberta da existência de doenças genéticas prévias à colocação do embrião no útero, tal não significa que há direito de alterar o material genético do embrião.

Aliás, conforme já mencionado no capítulo relativo ao destino dos embriões excedentários, o que se permite é única e exclusivamente a utilização dos embriões inviáveis, ou congelados há mais de três anos, para fins de pesquisa com células-tronco.

A respeito, Erik Gramstrup¹¹³ comenta que:

¹¹³ GRAMSTRUP, Erick Frederico. *Responsabilidade civil na engenharia genética*. São Paulo: Editora Federal, 2006, p. 256.

Um dos pontos mais delicados da Lei n. 11.105/2005, que merece consideração à parte, está na guinada relativa à pesquisa com o emprego de embriões humanos.

Na legislação revogada, a produção, armazenamento, ou manipulação deles, para servir como material biológico disponível, era simplesmente proibida.

A lei novel abre uma exceção, em seu artigo 5º. Está claro, porém, que é a única admitida, pois o art. 6º., III, proíbe genericamente a engenharia genética em embrião humano, e o art. 24 considerada crime, punível com detenção e multa, o uso dele em desacordo com o precitado art. 5º.

No que consiste, então, essa ressalva? Ela tem em vista a clonagem terapêutica, isto é, a produção massiva de células e tecidos, com finalidades médicas, a partir de células indeterminadas e aptas para esse fim, conhecidas pela designação de células-tronco (*stem cells*).

Discorrendo sobre o mesmo tema, Maria Helena Diniz¹¹⁴ assim expõe sua posição:

O embrião, por ter todos os atributos da espécie humana, merece a proteção de sua vida, integridade física e dignidade (CF, arts. 1º, III e 5º, III), sendo inadmissível qualquer investigação experimental, com objetivo alheio à própria terapia, no útero ou fora dele. Somente seria permitido um tratamento experimental destinado à sobrevivência do embrião, ao desenvolvimento de um sadio ou à superação ou correção de alguma moléstia grave de que seja portador, mediante técnicas de manipulação genética. A transferência de genes à substância embrionária humana por razões de terapia gênica, pela utilização de um vírus manipulado em laboratório como vetor para introduzir o DNA, integrando o genoma e operando uma mutação que se incorpora ao patrimônio genético do embrião e, conseqüentemente, à sua descendência, não poderá ser autorizada por implicar alteração da dotação celular daquele embrião. Diante disso, por ser contrário à dignidade da pessoa humana, não se poderia admitir que embriões sejam manipulados geneticamente sem que haja qualquer finalidade terapêutica, pois isso equivaleria à instrumentalização do ser humano que, então, converter-se-ia num mero experimento. Conseqüentemente, não se poderia permitir qualquer procedimento dirigido à seleção da raça ou à escolha ou mudança de sexo ou caracteres somáticos (Código de Ética Médica, art. 122), e muito menos à criação de seres idênticos, por meio de partenogênese, clonagem ou fissão genelar. Proibida está a transferência ao útero de embrião geneticamente manipulado, salvo se a manipulação se deu para implementação de uma terapia destinada a solucionar, corrigir ou diminuir os efeitos de uma enfermidade congênita ou hereditária, como, por exemplo, a distrofia

¹¹⁴ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, pp. 430-431.

muscular de Duchenne ou a hemofilia, que só é sofrida por pessoa do sexo masculino. Tudo isso deve ser respeitado em prol da intangibilidade do patrimônio genético, da saúde, da integridade corporal e da vida do futuro ser humano.

É interessante, ainda, a análise da posição de Roger Abdelmassih¹¹⁵, médico praticante de procedimentos de reprodução assistida, no que se refere especialmente à seleção do sexo do embrião:

Segundo ele, há indicações médicas para determinação do sexo, para evitar doenças como Distrofia Muscular de Duchenne e Atrofia Muscular bulboespinal, dentre outras.

Entretanto, cita o referido médico estudo realizado pela Sociedade Européia de Reprodução Assistida e Embriologia, segundo o qual, de vinte e um centros de reprodução assistida, quatro se manifestam a favor do que chamou de “determinação social do sexo”, citando argumentos como o equilíbrio do sexo das famílias e que, segundo estes mesmos centros, “seria melhor desprezar embriões do sexo não desejado do que mais tarde o casal provocar um aborto pelo mesmo motivo”.

Lembre-se, por fim, que tanto a Resolução 1.358/92 como o novo Código de Ética Médica proíbem a criação de embriões para fim de seleção de sexo, o que não retira, contudo, a possibilidade do diagnóstico pré-implantatório, o qual está expressamente previsto Capítulo VI, assim descrito:

As técnicas de RA também podem ser utilizadas na prevenção e tratamento de doenças genéticas ou hereditárias, quando perfeitamente indicadas e com suficientes garantias de diagnóstico e terapêutica.

1 – Toda intervenção sobre pré-embriões *in vitro*, com fins diagnósticos, não poderá ter outra finalidade que a avaliação de sua viabilidade ou detecção de doenças hereditárias, sendo obrigatório o consentimento informado do casal.

2 – Toda intervenção com fins terapêuticos, sobre pré-embriões *in vitro*, não terá outra finalidade que tratar uma doença ou impedir sua transmissão, com garantias reais de sucesso, sendo obrigatório o consentimento informado do casal.

¹¹⁵ ABDELMASSIH, Roger. *Avanços em reprodução humana assistida*. São Paulo: Atheneu, 2007, p. 369-371.

3 – O tempo máximo de desenvolvimento de pré-embriões *in vitro* será de 14 dias.

Não se pode deixar de mencionar, por fim, que se durante a realização dos referidos exames, houver qualquer dano ao embrião, a responsabilidade por estes será única e exclusiva do médico, já que este é o unicamente dotado de conhecimentos técnicos específicos para assim proceder. A pretensão de divisão de responsabilidade com a mãe, ou responsáveis, utilizando-se de uma pretensa cláusula de não indenizar, ainda que expressamente prevista, afigura-se inaceitável, tanto em razão dos ditames do Código de Defesa do Consumidor, quanto em função dos próprios princípios da Bioética e da própria boa-fé contratual. A realização de exames, ainda mais em ser humano tão frágil, somente pode ser aceita se não oferecer riscos concretos para a saúde, ou vida do embrião, ou, em último caso, valendo-se o médico de verdadeiro estado de necessidade, para a correção de problemas que possam acarretar mal maior.

12 A DETERMINAÇÃO DA PATERNIDADE E A EXISTÊNCIA DE DIREITO A ALIMENTOS E SOBRE OS DIREITOS SUCESSÓRIOS

As técnicas de reprodução assistida não estão adstritas à existência de casamento ou união estável. Como visto no capítulo referente às condições subjetivas, apenas alguns países como Portugal e França condicionam o acesso à existência de casamento.

No Brasil, como já reiterado, não existem leis que disciplinem a reprodução assistida. Assim, os procedimentos podem ocorrer entre, naturalmente, pessoas casadas ou vivendo em união estável, bem como envolvendo mulheres e doadores¹¹⁶.

Quando se trata da inseminação homóloga, e havendo casamento ou união estável, a paternidade decorre do próprio consentimento na participação do tratamento, já que o material genético masculino é fornecido pelo próprio cônjuge ou companheiro que, não poderá, posteriormente, negar a paternidade do filho gerado.

Nesse sentido, veja-se a previsão feita na Resolução 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina a qual, como já dito, exige a concordância do cônjuge ou companheiro da mulher casada, ou vivendo em união estável.

O próprio Código Civil prevê presunções de paternidade nos tratamentos de reprodução assistida, em seu artigo 1597, incisos III, IV e V, o qual dispõe que:

Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:
III – havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;
IV – havidos a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;
V – havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha havido prévia autorização do marido.

¹¹⁶ Deve-se anotar, aqui, que o procedimento contrário, ou seja, envolvendo homens, óvulos doados e a “maternidade de substituição” somente seria admissível se a doadora não puder, por razões médicas, ser efetivamente a gestante. De todo modo, obviamente aqui não haveria problema da identificação paterna.

Por outro lado, na inseminação artificial heteróloga, os doadores, normalmente, não têm obrigações legais em relação ao nascimento de filho advindo do material genético doado. Isso ocorre porque, em regra, as doações são anônimas e as leis garantem acesso à sua identidade de forma excepcional, como já analisado para, por exemplo, fins de transplante.

Aliás, a própria Resolução 1.358/92, do Conselho Federal de Medicina, prevê que os doadores devem ter suas identidades preservadas, como visto no capítulo referente à reprodução heteróloga.

Porém, há interessante questão não analisada. A possibilidade de a mulher recorrer a doador conhecido como, por exemplo, um amigo. Nesse caso, poder-se-ia admitir a vinculação do doador ao feto gerado, por ser a receptora conhecida?

Parece-nos ser a resposta positiva. Ainda que a doação seja feita sob a condição do doador jamais ser responsabilizado, a criança que advier terá pai conhecido e, claramente, poderá exigir o reconhecimento de paternidade e os direitos daí advindos, inclusive o de alimentos.

Outro ponto importante diz respeito à utilização, por mulher casada, ou vivendo em união estável, de material genético de doador e o consentimento de seu cônjuge ou companheiro.

Sobre o tema, Guilherme Calmon Nogueira da Gama¹¹⁷ sustenta que:

Verificado, portanto, que em tese, os cônjuges podem ter acesso às técnicas de reprodução assistida heteróloga, surge a questão envolvendo a falta de consentimento expresso do marido na reprodução artificial heteróloga, no que concerne ao material fecundante dele e óvulo de outra mulher. Com a concepção através da fertilização *in vitro* de outra mulher, ocorre a gravidez na esposa que havia manifestado o seu consentimento, a despeito de não haver comentado com seu marido. Neste caso, a vontade do marido, como visto, é irrelevante, porquanto o parentesco dele relativamente à criança será fundado na consanguinidade e, desse modo, a vontade do homem não é considerada. O fundamento da paternidade-filiação será a consanguinidade, além de também poder ser considerado o risco inerente à situação matrimonial que esse se encontra notadamente quanto ao desenvolvimento unilateral do projeto parental de sua esposa que, de algum modo, conseguiu obter

¹¹⁷ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação. o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 772.

gametas de seu marido. Na hipótese contrária, ou seja, de mulher utilizar seu óvulo que será fecundado com sêmen de terceiro-doador, sem o consentimento do marido, a solução deve ser diversa. Nesta hipótese, haverá presunção de paternidade que poderá ser afastada por força da negatória de paternidade, mas pode ocorrer do marido, ciente da gravidez de sua esposa, assumir a paternidade da criança a nascer, e o fundamento da tal paternidade será o risco da situação matrimonial em que ele se encontrava, aliado à vontade manifestada por sua esposa para fins de dar efetividade ao projeto parental por ela desenvolvido.

Por sua vez, Eduardo de Oliveira Leite¹¹⁸ assim se posiciona sobre o tema:

A questão da inseminação heteróloga, dependendo da contribuição genética de um terceiro, alheio ao núcleo familiar, redimensiona a filiação não mais em torno de presunções legais (prazos de concepção ou coabitação, como querem os Códigos centrados no sistema clássico) ou verdades biológicas, mas favorece o consentimento do marido, aquilo que a Resolução n. 1358/92 chamou acertadamente de concordância “de maneira livre e consciente em documento de consentimento informado”. (Princípios Gerais, II, 1 e 2).

Se a filiação válida decorre de um projeto parental, é fundamental que se subordine a inseminação heteróloga, dada a participação de um terceiro doador, à manifestação clara e inequívoca do marido, interessado direto no estabelecimento de uma filiação desejada, querida, vivida com intensidade.

[...]

O consentimento, aqui mais do que nunca, revela-se elemento de fundamental importância, na medida em que determina ou exclui a legitimidade do procedimento.

Em não havendo consentimento do marido o que se configuraria? As posições tem se orientado em duas direções bem definidas; para uns, estamos diante do adultério; para outros, trata-se de injúria, capas de legitimar processo de separação.

[...]

Sempre na ótica de que a filiação é um projeto parental – do marido e da mulher – bilateral pois, torna-se inadmissível a aceitação de um ato decorrente da vontade unilateral e egoística de um só dos cônjuges.

Por isso mesmo, no Tribunal de Pádua (Itália), em 1959 julgou-se culpada de adultério uma mulher casada que se submeteu à inseminação artificial heteróloga sem consentimento do marido. Acusada de haver se submetido à fecundação artificial sem o consentimento do marido e, portanto, culpada de adultério, a sentença de primeiro grau (7/11/58) a absolveu. A parte vencida, porém, recorreu e viu provido seu apelo por decisão do mesmo

¹¹⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 368-370.

Tribunal, em sessão de 15/2/59, nos seguintes termos: “La fecondazione artificiale di Donna coniugata con seme di persona diversa dal marito e senza il di lui consenso costituisce adulterio.”¹¹⁹

[...]

A segunda possibilidade – que mais diretamente nos interessa neste momento do estudo – diz respeito à contestação da paternidade. Se o marido não concordou com a inseminação, abre-se-lhe a via da negatória de paternidade.

Ainda uma vez a concordância representa aqui papel decisivo: se houve consentimento do marido não há mais que se cogitar da possibilidade de tal ação. A anuência do mesmo é prova irrefutável que deseja o filho e, portanto, não mais milita em seu favor tal recurso. A admissão desta ação corresponderia a uma superfecundação e incoerência criticáveis no mundo jurídico.

A esse respeito, vale citar também o pensamento de Maria Helena Diniz¹²⁰:

A impugnação da paternidade conduzirá o filho a uma paternidade incerta, pela impossibilidade de se estabelecer, devido ao segredo profissional médico e ao anonimato do doador do sêmen inoculado na mulher. A presunção de paternidade (CC, art. 1597, V) poderá ser excepcionalmente desconstituída por iniciativa do marido (CC, arts. 1600 e 1602); logo, seu consento seria irrelevante diante do *princípio da indisponibilidade do direito de família*. Há quem ache, como Holleaux, que tal anuência só será revogável até o momento da inseminação; feita esta, não poderá desconhecer a paternidade do filho de sua esposa; assim, a posterior pretensão impugnatória passaria a ser tida como uma conduta desleal e contraditória com a anterior. Essa solução parece ser mais razoável e justa ante a *doutrina dos atos próprios*, de Diez-Picasso, que se baseia no princípio geral de direito fundado na boa-fé e na lealdade do comportamento. Se se impugnar fecundação heteróloga consentida, estar-se-á agindo deslealmente, uma vez que houve deliberação comum dos consortes, decidindo que o filho deveria nascer. Tal comportamento, apesar de eticamente repugnante, não é juridicamente ilícito, porque nenhum ato voluntário poderá sê-lo se não for expressamente proibido por lei; deverá prevalecer como princípio de segurança das relações jurídicas, importando compromisso vinculante entre cônjuges de assumir a paternidade, mesmo com componente genético estranho, dando-se prevalência ao elemento institucional e não ao biológico.

¹¹⁹ Respeitado o momento histórico em que foi proferida referida decisão, entendemos que a hipótese, hoje em dia, não configuraria adultério, posto não haver quebra do dever de fidelidade estrito. Todavia, a hipótese poderia dar causa ao rompimento de vínculo com base em injúria, ou ainda na insuportabilidade da vida em comum.

¹²⁰ DINIZ, Maria Helena. *O Estado atual do biodireito*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 663-664.

Também colocando o consentimento como ponto central, Mônica Aguiar¹²¹ assim explica:

Enquanto na filiação decorrente de conjunção carnal, o critério biológico é o prevalente para fixar essa relação, na inseminação artificial, a vontade é, por excelência, o fator básico a ser utilizado.

Nos casos em que a paternidade não é unívoca, ou seja, em que haja uma paternidade genética distinta da social, a filiação deve ser determinada com fundamento na vontade dita procriacional.

A simples admissão da ação de desconhecimento da paternidade, quando haja sido alegada a ocorrência de coação ou outro vício, deve ser precedida, para proteger o filho gerado, de ação cautelar em que se prove, exclusivamente, que o consentimento foi viciado.

[...]

Disso decorre que deve ser superado o critério puramente biológico como primordial na fixação do direito à filiação para atribuir a paternidade e maternidade àqueles que, ao consentirem, deram ensejo ao nascimento de uma pessoa.

A vontade manifestada para essa finalidade específica engloba a assunção imediata de responsabilidade integral inerente ao poder familiar, não sendo autorizada a reversão dessa situação jurídica pela prática de ato diametralmente oposto.

Da mesma forma, mostrando ser o consentimento requisito essencial para a solução do caso, Paulo Lôbo¹²² escreve que:

O consentimento é irrevogável e jamais a paternidade pode ser impugnada pelo marido, não podendo este voltar-se contra o próprio ato, em violação da boa-fé, pois o *venire contra factum proprium* é repellido por nosso sistema jurídico. [...]

Por linhas invertidas, a tutela legal desse tipo de concepção vem fortalecer a natureza fundamentalmente socioafetiva, e não biológica, da filiação e da paternidade. Se o marido autorizou a inseminação artificial heteróloga não poderá negar a paternidade, em razão da origem genética, nem poderá ser admitida investigação de paternidade, com idêntico fundamento, máxime em se tratando de doadores anônimos. [...] A presunção de paternidade é absoluta, conforme o enunciado 258 da III Jornada de Direito Civil, 2004, do Conselho da Justiça Federal¹²³.

¹²¹ AGUIAR, Mônica. *Direito à filiação e bioética*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 93 e 97-98.

¹²² LÔBO, Paulo. *Famílias*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.204-205.

¹²³ Assim redigido: "258 – Arts. 1.597 e 1.601: Não cabe a ação prevista no art. 1.601 do Código Civil se a filiação tiver origem em procriação assistida heteróloga, autorizada pelo marido nos termos do inc. V do art. 1.597, cuja paternidade configura presunção absoluta.

Do mesmo modo entende Heloísa Helena Barboza¹²⁴: “O consentimento do marido vem se revelando fator decisivo para a determinação da paternidade em face da inseminação artificial heteróloga, não prevalecendo sentido estrito a presunção legal.

Apesar dos problemas já referidos, os Projetos de Lei brasileiros não os tratam com profundidade. Verifica-se, por exemplo, que os Projetos 1.135/2003 e 1.184/2003 tratam da questão da mesma forma, apenas em artigos diferentes (respectivamente, 17 e 16), assim dispondo:

“Será atribuída aos beneficiários a condição de paternidade plena da criança nascida mediante o emprego de técnica de Reprodução Assistida.

§1º A morte dos beneficiários não restabelece o poder parental dos pais biológicos.”

No exterior, entretanto, a questão é tratada de modo mais específico:

A legislação portuguesa que, lembre-se, restringe o acesso aos procedimentos de reprodução assistida às pessoas casadas ou vivendo em união estável, refere-se à paternidade na fertilização heteróloga da seguinte forma (artigo 20):

1- Se da inseminação a que se refere o artigo anterior vier a resultar o nascimento de um filho, é este havido como filho do marido ou daquele vivendo união de facto com a mulher inseminada, desde que tenha havido consentimento na inseminação, nos termos do artigo 14º, sem prejuízo da presunção estabelecida no artigo 1826º do Código Civi¹²⁵l.

2- Para efeitos do disposto no número anterior, e no caso de ausência do unido de facto no acto de registro de nascimento, pode ser exibido, nesse mesmo acto, documento comprovativo de que aquele prestou o seu consentimento nos termos do artigo 14º.

3- Nos casos referidos no número anterior, no registro de nascimento é também estabelecida a paternidade de quem prestou o consentimento nos termos do artigo 14º.

4 – Não sendo exibido o documento referido no n. 2, lavra-se registro de nascimento apenas com a maternidade estabelecida, caso em que, com as necessárias adaptações, se aplica o disposto nos

¹²⁴ BARBOZA, Heloísa Helena. *A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização “in vitro”*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1993, p. 60.

¹²⁵ Assim redigido em seu item 1: “*Presume-se que o filho nascido ou concebido na constância do matrimônio da mãe tem como pai o marido da mãe.*”

artigos 1864^o a 1866^o ¹²⁶ do Código Civil, apenas com vista a determinar a existência de consentimento sério, livre e esclarecido, prestado por qualquer meio, à inseminação e conseqüente estabelecimento da paternidade de quem prestou o consentimento.

5 – A presunção de paternidade estabelecida nos termos dos ns. 1 e 2 pode ser impugnada pelo marido ou aquele que vivesse em união de facto se provado que não houve consentimento ou que o filho não nasceu da inseminação para que o consentimento foi prestado.

A Lei espanhola, por sua vez, prevê no artigo 8 o que chama de determinação legal da filiação, nos seguintes termos:

1. Nem a mulher progenitora nem o marido, quando tiverem prestado seus consentimentos formais, prévios e expressos a determinada fecundação com contribuição de doador ou doadores, poderão impugnar a filiação matrimonial do filho nascido como consequência de referida fecundação.

2. É considerado escrito inegável para os fins previstos no artigo 49 da Lei de Registro Civil o documento emitido ante o centro de serviço autorizado em que obtenha o consentimento à fecundação com contribuição de doador prestado por homem não casado, antes da utilização de referidas técnicas. É desnecessária a postulação judicial de paternidade.

3. A revelação da identidade do doador, que se proceda conforme o artigo 5.5¹²⁷ desta Lei não implica em nenhum caso determinação legal da filiação.

Os problemas referentes aos alimentos estão, aqui, então, diretamente ligados ao consentimento. Se há consentimento, imoral e desprovida de razoabilidade a negação da paternidade. Todavia, se o mesmo não foi previamente obtido, e a mulher vem a engravidar sem o conhecimento de seu marido ou companheiro, não há, mais uma vez e no sentido oposto, razão para obrigá-lo.

Expostos os aspectos da paternidade na reprodução heteróloga, passa-se agora à exposição de duas outras relevantes questões que podem ocorrer na reprodução homóloga:

¹²⁶ Referentes à investigação de paternidade.

¹²⁷ Circunstâncias de risco à vida ou à saúde do filho.

A primeira delas, diz respeito ao casal que mantém sêmen ou embrião congelado e vem a romper referido relacionamento. Será possível à mulher engravidar, mesmo sem o consentimento de seu antigo cônjuge ou companheiro?

O problema, aqui, parece ser o da inseminação sem autorização do cônjuge ou companheiro.

Embora nosso Código Civil não faça distinção e, na prática, o uso do embrião sem o consentimento não altere a paternidade, não nos parece razoável nem lógico exigir que aquele que tem o seu sêmen, ou embrião implantado sem seu consentimento, possa ter que assumir as obrigações decorrentes do poder familiar.

Poder-se-ia argumentar, nos casos de utilização de embrião congelado, que o fato de fornecer material genético para a sua formação já autoriza previamente a implantação. Todavia, a nosso ver, assim somente poderia acontecer se, ao invés de embrião congelado, houvesse a implantação do embrião em sequência à sua formação.

Em caso contrário, e dada a ausência de regulamentação legal, para que não houvesse discussões sobre a legitimidade da própria gravidez deveria haver outro termo prévio de consentimento, desta vez, ao descongelamento e à própria implantação.

Nenhuma lei enfrenta a questão de forma clara. De todo modo, as leis que restringem o acesso aos procedimentos de reprodução assistida somente a pessoas casadas, ou vivendo em união estável, não admitiriam tal situação, uma vez que, é claro, tais requisitos não se encontrariam presentes no momento da fecundação propriamente dita.

Mas e nos países em que não há tal regulamentação?

Parece-nos claro que não há como negar a paternidade. Embora a gravidez venha a ocorrer quando o casal já não está mais convivendo, o material genético pertence ao homem e foi obtido com seu consentimento. Sendo assim, embora possa não existir “paternidade afetiva”, a biológica é inegável.

E se a criança daí nascida vier a necessitar de alimentos, poderá requerê-los? Mais uma vez, a resposta é positiva, fundada novamente no fato de que não há como negar a paternidade, embora esta não tenha sido desejada.

A solução dos problemas supra expostos passa, necessariamente, por um acordo entre o casal, que deverá optar pela manutenção da criopreservação dos gametas, ou do embrião, ou então, se presentes os requisitos legais, encaminhá-los para pesquisas com células-tronco ou para “adoção”.

Entretanto, caso não haja concordância e, mesmo assim, a gravidez ocorra, resta ao pai a possibilidade de buscar o ressarcimento civil pelos prejuízos causados por ato de sua antiga esposa, ou companheira.

A segunda questão a ser enfrentada é a inseminação ocorrida após a morte do “pai”.

Os Projetos de Lei brasileiros não trazem qualquer previsão sobre o problema.

No exterior, entretanto, a questão é enfrentada, conforme se verá a seguir:

O artigo 9 da lei espanhola trata da “premorência do marido”, assim dispondo:

1. Não se poderá determinar legalmente a filiação nem reconhecer efeito jurídico algum entre o filho nascido pela aplicação das técnicas reguladas nesta Lei e o marido falecido quando o material reprodutor deste não se ache no útero da mulher por ocasião da morte do homem.

2. Não obstante o previsto no parágrafo anterior, o marido poderá prestar seu consentimento, no documento a que se refere o artigo 6.3, por escritura pública, testamento ou documento de instruções prévias, para que seu material reprodutor possa ser utilizado em até 12 meses seguintes ao seu falecimento para fecundar a sua mulher. Referida gravidez produzirá os efeitos legais que derivam da filiação matrimonial. O consentimento para aplicação das técnicas nestas circunstâncias poderá ser revogado a qualquer momento até a realização das mesmas.

Se presume outorgado o consentimento a que se refere o parágrafo anterior quando o cônjuge supérstite havia se submetido a um procedimento de reprodução assistida e se preparado para a transferência dos pré-embriões constituídos anteriormente ao falecimento do marido.

3. O homem não unido por vínculo matrimonial poderá fazer uso da possibilidade prevista no parágrafo anterior; dito consentimento servirá como título para iniciar o expediente previsto no artigo 49 da Lei de Registro Civil, sem prejuízo da ação judicial de investigação de paternidade.

A legislação portuguesa, por sua vez, é mais restritiva, assim dispondo (artigos 22 e 23 – “inseminação *post mortem*” e “*paternidade*”):

1 – Após a morte do marido ou do homem com quem vivia em união de facto, não é lícito à mulher ser inseminada com sêmen do falecido, ainda que este haja consentido no acto de inseminação.

2 – O sêmen que, com fundado receio de futura esterilidade seja recolhido para fins de inseminação do cônjuge ou da mulher com quem o homem vivia em união de facto é destruído se aquele vier a falecer durante o período estabelecido para a conservação do sêmen.

3 – É, porém, lícita a transferência *post mortem* de embrião para permitir a realização de um projecto parental claramente estabelecido por escrito antes do falecimento do pai, decorrido que seja o prazo considerado ajustado à adequada ponderação da decisão.

Artigo 23º

1 – Se da violação da proibição a que se refere o artigo anterior resultar gravidez da mulher inseminada, a criança que vier a nascer é havida como filha do falecido.

2 – Cessa o disposto no número anterior se, à data da inseminação, a mulher tiver contraído casamento ou viver há pelo menos dois anos em união de facto com homem que, nos termos do artigo 14º, dê o seu consentimento a tal acto, caso em que se aplica o disposto no nº 3 do artigo 1839º do Código Civil.

Comentando referidos artigos da lei portuguesa, Paulo Nascimento¹²⁸ escreve que:

O art. 22º/1 vem afirmar, numa determinada leitura, que o direito a procriar cessa com a morte. Como direito pessoal que é, outra solução não faria sentido. Esta proibição acarreta a necessidade de destruição dos gâmetas masculinos, recolhidos em vida (art. 22º/2). Em tais gâmetas, não há um embrião, motivo pelo qual a tutela jurídica do embrião não lhes é aplicável.

A proibição da inseminação artificial *post mortem* foi sustentada tanto pelo Conselho Nacional de Ética Para as Ciências Da Vida como pela Associação Portuguesa de Bioética. A subsidiariedade das técnicas de PMA – princípio consagrado no art. 4º/1 – impede que

¹²⁸ NASCIMENTO, Paulo. *Escritos de direitos das famílias: uma perspectiva luso-brasileira apud DIAS, Maria Berenice; PINHEIRO, Jorge Duarte.*(Coordenadores). *Escritos de direito das famílias: uma perspectiva luso-brasileira.* Porto Alegre: Magister, 2008, p. 224-225.

inseminação *post mortem* possa ser vista como um modo de permitir a procriação a quem não pode recorrer à procriação pelo acto sexual normal. Não sendo naturalmente possível a procriação após a morte, a através do acto sexual normal, veio na mesma linha o legislador proibir a PMA em tal momento.

Por outro lado, sustentou-se que a admissibilidade de inseminação póstuma levaria à criação de herdeiros, ou que seria motivada por intuítos pouco altruístas (nomeadamente o medo da solidão) por parte do membro sobrevivente do casal ou da união de facto, o que traduz, de certa forma, uma *secundarização* dos interesses da criança que viria a nascer. Resulta, assim, da proibição legal e dos fundamentos à mesma subjacentes, a ideia de biparentalidade, que o legislador quis salvaguardar.

O nº 2 do art. 23º já não se refere a um caso de inseminação homóloga: segundo o que aí se estabelece, a criança nascida da inseminação feita com esperma do falecido será havida como filha do homem com quem a mãe haja casado antes do acto de inseminação, ou que com esta vivesse em união de facto há, pelo menos, dois anos e o mesmo haja consentido a inseminação – caso em que será de se aplicar o art. 1839º/3 CC.¹²⁹

A Nova Lei Inglesa, entretanto, inovou, sendo a única a admitir, por exemplo, que a criança possa ser registrada como tendo duas mães.

A primeira inovação reside no consentimento do cônjuge, já que a chamada seção 35 define como pai, em estando a mulher casada no momento do tratamento e não sendo o sêmen advindo de doador, o cônjuge “ao menos que seja demonstrado que ele não consentiu” com a colocação do embrião, do esperma ou dos óvulos, ou com o próprio tratamento de inseminação.

Traz também a lei inglesa a chamada paternidade consentida (seção 37), dispondo que o homem que der seu consentimento para ser tratado como pai de qualquer criança advinda de tratamento fornecido à mulher, com o consentimento também desta (sendo ambos por escrito e sujeitos à reconsideração), será considerado pai, desde que a mulher não tenha, antes do nascimento, consentido que outro homem, ou mesmo outra mulher seja tratada como pai, ou mãe.

A inseminação *post mortem* também possui diversas regras, que podem ser assim resumidas:

¹²⁹ “Não é permitida a impugnação de paternidade com fundamento em inseminação artificial ao cônjuge que nela consentiu.”

O pai, para ser assim tratado, deve ter autorizado por escrito, e não retirado referida autorização, a utilização do seu sêmen ou embrião, para período posterior ao seu falecimento.

Por outro lado, se o sêmen tiver sido fornecido por doador, o embrião deve ter sido gerado quando a mulher estava casada e, ainda, seu cônjuge deve ter consentido, do mesmo modo, com a implantação após seu falecimento.

Afora tais questões, semelhantes às postas nos outros países, o Reino Unido autorizou, por esta lei, na prática, que a criança seja registrada como tendo duas mães. Trata-se do capítulo denominado “hipóteses nas quais a mulher pode ser a outra mãe” (Seções 42 a 47).

Parte a lei do pressuposto de que se a mulher submetida a tratamento estiver vivendo uma chamada relação civil, equivalente à união estável, a outra participante deverá ser considerada também como mãe, mesmo que ela não consinta na realização do tratamento.

Do mesmo modo que prevê a chamada paternidade consentida com relação ao homem, também o faz a lei quanto à mulher, estipulando que se nenhum homem ou mulher forem considerados “pais”, então outra mulher poderá assumir a, no caso, maternidade consentida.

Assim também ocorre com a inseminação após a morte, que deve ser precedida de consentimento por escrito da “segunda mãe”.

Finalmente, apenas para que dúvidas desnecessárias não fossem geradas, o último artigo menciona que, tirante as hipóteses supra mencionadas, a doadora de óvulo não deve ser considerada também como mãe da criança gerada no procedimento de fertilização.

Expostas referidas questões, faz-se necessário recordar que o artigo 1.597, III traz presunção de nascimento na constância do casamento quando se tratar de reprodução homóloga, mesmo que falecido o marido.

A respeito, Roberto Wider¹³⁰ aponta que:

¹³⁰ WIDER, Roberto. *Reprodução assistida – aspectos do biodireito e da bioética*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 81 e 84.

A hipótese tratada no inciso III diz respeito à inseminação *post mortem* utilizando-se o esperma congelado do marido. Já na segunda hipótese, prevista no inciso IV, diz respeito à utilização de embriões excedentes do casal, criopreservados e transplantados para o útero da mulher viúva, ocorrendo a nidação, após o falecimento do marido.

Outra questão que merece destaque diz respeito aos direitos sucessórios dos filhos nascidos através de fecundação *post mortem*. Nesse sentido, dispõe o artigo 1798 do Código Civil de 2002: “Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”.

Cotejando o artigo 1.597 e seus incisos III e IV com o artigo 1.798 do diploma brasileiro, de plano observa-se uma flagrante contradição entre tais dispositivos.

Em ambas as hipóteses de reprodução artificial homóloga póstuma não teria havido a concepção ao termo da abertura da sucessão e, portanto, a criança fruto de tais recursos da biotecnologia não seria contemplada na herança do pai.

Também comentando referidos dispositivos, Edison Tetsuzo Namba¹³¹ assim escreve:

O novo Código no artigo 1.597, nos incisos II a V, cuidou da “fecundação artificial homóloga”, “concepção artificial homóloga” e “inseminação artificial heteróloga”.

[...]

Na Jornada I, organizada pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, várias proposições de interpretação e mudança quanto ao artigo em foco foram realizadas. Orienta-se, por exemplo, a uma mudança de terminologia: “As expressões ‘fecundação artificial’, ‘concepção artificial’ e ‘inseminação artificial’ constantes, respectivamente, dos incisos III, IV e V do art. 1597 deverão ser interpretadas com ‘técnica de reprodução assistida’” (Enunciado n. 105).”.....

No âmbito das técnicas de reprodução assistida, substiu-se o contato sexual entre o casal pela vontade, ou pelo risco da situação jurídica, com presunção absoluta ou relativa de paternidade quanto ao marido, dependendo da manifestação expressa, ou implícita, de vontade (Enunciado n. 104).

As expressões *fecundação artificial*, *concepção artificial* e *inseminação artificial* devem ser interpretadas restritivamente, não abrangendo a utilização de óvulos doados e a gestação de substituição, conforme o Enunciado n. 257, da Jornada III.

No que tange à presunção estabelecida no art. 1597, inc. III, ela não é automática. Depende do fato que a mulher continue viúva e haja

¹³¹ NAMBA, Edison Tetsuzo. *Manuel de bioética e biodireito*. São Paulo: Atlas. 2009, pp. 120-122.

consentimento escrito do cônjuge-varão para a utilização de seu material genético após o seu falecimento (Enunciado n. 106).

Melhor seria uma mudança de redação quanto ao art. 1597, inc. III, para constar a expressão *havidos por fecundação artificial homóloga*, para observar os princípios da paternidade responsável e dignidade da pessoa humana, porque não é aceitável o nascimento de uma criança já sem pai. Retira-se, portanto, a expressão: *mesmo que falecido o marido*.

[...]

O art. 1.597, inc. IV, deveria ser revogado. O uso de embriões que sobram por quem já se separou ou divorciou provocará várias discussões. Além disso, tal como redigida a norma, apenas a mulher poderá utilizar-se daqueles embriões, ferindo-se o princípio da igualdade, tal qual prevê o art. 5º, inc. I, da Constituição Federal. Se não for possível a revogação, os embriões excedentários, somente poderão ser usados caso haja prévia autorização por escrito de cada um dos cônjuges (Enunciado n. 128).

Concordante é a opinião de Caio Mário da Silva Pereira¹³²:

Consideram-se filhos os havidos por inseminação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido (inciso III do art. 1.597). Neste caso o óvulo e o sêmen pertencem ao marido e à mulher, respectivamente. Este procedimento pressupõe o consentimento de ambos. Deve-se admitir, no entanto, a presunção de paternidade do marido falecido, se utilizado o material genético do falecido e esteja a mulher na condição de viúva, devendo haver ainda autorização expressa do marido.

Ainda sobre o tema, interessante a exposição feita por Guilherme Calmon Nogueira da Gama¹³³:

A respeito do inciso V, do artigo 1.597, do Código de 2002 – a presunção de que foi concebido na constância do casamento o filho havido por *inseminação artificial* heteróloga previamente consentida pelo marido -, é forçoso reconhecer que a melhor técnica legislativa seria a de considerar a certeza da paternidade, o que significaria a insuscetibilidade do marido impugnar a paternidade relativamente à criança nascida de sua esposa através de procriação assistida heteróloga previamente consentida. [...] Como foi analisado no

¹³² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 318.

¹³³ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação. o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 950–953.

capítulo próprio, o critério de estabelecimento da parentalidade-filiação decorrente de procriação assistida heteróloga não é o biológico no que toca ao ascendente que contribuiu com suas células reprodutivas para a formação do filho. Desse modo, ainda que o marido pretenda impugnar a paternidade relativamente ao filho, e prove biologicamente que não é o genitor da criança concebida e nascida de sua esposa, a paternidade foi estabelecida no momento da concepção e do início da gravidez.

[...]

Verifica-se, ainda, que o descuido do legislador na redação do texto do Código Civil de 2002 fez com que a hipótese da procriação assistida heteróloga, durante o casamento, sem prévio e expreso consentimento, não fosse formalmente contemplada no rol dos casos de presunção legal do art. 1.597, o que é lamentável.

[...]

Quanto ao inciso IV, do artigo 1.597, do novo Código Civil – a presunção de que foi concebido na constância do casamento o filho havido, a qualquer tempo, quando resultante de técnica de reprodução assistida homóloga, em se tratando de embrião excedentário – há mudança comparativamente ao sistema atualmente aplicável. O preceito contido no inciso IV se refere à criança concebida sem se enquadrar nos casos dos incisos I e II, do artigo 1.597, do Código, ou seja, fora dos prazos legais de presunção da matrimonialidade do filho. Neste caso, o preceito estabelece a regra da presunção da matrimonialidade desde que se trate de criança que se desenvolveu a partir de embrião excedentário, ainda que o nascimento ocorra em data posterior ao término dos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal – ou seja, por força de separação judicial ou divórcio -, porquanto a concepção do embrião ocorreu quando ainda existia a convivência do casal. Tal preceito deixa, corretamente, fora da presunção os outros casos envolvendo a reprodução assistida “homóloga” em que a ex-esposa se aproveita da técnica conceptiva com utilização do sêmen do ex-marido que foi por ele fornecido, ou por ela obtido em meio à relação sexual mantida entre o ex-casal. Nestes casos, não incidirá a presunção do artigo 1.597 – muito menos a do inciso IV – mas poderá ser obtido o reconhecimento – voluntário ou forçado – da paternidade com base no artigo 1.607, do Código de 2002, fundamentado na verdade biológica e no risco.

No que tange ao inciso III, do artigo 1.597, do Código Civil de 2002 – a presunção de que foi concebido na constância do casamento o filho havido por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido – deve-se entender que a lei reafirma, no âmbito da procriação assistida, a necessidade de desconsiderar a relação sexual – por inexistente – na filiação resultante de técnica de reprodução assistida. Diversamente do que ocorre com a procriação assistida heteróloga, não se exige o consentimento do marido exatamente porque o critério a ser observado será o biológico. É relevante anotar que a cláusula *mesmo que falecido o marido* deva ser interpretada tão somente para fins de estabelecimento da paternidade, observado o prazo-limite de trezentos dias da morte do ex-marido. Na eventualidade do nascimento ocorrer além do prazo

de trezentos dias da morte do marido, também deverá ser presumida a paternidade, mas tal não significa que a prática da inseminação ou fertilização *in vitro post mortem* seja autorizada ou estimulada no direito brasileiro, especialmente em razão dos efeitos deletérios que se poderão produzir relativamente à criança, inclusive sob o aspecto patrimonial. O preceito constante do inciso II, do artigo 1.597, do Código de 2002, não veio acompanhado de nenhuma regra que pudesse solucionar a questão dos direitos sucessórios do filho. Daí a prática da reprodução *post mortem* não pode ser considerada no âmbito do direito brasileiro, especialmente diante da violação ao disposto no artigo 227, § 6º, da Constituição Federal de 1988. Na justificação dos incisos III e IV, do artigo 1.597, do Código de 2002, há apenas referência à desnecessidade de qualquer autorização do marido para que incida a presunção legal de paternidade: “*No caso da inseminação artificial homóloga, não há negar inafastável responsabilidade do cônjuge varão em assumir a paternidade, esteja ele ou não em convivência conjugal, dispensando-se, a tanto, a sua autorização, para a presunção, certo que foi concebido o filho, artificialmente, no período de vida a dois, estão a salvo os direitos do nascituro desde a concepção (art. 2º do texto consolidado), inclusive o de ser gerado e de ser gestado e nascer*”. Nota-se, desse modo, que a preocupação foi apenas de reforçar a consideração da paternidade sobre o critério biológico, mas sem atentar para a circunstância de que não se trata de presunção relativa de paternidade, mas de presunção absoluta (ou certeza) de paternidade.

Apenas observamos que, respeitada a opinião supra, sob o estrito prisma do princípio da legalidade, não há vedação legal à inseminação após o falecimento do marido, seja com embrião ou sêmen congelados. A grande questão é que a presunção de nascimento na constância do casamento serve para gerar a paternidade, mas não para dar aos filhos nascidos desse procedimento eventuais direitos sucessórios, até porque não eram nascidos ao tempo da sucessão.

Nesse sentido, a presunção de concepção ao tempo do casamento, com a utilização de embriões ou gametas criopreservados esbarra em alguns fatores: o primeiro, o marido não estava vivo ao tempo da gravidez. O segundo, se o filho é tido como concebido quando havia casamento, e se, como se sabe, o casamento só termina com a morte ou com o divórcio, cria-se a incoerência de um filho concebido ao tempo do casamento, mas com o pai, na verdade, já falecido.

Todavia, a maior incoerência diz respeito ao direito sucessório, já que, de acordo com o artigo 1.798 do Código Civil, “legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da sucessão”. Em caso de uso de embrião

congelado, poder-se-ia entender que sua concepção foi anterior ao congelamento e o problema estaria superado. Mas, quando se trata da utilização do gameta masculino após a morte, a concepção seguramente será posterior, o que afasta a possibilidade de participação na sucessão. Esta solução, entretanto, entra em conflito com a presunção do artigo 1.597 porque, se a lei considera a concepção como ocorrida ao tempo do casamento e se, como já dito, para haver casamento é indispensável estar vivo, haveria a possibilidade de participação na sucessão.

Acreditamos que a forma de solução do conflito aparente de normas seja a interpretação em conjunto. A presunção de concepção durante o casamento tem como finalidade atestar a paternidade; quanto à sucessão deve prevalecer o disposto no artigo 1.798, com uma ressalva, qual seja, o embrião deve ser implantado.

Entendimento contrário importaria em grave insegurança jurídica, já que a herança ficaria sempre sujeita à novas divisões, dada a possibilidade de nascimento posterior, pelo menos enquanto viva a mãe, de “outro irmão” dos filhos do falecido.

Nesse sentido, José de Oliveira Ascensão¹³⁴, para quem:

...toda a estrutura da sucessão está arquitetada tendo em vista um desenlace da situação a curto prazo. Se se admitisse a relevância sucessória destas situações, nunca seria praticamente possível a fixação dos herdeiros e o esclarecimento das situações sucessórias. E a partilha que porventura se fizesse estaria indefinidamente sujeita a ser alterada.

Comentando o problema, Maria Helena Machado¹³⁵ assim expõe:

A questão da inseminação artificial *post mortem* que diz respeito ao sêmen extraído do marido em vida, mas usado somente após o seu falecimento, é uma das situações mais polêmicas originadas na área da fertilização artificial, não somente no campo da ética, mas principalmente, nos meios jurídicos.

[...].....

¹³⁴ ASCENSÃO, José Oliveira. *Problemas jurídicos da procriação assistida*. IN: Revista Forense. Rio de Janeiro: v. 328, ano 09, 1994, p. 79.

¹³⁵ MACHADO, Maria Helena. *Reprodução humana assistida: aspectos éticos e jurídicos*. 1ª ed. (ano 2003), 6ª tir. Curitiba: Juruá, 2008, p. 106-108.

A primeira pergunta que surge, nesse tipo de fecundação, é a de que, se o nascido através da inseminação com sêmen ou embrião congelado do marido ou companheiro e utilizado após a sua morte, pode ser considerado filho. Portanto, qual é a incidência deste método sobre a relação de paternidade e o direito do nascido a sucessão legítima?

O Código Civil prevê que, deve ser considerado filho, o nascido através da fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido (art. 1.597, III), bem como os nascidos a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários decorrentes de fecundação homóloga (art. 1597, IV).

A pergunta que é feita diante dessa possibilidade de nascimento, algum tempo depois da morte do pai, é: deverá estender-se ainda a esses casos a sucessão legítima?

[...]

Na forma em que se encontra estruturada atualmente a relação sucessória, não é possível permitir, na sucessão legítima, a filiação surgida *post mortem* decorrido o prazo legalmente previsto. Diante da impossibilidade sucessória do nascido do esperma ou embrião criopreservado depois da morte do progenitor, a fixação da filiação tem um significado limitado, não constituindo um vínculo familiar que tenha como conteúdo o poder paterno.

Em relação aos outros parentes em linha reta ou colateral, o vínculo seria relevante, não se negando uma verdadeira relação parental. Isso conseqüentemente, provocaria uma revolução nas relações familiares, visto que os filhos poderiam ser mais novos que os bisnetos. Dessa forma, todos os pressupostos da relação de parentesco estariam invertidos, e a relação sucessória seria alterada, não existindo nenhuma relação com os pais, quando a lei prevê como os continuadores naturais destes.

Mas esta previsão abrangerá o nascido posteriormente em consequência de crio-preservação de gametas do próprio testador? Pode-se afirmar que não abrange porque a lei civil brasileira prevê apenas a designação de filhos de outras pessoas, existentes ao abrir-se a sucessão e não de filhos do testador.

Considerando a forma prevista legalmente nesse sentido, também não seria possível a criança nascida através dessa forma de inseminação se considerada herdeiro porque, conforme o previsto no art. 1.798 do Código Civil brasileiro, só podem suceder por testamento as pessoas existentes ao tempo da morte do testador, muito embora se encontrem, entre essas pessoas, os nascituros já concebidos. Podem, também, suceder por testamento os nascituros ainda não concebidos, conforme prevê o art. 1.799, I da lei civil, se a disposição do testador se referir à prole eventual de pessoas por ele designadas e existentes ao abri-se a sucessão.

Sobre o mesmo tema, Sílvia da Cunha Fernandes¹³⁶ opina que:

A grande questão que se coloca neste caso seria a possibilidade de ocorrer a inseminação *post mortem*, pois com o advento da possibilidade da criopreservação de esperma, tornou-se possível gerar filhos mesmo após a morte do doador.

[...]

Em relação à obtenção e utilização do sêmen após a morte do doador, nos deparamos com um problema relativo ao status jurídico da criança advinda do procedimento, bem como os direitos sucessórios a ela inerentes; uma vez que após o nascimento com vida, a criança adquire personalidade jurídica (novo C.C., art. 2º, primeira parte), passando a ser sujeito de direito e obrigações, dentre os quais se encontra o de ter uma família (ECA, arts. 4º e 19); sendo este um direito personalíssimo indisponível, não estaria sendo garantido na inseminação *post mortem*.

A licitude do procedimento e sua utilização segundo o princípio da autonomia não devem ser questionadas, mas para que se possam determinar corretamente os vínculos de filiação nos parece imprescindível consentimento informado, mesmo existindo presunção legal neste sentido.

Este consentimento, entretanto, mesmo que obtido antes do falecimento não tem validade após a morte, pois conforme o novo Código Civil, artigo 6º, com a morte cessa a existência da pessoa natural, que deixa de ser sujeito de direitos e obrigações, por não ter mais personalidade jurídica.

[...]

Tal tipo de procriação daria ensejo a incontornáveis problemas relativos a herança e sucessão. Em decorrência disso, o relatório Warnock¹³⁷ decidiu que a criança que não se encontrasse no útero da mãe na data de falecimento do pai não poderá ser considerada filho para efeito de herança e sucessão do mesmo.

Dos pensamentos acima não discorda Maria Helena Diniz¹³⁸:

Na vigência do Código Civil de 1916 surgiram muitos problemas como: a criança seria filha de quem? Embora fosse filha genética do marido de sua mãe, seria, juridicamente, extramatrimonial, não teria pai, nem poderia ser registrada com filha matrimonial do doador, por ter nascido 300 dias após o óbito do marido? De lege lata, o inseminado *post mortem* seria filho extramatrimonial e somente da mãe. Poder-se-ia pretender nascimento de órfão? E, além disso,

¹³⁶ FERNANDES, Sílvia da Cunha. *As técnicas de reprodução humana e a necessidade de sua regulamentação jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 72-75.

¹³⁷ Documento elaborado no Reino Unido, em 1984.

¹³⁸ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 480-481.

mesmo com a solução dada pelo art. 1.597, III, do novo Código Civil, admitindo a presunção de filiação, será preciso não olvidar que o morto não mais exerce direitos nem tem deveres a cumprir. Não há como aplicar a presunção de paternidade, uma vez que o casamento se extingue com a morte, nem como conferir direitos sucessórios ao que nascer por inseminação post mortem, já que não estava gerado por ocasião da morte de seu pai genético (CC, art. 1.798). Do ponto de vista institucional, pouco importaria, então, a vontade dos genitores: a paternidade dependerá daquela presunção legal.

[...]

O filho concebido post mortem não teria, segundo o Código Civil de 1916, um lar sob o amparo dos pais, nem uma vida normal, pois poderia haver prejuízo para sua personalidade e integração social. Seria isso justo ou razoável?

Diante dessa polêmica o novo Código Civil, art. 1.597, III, para solucioná-la, passou a presumir concebido na constância do casamento filho oriundo de inseminação artificial homóloga, mesmo que o marido doador do sêmen já tenha falecido, mas entendemos que isso só seria possível se houver anuência do marido nesse sentido em instrumento público ou testamento¹³⁹.

Também mencionando o Relatório Warnock, mas concluindo em sentido contrário, Sérgio Antônio Ferraz¹⁴⁰ aduz que:

A doutrina comparada, em sua maioria de manifestações, tende a aportar direitos diferentes aos filhos quando a fecundação ou implantação do embrião ocorreu 'post mortem do marido' 'doador do sêmen'. Assim, e por exemplo, o informe Warnock, recomenda que só podem invocar direitos sucessórios os filhos que já estiverem, ainda que como embrião, no útero da mãe, à época da morte do pai.

No direito brasileiro, no qual constitucionalmente se veda a criação de qualquer discriminação entre os filhos, independentemente do critério pelo qual se deseje examinar o problema, a solução Warnock nos parece inadmissível.

Apenas para ressaltar, lembre-se que o sistema de presunções não é novo. Pontes de Miranda¹⁴¹, referindo-se ao sistema de presunções que vigorava por ocasião do Código de 1916 (e que, por razões lógicas, não fazia qualquer previsão sobre a reprodução assistida), já observava que:

¹³⁹ Referida exigência, embora não prevista na lei, de fato traria maior segurança jurídica.

¹⁴⁰ FERRAZ, Sérgio Antonio. *Manipulação biológica e princípios constitucionais: uma introdução*. Porto Alegre: Safe, 1991, p. 51.

¹⁴¹ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito de família, volume iii*. São Paulo: Max Limonad, 1947, p. 46-47.

A maternidade manifesta-se por sinais físicos inequívocos: a prenhez e o parto. Daí a máxima: *Mater sempre certa est*. A paternidade é, por sua natureza, oculta e incerta. Não havendo indícios, nem sendo fácil ao homem, como não no é, apurar de que pai procede o filho, a sociedade recorre à presunção. A paternidade tem, na constância da sociedade conjugal e dentro de prazos legais, presunção *iuris et de iure* (intermédia), que elide a sua incerteza, para que não fosse sempre insegura a filiação paterna..... Por isso mesmo, a regra *pater is est quem nuptiae demonstrat* não é, de ordinário, suscetível de prova em contrário. Assim o exigem a honra, a ordem social e a dignidade mesma do casamento.

O problema no direito português se assemelha ao nosso. Paulo Nascimento¹⁴² comenta que:

Havendo um embrião *no momento da abertura da sucessão*, o caso, ao que se parece, muda de figura. A tutela do embrião justificará que o mesmo seja considerado herdeiro legal do falecido. A própria LPMA¹⁴³ tutela o embrião, ao ponto de regular, no art. 9º, a utilização de embriões para fins de investigação, e, no art. 22º/3, a licitude da transferência de embriões “para permitir a realização de um projecto parental claramente estabelecido por escrito antes do falecimento do pai, decorrido que seja o prazo considerado ajustado à adequada ponderação da decisão”. Nestes casos, a tutela do embrião, assim como o facto de haver um projecto parental já estabelecido, permitem dizer que não obstante o nascimento só ocorrer, provavelmente, para além dos 300 dias após o falecimento, o embrião *já existia – criopreservado, contudo – no momento da abertura da sucessão*. Em bom rigor, dizemos que a criança a nascer será um sucessível legitimário e legítimo do falecido, por estar *literalmente prevista* no art. 2033º/1: *está concebido no momento da abertura da sucessão, embora a concepção tenha ocorrido fora do útero materno*.

Quanto aos alimentos, vale lembrar que no Brasil há lei prevendo o que se convencionou chamar de “alimentos gravídicos”, ou seja, que prevê a possibilidade de alimentos à mãe, enquanto durar a gravidez.

Nesses termos, e para o que interessa a este trabalho, assim prevê a Lei 11.804, de 5 de novembro de 2008:

¹⁴² NASCIMENTO, Paulo. *Escritos de direitos das famílias: uma perspectiva luso-brasileira apud DIAS, Maria Berenice; PINHEIRO, Jorge Duarte*.(Coordenadores). *Escritos de direito das famílias: uma perspectiva luso-brasileira*. Porto Alegre: Magister, 2008, p. 239-240.

¹⁴³ Lei sobre a Procriação Medicamente Assistida.

Artigo 2º. Os alimentos de que trata esta Lei compreenderão os valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto, inclusive as referentes à alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, a juízo do médico, além de outras que o juiz considere pertinentes.

[...]

Artigo 6º. Convencido da existência de indícios da paternidade, o juiz fixará alimentos gravídicos que perdurarão até o nascimento da criança, sopesando as necessidades da parte autora e as possibilidades da parte ré.

Parágrafo único. Após o nascimento com vida, os alimentos gravídicos ficam convertidos em pensão alimentícia em favor do menor até que uma das partes solicite a sua revisão.

Artigo 7º. O réu será citado para apresentar resposta em 5 (cinco) dias.

Evidente o propósito nobre e lógico da própria lei, que se baseia na necessidade no período de gravidez. Entretanto, para os aspectos da questão relacionada à reprodução assistida, repete-se aquilo que foi anteriormente escrito: se houve consentimento, existe paternidade irrevogável e, assim, há obrigação da alimentar, pouco importando se a reprodução se fez de forma homóloga ou heteróloga.

Dessa forma, afasta-se a possibilidade de impugnações a respeito da paternidade, possibilitando a efetivação dos dispositivos legais supracitados.

13 NATUREZA JURÍDICA DOS EMBRIÕES CRIOPRESERVADOS

Conforme já exposto, os embriões não implantados e aqueles que não forem descartados, por não se mostrarem viáveis, poderão ser criopreservados (mantidos sob congelamento, a cento e noventa e seis graus negativos, com utilização de nitrogênio).

Referido procedimento mantém, então, o embrião “viável”, ou seja, passível de gerar gravidez, se implantado.

O legislador brasileiro, com a edição da Lei 11.105/05, optou pelo prazo de três anos para diferenciar o que seria embrião viável do não viável, possibilitando a utilização do último para pesquisas com células-tronco.

Embora o prazo seja discutível, já que há informes da viabilidade do embrião congelado há tempo muito superior¹⁴⁴, permanece a questão quanto aos direitos do embrião antes desse período e se estes são dotados de personalidade civil

Nosso Código Civil exige, para o início da personalidade, o nascimento com vida, resguardando, desde a concepção, os direitos do nascituro (artigo 2º). Tal dispositivo já existia no Código Civil de 1916, correspondendo então ao artigo 4º.

Comentando tal questão, Vicente Ráo¹⁴⁵, assim escreveu:

Embora a personalidade do homem comece do nascimento com vida, a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro (CC, art. 4º). Quaisquer sinais de vida caracterizam o nascimento produtor de personalidade (simples vagidos, movimentos, inalação de ar e sua penetração nos pulmões e outros sinais de vida que, como tais, possam ser considerados pela ciência), pouco importando o tempo de sobrevivência do nascido, mesmo que alguns momentos pelas ele viva fora do ventre materno.

A proteção dispensada ao nascituro, isto é, ao ser concebido, mas ainda não nascido, não importa reconhecimento nem atribuição de

¹⁴⁴ Notícia publicada no UOL (Universo On Line) dá notícia de nascimento de criança advinda de embrião congelado há oito anos. Disponível em www.1.folha.uol.com.br/folha/ciencia/ult306u380351.shtml. Acesso em 22.11.2009.

¹⁴⁵ RÁO, Vicente. *O Direito e a vida dos direitos*. 4. ed. anotada e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Editora Revista Dos Tribunais, 1997, p.665.

personalidade, mas equivale, apenas, a uma situação jurídica expectativa, de pendência, situação que só com o nascimento se aperfeiçoa, ou, então, indica a situação ou fato em virtude do qual certas ações podem ser propostas, ou ao qual se reportam, retroativamente, os efeitos de determinados atos futuros.

Por sua vez, em obra de 1918, Spencer Vampré¹⁴⁶, expôs, obviamente sobre outro enfoque (direito à herança), a questão do nascituro, comentando que:

Os romanos nunca professaram que o nascituro se reputasse nascido, donde resultaria que pelo simples facto da concepção, adquirisse direitos, que só perderia pelo facto de nascer morto. Ao contrario, proclamavam que ninguém se reputa pessoa, a não ser depois de nascido, depois de completamente separado das vísceras maternas”.

[...]

É possível á vontade humana predeterminar certas transformações, subordinando-as a condições, isto é, a factos futuros e incertos.

Esses factos tanto podem ser apostos pela vontade livre das partes, como pela lei, e tanto se podem referir à relação jurídica como unidade, quanto alludir a um de seus elementos, o sujeito activo.

No caso de nascituro, v.g. as aquisições dos herdeiros legítimos estão sujeitas a esta condição: - nascer morto o nascituro. Si elle nasce vivo, a lei, inspirada na necessidade de lhe proteger a subsistência lhe defere, *no momento do nascimento*, direitos que seriam repartidos pelos herdeiros si elle não nascesse, e que se achavam suspenso sem que se pudessem attribuir a elle ou seus herdeiros.

Tudo dependia do facto futuro do nascimento, ou por outras palavras, o nascituro é um sujeito *potencial* de direitos.

Nota-se, então, que a previsão de resguardo dos direitos do nascituro assim ocorre porque o mesmo poderá nascer com vida, o que o tornará sujeito de direitos.

No caso dos embriões congelados, o problema, entretanto, é maior. Se, de um lado, eles já estão concebidos, de outro, não poderão, a não ser que implantados, nascer com vida.

Nesse sentido, Jussara Meirelles¹⁴⁷ mostra que:

¹⁴⁶ VAMPRÉ, Spencer. *Existe direito subjectivo sem titular?* São Paulo: Livraria e Officinas Magalhães, 1918, pp.62-74.

¹⁴⁷ MEIRELLES, Jussara. *A vida humana embrionária e sua proteção jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 134.

Os problemas referentes ao destino de embriões humanos concebidos e mantidos em laboratório afligem as pessoas humanas, fundamentalmente porque não há como afastar sua origem embrionária. Sob prisma diverso, a probabilidade de o embrião 'de proveta' vir a se tornar uma pessoa tal qual as já existentes é também fator determinante de preocupação em vê-lo amparado pela ordem jurídica estabelecida.

Em razão de tal problema, conforme já visto no capítulo referente ao destino dos embriões excedentários, há doutrinadores que defendem a igualdade de direitos e até mesmo a alteração do artigo 2º do atual Código Civil, para acrescentar também a proteção aos embriões congelados.

Particularmente, pensamos haver duas fases de direitos do embrião que se encontre nessa situação, tendo com base a regulamentação legal supracitada.

A primeira refere-se ao embrião congelado há menos de três anos. Este deve ter sua integralidade respeitada¹⁴⁸, já que ainda é, repita-se, legalmente, viável. Assim sendo, não podem aqueles que os geraram optar por interromper a criopreservação antes do prazo, nem tampouco deixar de mantê-los, restando o caminho da doação ou disponibilização para adoção caso não queiram optar pelo congelamento. Isso não quer dizer, entretanto, que tal embrião tenha os mesmos direitos do já implantado. Somente este tem, de fato, potencial para nascer com vida e, assim, somente ele pode ser sujeito de direitos condicionados ao nascer com vida (como o direito de herança, por exemplo). Ao embrião não implantado, poder-se-ia cogitar (separando o momento da concepção do da implantação) em direito eventual de herança deixada por testamento, nos termos do que dispõem os artigos 1799 e 1800 do Código Civil, desde que a gravidez viesse a ocorrer até dois anos após o falecimento.

Quanto ao embrião congelado há mais de três anos, ocorre sensível mudança de situação, dada a sua, em tese, inviabilidade. Nos termos do que dispõe a lei, referido embrião pode ser utilizado para as pesquisas com células-tronco e não se estaria eliminando vida humana, já que a gravidez, em tese, não ocorreria.

Seguindo essa linha de raciocínio, se a utilização em pesquisas importa em destruição do embrião, por analogia poder-se-ia cogitar, também, na simples

¹⁴⁸ Isso significa admitir, em outras palavras, que o embrião é ser vivo desde a concepção.

interrupção da criopreservação após tal prazo. Tal medida, embora possa ser considerada egoísta, não feriria nenhum direito do embrião congelado, já que este não teria mais condições de se tornar, para todos os efeitos, dotado de personalidade, dada sua impossibilidade de nascer com vida.

Referidas opiniões, contudo, estão longe de serem pacíficas.

Ivelise Fonseca da Cruz¹⁴⁹, por exemplo, aborda o tema da seguinte forma:

No atual Código Civil, artigo 2º, foi instituído que a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida, mas a lei salva, desde a concepção, os direitos do nascituro.

Assim, o embrião ou nascituro tem resguardados os seus direitos desde a concepção, pois, como já dito, é reconhecida a autonomia que ele possui de sua mãe, conforme a teoria concepcional.¹⁵⁰

[...]

Por isso, o embrião ou nascituro tem personalidade jurídica formal relativa aos direitos da personalidade [...], adquirindo a personalidade jurídica material apenas se nascer com vida, sendo aí titular de direitos patrimoniais.

Conforme o descrito, o respeito ao embrião coíbe as práticas abortivas, e proíbe a redução do embrião ou feto a objeto, sendo que ambos fazem parte do ciclo de formação do ser humano.

Mais uma vez, vemos a necessidade de uma legislação infraconstitucional sobre o assunto [...]

[...] a Constituição é mais abrangente, pois o mesmo princípio apresenta a questão da igualdade sem distinção de origem, cor e raça. Sem perder o raciocínio, a construção do nosso pensamento caminha no sentido de que, se não se pode haver a desigualdade de origem, e se puder abarcar também os embriões, sejam eles oriundos naturalmente da relação sexual, ou das técnicas de reprodução assistida, o tratamento e a tutela devem ser os mesmos.

[...]

Não é saudável continuar insistindo na artificialidade da procriação humana, ou usar de tal palavra, porque aí, sim, o embrião não será considerado como pessoa, e se assim o for, o embrião será considerado produto, podendo ser descartado, manipulado, destruído, estudado e até comercializado [...]

A nossa conclusão é a de que o embrião goza de direitos que, muitas vezes, se confundem com os direitos da personalidade, dada sua condição. Por isso deverá ser protegido, até confirmando o artigo 225 da Constituição Federal, que visa a proteção ao meio ambiente para as gerações futuras, garantindo-se o potencial evolutivo.

¹⁴⁹ CRUZ, Ivelise Fonseca da. *Efeitos da reprodução humana assistida*. São Paulo: SRS Editora, 2008p. 68-76.

¹⁵⁰ Teoria para a qual a vida se inicia no instante da fecundação.

No mesmo sentido, Mônica Aguiar¹⁵¹ sustenta que:

Procura-se, aqui, saber se é possível encaixar o embrião e as células ainda não germinadas, nos conceitos abstratos prévios de pessoa ou coisa, ou torna-se necessária, até mesmo, a construção de uma terceira classe, para permitir a identificação do objeto da pesquisa e as conseqüências jurídicas daí advindas.

Insistir em aceitar a construção doutrinária segundo a qual a personalidade do concebido está sujeita ao nascimento, enquanto condição suspensiva da aquisição de direitos, ou mesmo, de exercício de direitos adquiridos desde a concepção, é desconhecer a natureza jurídica do embrião, *in vitro* ou *in utero*, pois o nascimento não tem o condão de alterar o substrato do sujeito de direito, enquanto espécie do gênero humano [...]

Não há como justificar que, a uma paridade ontológica diante da identidade existente entre o ser humano nascido e o embrião, se queira impor uma pretensa similitude legislativa anormal. A seres idênticos, tratamento legislativo idêntico, sem necessidade de ajuntar qualquer recurso excepcional, sob pena de se promover uma ruptura, no plano normativo, da paridade ocorrente no plano ontológico. Ou seja, ao nascer, o concebido não deixa de ser, segue sendo idêntico, perde apenas a condição de não nascido, para adquirir a de nascido.

A ficção inserida na parte final do art. 2º do Código Civil Brasileiro não diz respeito, pois, à antecipação da personalidade como forma de adquirir direitos. Consoante salientado anteriormente, o homem é pessoa desde a concepção e, portanto, titular de personalidade. A pessoa é, antes do parto.

Trata-se, ao revés, de ficção diametralmente oposta. O que se finge nesse dispositivo legal ao dizer que a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro, é a não aquisição de bens e direitos patrimoniais, sem que o não nascido tenha deixado de ser pessoa. Ou seja, como o homem existe desde a concepção, o fato de não vir a nascer é que encaixa, na ficção legal referida, a não aquisição de direitos patrimoniais.

Por sua vez, para Maria Helena Machado¹⁵²:

Sendo o nascituro pessoa por nascer, já concebida no ventre materno, diante das técnicas de fertilização assistida, como poderia ser tratado juridicamente o embrião, antes de ser implantado no útero, ou enquanto criopreservado, ou até mesmo podendo jamais ser implantado, quando rejeitado pelo casal solicitante (os chamados excedentários), permanecendo, dessa forma, no aguardo de sua destinação?

¹⁵¹ AGUIAR, Mônica. *Direito à filiação e bioética*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 34-35.

¹⁵² MACHADO, Maria Helena. *Reprodução humana assistida: aspectos éticos e jurídicos*. 1ª ed. (ano 2003), 6ª tir. Curitiba: Juruá, 2008., p. 78-79.

As leis brasileiras protegem apenas ao nascituro como ser em vida intra-uterina. Não configuram a hipótese de um embrião existir fora do corpo da mãe.

Os embriões humanos existentes fora do corpo não podem ser tratados como coisas, pela potencialidade de vida que contém. São pessoas, não devendo se constituir em mero objeto tampouco servir para satisfação de finalidades alheias.

Com o domínio da ciência na reprodução humana, através das técnicas de fertilização *in vitro* e da criopreservação dos embriões, reacenderam-se os debates sobre o momento em que se deve considerar juridicamente o nascituro, levando-se em conta que a vida sempre foi considerada como iniciada, com a fecundação pela fusão interna dos gametas, ou seja, no ventre materno.

A técnica de fertilização humana em laboratório, muito embora constitua-se na fecundação do óvulo pelo espermatozóide, extracorporeamente, dando início à vida, sabe-se que é a nidação do ovo que possibilitará ao embrião o seu desenvolvimento e, conseqüentemente, garantirá o seu nascimento.

Diante dessa constatação, para grande número de juristas, o embrião humano criopreservado ou congelado não pode ser considerado como nascituro, mesmo levando-se em conta sua carga genética própria.

Assim, o embrião somente poderá ser considerado “pessoa” a partir do momento em que for implantado no útero materno. O embrião humano criopreservado, até ser transplantado para o útero materno, não pode ser considerado como nascituro, visto ser o nascituro aquele que está para nascer. Nessas condições, não é o embrião humano protegido nem tutelado juridicamente.

Também é esse o pensamento de Maria Helena Diniz¹⁵³, que justifica a necessidade de proteção do embrião desde a fecundação, por ter ele personalidade jurídica formal, nos seguintes termos:

Ante as novas técnicas de fertilização *in vitro* e do congelamento de embriões humanos, houve quem levantasse o problema relativo ao momento em que se deve considerar juridicamente o nascituro, entendendo-se que a vida teria início, naturalmente, com a concepção no ventre materno. Assim sendo, na fecundação em proveta, embora seja a fecundação do óvulo pelo espermatozóide que inicia a vida, seria a nidação do zigoto ou ovo que a garantiria; logo, para alguns autores, o nascituro só seria “pessoa” quando o ovo fecundado fosse implantado no útero materno, sob a condição do nascimento com vida. Para essa corrente o embrião humano não poderia ser tido como nascituro, apesar de dever ter proteção jurídica como pessoa virtual, com carga genética própria. Todavia, assim não pensamos [...]

¹⁵³ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 427-429.

[...]

Se com a fecundação se inicia um processo autogovernado pelo próprio embrião, está mais do que certo que essa formação vital possui a qualidade de ser humano. Assim sendo, é indubitável que o zigoto, material celular humano vivo, desde seus primeiros instantes, já é um ser humano merecedor de proteção jurídica pelo que é e pelo que irá ser.

Embora a vida se inicie com a fecundação e a vida viável com a gravidez, que se dá com a nidação, entendemos, convém repetir, que, na verdade, o começo da consideração jurídica da personalidade é o momento da penetração do espermatozóide no óvulo, mesmo fora do corpo da mulher, por isso, repudiamos não só qualquer tipo de experimentação não terapêutica com embriões, mas também as técnicas de fecundação *in vitro* que impliquem a perda de óvulos fecundados, por haver um sacrifício de vidas humanas, colocadas sob a proteção da norma constitucional. O bem jurídico constitucionalmente tutelado é o direito à vida dos seres em formação e à sobrevivência da espécie humana, logo, mesmo quando os doadores de gametas ou algum centro de reprodução assistida em cujo poder se encontrem substâncias embrionárias humanas possam ser considerados como sujeitos passivos de eventuais condutas ilícitas, como destruição de embriões, não poderão ser reputados titulares do bem jurídico, que são os próprios embriões e a comunidade, pois trata-se de entidades vivas da espécie humana, cuja integridade deverá ser tutelada juridicamente, diante de sua vitalidade e da inalterabilidade de seu patrimônio genético.

[...] Poder-se-ia até mesmo tornar a afirmar que, na vida intra-uterina, tem o nascituro personalidade jurídica formal, no que atina aos direitos personalíssimos e aos da personalidade, passando a ter personalidade jurídica material e alcançando os direitos patrimoniais que permaneciam em estado potencial somente com o nascimento com vida. Se isso não ocorrer, nenhum direito patrimonial terá. Assim, entendemos que o ser humano em qualquer de suas fases embrionárias, dentro ou fora do corpo da mulher, merece proteção jurídica [...].

Para Pietro Perlingieri¹⁵⁴, o chamado *status personae* é único e refere-se a todos, indistintamente:

O *status personae* exprime um ser: ele representa a pessoa. Como situação, exprime a condição global da pessoa configurada em um momento histórico do seu desenvolvimento e, à diferença da capacidade – aptidão à titularidade e, portanto, forma neutra de subjetividade -, representa a configuração subjetiva de um valor, os seus necessários e não apenas potenciais conteúdos essenciais. Neste aspecto, não é concebível um *status personae* mais perfeito do que o outro.

¹⁵⁴ PERLINGIERI, Pietro. *Perfil do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 135.

Roberto Wider¹⁵⁵, por seu turno, propõe que os embriões nessa situação recebam uma nova classificação jurídica:

Toda e qualquer pessoa que, ao nascer e assumir personalidade, contrai direitos e obrigações, já foi um embrião. Não é descabido inferir, também, que, em curto espaço de tempo, incontável número de pessoas terá seu início da vida humana como embrião *in vitro*.

Na esteira desse raciocínio, atentar contra o embrião a pretexto do mesmo não ser pessoa, e de não ter personalidade e não ser, ao menos, nascituro, enquanto não nidado no ventre de uma mulher, atingirá a potencialidade da vida, a dignidade indeclinável do ser humano em escala considerável.

De todo o exposto, fica evidente que o embrião mantido em laboratório, como resultado da revolução biotecnológica, é categoria nova, e como tal deve ser pensada, conceituada e tratada, não havendo porque aproximá-la das categorias já codificadas pelo direito, à luz da realidade dos tempos anteriores. Tal postura seria casuística e, até mesmo, oportunista.

Sempre que se estabelece uma nova categoria, seja no discurso dos saberes, sejam eles biomédicos ou jurídicos, isto é feito visando definir um novo elemento face ao contexto em que se insere. Usar, pois, as antigas categorizações de *pessoa natural* e *nascituro*, como definidas para o contexto em que então se inseriam, com a finalidade de vedar direito fundamental ao embrião *in vitro*, é, no mínimo, cometer um erro essencial.

A proteção jurídica deverá alcançar a fecundação extra-uterina, trazendo o embrião, mantido em laboratório, para o universo codificado, posto haver uma gênese comum entre os indivíduos humanos, compartilhando todos a mesma essência, não sendo possível distingui-los pelas fases de desenvolvimento, excluindo alguns do direito fundamental à vida e à dignidade.

Apontando, de forma semelhante, a insuficiência da classificação atual, considerando as teorias natalista (personalidade a partir do nascimento) e concepcionista (a partir da concepção), Renata da Rocha¹⁵⁶ assim se posiciona:

A proposta de se estender ao embrião pré-implantatário a mesma tutela outorgada ao nascituro sofre crítica por parte de alguns autores, que compreendem que o embrião concebido *in vitro* não se insere na categoria jurídica de nascituro, uma vez que na época da elaboração do conceito de nascituro, só era possível supor que a

¹⁵⁵ WIDER, Roberto. *Reprodução assistida – aspectos do biodireito e da bioética*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 62.

¹⁵⁶ Rocha, Renata da. *O direito à vida e a pesquisa com células-tronco*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 90-91.

concepção se efetuasse *in utero*, inexistindo, ainda, a possibilidade bastante comum de se conceber um ser humano extracorporeamente.

Em contrapartida, outros doutrinadores afirmam que a vida humana merece proteção desde a concepção [...], esse termo deve ser compreendido dentro de seu significado atual, já considerada a hipótese de que a concepção ocorra tanto *in utero* quanto *in vitro*.

Assim, partindo-se das teorias até o momento apontadas, infere-se, a princípio, não se adequar o embrião pré-implantatório à categorização de pessoa natural nem, tampouco, à de nascituro, ou mesmo, de prole eventual, elaborada pelo Direito tradicional. Isso porque, com base no Direito Civil clássico, não é possível compreender o embrião como pessoa natural antes do nascimento com vida; não é permitido considerá-lo nascituro, portanto, à época dessa classificação, evidentemente caracterizava-se como tal apenas o ser concebido e em desenvolvimento no útero materno; descartada do mesmo modo está a hipótese de prole eventual, vez que já houve a concepção, fato este que afasta a eventualidade.

Lembre-se, ainda, que a Lei 11.105/05 também garante direitos ao embrião *in vitro*, ao proibir sua comercialização e sua utilização para fins de clonagem, entre outros, classificando tais condutas como criminosas.

Com efeito, o artigo parágrafo 3º do artigo 5º dispõe que:

“É vedada comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no artigo 15 da Lei nº 9434, de 4 de Fevereiro de 1997”.¹⁵⁷

Além disso, o artigo 6º veda as seguintes condutas:

- I – implementação de projeto relativo a OGM sem a manutenção de registro de seu acompanhamento individual;
- II – engenharia genética em organismo vivo ou o manejo *in vitro* de ADN/ARN natural ou recombinante, realizado em desacordo com as normas previstas nesta Lei;
- III – engenharia genética em célula germinal humana, zigoto humano e embrião humano;
- IV – clonagem humana;
- V – destruição ou descarte no meio ambiente de OGM e seus derivados em desacordo com as normas estabelecidas pela CTNBio, pelos órgãos e entidades de registro e fiscalização, referidos no art. 16 desta Lei, e as constantes desta Lei e de sua regulamentação;

¹⁵⁷ Referido artigo assim dispõe: “Comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humano. Pena – reclusão de três a oito anos e multa de 200 a 360 dias-multa. Parágrafo único: Incorre na mesma pena quem promove, intermedeia, facilita ou aufere qualquer vantagem com a transação.”

VI – liberação no meio ambiente de OGM ou seus derivados, no âmbito de atividades de pesquisa, sem a decisão técnica favorável da CTNBio e, nos casos de liberação comercial, sem o parecer técnico favorável da CTNBio, ou sem o licenciamento do órgão ou entidade ambiental responsável, quando a CTNBio considerar a atividade como potencialmente causadora de degradação ambiental, ou sem a aprovação do Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, quando o processo tenha sido por ele avocado, na forma desta Lei e de sua regulamentação;

VII – a utilização, a comercialização, o registro, o patenteamento e o licenciamento de tecnologias genéticas de restrição do uso.

Parágrafo único. Para os efeitos desta Lei, entende-se por tecnologias genéticas de restrição do uso qualquer processo de intervenção humana para geração ou multiplicação de plantas geneticamente modificadas para produzir estruturas reprodutivas estéreis, bem como qualquer forma de manipulação genética que vise à ativação ou desativação de genes relacionados à fertilidade das plantas por indutores químicos externos.

As penas para quem pratica as condutas proibidas variam. Por exemplo, se o embrião humano for utilizado em desacordo com o disposto no artigo 5º, esta será de um a três anos de detenção e multa e no caso de realização de clonagem, que é a conduta mais severamente punida, reclusão, de dois a cinco anos e multa.

Embora a questão do início da personalidade se mostre polêmica e não satisfatoriamente resolvida, não há dúvidas de que a Lei 11.105/05 também protege os embriões *in vitro*, de forma que, ainda que se fale em ausência de personalidade em razão da necessidade do nascimento com vida, não se pode equiparar o embrião a coisas, já que mesmo quando não mais viáveis, ainda resta proteção legal a ser exercida.

É necessário lembrar, por fim, que, conforme exposto no capítulo que faz referência ao destino dos embriões excedentários, para aqueles que entendem que a vida somente se inicia a contar do décimo quarto dia após a fertilização, com o início rudimentar do cérebro, toda a discussão supra mostra-se desprovida de sentido, já que a criopreservação ocorre por volta do terceiro dia após a fecundação quando, portanto, não teria ainda ocorrido o início da vida humana e, tampouco, de qualquer tipo de personalidade.

De todo modo, seja qual for a corrente adotada, deve-se ter em mente que, nas palavras de Miguel Reale¹⁵⁸ a idéia básica de que “a pessoa humana é o valor-fonte de todos os valores.” O homem, como ser natural biopsíquico, é apenas um indivíduo entre outros indivíduos, um ente animal entre os demais da mesma espécie. O homem, considerado na sua objetividade espiritual, enquanto ser que só se realiza no sentido de seu dever ser, é o que chamamos de pessoa. Só o homem possui a dignidade originária de ser enquanto deve ser, pondo-se essencialmente como razão determinante do processo histórico.

¹⁵⁸ Reale, Miguel. *Filosofia do direito*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 220.

CONCLUSÃO

Os avanços da Medicina são enormes e imprevisíveis. O primeiro bebê de proveta, Louise Brown, nasceu em 1978. De lá para cá, com a evolução das técnicas de reprodução assistida, a Medicina possibilitou a muitos casais, até pouco considerados inférteis, a realização do desejo de ter filhos.

Entretanto, não são poucas as oposições aos procedimentos de assistência à reprodução. Questões de ordem moral, religiosa e filosófica estão intimamente ligadas à maior, ou à menor concordância com os mencionados procedimentos. Apenas a título de ilustração, aqueles que combatem a assistência da Medicina na reprodução humana sustentam que, assim agindo, o ser humano estaria “brincando de Deus”.

Entretanto, os questionamentos morais não têm o condão de deter o avanço da Ciência, não impedindo portanto que pessoas que não conseguem, de forma natural, ter filhos, de buscar os tratamentos de reprodução assistida.

Sabe-se, por outro lado, que é impossível para o Direito antecipar-se à evolução da sociedade. Todavia, embora assim ocorra, o surgimento de novas questões e práticas que envolvam, como no caso, o direito à vida, não podem ficar à margem de regulamentação e de legislação próprias.

Juridicamente falando, portanto, o problema é maior. Como procuramos demonstrar no presente trabalho, são diversas as questões que envolvem os tratamentos de reprodução assistida, desde as pessoas que possuem direito a tanto, até qual o destino de eventuais embriões não utilizados.

A diversidade, tanto do tratamento que tais questões recebem pelos Países que as regulamentam legalmente, como por parte das opiniões doutrinárias, apenas mostra quão polêmica é a questão, já que a questão envolve diretamente aquilo que um dia todos nós já fomos, ou seja, embriões.

Nesse sentido, percebe-se que existem legislações e regulamentos mais liberais, enquanto outros são mais restritos como, por exemplo, no caso de Portugal,

que restringe o acesso às técnicas de reprodução assistida para os casos em que houver casamento ou união estável. Do mesmo modo, ocorre com a doutrina, o que os posicionamentos citados neste trabalho procuraram demonstrar.

No Brasil, entretanto, a situação é mais grave, uma vez que tanto médicos quanto pacientes sofrem com a ausência absoluta de normatização. Embora presentes Resolução e Código de Ética elaborados pelo Conselho Federal de Medicina, tais normas são administrativas, restritas, e não compreendem os variados problemas e desdobramentos que possam surgir.

Assim, situações como as já expostas ficam a critério, muitas vezes, de “contrato verbal”, ou de adesão, entre médico e paciente, que, na imensa maioria dos casos, não tem o conhecimento técnico necessário para debater, ou mesmo negar, determinado ato que o médico pretenda praticar e, tampouco, como é comum, tempo para refletir.

Por outro lado, é necessário urgente posicionamento legislativo sobre o que poderia se chamar de “direitos dos embriões”. São eles sujeitos de direito? Podem tais direitos ser equiparados aos da pessoa nascida viva? O congelamento dos embriões excedentários é uma faculdade ou um dever? Tais questões, claramente polêmicas e que provocam acalorado debate, precisam de normatização, a fim de que os direitos e obrigações de todos os sujeitos do tratamento de reprodução assistida possam ser regulamentados.

É fato que o artigo da Lei de Biossegurança (nº 11.105/2005) representou inegável avanço, em especial no que se refere ao seu artigo 5º, posto que autorizou a doação para pesquisa e terapia, dos embriões inviáveis e daqueles congelados há mais de três anos, uma vez que estes, mesmo que implantados, não poderiam se desenvolver.

Tal norma, entretanto, além de ser restrita, cria uma espécie de termo final dos direitos do embrião viável, qual seja, o prazo de três anos de congelamento. Não há previsão, ainda, como já dito no capítulo próprio, sobre o que fazer antes desse prazo, se os “pais”, por exemplo, optarem pelo não congelamento.

Aliás, permanece a questão, quais são, afinal, os direitos do embrião?

O direito à vida, como já visto, é constitucionalmente previsto. Assim, repetindo o que escrevemos no capítulo próprio, pensamos que, enquanto houver

possibilidade de vida, ou seja, dentro dos três anos previstos na legislação, deve ser ele absolutamente respeitado, significando, portanto, que somente poderia haver descarte daqueles que nem sequer atingissem o estágio inicial de desenvolvimento. A criopreservação passa a ser, assim, uma obrigação e não um direito, já que se trata da preservação da vida.

Mesmo os embriões inviáveis (diretamente ou em razão de se haver por atingido o termo final de criopreservação) também tem direitos, como por exemplo, o de não serem utilizados para tratamentos diversos das pesquisas com células-tronco, evitando assim a utilização para clonagem e outros.

Mesmo assim, pontos polêmicos permanecem, visto que há quem defenda, por exemplo, que a doação para adoção dos embriões não utilizados seja uma obrigação, e não uma das alternativas.

Dessa forma, mostra-se imprescindível a edição de uma legislação forte e abrangente, que venha a esclarecer e prever todas as condutas o que, com a devida vênia, não se encontra em nenhum dos Projetos de Lei brasileiros.

O legislador, assim como o aplicador da lei, deve ser homem do seu tempo, atento às mudanças sociais e aos avanços das ciências em geral, notadamente a Medicina, tendo em vista que, somente com a regulamentação de determinadas condutas é possível a garantia da segurança jurídica para todos.

BIBLIOGRAFIA

ABDELMASSIH, Roger. *Avanços em reprodução humana assistida*. São Paulo: Atheneu, 2007.

AGUIAR, Mônica. *Direito à filiação e bioética*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ALPA, Guido. *Il dano biológico*. Padova: CEDAM, 1987.

ANJOS, Márcio Fabri dos; SIQUEIRA, José Eduardo de (organizadores). *Bioética no Brasil: tendências e perspectivas*. Aparecida, SP: Idéias e Letras; São Paulo: Sociedade Brasileira de Bioética, 2007.

ASCENSÃO, José Oliveira. Problemas jurídicos da procriação assistida *in: Revista Forense*. Rio de Janeiro: v. 328, ano 09, 1994.

BARBOZA, Heloísa Helena. *A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização "in vitro"*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1993.

_____. Reflexão sobre a responsabilidade civil na gestação de substituição. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, n. 19, 2000.

BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Bioética e início da vida: alguns desafios*. Aparecida, SP: Idéias e Letras; São Paulo: Centro Universitário São Camilo, 2004.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1998.

CHAVES, Antonio. *Direito à vida e ao próprio corpo (intersexualidade, transexualidade, transplantes)*, 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

CLOTET, Joaquim. *Bioética: uma aproximação*. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2006.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CORRÊA, Elidia Aparecida de Andrade (coordenação). *Biodireito e dignidade da pessoa humana*. 1ª edição (ano 2006), 3ª tiragem. Curitiba: Juruá, 2008.

CRUZ, Ivelise Fonseca da. *Efeitos da reprodução humana assistida*. São Paulo: SRS Editora, 2008.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

DIAS, Maria Berenice; PINHEIRO, Jorge Duarte. (Coordenadores). *Escritos de direito das famílias: uma perspectiva luso-brasileira*. Porto Alegre: Magister, 2008.

- DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- _____. *Curso de direito civil brasileiro, 5º volume: direito de família*. 22. ed. rev. e atual. de acordo com a Reforma do CPC. São Paulo: Saraiva, 2007.
- DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida. aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- ESPINOSA, Jaime. *Questões de bioética*. São Paulo: Quadrante, 1998.
- FERNANDES, Sílvia da Cunha. *As técnicas de reprodução humana e a necessidade de sua regulamentação jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- FERRAZ, Sérgio Antonio. *Manipulação biológica e princípios constitucionais: uma introdução*. Porto Alegre: Safe, 1991.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação. o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *Revista de direito civil, imobiliário, agrário e empresarial*, 56:111, ano 15, abr./jun. 1991.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. 6. ed. Atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1995.
- GRAMNSTRUP, Erick Frederico. *Responsabilidade civil na engenharia genética*. São Paulo: Editora Federal, 2006.
- HOTTOIS, Gilbert; PARIZEAU, Marie-Hélène. *Dicionário de bioética*. Lisboa: Instituto Piaget, 1988.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.
- LEMBO, Cláudio. *A pessoa: seus direitos*. Barueri, SP: Manole, 2007.
- LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- LÔBO, Paulo. *Famílias*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MACHADO, Maria Helena. *Reprodução humana assistida: aspectos éticos e jurídicos*. 1ª ed. (ano 2003), 6ª tir. Curitiba: Juruá, 2008.

MACIÁ, Antonio Borrell. *La persona humana. derechos sobre su próprio cuerpo vivo y muerto. derechos sobre el cuerpo vivo y muerto de otros hombres*. Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1954.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

MARTINS, Ives Gandra da Silva (coordenação). *Direito fundamental à vida*. São Paulo: Quartier Latin; Centro de Extensão Universitária, 2005.

MEIRELLES, Jussara. *A Vida humana embrionária e sua proteção jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito de família, volume III*. São Paulo: Max Limonad, 1947.

MORAES, Alexandre De. *Direito constitucional*. 4. ed. revista e ampliada. São Paulo: Atlas, 1998.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana – uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NAMBA, Edison Tetsuzo. *Manuel de bioética e biodireito*. São Paulo: Atlas. 2009.

NUNES, Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. 2ª ed. ver. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de. *Temas de direito e medicina*. Coimbra: Editora Coimbra, 1999.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PERLINGIEIRI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PESSINI, Leocir; BARCHIFONTAINE, Christian De Paul. *Problemas atuais de bioética*. São Paulo: Edições Loyola, 1991.

RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 4. ed. anotada e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

ROCHA, Renata. *O Direito à vida e a pesquisa em células-tronco*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coordenadores). *Bioética, biodireito e o novo Código Civil de 2002*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. *O equilíbrio do pêndulo. bioética e a lei*. São Paulo: Ícone, 1999.

SCARPARO, Monica Sartori. *Fertilização assistida: questão aberta: aspectos científicos e legais*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, Reinaldo Pereira e. *Ética e bioética, análise bioética das técnicas de procriação assistida*. Florianópolis: Editora Terceiro Milênio, 1998.

VAMPRE, Spencer. *Existe direito subjectivo sem titular?* São Paulo: Livraria e Oficinas Magalhães, 1918.

VASCONCELOS, Cristiane Beuren. *A proteção jurídica do ser humano in vitro na era da biotecnologia*. São Paulo: Atlas, 2006.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Bioética e biodireito*. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 1999.

_____ (coordenação). *Bioética e sexualidade*. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 2004.

WIDER, Roberto. *Reprodução assistida – aspectos do biodireito e da bioética*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)