Ana Cláudia Silva Scalquette

Estatuto da Reprodução Assistida

Tese apresentada ao Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como parte das exigências para a obtenção do Título de Doutor, sob a orientação do Professor Titular Rui Geraldo Camargo Viana.

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

São Paulo

2009

Estatuto da Reprodução Assistida

Ana Cláudia Silva Scalquette

Tese apresentada como requisito parcial para a obtenção
do título de Doutor em Direito Civil.

BANCA EXAMINADORA

Professor Titular Rui Geraldo Camargo Viana

Professor Titular Carlos Alberto Dabus Maluf

Professor Doutor Nestor Duarte

Professora Doutora Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade Nery

Professor Doutor André Ramos Tavares

Aos pilares da minha vida: Rô, Gabi e Ameris.

AGRADECIMENTOS

Quando decidi partir em busca do doutoramento, não foram poucas as pessoas que me incentivaram e, da mesma forma, numerosos foram os obstáculos a serem superados. Proficiência em duas línguas estrangeiras, exame específico da área escolhida, entrevista com o orientador... Quanto empenho e quanta compreensão daqueles que me cercavam!

Qual seria o limite do esforço em busca do sonho de ingresso na Universidade de São Paulo, Largo de São Francisco, para o curso de doutorado? Estudar, estudar e estudar!!!

Estudo que, cada vez mais, se intensificou: créditos, seminários, trabalhos, conciliando o magistério, atividades profissionais e convivência familiar.

Atividade solitária? Creio que não. Tive muita ajuda e fiz muitos amigos: Adriana, Alfredo, Cíntia, Gil e tantos outros! Mas foi durante a elaboração da tese que realmente confirmei que o trabalho, que reconhecidamente é individual, não se concretiza sem a ajuda de amigos - antigos e recém-conquistados -, portanto passo a agradecer-los.

Ao Prof. Titular, Dr. Rui Geraldo Camargo Viana, agradeço a orientação, a amizade e os anos de convívio, pois nesse tempo, além de lições jurídicas, tive ao meu lado um exemplo de humildade, respeito ao próximo e abertura ao diálogo.

Aos professores Dr. Nestor Duarte e Dr. Carlos Alberto Dabus Maluf pelas lições passadas em sala de aula e, especialmente, pelas considerações feitas em exame de qualificação.

Aos professores, Dr. André Ramos Tavares, Dra. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Dr. José Luiz Gavião de Almeida, Dra. Raquel Sztajn, Dr. Ricardo Lewandowski, Dra. Teresa Ancona Lopes, e aos médicos, Dr. Cláudio Cohen e Dr. Reinaldo Ayer de Oliveira, meus professores no Doutorado, por todos os ensinamentos.

Ao Prof. Dr. José Francisco Siqueira Neto, pela amizade, paciência e sugestões para o aprofundamento da pesquisa.

Ao Prof. Dr. Carlos Augusto de Assis, meu amigo de todas as horas, pelas leituras, auxílio na pesquisa e empréstimo de material.

Ao Prof. Dr. Vicente Renato Bagnoli, pai do amigo Prof. Dr. Vicente Bagnoli, minha gratidão por me receber tão bem em sua casa, por fornecer-me as orientações médicas necessárias para a compreensão técnica do tema e por abrir-me as portas para a pesquisa no âmbito da ciência médico-reprodutiva.

Aos professores e colegas de magistério mackenzista, Carlos Eduardo Nicoletti Camilo e Lia Pierson, pelo incentivo e empréstimo de obras.

Ao Rabino Ruben Sternschein por me receber na Congregação Israelita Paulista e pelas lições tão valiosas sobre o judaísmo; e ao amigo, Prof. Rodrigo Felberg, pelo empenho em viabilizar esse contato.

Ao Reverendo Augustus Nicodemus Gomes Lopes, pastor da Igreja Presbiteriana do Brasil e chanceler do Instituto Presbiteriano Mackenzie, por me receber em seu escritório e por me conceder algumas horas de ensinamentos sobre a Igreja Cristã Reformada, fornecendo-me suas principais diretrizes.

Ao Padre Emmanuel da Silva e Araújo, diretor da Vila Kostka, do Mosteiro de Itaici, pela ajuda na pesquisa bibliográfica, pela enorme atenção e pelo empréstimo de obras.

Ao amigo Gilberto Bergstein pelo carinho com que me recebeu em sua biblioteca, abrindo as portas de seu rico acervo de literatura médico-jurídica, mas, sobretudo, por todos os favores que só um amigo nos faz.

À querida amiga, Profa. Dra. Zélia Pierdoná, por todos os esclarecimentos em matéria tão árdua quanto à da Seguridade Social e Direito Previdenciário.

Ao mais novo amigo, Prof. Dr. Erickson Gavazza Marques, por abrir as portas de sua casa e por compartilhar comigo seu conhecimento da legislação francesa e suas obras.

Ao meu querido sogro, Prof. Acelino Scalquette, a quem, carinhosamente, chamo de “Pá”, pela revisão gramatical do português e, especialmente, pelo carinho e cuidado.

À professora Clara Centemero Napolitano, pelas lições de italiano, meu muito obrigada.

À Maria Lúcia Miranda de Souza Camargo que, por uma dessas “coincidências” divinas, me abriu os caminhos do doutorado.

À minha avó Marina - matriarca da família “maravilha”- e ao meu pai Aleixo, pela compreensão do convívio furtado e pela eterna torcida.

À minha mãe Ameris e irmã Ana Gabriela, que com amor ampararam-me em todos os momentos de aflição e foram as vozes que me incentivaram e acalmaram durante todo esse caminho.

Ao meu marido Rodrigo agradeço não só pelo amor e carinho constantes, mas por sua participação ativa nesse trabalho, acompanhando-me às bibliotecas do CREMESP, da USP, do Mackenzie, às livrarias mais variadas - das judaicas às francesas -, pela revisão criteriosa do texto, por abrir mão dos feriados, finais de semana e férias e, acima de tudo, por estar sempre ao meu lado.

Por fim, Àquele que é a razão de tudo, responsável por esse longo agradecimento, pois colocou em meus caminhos todas essas pessoas maravilhosas e me deu uma vida abençoada: Deus!

“Feliz o homem que persevera na sabedoria, que se exercita na prática da justiça e que, em seu coração, pensa no olhar de Deus que tudo vê” (Eclo 14:22)

RESUMO

A presente pesquisa percorre o caminho do direito à reprodução assistida e chega ao direito da reprodução assistida para apontar, por meio da investigação científica, caminhos inovadores que possam contornar as consequências geradoras de instabilidade, de forma a possibilitar o convívio harmonioso entre o avanço da medicina na área de reprodução humana com a regulamentação necessária para a pacificação das relações sociais.

O plano da investigação está dividido em cinco grandes partes.

Na primeira parte, analisamos o tratamento dado à filiação desde o Direito Romano até os dias atuais, com a previsão da presunção de filiação para as pessoas nascidas com o auxílio de uma das técnicas de Reprodução Humana Assistida. Apresentamos também o detalhamento dos métodos de assistência à reprodução juntamente com seu desenvolvimento ao longo do tempo e suas indicações.

No segundo capítulo, analisamos as reflexões éticas, questionamentos filosóficos e posicionamentos religiosos acerca do tema, além dos efeitos sociais, econômicos e jurídicos da utilização da assistência médica em matéria reprodutiva.

No terceiro capítulo, identificamos os principais conflitos que envolvem o tema, como a necessidade e a forma da autorização a ser dada para o emprego de cada um dos métodos de Reprodução Assistida, a possibilidade de autorização ou não de útero de outra pessoa para gestar o embrião, o conflito sucessório decorrente da reprodução *post mortem*, a decisão quanto ao destino dos embriões excedentários e a possibilidade de

adoção desses embriões, as ações de investigação e negatória de paternidade quando houver doador de material genético, o controle do banco de sêmem e do uso de material de doadores(as), o sigilo dos doadores e o direito à identidade genética daquele que é fruto de uma inseminação ou fertilização heteróloga, dentre outras questões polêmicas pertinentes ao assunto.

No quarto capítulo, estudamos o tratamento da Reprodução Humana Assistida no Direito Estrangeiro, nos países que são considerados os mais avançados em matéria de tutela jurídica quanto ao desenvolvimento científico e tecnológico relacionado à reprodução humana.

Na última parte da pesquisa, analisamos a proteção principiológica da Família e justificamos a proposta da criação de um microssistema jurídico específico para tutelar a Reprodução Assistida, demonstrando as principais características que garantirão a proteção integral da matéria no âmbito civil, administrativo e criminal.

A proposta apresentada objetiva coadunar o desenvolvimento científico e tecnológico com a harmonização das relações jurídico-familiares, em razão do avanço e difusão do conhecimento sobre as novas técnicas de reprodução assistida e da necessidade da análise dos efeitos jurídico-sociais do emprego dessas técnicas no âmbito da sociedade.

Palavras-chave: Filiação, Reprodução Assistida, Família, Avanço médico-científico e Tutela jurídica- familiar.

ABSTRACT

The present research goes along the path of the right to assisted reproduction in order to reach to the law of the assisted reproduction to show, through the scientific research, innovating paths that may avoid the instability-generating consequences, so as to make possible the harmonious relation between the progress of medicine in the area of human reproduction and the regulations needed to bring peace to social relations.

The investigation plan is divided into five major parts.

In part one, we examine the approach to parenthood from the Roman Law to our days, foreseeing parenthood assumption for those born with the aid of one of the Assisted Human Reproduction techniques. We present also details on reproduction-assistance methods, together with their development with time and their indications.

In chapter two, we review ethical reflections, philosophical questionings and religious positions on such subject, in addition to social, economic and legal effects from the use of medical assistance for reproductive purposes.

In chapter three, we identify the main conflicts involving this subject, such as the need and form of authorization to be given to use each of the Assisted Reproduction methods, the possibility of authorizing or not the uterus of somebody else to generate embryos, succession conflicts arising from *post mortem* reproduction, the decision on the destination of embryos in excess and the possibility of adopting such embryos, investigation lawsuits and denial of paternity in case of genetic material donors, control of sperm banks and the use of donors' material, confidentiality of donors and the right to

genetic identity for those who were born from insemination or heterologous fertilization, among other controversial issues related to this subject.

In chapter four, we study the approach to the Assisted Human Reproduction in Foreign Law, in countries deemed as the most advanced in terms of legal protection concerning scientific and technological development related to human reproduction.

In the last part of this research, we review the based on principles Family protection and justify the creation of a specific legal microsystem to protect Assisted Reproduction, showing the main features which should ensure the full protection of such subject in the civil, administrative and criminal scope.

The study presented aims at combining the scientific and technological development with the harmonization of legal-familiar relations, in view of the advance and spread of the knowledge on the new assisted reproduction techniques and the need to examine the legal-social effects in the scope of society, resulting from employing such technique.

Key words: Parenthood, Assisted Reproduction, Family, Medical-Scientific Breakthrough and Legal-Familiar Protection.

RIASSUNTO

La presente ricerca percorre la strada dal diritto alla riproduzione assistita e giunge al diritto della riproduzione assistita per rilevare, per mezzo dell'investigazione scientifica, percorsi innovatori che possano appianare le conseguenze che generano instabilità, al fine di agevolare la coesistenza armoniosa tra il progresso della medicina nell'area della riproduzione umana con la regolamentazione necessaria alla pacificazione dei rapporti sociali.

Il piano dell'investigazione è diviso in cinque grandi parti.

Nella prima parte analizziamo il trattamento dato alla filiazione sin dal Diritto Romano ad oggi, con la previsione della presunzione di filiazione per le persone nate con l'aiuto di una delle tecniche di Riproduzione Umana Assistita. Presentiamo inoltre l'individuazione dei metodi di assistenza alla riproduzione unitamente al suo sviluppo nel corso del tempo e le sue indicazioni.

Nel secondo capitolo analizziamo le riflessioni etiche, i questionamenti filosofici e le posizioni religiose sul tema, oltre gli effetti sociali, economici e giuridici dell'utilizzo dell'assistenza medica in materia riproduttiva.

Nel terzo capitolo identifichiamo i principali conflitti che interessano il tema, quali l'occorrenza e la forma di autorizzazione necessaria all'impiego di ognuno dei metodi di riproduzione assistita, la possibilità di autorizzazione o meno dell'utero di un'altra persona per annidare l'embrione, il conflitto successorio che decorre dalla riproduzione *post mortem*, la decisione che riguarda il destino degli embrioni soprannumerari e la possibilità di adozione di questi embrioni, le azioni di investigazione e

la negatoria di paternità qualora ci sia donatore di materiale genetico, il controllo del banco di seme e dell'uso del materiale di donatori/trici, il riserbo dei donatori e il diritto all'identità genetica di chi è frutto di un'inseminazione o fecondazione eterologa, fra altre questioni polemiche concernenti al tema.

Nel quarto capitolo studiamo il trattamento della Riproduzione Umana Assistita nel Diritto Straniero, nei paesi considerati all'avanguardia per quanto riguarda la materia di tutela giuridica pertinente allo sviluppo scientifico e tecnologico relativo alla riproduzione umana.

Nell'ultima parte della ricerca analizziamo i principi protettivi della Famiglia e giustifichiamo la proposta della creazione di un microsistema giuridico specifico per tutelare la Riproduzione Assistita, dimostrandone le principali caratteristiche che garantiranno la protezione integrale della materia in ambito civile, amministrativo e criminale.

La proposta presentata intende unire lo sviluppo scientifico e tecnologico all'equilibrio dei rapporti giuridici familiari, a causa del progresso e diffusione della conoscenza sulle nuove tecniche di riproduzione assistita e dell'occorrenza di analisi degli effetti giuridici sociali dell'impiego di queste tecniche nell'ambito della società.

Parole chiave: Filiazione, Riproduzione Assistita, Famiglia, Progresso Medico Scientifico e Tutela Giuridica Familiare.

SUMÁRIO

LISTA DE ABREVIATURAS.....	18
INTRODUÇÃO.....	20
JUSTIFICATIVA.....	23
 CAPÍTULO I – FILIAÇÃO E REPRODUÇÃO ASSISTIDA.....	 27
1.1 – Conceito de filiação.....	27
1.2 – A filiação no Direito Romano.....	30
1.3 – A Filiação no Código Civil de 1916.....	35
1.4 – A filiação no Código Civil de 2002.....	39
1.4.1 - Classificação da Filiação.....	40
1.4.2 - Da Presunção de Paternidade: análise crítica do atual sistema.....	44
1.5 – Registros Históricos da Reprodução Assistida.....	50
1.6 – Reprodução Assistida.....	54
1.6.1 - Esclarecimentos sobre a esterilidade e a infertilidade.....	56
1.6.2 - Causas da esterilidade.....	58
1.6.3 – Inseminação e fecundação: finalidades.....	61
1.6.4 - Técnicas de Reprodução Humana Assistida.....	66
1.7 – Das formas de reprodução assistida previstas pelo Código Civil de 2002.....	69
1.7.1 – Reflexões sobre os efeitos jurídicos da fecundação artificial homóloga.....	69
1.7.2 – Questionamentos sobre os efeitos jurídicos da inseminação artificial	
Heteróloga.....	72
1.7.3 – Ponderações sobre as possibilidades que envolvem os embriões	
Excedentários.....	77
1.8 – Conclusões.....	80
 CAPÍTULO II – REFLEXÕES SOBRE A REPRODUÇÃO ASSISTIDA.....	 81
2.1 – Reflexões Éticas.....	81

Bancos de Células e Tecidos Germinativos.....	153
3.1.4 - Cadastro Nacional dos Bancos de Células e Tecidos Germinativos.....	155
3.1.5 – A manifestação da vontade: Consentimento Informado e Autorização do Casal.....	158
3.1.6 – Controle do material genético doado a ser utilizado na Reprodução Assistida.....	172
3.1.7 – Cessão Temporária de Útero?.....	180
3.2 - Reprodução Assistida e seus reflexos no âmbito das Relações Familiares.....	187
3.2.1 - O destino dos embriões excedentários: Adoção de Embriões Pré-implantatários?.....	187
3.2.2 – A Questão Sucessória.....	193
3.2.2.1 – Considerações sobre a nova figura do fideicomisso.....	205
3.2.3 - O Sigilo da Identidade do doador <i>versus</i> o Direito à Identidade Genética daquele que é fruto de fertilização heteróloga	210
3.2.4 – A Reprodução Assistida e as Ações de Investigação e Negatória de paternidade.....	216
3.2.5 – Outras questões polêmicas.....	224
3.3 – Conclusões.....	225

CAPÍTULO IV – TRATAMENTO DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA NO DIREITO ESTRANGEIRO..... 227

4.1 – Portugal.....	228
4.2 – Espanha.....	236
4.3 – Itália.....	244
4.4 – França.....	250
4.5 – Reino Unido.....	257
4.6 – Estados Unidos.....	261
4.7 – Conclusões.....	268

CAPÍTULO V – TUTELA DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA..... 269

5.1 – Tutela Jurídica e Direito à Serenidade Familiar.....	269
5.2 – A Proteção Principiológica da Família.....	273
5.2.1 – Princípio da igualdade.....	275
5.2.1.1 – Princípio da igualdade jurídica dos cônjuges.....	277
5.2.1.2 - Princípio da igualdade jurídica dos filhos.....	278
5.2.2 – Princípio da dignidade da pessoa humana.....	280
5.2.3 - Princípio da paternidade responsável.....	283
5.2.4 - Princípio da liberdade de planejamento familiar.....	284
5.2.5 - Princípio da proteção integral da família.....	285
5.3 – Da necessidade de normatização da Reprodução Assistida e o Princípio da Proporcionalidade.....	288
5.4 – Pertinência e adequação dos Microssistemas: Estatutos como forma garantidora da pacificação social e segurança jurídica.....	295
5.4.1 – Principais características de um Estatuto perene.....	299
5.5 - Proteção Civil.....	303
5.5.1 – Proteção Principiológica.....	304
5.5.2 – Partes: direitos e deveres.....	306
5.5.3 – Relação médico-paciente na assistência reprodutiva: objeto e sistema de responsabilização.....	309
5.5.4 – Direitos Patrimoniais e Direitos Pessoais das pessoas nascidas pelo emprego das técnicas de Reprodução Assistida.....	312
5.6 - Proteção Administrativa.....	315
5.7 – Proteção Criminal.....	318
5.8 – Conclusões.....	323

CONCLUSÕES FINAIS..... 325

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... 331

ABREVIATURAS

a. C. – antes de Cristo

ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

ADIn – Ação Direta de Inconstitucionalidade

AID – Artificial Insemination by Donor

AIH – Artificial Insemination by Husband

ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária

BCTG – Banco de Células e Tecidos Germinativos

BRCA 1 – Gene apontado como causador de câncer de mama e ovário hereditários

CAI – Confused Artificial Insemination

CC – Código Civil brasileiro

CE-SCI/IPB – Comissão Executiva do Supremo Concílio da Igreja Presbiteriana do Brasil

CF – Constituição Federal (CF de 5.10.1988)

CFB – Constituição Federal do Brasil (5.10.1988)

CFM – Conselho Federal de Medicina

CLT – Consolidação das Leis do Trabalho

CNPMA - Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida de Portugal

CREMESP – Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo

d. C. – depois de Cristo

DJ – Diário da Justiça

DNA – Ácido desoxirribonucleico

FEBRASCO – Federação Brasileira das Sociedades de Ginecologia e Obstetrícia

FIGO – Federação Internacional de Ginecologia e Obstetrícia

FIV – Fertilização *in vitro*

FIVETE – Fertilização *in vitro* convencional com transferência intrauterina de embriões

GIFT – Transferência intratubária de gametas

Gn. – Gênesis

HIV – Vírus da imunodeficiência humana

HTLV – Human T Lymphotropic Virus
ICSI – Injeção intracitoplasmática de espermatozóide
IECLB – Igreja Evangélica de Confissão Luterana no Brasil
IIU – Inseminação Artificial Intrauterina
Intr. – Introdução
N. – Número
PGD – Preimplantation Genetic Diagnosis
PGH – Projeto Genoma Humano
PGS – Preimplantation Genetic Screening
PL – Projeto de lei
PMA – Procriação Medicamente Assistida
R.A. – Reprodução Assistida
RBB – Revista Brasileira de Bioética
RDC – Resolução da Diretoria Colegiada - ANVISA
Res. – Resolução
SisEmbryo – Sistema Nacional de Produção de Embriões
SUS – Sistema Único de Saúde
TRA – Técnica de Reprodução Assistida
UNESCO – Organização das Nações Unidas para a Educação, a Saúde e a Cultura
USP – Universidade de São Paulo
ZIFT – Transferência Intratubária de Zigoto

INTRODUÇÃO

Em 1932, Aldous Huxley, autor inglês, escreveu uma obra de ficção científica na qual a reprodução humana era totalmente dominada e controlada para atingir um padrão de excelência.

De um único óvulo fecundado podia-se, pelo processo Bokanovsky, chegar de oito a oitenta e seis germes, sendo que cada um destes se tornaria um embrião perfeitamente formado e, cada embrião, um adulto completo.

O Processo Bokanovsky era um dos principais instrumentos da estabilidade social: homens e mulheres padronizados em grupos uniformes. O princípio da produção em série aplicado à biologia!, diziam seus personagens.

Quarenta e seis anos mais tarde, mais especificamente em 25 de julho de 1978, nascia, na Inglaterra, Louise Joy Brown, reconhecida mundialmente como o primeiro bebê de proveta, conquista da técnica da fertilização *in vitro* empregada na clínica dos médicos Patrick Steptoe e Robert Edwards.

Chamado de o milagre do século, o nascimento de Louise Brown despertou discussões que antes apenas podiam ser pensadas na obra ficta de Aldous Huxley.

Seria esse nascimento o início de um caminho para descobrir o tratamento de doenças genéticas, novos métodos reprodutivos e o conhecimento mais profundo do momento do início da vida? perguntavam-se os cientistas e estudiosos do tema.

Seis anos mais tarde, no dia 07 de outubro de 1984, na cidade de São José dos Pinhais, região metropolitana de Curitiba, nascia Ana Paula Caldeira, este, então, o primeiro bebê a nascer com o emprego da fertilização *in vitro* em nosso país, marco para a medicina genético-reprodutiva brasileira.

Quase vinte anos após o nascimento da primeira criança brasileira - fruto do emprego das técnicas de reprodução assistida-, em janeiro de 2003, entra em vigor o novo Código Civil, diploma legal que tramitou no Congresso Nacional por quase trinta anos, tempo suficiente para que pudesse ter sido testemunha “ocular” dos acontecimentos que surpreenderam a humanidade em termos de conquistas do homem em área divina: “o milagre da vida”.

Talvez esta tenha sido uma das razões que levaram nossos legisladores a ampliar o rol das presunções de filiação, previstas no Código Civil de 2002, para reconhecer, como filhos por presunção, aqueles nascidos de fecundação artificial homóloga, inseminação artificial heteróloga e os filhos havidos, a qualquer tempo, quando se tratasse de embriões excedentários decorrentes de concepção artificial homóloga.

O reconhecimento, não há que se questionar, foi um avanço, os efeitos decorrentes deste reconhecimento formal, todavia, não foram tutelados.

Reflexões éticas, morais e até religiosas permeiam o tema, contribuindo para que fique cada vez mais latente a necessidade de tutela legal específica para fatos que, inconteste e carregados de valor, agora clamam por norma.

Limites que eram questionados desde a obra *Admirável Mundo Novo*, como a busca pela perfeição genética, a engenharia genética utilizada como forma de dominação, a reserva econômico-científica das técnicas médicas são, mais do que nunca, temas que precisam ser explorados pela ciência jurídica.

No direito civil, mais precisamente nas áreas do Direito de Família e Direito das Sucessões, a reprodução humana assistida gera inúmeras consequências.

Áreas antes tão satisfatoriamente disciplinadas, como a dos impedimentos para o casamento e da transmissão da herança, merecem, novamente, por força destas outras possibilidades de filiação, ser revistas.

O controle do material doado a ser utilizado e o prazo para que um embrião seja implantado, após o falecimento do genitor, são apenas dois exemplos de situações que forçam um reexame de institutos seculares, à luz das novas hipóteses de filiação, reconhecidas pelo Código Civil de 2002.

Conflitos entre princípios constitucionais, diante dos novos fatos vivenciados, também serão analisados nesta pesquisa, como a questão do direito à

identidade *versus* o direito ao sigilo garantido ao doador, direito à liberdade de planejamento familiar *versus* a vedação de comercialização de órgãos ou partes do próprio corpo.

Na realidade, todos os problemas que serão levantados, no decorrer da presente pesquisa, envolvem um conflito entre direitos, princípios e/ou interesses, e a hipótese para as soluções não será outra senão a de aplicar o princípio da proporcionalidade – *Verhältnismässigkeit* -, que já era preconizado por Aristóteles, em *Ética a Nicômaco*, quando dizia que o justo é o proporcional e o injusto o que viola a proporcionalidade.

A aplicação do princípio da proporcionalidade, em questões que envolvem a reprodução assistida, garantirá à família o *direito à serenidade*, reconhecido pelo Tribunal de Milão (*diritto alla serenità familiare*) e, como consequência última, a segurança das relações jurídicas.

A hipótese a ser apresentada já consta do título da presente tese. A criação de um estatuto específico para a reprodução humana assistida, com uma parte principiológica própria e bem trabalhada, é, sobretudo, o resultado da dosimetria entre o interesse individual, resguardado por diversos diplomas legais, e o interesse da coletividade que tem de ter garantida a harmonia de suas relações e a consequente estabilidade social.

A interdisciplinariedade nos instiga à costura. Os problemas levantados serão analisados, e as hipóteses apresentadas à luz de princípios e técnicas que, uma vez trabalhados, propiciarão o resultado esperado.

Aldous Huxley escreveu uma ficção sobre um Admirável Mundo Novo, mundo que saiu da ficção para ser atual e real, contudo nova será a hipótese apresentada para que as descobertas possam ser utilizadas como facilitadoras para a formação de futuras famílias em moldes que propiciem o avanço da medicina genética reprodutiva e se coadunem com os anseios de evolução social, harmonia e realização pessoal.

JUSTIFICATIVA

O tema da reprodução humana assistida deixou de ser exclusivo da medicina, para integrar, a partir da promulgação do Código Civil de 2002, o ordenamento jurídico brasileiro.

O Código Civil de 2002, como abordamos, inovou ao inserir em seu artigo 1.597 três novas hipóteses de presunção de filiação, levando em conta as formas de reprodução assistida, já empregadas, há muito, na área da medicina genético-reprodutiva.

Todavia, se essas novas técnicas de reprodução humana, desenvolvidas pela medicina e pela nova legislação civil reconhecidas, por um lado acabam por minimizar o problema da esterilidade ou, ao menos, da dificuldade de alguns casais em relação à procriação; de outro acabam, também, por trazer sérias consequências de ordem jurídica, social e econômica, já que, diante da ausência de regulamentação, não são poucos os efeitos que podem acarretar instabilidade nas relações sociais.

Diante da presunção estabelecida pela legislação civil, surge a necessidade de regulamentação minuciosa em relação a problemas como:

- Deve haver autorização para utilização de material genético de pessoa estranha ao casal?
- Caso haja necessidade de autorização para a utilização de material genético de terceiro, quais seriam as formalidades a serem cumpridas?
- Há a necessidade de autorização para implantação de embriões excedentários, ou seja, aqueles que restaram após a concepção artificial homóloga?

- O que ocorre caso sejam excedentários de fertilização artificial heteróloga, já que não existe presunção de filiação, prevista em lei, para esse caso?
- Há a possibilidade de utilização de “barriga de aluguel”, ou, mais adequadamente, de cessão temporária de útero?
- Como será resolvida a problemática da questão sucessória, em caso de utilização do material genético após a morte do genitor?
- Como deve ser feita a limitação do uso do material de doador, para que, no futuro, evite-se o possível casamento entre parentes próximos, como irmãos, por exemplo?
- Há ou não a possibilidade de adoção de embriões pré-implantatários?
- O que deve prevalecer: o sigilo da identidade do doador ou o direito à identidade genética daquele que é fruto de uma inseminação ou fertilização heteróloga?

Diante dos problemas, acima levantados, resta-nos uma pergunta: Como coadunar o impacto do desenvolvimento científico e tecnológico no Direito com a harmonização das relações sociais?

Questões que antes pareciam totalmente disciplinadas, como a da transmissão patrimonial *post-mortem*, dos impedimentos matrimoniais e a da presunção de filiação, agora, com o avanço da medicina, ficaram novamente abertas, tornando-se um campo fértil para a desestabilização das relações jurídico-familiares.

Resta evidente que o impacto da utilização das técnicas de reprodução humana assistida vai para além do direito. Seus reflexos podem ser sentidos socialmente e em nível econômico, irradiando-se no sistema da seguridade social e orçamento da saúde pública.

O controle a ser implementado, para que seja evitada a instabilidade social, econômica e jurídica, decorrente da utilização das novas descobertas científicas em matéria de reprodução humana, é medida de urgência.

O afinamento entre todos esses aspectos é imprescindível para que as relações familiares possam desenvolver-se sem que se instaure o caos.

Discussões filosóficas, éticas e religiosas permeiam o tema e delas não devemos nos furtar, contudo, para além dos dogmas e reflexões, a supremacia da realidade

nos leva a enfrentar a questão complexa das novas possibilidades que foram abertas pela medicina, nas relações familiares.

Cuidado especial deve haver para que o encantamento que surge com as novas descobertas científicas, tidas como grandes avanços biotecnológicos, não nos faça, como já no passado se tentou, utilizá-las como mecanismo discriminatório ou de dominação. Recordemo-nos das experiências realizadas em Auschwitz, onde a supremacia de uma “raça” era buscada a todo custo.

Os avanços científicos e tecnológicos, especialmente aqueles que guardam direta relação com os seres humanos, se não forem bem tutelados juridicamente, podem acarretar consequências indesejadas à sociedade, e tudo aquilo que hoje pode ser considerado como evoluído, moderno e contemporâneo, nos remeterá a situações vividas em um passado não tão distante.

Além da tutela do próprio emprego dos métodos que visam a facilitar a procriação, há de se pensar, sobretudo, na responsabilização dos que empregam estas técnicas de reprodução e dos que têm o dever de controlá-las, para que se possa garantir àqueles, que delas fizerem uso, um mínimo de segurança de que suas vidas e realizações estão entregues em boas mãos.

Parece-nos que somente por meio de um exame minucioso dos problemas apresentados, realizado através de uma argumentação clara e sem preconceitos, poder-se-ia chegar a um consenso que atenda tanto às expectativas daqueles que desejam ter o sonho da paternidade realizado, como assegure os direitos da criança que foi concebida e que deve ter as mesmas garantias para o exercício de direitos constitucionais, atribuídos a qualquer outro membro da família, como, ainda, e, especialmente, garanta a segurança jurídica das relações da família, que, como sabemos, é a verdadeira célula *mater* da sociedade.

Os princípios constitucionais da igualdade (art. 5.º, *caput*); da proteção integral da família (art. 226, *caput*); da dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III e 226, § 7.º); da paternidade responsável (226, § 7.º); da liberdade de planejamento familiar (226, § 7.º); da proteção especial da criança e adolescente (art. 227, § 3.º) e da igualdade jurídica dos filhos (art. 227, § 6.º), por si sós apresentam o caminho a ser seguido por nossos magistrados em suas decisões quando da apresentação de um caso concreto.

Também se pode afirmar que a reflexão doutrinária e o aparato jurisprudencial, com o passar do tempo, acabarão por formar uma colcha de retalhos que abarcará o maior número de situações relacionadas ao tema da reprodução assistida. Todavia acreditamos que tais possibilidades não afastam a iniciativa que se deve ter no que tange à busca de soluções jurídicas mais satisfatórias para uma área tão específica quanto esta.

Há um ponto de coesão entre o direito e a medicina que clama por tutela específica, com uma parte principiológica bem estruturada e com normas de caráter amplo para que possam se adequar às mais diversas situações, sem excluir aquelas que poderão decorrer do emprego de técnicas médicas - que ainda estão por vir - e da descoberta de novas possibilidades genético-científicas em relação à filiação.

A exemplo do que já ocorreu em outras áreas do direito, a criação de um Estatuto específico para a reprodução assistida representa o que se pode buscar de mais avançado para garantir a segurança das relações jurídico-familiares.

O método de abordagem é o hipotético-dedutivo e o método de procedimento é o bibliográfico, dissertativo e argumentativo.

Capítulo I – Filiação e Reprodução Assistida

Neste capítulo abordaremos o conceito de filiação e a evolução do tratamento que lhe foi conferido desde o Direito Romano até o Código Civil atual.

Teceremos algumas críticas à atual codificação civil acerca da matéria para adentrar no tema específico da Reprodução Assistida.

Apresentaremos os principais registros históricos da Reprodução Assistida e suas principais técnicas, para, em seguida, cuidarmos das formas reconhecidas pelo legislador do novo *codex*, para efeitos de presunção.

Neste momento, iniciaremos as primeiras reflexões acerca das implicações jurídicas, trazidas com a nova previsão legislativa, para começarmos os questionamentos específicos sobre as novas descobertas médico-científicas, como já se pode apresentar:

1.1 - Conceito de filiação

O conceito de filiação teve de acompanhar a evolução legislativa que ocorreu em nosso Direito pátrio.

Lafayette Rodrigues Pereira assim a definia:

“Filiação é a relação que o fato da procriação estabelece entre duas pessoas, das quais uma é nascida da outra.”¹

Clóvis Beviláqua, no mesmo sentido, conceituava filiação como:

“a relação que existe entre uma pessoa (o filho) e as que a geraram (o pai e a mãe). É o vínculo que a geração cria entre os filhos e os progenitores.”²

Antes tida apenas como a relação havida entre parentes consanguíneos em linha reta de primeiro grau, com o instituto da adoção, com as novas possibilidades que surgiram no campo da medicina genético-reprodutiva e, sobretudo, com o reconhecimento do afeto como causa da incontestada ligação entre duas pessoas na condição de pai e filho, esse conceito teve de ser ampliado.

Levando em conta essa evolução, Silvio Rodrigues assim define:

“Filiação é a relação de parentesco consanguíneo, em primeiro grau e em linha reta, que liga uma pessoa àquelas que a geraram, ou a receberam como se as tivessem gerado.”³

O autor destaca que a filiação existe também quando há ligação entre a pessoa e aquelas que a receberam como se a tivessem gerado. Essa nova abertura conceitual é capaz de abarcar tudo aquilo que atualmente se tem discutido em matéria de relação parental. A filiação decorrente de adoção, de fecundação artificial e a decorrente do afeto.

Em relação ao afeto, Luiz Edson Fachin afirma que a verdadeira paternidade não se explica somente pela autoria genética para concluir que “pai também é aquele que se revela no comportamento cotidiano, de forma sólida e duradoura, capaz de estreitar os laços da paternidade numa relação psico-afetiva (...)”⁴.

¹ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de Família*. Anotações e adaptações ao Código Civil por José Bonifácio de Andrada e Silva. 5.^a ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956, p. 255.

² BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*. Vol. II. 11.^a, atualizada por Achilles Beviláqua. Rio de Janeiro: Editora Paula de Azevedo, 1956, p. 233.

³ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: volume 6*. 27.^a ed., atualizada por Francisco Cahali, com anotações ao novo Código Civil (Lei 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 321.

⁴ FACHIN, LUIZ EDSON. *Estabelecimento da Filiação e Paternidade Presumida*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1992, p. 169.

No que tange ao avanço conquistado em termos de filiação e ao caminho percorrido, Paulo Luiz Netto Lôbo evidencia a transformação da acepção familiar destacando que “a igualdade entre filhos biológicos e adotivos implodiu o fundamento da filiação na origem genética. A concepção da família, a partir de um único pai ou mãe e seus filhos, eleva-os à mesma dignidade da família matrimonializada. O que há de comum nessa concepção plural de família e filiação é a relação entre eles fundada no afeto”⁵.

Conclui-se, por fim, que:

“A experiência da paternidade ou maternidade não pressupõe necessariamente a geração do filho. Ela é tão ou mais enriquecedora, mesmo que a criança ou adolescente não seja portador da herança genética dos dois pais. Perceba, contudo, que são recentíssimos a aceitação dessa idéia pelas pessoas em geral e seu cultivo como valor da sociedade. A espécie humana precisou de milhões de anos de evolução e saltar do estado da natureza para o de civilização para dissociar descendência e transmissão da herança genética. Instituições fortemente enraizadas em várias culturas, como o casamento monogâmico e a família patriarcal com submissão da mulher, foram criadas com a finalidade precípua de garantir, o quanto possível que o filho herde os genes do pai.”⁶

Como se pode observar, o atual conceito de filiação está para muito além daquele que outrora se empregava, onde a primazia do vínculo biológico era praticamente um dogma. Hoje nova abertura se deu o que, indubitavelmente, trouxe para a discussão jurídica, outras questões que deverão permear o conceito de filiação, consubstanciadas na verdadeira experiência paterno-filial, seja ela decorrente da adoção, da reprodução assistida ou afeto.

Analisaremos, a seguir, toda essa evolução do tratamento relativo à filiação, mas, desde o início, é conveniente esclarecer que, quando se utiliza a nomenclatura de filiação, acaba-se por expressar a relação. Contudo, quando se pensa na relação vista da ótica dos filhos, diz-se filiação propriamente dita.

⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Código civil comentado: direito de família, relações de parentesco, direito patrimonial: arts. 1.591 a 1.693, volume XVI*. Álvaro Villaga de Azevedo (coordenador). São Paulo: Atlas, 2003, p. 43.

⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito civil. Vol. 5. São Paulo: Saraiva, 2006, pp. 144-145.

É o que ensina Carlos Roberto Gonçalves: “Em sentido estrito, *filiação* é a relação jurídica que liga o filho a seus pais. É considerada *filiação propriamente dita* quando visualizada pelo lado do filho.”⁷

Continua o autor esclarecendo que “encarada em sentido inverso, ou seja, pelo lado dos genitores em relação ao filho, o vínculo se denomina *paternidade* ou *maternidade*”⁸.

1.2 – A filiação no Direito Romano

O conceito de filiação ao qual nos acostumamos desde o fim do século passado, no qual todos os filhos são iguais, por força de mandamento constitucional, não era comum em épocas mais remotas. Pelo contrário. Se quando da entrada em vigor do Código de 1916 ao menos se admitia o parentesco decorrente da consanguinidade, vale ressaltar que nem sempre foi assim.⁹

Nas palavras de Caio Mário:

“Essa predominância do parentesco consanguíneo – *cognatio*, cognação -, no Direito Civil moderno, não corresponde ao que vigorava no Direito Romano, onde recebia destaque a agnação – *agnatio* – que significava parentesco exclusivamente na linha masculina, conjugado à apresentação do filho ante o altar doméstico, como continuador do culto dos deuses dos lares.”¹⁰

A esse respeito, Flávia Lages de Castro disserta que o parentesco, em Roma, poderia ter dois sentidos, um estritamente jurídico, chamado de *agnatio*, outro biológico,

⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, volume VI: direito de família*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 272.

⁸ *Idem, ibidem*.

⁹ Fazemos um parêntese para transcrever os Artigos 159 e 160 do livro IX do Código de Manu, para que possamos verificar que a diferenciação em relação aos direitos dados aos filhos existia muito mais pela reputação ostentada pela sua mãe, do que pela sua origem genética. Atentemos:

“159. O filho gerado pelo próprio marido em legítimo matrimônio, o filho de sua mulher e de seu irmão, pela maneira já indicada, o filho dado, o filho adotado, o filho nascido clandestinamente ou de pai incógnito, e o filho rejeitado por seus pais naturais são todos parentes e herdeiros da família.”

“160. O filho de uma jovem não casada, o da que ao casar-se estava grávida, o filho achado, o filho de uma mulher duas vezes casada, o filho por si mesmo dado e o de uma Sudre, são todos parentes mas não são herdeiros.” (RULLI NETO, Antonio. *Leis de Manu*. São Paulo: Fiúza Editores, 2002, p.153).

¹⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. V, 17.ª ed., atualizada por Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 319.

chamado de *cognatio*: “O parentesco jurídico englobava todos sob o poder de um mesmo *pater familias*, portanto este só era transmitido pela linha paterna, pois somente homens podiam ser *pater familias*. Por isso a *agnatio* era chamada também de *cognatio virilis*.”¹¹

Complementa José Carlos de Matos Peixoto que o

“circulo de agnação, na família em sentido lato, alarga-se de geração em geração, o parentesco afasta-se, mas não se rompe: a agnação não desaparece em nenhum grau determinado; entretanto, chega-se necessariamente a um ponto em que as filiações escapam à pesquisa, não se pode identificar o antepassado comum e o vínculo de parentesco só transparece na comunidade de nome e de culto”¹².

Exalta, ainda, o autor que “a agnação e a cognação entraram em conflito desde o período clássico; em vários casos, a segunda preteria a primeira, até que definitivamente a suplantou sob Justiniano: a novela 118 (a. 543) suprimiu a agnação”¹³.

José Carlos Moreira Alves¹⁴ ensina que são três as categorias de filhos no direito romano: os *iusti* (ou *legitimi*) - provenientes das justas núpcias, os adotivos e os legitimados no período pós-clássico; os *uulgo quaesiti*, também chamados de *uulgo concepti* ou *spurii* - havidos de uniões ilegítimas; e os *naturales liberi*, nascidos de concubinato, categoria que, ao contrário das duas primeiras que existiam no direito clássico, surgiu apenas no direito pós-clássico.

Com relação à condição ostentada pelos filhos de cada uma dessas categorias, o autor esclarece que quanto aos *legitimi*, pais e filhos têm entre si direitos e deveres, como a alimentos e a sucessão hereditária.¹⁵

¹¹ CASTRO, Flávia Lages de. *História do Direito Geral e Brasil*. 3.^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 98. A historiadora ainda esclarece que no Direito Romano a palavra família pode ser aplicada tanto às coisas quanto às pessoas, pois etimologicamente, a palavra família tem origem em *famulus*, que é relativo a escravo (*Idem, ibidem*). No mesmo sentido: ROLIM, Luiz Antonio. *Instituições de Direito Romano*. 2.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 156.

¹² PEIXOTO, José Carlos de Matos. *Curso de Direito Romano*. Tomo I: partes introdutória e geral. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 342.

¹³ *Idem, ibidem*.

¹⁴ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. Vol. II, 4.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p.368.

¹⁵ *Idem*, pp. 368-369.

Quanto aos filhos *uulgo quaesiti* ou *spurii*, juridicamente eles não tinham pai. Não podiam ser reconhecidos ou legitimados, restando-lhes apenas a adoção. Não estavam sujeitos a ascendentes masculinos, mas entram na família materna fazendo *jus* a alimentos e direitos sucessórios. Cabe à mãe o dever de educá-los.¹⁶

Por fim, os *naturales liberi* além do fato de que, pela legitimação, poderiam se tornar filhos legítimos, estavam sujeitos a regime especial, havendo entre eles e seus pais direitos a alimentos e direito restrito de sucessão *ab intestato*.¹⁷

Além da diversidade de categorias de filhos, também foi diversificado o poder do pai sobre os filhos nas diversas fases do direito romano. O historiador belga John Gilissen ensina que “a família romana clássica é de tipo patriarcal: o pai de família (*pater familias*), enquanto vive, é o chefe de todos os descendentes (*liberi*). Só ele é *sui iuris*, por oposição aos seus descendentes que apenas são *alieni iuris*. Goza, relativamente a estes, de um poder mais ou menos ilimitado (*potestas vitae necisque*: poder de vida e de morte)”¹⁸.

Alexandre Corrêa e Gaetano Sciascia ressaltam que o poder do *pater familias* tem um conteúdo pessoal e um conteúdo patrimonial que podem ser resumidos no *ius vitae ac necis*, no *ius exponendi*, no *ius vendendi* e no *ius noxae dandi*, que podem ser assim relatados:¹⁹

- *ius vitae et necis* como o direito de vida e de morte que o *pater familias* exercia em relação aos seus dependentes. Para que fosse exercitado esse poder, o *pater familias* costumava consultar previamente um *consilium domesticum* composto dos *adgnati* mais idosos. Se houvesse abuso, o censor punia com *nota censoria* o *pater familias*;

- *ius exponendi* como o poder de abandonar o filho infante. No período justinianeu, a assistência às crianças abandonadas se tornou função de piedade pública;

- *ius vendendi* como o direito de vender como escravos as pessoas sujeitas ao seu poder, a outro *pater familias*;

- o *ius noxae dandi* como o poder que dispunha o *pater familias* de dar seu filho, na qualidade de escravo, para livrar-se do débito que derivava do dano cometido à

¹⁶ ALVES, José Carlos Moreira. *Op. cit.*, pp. 369-370.

¹⁷ *Idem*, p. 370.

¹⁸ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao Direito*. Tradução A.M.Hespanha e L.M.Macaísta Malheiros. 4.^aed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p. 611.

¹⁹ CORRÊA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de Direito Romano*. 6.^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988, p. 98.

parte contrária, quando este cometia um delito privado. Era o ato de abandonar o culpado à parte lesada.

Vejamos, no que tange ao poder do *pater familias*, as observações feitas por Walter Vieira do Nascimento em relação aos três períodos: pré-clássico, clássico e pós-clássico.²⁰

No período pré-clássico (754-150 a.C.) o alcance do poder do pai era ilimitado, sendo-lhe conferido o *ius vitae necisque* sobre o descendente, que também podia ser dado em servidão, não ser reconhecido quando do nascimento (ser rejeitado) ou abandonado assim que nascesse (ser exposto). No período clássico (150 a.C. – 305 d.C.) o *ius vitae necisque* não podia ser exercido pelo avô sobre o neto, tampouco pelo marido sobre a mulher e tanto a rejeição quanto a exposição foram proibidas. A servidão só seria possível se o descendente cometesse um crime. No período pós-clássico (305 a 565), o *pater familias* não mais exercia o *ius vitae necisque*, ficando, inclusive, proibida a servidão.

Aliás, convém destacar que o conceito de família, no direito romano, era bem diferente do conceito atualmente empregado ao termo.

Segundo José Carlos Moreira Alves, para entendermos o conceito de família em direito romano, têm de ser levados em conta cinco grupos de pessoas vinculadas pelo parentesco ou casamento, a saber:

“a) a *gens*, cujos membros, que se denominavam *gentiles*, julgavam descender de um antepassado comum, lendário e imemorável, do qual recebiam o nome gentílico (e era esse nome, e não necessariamente, o parentesco consanguíneo que os unia);

b) a família *comuni iuri*, conjunto de pessoas que, sendo agnadas (isto é, ligadas por parentesco agnático – vide n. 85), estariam sujeitas à *potestas* de um *pater familias* comum, se ele fosse vivo;

c) o *conjunto de cognados em sentido restrito*, isto é, aqueles que, não sendo agnados uns dos outros, estavam ligados apenas pelo parentesco consanguíneo;

d) a família próprio *iuri*, o complexo de pessoas que se encontravam sob a *potestas* de um *pater familias*, e

²⁰ Cf. NASCIMENTO, Walter Vieira do. *Lições de História do direito*. 15.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pp. 53-54.

e) a *família natural* (denominação devida a romanistas modernos), agrupamento constituído apenas dos cônjuges e de seus filhos, independentemente de o marido e pai ser, ou não, *pater familias* da mulher e dos descendentes imediatos.”²¹

A respeito do conceito de família no Direito Romano, apropriadas as indagações de José Reinaldo de Lima Lopes:

“Nada mais natural, dizem alguns, do que a união de homem e mulher. Sim, mas em termos. Que os homens sejam atraídos pelas mulheres e vice-versa e que desta atração mútua surjam amores e filhos, pode-se dizer que é uma regularidade da natureza. Mas que o “casamento” ou o “matrimônio” sejam por isto mesmo sempre a mesma coisa em toda parte e em todo tempo é uma afirmação que um historiador não pode fazer. O casamento em Roma, por exemplo, não criava família. A família romana é uma unidade produtiva, os pais de família comandam os outros membros e tornam-se gerentes de um fundo patrimonial.”²²

O autor encerra seu comentário dizendo que “da regular união de homem e mulher e do uso continuado da palavra família podemos pensar muita coisa, mas temos de estar atentos para o fato de que a continuidade do uso da palavra pode esconder a descontinuidade das práticas”²³.

Evidenciamos, portanto, que várias eram as possibilidades de se constituir uma família, várias eram as categorias de filhos e os direitos que delas decorriam. Atualmente, ainda, é amplo o conceito de família, por expressa disposição constitucional. Este fato não obsta o reconhecimento de outras possibilidades, como aquela que se vem aplicando, paulatinamente, para a família homoafetiva.

Se, por um lado, a compreensão do que se deve entender como família vem sofrendo variações ao longo do tempo, uma certeza temos de ter: o tratamento entre filhos

²¹ ALVES, José Carlos Moreira. *Op. cit.*, pp. 290-291.

²² LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. 3.ªed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 6.

²³ *Idem, ibidem*.

evoluiu para afastar qualquer possibilidade de categorização ou diferenciação. É o que continuamos a analisar.

1.3 – A Filiação no Código Civil de 1916

Antes da entrada em vigor do Código Civil de 1916, vigoravam, no Brasil, as Ordenações do Reino, mais precisamente, as Ordenações Filipinas, de modo que quando da entrada em vigor do Código Civil de 1916, fez-se expressamente menção à sua revogação. Vejamos:

“Art. 1.807. Ficam revogadas as Ordenações, Alvarás, Leis, Decretos, Resoluções, Usos e Costumes concernentes às matérias de direito civil reguladas neste Código.”

Em que pese a preocupação de nossos legisladores com a revogação, em matéria de filiação, as Ordenações pouco ou nada representavam em termos de disciplina legal.

Preocuparam-se muito mais os reis de Portugal, no que tange à família, com a transmissão da herança por meio de testamento e, a respeito de relacionamento entre homens e mulheres, com a posse sexual das que fossem parentes próximas, ou virgens honestas, ou com o adultério.

Para quem violasse as determinações legais, previam-se, inclusive, penas que quando mais graves eram de morte, e, menos graves, de degradação para o Brasil ou África.

Clóvis Beviláqua²⁴, em seus comentários ao Código Civil, ao comparar a legislação vigente com o direito anterior acerca de parentesco ou filiação, por vezes, utilizava expressões como: *Noção comum, porém não consignada em lei* – quanto ao parentesco; *A lei conhecia essas relações, mas não as definia* – quanto ao parentesco legítimo ou ilegítimo; *Silencioso* – quanto à não possibilidade de contestar a legitimidade do filho nascido antes de 180 dias em algumas hipóteses; dentre outras.

²⁴ BEVILÁQUA, Clóvis. *Op.cit.*, pp. 227-235.

Quanto à presunção de filiação, contudo, o autor fazia menção ao Decreto n. 181 de 1890, mais conhecido por ter criado o casamento civil.²⁵

Ressalta o autor,²⁶ por fim, que, no direito moderno, desapareceu a relação de parentesco estabelecida apenas pelo lado masculino, denominada pelos romanos de *agnação*, ressaltando que o parentesco criado pela natureza é sempre o que decorre da consanguinidade – *cognação* – pois é união que foi produzida pelo mesmo sangue.

Aliás, a mudança de orientação sobre o parentesco agnático já pôde ser sentida no próprio direito romano, segundo Max Kaser, a partir da República e ainda mais nos princípios do Império, perde relevo o parentesco agnático, fundado na pertença às associações familiares e, em seu lugar, ganha cada vez mais importância o parentesco de sangue (*cognatio*), independente da relação naquela associação.²⁷

Feitas estas considerações, continuamos com o exame do tratamento da filiação.

No início do século XX, a legislação em vigor era o Código Civil de 1.º de janeiro de 1916.

O Direito de Família, neste Código, constava do primeiro livro da Parte Especial.

Nesse diploma, havia a distinção entre filhos legítimos e ilegítimos, ou seja, os primeiros havidos do casamento, e os segundos havidos fora do casamento.

Prevvia-se também a figura do filho legitimado, que alcançava a condição de equiparado ao legítimo após o casamento de seus pais, durante a sua concepção ou após o seu nascimento (art. 353 do Código Civil de 1916).

Presumia-se como concebido na constância do casamento o filho nascido pelo menos 180 dias após ser estabelecida a convivência conjugal ou o nascido dentro dos 300 dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal por morte, desquite ou anulação.

²⁵ BEVILÁQUA, Clóvis. *Op. cit.*, p. 233.

²⁶ *Idem*, pp. 227-228.

²⁷ KASER, Max. *Direito Privado Romano*. Tradução de Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, pp. 348-349.

Observe-se que, à época, não havia divórcio, permitido apenas em 1977, por força de emenda à Constituição – Emenda n. 9.

Em relação à contestação da paternidade, se, por ventura, o filho houvesse nascido antes dos 180 dias que sucediam o início da convivência conjugal, ao pai não era dado o direito de contestar sua legitimidade em duas situações: se antes de casar tinha ciência da gravidez da mulher; ou; se assistiu à lavratura do termo de nascimento do filho, pessoalmente ou por procurador, sem contestar sua paternidade.

Contudo, a legitimação do filho concebido na constância do casamento, inclusive por presunção, poderia ser contestada se o marido se achasse fisicamente impossibilitado de coabitar com a mulher nos primeiros 121 dias, ou mais, dos 300 que houvessem precedido ao nascimento do filho; ou se também a esse tempo estivessem os cônjuges legalmente separados. Essa última hipótese não poderia ser alegada caso os cônjuges tivessem vivido, ainda que apenas por um dia, sob o teto conjugal.²⁸

O art. 358 do referido “Código de 16”, por sua vez, vedava de forma expressa o reconhecimento dos filhos adulterinos e incestuosos.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, felizmente, a distinção entre filhos legítimos e ilegítimos não mais foi possível.

Foi a Constituição Federal de 1988 a grande responsável pela evolução que ocorreu no Direito de Família com consequências no Direito das Sucessões.

A Constituição Federal de 1988 inovou particularmente em três aspectos: igualou os direitos do homem e da mulher, reconheceu a igualdade entre os filhos, havidos ou não na constância do casamento, e consagrou o pluralismo familiar, reconhecendo como entidades familiares a união estável e a família monoparental.

Ensina Rui Geraldo Camargo Viana que “a família natural, através da gradativa eliminação da diferenciação entre as espécies de filiação e da progressiva atribuição de direitos à concubina, acabou por se firmar na ordem jurídica, culminando com o expressivo reconhecimento constitucional, no art. 226 e, conseqüentemente, com sua

²⁸ FRANÇA, Rubens Limongi. *Instituições de Direito Civil*. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva: 1996, p. 336.

regulamentação e controle que, em nosso direito, culmina com as Leis 8.971/94 e 9.278/96”²⁹.

Dessa forma, muitas das chamadas “alterações” do novo diploma Civil foram, em verdade, adaptações da lei infraconstitucional ao ordenamento maior da Constituição Federal.³⁰

Especialmente no que se refere à filiação, um dos objetos desta pesquisa, a diferença entre filhos legítimos, ilegítimos e legitimados não encontra mais amparo legal.

O mandamento constitucional da igualdade jurídica dos filhos, havidos ou não da relação do casamento, incluindo os havidos por adoção, passou a nortear a interpretação de todo e qualquer dispositivo normativo existente.

Arnoldo Wald comenta que essa inovação, trazida pela Constituição Federal, foi “das mais importantes e louváveis”³¹. Prossegue o autor:

“A distinção odiosa já havia sido repelida no anteprojeto do Código Civil, que adotando a concepção unitária, já existente em muitos países, substituiu os capítulos relativos à filiação legítima e à filiação ilegítima pelas expressões “Dos filhos havidos no casamento” e “Dos filhos havidos fora do casamento.”³²

Percebe-se que a modificação foi bem recebida por muitos, mas é evidente que a igualdade de fato teve de ser conquistada, paulatinamente, durante esses poucos mais de vinte anos. Foram determinantes nesse papel a análise crítica profunda de nossos doutrinadores e as fundamentações precisas de nossos julgadores, pois construíram, dia após dia, um farto acervo jurisprudencial.

Ainda hoje, contudo, pode-se perceber que a igualdade só poderá ser garantida por mecanismos judiciais, conforme disserta Silvio Venosa:

²⁹ VIANA, Rui Geraldo Camargo. *A família. In Temas atuais de direito civil na Constituição Federal*. Organizadores Rui Geraldo Camargo Viana e Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 30.

³⁰ Cf. SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. *Família & Sucessões*. 5.^a ed. São Paulo: Barros, Fischer & Associados, 2008, p. 16.

³¹ WALD, Arnoldo. *Curso de Direito Civil Brasileiro. Direito de Família*. Vol. IV. 10.^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 138.

³² *Idem, ibidem*.

“A lei, porém, não tem o condão de simplesmente apagar a verdade social patente e evidente: filhos continuam a nascer fora do casamento e, com frequência, a sociedade acolhe-os diferentemente, quando não os marginaliza. Desse modo, se, por um lado, desapareceu o tratamento discriminatório, por outro, os direitos dos filhos provindos de fora do casamento devem ser obtidos por meio dos instrumentos legais ora postos de forma ampla à disposição no ordenamento. Esse é o atual desafio no direito de filiação.”³³

Aí está o papel do Direito, prever mecanismos de proteção e defesa adequados para garantir os direitos que são constitucionalmente previstos, como o do tratamento igualitário dos filhos e o da dignidade de todas as pessoas.

1.4 – A filiação no Código Civil de 2002

O projeto do atual Código Civil é da década de 70, embora somente tenha sido sancionado em 10 de janeiro de 2002, e entrado em vigor um ano após a sua publicação.

Se formos analisar a ordem cronológica dos fatos que propiciaram o tratamento igualitário dos filhos, o avanço veio com a Constituição Federal de 1988, o que nos faz concluir que, por quase quinze anos, vivemos sob as regras do Código Civil de 1916, interpretadas à luz da Constituição.

Outra conclusão faz-se necessária: nossos legisladores tiveram tempo suficiente para elaborar um diploma legal coadunado com a nova ordem constitucional em Direito de Família.

Esse tempo possibilitou a concretização, em lei ordinária, do que já se aplicava em nossos tribunais.

O tratamento legal dado à filiação, atualmente, não faz distinção alguma entre filhos legítimos ou ilegítimos, tampouco, aos havidos ou não do casamento. Pelo contrário, quando, no art. 1.596, o legislador utilizou a expressão “havido ou não da relação

³³ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil, Direito de Família*. Vol. VI. 8.^a ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 213.

do casamento”, foi exatamente para garantir que ficassem vedadas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Na atualidade, pode-se classificar, apenas com finalidade de detalhamento conceitual, a filiação como biológica e não biológica, ressaltando-se que o tratamento legal é idêntico para ambas as origens.

Passemos às classificações.

1.4.1 – Classificação da Filiação

A título de esclarecimento histórico, cumpre-nos ressaltar que os filhos, até a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, eram divididos em legítimos e ilegítimos, dependendo de terem sido havidos ou não da relação matrimonial.

Os ilegítimos subdividiam-se em *naturais*, caso os pais não fossem casados, mas não estivessem impedidos para o casamento, sendo, por exemplo, solteiros ou viúvos; e *espúrios*, quando os pais estivessem impedidos para o casamento.

Os *espúrios*³⁴, por sua vez, eram subdivididos em adulterinos e incestuosos. Chamavam-se adulterinos quando os pais estavam impedidos de casar por já serem casados - um deles ou ambos. Os incestuosos eram aqueles que decorriam de uma relação impedida em razão de parentesco entre os pais.

Essa distinção não tem mais razão de existir diante da igualdade constitucionalmente prevista. O que há, apenas para fins conceituais e sem que se possa imputar algum tratamento diferenciado no ordenamento jurídico, é a divisão da filiação em *biológica e não biológica*.

³⁴ Interessantes as lições de Lafayette em relação à classificação dos espúrios em obra que ele próprio não quis adaptar ao regime republicano. Vejamos:

“Dizem-se espúrios os filhos provindos de coito danado e punível por Direito Civil.

O coito é danado e punível segundo o Direito Civil, quando entre homem e mulher, ao tempo da concepção, subsistia algum dos impedimentos seguintes:

1.º Impedimento de parentesco em grau proibido;

2.º Impedimento resultante de investidura de ordens sacras maiores ou de entrada em ordem religiosa aprovada;

3.º Impedimento de ordem matrimonial.

No primeiro caso denominan-se filhos **incestuosos**; no segundo, - **sacrílegos**; no terceiro – **adulterinos**.” (PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Op. cit.*, p. 302).

A primeira é aquela em que o filho tem os genes dos pais e a segunda aquela que decorre da adoção, da sócio-afetividade ou da reprodução com utilização de material genético de doadores.

A adoção, por força de disciplina legal, ocorre por sentença judicial que estabelece civilmente o parentesco entre duas pessoas. Ressalte-se que a adoção pode ser atribuída a uma pessoa ou ao casal, nesse caso, que viva em união estável ou em relação matrimonial.

A paternidade ou filiação sócio-afetiva é o reconhecimento judicial de que o que liga duas pessoas e as faz crer que manterão esse vínculo por toda a vida, é o amor. A afetividade tem sido, cada vez mais, discutida e considerada em matéria de filiação, o que nos parece um caminho acertado da ciência jurídica, que deve assegurar, sobretudo, que as relações humanas fundadas no afeto e respeito mútuos estejam protegidas.

Ainda dentro da filiação não biológica temos os filhos nascidos após ser utilizada uma das técnicas de reprodução humana em que há material genético de doadores – o que chamamos de heteróloga.

Essa espécie de filiação, recém-incorporada ao ordenamento jurídico positivado, permite aos casais que não podem, por qualquer razão, ter filhos, a busca por doadores de óvulo e/ou espermatozóide, sem que possa haver qualquer distinção do tratamento jurídico dado para os filhos biológicos.

Cumpramos esclarecer que, na filiação biológica, o filho pode ser concebido de forma natural ou também através do auxílio médico, com a utilização de técnicas que possibilitam o encontro do espermatozóide com o óvulo, ou, ao menos, facilitam-no.

Questão híbrida está na situação daquele que carrega apenas em parte o material genético dos pais, isto é, apenas um dos genitores contribuiu com seus genes enquanto que o outro teve de se socorrer de doador. Esse filho, a nosso ver, como carrega em parte o material dos pais, entre uma e outra classificação, é biológico, ainda que parcialmente. Semelhante fato ocorre com a adoção em que um dos cônjuges adota filho do outro. Para um deles o parentesco é decorrente da ligação genética – biológico – e, para o outro, decorre de sentença judicial - civil.

Aliás, interessante a comparação feita por Guilherme Calmon Nogueira da Gama entre a adoção e a parentalidade-filiação decorrente da reprodução heteróloga. Vejamos:

“Nos dias atuais, a parentalidade-filiação decorrente de reprodução heteróloga unilateral – ou seja, com aproveitamento de material fecundante de apenas um doador, o terceiro – nada mais representa que, *mutatis mutandi*, o instituto da adoção resultante de reprodução assistida. Da mesma forma, quando a parentalidade-filiação resulta de reprodução heteróloga bilateral – com emprego de material fecundante de doador de espermatozóide e de doadora de óvulo, ou doação de embrião excendentário de outro casal – há a assimilação ao instituto da adoção bilateral.”³⁵

Seria um tanto mais simples se pudéssemos utilizar toda a regulamentação existente em termos de adoção para os casos de reprodução assistida heteróloga, mas, embora semelhantes, há situações que precisam ser analisadas levando em conta as especificidades de cada um dos institutos.

Apenas para exemplificar, não existe a adoção *post mortem*, ressalvada a hipótese de o processo ter sido iniciado enquanto ainda estivesse vivo o adotante.

Em relação à reprodução assistida, a legislação civil expressamente confirmou, no caso de fecundação artificial homóloga que, por presunção legal, é filho do casal aquele havido mesmo após a morte do marido. Na heteróloga, embora não haja previsão expressa de presunção de filiação para aquele que nasce de embrião excedente após a morte de um dos genitores, há que se pensar quem é esse ser, se não seria ele tão filho quanto aquele que nasce enquanto ambos os “pais” estão vivos.

Esse fato merece nossa reflexão, mas acreditamos que para que haja a aplicação das normas relativas à adoção à fecundação heteróloga, de maneira uniforme e que garanta a segurança que se espera das relações paterno-filiais, tal determinação deveria ser legislativa a fim de evitar possíveis conflitos entre decisões futuras.

Nesse sentido, são as conclusões de Guilherme Calmon asseverando que: “para que fosse possível reconhecer a adoção como o paradigma absoluto no campo da

³⁵ 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. 628.

reprodução heteróloga no aspecto da constituição dos vínculos haveria necessidade de norma estabelecadora de tal equiparação”³⁶.

Argumenta o autor que,

“Na realidade, à luz dos critérios hermenêuticos relacionados ao momento histórico da edição da norma e da necessidade da atualização de sua interpretação em razão das mudanças que se operaram na sociedade, é importante observar que a norma constitucional foi editada em período histórico-cultural que – a despeito dos avanços em vários outros segmentos do Direito de Família, como o reconhecimento das famílias fundadas no companheirismo e na monoparentalidade –, somente distinguia a consangüinidade e a adoção como fontes de parentesco, motivo pelo qual hoje o intérprete deve considerar que no lugar do termo “adoção” constante do texto constitucional, deve-se ler “*adoção e qualquer outra origem não consangüínea*”(…).”³⁷

Essa releitura, segundo Guilherme Calmon, tem “o fim de impor ao legislador o dever de editar lei que disponha sobre a assistência que o Poder Público deverá prestar relativamente às fontes ou origens civis (no sentido de opostos aos naturais) do parentesco, especialmente da sua espécie mais importante que é a parentalidade-filiação.”³⁸

Veja-se, portanto, que as discussões em torno da filiação, mostram-se mais atuais do que nunca. As tentativas de imprimir segurança a um tema tão detalhadamente tutelado são, se não a maior, uma das maiores preocupações do Direito de Família contemporâneo. Grandes desafios nos são apresentados pois a interdisciplinaridade provoca crise na interpretação do Direito posto, enquanto que a velocidade dos fatos pressiona-nos a buscar soluções satisfatórias para a tutela dos interesses individuais e sociais.

De qualquer forma, ainda que para efeitos didáticos, essas classificações da filiação são informadoras e contribuem no esclarecimento do alcance que hoje tem o conceito de filiação, antes tão restrito.

³⁶ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação...*, p. 628.

³⁷ *Idem*, p. 629.

³⁸ *Idem, ibidem*.

1.4.2 – Da Presunção de Paternidade: análise crítica do atual sistema

A presunção em matéria de filiação, como vimos no item 1.3, já havia sido tratada pelo legislador do Código Civil de 1916, que assim estabeleceu no artigo 338:

“Presumem-se concebidos na constância do casamento:

I - os filhos nascidos 180 (cento e oitenta) dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal (art. 339);

II - os nascidos dentro nos 300 (trezentos) dias subseqüentes à dissolução da sociedade conjugal por morte, desquite, ou anulação.”

O Código Civil de 2002, por sua vez, repetiu, em seu artigo 1.597, essas duas hipóteses de presunção de filiação na constância do casamento, atribuindo a paternidade ao marido da mulher casada, se o filho nascer nos 180 dias que se seguirem após ser estabelecida a convivência conjugal ou se nascer nos 300 dias subseqüentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento.

Contudo, o referido artigo do Código Civil atual não cuidou apenas das duas situações acima apresentadas, tratou de outras que analisaremos a seguir, mas, antes, são necessários alguns esclarecimentos em matéria de presunção.

A presunção pode ser absoluta ou simples (relativa).

Nas lições de Carlos Alberto Dabus Maluf, temos que a presunção absoluta (*juris et de jure*) “é acompanhada de proibição feita ao adversário de lhe destruir o efeito pela prova do contrário”³⁹, ao passo que na presunção simples (*juris tantum*) a lei “deixa à parte contrária o direito de restabelecer a verdade e destruir assim a presunção”⁴⁰, ou seja, é aquela que admite prova em contrário.

Esclarece João Manoel de Carvalho Santos que “*pater est quem justae nuptiae demonstrant*”, segundo o autor “a velha máxima que nos foi legada pelo direito

³⁹ MALUF, Carlos Alberto Dabus. *As Presunções na Teoria da Prova*. In Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Volume LXXIX, janeiro-dezembro, 1984, p. 213.

⁴⁰ *Idem, ibidem.*

romano e segundo a qual fica firmada a presunção da paternidade”⁴¹ do marido para o filho concebido na constância do casamento.

Orlando Gomes acrescenta as seguintes observações: “é pai quem o casamento demonstra. Pai, até prova em contrário por ele próprio produzida, é o marido. Não precisa o filho provar a paternidade, se nascido de justas núpcias.”⁴²

Complementa Carvalho Santos que a presunção “se justifica não só pelo dever moral de fidelidade imposto à mulher, mas principalmente se funda no facto e na obrigação da co-habitação dos esposos”⁴³.

Caso os deveres fossem desrespeitados, hipóteses taxativas - legalmente previstas - podiam vencer a presunção, nas palavras de Orlando Gomes, “se o marido se achava impossibilitado de coabitar com a mulher, se estava ausente ou legalmente separado ou se prova que era impotente”⁴⁴.

Carlos Alberto Dabus Maluf constata que havia restrição legal da prova contrária admitida⁴⁵, o que nos faz evidenciar que a presunção legal era relativa – *juris tantum*, mas limitada apenas aos casos previstos no artigo 340 do antigo *codex*.

Quanto à justificativa para a presunção ressalta Carvalho Santos que o “facto do nascimento não prova senão uma coisa de maneira completa, a saber que em um certo tempo anterior verificou-se o acto sexual, de vez que a lei civil não se ocupa nem prevê a fecundação artificial”⁴⁶.

Em relação à época em que os dispositivos foram elaborados cumpre esclarecer que tem total razão o autor, pois não se dominava qualquer técnica de fecundação artificial, tampouco se tinha descoberto o exame de DNA, que hoje elucida de maneira tão aprimorada a questão da origem biológica.

Hoje, todavia, nossa realidade mudou e, com essa mudança, houve o aprimoramento de nossos legisladores no sentido de buscar outras situações, antes impensadas, como a filiação decorrente da fecundação artificial.

⁴¹ SANTOS, J.M. de Carvalho. *Código Civil Brasileiro Interpretado. Direito de Família*. Vol. V. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1937, p. 326.

⁴² GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 14.^a ed. Revista e atualizada por Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2002, pp. 322-323.

⁴³ SANTOS, J.M. de Carvalho. *Op. cit.*, p. 328.

⁴⁴ GOMES, Orlando. *Direito de Família...*, p. 323.

⁴⁵ MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Op. cit.*, p. 206.

⁴⁶ SANTOS, J.M. de Carvalho. *Op. cit.*, p. 327.

Em se tratando da análise do artigo que cuida da atual presunção, primeiramente, tem de se considerar que o legislador, ao atribuir a presunção de filiação apenas àqueles concebidos na constância do casamento, falhou ao não prever a hipótese de união estável.

A omissão, possivelmente, está consubstanciada na história do próprio conceito de família. Comenta Francisco José Cahali, analisando a evolução da união estável, que “o nosso sistema jurídico, desde sua origem, conquanto reconhecida a existência do concubinato como fato social incontornável, sempre se mostrou extremamente resistente à outorga de efeitos positivos à relação extramatrimonial”⁴⁷.

Em que pese a omissão do texto legal, o reconhecimento constitucional das uniões estáveis como entidades familiares nos faz crer que a melhor interpretação é no sentido de se estendermos a presunção aos “concebidos na constância do casamento ou da união estável”, em consonância com a proteção integral e especial do Estado conferida às famílias.

Entenda-se união estável⁴⁸ como aquela definida pelo artigo 1.723 do Código Civil, qual seja: “união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família” e, destaque-se, entre pessoas desimpedidas.

Com relação ao tema, Paulo Luiz Netto Lôbo disserta sobre a redação do art. 1.597 do Código Civil:

“Ainda que o artigo sob comento refira-se à “constância do casamento”, a presunção de filiação, paternidade e maternidade aplica-se integralmente à união estável. A redação originária do projeto do Código Civil de 2002 reproduziu a equivalente do Código de 1916, que apenas contemplava a família constituída pelo casamento e a filiação legítima, não tendo sido feita a

⁴⁷ CAHALI, Francisco José. *Contrato de Convivência na União Estável*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 2.

⁴⁸ A título de esclarecimento, destacamos a nomenclatura que outrora foi utilizada: *concubinato puro*: união de pessoas desimpedidas para o casamento; e *concubinato impuro*: união de pessoas, por qualquer razão, impedidas para o casamento. Atualmente, segundo o Código Civil de 2002, temos a *união estável* – antigo concubinato puro – e apenas *concubinato* para designar as relações não eventuais entre homens e mulheres impedidos de casar – antigo concubinato impuro (SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. *União Estável*. 2.ªed. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 7-8).

atualização pelo Congresso Nacional ao disposto no art. 226 da Constituição Federal.

Assim, a presunção da concepção do filho aplica-se a qualquer entidade familiar.”⁴⁹

No mesmo sentido, Caio Mário da Silva Pereira:

“Equivocou-se o legislador de 2002, no que concerne à filiação, ao reportar-se sempre ao casamento, sem mencionar situações oriundas das relações de fato reconhecidas como *União Estável*, hoje entidade familiar protegida pelo Estado. Devem ser revistos, de imediato, os princípios que regem as presunções considerando também estas relações de fato geradoras de direitos e deveres.”⁵⁰

Esclareça-se que, se antes, por força da classificação existente entre filhos legítimos e ilegítimos havia um certo sentido na previsão de presunção apenas para aqueles concebidos na constância do casamento, atualmente, com o fim da desigualdade previsto constitucionalmente, como já observamos, tal previsão excludente não pode subsistir.

Outra correção ao artigo citado já foi proposta pelo então deputado, Ricardo Fiúza, no projeto n. 6.960/2002 que prevê o acréscimo de parágrafo único ao artigo 1.597, a saber:

“Cessa a presunção de paternidade no caso de inciso II, ou seja, do filho nascido nos trezentos dias subseqüentes à dissolução da sociedade conjugal, se, à época da concepção, os cônjuges estavam separados de fato”.

Essa alteração visa a resguardar, ainda mais, a paternidade real e não a presumida, pois se o casal já não mais mantinha convivência, não há que se falar em presunção.

⁴⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Op. cit.*, p. 59.

⁵⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. V..., p. 325.

Idêntica redação foi novamente apresentada pelo deputado Léo Alcântara do PSDB do Ceará, em 03 de janeiro de 2007, no Projeto de Lei 276, o que nos leva a constatar que a alteração é desejada pelos nossos legisladores.

No mais, observamos que nas duas hipóteses acima, que refletem as disposições dos dois primeiros incisos do citado artigo, não houve modificações em relação ao Código Civil de 1916. Todavia o rol do artigo 1.597 do novo *codex* foi ampliado com a inserção de três novos incisos em relação à presunção da filiação.

Essa ampliação, indubitavelmente inovadora, merece, por consequência, um estudo mais detalhado.

Vejamos os incisos III, IV e V do artigo 1.597:

*“Art. 1.597. 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 da concepção artificial homóloga;

V – havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.”

Esses três últimos incisos cuidam do que chamamos de reprodução assistida⁵¹, ou seja, a assistência médica dada ao casal que não conseguiu realizar o desejo de ter um filho por meio de relações sexuais, utilizando, para isso, novos mecanismos à disposição da medicina genético-reprodutiva.

Diz-se homóloga, quando o material genético do filho é coincidente com o material genético dos pais, ou seja, óvulo da mãe e espermatozóide do pai.

⁵¹ Nesse sentido, o Enunciado 105, aprovado na primeira Jornada de Direito Civil, realizada em Brasília, em setembro de 2002, recomenda: “As expressões ‘Fecundação artificial’ e ‘inseminação artificial’ constantes, respectivamente, dos incisos III, IV e V do art. 1.597 deverão ser interpretadas como ‘técnica de reprodução assistida’”. Disponível no site: www.jf.jus.br.

Heteróloga, a seu turno, é aquela em que há material genético de pelo menos um terceiro, isto é, ou utiliza-se espermatozóide de doador e óvulo da esposa; ou óvulo de doadora e espermatozóide do marido; ou ambos, óvulo e espermatozóide de doadores.

O detalhamento das técnicas de reprodução assistida será feito a seguir, por ora, cumpre-nos observar que mesmo que nossos legisladores, à época, tenham objetivado acompanhar o avanço da ciência médica em termos de reprodução, não conseguiram empregar a melhor técnica de redação das normas, quando, por exemplo, se calaram quanto à necessidade de autorização para a implantação de embriões excedentários e a exigiram apenas do marido em caso de inseminação artificial heteróloga, olvidando-se da possibilidade de haver doadoras de óvulos, permitindo a gestação pela própria esposa ou por terceira pessoa através de cessão temporária de útero.

Sem mencionar o fato de que a presunção gera inúmeros reflexos jurídicos para os quais sequer apontou-se uma possível solução.

A regra de que “a maternidade é em si um fato certo e de fácil prova”⁵² (*mater semper certa est*), nos dizeres de Roberto de Ruggiero, professor da Universidade Real de Roma “prova-se pelo parto; é mãe, aquela que pariu o filho (...)”⁵³, hoje tem de ser revista à luz de situações em que se permite que o filho seja gerado por terceiro, por exemplo.

O avanço na ampliação do rol de presunções pode até ser merecedor de elogios, contudo há que se considerar a situação em que essas disposições foram inseridas no projeto original e suas conseqüências para o ordenamento jurídico.

Silvio Venosa⁵⁴ assevera que “atendendo a insistentes críticas em face de sua ausência no Projeto original, na fase final de tramitação legislativa foram inseridos de afogadilho três dispositivos no Código Civil de 2002, no art. 1.597, que tratam da presunção de filhos concebidos na constância do casamento”.

⁵² RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito Civil*. Traduzido e atualizado por Paolo Capitanio. 2ª. ed. Campinas: Bookseller, 2005, p 266.

⁵³ *Idem, ibidem*.

⁵⁴ VENOSA, Silvio de Salvo. *Op. cit.*, p. 222.

Segundo o mesmo autor, o “Código Civil de 2002 não autoriza nem regulamenta a reprodução assistida, mas apenas constata lacunosamente a existência da problemática e procura dar solução ao aspecto da paternidade”⁵⁵.

Portanto podemos concluir que, frutos da urgência, os dispositivos acabaram por apresentar inúmeras situações que trazem sérias consequências tanto para o Direito de Família, relacionadas, por exemplo, à segurança do matrimônio e das relações familiares, como para o Direito das Sucessões, com reflexos na transmissão da herança e segurança jurídica. Há coincidência de manifestações, por parte da doutrina, no sentido de a matéria dever ser regulamentada com a máxima urgência, a fim de se evitar a insegurança nas relações familiares, tanto nos aspectos pessoais quanto nos patrimoniais.

A fim de aclarar o tema que forçosamente depende de conceitos médicos precisos, passamos a analisar os registros históricos da Reprodução Assistida e suas técnicas mais utilizadas.

1.5 – Registros Históricos da Reprodução Assistida

Os primeiros registros históricos que denotam a busca por solução para a falta de filhos são extremamente antigos.

Há quem faça referência a passagens mitológicas em que a procriação foi obtida por emprego de meios não naturais. Perseu teria sido o primeiro homem “a nascer por meio de inseminação artificial, pois Zeus fecundara Danae, a filha de Aerísio, que fora enclausurada para não ter o filho que mataria o avô e usurparia o trono”⁵⁶.

No Código de Manu, já se podia evidenciar a importância da descendência, a ponto de se permitir que diante da esterilidade do marido, seu irmão fosse incumbido da missão de lhe conseguir um filho, coabitando com sua mulher. Segue a redação dos artigos relacionados ao tema, todos do Livro IX.

⁵⁵ VENOSA, Silvio de Salvo. *Op. cit.*, p. 222.

⁵⁶ BARBOZA, Heloisa Helena. *A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização “in vitro”*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p.32.

“59. Não havendo filhos, a desejada gravidez pode ser obtida pela coabitação da esposa, convenientemente autorizada, com um irmão, ou algum outro parente até sexto grau do marido.”

Nesta regra evidenciamos a possibilidade de se conseguir o auxílio de terceiro para que um filho fosse gerado e mais, a necessidade de que este auxílio fosse autorizado pelo marido, segundo a expressão - “convenientemente autorizado”, problema que analisaremos no decorrer da presente pesquisa.

Prosseguimos com algumas outras curiosidades a respeito desta assistência permitida nas Leis de Manu.

“60. Untando com manteiga derretida e em silêncio, o parente encarregado deste mister reunir-se-á durante a noite com a viúva ou mulher casada sem filhos e gerará um (filho) somente; nunca um segundo.

61. Alguns sábios, conhecedores da Lei, depois de estudarem a questão, entenderam que, se houver a necessidade de um segundo filho, ele poderá ser gerado.

62. Realizando esta tarefa, as duas pessoas, irmão e cunhada, deverão portar-se um para com o outro como um pai e uma enteada.

63. O irmão, seja mais velho ou mais novo, que, encarregado desta tarefa, não observar a regra prescrita e somente se satisfizer, ficará degradado – se é mais velho, como tendo manchado o leito de sua enteada e se é mais novo, de seu Guru.”

Nessas quatro regras transcritas, constatamos que a matéria da reprodução com auxílio de terceiro, ainda que esse auxílio fosse prestado pelo método primário de reprodução, ou seja, com a prática de relações sexuais, era, ainda que minimamente, regulada. Prevvia-se o método a ser utilizado no artigo 60. A quantidade de filhos a serem concebidos, artigo 60; a possibilidade de mais gestações após a apreciação de um Conselho, formado por alguns sábios, conhecedores da Lei – artigo 61; o tratamento que deve ser estipulado entre aquele que auxilia e aquela que foi auxiliada – artigo 62, e, por fim, a pena para aquele que desvia a finalidade do ato que pratica, buscando apenas seu bel-prazer – artigo 63.

O artigo 64, por sua vez, estabelecia que os *Devidjas* não deveriam autorizar uma viúva ou mulher casada sem filhos a conceber filho de terceiro, pois, se assim o fizessem, violariam a lei primitiva.

Antonio Rulli Neto⁵⁷ explica que *Devidjas* são os homens pertencentes às três⁵⁸ primeiras castas⁵⁹, situação diametralmente oposta à que encontramos atualmente, na qual o acesso à assistência reprodutiva é dado com maior facilidade àqueles mais privilegiados.

Em suma, estas providências poderiam ser adotadas em caso de esterilidade masculina, no entanto se a esterilidade fosse feminina a mulher deveria ser substituída, a saber:

“81. Uma mulher estéril deve ser substituída no oitavo ano; aquela cujos filhos tenham morrido, no décimo, aquela que só dá a luz filhas, no décimo primeiro; aquela que fala com arrogância, imediatamente.”

Vê-se que na época, não se dispunha de assistência à reprodução para a mulher estéril, o que atualmente é possível.

Mônica Scarparo também registra passagem histórica da reprodução assistida na Espanha do século XV, em que Henrique IV e D. Joana de Portugal teriam tentado a concepção de um herdeiro por meios artificiais⁶⁰.

Na contramão da procura incessante por métodos que auxiliassem na reprodução humana, houve também, na história mais recente, quem buscasse métodos que

⁵⁷ RULLI NETO, Antonio. *Op. cit.*, p. 136.

⁵⁸ A respeito das castas, na sociedade Hindu, interessantes os comentários do autor acerca do seu surgimento: “As quatro castas primitivas foram criadas por Brahma, que utilizou diferentes partes do seu corpo. Da boca, como símbolo da sabedoria, fez sair a classe sacerdotal, isto é, os Brâmanes; de um braço, símbolo da força, produziu a classe militar e real, os Xátrias (*Quetris*, ou *Charodos*); de uma perna, os Vêrsias (*Oixos* ou *Bixes*), simbolizando o trabalho, pois são destinados à agricultura e comércio. De um pé produziu a última casta, que é dos Sudros, destinados aos trabalhos servis das outras castas. Todas as demais castas são mistas, o que os indianos consideram a maior das desgraças” *Op. cit.*, p. 18.

⁵⁹ Outra curiosidade a respeito das castas e a família no Código de Manu, nos é relatada por Aracy Augusta Leme Klabin, passemos a ela: “As proibições legais do casamento com pessoa inferior eram, na realidade, aplicáveis só a mulher, talvez por acreditar-se que o filho fosse gerado exclusivamente com sangue do pai, sendo a mãe simples receptáculo formador. Tal crença, aliás, parece ter sido comum entre os povos antigos. De qualquer forma o art. 13 do Capítulo III ordena ao varão *sudra* casar-se com mulher *sudra*; ao varão *vaycia* casar-se só com mulher *vaycia* ou *sudra*; ao varão *kshatriyas* casar-se com mulher *kshatriyas*, *vaycia* ou *sudra*. Quanto ao varão *brâhmane*, permitia-se-lhe casar com mulher de qualquer classe. (KLABIN, Aracy Augusta Leme. *História geral do direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 147).

⁶⁰ SCARPARO, Mônica Sartori. *Fertilização Assistida: questão aberta: aspectos científicos e legais*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 6.

garantissem a esterilização em massa, como aqueles praticados em Auschwitz. Nas palavras do médico e filósofo Marco Antonio Oliveira de Azevedo:

“Um grupo de experimentos foi realizado em Auschwitz, no qual observava-se o efeito de injeções intra-uterinas das mais variadas substâncias. Muitas mulheres morreram devido a isso. Viktor Brack, um administrador sentenciado à forca em Nüremberg, propôs a Himmler uma forma de esterilização masculina com o uso de aparelhos de raios-X postos no interior de mesas comuns. Centenas de homens, a maioria judeus, sentavam-se junto a mesas para preencher questionários, enquanto eram sem saber esterilizados por tais máquinas.”⁶¹

Voltando aos principais registros do emprego das técnicas para a reprodução e não da esterilização, o médico paraibano, e professor titular de medicina legal da Universidade Federal da Paraíba, Genival Veloso de França, registra que foi o veterinário Ivanoff, o propulsor da técnica moderna da reprodução assistida e, em 1790, o médico inglês John Hunter realizou, com êxito, pela primeira vez, esse procedimento⁶².

Entretanto, somente em 1978, conforme anotamos na apresentação da presente pesquisa, veio ao mundo o primeiro bebê, chamado de “bebê de proveta”, por terem sido empregados os procedimentos de fertilização *in vitro*.

Era a menina Louise Brown, que do dia 25 de julho nascia na Inglaterra, em decorrência da assistência obtida na clínica dos médicos Patrick Steptoe e Robert Edwards.

Após essa conquista, inúmeros registros de tratamentos foram feitos em diversos países com o emprego da fecundação *in vitro*, dentre eles Austrália e França, o que fez com que a sociedade passasse a se preocupar com os conflitos e consequências éticas e legais a ela inerentes⁶³.

No Brasil, o primeiro bebê nasceu na cidade de São José dos Pinhais no dia 07 de outubro de 1984.

A partir de então, as investigações científicas na área da reprodução humana assistida se propagaram e os avanços puderam ser observados em diversos países.

⁶¹ AZEVEDO, Marco Antonio Oliveira de. *Bioética Fundamental*. Porto Alegre: Tomo Editorial, 2002, p. 74.

⁶² FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito Médico*. 9.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 328.

⁶³ CAMARGO, Juliana Frozel de. *Reprodução Humana: ética e direito*. Campinas/SP: Edicamp, 2003, pp. 25-26.

Avanços que propulsionaram a comunidade jurídica a se debruçar sobre o tema e forçaram os legisladores de diversos países a regulamentar a matéria, como poderemos observar em capítulo próprio.

Contudo, como observa Orlando Gomes, em obra atualizada por Humberto Theodoro Júnior, há, porém, “mesmo entre os mais receptivos, apreensão diante de fatos e tendências que estão surgindo, como a “nova tecnologia da natalidade”, os progressos da biologia, o sistema de “pais profissionais””⁶⁴, tidas como até mesmo, nas palavras do autor como “aberrantes dissonâncias”⁶⁵.

Em que pese a apreensão, é inegável que o progresso científico trouxe enormes benefícios em matéria reprodutiva, e, por esta razão, no momento, nos concentraremos no estudo das formas de reprodução assistida.

1.6 – Reprodução Assistida

A reprodução assistida é aquela em que o casal recebe orientação de forma a programar a forma de suas relações, visando à facilitação do encontro do espermatozóide com o óvulo, ainda que este encontro se dê por meio de relação sexual.

A assistência à reprodução pode se dar, destarte, de duas maneiras: apenas em forma de aconselhamento e acompanhamento da periodicidade da atividade sexual do casal a fim de otimizar as chances de que ela resulte em uma gravidez; ou pelo emprego de técnicas médicas avançadas, de modo a interferir diretamente no ato reprodutivo, objetivando viabilizar a fecundação.

Evidente está que o primeiro tipo de assistência não gera consequências que possam interessar ao ordenamento jurídico, em que pese o fato de ser tema objeto de discussões político-sociais em relação à disparidade da prestação de serviços médicos que um casal tem em razão de seu *status* econômico, ou seja, quanto mais abonado for o casal, economicamente falando, maiores serão suas chances de ter acesso a um serviço médico de qualidade. Prova contundente de discriminação social.

⁶⁴ GOMES, Orlando. *Direito de Família...*, p. 27.

⁶⁵ *Idem, ibidem.*

Já em se tratando do auxílio médico à reprodução em que são empregadas técnicas em que há a efetiva intervenção médica no ato reprodutivo de maneira a propiciá-lo de modo artificial, devemos de pronto afirmar que a assistência médica na reprodução humana é serviço disponível predominantemente à elite, que pode arcar com os altos custos das novas descobertas científicas e tecnológicas.

Destaque-se, ainda, que deverá haver um enorme preparo psicológico por parte do casal que se submeterá à técnica de reprodução artificial, tendo em vista o confronto da grande ansiedade de concretizar o desejo de ter filhos com o procedimento médico a ser cumprido.

Sobre o custo do procedimento a ser aplicado, temos as observações dos Professores da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo, Carlos Roberto Izzo e Ângela Maggio da Fonseca. Vejamos:

“As TRAs⁶⁶ são constituídas de determinada seqüência de etapas, como a utilização de drogas injetáveis diariamente para indução de superovulação, monitoração do desenvolvimento folicular, captação oocitária, transferência dos embriões e suporte da fase lútea. A fertilização assistida envolve custo operacional invariavelmente alto e intensa sobrecarga psicológica durante as sucessivas etapas dos ciclos de tratamento.”⁶⁷

Os diversos aspectos que envolvem o tema serão aprofundados no capítulo a seguir, por enquanto, urge apresentar os diferentes métodos utilizados na reprodução humana.

Em matéria de Técnicas de Reprodução Assistida (TRAs), segundo os autores supracitados, as modalidades disponíveis são: Fertilização *in vitro* convencional com transferência intrauterina de embriões (FIVETE), transferência intratubária de gametas (GIFT), transferência intratubária de zigoto (ZIFT), injeção intracitoplasmática de espermatozóide (ICSI), doação de oócitos e criopreservação embrionária, oocitária e de tecido ovariano⁶⁸.

⁶⁶ TRAs, segundo a linguagem médica, significa Técnicas de Reprodução Assistida.

⁶⁷ IZZO, Carlos Roberto; FONSECA, Ângela Maggio. *Fertilização Assistida – Seleção de Pacientes e Técnica in Tratado de Ginecologia – Condutas e Rotinas de Ginecologia da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo – USP*. São Paulo: Editora Revinter, 2005, p.402.

⁶⁸ *Idem, ibidem*.

Para alcançar a clareza que se procura ter nesta pesquisa, e objetivando o bom andamento do desenvolvimento do trabalho, antes de adentrarmos em cada uma das modalidades, teceremos algumas considerações pertinentes à área médica para que se possa ter melhor compreensão da utilidade e indicação do emprego das técnicas de reprodutivas.

1.6.1 - Esclarecimentos sobre a esterilidade e a infertilidade

Manoel de Almeida Moreira, médico ginecologista titulado em reprodução humana, pontua, com precisão, a terminologia corrente em matéria de Reprodução Humana, esclarecendo o sentido de diversas expressões.

Nas palavras do autor, esterilidade “é a condição clínica em que vive um casal que não evita filhos, mantém relações sexuais normais e desejando obter descendente não o consegue”⁶⁹.

Esclarecemos que a área médica entende como implícito no conceito, o fato de que o “acasalamento já ocorre há pelo menos dois anos, e a frequência coital é de três vezes por semana”⁷⁰.

Os médicos portugueses, Agostinho Almeida Santos e Teresa Almeida Santos, criticam o critério temporal argumentando que “trata-se de uma definição em si própria arbitrária, por diversas razões, entre as quais a limitação temporal imposta e mesmo até pela própria noção algo subjectiva de relações sexuais desprotegidas”⁷¹. Concluem que “muito embora algo criticada, porém a designação é utilizada correntemente e encontra-se mesmo expressa em alguns textos conhecidos de céleres escritores e reputados cultores da língua portuguesa”⁷².

Continuando com as definições, *esterilidade* é o estado em que a gravidez não é conseguida. *Esterilidade conjugal*, por sua vez, é o estado do casal que, após dois

⁶⁹ MOREIRA, Manoel de Almeida. *Compêndio de Reprodução Humana*. Rio de Janeiro: Revinter, 2002, p. 1.

⁷⁰ *Idem, ibidem*.

⁷¹ SANTOS, Agostinho Almeida e SANTOS, Tereza Almeida. *Esterilidade, infertilidade e procriação medicamente assistida*. In *Bioética*. Coordenação Luís Archer, Jorge Biscaia e Walter Osswald. Lisboa: Editorial Verbo, 1996, pp 269-270.

⁷² *Idem*, p.270.

anos de atos sexuais frequentes, não consegue a gravidez. Observa-se que a *esterilidade conjugal* pode, ainda, ser chamada de *voluntária*, quando há a prática de anticoncepção consciente. Em oposição à esterilidade temos a *fertilidade* entendida como a propriedade reprodutiva de organismos vivos para gerar descendentes à sua semelhança⁷³.

Infertilidade, definem os médicos portugueses acima citados, é diferente de esterilidade, nas palavras dos autores “A designação infértil deverá ser atribuída ao casal em que existe fecundação, mas em que o produto da concepção não atinge a viabilidade”⁷⁴. Completam: “O casal também não tem filhos, mas a grande maioria dos mecanismos da fecundação tem lugar, só que a gravidez que foi alcançada, uma ou mais vezes, não termina pelo nascimento de um novo ser vivo e viável.”⁷⁵

Segundo o Manual de Reprodução Humana da Federação Internacional de Ginecologia e Obstetrícia (FIGO), a infertilidade vem assim classificada⁷⁶:

“a) *Infertilidade Primária*: significa que a mulher nunca concebeu, apesar da prática de coitos regulares, sem anticoncepção, por um período mínimo de dois anos.

b) *Infertilidade Secundária*: refere-se à mulher que já concebeu, uma ou mais vezes e não volta a engravidar, apesar de manter coitos sem anticoncepção, por um período mínimo de dois anos.”

Como pudemos observar, a esterilidade, anteriormente descrita, é coincidente com o conceito de Infertilidade Primária segundo o Manual de Reprodução Humana da Federação Internacional de Obstetrícia. Afinal, qual é a terminologia que deve ser empregada?

Carlo Flamigni, professor de ginecologia da Universidade de Bologna, explica que “a confusão nasce do fato que em inglês a palavra para indicar “esterilidade” é

⁷³ Cf. MOREIRA, Manoel de Almeida. *Op. cit.*, p. 1.

⁷⁴ SANTOS, Agostinho Almeida e SANTOS, Tereza Almeida. *Op. cit.*, p. 270.

⁷⁵ *Idem, ibidem.*

⁷⁶ MOREIRA, Manoel de Almeida. *Op. cit.*, p. 2.

“infertility”, o que naturalmente nos cria alguma dificuldade, habituados como estamos em utilizar a língua científica anglo-saxissônica”⁷⁷.

Assevera ainda o autor que “na Itália, a palavra esterilidade indica a incapacidade de iniciar uma gravidez ou de fazê-la iniciar em sua companheira. Usa-se ao contrário o termo “infertilidade” para indicar a incapacidade de ter filhos vivos e em condição de sobreviver”⁷⁸.

Essa é a distinção predominante que adotaremos durante a pesquisa, contudo esclarecemos que tanto a esterilidade quanto a infertilidade, em que pesem as diferenças, acabam por expressar que o casal, ou só um deles, tem dificuldades para a procriação, razão pela qual, tendo em vista que o objetivo maior desta pesquisa é o estudo da reprodução assistida sob o aspecto jurídico, feitos os esclarecimentos e guardados os momentos em que a precisão terminológica é exigida, utilizaremos ambas as expressões para manifestar o impedimento reprodutivo que pode ensejar a busca pela assistência à reprodução, nas suas mais diversas formas.

Por fim, podemos também encontrar a expressão casais *hipoférteis*, utilizada para designar “aqueles casais que têm uma diminuição estatística relevante da sua capacidade potencial de dar início a uma gravidez”⁷⁹.

1.6.2 - Causas da esterilidade

Diversas podem ser as causas da esterilidade ou pelo menos, diversos podem ser os fatores que dificultam a gravidez.

Para que a gravidez ocorra, ensina o médico Álvaro Pigatto Ceschin, uma série de eventos sincronizados deve acontecer, resumindo: os espermatozóides são

⁷⁷ FLAMIGNI, Carlo. *Il Primo Libro della Sterilità. I problemi clinici e psicologici, la diagnosi e le cure ordinarie*. Torino: UTET Libreria, 2008, p. 64. “La confusione nasce dal fatto che in inglese la parola per indicare “sterilità” è “infertility”, il che naturalmente ci crea qualche difficoltà, abituati come siamo a utilizzare la lingua scientifica anglosassone.”

⁷⁸ *Idem*, p. 63. “In Italia, la parola sterilità indica l’incapacità di iniziare una gravidanza o di farla iniziare alla compagna. Si usa invece il termine “infertilità” per indicar ela incapacità di avere figli vivi e in grado di sopravvivere.”

⁷⁹ FLAMIGNI, Carlo. *Il libro della procreazione. La maternità come scelta: fisiologia, contraccezione, fecondazione assistita*. Milano: Arnoldo Mondadori Editore, 2008, p. 273. “quelle coppie che hanno una diminuzione statistica rilevante della loro capacità potenziale di dar inizio a una gravidanza”.

depositados na vagina, aqueles que são ativos migram pelo muco cervical, atravessam a cavidade uterina e entram pela trompa até sua parte distal. O óvulo maduro, por sua vez, deve sair do ovário e entrar em uma das trompas, local onde o óvulo e o espermatozóide se encontram, ocorrendo a fertilização. O embrião formado no interior das trompas sofre um processo de maturação e chega ao útero, onde se fixa e se desenvolve na cavidade uterina, ocorrendo então a nidação embrionária.^{80 81}

Qualquer alteração, portanto, que possa incidir sobre uma destas fases impede a gravidez.

As causas de esterilidade podem ser femininas e masculinas.

As causas femininas são subdivididas em tuboperitoneal, uterina cervical, uterina corporal, endócrina e idiopática⁸².

De maneira sucinta, esclarecemos que dentre os fatores uterinos ou corporais encontram-se as malformações uterinas, as lesões miometriais (principais: mioma uterino, desenvolvimento deficiente da musculatura uterina e adenomiose – por alterar a contratilidade uterina) e endometriais (dentre outras, a endometriose)⁸³.

Os fatores tidos como responsáveis pela esterilidade da mulher em matéria tuboperitoneal são “as malformações tubárias, processos infecciosos, lesões iatrogênicas e endometriose”⁸⁴.

Em relação às anomalias endócrinas estão “relacionadas principalmente com foliculogênese anormal, anovulação crônica e hiperprolactinemia que são eventualmente decorrentes da endometriose”⁸⁵.

⁸⁰ CESHIN, Álvaro Pigatto. *Filhos! Invista neste sonho: a arte da reprodução humana*. Curitiba: Álvaro Pigatto Ceshin, 2004, p. 49.

⁸¹ “O processo evolutivo embrionário caracterizado por divisões celulares sucessivas mantém-se de forma célere mas coordenada, constituindo-se, progressivamente, uma estrutura multicelular denominada **mórula**. Ao fim de 72 a 96 horas de existência o embrião, já agora num estágio de desenvolvimento designado por **blastocisto**, possui uma cavidade de tipo quístico (de onde lhe advém a designação) e um botão embrionário que constitui o seu esboço rudimentar. É nesta fase que vai chegar à cavidade uterina onde agora se procura implantar. Ocorre então o processo (*sic.*) complexo e enigmático da **nidação** ou seja a fusão do embrião com as estruturas uterinas que lhe vão constituir como um verdadeiro claustro materno” (SANTOS, Agostinho Almeida; SANTOS, Tereza Almeida. *Op. cit.*, p. 268).

⁸² FONSECA, Ângela Maggio *et al.* *Esterilidade Feminina – Fatores uterino e tuboperitoneal*. In *Tratado de Ginecologia – Condutas e Rotinas de Ginecologia da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo – USP*. São Paulo: Editora Revinter, 2005, p. 393.

⁸³ *Idem, ibidem.*

⁸⁴ *Idem, ibidem.*

⁸⁵ *Idem, ibidem.*

Quando não se detectam as causas da esterilidade investigada, temos as chamadas esterilidades idiopáticas ou de causa desconhecida.⁸⁶

Em relação ao fator masculino, destacam os doutores Fábio e Eliana Pasqualotto que a investigação deve ser iniciada a partir da história detalhada sobre a duração da infertilidade do casal, associada a um exame físico cuidadoso.⁸⁷

Dissertam os autores que se considera normal o sêmen com pelo menos 50% de formas móveis (graus A+B) e quanto à morfologia, pelo critério da OMS, é considerada normal quando pelo menos 30% dos espermatozóides têm formas ovais normais.⁸⁸

Registramos, de acordo com o apontamento feito pelos médicos⁸⁹, as nomenclaturas das possíveis variações sofridas pelo sêmen:

- *Normozoospermia* – ejaculado normal;
- *Oligozoospermia* – concentrações de sêmen inferiores a 20x10(6)ml (abaixo da normalidade)
- *Astenozeospermia* – menos de 50% dos espermatozóides com progressão anterógrada (móveis);
- *Teratozeospermia* – menos de 50% dos espermatozóides com morfologia normal;
- *Oligoastenoteratozeospermia* – significa alteração das três variáveis acima;
- *Azoospermia* – ausência de espermatozóide ejaculado;
- *Criptozeospermia* – azoospermia com presença de espermatozóides no *pellet* após a centrifugação;
- *Aspermia* – ausência de ejaculado.

Dependendo da ou das alterações apresentadas, o médico empregará a técnica reprodutiva indicada para o caso, ou seja, para que a opção possa ser feita, em primeiro lugar deve-se investigar a causa da esterilidade ou infertilidade, para, depois, selecionar a mais recomendada.

⁸⁶ SANTOS, Agostinho Almeida e SANTOS, Tereza Almeida. *Op. cit.*, p.271.

⁸⁷ PASQUALOTTO, Fábio Firmbach e PASQUALOTTO, Eleonora Bedin. *Infertilidade Masculina. In Tratado de Ginecologia – Condutas e Rotinas de Ginecologia da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo – USP*. São Paulo: Editora Revinter, 2005, p. 405.

⁸⁸ *Idem*, p. 409.

⁸⁹ *Idem, ibidem*.

Não se pode deixar de registrar que, muitas vezes, a causa da esterilidade é desconhecida. Estudos indicam, contudo, o aspecto emocional e ambiental como os possíveis fatores de não gravidez.

Em artigo publicado no Jornal Brasileiro de Medicina, especialistas da área reprodutiva afirmam que “um conjunto crescente de evidências científicas está motivando pacientes inférteis e médicos a prestarem mais atenção nos produtos químicos ambientais e seus impactos na saúde reprodutiva”⁹⁰.

No mesmo documento⁹¹ é apresentada tabela que demonstra o impacto da exposição a agentes tóxicos - como tintas, gasolina, cosméticos, verniz, resinas para tábuas e madeiras, pesticidas e fumaça do cigarro – na saúde reprodutiva do homem e da mulher, relacionando como principais efeitos: o prolongamento do tempo de gravidez, redução de potencial fértil, aborto, alterações menstruais, morte fetal, danos espermáticos, dentre outros.

1.6.3 – Inseminação e fecundação: finalidades

Em primeiro lugar, cumpre-nos diferenciar as expressões inseminação e fecundação, para que as expressões sejam empregadas de forma adequada.

Na obra de Washington de Barros Monteiro, encontramos explicação sobre a origem das palavras fecundação e inseminação: “a palavra *fecundação* vem do latim *fecundatio*, proveniente do verbo *fecundare*, que significa “fertilizar”, sendo entendida como a fase de reprodução consistente na fertilização do óvulo pelo espermatozoide. A palavra *inseminação* tem origem no verbo *inseminare*, composto por *in* – dentro – e *semem* – semente, significando a colocação do sêmen na mulher.”⁹²

⁹⁰ PASQUALOTTO, Eleonora Bedin, PASQUALOTTO, Fábio Firmbach *et al.* *O Impacto dos Fatores Ambientais na Fertilidade*. Jornal Brasileiro de Medicina. Vol. 94, n.ºs. 1/2. Jan./Fev., 2008, p. 36

⁹¹ *Idem*, p. 38.

⁹² MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil. v.2: direito de família*. 39.^a ed. ver. e atual. por Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 360-361.

Desse modo, devemos atentar para a precisão terminológica, lembrando sempre que inseminação é a colocação do sêmen na mulher, seja esse sêmen do próprio marido ou de um doador.

Antes de passarmos às considerações técnicas, destacamos as assertivas de Rosa Maria de Andrade Nery e Nelson Nery Junior que asseveram ser “fato facilmente constatável na atualidade e, portanto, componente da fenomenologia jurídica de nosso tempo, a prática de manobras de técnica e de ciência médica tendentes a realizar, por meios artificiais, a fertilização de novos seres humanos pela manipulação de material genético”⁹³.

Complementam o raciocínio, apresentando as finalidades de tais práticas, que, segundo os autores, já foram identificadas, a saber:

“a) o de servir de fundamental ajuda aos casais que querem conceber filhos e que, por diversas razões, naturalmente não o conseguem; b) o de servir como prática fundamental para o sucesso de certas pesquisas médicas que visam à descoberta de fenômenos que interessam à preservação da vida humana, quer por novas descobertas de cura acerca de doenças já conhecidas, quer pela descoberta de técnica de detecção de doenças ainda não eclodidas, quer pela possibilidade de o manuseio de material genético permitir a solução de problemas de ordem estrutural do corpo humano, criando condições de reprodução de órgãos que possam vir a ser úteis a seres humanos em especial estágio da sua vida, quer por ensinar – sob o ponto de vista da técnica médica – a possibilidade de reprodução de novos seres humanos clonados.”⁹⁴

Analisando as finalidades elencadas pelos autores, cremos que há, na identificação feita, não só o fim precípua da reprodução assistida – letra a) – como também o fim perseguido na pesquisa com células tronco embrionárias – letra b), questão não menos complicada do que aquela que estudamos na presente pesquisa.

O grande alvo do avanço das pesquisas em matéria de reprodução humana, propriamente dita, é, a nosso ver, aquele que foi destacado em primeiro lugar pelos autores, ou seja, o de propiciar a concretização da procriação para pessoas que nasceram com, ou

⁹³ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. 5.^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 1036.

⁹⁴ *Idem, ibidem*.

desenvolveram, problemas de fertilidade. Nesse sentido, a busca pela saúde do bebê a ser gerado é consequência primordial.

Contudo, notamos também que cresce a busca de futuros pais, inclusive daqueles que não têm problemas reprodutivos, por procedimentos médicos que visem a evitar que doenças familiares sejam transmitidas para seus bebês, buscando garantir-lhes uma vida mais longa e saudável.

Até que ponto deve-se estimular essa busca ou incentivar este comportamento é uma das questões frequentemente debatidas em discussões éticas.

É fato, porém, que a preocupação não é apenas dos pais, pois evitar doenças congênitas ou que possam vir a se desenvolver ao longo da vida do ser gerado artificialmente passa, cada vez mais, a ser preocupação de médicos e cientistas.

No dia 09 de janeiro do presente ano, foi anunciado oficialmente pela University College of London⁹⁵ o nascimento do primeiro bebê do Reino Unido, sem o gene responsável por oitenta por cento dos casos de desenvolvimento de câncer de mama e sessenta por cento dos casos de câncer de ovário (BRCA 1).

A notícia do nascimento da menina inglesa ganhou rapidamente destaque na imprensa mundial, como mais uma grande conquista da ciência médica, viabilizada pelo emprego das novas técnicas de reprodução humana.

Segundo o médico britânico, Mr. Paul Serhal,⁹⁶ Diretor da Unidade de Concepção Assistida, o diagnóstico pré-implantacional permitiu que a menina não tivesse que enfrentar a expectativa de desenvolver câncer de mama ou ovário na vida adulta, e seus pais terão afastado o risco de transmitir a doença para sua filha.

Nota-se, portanto, que a reprodução assistida pode ter também o fim de evitar a transmissão de doenças genéticas e garantir a saúde do ser que será concebido.

A utilização dos novos procedimentos, quando se tem uma notícia como esta, é tida como cumpridora de seus objetivos, porém, quando se pensa na utilização das novas possibilidades na área genético-reprodutiva para atender meros caprichos dos genitores, como a escolha de características como cor dos olhos ou cabelo, pensa-se logo em desvio de finalidade.

⁹⁵ Site: www.ucl.ac.uk/news, acessado em 12/01/09.

⁹⁶ Entrevista publicada no site da University College of London (www.ucl.ac.uk/news), acessado em 12/01/09.

Para procurar identificar possíveis patologias genéticas hereditárias quando os pais conhecem alguma anomalia familiar, faz-se o Diagnóstico Genético Pré-implantacional ou PGD - *Preimplantation Genetic Diagnosis*. Há, ainda, o PGS – *Preimplantation Genetic Screening*, onde embriões, de pais presumidamente normais em questão cromossômica, são analisados para que se verifique possível aneuploidia, ou seja, situação em que o número de cromossomos se desvia do normal.⁹⁷

Sobre o fim do diagnóstico pré-implantacional, Renata da Rocha alerta que “tem-se verificado que tal prática vem sendo utilizada como um meio para a escolha de determinados traços genéticos, como por exemplo, a escolha do sexo do bebê, a sua cor da pele, o seu coeficiente intelectual, entre outros atributos”⁹⁸.

Analisando o perigo das escolhas feitas pelos genitores, Allen Buchanan, Dan W. Brock, Norman Daniels e Daniel Wikler, professores e bioeticistas americanos, alertam para o fato de que “a razão primária para a limitação da liberdade de escolha dos pais em decisões genéticas tomadas em reprodução é a proteção da criança”⁹⁹.

Os autores ainda alertam para o fato de que “excepcional cuidado tem de ser tomado para evitar o paradoxo, visto que, em muitos casos, a própria criança “prejudicada” pelas escolhas genéticas erradas não teria vindo a existir se os “erros” não tivessem sido cometidos”¹⁰⁰.

Se pudermos pensar nestas escolhas genéticas como um direito conferido às pessoas, chegaremos ao ponto de indenizarmos as falhas que ocorrerem no processo, como se se pudesse reclamar de um produto viciado ou com defeito.

⁹⁷ DAYAL, Molina B., MD, MPH and ZAREK, Shvetha M., MD. *Preimplantation Genetic Diagnosis*. Nov, 11, 2008, disponível no site <http://emedicine.medscape.com>, acessado em 29/01/09. “*Preimplantation genetic diagnosis (PGD) refers specifically to when one or both genetic parents has a known genetic abnormality and testing is performed on an embryo to see if it also carries a genetic abnormality. In contrast, preimplantation genetic screening (PGS) refers to techniques where embryos from presumed chromosomally normal genetic parents are screened for aneuploidy.*”

⁹⁸ ROCHA, Renata da. *O Direito à Vida e a Pesquisa com Células-Tronco*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, pp.51-52.

⁹⁹ BUCHANAN, Allen *et al.* *From Chance to Choice: Genetics and Justice*. Cambridge/UK: Cambridge University Press, 2000, p. 324. “*The primary rationale for limiting parents freedom of choice in genetic decision making in reproduction is protection of the child.*”

¹⁰⁰ *Idem*, *ibidem*. “*Great care must be taken to avoid paradox, since, in many cases, the particular child “harmed” by mistaken genetic choices would not have come into existence had the “mistakes” not been made.*”

Casos parecidos já poderiam servir de precedentes. José Joaquín Ugarte Godoy, professor de Direito Civil e Bioética na Pontifícia Universidade Católica do Chile, versando sobre o aborto eugênico, alerta para o fato de existirem julgados de Tribunais sobre demandas indenizatórias formuladas ora pelos pais, ora pelos filhos, contra os médicos pela falta de informação ou informação incorreta aos genitores quanto às deficiências ou enfermidades dos filhos em gestação, impedindo-os de decidir pelo aborto. Nos Estados Unidos quando as demandas são feitas pelos pais, são conhecidas por *wrongful birth* – nascimentos indevidos, e quando são feitas pelos filhos, são conhecidas por *wrongful life* – vida indevida.¹⁰¹

Portanto concluímos que as escolhas genéticas dos pais não podem ter esse nível de detalhamento, ou seja, não lhes pode ser dado o poder de determinar as principais características que o futuro filho deva apresentar, como se estivessem comprando um produto.

Uma coisa é a preocupação que sempre se deve ter com a saúde da criança a ser gerada, como vimos acontecer na intervenção médica para eliminar as chances de um câncer se desenvolver no futuro. Outra é a utilização das técnicas médicas como método que possibilita a realização do capricho estético dos genitores, atendendo seus gostos e preferências, ou como alternativa capaz de garantir-lhes a não convivência com qualquer enfermidade ou deficiência dos filhos.

Destarte, em função dos limites a serem respeitados nessa relação jurídica que se estabelece por força da assistência médica procriacional, salientamos que os aspectos contratuais da relação entre as partes, suas obrigações e eventuais responsabilidades serão analisados no último capítulo, em que apresentaremos a sugestão de tutela jurídica específica para a reprodução assistida.

Feitas estas considerações, passaremos a esclarecer as técnicas.

¹⁰¹ GODOY, José Joaquín Ugarte. *El Derecho de la Vida- el derecho a la vida: Bioética y Derecho*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006, pp. 518-519.

1.6.4 - Técnicas de Reprodução Humana Assistida

A reprodução humana assistida pode ocorrer por meio de vários métodos. Vejamos.

O mais simples deles é a Inseminação Artificial Intrauterina - IIU, em que uma quantidade de espermatozóides é introduzida no interior do canal genital feminino com o auxílio de um cateter, sem a ocorrência de relação sexual.

A indicação desse método é para os “casos de incompatibilidade do muco cervical com os espermatozóides, ou defeito no próprio canal cervical em casos de deficiência seminal leve e casos de alteração na ovulação com o sêmen do marido”¹⁰².

Também é indicado por fatores masculinos, quando há alteração na concentração espermática, volume seminal e motilidade, bem como em caso de disfunções ejaculatórias e anormalidades imunológicas.¹⁰³

Outro método utilizado é o FIVETE, sigla de fecundação *in vitro* e transferência de embrião.

Esta técnica pode ser indicada para mulheres com problemas nas trompas, anovulação crônica, endometriose ou com ovários policísticos. A fertilização do óvulo pelo espermatozóide ocorre em laboratório com a posterior transferência de embriões. A ovulação é geralmente estimulada, os óvulos são colhidos por punção guiada por ultrassonografia endovaginal. Após serem colocados juntamente com os espermatozóides, são processados em ambiente com cinco por cento de CO₂ e temperatura de 37° C e, depois de 24 a 48 horas, são transferidos para a cavidade uterina os pré-embriões formados, contendo de quatro a oito células.¹⁰⁴

Há, também a possibilidade de Transferência Intratubária de Gametas, conhecida pela sigla GIFT.

¹⁰² QUEIROZ, Juliane Fernandes. *Paternidade: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial. Doutrina e jurisprudência*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 71.

¹⁰³ Cf. PASQUALOTTO, Fábio Firmbach e PASQUALOTTO, Eleonora Bedin. *Infertilidade ...*, p. 419.

¹⁰⁴ BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Bioética e início da vida: alguns desafios*. Aparecida/SP: Centro Universitário São Camilo, 2004, p. 125.

A transferência intratubária de gametas é uma técnica adequada para casais em que a mulher tem pelo menos uma trompa saudável.¹⁰⁵

Explica Nelson da Cruz Santos que “durante o GIFT, os espermatozóides e oócitos são aproximados e transferidos para a tuba. Assim, o processo de fertilização poderá ocorrer naturalmente à luz desse órgão”¹⁰⁶.

É necessária a captura ovular, que pode ser realizada com o auxílio do videolaparoscópio, e tanto o gameta feminino como o masculino são transferidos para a tuba, em conjunto, através de sonda específica durante o mesmo procedimento endoscópico.¹⁰⁷

A respeito dos procedimentos, os médicos ginecologistas, Nelson Cruz, Carlos Roberto Izzo e Alessandra de Araújo Silva ensinam:

“preconiza-se normalmente a transferência de dois oócitos durante o ciclo de GIFT, porém o número de gametas femininos transferidos pode ser maior em situações especiais, como em mulheres com mais de 35 anos de idade, sem aumentar a taxa de gestação múltipla. Os oócitos excedentes não utilizados em um ciclo de GIFT podem ser fertilizados *in vitro*, congelados e transferidos para o útero em outra ocasião.”¹⁰⁸

A transferência intratubária de zigoto é conhecida por ZIFT.

Na técnica ZIFT, a transferência para as tubas uterinas ocorre quando a célula fusionada possui dois núcleos; o zigoto é transferido para a trompa em vez de ser colocado no útero.¹⁰⁹

Maria Helena Diniz destaca os métodos ZIFT e GIFT e o material a ser utilizado.¹¹⁰

¹⁰⁵ Cf. SANTOS, Nelson da Cruz; IZZO, Carlos Roberto; SILVA, Alessandra de Araújo. *Técnicas de Reprodução Assistida – GIFT in Tratado de Ginecologia – Condutas e Rotinas de Ginecologia da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo – USP*. São Paulo: Editora Revinter, 2005, p. 397.

¹⁰⁶ *Idem, ibidem*.

¹⁰⁷ *Idem, ibidem*.

¹⁰⁸ *Idem, ibidem*.

¹⁰⁹ Cf. QUEIROZ, Juliane Fernandes. *Op. cit.*, p. 73.

¹¹⁰ DINIZ, Maria Helena. *O Estado Atual do Biodireito*. 3.^a ed. aum. e atual. conforme o novo Código Civil e a Lei 11.105/2005. São Paulo: Saraiva, 2006, pp. 551-552.

ZIFT significa *Zibot Intra Fallopian Transfer*, ou seja, consiste na retirada do óvulo da mulher para fecundá-lo na proveta, com sêmen do marido ou de doador, para depois de introduzir o embrião diretamente em seu corpo.

Já o GIFT significa *Gametha Intra Fallopian Transfer*, que se caracteriza pela introdução do sêmen diretamente no corpo da mulher para que seja facilitado o encontro com o óvulo, e o embrião seja formado. É a fecundação *in vivo*.

Se o material genético utilizado for do próprio casal e a assistência ocorrer durante a vida ou após o falecimento do marido, teremos a classificação de AIH –(*Artificial Insemination by Husband*), mas se o material genético empregado for de doador teremos a AID (*Artificial Insemination by Donor*).

ICSI, por sua vez, é a técnica na qual ocorre a injeção de um único espermatozóide no citoplasma do óvulo, por meio de um aparelho especialmente desenvolvido, que contém microagulhas para injeção. A sigla significa *Intracytoplasmic Sperm Injection*, ou seja, Injeção Intracitoplasmática do Espermatozóide.¹¹¹

Christian de Paul de Barchifontaine, reitor do Centro Universitário São Camilo, destaca, ainda, duas outras técnicas reprodutivas. A primeira é a *Transferência de Citoplasma*, indicada, segundo o autor, para mulheres que tem óvulos fracos, na qual de 10 a 20% do óvulo de uma doadora são transferidos para o óvulo da paciente para dar origem a embriões de melhor qualidade e com maior poder de implantação. A segunda referente ao tratamento para homens que têm apenas espermátides. Estas células, precursoras do espermatozóide – são resgatadas dos testículos, maturadas e inseridas no óvulo pela técnica ICSI.¹¹²

Devemos sempre nos lembrar que o material genético a ser utilizado poderá ser do próprio casal ou de terceiros, doadores de sêmen e/ou óvulo.

Passemos agora à análise das formas de reprodução que foram previstas, em matéria de presunção de filiação, pelo Código Civil de 2002.

¹¹¹ Cf. BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Bioética e início da vida: alguns desafios...*, p. 125.

¹¹² *Idem*, pp. 125-126.

1.7 – Das formas de reprodução assistida previstas pelo Código Civil de 2002

Inicialmente, para que se compreendam melhor as implicações jurídicas desses institutos, se faz necessária a conceituação dessas formas de reprodução.

Segundo Silvio Rodrigues, “homóloga é a inseminação promovida com material genético (sêmen e óvulo) dos próprios cônjuges”¹¹³, e “heteróloga é a fecundação realizada com material genético de pelo menos um terceiro, aproveitando ou não os gametas (sêmen ou óvulos) de um ou de outro cônjuge”¹¹⁴. Por fim, “embriões excedentários são aqueles resultantes da inseminação promovida artificialmente, mas não introduzidos no útero materno”¹¹⁵.

O novo código, desta forma, admitiu, no inciso III, como filhos presumidos os que nascerem da união do espermatozóide e óvulo de seus pais, tenha esta união ocorrida dentro ou fora do corpo materno.

Já no inciso IV, cuidou de presumir como filhos os embriões excedentários decorrentes da concepção artificial homóloga, ou seja, somente aqueles que restaram da fecundação feita com material genético dos próprios genitores.

Por fim, no inciso V, presumidamente filhos do casal são aqueles decorrentes do uso do espermatozóide de um doador, inserido (inseminação) no ventre de uma mulher.

Em face destas três situações, teceremos nossas considerações.

1.7.1 – Reflexões sobre os efeitos jurídicos da fecundação artificial homóloga

Conforme já expressamos acima, para essa fecundação é utilizado material genético do próprio casal, e até esse ponto, as dúvidas parecem menores.

Todavia, ao prever que presumidamente são concebidos na constância do casamento, os filhos havidos por essa forma de reprodução, *ainda que falecido o marido*, o legislador trouxe à vida prática muitas dúvidas.

¹¹³ RODRIGUES, Silvio. *Op. cit.*, p. 341.

¹¹⁴ *Idem, ibidem.*

¹¹⁵ *Idem, ibidem.*

Se o casamento se extingue com a morte, como se poderia aplicar a presunção de paternidade?

Como fica a questão sucessória?

Todos sabemos que a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XXX, prevê como direito fundamental, portanto cláusula pétrea, o direito à herança. No caso de se permitir a fecundação da mulher com sêmen congelado de seu marido, já falecido, estaremos diante da escolha entre duas soluções: ou diremos ao recém-nascido que seu direito à herança não existe visto que seu pai já faleceu e, em decorrência desse fato, poderemos ter filhos pobres de pais ricos, ou retomaremos os bens que poderiam já estar partilhados para que pudéssemos proceder à nova divisão, o que acabaria por causar uma enorme insegurança jurídica.

Muitos argumentarão que a transmissão da herança acontece no momento da morte, e é nesse momento que se deve verificar a capacidade de cada um para receber seu quinhão. Todavia, o artigo 1.799 prevê a hipótese de que se houver testamento, o testador poderá beneficiar filhos ainda não concebidos, abrindo a possibilidade para que essa nova prole seja beneficiada de antemão pelo pai doador.

Seria a sucessão testamentária, então, a única saída para que os filhos gerados com material congelado pudessem receber parte da herança de seu pai?

Ademais, devemos pensar na hipótese, acima suscitada, de que haverá, em uma mesma família, filhos ricos, pois herdaram os bens de seu pai, e filhos pobres que, embora reconhecidos por lei como filhos, não puderam participar da herança.

Outra problemática pode ainda ser levantada: Há a necessidade de autorização do marido para que seu material reservado possa ser utilizado? O legislador, no inciso III, do art. 1.597, omitiu a obrigatoriedade de autorização, mas agindo de maneira oposta, previu essa necessidade, no inciso V do mesmo artigo, para os filhos havidos por inseminação heteróloga.

Acredita-se, a despeito da falta de previsão legislativa, que o marido deverá autorizar a utilização de seu material genético de maneira expressa, sendo medida imprescindível para a inequívoca manifestação de sua vontade.

Maria Helena Diniz¹¹⁶, no mesmo sentido, mas com outro argumento, defende a necessidade de autorização prévia do marido, asseverando que “o uso do material fertilizante depende da anuência prévia do doador, uma vez que tem propriedade sobre as partes destacadas de seu corpo”.

Destaca a autora¹¹⁷, em outra oportunidade, que a Lei espanhola n.35/88, no artigo 9.2, veda a inseminação *post mortem*, mas deixa claro que, se efetuada, só estabelecerá o vínculo de filiação se houver declaração expressa do marido, nesse sentido, declaração esta feita por instrumento público ou testamento. Assevera que a Alemanha e a Suécia vedam a inseminação *post mortem*, a França, além de proibir, tem previsão legal que prevê sem efeito o consentimento manifestado em vida, por fim, na Inglaterra, a inseminação é permitida, mas não são garantidos os direitos sucessórios, salvo se houver documento expresse nesse sentido.

Pode-se ainda questionar se a genitora deve estar na condição de viúva para que a fecundação possa ocorrer. Imaginemos um caso em que a mulher já tenha se casado novamente e deseje se submeter à inseminação. Haveria ainda a presunção legal de que foram concebidos na constância do casamento?

Na primeira Jornada de Direito Civil, realizada em Brasília, em setembro de 2002, pelo Conselho da Justiça Federal, foi aprovado o enunciado n. 106, quanto à interpretação do inciso III do artigo 1.597, em relação à presunção de paternidade, no sentido de ser obrigatório “que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja ainda na condição de viúva, devendo haver ainda autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte”¹¹⁸.

Maria Helena Diniz¹¹⁹ ainda destaca que se não houvesse esse dispositivo da presunção no novo Código Civil, outras dúvidas poderiam surgir, como, por exemplo, como ficaria a criança? Seria filha de quem? Segundo a autora, não teria pai, nem poderia ser registrada em nome do pai já falecido, caso nascesse após 300 dias de seu óbito.

¹¹⁶ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. V. 5: direito de família. 18.^a ed. aum. e atual., de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 384.

¹¹⁷ DINIZ, Maria Helena. *O Estado Atual do Biodireito...*, pp. 558-559.

¹¹⁸ Disponível no site: www.if.jus.br.

¹¹⁹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro...*, p. 384.

Estas e outras questões serão estudadas no Capítulo 3, por ora, ficamos com as reflexões apresentadas.

1.7.2 – Questionamentos sobre os efeitos jurídicos da inseminação artificial heteróloga

As consequências jurídicas no caso de utilização de material genético de pelo menos um terceiro, a nosso ver, são mais gravosas para a segurança das relações jurídicas que envolvem o Direito de Família.

A primeira falha legislativa foi a previsão de que esses filhos são presumidamente concebidos na constância do casamento desde que haja *prévia autorização do marido*. Esqueceu o legislador de mencionar a manifestação da vontade da esposa? Será por que presumia que carregar um filho em seu ventre já seria inequívoca manifestação de vontade?

Perguntamos, porém, se a mulher não deve estar plenamente consciente e de acordo com a utilização de espermatozóide de doador, visto que poderá se submeter aos procedimentos necessários sendo levada a crer que o sêmen pertence a seu marido?

Para que se garanta a lisura do emprego da técnica e para que a vontade de ambos seja inequívoca, é necessária a autorização do casal, assim poderão ser evitados erros e quaisquer outros vícios.

Registramos também que ao usar, no inciso V, do artigo 1.597, a expressão “inseminação” acabou-se por coibir a fecundação *in vitro*, que, na prática é a que mais ocorre por garantir uma maior eficácia à intervenção médica.

O legislador não previu, com esta restrição, a presunção de filiação para aquele que é concebido com óvulo de doadora, por esta razão acreditamos ser a regra discriminatória, pois, a exemplo do que já se fazia no Código de Manu, citado anteriormente, estar-se-ia dando solução apenas à infertilidade masculina, devendo a mulher se conformar com sua condição sem que a ela fosse dada qualquer atenção no reconhecimento legal do filho quando utilizado óvulo de doadora.

Sabe-se, ainda, que há o que chamamos de “cessão temporária de útero”, fato que também não é regulamentado por nosso ordenamento jurídico, mas que, na prática, pode ocorrer.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 199, § 4.º, veda todo tipo de comercialização de órgãos, tecidos e substâncias humanas, todavia, como bem assevera Heloisa Helena Barboza, “a utilização do útero apresenta, porém, características próprias: não se trata de transplante, nem de pesquisa, sequer, a rigor, de tratamento, não implicando mutilação. Não há separação do corpo, mas, indiscutivelmente, existe uma forma de disposição do órgão”¹²⁰.

Conclui a autora¹²¹ que a melhor interpretação do dispositivo constitucional leva à vedação da “barriga de aluguel”, pois o espírito da norma é impedir o comércio do próprio corpo.

E se admitirmos a hipótese de comodato de útero, como exemplifica Heloisa Barboza?¹²² A mulher que empresta seu corpo por nove meses poderia, por exemplo, pleitear indenização por danos causados, até mesmo estéticos?

Será que esse contrato, mesmo que seja de empréstimo, produz efeitos? Em caso afirmativo, aquela que concluiu a gestação, por força obrigacional, poderá pedir a rescisão contratual, ainda que cumprisse as penalidades avençadas? Teria, aquela que cedeu seu útero, o direito à visita? Será que a proibição de tal prática poderia ser a solução ou representar o fim de um sonho para casais que possuem condições genéticas para procriar, mas a mulher, por fatores fisiológicos, não pode concluir a gestação?

Casos de “empréstimo de útero” acontecem frequentemente em nosso país. Recentemente, em casos de fecundação homóloga, um casal transferiu a gestação do embrião para a avó paterna, e em um outro, a gestação foi transferida pelo casal à irmã do marido.

Em ambos os casos o problema jurídico aconteceu na hora do registro do assento de nascimento, pois o atestado do hospital afirmava que a avó tinha dado à luz a uma criança, cujo pai era seu próprio filho! Caso de filiação incestuosa! Por meio de uma

¹²⁰ BARBOZA, Heloisa Helena. *Op. cit.*, 91.

¹²¹ *Idem, Ibidem.*

¹²² *Idem, Ibidem.*

medida judicial, ambos os casais conseguiram efetivar o registro de nascimento do filho em nome dos pais biológicos, comprovando a fecundação homóloga.

A Resolução n. 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina estabelece que a gestação de substituição pode ser utilizada desde que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética, observadas as seguintes disposições:

1 - As doadoras temporárias do útero 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.

2 - A doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.

Embora a Resolução traga essas recomendações, sabe-se que a possibilidade de autorização nos demais casos traz abertura para outras hipóteses, como a gestação ser realizada pela sogra, como relatamos acima.

Apenas para complementar a questão da autorização, se a mulher se submeter à fertilização heteróloga sem a anuência do marido, estaremos diante do “Adulterio casto” ou “Adulterio de seringa”, o que seria, no mínimo, causa de separação judicial?

Todavia, a mais grave consequência, a nosso ver, é quanto à segurança das relações entre filhos, frutos da fertilização heteróloga e seus parentes próximos, fato possível diante do sigilo do doador e, acima de tudo, pela possibilidade de que os pais legais têm de ocultar a assistência à reprodução, não contando ao filho que foi concebido com o material genético de pelo menos um doador.

Qual é a segurança dessas concepções artificiais com a utilização de banco de doadores para que no futuro não ocorram casamento entre irmãos?

Segundo a Resolução n. 1.358/92, do Conselho Federal de Medicina, em uma mesma região de localização da unidade, o registro das gestações evitará que um doador tenha produzido mais que 2 (duas) gestações, de sexos diferentes, numa área de um milhão de habitantes.

Tal previsão não impede o mal que se pretende evitar, pois ao utilizarmos o material de um mesmo doador em casais diferentes, ainda que haja limitação por área e quantidade de habitantes, poderemos ter irmãos sem saber que são irmãos em uma área nada distante.

Além de todas as questões já levantadas, outra, não menos importante atormenta nossos doutrinadores: Como fica o direito à identidade genética quando se confronta com o direito de sigilo do doador?

Muitos poderão esclarecer que, se não houver sigilo, não haverá doação e, portanto, todo o processo de fertilização no qual se utiliza o material genético de terceiro estaria comprometido.

Por outro lado, como ficaria o direito do filho que quer ter sua ascendência conhecida? Para além da discussão da questão sob a ótica do respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, como ficaria o anonimato quando o que se coloca em risco é a própria vida do filho gerado com material doado, onde a única esperança estivesse nas mãos daquele que quer ter seu direito ao sigilo respeitado. O que deve prevalecer ?

Maria Helena Diniz destaca que

“anonimato não quer dizer que se deva esconder tudo; logo, nada obsta que se apontem ao filho que adveio de reprodução humana assistida os antecedentes genéticos do doador, sem, contudo revelar sua identidade, ante a exigência de sigilo profissional. Bastante conveniente seria que houvesse estipulação legal do direito do filho a obter informações sobre o doador, mas não de sua identidade, até atingir a idade nupcial”.¹²³

A questão proposta melhora, mas não resolve o problema. Poderíamos até mesmo conseguir evitar o casamento entre irmãos, mas não resolveríamos a questão se houvesse a necessidade de um transplante. Essa é outra questão que deve ser trabalhada minuciosamente por nossos legisladores, a fim de que sejam evitados danos irreversíveis, tanto psicológicos como físicos.

Uma visão crítica sobre a importância do anonimato e o direito à identidade genética é apresentada por Maria Cláudia Crespo Brauner. Vejamos:

¹²³ DINIZ, Maria Helena. *O Estado Atual do Biodireito...*, p. 577.

“O anonimato é imposto tendo em vista a garantia da autonomia e o desenvolvimento normal da família assim fundada. A alegação de que a criança tem o direito a conhecer sua origem genética realça a paternidade biológica, conceito já ultrapassado na doutrina mais moderna, uma vez que, atualmente, o Direito está começando a valorizar, de forma gradativa, a paternidade afetiva. Todavia, existem alguns casos em que a regra do anonimato poderá ser quebrada, como, por exemplo, nas situações em que a pessoa tenha necessidade de obter informação genética indispensável à sua saúde; ou quando a responsabilidade for do doador, ou dos médicos que realizaram o processo, em razão da utilização de sêmen, com carga genética defeituosa. Nesses casos, deveria haver necessidade de buscar a autorização judicial, para que as informações sobre o doador, ou a doadora, fossem disponibilizadas ao interessado.”¹²⁴

Acerca do direito ao conhecimento da origem genética, Paulo Luiz Netto Lôbo comenta o conflito de orientação entre o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, em caso de ação envolvendo a paternidade, destacando seus principais argumentos, vejamos:

“O Supremo Tribunal Federal firmou orientação polêmica, fundada sobretudo no princípio da dignidade da pessoa humana, garantindo ao réu direito de recusa ao exame de DNA, mas negando ao outro o direito de conhecer sua origem genética. (...) HC-71.373-RS (DJ de 22-11-96) (...).

Já o Superior Tribunal de Justiça orientou-se em sentido contrário. A Quarta Turma do Tribunal, por unanimidade, sendo relator o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, no Recurso Especial n. 140.665 – MG (DJ de 3-11-98), decidiu que “na fase atual da evolução do Direito de Família, não se justifica inacolher a produção de prova genética pelo DNA, que a ciência tem proclamado idônea e eficaz”.

(...) Abstraindo-se do resultado pretendido em ação de investigação de paternidade, ou de eventual interesse patrimonial, deve ser considerado o mesmo princípio da dignidade da pessoa humana com relação àquele que busca conhecer sua origem genética. Negar o conhecimento da origem genética de um indivíduo não é tão lesivo ao princípio quanto o exame compulsório? Se há colisão de

¹²⁴ BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. *Direito, sexualidade e reprodução humana: conquistas médicas e o debate bioético*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 89.

direitos, com base no mesmo princípio constitucional, os critérios hermenêuticos do balanceamento ou ponderação dos interesses não recomendam que um seja totalmente sacrificado em benefício do outro.”¹²⁵

Como podemos perceber, a questão gera polêmicas até mesmo em nossos Tribunais, que com base em um mesmo argumento defendem soluções opostas. Situação que perdurará enquanto não houver regulamentação detalhada a respeito dos direitos das pessoas envolvidas, mormente, no que tange à aplicação dessas novas ações reprodutivas.

É inquestionável a importância do anonimato para que as doações continuem a acontecer, embora também seja imprescindível garantir o direito ao conhecimento genético daquele que é fruto de fecundação heteróloga, mas, como nesse momento traçamos as primeiras considerações acerca do tema, trataremos dessa colisão de direitos no terceiro capítulo, em item próprio.

Analisando, agora, a utilização do material genético sob a ótica do doador, podemos questionar: Poderia ele ser casado? Haveria a necessidade de autorização de seu cônjuge para que essa doação pudesse ser realizada?

O doador poderia pretender o reconhecimento dos filhos que foram concebidos com seu material genético?

Enfim, não são poucos os problemas levantados que merecem uma análise cuidadosa. Faremos um estudo aprofundado das questões levantadas em capítulo específico, conforme ressaltamos.

1.7.3 – Ponderações sobre as possibilidades que envolvem os embriões excedentários

A presunção do artigo 1.597 somente se aplica aos embriões excedentários derivados da fecundação artificial homóloga, em que o material genético é do próprio casal.

Em caso de rompimento da sociedade conjugal a quem pertencem os embriões? Teria direito qualquer um dos ex-consortes de fazer uso dos embriões já que contêm parte de seu material genético?

¹²⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Op. cit.*, pp. 57-58.

Na Jornada de Direito Civil já mencionada, também aprovou-se o enunciado n. 107, com a seguinte redação: “finda a sociedade conjugal, na forma do artigo 1.597, deste Código, a regra do inciso IV somente poderá ser aplicada se houver autorização prévia, por escrito, dos ex-cônjuges, para a utilização dos embriões excedentários, só podendo ser revogada até o início do procedimento de implantação desses embriões”¹²⁶.

Mas, a despeito do entendimento proposto, algumas outras questões poderiam ainda ser levantadas, como por exemplo, poderia haver adoção desses embriões por outra pessoa ?

Silmara Juny Chinelato assevera que “a adoção de embriões pré-implantatórios é uma forma que respeita o princípio da dignidade da pessoa humana – em qualquer fase do desenvolvimento – consagrado no inciso III do artigo 1.º da Constituição Federal”¹²⁷, concluindo a autora que a adoção é solução para um dos problemas cruciais da Bioética e do Biodireito, ou seja, o destino a ser dado a esses embriões.¹²⁸

Maria Helena Diniz¹²⁹, além da hipótese de adoção, levanta outras, a saber: Quem tem legitimidade para decidir sobre o futuro do embrião? Qual a situação jurídica do embrião congelado? Se um casal preservasse embrião congelado e morresse num desastre, aquele embrião teria direito à herança *in potentia*? Em caso de admitirmos a implantação do embrião em útero cedido para esse fim, que direitos teria sobre ele a mãe gestacional? De quem seria a criança: de quem concedeu o útero (*gestatrix*) ou de quem cedeu o óvulo (*genetrix*)?

A autora aponta para a necessidade de serem adotadas outras medidas, para que as dúvidas a respeito desses embriões sejam sanadas. Vejamos:

“Diante de tantos problemas, não bastaria a presunção de sua concepção na constância do casamento; seria preciso, ainda, p.ex., que houvesse: a) reconhecimento de direitos dos embriões congelados, como o de sua custódia pelos pais, o de sua sucessão, o de seu uso racional; b) proibição de conservação de embriões, a longo prazo, em hibernação; c) vedação de bancos de embriões congelados, evitando sua

¹²⁶ Disponível no site: www.jf.jus.br.

¹²⁷ CHINELATO, Silmara Juny. *Adoção de Nascituro e a Quarta Era dos Direitos: Razões para Alterar o Caput do Artigo 1.621 do Novo Código Civil*, in *Novo Código Civil - Questões Controvertidas*. Série Grandes Temas de Direito Privado. Vol. 1. São Paulo: Editora Método, 2003, p. 369.

¹²⁸ *Idem*, *Ibidem*.

¹²⁹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro ...*, p. 385.

crioconservação com fins mercantis ou experimentais, e, se impossível for tal proibição, evitar que seu armazenamento passe de dez anos, devendo, em caso de morte de um dos cônjuges, o sobrevivente decidir sobre o seu destino, desde que não o destrua ou comercialize, doando-o a outrem ou implantando-o no seu útero. Se a doação, ou melhor, cessão temporária de útero, no Brasil, por força da Res. N. 1.358/92, só pode dar-se no âmbito familiar, num parentesco colateral de segundo grau, vedando qualquer tipo de pagamento, como fica, então a questão do parentesco diante dessa resolução, se o embrião for implantado no útero da mãe da doadora do óvulo? A criança seria “irmã” de sua mãe e “filha” de sua avó? Quais os efeitos dessa cessão temporária e gratuita de útero?”¹³⁰

Como pudemos perceber, não são poucas as questões que envolvem os embriões excedentários, contudo a omissão maior ainda não comentada: Que *status* jurídico possuem os embriões excedentários da fecundação heteróloga, visto que a lei só reconhece como filhos por presunção, aqueles que restaram quando o material genético utilizado era dos próprios pais? Poderiam ser, também, considerados filhos, e caso assim se entenda, ainda que havidos a qualquer tempo, como se permitiu no inciso IV, do artigo 1.597, para os excedentários da fecundação homóloga?

Em caso de separação do casal, pertenceriam a quem? Qual o destino a ser dado a estes embriões?

Com essas indagações dos efeitos jurídicos mais evidentes da presunção de filiação em casos de emprego de técnicas de reprodução humana assistida, buscamos demonstrar apenas alguns dos reflexos, ainda não solucionados pela ciência jurídica, mas que podem imediatamente ser sentidos pela sociedade nos dias atuais.

Com certeza, os problemas apresentados não exaurem o tema, pois existirão outros que exigirão uma análise mais acurada por parte dos pensadores do Direito.

Contudo, antes de nos debruçarmos na busca de hipóteses específicas para cada uma das questões levantadas, teceremos, no capítulo seguinte, algumas considerações e reflexões de natureza ética, filosófica e até mesmo religiosa, buscando encontrar nelas a base que usaremos para apresentar as soluções para os efeitos já relatados e outros que ainda serão abordados.

¹³⁰ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro...*, pp.385-386.

1.8 - Conclusões

Como pudemos analisar, o avanço dos conceitos de filiação e família paulatinamente pôde ser evidenciado desde o Direito Romano, em que ambos passaram por grandes modificações. Todavia o maior avanço em termos de igualdade de tratamento entre filhos e amplitude do conceito de família foi possibilitado pela Constituição Federal de 1988 que vedou quaisquer designações discriminatórias entre filhos e reconheceu, além da família formada pelo casamento, duas novas entidades familiares: a união estável e a família monoparental.

Os sistemas de presunções de filiação também avançaram desde o Código de 1916. No atual Código Civil, três novas formas de presunção foram criadas para abarcar os novos métodos de reprodução assistida, embora seus efeitos não tenham sido tutelados.

Falhas puderam ser apontadas no sistema de presunções atual, tanto no que se refere à omissão do filho concebido durante a união estável quanto em relação à instabilidade gerada pela inserção de novas possibilidades sem que se garantisse a segurança mínima que se espera e busca no que tange às relações familiares.

Cada uma das técnicas de reprodução inseridas no diploma civil de 2002 foi analisada, precedidas por considerações sobre seus registros históricos e finalidades.

As principais incongruências sistêmicas com reflexos para o ordenamento jurídico foram levantadas em cada uma das hipóteses, esclarecendo-se, em todo o momento, termos que fogem ao conhecimento jurídico em razão de serem oriundos da medicina, como esterilidade e infertilidade.

As primeiras considerações foram feitas com a finalidade de embasar as discussões que travaremos no próximo capítulo quando analisaremos os aspectos éticos, filosóficos e religiosos e o impacto social, econômico e jurídico da utilização das novas técnicas reprodutivas.

Capítulo II – Reflexões sobre a Reprodução Assistida

No presente capítulo analisaremos as reflexões éticas e os questionamentos filosóficos acerca do tema da reprodução assistida.

A questão dos limites à investigação científica, contrapostos ao incentivo às novas descobertas na área da saúde reprodutiva, permeará nossa análise.

A motivação que leva o recurso às técnicas bem como o que pode ser entendido como razoável, em matéria de respeito à vida humana, são apenas exemplos do que procuraremos questionar.

O posicionamento das diversas religiões sobre a assistência à reprodução humana também será examinado para que possamos compreender e demonstrar melhor toda a carga valorativa que envolve o tema pesquisado.

Os efeitos da reprodução assistida nos âmbitos social, econômico e jurídico também serão estudados, passando pelo impacto no sistema de Seguridade Social e pelas políticas públicas em matéria de saúde reprodutiva.

2.1 – Reflexões éticas

A dificuldade é grande quando pensamos em ética. Logo de início surgem as várias possibilidades terminológicas.

Tom Beauchamp, membro do Departamento de Filosofia da Universidade de Georgetown, e James Childress, membro do Departamento de Estudos religiosos da Universidade da Virgínia, ao estudar os princípios éticos da Biomedicina, alertam: “ética é um termo genérico para vários caminhos de entendimento e exame da vida moral”¹³¹.

O teólogo Paul T. Schotsmans, por sua vez, após observar que ao longo de mais de três décadas os desenvolvimentos da medicina reprodutiva e da genética humana criaram uma situação que sugere a premente necessidade de uma profunda reflexão ética, apresenta algumas observações, classificadas como fundamentais sobre julgamento e teorias morais, dissertando sobre a utilidade da teoria ética:

“Ela nos oferece um instrumento com o qual organizamos informações complexas e valores e interesses conflitantes, para formular uma resposta à pergunta: O que devo fazer? O que é correto do ponto de vista moral?”¹³²

Infero o autor que “O principal objetivo de tal teoria consiste em conferir consistência e coerência às nossas decisões e ao processo que lhes dá origem. Em outras palavras, teorias ou sistemas éticos oferecem-nos um meio genericamente disponível para lidar com numerosos problemas diferentes”¹³³.

Exatamente por esta razão, ou seja, em busca da consistência e coerência no processo que originará nossas proposições, é que procuraremos abranger o tema sob os mais diversos aspectos, incluindo as discussões filosóficas e religiosas, todas questionando os caminhos a serem seguidos em matéria reprodutiva e seus respectivos limites.

Em razão da complexidade do assunto, destacamos que não são poucos os trabalhos dedicados às reflexões éticas sobre os diversos ramos do chamado Biodireito.

Sobre a repercussão da matéria, a autora italiana Marina Casini reflete que “a fecundidade do encontro entre direito e bioética passa através da linguagem dos direitos

¹³¹ BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Principles of Biomedical Ethics*. Fifth edition. New York: OXFORD University Press, 2001, p. 1: “Ethics is a generic term for various ways of understanding and examining the moral life”.

¹³² SCHOTSMANS, Paul T. *O homem como criador? Desenvolvimentos na genética humana e os limites da autodeterminação humana*. In Cadernos Adenauer III, n.º 1 – *Bioética*. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, maio 2002, pp. 11-12.

¹³³ *Idem*, p. 12.

humanos, e é demonstrada pelo intensificar-se das reflexões jurídicas em matéria de bioética em nível de ordenamentos nacionais, em nível comunitário e em nível internacional”¹³⁴.

Questões que envolvem a descoberta do genoma humano, alimentos transgênicos, transplantes de órgãos, dentre outras, permeiam discussões das mais variadas áreas jurídicas e transcendem os limites territoriais de cada país, pois o avanço científico tem o condão de alterar diversas rotinas.

Os reflexos destas novas descobertas científicas podem ser sentidos desde o comércio internacional até o direito do consumidor. Afetam o estudo do Direito Civil, Direito Constitucional e até mesmo Direito Penal e, sobretudo, ensejam embates acalorados sobre os limites éticos da investigação científica.

Marcos Segre, professor emérito de Medicina Legal e Bioética da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo, em matéria de limites éticos da investigação científica, disserta:

“Considero interessante comparar a situação do cientista, pesquisador, à de um homem, no escuro, dentro de um quarto. Ele não sabe onde estão as paredes, desconhecendo, portanto, os limites de sua liberdade. Mas, se ele quiser “avançar”, ele não poderá fundamentar-se em fantasias quanto à situação das paredes, temeroso de se chocar contra elas. Ele que “avance”, ainda que com cuidado, para atenuar o embate do encontro, com seus “limites”. Apenas esse embate lhe dará a noção de seus limites, ensejando-lhes a oportunidade até mesmo de superá-los.”¹³⁵

Entendemos as colocações do autor, que procurou demonstrar que o medo de chegar ao limite não pode afastar o desejo de encontrá-lo, a principal dificuldade,

¹³⁴ CASINI, Marina. *I diritti dell'uomo, la bioetica e l'embrione umano*. In *Medicina e Morale*. Rivista Internazionale bimestrale di Bioetica, Deontologia e Morale Medica. Roma: Università Cattolica del Sacro Cuore, gennaio/frebbraio 2003, p. 67. “*La fecondità dell'incontro tra diritto e bioetica passa attraverso il linguaggio dei diritti umani, ed è dimostrata dall'intensificarsi della riflessione giuridica in materia di bioetica a livello di ordinamenti nazionali, a livello comunitario e a livello internazionale*”.

¹³⁵ SEGRE, Marcos. *Limites Éticos da Intervenção sobre o Ser Humano*. In *Bioética*. Organizadores: Marcos Segre e Claudio Cohen. 3.^a ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2002, pp. 133-134.

contudo, sem dúvida, reside na compatibilização entre o avanço científico com o conceito social do “aceitável”, com toda a carga subjetiva e valorativa que este termo pode representar.

A despeito das variações socioculturais que podem ser percebidas em um país de dimensões continentais, como o nosso, as normas constitucionais acabam por ser citadas como uma espécie de “carta da razoabilidade”, impondo a todos o respeito aos direitos ali tutelados.

Contudo as discussões não encontram nesta Carta o seu fim. O conflito ocorre entre direitos e princípios igualmente assegurados, o que faz com que surjam novos debates éticos em torno do “aceitável”.

Stela Marcos de Almeida Neves Barbas, pesquisadora portuguesa, em seu estudo *Direito do Genoma Humano*, assim apresentou a questão:

“É imperioso diluir tensões existentes entre os avanços da Ciência e os inalienáveis direitos fundamentais do ser humano. Tem de se reconhecer que o legítimo direito de fazer progredir a ciência não pode, todavia, ultrapassar determinados limites que ponham em causa princípios e valores tão dificilmente conquistados pelo homem e para o homem ao longo da sua história.

Tem de se encontrar uma solução de compromisso razoável entre a lealdade, a necessidade absoluta de conservar e defender raízes da identidade humana – artigo 26.º da Constituição da República Portuguesa – e o direito fundamental da liberdade de conhecer e investigar – artigo 42.º do mesmo Diploma.”¹³⁶

A opinião dos autores jurídicos, assim como a de médicos especializados na área da reprodução humana, também não é coincidente. Dizemos isso não só quanto às técnicas empregadas, mas especialmente quanto aos limites encontrados para sua aplicação e investigação.

¹³⁶ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. *Direito do Genoma Humano*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 71.

Interessante a constatação feita por Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos de que “o homem moderno, cuja razão tinha por objetivo organizar o caos, de sujeito tornou-se objeto da técnica”¹³⁷, referindo-se à reprodução assistida.

O autor português, João Álvaro Dias, ao dissertar sobre a licitude ou não das diversas técnicas de procriação medicamente assistida, esclarece que “a par da “terapia clínica”, tais métodos perfilam-se como um meio de reprodução alternativo e então as interrogações adensam-se e as respostas são cada vez mais desencontradas”¹³⁸.

Alerta o autor que “de resto, motivações eugênicas e de pura experimentação são sempre uma realidade a ter em conta, realidade que pode pôr em causa o que há de mais essencial no género humano – o problema da origem da vida e o respeito intrínseco que à própria vida humana é devido, mesmo antes de adquirida a personalidade jurídica”¹³⁹.

Segundo Miguel Angel Monge Sánchez, este é o principal problema, nas palavras do autor:

“O principal problema ético que se apresenta na FIV¹⁴⁰ é a relação com o que podemos considerar o estatuto do *embrião humano*: é um ser humano em fase embrionária ou se trata de uma “coisa”? A resposta é decisiva posto que na FIV há perdas de embriões em diferentes fases do processo; há também excedentes que são descartados ou que são usados para investigação.”¹⁴¹

Neste ponto, o debate ético se torna mais acirrado. Como devemos entender o embrião humano? É pessoa em potencial? É *res*? Para Star Lopez, mestre em apologia cristã pela BIOLA University na Califórnia, há, ainda, uma terceira possibilidade.

Em artigo intitulado *The Children of Science: People, Property, or Something in Between?* a autora questiona:

¹³⁷ SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. *A arte do possível: breves reflexões sobre a reprodução humana assistida*. In *Bioética e direitos humanos*. Reinaldo Pereira e Silva e Fernanda Brandão Lapa, organizadores. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2002, p. 157.

¹³⁸ DIAS, João Álvaro. *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*. Coimbra: Coimbra editora, 1996, p. 133.

¹³⁹ *Idem, ibidem*.

¹⁴⁰ Fecundação *in vitro*.

¹⁴¹ SÁNCHEZ, Miguel Angel Monge. *Medicina Pastoral: cuestiones de Biología, Antropología, Medicina, Sexología, Psicología y Psiquiatría*. Tercera edición. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 2003, p. 117.

“Como devem os Estados classificar embriões? A guerra muitas vezes tem sido promovida entre duas classificações, pessoa ou coisa. Mas e se o Estado admitir alguma coisa entre os dois, julgando ser o embrião uma pessoa em potencial com direito a especial respeito? Se um Estado adotar esta posição, como poderia a lei afetar a pesquisa médica?”¹⁴²

Esclarece a autora que, sopesando as interpretações de “pessoa em potencial” com direito a “adequado respeito”, a sociedade pode demonstrar-se mais aberta ao que concerne a um embrião como uma pessoa com direitos limitados.¹⁴³

A discussão, então, recomeça: O que seriam direitos limitados? Quem definiria os limites? A questão dos direitos a serem garantidos e por quem devem ser garantidos é discussão que está longe do fim.

Esta, aliás, é uma das grandes preocupações atuais. Definir limites capazes de assegurar o respeito à vida humana, considerada em si mesma, bem como enquanto direito essencial para a preservação da própria espécie e, ao mesmo tempo, não coibir o avanço da pesquisa médica é tarefa árdua, em que o bom senso e o sopesar preciso de avanços e retrocessos são determinantes.

A dificuldade de se estabelecerem limites precisos em legislação foi analisada por Blanca Fernández-Capel, deputada e professora titular da Faculdade de Medicina da Universidade de Granada, em estudo sobre a proteção jurídico-política do embrião humano. Elenca a autora, como um dos motivos impeditivos, exatamente o fato de que o debate ético está aberto e não se prevê que possam ser estabelecidas conclusões políticas e jurídicas definitivas¹⁴⁴.

¹⁴² LOPEZ, Star Q. *The Children of Science: People, Property, or Something in Between ?* (March 8, 2006). bepress Legal Series. Working Paper 1096, p. 2, disponível no site <http://law.bepress.com>, acessado em 27/01/09. “How should states classify embryos? The war has often waged between two classifications, people versus property. But what if a state assumed something in between, finding the embryo to be a potential person entitled to especial respect? If a state adopted this position, how would the law affect medical research ?”

¹⁴³ *Idem*, p. 5. “Weighing these two interpretatios of a “potential person” entitled to “due respect”, society may prove more amenable to regarding an embryo as a person with limited rights”.

¹⁴⁴ Cf. FERNÁNDEZ-CAPEL, Blanca. *Protección jurídico-política del embrión humano*. In *El inicio de la vida: Identidad y estatuto del embrión humano*. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1999, p. 166. “(...) el debate ético está abierto y no se prevé que puedan establecerse conclusiones definitivas políticas y jurídicas.”

O debate ético, a nosso ver, qualquer que seja a área sobre a qual ele se encerre, sempre estará aberto. Dificilmente teremos opiniões uníssonas, ainda mais sobre área tão fértil para discussões. Acreditamos, contudo, que a segurança que se espera ter, em matéria de reprodução assistida, venha de decisão político-legislativa, como já ocorreu quando teve de se estabelecer o critério de morte como o de morte cerebral, o que possibilitou, sobremaneira, o aumento dos transplantes em nosso país.

O embate quanto à reprodução assistida também passa pela sua motivação. A esse respeito, o autor francês Jean Bernard, que presidiu o Comitê Francês de Consultas Éticas por dez anos, se posiciona:

“A inseminação deve, evidentemente, ser aceita, no caso de a conservação do esperma de um indivíduo se tornar necessária devido a uma doença, ou por risco de esterilidade associado à utilização de um tratamento salvador. Deveria ser recusada quando se trata de inseminação de conveniência, como acontece com a que é pedida por numerosos homens americanos, que depositam o seu esperma no banco de esperma e, depois, efectuam a operação de ligação dos canais deferentes.”¹⁴⁵

O problema atual que nos é apresentado tem múltiplas facetas, mas, se não caminharmos no sentido da busca da disciplina legal norteadora, muitos outros problemas surgirão. Nesse sentido, seguem as ponderações de Giovanni Berlinguer:

“É verdade, infelizmente, que diante de possibilidades técnicas e na ausência de normas jurídicas e de serviços adequados, a inseminação artificial, hoje, seja executada com frequência sem garantias científicas, sem amparo jurídico, com inconvenientes de ordem prática e moral. Por isso, em muitos países, como também na Itália, propôs-se legislar ou elaborar orientações ético-científicas a serem traduzidas em normas de comportamento.”¹⁴⁶

Dominique Thouvenin comenta que a criação de um Comitê Nacional de Consultas Éticas na França, em 1983, contribuiu para assentar “a idéia de que toda uma

¹⁴⁵ BERNARD, Jean. *A bioética*. Tradução de Vasco Casimiro. Lisboa: Instituto PIAGET, 1993, pp. 41-42.

¹⁴⁶ BERLINGUER, Giovanni. *Questões de vida: Ética, ciência e saúde*. Tradução de Maria Patrícia de Saboia Orrico. Salvador-São Paulo-Londrina: APCE-HUCITEC-CEBES, 1993, p. 48.

série de problemas postos pela pesquisa no domínio biológico e médico era desprovida de soluções, pela falta de regras adequadas”¹⁴⁷.

Em outra passagem informa que “foram as reflexões éticas, assim como os pareceres do Comitê que serviram de base para a construção das regras jurídicas; mais de sete anos foram necessários para se passar da ética ao direito”¹⁴⁸.

O movimento que se sente aqui, como podemos evidenciar, é o mesmo que foi sentido em diversos outros países, que hoje contam com regulamentação expressa da matéria. Não temos dificuldade em crer que este é o caminho.

2.2 – Indagações Filosóficas

Para que possamos compreender todo o alcance da matéria da reprodução assistida, o estudo dos aspectos ético-filosóficos é essencial.

Equivocada, ou pelo menos falha, seria a solução proposta para compatibilizar tema tão complexo, sem que a análise destas implicações fosse feita.

Juliana González, professora de filosofia grega, metafísica e ética da Universidade Nacional Autônoma do México, nos lembra que “o caminho é de ida e de volta, da ciência para a ética e da ética para a ciência. Os avanços no conhecimento, realizados particularmente pelas ciências da vida, são inevitáveis para a própria filosofia e para a ética”¹⁴⁹. Esse caminho de mão dupla pode conduzir a algumas perguntas, como por exemplo, “se a ética fica questionada, ou pelo contrário, confirmada pelo novo saber científico, biológico, médico, genético”¹⁵⁰.

¹⁴⁷ THOUVENIN, Dominique. *As leis bioéticas, ou como mascarar os interesses contraditórios?* In *A Bioética é de má-fé?* Tradução de Nicolás Nyimi Campanário. São Paulo: Edições Loyola, 2002, pp. 59-60.

¹⁴⁸ *Idem*, p. 61.

¹⁴⁹ GONZÁLEZ, Juliana. *Valores éticos de la ciencia*. In *Bioética Y Derecho - Fundamentos y problemas actuales*. Compilador Rodolfo Vázquez. México: Instituto Tecnológico Autónomo de México y Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 34. “*El camino es de ida y de vuelta, de la ciencia a la ética y de la ética a la ciencia. Los avances en el conocimiento realizados particularmente por las ciencias de la vida, son insoslayables para la propia filosofía y para la ética.*”

¹⁵⁰ *Idem*, p. 35. “*(...) si la ética queda cuestionada o, por el contrario, confirmada por el nuevo saber científico, biológico, médico, genético.*”

Para a autora é “uma via fecunda e enriquecedora, em todos os aspectos, aquela que aproxima a filosofia moral aos conhecimentos científicos em geral e em especial aos das ciências da vida”¹⁵¹.

Em estudo minucioso sobre a Bioética segundo o enfoque da Filosofia do Direito, o autor italiano Francesco D’Agostino disserta sobre a complexidade da finalidade e pressupostos da Reprodução Assistida. Diante da precisão do texto, preferimos transcrevê-lo:

“Se a temática da R.A. é complexa, resulta que o problema de sua finalidade e de seus pressupostos não pode ser reduzido a fórmulas unívocas. Por exemplo, as razões sociológicas que, numa época de crise demográfica como a nossa, favorecem uma demanda social por R.A. não podem forçosamente ser ligadas a razões de cunho psicológico que movem mulheres a desejar um “filho a todo custo”; nem, por sua vez, as sutis questões éticas que surgem em decorrência da objetiva cisão que na R.A. ocorre entre o ato sexual e dinâmica procriativa (independentemente da solução que a tais questões seja dada) podem ser consideradas homólogas àquelas, por exemplo, que nascem quando se avalia a R.A. no que diz respeito à alocação dos recursos da saúde ou, mais genericamente, ao balanço custo-benefício.”¹⁵²

O filósofo italiano assevera que a primeira preocupação do jurista que pretende refletir sobre a reprodução assistida e que queira elaborar uma teoria sobre *quanto* e sobre *qual* direito seja exigido na prática das técnicas, deve ser aquela de fazer uma redução fenomenológica, que lhe permita distinguir quais são as situações subjetivas e quais os âmbitos que lhe são contíguos, mas não jurídicos, sejam os da ética, psicologia, política social e da saúde ou religião.¹⁵³

Essa prática, conclui o autor,¹⁵⁴ deve ser operada na conscientização de que estas reduções podem adquirir relevo jurídico apenas quando traduzidas na linguagem própria e específica do próprio direito.

¹⁵¹ *Idem, ibidem*. “Es, a mi juicio, una vía fecunda y enriquecedora, en todo caso, aquella que aproxima la filosofía moral a los conocimientos científicos en general y en especial a los de las ciencias de la vida.”

¹⁵² D’AGOSTINO, Francesco. *Bioética segundo o enfoque da Filosofia do Direito*. Tradução de Luisa Raboline. São Leopoldo/RS: Editora Unisinos, 2006, p. 141.

¹⁵³ D’AGOSTINO, Francesco. *Op. cit.*, p. 142.

¹⁵⁴ *Idem, ibidem*.

É o que na presente pesquisa procuramos fazer. Ao abordarmos os aspectos éticos, filosóficos, econômicos e sociais, estamos buscando evidenciar as mais diversas visões sobre a reprodução assistida, e, partindo das situações conflituosas apresentadas, apresentaremos as hipóteses jurídicas.

Sobre o assunto das influências sentidas no direito positivo, pertinentes são as lições de Giuseppe Dalla Torre de que “o direito positivo, portanto, não é “neutro”, antes de tudo é, ou deveria ser, “laico”, vale a dizer não expressão desta ou daquela posição ética, mas da única ética a ele própria, que é então aquela da justiça”¹⁵⁵.

Na busca da ética do justo, em matéria de reprodução assistida, pode-se dizer que “somos fortemente influenciados pela nossa atitude fundamental em relação à ciência”, nas palavras de Christian de Paul de Barchifontaine e Leocir Pessini¹⁵⁶.

Os autores, contextualizando a discussão, apresentam quatro atitudes básicas, geralmente encontradas quando se debate o tema, e que ensejam, portanto, uma reflexão mais cuidadosa:

“A ciência tem o direito de fazer tudo o que é possível ?

A ciência não tem o direito de intervir no processo da vida, que é sagrado.

A ciência não tem o direito de mudar as qualidades humanas mais características.

A ciência tem direito de incentivar o crescimento de características humanas de valor e eliminar aquelas que são prejudiciais.”¹⁵⁷

Ao analisarmos esses quatro diferentes argumentos, somos forçados a enfrentar uma alta carga de subjetividade, pois em todas as situações os valores culturais, éticos e religiosos em relação à vida são aflorados.

¹⁵⁵ DALLA TORRE, Giuseppe. *Pluralismo religioso, multiethnicità e biodiritto*. In *Medicina e Morale – Rivista Internazionale Bimestrale di Bioetica*. Roma: Università Cattolica del Sacro Cuore, maggio/giugno 2006, p. 538. “*Il diritto positivo, dunque, non è “neutrale”; semmai è, o dovrebbe essere, “laico”, vale a dire non espressione di questa o quella posizione etica, ma dell’unica etica a lui propria, che è poi quella della giustizia*”.

¹⁵⁶ BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de; PESSINI, Leocir. *Problemas atuais de Bioética*. São Paulo: Edições Loyola, 1991, p. 149.

¹⁵⁷ BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de; PESSINI, Leocir. *Op.cit.*, pp. 150-151.

Passemos à reflexão do primeiro questionamento: *A ciência tem o direito de fazer tudo o que é possível?*

Para responder a esse questionamento, acompanharemos a construção de idéias, apresentada pelo autor francês Vincent Bourguet.

Dissertando sobre o embrião humano e a procriação, sob o enfoque da medicina, do projeto e da pessoa, Bourguet questiona o papel da ética: “O papel da ética não pode ser o de suspender a relação técnica na qual o outro ser humano é meio, mas o de limitá-la e subordiná-la a outros imperativos, de tal modo que o outro ser humano não seja pura e simplesmente um meio, mas também sempre ao mesmo tempo um fim.”¹⁵⁸

Ainda em suas palavras: “O outro ser humano só pode ser o meio para alguém de maneira limitada, de tal modo que sua integridade seja salvaguardada. (...). Nesse sentido, não pode haver uma ética da tecnologia, mas somente uma ética que a limite, que aprecie seu progresso e o julgue.”¹⁵⁹

O autor, ao assim apresentar suas idéias, nos leva a compreender que a ciência, ao desenvolver suas técnicas, encontra seus limites na própria integridade do ser humano, que é meio, mas, predominantemente, fim.

Esse é o maior problema enfrentado pela medicina genético-reprodutiva, pois, ao pensarmos no ser humano enquanto fim, poderemos esbarrar em uma outra polêmica: o ser humano individualmente considerado ou o ser humano em sua concepção macro, enquanto espécie humana ? O que deve prevalecer ou o que tem prevalecido?

Cuidaremos dos direitos do embrião – óvulo recém fecundado -, ou dos pais que buscam a procriação? O interesse dos pais, por sua vez, pode ser considerado como o desejo incondicional do casal de formar uma família ou o desejo inato ao ser humano de dar continuidade à sua espécie?

O possível para a ciência é somente aquilo que uma sociedade, influenciada por suas crenças e heranças socioculturais, qualifica como aceitável. Como em toda a democracia, na prática científica, o emprego de novos métodos e de novas técnicas também deve ser amparado, leia-se, respaldado pela maioria. O senso comum expressado

¹⁵⁸ BOURGUET, Vicent. *O ser em gestação - Reflexões bioéticas sobre o embrião humano*. Tradução Nicolas Nyimi Campanário. São Paulo: Edições Loyola, 2002, p. 222.

¹⁵⁹ *Idem, ibidem.*

diretamente ou indiretamente pelas vozes que o representam é o norte a ser seguido para se determinar o que pode ou não ser praticado em termos de ciência médica.

Como saber, então, em termos de Reprodução Assistida, o que é ou não aceitável.

Parece-nos que doação de óvulos, sêmen, mãe de substituição – quando parente do casal – são temas que não causam desaprovação social. O destino dos embriões excedentários, a conduta médica e a escolha das características do filho a ser gerado ensejam, no entanto, divergências de opiniões e grandes resistências em determinados seguimentos.

Concluimos que a ciência médica tem o direito e o dever de fazer tudo o que é possível para ajudar na reprodução humana, mas desde que sejam respeitados os limites éticos que devem nortear todo e qualquer procedimento médico: o respeito ao ser humano.

Em relação à afirmação - *A ciência não tem o direito de intervir no processo da vida, que é sagrado* -, devemos fazer uma análise cuidadosa sem perder de vista a atenção extrema que se tem de ter com a vida humana e, da mesma forma, com o critério técnico necessário para o desenvolvimento de uma argumentação que não se afaste da cientificidade.

Inicialmente, relatamos as constatações feitas por Affonso Renato Meira, coordenador da Comissão de Bioética da Sociedade Brasileira de Reprodução Humana, quanto aos primeiros impactos causados pelas investigações sobre o tema da ciência reprodutiva. Vejamos:

“Nos anos 1970, o rumor sobre a possibilidade de que os cientistas pudessem imitar Deus e obter o milagre de fazer nascer uma criança não concebida por intermédio da relação sexual entre um homem e uma mulher, preocupava os religiosos e aqueles que tinham como prioridade o comportamento ético na sociedade. (...) Na realidade, todos os que, de uma maneira ou outra tinham notícia desses fatos traduziam sua inquietude sobre o que a ciência pretendia fazer a

respeito da reprodução humana, pois o nascimento de uma criança era considerado “dádiva divina”.¹⁶⁰

Por esta razão, cumpre-nos transcrever as considerações de Fábio Konder Comparato na obra *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*, como segue:

“O postulado religioso, de que o ser humano foi criado por Deus à sua imagem e semelhança, e é dotado de uma alma imortal distinta do corpo, é digno do maior respeito, mas deve ser considerado, tão-só, como objeto de fé. Ele não pode ser usado como argumento universal, sujeito ao critério único da razão.”¹⁶¹

O autor, após tecer algumas considerações a respeito do início da vida humana, porém, reconhece que “o que veio complicar esse raciocínio foi o aperfeiçoamento da técnica de fecundação artificial *in vitro*”¹⁶².

Percebe-se que o avanço da medicina reprodutiva faz com que se traga à baila discussões antes impensadas, pois o homem, no passado condicionado à reprodução apenas por meio do ato sexual, agora domina as técnicas de concepção e estas mesmas técnicas que são utilizadas em casos de enfermidade instigam reflexões quanto à sua permissibilidade moral, ética e religiosa.

Aliás, as reflexões religiosas que estão consolidadas no aspecto sagrado da vida também serão por nós analisadas ainda nesse mesmo capítulo, contudo, o que nos resta saber é se o credo na divindade da vida pode, de alguma forma, nos afastar dos procedimentos que visam, sobretudo, à facilitação da concepção, o que resultará no surgimento de novos seres.

Solução pode ser procurada a partir do questionamento feito por Hartmut Kress, professor de Ética na Evangelisch-Theologischen Fakultät da Universidade de Bonn:

¹⁶⁰ MEIRA, Affonso Renato. *Reprodução humana: a ética trinta anos depois*. In Revista Bioética. Volume 16 n. 1. 2008. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2008, p. 133

¹⁶¹ COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 476.

¹⁶² *Idem, ibidem*.

“Necessidade ou necessidade criada? Certamente, é preciso haver em parte questionamentos críticos sobre se de fato todas as novas opções de ação médica têm fundamento, se há uma real necessidade humana ou se despertam necessidades adicionais, gerando uma atitude de consumerismo médico (*consumerism*) que é problemática. Deve-se distinguir entre uma “necessidade” terapêutica real e uma artificial, “necessidades” ambivalentes que geralmente são despertadas pela ampliação das ofertas médicas (necessidades secundárias).”¹⁶³

Nessa esteira, o professor da universidade alemã prossegue exemplificando que “deve-se refletir criticamente sobre até que ponto a medicina reprodutiva desperta necessidades artificiais ou excessivas abrindo espaços de liberdade e decisão eticamente questionáveis”¹⁶⁴.

Como podemos perceber, por mais que tentemos nos afastar do tema, para a maior parte dos questionamentos que são feitos a respeito da medicina reprodutiva com concepção artificial, o problema reside nos limites.

Não se trata de intervenção no processo sagrado da vida, a nosso ver, mas sim de lidarmos com problemas reais que somente pelo modo terapêutico podem ser solucionados.

Retomando a questão dos limites, a aplicação das técnicas necessárias para melhorar a vida dos seres humanos que estão por nascer é mais do que louvável, é o verdadeiro papel da medicina. Nas palavras de Adriana Maluf “a suspeita ou detecção de doença hereditária traz como consequência a questão do aconselhamento genético do médico para os pais que decidam ou não ter um filho”¹⁶⁵ além da possibilidade de “auxiliá-los no diagnóstico, no prognóstico e na terapia da enfermidade genética do feto”.

De outro lado, se disponibilizarmos o uso indiscriminado das técnicas reprodutivas acabaremos por estimular o que outrora se combateu e que até hoje se repele: a eugenia.

¹⁶³ KRESS, Hartmut. *Ética médica*. Tradução de Hedda Malina. São Paulo: Edições Loyola, 2008, p. 63.

¹⁶⁴ *Idem, ibidem*.

¹⁶⁵ MALUF, Adriana do Rego Freitas Dabus. *Direito da Personalidade no novo Código Civil e os elementos genéticos para a identidade da pessoa humana*. In *Questões controvertidas no novo Código Civil*. Série Grandes Temas de Direito Privado – Vol. I. São Paulo: Método, 2003, p. 87.

Alerta Maria Garcia que se pode constatar, da análise de algumas décadas para cá, “é que tem imperado no campo científico um pragmatismo imediatista e uma ética dos resultados ponderando um processo (aparentemente) sem fim, rumo aos três níveis básicos da ambição humana: riqueza, *status* e poder, como todas as consequências conhecidas para a Humanidade”¹⁶⁶.

De fato, corremos, sim, o perigo desse desvirtuamento do uso da tecnologia médico-reprodutiva, mas cremos que esse é mais um argumento que reforça nossa idéia de que somente com um sistema jurídico bem organizado conseguiremos prevenir esses possíveis abusos e desvios de finalidade.

Para concluirmos a questão quanto ao processo da vida, seu valor sagrado e a ciência médica, reproduzimos as palavras do filósofo norte-americano Ronald Dworkin, expressando o ciclo vital do qual não podemos nos afastar:

“Seja qual for sua forma ou configuração, a vida de um único organismo humano exige respeito e proteção devido ao complexo investimento criativo que representa e a nosso assombro diante dos processos divinos ou evolutivos que geram novas vidas a partir das que as antecederam, diante dos processos de uma nação, comunidade ou língua através dos quais um ser humano irá absorver e dar continuidade a centenas de gerações de culturas e formas de vida e valor, e, por último, quando a vida mental iniciar-se e florescer, diante do processo interior de criação e discernimento por meio do qual a pessoa irá fazer-se e desfazer-se, um processo misterioso e inevitável do qual todos participamos e que é, portanto, a mais poderosa fonte de empatia e comunhão que temos com cada uma das outras criaturas que se defrontam com o mesmo desafio assustador.”¹⁶⁷

Inferimos a respeito do que examinamos que, por maiores que sejam as descobertas quanto à concepção e seu poder humano transformador, ela – vida – sempre guardará um mistério intrínseco, por muitos atribuído à Divindade, por outros à obra da natureza, contudo, ainda que o homem se esmere diuturnamente em desvendá-lo o respeito

¹⁶⁶ GARCIA, Maria. *Limites da Ciência: a dignidade da pessoa humana: a ética da responsabilidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 40.

¹⁶⁷ DWORKIN, Ronald. *Domínio da Vida: Aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, pp. 116-117.

absoluto pelos seres humanos deve pautar suas ações, a fim de que a vaidade da descoberta e a glória científica não acabem por deixar marcas em toda a humanidade.

Por fim, os argumentos de que *A ciência não tem o direito de mudar as qualidades humanas mais características* e de que *A ciência tem direito de incentivar o crescimento de características humanas de valor e eliminar aquelas que são prejudiciais* podem ser complementares ou contrapostos, dependendo da interpretação a ser dada.

Ao se afirmar que a ciência não tem o direito de mudar as qualidades humanas mais características, a contrário senso podemos entender que as qualidades menos características podem ser alteradas.

Abre-se, dessa forma, espaço para a complementaridade, ou seja, a ciência tem o direito de incentivar o crescimento de características humanas de valor e eliminar aquelas que são prejudiciais, desde que não altere as qualidades mais características.

Se, por outro lado, entendermos que todas as características que carregam em si um valor são as *mais características* não há qualquer possibilidade de incentivo, por parte da ciência, quanto à alteração, pois para incentivar o crescimento de características de valor e eliminar aquelas que são prejudiciais, fatalmente estaríamos mudando as qualidades mais características do ser, portanto, idéias contrapostas.

Quanto àqueles que defendem somente o argumento de que *A ciência tem direito de incentivar o crescimento de características humanas de valor e eliminar aquelas que são prejudiciais*, temos, acima de tudo, de ser cautelosos, para não revivermos um momento histórico que foi tão absurdamente marcante para toda a humanidade.

Explicamos a que momento nos referimos com a narrativa do teólogo espanhol Niceto Blázquez, como segue:

“Os sonhos de megalomania racial de Hitler se cumprem. Uma mulher de cor conseguiu na Itália que lhe implantassem um óvulo de uma mulher branca com o único fim de ter um filho branco. Os diversos grupos étnicos construirão algum dia a possibilidade técnica de realizar seu próprio programa racial. Os países mais poderosos imporão seu critério racial aos demais de acordo com seu poder econômico e o monopólio das técnicas biomédicas. Sabemos como

em alguns países esta discriminação racial está sendo levada a cabo mediante diagnóstico pré-natal e as práticas abortivas. Sobre tudo contra as mulheres e os fisicamente mais débeis.”¹⁶⁸

A ciência, ao buscar eliminar as características prejudiciais e fomentar o crescimento das características humanas de valor terá de decidir quais são as aquém e as além das expectativas humanas.

Ao proceder a esse juízo valorativo, elegerá, por vezes, critérios discriminatórios e que atendem aos interesses de uma classe dominante, seja pelo poder político, econômico ou social.

O que devemos entender, em matéria de bebês concebidos com as técnicas de assistência à reprodução, como características *de valor* ou *prejudiciais*?

Levando-se em conta que as escolhas históricas quanto às características humanas de valor foram e ainda são arbitrárias e cruéis – domínio de brancos sobre negros ou indígenas, domínio de arianos sobre judeus, domínio de homens sobre mulheres etc... -, resta-nos evidente que este poder não tem de ser dado à ciência médica.

A busca pelas melhores características deve se limitar à busca de uma vida saudável, o tanto quanto possível. Tivemos a notícia, comentada no primeiro capítulo, do nascimento do primeiro bebê concebido sem o gene considerado o grande responsável pelo desenvolvimento de câncer de mama e ovário.

Sem dúvida, é conquista médico-científica. Contudo não podemos nos esquecer que o termo *incentivar o crescimento de características de valor* carrega, por si só, um poder discricionário que a ciência não tem.

Uma coisa é eliminar o gene causador do câncer outra é buscar características de valor para alcançar um padrão de excelência.

¹⁶⁸ BLÁZQUEZ, Niceto, O.P. *Bioética la nueva ciencia de la vida*. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 2000, p. 225. “*Los sueños de megalomanía racial de Hitler se cumplen. Una mujer de color consiguió en Italia que le implantaran un óvulo de una mujer blanca con el único fin de tener un hijo blanco. Los diversos grupos étnicos tendrán algún día la posibilidad técnica de realizar su propio programa racial. Los países más poderosos impondrán su criterio racial a los demás de acuerdo con su poder económico y el monopolio de las técnicas biomédicas. Sabemos cómo en algunos países esta discriminación racial se está llevando a cabo mediante el diagnóstico prenatal y las prácticas abortivas. Sobre todo contra las mujeres y los físicamente más débiles.*”

Enveredamo-nos, se optarmos pelo segundo, pelos caminhos do Processo Bokanovsky, idealizado na obra de ficção do autor inglês Aldous Huxley, em que o princípio da produção em série é aplicado à biologia. Sem dúvida um equívoco.

Juliana González também questiona:

“No que se refere a problemas concretos da *biotecnología*, a questão fundamental recai, como é evidente, no *importe ontológico* que tem a possibilidade da “engenharia” genética, capaz de penetrar na estrutura profunda e primordial da vida, e dentro dela produzir “recombinações” que alterem os processos vitais para o “bem” ou para o “mal”. Quem determina este bem e este mal? E qual é, também aqui, o alcance real do discurso ético em engenharia genética, e qual a alternativa, caso nesta se omita a consciência ética?”¹⁶⁹

Faço minhas as palavras do filósofo da Universidade de York, Stephen Holland: “Nós nos preocupamos com os “bebês projetados”. Olhando para trás, associamos o aprimoramento genético com as atrocidades da eugenia nazista. Em nossa cultura liberal, temos suspeitas a respeito de quem determinará quais traços são desejáveis e, assim, a futura direção a ser tomada pelos seres humanos.”¹⁷⁰

O poder decisório de bem e mal em relação à ciência da vida humana, se não baseado em conceitos elevadíssimos de ética profissional e consciência de preservação do desenvolvimento natural da própria espécie, pode-se tornar um poderoso instrumento de dominação social e política, o que não interessa ao desenvolvimento da sociedade.

¹⁶⁹GONZÁLEZ, Juliana. *Op. cit.*, p. 36. “Por lo que se refiere a problemas concretos de la biotecnología, la cuestión fundamental recae, como es evidente, en el importe ontológico que tiene la posibilidad de la “ingeniería” genética, capaz de penetrar en la estructura profunda y primordial de la vida, y dentro de ella producir “recombinaciones” que alteren los procesos vitales, para “bien” o para “mal”. ¿Qué determina este bien y este mal? ¿Y cuál es, también aquí, el alcance real del discurso ético en ingeniería genética, y cuál la alternativa, en caso de que en ésta se omita la conciencia ética?”

¹⁷⁰ HOLLAND, Stephen. *Bioética: enfoque filosófico*. Tradução de Luciana Pudenzi. São Paulo: Centro Universitário São Camilo; Loyola, 2008, p. 249.

2.3 – Posições Religiosas

2.3.1 – Cristãos

Em todas as religiões cristãs, consubstanciadas no Antigo e no Novo Testamento, percebe-se um rigoroso seguimento da palavra de Deus manifestada através do Evangelho escrito pelos apóstolos de Jesus Cristo e em outros pensamentos expressos na Bíblia.

Em relação à reprodução medicamente assistida, a pesquisa encontra coincidências e diferenças. Coincidências que podem ser resumidas na proteção da vida - bem maior entendido como presente divino - e da dignidade da pessoa com toda a especificidade cristã de fraternidade e amor ao próximo.

As diferenças, por sua vez, se resumem na questão da hierarquização. O preço, se é que podemos assim chamar, da reforma protestante foi o de exatamente não ter uma padronização de pensamentos. Em busca da liberdade de análise dos preceitos divinos expressos no texto bíblico, o protestantismo não se submete a um líder, como no caso da Igreja Católica quando nos referimos ao Papa.

Em razão disso, as posições que fartamente encontramos sendo marcadas por documentos do Vaticano, elaborados sempre que novas descobertas ocorrem ou o clamor social se faz ouvir, não estão tão claramente expostas em outras religiões.

Em matéria de reprodução assistida – tema relativamente novo -, levando-se em conta que o primeiro bebê de proveta veio ao mundo em 1978, portanto, há pouco mais de 30 anos -, a Bíblia não poderia abarcá-lo, dependendo da interpretação dos líderes espirituais a posição de cada uma das religiões.

Feitas essas considerações, passamos a tratar especificamente das posições religiosas.

2.3.1.1 - Católicos¹⁷¹

Quanto à permissibilidade ou não do socorro às técnicas de reprodução assistida, buscamos, no que se refere ao posicionamento cristão - neste tópico especialmente o católico -, os antigos escritos dos doutores da igreja, que nos pudessem demonstrar como a questão da reprodução humana era tratada desde os primórdios.

Para isso recorreremos às reflexões de Santo Tomás de Aquino, que analisa a finalidade da conjunção carnal para demonstrar o porquê da simples fornicação ser considerada pecado contra a lei divina e por que a união no matrimônio é considerada natural.

A fim de elucidarmos seu pensamento, transcrevemos o núcleo de seu argumento:

“Com efeito, foi acima dito (cc. CXII ss), que Deus cuida de cada coisa segundo aquilo que para ela é bom. Ora, é bom para cada coisa atingir o seu fim, e lhe é mau ser desviada do devido fim. Como no todo, também nas partes isso deve ser considerado, de modo que cada parte do homem, e cada ato seu, atinjam o seu devido fim. Ora, o sêmen, embora seja supérfluo à conservação do indivíduo, é necessário para a propagação da espécie. Mas, as outras coisas supérfluas, como os excrementos, a urina, o suor, etc., para nada valem e, por isso são um bem para o homem somente enquanto expelidos. Mas não só isso é procurado no sêmen, pois ele é expelido em utilidade da geração, e para esta se ordena também o coito.”¹⁷²

Conclui o autor que toda emissão de sêmen, realizada sem que se possa seguir a geração naturalmente é contra o bem do próprio homem, e, portanto, pecado contra a natureza, excetuando-se a hipótese em que a geração não pode vir após a emissão do sêmen, como por exemplo, diante da esterilidade da mulher¹⁷³.

Giovanni Berlinguer, médico italiano que é membro do Comitê Internacional de Bioética da UNESCO, destaca ser oportuno esclarecer a mudança de pensamento da Igreja Católica no que se refere à sexualidade. Assevera o autor:

¹⁷¹ Todos os documentos oficiais, citados no presente tópico, estão disponíveis para consulta no site do Vaticano: www.vatican.va.

¹⁷² AQUINO, Tomás de, Santo. *Suma contra os gentios*. 2.º v. Tradução de D. Odilão Moura e D. Ludgero Jasper. Porto Alegre: EDIPUCRS: EST, 1996, p. 609.

¹⁷³ *Idem*, pp. 609-610.

“O relacionamento entre cônjuges, que segundo o direito canônico apresentava duas finalidades, a *procreatio* e o *remedium concupiscentiae*, depois de João XXIII e do Concílio Vaticano II passou a ser visto também, além do dever de procriar, como expressão de *bonum coniugium*, consequência da índole natural do homem e da mulher e favorável à harmonia das suas relações.”¹⁷⁴

Na questão do controle da natalidade, por sua vez, o autor relata que nada mudou. Tanto a encíclica *Casti connubi* quanto a *Humanae vitae* condenaram qualquer ação se proponha a tornar impossível a procriação¹⁷⁵.

A contrário senso, indagamos, como deve, então, se posicionar a Igreja quanto às ações que visam a tornar possível a procriação?

Em sendo as situações diametralmente opostas – contracepção e concepção, não deveriam também ser opostos os posicionamentos?

Historicamente, desde que o tema começou a ser discutido, a posição da igreja católica sempre foi contrária à utilização das técnicas de reprodução assistida.

O papa Pio XII, por exemplo, cujo papado foi de 1958 a 1963, considerava a inseminação artificial homóloga como eticamente inaceitável, mas sua posição não significava que não se devia tolerar a prática de alguns meios artificiais destinados à finalidade objetiva do ato matrimonial normalmente realizado, ou seja, a procriação. Embora assim se posicionasse, não indicou, concretamente, nenhum método artificial que poderia ser utilizado¹⁷⁶.

Javier Caio Fernández, doutor em Teologia Moral e Membro da Comissão Teológica Episcopal da Doutrina da Fé da Conferência Episcopal Espanhola, relata a posição do Papa Pio XII, conforme segue:¹⁷⁷

- Condena como imoral a inseminação artificial fora do casamento pois a lei natural e a lei divina positiva exigem que a procriação somente pode ser fruto do casamento;

¹⁷⁴ BERLINGUER, Giovanni. *Bioética Cotidiana*. Tradução de Lavínia Bozzo Aguilar Porciúncula. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004, p. 15.

¹⁷⁵ *Idem*, pp. 15-16.

¹⁷⁶ Cf. BLÁZQUEZ, Niceto, O.P. *Op. cit.*, p. 180.

¹⁷⁷ FERNÁNDEZ, Javier Gafo. *10 palavras-chave em bioética: bioética, aborto, eutanásia, pena de morte, reprodução assistida, manipulação genética, AIDS, drogas, transplantes de órgãos, ecologia*. Traduzido por Maria Luisa García Prada. São Paulo: Paulinas, 2000, pp. 163-164.

- A inseminação artificial dentro do casamento com a utilização de sêmen de doador é igualmente imoral, pois somente os esposos têm direito recíproco sobre seus próprios corpos para gerar uma nova vida;
- A inseminação artificial dentro do casamento com o sêmen do próprio marido também é rejeitada, pois o sêmen não pode ser procurado por atos contrários à natureza, referindo-se à masturbação, além do fato de que essa ação ultrapassaria os limites do direito que os esposos adquiriram pelo contrato matrimonial, isto é, o de exercer plenamente sua capacidade sexual na realização natural do ato matrimonial;
- Rejeita o que viria a ser denominado fecundação *in vitro*, classificando os atos como imorais e absolutamente ilícitos.

Todavia o Papa Pio XII admitiu a chamada inseminação artificial imprópria ao se referir a determinados procedimentos médicos que poderiam acentuar a capacidade procriadora do ato sexual. Nesse contexto eram citados nos livros de teologia moral, a dilatação do colo do útero antes do ato sexual e o recolhimento de sêmen na vagina após o ato e sua introdução no útero¹⁷⁸.

Com o nascimento do primeiro bebê de proveta e com a crescente discussão acerca das inúmeras descobertas científicas que seguiram a Louise Brown, os doutores da igreja foram levados a refletir e, em alguns momentos, a se pronunciar sobre a posição católica em matéria de assistência à procriação.

Christian de Paul de Barchifontaine destaca que a “fecundação *in vitro* recebe uma crescente aceitação nos meios científicos, que a submetem, todavia, a condições e restrições”,¹⁷⁹ condições estas que foram expressas pelo Comitê Federal de Ética norte-americana e receberam aprovação, nas palavras do autor, de “alguns moralistas

¹⁷⁸ FERNÁNDEZ, Javier Gafo. *Op. cit.*, p. 164.

¹⁷⁹ BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Bioética e início da vida: alguns desafios...*, p. 137.

católicos como Patrick Vespieren, Oliver de Dinechin e outros participantes do 1.º Congresso Internacional de Transferência de Embriões (Annecy, set. 1982)”¹⁸⁰, a saber:

A inseminação artificial deve ser intraconjugal, ter o objetivo de contornar um caso de esterilidade e ter o objetivo de almejar uma criança que o casal quer assumir e criar¹⁸¹.

Cinco anos após esse Congresso, em Roma, na sede da Congregação para a Doutrina da Fé, em 22 de fevereiro de 1987, Festa da Cátedra do Apóstolo São Pedro foi assinada pelo então Cardeal Joseph Ratzinger, que viria a ser escolhido Papa no ano de 2005, a instrução *Donum vitae*, da Congregação para a doutrina da Fé, aprovada pelo Papa João Paulo II.

O Bispo Elio Sgreccia, presidente emérito da Cúria Romana, ensina que a *Donum vitae*, instrução sobre o respeito da vida humana nascente e a dignidade da procriação, versa sobre os problemas da procriação artificial e sobre o “desenvolvimento na visão da corporeidade e da sexualidade como momentos inalienáveis do amor esponsal e da procriação”¹⁸².

O texto da própria instrução, na Introdução n. 3, expressa que

*“a biologia e a medicina, em suas aplicações, concorrem para o bem integral da vida humana quando vêm em auxílio da pessoa atingida pela doença e enfermidade, no respeito à sua dignidade de criatura de Deus. Nenhum biólogo ou médico pode razoavelmente pretender, por força da sua competência científica, decidir sobre a origem e o destino dos homens. Esta doutrina deve ser aplicada, de modo particular, no âmbito da sexualidade e da procriação, no qual o homem e a mulher atuam os valores fundamentais do amor e da vida”*¹⁸³.

Nas palavras de Javier Caio Fernández,

“a partir dessa visão da lei moral natural, a instrução deduz a originalidade da transmissão humana da vida que deriva da originalidade própria da pessoa humana (Intr. n. 4). Essa compreensão antropológica, e não simplesmente

¹⁸⁰ BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Bioética e início da vida: alguns desafios...*, p. 137.

¹⁸¹ *Idem, ibidem*.

¹⁸² SGRECCIA, Elio. *Manual de Bioética I. Fundamentos e Ética Biomédica*. Traduzido por Orlando Soares Moreira. São Paulo: Edições Loyola, 1996, p. 302.

¹⁸³ *Donum vitae*, Introdução n. 3.

biológica, leva a considerar o ato conjugal como “indissolúvelmente corporal e espiritual”. Como consequência dessa visão antropológica, “para respeitar a linguagem dos corpos e sua natural generosidade, a união conjugal deve acontecer no respeito pela abertura à procriação, e a procriação de uma pessoa deve ser o fruto e o terno do amor esponsal”.¹⁸⁴

Complementa o autor que “essa formulação leva a instrução a retomar as concepções da *Humanae vitae*¹⁸⁵ sobre a inseparabilidade dos significados unitivo e procriador do ato sexual”¹⁸⁶.

As principais passagens da Instrução refletem a preocupação com o avanço da pesquisa médica no que tange ao respeito à vida e integridade do embrião, como no trecho que segue:

*“Como para qualquer intervenção médica nos pacientes, devem ser consideradas lícitas as intervenções no embrião humano sob a condição de que respeitem a vida e a integridade do embrião, não comportem para ele riscos desproporcionados e sejam orientadas para a sua cura, para a melhoria das suas condições de saúde ou para a sua sobrevivência individual”*¹⁸⁷.

Ainda quanto ao respeito aos embriões humanos, a Instrução considera que o “*próprio congelamento dos embriões, mesmo se executado para assegurar uma conservação em vida do embrião — crioconservação — constitui uma ofensa ao respeito devido aos seres humanos, uma vez que os expõe a graves riscos de morte ou de dano à sua integridade física, priva-os ao menos temporariamente da acolhida e da gestação maternas, pondo-os em uma situação suscetível de ulteriores ofensas e manipulações*”¹⁸⁸.

¹⁸⁴ FERNÁNDEZ, Javier Gafo *Op. cit.*, p. 169.

¹⁸⁵ A *Humanae vitae* é uma carta encíclica de sua santidade o Papa Paulo VI sobre a regulação da natalidade, dada em Roma, junto de São Pedro, na festa de São Tiago Apóstolo, em 25 de julho de 1968, no sexto ano do pontificado do referido Papa.

¹⁸⁶ FERNÁNDEZ, Javier Gafo. *Op.cit.*, p. 169.

¹⁸⁷ *Donum vitae*. Parte I, item 3.

¹⁸⁸ *Donum vitae*. Parte I, item 6.

No que tange às intervenções na procriação humana, a fecundação artificial heteróloga é considerada contrária à unidade do matrimônio, dignidade dos esposos e ao direito do filho a ser posto no mundo no matrimônio e pelo matrimônio. O uso de gametas de doadores é uma violação do compromisso recíproco dos esposos e uma falta grave para com aquela propriedade essencial do matrimônio, que é a sua unidade¹⁸⁹.

Em relação à maternidade de substituição, segundo o *Donum vitae*, representa uma falta objetiva contra as obrigações do amor materno e instaura uma divisão entre os elementos físicos, psíquicos e morais que a constituem¹⁹⁰.

Já no que tange à fecundação artificial homóloga, a instrução, após trazer em seu corpo todos os argumentos contrários à redução embrionária e reforçar que o filho deve ser gerado por ato conjugal praticado no matrimônio, assim estabelece:

*“A inseminação artificial homóloga, dentro do matrimônio, não pode ser admitida, com exceção do caso em que o meio técnico resulte não substitutivo do ato conjugal, mas se configure como uma facilitação e um auxílio para que aquele atinja a sua finalidade natural”*¹⁹¹.

Por fim, a *Donum vitae* deixa sua recomendação aos políticos para agir no sentido de que a “lei civil seja regulada pelas normas fundamentais da lei moral, naquilo que diz respeito aos direitos do homem, da vida humana e da instituição familiar”¹⁹².

Podemos perceber que a instrução, embora acabe por admitir que em certos casos o casal estéril faça uso da inseminação artificial homóloga, continua afirmando claramente a posição contrária da Igreja Católica em relação à procriação artificial.

Em Roma, no ano de 1995, mais precisamente em 25 de março, solenidade da Anunciação do Senhor, no décimo sétimo ano de pontificado do Papa João Paulo II, novamente o tema de reprodução assistida é tratado em um documento oficial da Igreja Católica, o *Evangelium vitae*, dirigido aos presbíteros e diáconos, religiosos e religiosas,

¹⁸⁹ *Donum vitae*. Parte II, A, item 2.

¹⁹⁰ *Donum vitae*. Parte II, A, item 3.

¹⁹¹ *Donum vitae*. Parte II, B, item 6.

¹⁹² *Donum vitae*. Parte III.

aos fiéis leigos e a todas as pessoas de boa vontade, sobre o valor e a inviolabilidade da vida humana.

Nesse documento, o Papa João Paulo II, assevera que “várias *técnicas de reprodução artificial*, que pareceriam estar ao serviço da vida e que, não raro, são praticadas com essa intenção, na realidade abrem a porta a novos atentados contra a vida”¹⁹³.

Ressalta também que “essas técnicas registram altas percentagens de insucesso”¹⁹⁴ e, “além disso, são produzidos às vezes embriões em número superior ao necessário para a implantação no útero da mulher e esses, chamados « embriões supranumerários », são depois suprimidos ou utilizados para pesquisas que, a pretexto de progresso científico ou médico, na realidade reduzem a vida humana a simples « material biológico », de que se pode livremente dispor”¹⁹⁵.

Enfim, o *Evangelium vitae* afasta, de forma coincidente com o *Donum vitae*, a aceitação da procriação artificial¹⁹⁶.

Diante da enorme repercussão que o tema da procriação assistida tem tido nas discussões religiosas, éticas e morais e incontestável interesse da Igreja Católica em temas relacionados à vida humana, o Papa Bento XVI, em 20 de junho de 2008, em audiência concedida ao Cardeal Prefeito Willian Levada, aprovou a Instrução *Dignitas Personae*, decidida na Sessão Ordinária da Congregação para Doutrina da Fé, e ordenou a sua publicação.

Como em todo documento publicado pelo Vaticano, na data de sua publicação exalta-se uma celebração religiosa e, nesse caso, não foi diferente, a publicação do *Dignitas Personae* foi feita em Roma, Sede da Congregação para a Doutrina da Fé, em 8 de Setembro de 2008, Festa da Natividade da Beata Virgem Maria.

Nesse documento, necessária é a transcrição da justificativa apresentada pela Congregação para a Doutrina da Fé, pois vai ao encontro de tudo aquilo que analisamos na presente pesquisa, por esta razão, transcrevemo-la:

¹⁹³ *Evangelium vitae*. Capítulo 1, item 14.

¹⁹⁴ *Evangelium vitae*. Capítulo 1, item 14.

¹⁹⁵ *Evangelium vitae*. Capítulo 1, item 14.

¹⁹⁶ *Evangelium vitae*. Capítulo 1, item 14.

“A rapidez dos progressos feitos no âmbito científico e a sua amplificação através dos meios de comunicação social criam expectativas e perplexidades em setores cada vez mais vastos da opinião pública. A fim de regulamentar juridicamente esses problemas, as Assembléias Legislativas são muitas vezes chamadas a tomar decisões, recorrendo por vezes também à consulta popular.

Estas razões levaram a Congregação para a Doutrina da Fé a elaborar uma nova Instrução de natureza doutrinal, que enfrenta algumas problemáticas recentes à luz dos critérios enunciados na Instrução Donum vitae e reexamina outros temas já tratados, mas que se considera merecerem ulteriores esclarecimentos”¹⁹⁷.

Como podemos evidenciar, em matéria de progresso científico a Igreja Católica não quer deixar de explicitar seu posicionamento, diante disso, no *Dignitas Personae*, questões importantes relacionadas com a procriação foram analisadas e, dessa análise, essas foram as últimas diretrizes católicas:

Quanto às técnicas de ajuda à fertilidade, devem ser respeitados três bens fundamentais:

- a) o direito à vida e à integridade física de cada ser humano, desde a concepção até à morte natural;
- b) a unidade do matrimônio, que comporta o recíproco respeito do direito dos cônjuges a tornarem-se pai e mãe somente um através do outro;
- c) os valores especificamente humanos da sexualidade, em que a procriação de uma pessoa humana deva ser buscada como o fruto do ato conjugal específico do amor entre os cônjuges.¹⁹⁸

Em conformidade com os critérios acima expostos, são excluídas todas as técnicas de fecundação artificial heteróloga e as técnicas de fecundação artificial homóloga que substituem o ato conjugal. Embora sejam admissíveis as técnicas que se configuram como uma ajuda ao ato conjugal e à sua fecundidade,¹⁹⁹ classificando como lícitas as intervenções que visam a remover os obstáculos que se opõem à fertilidade natural, dentre

¹⁹⁷ *Dignitas Personae*. Introdução.

¹⁹⁸ *Dignitas Personae*. Segunda Parte, 12.

¹⁹⁹ *Dignitas Personae*. Segunda Parte, 12.

eles, a cura hormonal da infertilidade, a cura cirúrgica de uma endometriose, a desobstrução tubária ou a restauração microcirúrgica da perviedade tubária. Ressalte-se que nenhuma dessas técnicas substitui o ato conjugal, considerado o único digno de uma procriação verdadeiramente responsável²⁰⁰.

Quanto à fecundação in vitro e a eliminação voluntária de embriões, para a Igreja Católica, é eticamente inaceitável a dissociação da procriação do contexto integralmente pessoal do ato conjugal, pois a procriação humana é um ato pessoal do casal, não admitindo-se nenhuma forma de delegação substitutiva. A aceitação da altíssima taxa abortiva das técnicas de fecundação *in vitro* demonstra que a substituição do ato conjugal por um procedimento técnico – “além de não ser conforme ao respeito devido à procriação” – “contribui para enfraquecer a consciência do respeito devido a cada ser humano”²⁰¹.

Quanto à técnica ICSI – Intra Cytoplasmic Sperm Injection, a posição é de que sua prática traduz um domínio da técnica sobre a origem e destino da pessoa humana, sendo “contrária à dignidade e à igualdade, que devem ser comuns a pais e filhos”²⁰².

Quanto ao congelamento dos embriões, até mesmo considerou-se avançada a proposta de adoção pré-natal, na medida em que se daria “aos seres condenados à destruição a oportunidade de nascer”, mas embora louvável a intenção de respeitar a defesa da vida humana, há os mesmos problemas com dissociação do ato conjugal, manipulação e domínio, anteriormente mencionados.²⁰³ Também considera-se a criopreservação de ovócitos moralmente inaceitável.²⁰⁴

Quanto à redução embrionária, firma-se a posição de que “é um aborto intencional seletivo”, pois é a eliminação deliberada de “um ou mais seres humanos

²⁰⁰ *Dignitas Personae*. Segunda Parte, 13.

²⁰¹ *Dignitas Personae*. Segunda Parte, 15.

²⁰² *Dignitas Personae*. Segunda Parte, 17.

²⁰³ *Dignitas Personae*. Segunda Parte, 19.

²⁰⁴ *Dignitas Personae*. Segunda Parte, 20.

inocentes na fase inicial da sua existência e, como tal, constitui sempre uma desordem moral grave”.²⁰⁵

Quanto ao diagnóstico pré-implantatório, visa a “uma seleção qualitativa com a conseqüente destruição dos embriões, que se configura como uma prática abortiva precoce”.²⁰⁶

Por fim, *quanto à terapia genética*, “as intervenções nas células somáticas com finalidade estritamente terapêutica são, em linha de princípio, moralmente lícitas”²⁰⁷, contudo, em relação às finalidades aplicativas da engenharia genética diferentes da terapêutica tem-se que, além das dificuldades técnicas de realização, com todos os relativos riscos reais e potenciais, estas manipulações favorecem uma mentalidade eugênica. É a “tentativa de criar *um novo tipo de homem*” e, “ao afirmar a negatividade ética deste tipo de intervenções, que implicam um *injusto domínio do homem sobre o homem*, a Igreja apela também para a necessidade de voltar a uma perspectiva de cuidado das pessoas e de educação ao acolhimento da vida humana na sua concreta finitude histórica”²⁰⁸.

Para encerrar a visão da igreja católica sobre a reprodução assistida e a importância dos documentos citados, transcrevemos os comentários de Javier Gafo Fernández, sobre o *Donum vitae* que pode ser estendido para as Instruções aqui citadas:

“Indiscutivelmente, não é um documento do magistério infalível da Igreja e poderá vir a ser modificado no futuro, a exemplo do que a Igreja fez a outros temas. Trata-se, contudo, de um documento magisterial, que exige respeito e acatamento por parte da consciência católica.”²⁰⁹

Portanto ainda que venha a ser modificado, atualmente este é o pensamento da Igreja Católica e, para aqueles que observam seus mandamentos, a razão dessa conduta é

²⁰⁵ *Dignitas Personae*. Segunda Parte, 21.

²⁰⁶ *Dignitas Personae*. Segunda Parte, 22.

²⁰⁷ *Dignitas Personae*. Segunda Parte, 26.

²⁰⁸ *Dignitas Personae*. Segunda Parte, 27.

²⁰⁹ FERNÁNDEZ, Javier Gafo. *Op. cit.*, p. 167.

exaltada por Eduardo López Azpitarte, professor de Moral na Faculdade de Teologia de Granada, vejamos:

“A Igreja, como sacramento de salvação, está capacitada para orientar sobre aquelas condutas que favorecem ou impedem o encontro com Deus. Declarar, portanto, quando um comportamento é lícito ou condenável, entra dentro de sua competência. Mais que as razões apontadas, são motivos teológicos os que inclinam a sua aceitação.”²¹⁰

2.3.1.2 – Protestantes

A busca pelas origens intelectuais da Reforma, nas palavras do Professor da Universidade de Oxford, Alister McGrath, “tem sido tradicionalmente realizada dentro da estrutura dos “Precusores da Reforma””²¹¹, e segundo o autor, “não pode ser limitada a Lutero, uma vez que existe tamanha abundância de indicações de que a reforma de Zwinglio em Zurique deveu suas origens históricas e teológicas a correntes bastante diversas de pensamento”²¹².

Em que pesem as considerações do autor quanto às origens da reforma - conhecida por movimento protestante -, e a polêmica que se encerra em torno do crédito absoluto ou relativo do movimento à contribuição do monge agostiniano Martinho Lutero, o fato é que, dentro da própria igreja reformada, surgiram outros movimentos que acabaram por dar origem a outras linhas de pensamentos, sem se perder de vista, obviamente, os pilares do Cristianismo, como a devoção às Sagradas Escrituras.

Dentre as Igrejas reformadas temos a Luterana, a Anglicana, a Presbiteriana, a Batista, a Metodista e as Congregacionais. E, até mesmo dentro das próprias Igrejas

²¹⁰ AZPITARTE, Eduardo López. *Ética y Vida: Desafios actuales*. 4.ª edición. Madrid: San Pablo, 1990, p. 42. “La Iglesia, como sacramento de salvación, está capacitada para orientar sobre aquellas conductas que favorecen o impiden el encuentro con Dios. Declarar, por tanto, cuándo un comportamiento es lícito o condenable entra dentro de su competencia. Más que las razones aportadas, son motivos teológicos los que inclinan a su aceptación.”

²¹¹ McGRATH, Alister. *Origens Intelectuais da Reforma*. Tradução Susana Klanssen. São Paulo: Cultura Cristã, 2007, p. 38.

²¹² *Idem, ibidem*.

citadas, há inúmeras denominações que podem representar alguns traços diferenciadores de pensamento.

Como já dissemos no início da apresentação das posições religiosas sobre o tema da reprodução assistida, não há a uniformidade quando pensamos nas Igrejas cristãs reformadas ou protestantes.

Nos ensinamentos de Abraham Kuiper, teólogo e filósofo calvinista holandês que foi Primeiro Ministro da Holanda,

“o romanismo é e permanece uniforme. O luteranismo deve sua semelhante unidade e uniformidade à ascendência do príncipe (...), já o Calvinismo, por outro lado, que não sanciona nenhuma hierarquia eclesiástica nem interferência magistral, não poderia desenvolver-se exceto em muitas e variadas formas e derivações, certamente incorrendo assim no perigo de degeneração, provando a sua volta todo tipo de reações unilaterais”²¹³.

Em razão das inúmeras Igrejas que derivaram da Reforma Protestante e da falta de padronização de pensamentos desta ou daquela Igreja reformada, nos ateremos à análise das que se pronunciaram acerca da reprodução assistida ou, ao menos, sobre questões a ela relacionadas.

2.3.1.2.1 – Presbiterianos

Começamos pela Igreja Presbiteriana que, em 15 de janeiro de 2001, em razão da proposta da mesa da Comissão Executiva do Supremo Concílio da Igreja Presbiteriana do Brasil, marcou sua posição com a edição do documento intitulado “*Posicionamento da Igreja Presbiteriana do Brasil face ao progresso da ciência e do projeto genoma humano (PGH)*”.

Nesse documento, após uma breve introdução onde foram reafirmados os princípios e a origem histórica do calvinismo, a Igreja Presbiteriana do Brasil firmou seu posicionamento científico em relação ao progresso da pesquisa:

²¹³ KUYPER, Abraham. *Calvinismo*. Tradução Ricardo Gouvêa e Paulo Arantes. São Paulo: Editora Cultura Cristã, 2002, p. 25.

“I – Posicionamento Científico: A evolução inexorável dos processos científicos e da descoberta de novas metodologias para o estudo nos levam à fronteira do conhecimento humano, principalmente nas biociências e na cosmologia. (...) Após o completo seqüenciamento do genoma humano o próximo passo será a leitura e a identificação do alfabeto e do idioma genético. (...) Uma segunda vertente do estudo e aperfeiçoamento da genética humana e da embriologia nos leva à clonagem ou reprodução assexuada de um ser vivo.(...) Estamos vivendo um grande amanhecer científico e todas as questões ligadas ao conhecimento do homem e do planeta devem ser democratizadas, divididas e compartilhadas. A ciência e o conhecimento não podem ser exclusivistas ou limitantes. (...).”²¹⁴

Com relação ao aspecto ético que envolve o tema, seguem as principais reflexões do presbiterianismo:

“II – Posicionamento Ético: A Igreja Presbiteriana do Brasil, fiel à sua herança de fé bíblica e à boa tradição reformada não se opõe à pesquisa científica, antes a estimula decididamente.”²¹⁵

Nesse diapasão, afirma-se: “A nossa postura ética preconiza a maximização das pesquisas genéticas para benefício de toda a humanidade e os cuidados legais preventivos contra a ameaças da “genetização”²¹⁶.

Dentre as ameaças a serem evitadas, está a eugenia, como segue: “A seleção de tipos a serem gerados e/ou o aprimoramento da espécie humana, a eugenia que pode agredir a soberania de Deus e o direito à vida para os mais fracos, pondo em risco a diversidade da família humana, além de poder servir a interesses escusos”²¹⁷.

Ressalta-se, ainda, que “um sinal de alerta que ainda está vivo num passado recente foi o uso e o abuso da pseudogenética por nazistas e estalinistas, como justificativa para incontáveis horrores, inclusive a busca do mito da “raça pura”²¹⁸, como também já alertamos na justificativa da presente pesquisa, lembrando os atos praticados em Auschwitz.

²¹⁴ CE-SCI/IPB, de 15 de março de 2001, Parte I.

²¹⁵ CE-SCI/IPB, de 15 de março de 2001, Parte II.

²¹⁶ CE-SCI/IPB, de 15 de março de 2001, Parte II, Item 2.

²¹⁷ CE-SCI/IPB, de 15 de março de 2001, Parte II, Item 2, “c”.

²¹⁸ CE-SCI/IPB, de 15 de março de 2001, Parte II, Item 3.

Como podemos evidenciar, embora referido documento não trate especificamente do tema da reprodução assistida, deixa clara a posição presbiteriana favorável ao avanço científico, à descoberta de novas terapias que possam melhorar a vida de todos os seres humanos, mas, sobretudo, reforça o pensamento cristão, preconizando cuidados legais preventivos contra a eugenia, tema estreitamente relacionado com a assistência procracional, em virtude de um possível desvio na utilização das novas técnicas médico-reprodutivas.

Em matéria cristã, interessante ressaltar que os cientistas cristãos, por vezes, demonstram suas opiniões tentando coadunar o desejo de ter filhos – impedido por casos de esterilidade do casal – com a posição da procriação artificial, como segue:

“Pode ser que alguns cristãos questionem se qualquer tecnologia que altere o modo de fertilização natural é apropriada – como, por exemplo, permitir que a fertilização aconteça numa proveta em um laboratório. Essa preocupação com a vida humana e o plano de Deus é louvável; porém, uma intervenção tecnológica desse tipo não precisa ser um problema para os cristãos, desde que a tecnologia torne possível algo que está em harmonia com a vontade de Deus (que um homem e uma mulher casados tenham filhos) no caso de o corpo não estar funcionando da maneira como Deus planejou.”²¹⁹

Como vimos, se se levar em conta que a esterilidade é uma enfermidade e que o método para remediá-la é o socorro às técnicas de reprodução assistida, o conflito da ciência com os posicionamentos religiosos tende a desaparecer, contudo, sabemos que os fatos não se mostram tão simples assim, pois alguns dos procedimentos disponibilizados pela ciência implicam o uso de material doado, útero de substituição, o que, indubitavelmente, acaba por dificultar a aceitação dos métodos reprodutivos chamados artificiais à luz dos preceitos anteriormente expostos.

²¹⁹ STUART, Gary *et al.* *Perguntas básicas sobre Tecnologia de Reprodução: quando é certo interferir?* Tradução de Suzana Klassen. São Paulo: Editora Cultura Cristã, 2004, p. 28.

2.3.1.2.2 – Luteranos

A Igreja Evangélica de Confissão Luterana no Brasil, por meio de documento publicado em 30 de abril de 2008, assinado por Walter Altmann, seu Pastor Presidente, com o título de “Posicionamento da IECLB sobre bioética”, vem se manifestar sobre diversos temas, dentre eles, a questão da reprodução assistida.

Muito mais do que um documento formal em que posições são firmadas e afirmadas, encontramos, nesse ato, uma reflexão sobre o papel da Igreja e suas possíveis ações em busca da preservação do que se considera essencial em termos de convicções éticas e religiosas.

Logo no início, os luteranos afirmam suas crenças, como passamos a transcrever:

“A fé cristã entende a vida a partir da ação criadora de Deus. Sendo ele criador da vida, não é possível reduzi-la a uma propriedade privada. (...) Porque criada e nutrida por Deus, a vida tem uma profundidade insondável. Esta profundidade misteriosa da vida não permite que ela seja transformada em coisa ou objeto que se possa manipular, vender ou comprar.”²²⁰

Numa segunda parte do posicionamento, o papel da ciência é analisado da seguinte forma: “Não podemos deixar de reconhecer que os avanços científicos nos trouxeram benefícios maravilhosos. Hoje dificilmente alguém precisa morrer de tuberculose ou de lepra ou outra doença infecto-contagiosa, se descoberta nos seus inícios”²²¹.

Em outra passagem, um alerta é feito: “No entanto, entendemos que a ciência e seus avanços, como tudo o mais em nossa realidade, também vêm acompanhada de riscos e ameaças à própria vida e sua dignidade”²²².

Começando a análise sobre manipulação genética, os luteranos afirmam que “a possibilidade de manipulação genética vinculada à exploração comercial de seres vivos,

²²⁰ *Posicionamento da IECLB sobre bioética*, parte I, disponível no site www.luteranos.com.br.

²²¹ *Posicionamento da IECLB sobre bioética*, parte II, item 4.

²²² *Posicionamento da IECLB sobre bioética*, parte II, item 5.

por exemplo, sinaliza para uma relação perversa entre ciência, comércio e criação”²²³, concluindo que “sem o conhecimento respeitoso da vida, os avanços científicos podem esconder um potencial maléfico muito grande”²²⁴. Os avanços científicos, nesse caso, não se “constituem em um problema meramente técnico, mas sim, antes de tudo, ético”²²⁵.

Mais especificamente sobre a reprodução assistida, as considerações luteranas constataam que “a possibilidade de reprodução da vida em laboratório rompeu com a história da humanidade de que a procriação somente acontecia na união dos gametas masculino e feminino, por meio da união sexual entre um homem e uma mulher”²²⁶.

A lamentação vem com o fato de que

“Não é raro ouvir depoimentos de pais que lançaram mão da reprodução medicamente assistida, dizendo que o objetivo seria a busca de uma certa perfeição física do filho ou a escolha do sexo da criança. Também houve o estranho episódio de um casal de surdos que, por encomenda, tiveram um filho surdo. A escolha desses pais pode ser idificada como busca por satisfazer os seus próprios caprichos. Rompe-se com a prerrogativa do casal de procriar, abrigando a criança na família como uma dádiva confiada ao seu cuidado, mas com dignidade própria. A noção de procriação é substituída pela prática da reprodução, como sendo um processo industrial.”²²⁷

Percebe-se que ao comentar a prática da reprodução assistida, os luteranos não firmaram sua posição quanto à manipulação de material genético ou dissociação do ato reprodutivo do ato sexual, tampouco, condenaram as concepções com material doado. Somente ressaltaram o aspecto eugênico, até mesmo na contramão do que normalmente se ouve dessas escolhas feitas pelos pais.

Após estas análises, a Igreja Luterana avalia seu próprio papel diante dos desafios bioéticos que atualmente lhes são apresentados, concluindo que, dentre as ações recomendáveis deve a Igreja “informar-se constantemente acerca dos avanços científicos, suas possibilidade e implicações, seus benefícios, mas também seus riscos e, mesmo suas

²²³ *Posicionamento da IECLB sobre bioética*, parte III, item 9.

²²⁴ *Posicionamento da IECLB sobre bioética*, parte III, item 10.

²²⁵ *Posicionamento da IECLB sobre bioética*, parte III, item 10.

²²⁶ *Posicionamento da IECLB sobre bioética*, parte V, A.

²²⁷ *Posicionamento da IECLB sobre bioética*, parte V, A.

perversões. O bom conhecimento do assunto é pré-requisito para a formação de juízos e para a proposta de alternativas práticas”²²⁸.

Importante evidenciarmos a abertura ao conhecimento, pois, a nosso ver, somente conseguiremos avançar se não nos refutarmos ao aprendizado seja para aproveitá-lo, seja para contestá-lo, desde que, antes, tenhamos nos disponibilizado a obtê-lo. Assim parece ser a disposição da Igreja Luterana.

2.3.1.2.3 – Metodistas

A Igreja Metodista, justificando seu acompanhamento atento das discussões éticas que envolvem as pesquisas científicas na área de genética e reprodução humana, assim se pronuncia: “como Igreja, discípulos e discípulas do Cristo Vivo, é nossa responsabilidade refletir sobre questões que tocam diretamente em aspectos profundos da vida e dignidade humanas”²²⁹.

Por esta razão, a Igreja Metodista torna pública a “Carta Pastoral do Colégio Episcopal intitulada *Bioética: Reflexões sobre o Dom da Vida*”, assinada pelo Bispo João Carlos Lopes, Presidente do Colégio Episcopal da Igreja Metodista.

Nessa Carta, logo de início, reconhece-se que “as mudanças e avanços tecnológicos do século passado foram (e ainda são) marcos da história da humanidade. (...) Postulados, desde os exatos até os subjetivos, foram confrontados a partir de novos saberes. A capacidade humana expõe-se francamente, valoriza-se e mostra sua força, com conseqüentes mudanças sócio-políticas e econômicas”²³⁰.

Apenas como exemplos dos avanços, são citados “Antibióticos, genética, reprodução humana, aviões e automóveis modernos e rápidos, comunicação fácil e momentânea, novas drogas (...)”²³¹ que, segundo expressão literal da Carta traduzem as “mudanças significativas e bruscas de meados do século XX para o início do século XXI.

²²⁸ Posicionamento da IECLB sobre bioética, parte V, B.

²²⁹ Carta Pastoral do Colégio Episcopal. *Bioética: Reflexões sobre o Dom da Vida*, disponível no site www.metodista.org.br.

²³⁰ Carta Pastoral do Colégio Episcopal. *Bioética: Reflexões sobre o Dom da Vida*.

²³¹ Carta Pastoral do Colégio Episcopal. *Bioética: Reflexões sobre o Dom da Vida*.

E, naturalmente, ética e valores foram também revistos, com surgimento de diferentes posicionamentos”²³².

Em seguida, diante da necessidade de asseverar suas posições, alguns de seus valores são reafirmados, dentre eles: “A vida é dom de Deus (Gn 1 e 2; Sl.8); cremos no Deus Criador”; “O propósito de Deus inclui indivíduos, mas não interesses individualistas que comprometam a Sua criação”; “Ciência e fé não são antagônicas – o que pode ser dialético, entre ambas, são os fins, valores e ética que as balizem” e “Ciência e fé tem responsabilidade com a razão maior de suas ações: o benefício à humanidade e não a fins particulares e duvidosos (financeiros, de domínio, de autopromoção etc)”²³³.

Após serem feitos esses esclarecimentos, passa-se a analisar cada um dos temas considerados polêmicos pela Igreja Metodista e, em que pese a reprodução assistida ter sido mencionada como um dos avanços merecedores de atenção, não foi eleita um dos temas a serem discutidos, porém reflexamente foram deixadas algumas posições que podem nos ser elucidativas.

Ao se pronunciar sobre o aborto, os metodistas se declararam que o aborto é “considerado uma prática contrária à consciência cristã, pois é uma espécie de infanticídio”, a razão para tal afirmação é a de que “uma nova vida inicia o curso de sua existência a partir da concepção. Isso significa que um óvulo fecundado já consiste em um ser humano que deseja viver e tem direito à vida”, embora admita a prática abortiva em caso de perigo para a vida da mãe e em decorrência de estupro, a exemplo dos fatos que a legislação brasileira considera para não apenar os abortos²³⁴.

Em relação ao aborto do feto anencéfalo, consideram-no um caso de antecipação terapêutica de parto, pois não havendo cérebro, o corpo fatalmente morrerá após o nascimento²³⁵.

Relacionando a previsão clara de que a vida tem início com a concepção, com o óvulo fecundado, fatalmente a questão dos embriões excedentários seria uma das mais complicadas aos olhos dos ensinamentos metodistas, pois, segundo expressão da própria carta, são seres humanos que desejam viver e têm direito à vida.

²³² Carta Pastoral do Colégio Episcopal. Bioética: Reflexões sobre o Dom da Vida.

²³³ Carta Pastoral do Colégio Episcopal. Bioética: Reflexões sobre o Dom da Vida

²³⁴ Carta Pastoral do Colégio Episcopal. Bioética: Reflexões sobre o Dom da Vida, número 1.

²³⁵ Carta Pastoral do Colégio Episcopal. Bioética: Reflexões sobre o Dom da Vida, número 1.

Interessante é o fato de que embora considerem o óvulo fecundado como ser humano que deseja viver e se manifestem contrários à pesquisa com células tronco por desconfiar da ambição humana que pode usá-la para “fins escusos”, constata-se que é uma realidade e que “trouxe alegria aos portadores de males que podem ser modificados”²³⁶, chamando à responsabilidade aqueles que a aprovaram, nos seguintes termos:

“A Igreja Metodista declara que o governo que aprovou tal lei seja também o maior responsável por fazer valer a bioética e seus princípios da autonomia, beneficência e justiça.”²³⁷ Lembrando, ao final que a bioética tem “o sério propósito de evitar “crimes contra a humanidade” (tais como aqueles experimentos científicos com vida humana, realizados nos campos da concentração nazista) (...)”²³⁸.

Por fim, o documento é concluído com uma mensagem sobre a reprodução assexuada - tida como clonagem: “Cremos que Deus é o Senhor da Vida. Usar células para reproduzir vida ou para retirar parte de uma vida para salvar outra é algo que se assemelha a brincar de ser Deus.”²³⁹

Como vimos, embora os metodistas não tenham se pronunciado diretamente sobre a reprodução assistida, não se furtaram de outros temas considerados por muitos como espinhosos e deixaram claras, reafirmando seus princípios e apresentando seus fundamentos, as posições que deverão nortear qualquer outro tema relacionado à bioética.

2.3.2 – Judeus

Começamos com algumas considerações sobre o judaísmo.

As palavras de Jacob Neusner, instrutor em Religião na Universidade de Columbia, sobre as histórias de Israel demonstram que “a humanidade divide-se em dois grupos distintos, os que conhecem Deus pela Torá e os que não conhecem Deus de jeito

²³⁶ *Carta Pastoral do Colégio Episcopal. Bioética: Reflexões sobre o Dom da Vida*, número 2.

²³⁷ *Carta Pastoral do Colégio Episcopal. Bioética: Reflexões sobre o Dom da Vida*, número 2.

²³⁸ *Carta Pastoral do Colégio Episcopal. Bioética: Reflexões sobre o Dom da Vida*, número 2.

²³⁹ *Carta Pastoral do Colégio Episcopal. Bioética: Reflexões sobre o Dom da Vida*, número 4.

nenhum e preferem adorar ídolos. Os primeiros são chamados de Israel, os outros de gentios”²⁴⁰.

Segundo o Rabino Jonathan Sacks, Rabino-Chefe das Congregações Hebraicas Unidas da *Commonwealth*:

“A palavra Torá significa “ensinamento”, Deus não Se revela ao homem na tempestade, no vento, no sol ou na chuva, mas sim na voz que ensina, nas palavras que instruem. O pacto está contido num texto compreensível não somente aos reis e seus sacerdotes, mas a todos os integrantes da nação, de modo que cada um possa aderir aos termos e dar seu consentimento antes que ele seja selado. Os heróis de Israel – Abrahão, Moisés, os profetas, os sábios e os escribas - não são reis, imperadores ou guerreiros, mas educadores; não são os guardiões de uma sabedoria esotérica, mas sim professores do povo, de todo o povo.”²⁴¹

Em relação à família, a “Bíblia e o Talmud”²⁴² aconselham o casamento por considerarem que as crianças são uma grande benção. Criar filhos e ensinar-lhes a *Torá* parecia ser um dos grandes privilégios do ser humano. Também era uma maneira de manter vivo o povo judeu até a vinda do Messias”²⁴³.

A importância da existência dos filhos pode ser constatada nos comentários do filósofo americano Eugene B. Borowitz que relatam que “os rabinos consideravam os filhos tão importantes que tinham para isso uma lei: se um casal não tivesse filhos até completar dez anos de casados, poderia divorciar-se”,²⁴⁴ mas ressalta o autor que “eles davam tanta importância ao amor que dificilmente aplicavam a lei”.²⁴⁵

²⁴⁰ NEUSNER, Jacob. *Introdução ao Judaísmo*. Tradução de Heliete Vaitsman. Rio de Janeiro: Imago, 2004, p. 164.

²⁴¹ SACKS, Rabino Jonathan. *Uma letra da Tora: uma jornada ao âmago do legado espiritual da religião mais antiga do mundo*. Tradução Betty Rojter e Paulo Rogério Rosenbaum. São Paulo: Editora e Livraria Sêfer, 2000, p. 162.

²⁴² Esclarecemos o que é Talmud: “O *Talmud* define e dá forma ao judaísmo, alicerçando todas as leis e rituais judaicos. Enquanto o *Chumash* (o Pentateuco, ou os cinco livros de Moisés) apenas alude aos Mandamentos, o *Talmud* os explica, discute e esclarece.(...) Sua definição formal é a de ser a compilação da Lei Oral, que foi transmitida por D’us a Moisés, no Monte Sinai, tendo sido estudada e dissecada, através dos séculos, pelos sábios que viviam em Israel e na Babilônia, até o início da Idade Média. O *Talmud* tem dois componentes principais: a *Mishná*, um livro sobre a lei judaica, escrito em hebraico, e a *Guemará*, comentário e elucidação do primeiro, escrita no jargão hebraico-aramaico”. DJMAL, Tev. *O que é o Talmud?* Tradução de Lilia Wachsmann. In Revista Morashá n. 43. Ano XI. Dezembro de 2003, p. 19.

²⁴³ BOROWITZ, Eugene B. *Compreendendo o Judaísmo*. Traduzido por Mirian Marx. São Paulo: Departamento de Ensino Religioso da Congregação Israelita Paulista, 1986, pp. 64-65.

²⁴⁴ *Idem*, p. 65.

²⁴⁵ *Idem, ibidem*.

Herman Wouk, escritor americano que é conhecido por trazer em seus trabalhos os dilemas morais e da experiência judaica, também ressalta o valor da família, como se pode constatar: “Pelo nosso credo, a vida solitária é uma infelicidade; o casamento sem filhos um desastre, e uma boa esposa a maior alegria que um homem pode esperar”²⁴⁶.

Em virtude do valor atribuído à família e, especialmente, à procriação, devemos analisar a posição do judaísmo quanto às técnicas que facilitam a reprodução.

Ressalte-se que, como os textos que orientam as crenças e comportamentos judaicos datam de muito antes das descobertas científicas com as quais agora nos deparamos, é evidente que dependeremos de interpretações feitas pelos estudiosos do judaísmo e rabinos, que tentam aplicar os preceitos da Torá, baseada nos dez mandamentos, para apresentar posições e interpretações diante de novos fatos.

Quanto ao judaísmo, não haverá uma posição oficial, apenas reflexões que, uma vez explanadas, podem servir de amparo a decisões de toda a comunidade judaica.

Em busca dessas reflexões, nos socorremos das lições da Professora de Judaísmo na Congregação Israelita Paulista, Nelly de Souza Lopes que assim disserta:

“Por incrível que pareça, quando lemos no livro de Eclesiastes “não há nada de novo sob o sol” (1:9), podemos pensar na inseminação artificial dentro do judaísmo. Os sábios do Talmud, há 1500 anos (*sic.*), levantaram as questões éticas de algo como a inseminação artificial, ainda que o termo não tivesse sido cunhado”.²⁴⁷ Relata a autora que “dado que um sumo-sacerdote deve casar-se com uma virgem (Levítico 21:13), um rabino pergunta: poderia ele casar com uma virgem grávida? É claro que os outros perguntam a ele – como isso seria possível? A resposta do rabino é que sim, seria possível se a mulher tomasse banho nas mesmas águas nas quais um homem teria emitido esperma.”²⁴⁸

Nelly Lopes continua asseverando que há dois tipos de inseminação artificial e, nos dois casos, posicionamentos diversos, a saber:

²⁴⁶ WOUK, Herman. *Este é o meu Deus: A maneira judaica de viver*. Tradução de Lana Harari e Betty Rojter. São Paulo: Editora e Livraria Sêfer, 2002, p. 138.

²⁴⁷ LOPES, Nelly de Souza. *Bioética, Medicina e o Judaísmo*. Disponível no site www.abiblia.org/artigos, acessado em 01/07/09, p. 6.

²⁴⁸ *Idem, ibidem*.

“O sêmen pode vir do cônjuge ou de um homem desconhecido. No primeiro caso, a maioria dos rabinos encara a criança como descendente legítima do pai, ainda que alguns rabinos afirmem que o pai não cumpriu com suas obrigações de procriar. Ao problema do doador ser desconhecido a maioria dos rabinos se opõe muito abertamente pois, apesar de não haver a transgressão da proibição do adultério, isso nos leva a problemas acerca da herança – pois tecnicamente a criança não é considerada descendente do marido da mãe e portanto, sem direitos – e da possibilidade de incesto – ao não saber da identidade do pai, a criança poderia casar-se com um(a) meio(a) irmão(ã). Ainda, há a preocupação com a manutenção da unidade familiar e questões são levantadas acerca da posição emocional de uma criança feita por “produção independente” da mãe.”²⁴⁹

É interessante como encontramos no judaísmo, além das preocupações morais e éticas, preocupações de ordem legal, como a que se comenta acerca da herança, problemática esta, aliás, levantada por nós como uma das que precisam ser solucionadas pelo ordenamento jurídico e, sobre a qual nos debruçaremos em item próprio. Contudo desde já aclaramos que nossa preocupação não ocorre em relação a ser ou não aquele que é concebido com material de doador descendente do casal, tendo em vista a presunção estabelecida em nosso diploma civil que deve ser cercada de cuidados para que o procedimento seja de fato consentido por ambos os envolvidos. Nossa preocupação, frise-se, é com a abertura que se deu quanto à presunção do filho nascido após a morte de seu genitor, o que trará inúmeros problemas sucessórios.

Voltando ao pensamento judaico, a procriação artificial traz à baila também uma discussão sobre a redução embrionária e a preservação da vida, por esta razão transcrevemos as lições judaicas quanto à sua santificação. Vejamos:

“No judaísmo, a Torá foi concebida, desde o início, como doutrina de vida, e os 613 preceitos nela contidos, como um sistema educacional para o exercício da prática moral, mas sempre como instrumento de vida. Quando uma vida humana está em perigo, todos os mandamentos desmoronam. *Picuá-nefesch* – o salvamento de uma vida – permite transgressão de qualquer um dos *Tariag* (=613) preceitos, menos três: “Não matarás”, “Não cometerás adultério” e “Não adorarás

²⁴⁹ LOPES, Nelly de Souza. *Op. cit.*, p. 6.

ídolos”. Eis o que diz, a respeito o Talmud: “Foi resolvido... por maioria de votos que, se um homem tivesse que escolher entre transgredir um dos mandamentos da Torá e ser assassinado, poderia transgredir, exceto quanto aos mandamentos contra a idolatria, o incesto e o assassinio.”²⁵⁰

No que tange ao respeito à vida e tratamentos contra a infertilidade, Nelly Lopes ensina que “em tratamentos contra a infertilidade, uma das complicações é a concepção múltipla de fetos”²⁵¹. Uma das primeiras questões é se esse tipo de tratamento ou qualquer outro que envolve o implante de vários fetos no útero seria permitido. Segundo a autora, é uma questão ainda não resolvida²⁵², mas “inicialmente, não é possível assumir que os fetos são perseguidores uns dos outros uma vez que ainda não são considerados vida – uma passagem do Talmud chega mesmo a afirmar que um feto com menos de 40 dias é *maim bealma*, apenas água”.²⁵³

A questão acima levantada é bastante complexa e, à luz dos princípios judaicos, mereceria um estudo mais aprofundado por parte de seus líderes espirituais, tendo em vista, até mesmo, a idéia do momento em que a vida se inicia, tema tão polêmico, a exemplo daquele ora em comento, mormente por irradiar efeitos em diversas áreas do saber, inclusive, na ciência jurídica.

Como vimos, para o judaísmo a vida é sagrada e os filhos um privilégio, admitindo-se a inseminação homóloga e, por ora, refutando-se a heteróloga, pelas razões anteriormente expostas.

2.3.3 – Muçulmanos

Algumas palavras são necessárias sobre o Islamismo para que se possa compreender melhor a religião muçulmana.

A religião muçulmana está calcada no Corão ou Alcorão, Livro Sagrado do Islamismo que significa “Recitação”. Esse livro sagrado foi ditado pelo Profeta Maomé e

²⁵⁰ SCHLESINGER, Hugo. Pequeno vocabulário do judaísmo. São Paulo: Paulinas, 1987, p. 222.

²⁵¹ LOPES, Nelly de Souza. *Bioética, Medicina e o Judaísmo...*, p. 5.

²⁵² *Idem, ibidem.*

²⁵³ *Idem, ibidem.*

redigido na língua árabe por seus seguidores no século VII d.C, em várias cidades da península Árábica²⁵⁴.

Os muçulmanos consideram que as mensagens ditadas por Maomé, foram ordenadas pelo Anjo Gabriel e reunidas, alguns anos depois da morte de Maomé (Mohamad) em um livro, o Alcorão.²⁵⁵

Importante salientar que o Islamismo tem como fontes não só o Alcorão, mas também a Sunna (coletânea de atos, palavras ou, até mesmo, de silêncio do Profeta em relação a pontos de interpretação do Alcorão), pela Ídjmâ (acordo entre os teólogos islâmicos sobre os dogmas do Alcorão e da Sunna), além do Figh (conjunto de soluções para a obediência das leis de cada Estado Islâmico), Amal (precedentes judiciais calcados nos costumes de cada povo islâmico) e Fuqaha (jurisprudência dos doutores da Lei Islâmica)²⁵⁶.

Basicamente, podemos afirmar que o Islamismo está dividido em duas seitas: *sunitas*, que “professam que o chefe muçulmano deve estar sempre revelando as virtudes inseparáveis do homem”²⁵⁷ e os *xiitas*, que “utilizam apenas o Alcorão, e pregam que o chefe, ao mesmo tempo religioso e administrador-político, deve ser perfeito como MAOMÉ, descendente de ALÁ”²⁵⁸.

Ressalte-se que o Islamismo “é uma das últimas religiões monoteístas e, juntamente com o Cristianismo e o Judaísmo, formam essa tríade de culto a um só Deus”²⁵⁹.

Feitas estas breves considerações e ressaltado o embasamento doutrinal do Islamismo, partimos para a posição da religião muçulmana em relação à reprodução Assistida.

Na declaração Islâmica Universal dos Direitos Humanos, baseada no Alcorão e na Sunnah, compilada por eminentes estudiosos, juristas e representantes muçulmanos dos movimentos e pensamentos islâmicos, foi consagrado que “a maternidade

²⁵⁴ LIMA, Jayme Luiz de Jesus. *O direito islâmico: fontes e seus critérios de justiça*. In *Justiça Plural*. Barueri/SP: Minha Editora, 2006, pp. 37-38.

²⁵⁵ CASTRO, Flávia Lages de. *Op. cit.*, p. 149

²⁵⁶ PEDROSA, Ronaldo Leite. *Direito em História*. 5.^a ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006, p. 169.

²⁵⁷ *Idem, ibidem*.

²⁵⁸ *Idem, ibidem*.

²⁵⁹ PEDROSA, Ronaldo Leite. *Op. cit.*, p. 169.

tem direito a respeito especial, cuidado e assistência por parte da família e dos órgãos públicos da comunidade”²⁶⁰.

Cumpra esclarecer que, para o Islamismo, o casamento é considerado um contrato ente marido e mulher e entre eles e Allah, dessa forma, qualquer forma de reprodução deve envolver somente os dois cônjuges e traduzir respeito absoluto à *Shariat* (Lei Divina), que estabelece a importância da linhagem, a saber: “Ninguém pode ser suas mães exceto aquelas que os geraram” (*Surata 58:2*).²⁶¹

Dessa forma, revela Haji Sheikh Muhammad Ragip:

“as técnicas de reprodução artificial são permitidas se forem aplicadas em um casamento válido. Por exemplo, é lícita a inseminação artificial utilizando o esperma do marido que após fertilizar o óvulo da esposa (no útero ou em tubo de ensaio) é implantado no útero da esposa. A utilização de mãe substituta não é permitida por não ser possível definir quem será a mãe (*Surata 58:2*) e também pela questão da linhagem.”²⁶²

O xeique prossegue asseverando que a engenharia genética é “permitida para curar uma doença, por exemplo, através da eliminação de um gene.”²⁶³ A clonagem, por sua vez, “não é aceita, principalmente em função da questão da linhagem”.²⁶⁴

Por fim, o xeique Haji Muhammad Ragip conclui:

“Os contínuos avanços do conhecimento humano, das ciências e, mais especificamente, da medicina têm trazido novas técnicas com implicações éticas que devem ser avaliadas sob o mesmo prisma, na verificação de sua aplicabilidade aos valores e modo de vida islâmico. Por exemplo, temas como: os novos métodos de reprodução, transplante, engenharia genética e outros”²⁶⁵.

²⁶⁰ Item XIX, “g”, da *Declaração Islâmica Universal dos Direitos Humanos* proclamada em Paris, em 19 de setembro de 1981, disponível em www.dhnet.org.br. “Esta declaração dos Direitos Humanos é o segundo documento fundamental proclamado pelo Conselho Islâmico para marcar o início do 15.º século da Era Islâmica, sendo o primeiro a Declaração Islâmica Universal, proclamada na Conferência Internacional sobre o Profeta Muhammad (que a Paz e a Bênção de Deus estejam sobre ele), e sua Mensagem, ocorrida em Londres, no período de 12 a 15 de abril de 1980.” (Prefácio da Declaração Islâmica Universal dos Direitos Humanos).

²⁶¹ RAGIP, Haji Sheikh Muhammad. *O Islam e as Ciências Médicas*. In *Revista o Mundo da Saúde*. São Paulo: Faculdades Integradas São Camilo. Nov-Dez, 2000, p. 18.

²⁶² *Idem, ibidem*.

²⁶³ *Idem*, p. 20.

²⁶⁴ *Idem, ibidem*.

²⁶⁵ *Idem*, p. 27.

Como vemos, os muçulmanos têm a mesma idéia de valorização do casamento que apresentam as religiões cristãs, contudo, se mostram mais receptivos às técnicas reprodutivas, ao admitir a fecundação feita *in vitro*, ou seja, fora do corpo materno e, portanto, dissociada do ato conjugal.

2.4 - Impacto Social, Econômico e Jurídico da Reprodução Assistida

2.4.1 - Efeitos Sociais e Econômicos

Os efeitos sociais que envolvem a questão reprodutiva podem ser analisados sob duas vertentes que estão intimamente relacionadas: o controle de natalidade e a facilitação da procriação pelo uso dos procedimentos de reprodução assistida.

Sem nenhuma intenção de fomentar uma discussão de sociologia política, mas com o intuito especial de aclarar as contradições que envolvem o tema, teceremos algumas considerações.

Sabemos que são muitas as defesas feitas quanto à pertinência ou não de métodos de controle de natalidade cujos efeitos, caso se estimule ou institucionalize o controle, para muitos, poderiam ser sentidos em áreas como a da segurança pública e criminalidade, ou seja, tornando mais claros os dizeres: se se controlar o nascimento de filhos de pessoas que não tem condições econômicas de sustentá-los poder-se-ia ter uma sociedade menos violenta e com mais justiça social. Visão, talvez, simplista de um problema tão complexo.

Por outro lado, cada vez mais, buscamos avanços na ciência médica a fim de se permitir a concretização da procriação humana.

Seriam movimentos antagônicos, mas, de alguma forma, relacionados?

A teóloga americana, Lisa Sowle Cahill, ao analisar a questão da paternidade e maternidade em perspectiva, assim disserta sobre a justiça social em termos de reprodução assistida:

“Trata-se de um padrão que não é da responsabilidade primária de pessoas que buscam tratamento nem daqueles profissionais individuais que lhes dão assistência. Mas a justiça social é um critério a ser sempre aplicado na formulação de políticas sociais relativas à disponibilidade e ao patrocínio de tecnologias reprodutivas. Esse critério tem a ver tanto com a distribuição de recursos para cuidados médicos como com a realidade das crianças que precisam de família.”²⁶⁶

Prossegue a autora: “Quando a sociedade e a medicina abordam a situação de mulheres pobres, o conhecimento tecnológico relativo à gravidez se volta mais para evitar nascimentos. Decisões de alocação refletem decisões sobre quem é “apto a reproduzir” e cujos filhos são socialmente valorizados e julgados merecedores de investimento social”²⁶⁷.

Observe-se que a distinção do critério adotado para as políticas públicas destinadas às pessoas de diferentes classes sociais, em matéria planejamento familiar, pode ser sentido até mesmo em países chamados de primeiro mundo.

Sobre as políticas públicas, Marlene Braz e Fermin Roland Schramm destacam alguns argumentos amplamente utilizados para a não implementação de programas de medicina reprodutiva na rede pública: “a falta de profissionais treinados”²⁶⁸, “o alto custo deste tipo de atendimento em função dos remédios que devem ser ministrados”²⁶⁹ e o fato de a política atual “ser a de planejar filhos e, por outro, a população pobre ter menos condições de criá-los de forma razoavelmente desejável”²⁷⁰.

A nosso ver, a discriminação social por meio de maior ou menor disponibilidade e acesso ao serviço de saúde é prática abominável que merece ser evitada.

É evidente que não vivemos em um país onde os recursos são tão fartos a ponto de pensarmos que todos os problemas relacionados a questões públicas somente não são resolvidos por falta de decisão política para tanto. Sabemos dos obstáculos

²⁶⁶ CAHILL, Lisa Sowle. *Paternidade/Maternidade em Perspectiva*. In *Bioética: Poder e Injustiça*. Organizadores: Volnei Garrafa e Leo Pessini. São Paulo: Sociedade Brasileira de Bioética, Centro Universitário São Camilo e Edições Loyola, 2003, p. 384.

²⁶⁷ *Idem, ibidem*.

²⁶⁸ BRAZ, Marlene; SCRAMM, Fermin Roland. *O ninho vazio: a desigualdade no acesso à procriação no Brasil e a Bioética*. In *Revista Brasileira de Bioética – RBB*. Volume 1. Número 2. 2005. Brasília: Sociedade Brasileira de Bioética, 2005, p. 185.

²⁶⁹ *Idem, ibidem*.

²⁷⁰ *Idem, ibidem*.

orçamentários que acabam por denotar dificuldades de alocação de recursos, contudo, dentro daquilo que se pode chamar de *Reserva do possível*²⁷¹, deve-se buscar o tratamento igualitário dos cidadãos de forma a propiciar o acesso a tratamentos que, sabidamente, estão disponíveis a quem tem maior poderio econômico.

Essa decisão política de por à disposição daqueles que dependem do sistema público de saúde tratamento contra a esterilidade e a infertilidade, mas do que ação governamental é cumprimento de mandamento constitucional de respeito à dignidade da pessoa humana.

Contudo, há, ainda, outro aspecto que envolve a questão da saúde pública que merece ser analisado: as técnicas de reprodução assistida podem ser utilizadas para possibilitar que casais, onde um deles é portador do vírus HIV, possam ter filhos sem que se corra o risco de contaminação.

No caso do homem ser soropositivo, o tratamento diferenciado, na reprodução assistida seria a lavagem do esperma, enquanto que caso a mulher o seja, não haveria na reprodução assistida, risco algum para ele²⁷².

Muito está sendo discutido, ainda, sobre a adequação de se disponibilizar esse tipo de serviço – especial para portadores de HIV – no Sistema Único de Saúde, quando ainda se tem tanto a fazer na área da saúde pública²⁷³.

Questiona-se se esse tratamento reprodutivo direcionado aos portadores de HIV não ensejaria a alocação de uma soma considerável de recursos públicos que faria falta para o tratamento de outras doenças.

²⁷¹ Sobre a reserva do possível, tomamos as lições do Ministro Gilmar Mendes, para elucidar o tema: “Embora operante no universo dos direitos sociais, em geral, como no âmbito da previdência social, em particular, o *princípio da reserva do financeiramente possível* tem especial incidência no terreno da *saúde* e da *educação*, cujas normas constitucionais – nisso particularmente influenciadas pelas idéias de *constituição dirigente* e de *Estado provedor* -, atribuíram sobretudo ao Poder Público o encargo de custear a satisfação dessas necessidades, consideradas inerentes a uma vida digna. Daí a similitude dos arts. 196 e 205 da nossa Constituição, a proclamarem que tanto a saúde quanto a educação são direitos de todos e deveres do Estado, normas-tarefas ou meramente programáticas cuja concretização fica a depender das *forças do Erário*, como diziam os clássicos das finanças públicas. De mais a mais, e nisso reside um aspecto crucial do problema, a alocação de recursos públicos para a implementação desses direitos pressupõe – além de uma economia forte – a difícil decisão política de ratear os poucos recursos disponíveis de modo a poder dispensar um mínimo de atendimento aos mais necessitados, situação crítica que nos países periféricos configura o que muitos denominam *círculo vicioso da miséria*, pois é precisamente aí, onde faltam recursos para atendê-las, que se mostram mais dramáticas as carências sociais.” MENDES, Gilmar Ferreira *et al.* *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1301.

²⁷² Cf. AMATO NETO, Vicente; LEVI, Guido Carlos; ROSENTHAL, Caio. *Reprodução assistida para portadores de HIV*. Revista Ser Médico, n. 31, abril, maio e junho de 2005, pp. 20-21.

²⁷³ *Idem*, p. 22.

Para aqueles que discutem o gasto de dinheiro público em ações como estas, sugerimos a seguinte reflexão: Ao se viabilizar o uso das técnicas para esse grupo de pessoas, ao final, não se estaria reduzindo também o número de pessoas contaminadas, o que acabará por refletir em um menor gasto do dinheiro público em tratamentos para a Aids?

Deixando as discussões quanto à alocação de recursos na área da saúde um pouco de lado, é inconteste o benefício que a reprodução assistida pode trazer às pessoas portadoras do vírus HIV.

Como veremos logo mais adiante, o direito ao livre planejamento familiar é garantido constitucionalmente ao lado do direito à saúde, portanto, nada mais adequado do que possibilitar a utilização das novas técnicas em pessoas que desejam ter filhos, mas que, buscando-os, correm o risco de contaminar-se ou contaminar o outro.

Enfim, os efeitos sociais da reprodução assistida podem também ser evidenciados no que tange às pessoas com Aids, ensejando novas decisões quanto às políticas públicas a serem adotadas.

Para nos aprofundarmos um pouco mais nos reflexos sociais e econômicos da reprodução assistida, passamos a abordar o sistema de seguridade social, já que os citados reflexos podem estar presentes nas áreas que a compõem.

2.4.1.1 – Noções Gerais sobre a Seguridade Social

Quando abordamos os efeitos sociais e econômicos do emprego das técnicas de reprodução assistida, não podemos passar à margem da Seguridade Social.

Ainda que seja questão pouco discutida, abafada por polêmicas quanto às questões éticas e jurídicas da procriação artificial, e também pela atual condição elitista do acesso às técnicas, devemos atentar para o fato de que suas consequências poderão ser sim sentidas tanto no âmbito da Saúde, quanto no da Previdência e no da Assistência.

Assim, teceremos algumas considerações sobre a Seguridade Social para adentrarmos em cada uma de suas áreas relacionando-as ao tema objeto da presente pesquisa.

Podemos entender como Seguridade Social, nas palavras de Zélia Pierdoná, “o sistema de proteção social previsto na CF/88 que tem por objetivo a proteção de todos, nas situações geradoras de necessidades, por meio de ações de saúde, previdência e assistência social, constituindo-se no principal instrumento criado pela atual Constituição para a implementação dos objetivos do Estado brasileiro (...)”²⁷⁴.

Sua efetivação, prossegue a autora, “tem como base o princípio da solidariedade, uma vez que o financiamento do referido sistema está a cargo de toda a sociedade”²⁷⁵.

A seguridade social é determinada, como destacado, pela Constituição Federal, mais especificamente pelo art. 194, que assim estabelece:

“A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.”

Quanto à solidariedade, reforçamos que é um dos objetivos fundamentais da República, expresso no art. 3.º, inciso I, senão vejamos, “constituir uma sociedade livre, justa e solidária”.

Em relação à seguridade social, Gilmar Mendes assevera que o princípio da solidariedade é um de seus principais fundamentos

“na medida em que abrange um conjunto de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social, com financiamento a cargo de toda a sociedade, mediante recursos orçamentários e contribuições sociais destinados ao custeio de prestações que são devidas não apenas aos segurados, mas também – na vertente da *assistência social* – a todos os que delas necessitarem, independentemente de contribuição (CFB, arts. 194, 195 e 203), o que, afinal, significa concretizar, nesse específico setor, um dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil – “construir uma sociedade livre, justa e solidária” – enunciado no art. 3.º, I, da Constituição.”²⁷⁶

²⁷⁴ PIERDONÁ, Zélia Luiza. *A proteção social na Constituição de 1988*. In Revista Internacional de Direito e Cidadania/Instituto Estudos Direito e Cidadania -v. 1, Junho 2008. São Paulo: Habilis, 2008, p. 238.

²⁷⁵ *Idem, ibidem*.

²⁷⁶ MENDES, Gilmar Ferreira *et al.* *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1299.

Dentre os princípios que devem nortear a organização da seguridade, temos o *princípio da universalidade da cobertura e do atendimento* (parágrafo único, I, do art. 194), que demonstra, inequivocamente, o caráter irrestrito que se tem por obrigação de imprimir na seguridade social.²⁷⁷

Ana Cláudia Andreucci e Wagner Balera esclarecem o duplo aspecto do Princípio da Universalidade ressaltando que “a universalidade de atendimento diz respeito aos sujeitos protegidos, sendo denominada universalidade subjetiva. Já a universalidade de cobertura diz respeito às contingências cobertas e é chamada de Universalidade objetiva”²⁷⁸.

Ainda sobre o tema, Zélia Pierdoná ressalta:

“A universalidade deve ser entendida no sistema de seguridade social como um todo: em relação à saúde, todos são seus destinatários. Já no que tange aos recursos para a sobrevivência, quando diante da incapacidade de auferi-los por conta própria, temos a previdência, a qual é dirigida aos trabalhadores e seus dependentes, e a assistência que é destinada aos necessitados.”²⁷⁹

Feitas essas breves considerações que objetivam aclarar a abrangência do sistema de seguridade social, passamos a cada uma de suas ações.

2.4.1.2 – Saúde

O direito à saúde vem previsto no art. 196 da Constituição Federal, conforme segue:

“A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

²⁷⁷ Ressalte-se, contudo, que a universalidade é uma construção, pois o inciso III, do parágrafo único, do art. 194 da Constituição Federal, prevê, também, como um dos princípios organizacionais da Seguridade Social, a “*seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços*”.

²⁷⁸ ANDREUCCI, Ana Cláudia Pompeu Torezan; BALERA, Wagner. *Salário-família no direito previdenciário brasileiro*. São Paulo: LTR, 2007, p. 40.

²⁷⁹ PIERDONÁ, Zélia Luiza. *Op. cit.*, p. 240.

André Ramos Tavares relata que “o tema relaciona-se diretamente com a dignidade da pessoa humana e o direito à igualdade que pressupõem o Estado-garantidor, cujo dever é assegurar o mínimo de condições básicas para o indivíduo viver e desenvolver-se”²⁸⁰.

Em consonância com o autor, como poderemos pensar em dignidade quando não está garantido o direito à saúde? Como poderemos falar em tratamento igualitário se o acesso a tratamentos avançados na área médica é dispensado somente àqueles que podem arcar com seus custos? Refletimos sobre essas questões justamente porque elas logo serão retomadas quando analisarmos o acesso às técnicas reprodutivas, enquanto direito garantido constitucionalmente e enquanto obrigação do Estado que deve disponibilizá-las por meio de ações coordenadas de políticas públicas direcionadas à família.

Esse duplice sentido do direito à saúde é reafirmado nos dizeres de Zélia Pierdoná, como segue: “O direito à saúde é um direito fundamental prestacional, exigindo, com isso, ações positivas dos poderes públicos. Por outro lado reveste-se também de dever fundamental, na medida em que exige a sua promoção por parte de todos os membros da coletividade”²⁸¹.

Dessa forma, passemos ao acesso da Prestação de Serviços Médicos.

2.4.1.2.1 - Acesso à Prestação de Serviços Médicos Reprodutivos

Como já se afirmou, no decorrer do presente trabalho, as técnicas de reprodução assistida acabam por ser disponibilizadas às pessoas que têm maiores condições econômicas e que podem procurar centros de excelência na área da medicina reprodutiva.

Contudo, como se defenderá, o tratamento deverá ser disponibilizado a todos aqueles que necessitam do tratamento indicado, sem que possa haver qualquer espécie de discriminação, seja ela de ordem econômica, social, de sexo, decorrente do estado de família ou de faixa etária. Observadas, é claro, as restrições médicas para a preservação da saúde do paciente.

²⁸⁰ TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 570.

²⁸¹ PIERDONÁ, Zélia Luiza. *Op. cit.*, p. 244.

Nessa esteira, pondera Maria Claudia Crespo Brauner que “considera-se legitimamente aceitável que pessoas atingidas por problemas de infertilidade ou esterilidade tenham a oportunidade de recorrer às modernas técnicas de reprodução humana, como um direito a recobrar a saúde reprodutiva, ou remediar o problema da esterilidade e, assim, gerar”²⁸².

Enquanto direito de todas as pessoas, a autora ainda ressalta a necessidade de se implementar uma política de saúde abrangente, ao afirmar: “O acesso aos modernos tratamentos é um direito que deveria ser assegurado a qualquer pessoa e, inclusive, deveria ser disponibilizado pelo serviço público de saúde, a todo cidadão atingido por tal disfunção ou enfermidade”²⁸³.

Interessantes as palavras escolhidas pela autora “disfunção” ou “enfermidade”. Muitas vezes quando apresentamos os questionamentos éticos, as reflexões filosóficas e os posicionamentos religiosos, parece que nos esquecemos que o recurso ao auxílio médico para a reprodução ocorre não por ser mais uma opção disponibilizada aos casais, mas sim, pela verdade, até mesmo dura de ser enfrentada, de que um ou ambos têm algum tipo de enfermidade que os faz procurar um médico para tratamento.

Não pode a atividade ser visualizada, no nosso entendimento, como uma descoberta da ciência médica em que os homens “brincam de ser deuses” e facilitam a vida de outros homens que também o querem ser para escolher a cor dos olhos de seus futuros filhos.

Compreendemos que distorções existem em todas as áreas, e nesta não seria diferente, mas o uso inadequado de tratamento tão sério e que demanda tanto investimento e preparo, sobretudo, emocional dos envolvidos, não pode se julgado e generalizado como apenas uma intervenção humana desregrada e fútil.

É questão de saúde pública, que independe da idade ou condição socioeconômica dos indivíduos, daí nossa defesa no sentido de que seja garantido o acesso ao tratamento a todos os interessados no sistema de saúde pública.

Para evidenciarmos o que se têm feito para garantir o direito ao acesso aos serviços médicos reprodutivos, passamos a abordar as ações governamentais.

²⁸² BRAUNER, Maria Claudia Crespo. *Op. cit.*, p. 65.

²⁸³ *Idem, ibidem.*

2.4.1.2.2 - Políticas Públicas no âmbito da Saúde Reprodutiva

Primeiramente destacamos que a questão do planejamento familiar foi disciplinada na Lei 9.263, de 12 de janeiro de 1996, que, logo em seu primeiro artigo, reconhece:

*“O planejamento familiar é **direito** de todo cidadão, observado o disposto nesta Lei”* (grifo nosso).

Define, em seguida, o artigo segundo, o que devemos entender por planejamento familiar:

“Para fins desta Lei, entende-se planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal”.

Determina-se, também, que o planejamento familiar, por sua vez, deve orientar-se por ações preventivas e educativas e pela garantia de acesso igualitário a informações, meios, métodos e técnicas disponíveis para a regulação da fecundidade (artigo 4.º da Lei 9.263/96).

Embora a mencionada lei garanta direitos iguais de constituição e aumento da prole, a maior parte da disciplina nela encontrada refere-se à limitação (esterilização voluntária), inclusive, com consequências no âmbito penal.

Outra constatação é a de que, a despeito de previsão legal de tratamento isonômico quanto ao acesso às técnicas disponíveis para a regulação da fecundidade, a oferta deste serviço em hospitais públicos é ainda muito pequena, até mesmo pelos altos custos que envolvem cada um dos procedimentos.

Em relação ao assunto, a preocupação do governo federal também pôde ser sentida quando pontuou como algumas de suas prioridades - em documento elaborado pelo Ministério da Saúde em parceria com diversos outros ministérios, intitulado *Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos: uma prioridade do governo* -, a *Capacitação dos*

*profissionais de saúde da atenção básica para assistência em planejamento familiar e a Atenção em reprodução humana assistida na rede SUS.*²⁸⁴

Com relação à primeira ação, a prioridade é a capacitação de médicos e enfermeiros que atuam na atenção básica, como resultado da parceria entre o Ministério da Saúde, a FEBRASCO (Federação Brasileira das Sociedades de Ginecologia e Obstetrícia) e as Secretarias municipais de saúde de quinze capitais.²⁸⁵

Já quanto à reprodução humana assistida na rede SUS, o Ministério da Saúde relata ações no sentido de discutir proposta em relação à regulamentação para o emprego de técnicas de reprodução humana assistida, objetivando a normatização para o funcionamento dos bancos de células e tecidos germinativos, bem como cita a criação de um grupo específico para trabalhar na elaboração de uma proposta de atenção integral em reprodução humana assistida na rede SUS, para os casais com infertilidade conjugal e para os casais que convivem com o HIV, que desejam ter filhos.²⁸⁶

O referido documento é concluído com a seguinte mensagem do Ministério da Saúde “entendendo o planejamento familiar como direito do(a) cidadão(ã) e dever do Estado, a política do planejamento familiar tem sido colocada como prioridade pelo Presidente da República em vários pronunciamentos públicos e pelo Ministério da Saúde”²⁸⁷.

Embora a criação dos bancos de células e tecidos germinativos tenha ocorrido em 2006 e tenha sido aperfeiçoada, em maio de 2008, com a organização do Sistema de Cadastramento Nacional de Bancos de Células e Tecidos Germinativos, como teremos a oportunidade de examinar no próximo capítulo, o avanço ainda é esperado em relação à disponibilidade das técnicas médicas com amplitude no Sistema Único de Saúde.

Não obstante fora do Sistema Único de Saúde, mas merecedora de destaque pelo avanço que representa para aqueles que precisam de tratamento contra a esterilidade ou infertilidade e são conveniados dos planos e seguros privados de assistência à saúde, é a

²⁸⁴ *Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos: uma prioridade do governo*/Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde, Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Brasília: Ministério da Saúde, 2005, pp. 15-16.

²⁸⁵ *Idem*, p. 15.

²⁸⁶ *Idem*, pp. 16-17.

²⁸⁷ *Idem*, p. 23.

notícia de que o Presidente Lula, em 11 de maio desse ano, sancionou a Lei 11.935, que altera o artigo 35C da Lei 9.656 que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde e lhe dá nova redação, como segue:

"Art. 35-C. É obrigatória a cobertura do atendimento nos casos:

I - de emergência, como tal definidos os que implicarem risco imediato de vida ou de lesões irreparáveis para o paciente, caracterizado em declaração do médico assistente;

II - de urgência, assim entendidos os resultantes de acidentes pessoais ou de complicações no processo gestacional;

III - de planejamento familiar."

O projeto aprovado é de autoria do deputado Geraldo Resende, do PPS/MS, que apresentou como principal justificativa o fato de que "boa parte dos planos e seguros privados de saúde não fornecem qualquer método de concepção ou contracepção, remetendo frequentemente seus segurados ao Sistema Único de Saúde"²⁸⁸. Justifica, ainda, a alteração legislativa pelo fato de haver restrições operacionais e orçamentárias, muitas vezes resultando na falta de alguns insumos e não disponibilidade de alguns procedimentos na rede do Sistema Único de Saúde. Assim considerando, os planos e seguros privados de assistência à saúde devem orientar-se pelo atendimento da demanda da atenção ao planejamento familiar.

Conquanto possamos notar que a lei não faz menção aos métodos de reprodução assistida, mas somente à obrigatoriedade de cobertura de atendimento nos casos *de planejamento familiar*, essa previsão já nos parece suficiente, tendo em vista a definição legal acima descrita sobre o que se deve entender por planejamento familiar, repita-se, conjunto de ações de *regulação da fecundidade* que garanta direitos iguais de *constituição*, *limitação* ou *aumento da prole* pela mulher, pelo homem ou pelo casal.

²⁸⁸ Justificação ao Plenário por ocasião da apresentação do Projeto de Lei pelo Deputado Geraldo Resende – PPS/MS, em 14/08/2003, disponível em www.camara.gov.br.

Enfim, pode-se perceber que as articulações necessárias começaram a ser feitas, contudo a velocidade com que elas acontecem as posiciona aquém do ideal para o acompanhamento do progresso médico-científico.

Sente-se claramente, pelas discussões travadas sobre o assunto e pelos movimentos governamentais ou não, que o planejamento familiar, no que tange à facilitação da reprodução, não tardará a alcançar todos aqueles que dele precisam. Não seria essa uma visão otimista de nossa parte somente pela ânsia da efetivação do direito à saúde que deve ser a todos garantido, mas, sobretudo, porque evidenciamos que o auxílio à reprodução está sendo cada vez mais difundido e o interesse da sociedade, no mais das vezes, impulsiona a tomada de ações que acabam por beneficiá-la. É o que esperamos.

A busca pelo efetivo exercício do direito à reprodução assistida é mais do que alcançar o cumprimento de determinação legal, é respeitar mandamento constitucional consubstanciado nos princípios da liberdade de planejamento familiar e dignidade da pessoa humana, conforme iremos explanar no último capítulo.

2.4.1.2.3 - Formalidades para a Submissão aos Serviços Médicos

As formalidades para a submissão aos serviços médicos de Reprodução Assistida devem ser cercadas de cuidados, sob pena de incorrermos em inúmeros erros que poderão ir desde os vícios de vontade daquele que se submete às técnicas até erros de indicação médica e respectiva falha nas informações prestadas.

Há autores que se ocupam do estudo destas formalidades e pontuam as diversas etapas que devem anteceder o procedimento.

Para Genival Veloso de França, na prática destas técnicas, a própria responsabilidade médica exige o cumprimento dos seguintes requisitos:²⁸⁹

- a) Execução dos serviços por um médico legalmente autorizado;
- b) Análise cuidadosa e prévia dos prós e contras, pois podem surgir complicações e resultados indesejáveis;
- c) Consentimento dos interessados, que deve ser esclarecido;

²⁸⁹ FRANÇA, Genival Veloso de. *Op. cit.*, pp. 329-330.

- d) Observância das Imposições legais, por exemplo, quanto ao consentimento para a fecundação heteróloga.

No que concerne ao consentimento esclarecem Débora Ciocci e Edson Borges Jr.:

“(...) verifica-se na literatura que a expressão “*informed consent*” surgiu pela primeira vez em 1957, nos Estados Unidos, precisamente na Corte californiana, que reconheceu o direito à indenização por ausência de esclarecimentos quanto aos riscos de determinado procedimento cirúrgico, ainda que adequado ao caso.”²⁹⁰

Quanto ao resguardo da livre manifestação da vontade, os autores ainda mencionam que surge “ao lado das disposições morais e éticas, dada a relevância da autonomia, a proteção penal do consentimento”²⁹¹.

Com relação ao requisito do serviço ser realizado por médico legalmente autorizado, por ora afirmamos, que a Resolução n. 33 da ANVISA, que criou os Bancos de Células e Tecidos Germinativos, tema sobre o qual nos debruçaremos no capítulo seguinte, traz determinações sobre os profissionais envolvidos na assistência à reprodução. De maneira simplificada, seguem as principais informações.

Estabelece o regulamento que a responsabilidade técnica pelos Bancos de Células e Tecidos Germinativos deve ficar a cargo de um médico com capacitação na área, de acordo com regulamentação profissional.

Os referidos Bancos devem contar, ainda, na área técnica, com profissionais com formação de nível superior na área de saúde ou ciências biológicas e capacitação comprovada para atuar na área de embriologia humana, processamento e controle da qualidade de procedimentos realizados em Bancos de Células e Tecidos Germinativos.

Estes e os outros requisitos, apontados como essenciais para que a formalidade empregada na submissão às técnicas reprodutivas seja segura e transparente,

²⁹⁰ OLIVEIRA, Deborah Ciocci Alvarez de.; BORGES JR., Edson. *Reprodução Assistida: Até onde podemos chegar? Compreendendo a ética e a lei*. São Paulo: Editora Gaia, 2000, p. 21.

²⁹¹ *Idem, ibidem*.

serão estudados na dimensão que a importância da matéria exige no capítulo seguinte, no qual, além do controle para manipulação e uso do material genético, o tema do consentimento informado será devidamente apreciado.

Agora, passaremos a analisar os efeitos da reprodução assistida no âmbito da Previdência e Assistência.

2.4.1.3 – Previdência

Com o intuito de relacionar os possíveis reflexos das técnicas reprodutivas na Previdência Social, iniciamos, identificando-a e conceituando-a.

O artigo 201 da Constituição Federal assim prevê:

“A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:

I – cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada;

II – proteção à maternidade, especialmente à gestante;

III – proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário;

IV – salário-família e auxílio reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda;

V – pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no parágrafo 2.º.

(....).”

Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari assim a definem:

“Previdência social é o sistema pelo qual, mediante contribuição, as pessoas vinculadas a algum tipo de atividade laborativa e seus dependentes ficam resguardadas quanto a eventos de infortúnica (morte, invalidez, idade avançada, doença, acidente de trabalho, desemprego involuntário), ou outros que a lei considera que exijam um amparo financeiro ao indivíduo (maternidade, prole,

reclusão), mediante prestações pecuniárias (benefícios previdenciários) ou serviços.”²⁹²

Sabendo que a Previdência Social resguarda seus segurados e dependentes em diversas situações, a reprodução assistida tangencia a referida área no que toca à proteção à maternidade, especialmente à gestante, e a ela nos ateremos.

Antes de relatarmos nossas ponderações específicas sobre o tema, cumpre-nos salientar que a proteção à trabalhadora gestante é garantida, no Brasil, tanto no âmbito do Direito do Trabalho como no do Direito Previdenciário²⁹³.

No que concerne ao Direito do Trabalho a proteção se dá pela estabilidade que lhe é conferida (art. 10, II, b do ADCT); pela licença maternidade (art. 7.º, XVIII da CF); pela possibilidade de alteração do local de trabalho ou função, por prescrição médica (art. 392, parágrafo 4.º, I da CLT); pela autorização legal para rompimento do vínculo de emprego quando prejudicial à gestação (art. 394 da CLT) e pela vedação expressa de discriminação (art. 1.º da Lei 9.029/95).

No Direito Previdenciário, por sua vez, “evidencia-se a proteção da mulher gestante pela concessão do benefício denominado salário-maternidade, correspondente à integralidade²⁹⁴ da remuneração auferida pela segurada”²⁹⁵, caso sejam seguradas empregada e avulsa.

Algumas ponderações precisam ser feitas sobre o salário-maternidade, à luz das inúmeras possibilidades que são trazidas pelas diversas técnicas. Se houver cessão

²⁹² CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. 10.ª ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 75.

²⁹³ *Idem*, p. 614.

²⁹⁴ Em relação à integralidade da remuneração conferida à gestante, alguns esclarecimentos são necessários. A emenda constitucional n. 20 de 1998 manteve o salário maternidade, mas como o teto de R\$ 1.200,00 foi fixado para os benefícios pagos pelo INSS, este entendeu que ficaria revogada a previsão de integralidade do salário maternidade, que deveria também obedecer o novo teto. Em Adin requerida pelo Partido Socialista Brasileiro – PSB, o Supremo Tribunal Federal, em decisão unânime, em 03 de abril de 2003, julgou parcialmente procedente, para se dar ao art. 14 da Emenda Constitucional n. 20 de 15.12.1998, interpretação conforme à Constituição, excluindo-se sua aplicação ao salário da licença gestante, a que se refere o art. 7.º, inciso XVIII da CF. Em relação ao tema, André Ramos Tavares comenta que “a tendência das Constituições brasileiras, desde a Carta de 1932, é de tratar a proteção à maternidade mais como um problema previdenciário do que como um encargo trabalhista e, se a pretensão do constituinte derivado fosse revogar o disposto no art. 7.º, XVIII, o teria feito expressamente. Compreendeu-se que a interpretação diversa provocaria um retrocesso histórico.” TAVARES, André Ramos. *Constituição do Brasil integrada com a legislação e jurisprudência do STF*. 2.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 396-397.

²⁹⁵ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Op. cit.*, p. 614.

temporária de útero - tema que analisaremos no próximo capítulo, mas de antemão relatamos que vem sendo admitida em casos específicos-, quem seria a mãe? Aquela que carregou o ser em seu ventre ou aquela que o recebeu e precisa a ele se dedicar?

Fazemos particular referência à expressão “proteção à maternidade, *especialmente* à gestante”, especialmente e não necessariamente!

Temos duas mulheres envolvidas em um só nascimento, sendo que uma precisa se recuperar após o parto e a outra precisa cuidar da criança após o seu nascimento. Mas isso seria um duplo benefício?

Para complicar ainda mais, podemos falar em até três mulheres envolvidas, aquela que cede o material genético – doadora -, aquela que recebe o material e terá juridicamente o filho como seu – receptora -, e aquela que emprestará seu útero para que a gestação seja possível . O benefício alcançaria as três?

Exageros a parte, parece-nos claro, ainda que nos atenhamos ao tema da doação e seu sigilo apenas no terceiro capítulo desta pesquisa, que aquela que doa o material, o faz, assim como se vem admitindo, por ato de altruísmo, para auxiliar aqueles que precisam se socorrer de material genético de terceiro para que a maternidade (ou paternidade) seja viabilizada. Portanto, afora o ato de abnegação, aquela que cede seu próprio material genético não pode ser protegida como mãe, simplesmente porque mãe não é, a não ser que se considere a identidade biológica como determinante para a definição de paternidade-filiação, o que significaria um retroceder a tempos que tendem a ser deixados na história da relação paterno-filial²⁹⁶.

Outro argumento deve ser analisado, a assistência à maternidade tem um duplo sentido, qual seja, o de amparar a mãe que passou pelo procedimento do parto, o que gera enormes consequências físicas e psíquicas, e o de possibilitar o convívio próximo entre mãe e filho nos primeiros meses de vida, tão importante para o desenvolvimento do relacionamento afetivo e psicológico da criança.

²⁹⁶ No âmbito da previdência, se do procedimento necessário para o ato de doação de óvulo resultar algum malefício à saúde da doadora, e sua incapacidade para o trabalho persistir, por mais de 15 dias, fará *jus* ao auxílio doença, não pela condição da maternidade (Art. 201, II da Constituição Federal), mas pelo mal de saúde (Art. 201, I da Constituição Federal).

Em que situação se enquadraria a doadora de óvulos? Cremos que em nenhuma. Contudo o problema da concessão do benefício persiste quanto à situação de a criança ser gerada por uma mulher que cede seu útero a esse fim.

Solução para sabermos o que deve ser adotado quanto à concessão do benefício previdenciário em caso de reprodução assistida em que há a cessão temporária de útero pode estar exatamente no tratamento conferido à adoção, assunto já tratado pela legislação previdenciária e assente em nossos tribunais.

Vejamos o tratamento conferido em relação à adoção para, logo em seguida, refletirmos sobre sua aplicação à reprodução assistida.

A Lei 10.421, de 15 de abril de 2002²⁹⁷, dentre outras providências, alterou a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT e a Lei 8.213 de 24 de julho de 1991, para estender à mãe adotiva o direito à licença-maternidade e ao salário-maternidade. Vejamos:

Pela redação do art. 392-A da CLT, será concedida licença-maternidade à empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança nos termos do art. 392 da CLT.

Previu-se um prazo progressivo de licença com relação à idade da criança adotada ou entregue à sua guarda, a saber:

- adoção ou guarda judicial de criança até um ano de idade: o período de licença será de cento e vinte dias;
- adoção ou guarda judicial de criança a partir de um ano até quatro anos de idade, o período de licença será de sessenta dias;
- adoção ou guarda judicial de criança a partir de quatro anos até oito anos de idade, o período de licença será de trinta dias.

Embora possamos combater o fato de que só se concede o benefício àquele que adota uma criança de até oito anos, o que seria evidentemente discriminatório e

²⁹⁷ Nos dizeres de Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari, “de algum tempo vinha sendo discutida, judicialmente e em sede doutrinária a extensão do benefício da licença maternidade às mães adotantes, nos moldes em que já ocorre no tocante ao Regime Jurídico dos Servidores da União, Autarquias e Fundações Públicas Federais – Lei n. 8.112/90, que desde a sua edição já prevê uma licença de 90 dias para as servidoras adotantes ou que obtenham guarda judicial de crianças de idade até um ano de idade, e de 30 dias, para crianças com idade superior a um ano (art. 210 e seu parágrafo único). *Op. cit.*, p. 618.

denotaria um tratamento desigual²⁹⁸ àquelas crianças, ressalte-se, ainda crianças, adotadas com mais de oito anos, constatamos o avanço do tratamento legislativo conferido.

Em relação à Previdência Social, na redação do art. 71-A também foi determinado que é devido salário maternidade à segurada que adotar ou obtiver a guarda judicial para fins de adoção de criança, com o mesmo critério temporal regressivo comentado acima.

Por fim determinou-se que no caso das seguradas da previdência social adotantes, a alíquota para o custeio das despesas decorrentes dessas determinações será a mesma que custeia as seguradas gestantes.

Posto que a disciplina legal acima descrita somente tenha sido prevista em abril de 2002, Daniel Machado da Rocha e José Paulo Baltazar Junior registram que “muitas decisões judiciais já entendiam devido o benefício para a mãe adotiva, mesmo antes do novel diploma legal”²⁹⁹.

Diante do acima exposto, em que se levou em consideração a adoção, consubstanciada na vedação constitucional de quaisquer designações discriminatórias entre filhos, para concessão de benefícios trabalhistas e previdenciários, a mesma razão assiste às mães de filhos havidos por reprodução assistida que utilizam a cessão temporária de útero.

Insistimos nesta distinção pelo simples fato de que se houver assistência médica reprodutiva em que o filho seja gerado pela própria mãe que dele cuidará, independentemente do material ser próprio ou de terceiro, não vemos qualquer distinção de tratamento dado à mãe que concebeu naturalmente.

Se, por outro lado, pensarmos naquela que carregou em seu ventre o filho de outra, estaria amparada pelos benefícios anteriormente relacionados?

Novamente nos socorremos do tratamento conferido à adoção, nas lições de Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari:

“O benefício do salário-maternidade para a mãe adotante ou guardiã é devido ainda que a mãe biológica do adotado ou da criança sob guarda já tenha percebido salário-maternidade quando do nascimento (art. 93-A, § 1.º, do Decreto n. 3.048/99, inserido pelo Decreto n. 4.729, de 9.6.2003). Já em caso de

²⁹⁸ Em relação ao critério discriminatório em função da idade do adotado e da redução do tempo de benefício vide CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Op. cit.*, pp. 619-620.

²⁹⁹ ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Comentários à lei de benefícios da previdência social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado / Esmafe, 2007, p. 290.

múltiplas adoções ou guardas judiciais de crianças, pela mesma segurada, na mesma data, somente será devido o valor de um salário-maternidade, a exemplo do que ocorre quando a segurada, mãe biológica, dá a luz gêmeos.”³⁰⁰

Destaque-se, ainda no caso de adoção de mais de uma criança, que pelo mesmo dispositivo legal se garante a observância do critério temporal relativo à criança de menor idade.

Pois bem, se a lei admite que pode ocorrer a concessão de benefício às duas mulheres envolvidas na adoção, por que não deveria fazer o mesmo em caso de cessão temporária de útero, afinal, não pretendemos defender o comércio do corpo humano a fim de pensarmos no que conhecidamente se nomeia “barriga de aluguel”, mas estamos sim admitindo hipótese das mais altruístas que é a de ceder o seu próprio corpo, leia-se, sem que haja contrapartida alguma senão a disponibilidade para auxiliar alguém que não consegue, por problemas físicos, engravidar, ou levar a termo sua gravidez.

Para concluir nossos argumentos fazemos duas últimas considerações.

A primeira é o esclarecimento de que o benefício deve ser concedido àquela que cumpre os critérios legais determinados pelo sistema da seguridade social no âmbito previdenciário, ou seja, ser segurada, ter cumprido, quando for o caso, o prazo de carência, dentre outros.³⁰¹

A segunda consideração e, talvez a mais importante, é quanto ao embasamento constitucional da extensão do benefício àquelas envolvidas em procedimento de reprodução assistida, pois a Constituição Federal, em seu artigo 227, parágrafo 6.º, garante que os filhos “havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos”, proibidas quaisquer designações discriminatórias.

O texto constitucional também é expresso no sentido de conceder à família proteção especial (art. 226, *caput*), e assegurar à criança e ao adolescente o direito à convivência familiar (art. 227, *caput*), atribuindo-lhes proteção especial no aspecto da “garantia de direitos previdenciários e trabalhistas”(art. 227, parágrafo 3.º, II).

³⁰⁰ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Op. cit.*, p. 621.

³⁰¹ A legislação previdenciária dispensa a carência, para fins de recebimento de salário maternidade, para as seguradas empregadas, trabalhadoras avulsas e empregadas domésticas (Art. 26, inciso VI da Lei n. 8.213/91).

Pois bem, garantindo proteção especial à família, a não discriminação entre filhos, seus direitos à convivência familiar e garantias de direitos previdenciários e trabalhistas, o mandamento constitucional pode, a nosso ver, respaldar a concessão de benefício às mães envolvidas em procedimentos de reprodução assistida à exemplo do que já se determinou para a adoção.

Nas palavras de Ana Cláudia Andreucci, “além do mais, privilegiando a convivência familiar e comunitária, a Carta Magna de 1988 não faz distinção entre família biológica ou substituta. A proteção à família é tratada “sem discriminações”, determinando o § 8.º do art. 226 da Constituição Federal que “o Estado assegurará a assistência a cada um dos que a integram”³⁰².

É o tratamento que sustentamos em relação ao benefício previdenciário e à reprodução assistida.

2.4.1.4 – Assistência

A assistência social, uma das áreas da seguridade social, visa à proteção dos necessitados, independentemente de qualquer contraprestação de seus beneficiários (art. 203, *caput*, da Constituição Federal).

Nas palavras de André Ramos Tavares, vislumbramos que o “objetivo da universalização dos benefícios e serviços é, no caso, alcançado por via de sua prestação a todos que necessitarem de cuidados assistenciais”³⁰³.

Zélia Pierdoná assevera que “a Assistência Social é um importante instrumento da seguridade social, no que se refere à efetividade do princípio da universalidade enunciado no art. 194, parágrafo único, inciso I, uma vez que o Estado, independentemente de qualquer contraprestação, proporciona cobertura às situações de necessidade”³⁰⁴.

³⁰² ANDREUCCI, Ana Cláudia Pompeu Torezan. *Salário-maternidade à mãe adotiva no direito previdenciário brasileiro*. São Paulo: LTr, 2005, p. 129.

³⁰³ TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional...*, p 586.

³⁰⁴ PIERDONÁ, Zélia Luiza. *Op. cit.*, pp. 246-247.

A assistência social está prevista nos artigos 203 e 204 da Constituição Federal e tem como objetivos: a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; o amparo às crianças e adolescentes carentes; a promoção da integração ao mercado de trabalho; a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária; e a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso, desde que comprovado que não podem prover sua própria manutenção tampouco tê-la provida por sua família.

André Ramos Tavares assim sintetiza:

“A assistência social oferece, portanto: A) serviços, como de assistência social propriamente dita, habilitação dos portadores de deficiência e outros; B) utilidades, como distribuição de remédios e leite, no intuito de proteger a família e a infância; C) prestações pecuniárias, como o programa de renda mínima.”³⁰⁵

Em relação à maternidade, a assistência social é o sistema protetivo para as mulheres que não são seguradas da Previdência Social, demonstrando-se, evidentemente, que estão em situação de necessidade.

No que tange aos procedimentos de reprodução assistida cremos ser difícil que consigamos ter mulheres em tamanha situação de necessidade que procurem ter filhos por métodos artificiais de concepção. Na realidade, o que acaba por acontecer, é que, no mais das vezes, elas os têm por irreflexão, mas naturalmente.

Por outro lado, podemos nos questionar se essa situação de necessidade não seria motivo suficiente para que ela ceda seu útero em troca de alguma contraprestação que possa auxiliá-la em sua sobrevivência. Como acima defendemos e adiante aprofundaremos, a cessão é ato altruísta e excepcional, portanto, difícil concebê-lo nesse caso.

Desse modo, a assistência social poderá proteger todas as mães em situação de necessidade, e caso a gravidez ocorra com o emprego de técnicas de assistência reprodutiva, da mesma forma.

³⁰⁵ TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional...*, p. 587.

2.4.3 – Efeitos Jurídicos

Os efeitos jurídicos da reprodução assistida são incontáveis, como pudemos até agora evidenciar.

Após inúmeras discussões éticas, filosóficas e de cunho religioso, é fato que as técnicas reprodutivas estão à disposição daqueles que têm algum problema de esterilidade ou infertilidade.

Os efeitos podem ser constatados desde a decisão do casal, com todo o formalismo que a segurança jurídica impõe; no procedimento que envolve uma relação com um ou vários profissionais da área médica e terceiros e culminam com o nascimento; nos reflexos imediatos no âmbito familiar em relação a questões de identidade e sucessão; e até mesmo pode ser sentido, como vimos, no âmbito social e econômico, recém analisados.

Os efeitos jurídicos, afora os que foram até aqui abordados, por via, ainda que reflexa, serão esmiuçados no Capítulo III, em que nos dedicaremos ao trato de cada uma das polêmicas que envolvem essas novas técnicas reprodutivas nas relações familiares, e suas possíveis soluções.

2.5 - Conclusões

Neste segundo capítulo pudemos desenvolver as principais reflexões éticas e indagações filosóficas que envolvem o tema da reprodução assistida. Os limites éticos da investigação científica foram discutidos à luz da proteção dos direitos humanos fundamentais e, sobretudo, do respeito à vida e dignidade humanas per se consideradas.

Nas discussões filosóficas ponderamos sobre a ciência médica, meditando sobre quatro questões: Se a ciência tem o direito de fazer tudo o que é possível, se ela tem ou não o direito de intervir no processo sagrado da vida, se há o direito de mudar as qualidades humanas mais características e, por fim, se há o direito de incentivar o crescimento de características humanas de valor, eliminando-se aquelas que são prejudiciais.

Em todas essas discussões, o argumento dos limites, dentro de critérios valorativos de razoabilidade e aceitação, esteve em pauta.

Para reforçar ainda mais o aparato que irá respaldar as questões que no próximo capítulo serão examinadas, perpassamos pelas posições religiosas de cristãos – católicos e reformados -, judeus e muçulmanos, cujo traço comum foi o de respeito incondicional à vida e ao seu Criador.

Por fim, refletimos sobre os impactos sociais, econômicos e jurídicos da reprodução, confrontando as ações de contracepção e concepção como objetivos sociais, a seguridade social em suas três áreas – saúde, previdência e assistência – também sob o enfoque do acesso à prestação de serviços médicos e políticas públicas no âmbito da saúde reprodutiva.

Neste capítulo, portanto, pudemos demonstrar a importância e seriedade do tema da reprodução assistida e demonstrar que a amplitude de seus efeitos implicam um tratamento jurídico adequado.

Capítulo III – Reprodução Assistida e a Estabilidade das Relações Familiares

Neste capítulo analisaremos o controle já estabelecido para a manipulação e uso do material destinado à reprodução assistida, disponível em resoluções, tanto do Conselho Federal de Medicina quanto do Ministério da Saúde/ANVISA.

Assuntos como a segurança dos procedimentos dos bancos de sêmen e óvulo e suas especificidades, a questão da terminologia empregada e o consentimento livre e esclarecido serão, logo no início, abordados.

Atenção especial será dada para o material genético doado para ser utilizado na reprodução, apresentando-se as exigências em relação aos doadores e os cuidados no emprego do material, seja proveniente do homem ou da mulher.

A possibilidade de gestação por mãe de substituição também será questionada, além do destino a ser dado aos embriões excedentários.

No âmbito das relações familiares, analisaremos os efeitos da reprodução assistida no que tange à possibilidade ou não de adoção de embriões pré-implantatórios e o sigilo do doador, em contraposição ao direito à identidade genética daquele que nasce em decorrência da utilização de material doado.

Abordaremos, também, a viabilidade de ações de investigação e negatória de paternidade quando houver o emprego de uma das novas técnicas reprodutivas.

Quanto à questão sucessória, demonstraremos as consequências jurídicas caso o novo ser seja concebido ou implantado após a morte de seu genitor, fazendo uma menção especial ao novo formato do fideicomisso.

Encerraremos pontuando outras possíveis situações polêmicas concernentes ao tema.

3.1 – Controle para manipulação e o uso do material genético

A questão do controle para Manipulação e uso do material genético envolve, por reflexo, outras discussões tão importantes quanto.

Uma delas é a questão do Banco de Sêmen e Óvulo, chamado tecnicamente de Banco de Células Germinativas, outra tem relação com o destino a ser dado aos embriões excedentários, sejam eles decorrentes de fecundação homóloga ou heteróloga.

O emprego dos métodos, por sua vez, deve ser analisado tanto pela ótica do profissional autorizado a trabalhar na área quanto pela segurança que se espera no emprego dos procedimentos técnicos e relativos aos doadores, quando houver.

Além disso, e não menos importante, deve-se garantir o consentimento livre, consciente e informado por parte de quem se submete aos métodos reprodutivos, bem como dos demais envolvidos.

O conjunto de medidas para disciplinar a reprodução assistida no nosso país deve ser previsto, levando-se em conta as sérias implicações nela contidas, sobretudo, pelo fato de interferir diretamente na formação da célula base da sociedade, ou seja, a família.

Para que se garanta a idoneidade, transparência e lisura no emprego das diversas técnicas, os procedimentos devem ser padronizados e controlados; a partir desse momento, haverá a repartição clara das responsabilidades de cada um dos envolvidos no desempenho de seus papéis.

A análise das especificidades e dos controles já previstos pelo Ministério da Saúde, em resoluções editadas pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária, é necessária para que possamos refletir sobre o impacto da reprodução assistida nas relações familiares.

Ressaltamos, porém, que alguns detalhes fogem da área jurídica, portanto procuraremos simplificá-los o que facilitará a compreensão do tema e tornará a leitura um pouco mais fluída.

3.1.1 – Banco de Células Germinativas

A ANVISA, Agência Nacional de Vigilância Sanitária, vinculada ao Ministério da Saúde, em fevereiro de 2006 - considerando a necessidade de garantir padrões técnicos e de qualidade em todo o processo de obtenção, processamento, registro e utilização de células e tecidos germinativos com fins terapêuticos e de garantir a disponibilidade de células e tecidos germinativos, provenientes de doação voluntária e anônima para fins terapêuticos de terceiros ou para a manutenção da capacidade reprodutiva do próprio doador, com qualidade e segurança - adotou a Resolução de n. 33 de 17 de fevereiro de 2006, emanada da Diretoria Colegiada (RDC), para instituir procedimentos relativos a bancos de células e tecidos germinativos³⁰⁶.

Pela resolução, foi criado o banco de células e tecidos germinativos conhecido pela sigla BCTG. O serviço do banco consiste na seleção de doadores ou doadoras, bem como na coleta, transporte, registro, processamento, armazenagem e liberação do referido material para uso terapêutico do próprio doador ou terceiros.

Para que possa funcionar, o serviço deve estar vinculado, de maneira formal, a um estabelecimento assistencial de saúde, especializado em reprodução humana, constituído legalmente.

A resolução ainda aprova, como anexo, o regulamento técnico para o funcionamento dos BCTGs e estabelece o prazo de um ano para que os bancos, em funcionamento na época, possam se adequar aos novos procedimentos, sob pena de sanção legal.

No texto da resolução encontramos a previsão de que seu texto, bem como o do seu regulamento técnico, deverão ser revistos a cada dois anos.³⁰⁷

³⁰⁶ Disponível no site <http://www.anvisa.gov.br>.

³⁰⁷ ANVISA. *Resolução da Diretoria Colegiada* – RDC n. 33, art. 6.º

Para funcionar, segundo o regulamento técnico, o BCTG deve apresentar licença emitida pelo órgão de Vigilância Sanitária competente, tendo validade de um ano, contado da data de sua emissão. Caso haja descumprimento de qualquer das previsões do regulamento técnico, a licença poderá ser cassada, assegurados o contraditório e a defesa do titular da licença.

Também após um ano contado do início de seu funcionamento, o BCTG deve, por determinação expressa do regulamento técnico, implantar um sistema de garantia de qualidade.³⁰⁸

Nos itens a seguir, analisaremos algumas das particularidades técnicas que envolvem o tema, tomando por base as previsões do Regulamento Técnico anexado à RDC n. 33 (Resolução da Diretoria Colegiada).

3.1.2 - Terminologia e definições

Selecionamos algumas definições expressas no regulamento técnico da RDC com o intuito de esclarecermos termos específicos utilizados e facilitar a compreensão da matéria. Vejamos:

BCTG Tipo 1 - BCTG com atividades exclusivas para sêmen.³⁰⁹

BCTG Tipo 2 - BCTG que, além do sêmen, realiza atividades relacionadas com oócitos, tecido testicular, ovariano e/ou pré-embriões.³¹⁰

Reprodução humana assistida - inclui as técnicas utilizadas para obtenção de uma gravidez sem relação sexual.³¹¹

³⁰⁸ ANVISA. *Resolução da Diretoria Colegiada* – RDC n. 33. Regulamento Técnico, A, item 2.

³⁰⁹ ANVISA. *Resolução da Diretoria Colegiada* – RDC n. 33. Regulamento Técnico, B, item 4.1, “e”.

³¹⁰ ANVISA. *Resolução da Diretoria Colegiada* – RDC n. 33. Regulamento Técnico, B, item 4.1, “f”.

³¹¹ ANVISA. *Resolução da Diretoria Colegiada* – RDC n. 33. Regulamento Técnico, B, item 4.1, “j”.

Uso terapêutico - utilização de células ou tecidos germinativos de um doador, para propiciar a capacidade reprodutiva e/ou endócrina própria ou capacidade reprodutiva de terceiros.³¹²

Taxa de fertilização - número de oócitos fertilizados dividido pelo número de oócitos inseminados (FIV) ou injetados (ICSI), multiplicado por 100.³¹³

Taxa de clivagem embrionária - número de pré-embriões que sofreram divisão celular dividido pelo número de oócitos que fertilizaram, multiplicado por 100.³¹⁴

Células germinativas - gameta masculino (espermatozóide) e gameta feminino (ovócito ou oócito).³¹⁵

Gameta (ovócito ou oócito e espermatozóide) - célula germinativa que, ao se unir a outra célula germinativa, origina uma célula diplóide que pode desenvolver-se e resultar em um novo indivíduo.³¹⁶

Pré-embrião - produto da fusão das células germinativas até 14 dias após a fertilização, *in vivo* ou *in vitro*, quando do início da formação da estrutura que dará origem ao sistema nervoso.³¹⁷

Sêmen - fluido composto por células germinativas, não germinativas e secreções produzidas pela próstata, ducto deferente distal e vesículas seminais, adicionadas sequencialmente, e eliminado pela uretra durante a ejaculação.³¹⁸

³¹² ANVISA. *Resolução da Diretoria Colegiada* – RDC n. 33. Regulamento Técnico, B, item 4.1, “m”.

³¹³ ANVISA. *Resolução da Diretoria Colegiada* – RDC n. 33. Regulamento Técnico, B, item 4.1, “n”.

³¹⁴ ANVISA. *Resolução da Diretoria Colegiada* – RDC n. 33. Regulamento Técnico, B, item 4.1, “o”.

³¹⁵ ANVISA. *Resolução da Diretoria Colegiada* – RDC n. 33. Regulamento Técnico, B, item 4.2, “a”.

³¹⁶ ANVISA. *Resolução da Diretoria Colegiada* – RDC n. 33. Regulamento Técnico, B, item 4.2, “c”.

³¹⁷ ANVISA. *Resolução da Diretoria Colegiada* – RDC n. 33. Regulamento Técnico, B, item 4.2, “d”.

³¹⁸ ANVISA. *Resolução da Diretoria Colegiada* – RDC n. 33. Regulamento Técnico, B, item 4.2, “e”.

Tecido germinativo - tecido de origem ovariana ou testicular, contendo células germinativas.³¹⁹

Apresentadas as definições, teceremos alguns comentários sobre a competência e procedimentos a serem adotados pelos Bancos de Células e Tecidos Germinativos.

3.1.3 – Competência e procedimentos a serem adotados pelos Bancos de Células e Tecidos Germinativos

É atribuição dos BCTGs, efetuar e garantir a qualidade do processo de seleção de candidato(a) à doação de células e tecidos germinativos, obtendo seu Consentimento Livre e Esclarecido, conforme modelo padronizado pelo BCTG, de acordo com a legislação vigente.

Compete, ainda, ao BCTG garantir a qualidade do processo de conservação dos tecidos e células que estejam sob a sua responsabilidade e fornecer todas as informações necessárias a respeito da amostra a ser utilizada, respeitando o sigilo, cabendo ao médico do(a) paciente a responsabilidade pela sua utilização.

Deverá, também, manter arquivo próprio com dados sobre:³²⁰

- o(a) doador(a);
- os respectivos documentos de autorização de doação;
- as amostras doadas, as amostras processadas, as amostras armazenadas, as amostras descartadas e o motivo do descarte, as amostras liberadas para uso terapêutico reprodutivo, respeitada a legislação vigente;
- dados dos receptores e o resultado do procedimento.

O BCTG deverá enviar, preferencialmente por meio eletrônico, um relatório semestral com os dados quantitativos de produção do BCTG ao Órgão Federal de Vigilância Sanitária, informando (dados já atualizados segundo Resolução n. 29 de 12 de maio de 2008):³²¹

³¹⁹ ANVISA. *Resolução da Diretoria Colegiada* – RDC n. 33. Regulamento Técnico, B, item 4.2, “f”.

³²⁰ ANVISA. *Resolução da Diretoria Colegiada* – RDC n. 33. Regulamento Técnico, C, item 5, “i”.

³²¹ ANVISA. *Resolução da Diretoria Colegiada* – RDC n. 33. Regulamento Técnico, C, item 5, “j”.

- número de doadores triados;
- número de amostras coletadas, por tipo de amostra;
- número de amostras processadas, por tipo de amostra;
- número de amostras/alíquotas descartadas, por tipo de amostra;
- número de amostras/alíquotas armazenadas, por tipo, prontas para uso;
- número de amostras/alíquotas, por tipo, utilizadas para fins terapêuticos;
- número de amostras/alíquotas, por tipo, utilizadas para pesquisa;
- número de pré-embriões produzidos e utilizados;
- número de procedimentos de fertilização *in vitro* convencional;
- número de procedimentos de fertilização *in vitro* com injeção intracitoplasmática de espermatozóide (ICSI);
- taxa de fertilização por técnica;
- taxa de clivagem por técnica.

Em relação às características exigidas para os ambientes, o regulamento técnico determina que o consultório de triagem do doador - sala destinada a entrevistas e exames de potenciais doadores - deve garantir sua total privacidade.³²²

Em relação à sala de processamento, devem ser observados, dentre outros, o acesso restrito pelo vestiário de barreira; sistema de climatização que mantenha pressão positiva em relação aos ambientes adjacentes e condições de controle da temperatura entre 21°C a 24°C e umidade relativa do ar entre 40% e 60%.³²³

Já quanto à sala de criopreservação e armazenamento, ambiente destinado à guarda de células e tecidos germinativos e de embriões em equipamentos específicos, o armazenamento poderá ser efetuado em congelador acionado por energia elétrica ou que faça uso de nitrogênio, com temperatura igual ou inferior a 135°C negativos. Toda a área deve ter controle de temperatura ambiental.³²⁴

Na área do Laboratório de Fertilização *in vitro* - ambiente destinado ao processamento de oócitos, espermatozóides de coletas alternativas, tecidos ovarianos e testiculares e pré-embriões, e destinado à execução das técnicas de fertilização *in vitro* -, o

³²² ANVISA. *Resolução da Diretoria Colegiada* – RDC n. 33. Regulamento Técnico, D, item 9.4.1.

³²³ ANVISA. *Resolução da Diretoria Colegiada* – RDC n. 33. Regulamento Técnico, D, item 9.4.5.1.

³²⁴ ANVISA. *Resolução da Diretoria Colegiada* – RDC n. 33. Regulamento Técnico, D, item 9.4.5.2, “a”.

sistema de climatização deve manter pressão positiva em relação aos ambientes adjacentes, condições de controle da temperatura entre 21°C a 24°C e umidade relativa do ar entre 40% e 60%.³²⁵

Para garantia de seu funcionamento em quaisquer situações os BCTG devem possuir sistema de energia elétrica de emergência.³²⁶

Para garantir a segurança e perfeita conservação do material conservado, os BCTGs devem dispor de um sistema de segurança, incluindo monitoramento da temperatura dos equipamentos de armazenamento, alarmes em casos de mau funcionamento ou temperaturas excedendo os limites permitidos, e instruções de procedimentos corretivos de emergência, bem como plano de remoção do material em casos de sinistros.³²⁷

Continuamos a abordar assunto relacionado ao Banco de Células, mas com os incrementos trazidos por recente Resolução.

3.1.4 - Cadastro Nacional dos Bancos de Células e Tecidos Germinativos

Em maio de 2008, a Diretoria Colegiada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, considerando a necessidade de regulamentar o funcionamento do sistema nacional de produção dos embriões humanos disponíveis, adota a resolução de n. 29, publicada, precisamente, em 12 de maio de 2008.³²⁸

A Resolução 29 institui os procedimentos relativos ao cadastramento nacional dos Bancos de Células e Tecidos Germinativos (BCTG) e às informações da produção dos Embriões Humanos não utilizados, produzidos por técnicas de fertilização *in vitro*.

Institui, também, o Sistema Nacional de Produção de Embriões – SisEmbrio, aprovando, na forma de anexos, o Regulamento Técnico para o cadastro dos BCTGs e envio de informações.

³²⁵ ANVISA. *Resolução da Diretoria Colegiada* – RDC n. 33. Regulamento Técnico, D, item 9.4.6, “d”.

³²⁶ ANVISA. *Resolução da Diretoria Colegiada* – RDC n. 33. Regulamento Técnico, D, item 9.5, “a”.

³²⁷ ANVISA. *Resolução da Diretoria Colegiada* – RDC n. 33. Regulamento Técnico, D, item 19.3, “a”.

³²⁸ Disponível no site <http://www.anvisa.gov.br>.

O não cumprimento daquilo que foi disposto na Resolução 29, segundo previsão expressa, configurará infração sanitária e sujeitará o infrator às penalidades previstas em lei.³²⁹

A exemplo do que foi feito na Resolução 33, existe determinação no sentido de revisão, no mínimo a cada três anos, da resolução e anexos.³³⁰

Tanto a criação quanto a manutenção do Sistema Nacional de Produção de Embriões - SisEmbrio são de responsabilidade da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, mas o preenchimento e a atualização do SisEmbrio é de responsabilidade dos BCTGs.

Os Bancos de Células e Tecidos Germinativos, após se cadastrarem no sistema de Cadastros da ANVISA, deverão preencher, eletronicamente, os formulários que alimentarão o Sistema Nacional – SisEmbrio.

Os Bancos de Células tiveram até 10 de agosto de 2008, para enviar os dados referentes a todos os embriões produzidos por fertilização *in vitro* até o dia 31 de dezembro de 2007, e que não tinham sido utilizados no respectivo procedimento.³³¹

Os BCTGs deverão atualizar o SisEmbrio anualmente, enviando os dados referentes a todos embriões produzidos por fertilização *in vitro* e que não tenham sido utilizados no respectivo procedimento. Os dados deverão ser enviados até o dia 31 de janeiro do ano subsequente.³³²

A ANVISA, por sua vez, disponibilizará em seu sítio eletrônico os dados consolidados por Estado, em um período de até trinta dias após o recebimento das informações dos bancos.

A título informativo e também para que possamos demonstrar a proporção do problema que envolve o destino a ser dado aos embriões excedentários, apresentamos algumas informações retiradas do primeiro relatório divulgado pela ANVISA,

³²⁹ ANVISA. *Resolução da Diretoria Colegiada* – RDC n. 29, art. 5.º.

³³⁰ ANVISA. *Resolução da Diretoria Colegiada* – RDC n. 29, art. 6.º.

³³¹ Prazo final determinado pelo art. 1.º da Resolução *Diretoria Colegiada* – RDC n. 50, de 16/07/08.

³³² ANVISA. *Resolução da Diretoria Colegiada* – RDC n. 29. Regulamento Técnico, D, item 9.3.

disponibilizando os dados consolidados do SisEmbrio³³³, após o encerramento do prazo cadastral.

Foram cadastrados, até 10 de agosto de 2008, 50 (cinquenta) BCTGs, de um número estimado de 120 (cento e vinte) clínicas de reprodução humana assistida no país. O trabalho da ANVISA, nesses termos, aponta os seguintes números consolidados no relatório indicado:

Total de embriões que foram congelados no Brasil –	47.570
Embriões congelados até 28/03/05 –	25.693
Embriões congelados até 28/03/05 doados para pesquisa –	573
Embriões congelados até 28/03/05 disponíveis para pesquisa –	25.120
Embriões não inviáveis, congelados após 28/03/05, e indisponíveis para a pesquisa –	20.064
Embriões inviáveis, congelados após 28/03/05 –	1.813

O segundo relatório divulgado pela ANVISA³³⁴, em 27 de março de 2009, sobre os bancos de células e tecidos germinativos que informaram seus dados até 31 de janeiro de 2009, apresenta os seguintes números referentes ao ano de 2008:

Total de embriões que foram congelados no Brasil em 2008 –	5.539
Embriões inviáveis	449
Embriões não inviáveis	5.090
Embriões congelados até 28/03/05, doados para pesquisa, informados no SisEmbrio – 2008	358

De acordo com esse último relatório, a ANVISA estima que há, ainda, um número expressivo de BCTGs não cadastrados e, por esta razão, planeja desenvolver, em

³³³ http://www.anvisa.gov.br/sangue/sisembrio_relatorios.htm, acessado em 13/01/09.

³³⁴ http://www.anvisa.gov.br/sangue/sisembrio_relatorios.htm, acessado em 05/07/09.

2009, ações para aumentar a adesão ao SisEmbrio e garantir o integral cumprimento da legislação sanitária.

Como podemos constatar, ainda que nem todas as clínicas tenham cadastrado seus bancos de células e que os números acima apresentados não reflitam a realidade de congelamentos, não é difícil notar que a situação demanda ações legais efetivas na proteção e regulação do uso e destino dos embriões, tendo em vista que as práticas reprodutivas vêm sendo cada vez mais procuradas e a situação já se apresenta como crônica.

Voltaremos ao tema e enfrentaremos a questão do destino dos embriões excedentários em item próprio, por ora, continuamos com a análise do controle do material genético a ser utilizado na Reprodução Assistida.

3.1.5 – A manifestação da vontade: Consentimento Informado e Autorização do Casal

Sabe-se que a manifestação livre e consciente da vontade é requisito de validade para todo e qualquer negócio jurídico.

Antonio Junqueira de Azevedo, sobre vontade assim disserta:

“A declaração da vontade, tomada primeiramente como um todo, deverá ser:

a) *resultante de um processo volitivo*; b) *querida com plena consciência da realidade*; c) *escolhida com liberdade*; d) *deliberada sem má-fé*.”³³⁵

No caso da utilização das técnicas de assistência à reprodução com mais razão ainda, pois o fim perseguido é a concepção de um filho, fato que por si só demonstra a seriedade das consequências que o envolvem, tanto no campo jurídico quanto no campo das relações afetivas.

³³⁵ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*. 4.^a ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n.10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 43. Completa, ainda, o autor, sobre a nota acima transcrita que “se não for assim, o negócio poderá ser nulo, por exemplo, no primeiro caso, por coação absoluta, ou falta de seriedade; anulável por erro ou dolo, no segundo; por coação relativa, no terceiro; e por simulação, no quarto”. *Idem, ibidem*.

Qualquer vício que ataque o consentimento dos envolvidos não poderá ser sanado, sem que graves sequelas surjam, pois uma vida foi gerada e não poderá ser apagada.

A manifestação da vontade necessária para os procedimentos de reprodução assistida tem de ser estudada sob dois aspectos: o primeiro é o consentimento do ponto de vista da relação médico-paciente, em que a compreensão das ações pertinentes ao tratamento e seus possíveis efeitos deve ser garantida ao paciente de modo a cumprir o dever inerente à profissão médica e, sobretudo, efetivar o direito de escolha dos envolvidos que somente poderá ser adequadamente realizado se eles puderem compreender claramente o sentido e o alcance das implicações das técnicas às quais irão se submeter.

O outro aspecto diz respeito à relação familiar, pois submeter-se a qualquer uma das técnicas disponíveis enseja, antes de tudo, decisão livre e consentida do casal, que deverá atentar para as implicações e efeitos dos procedimentos escolhidos.

Passemos à análise do primeiro aspecto.

Na área médica, o consentimento livre e informado é requisito essencial para a prática de qualquer procedimento, pois segundo os princípios que regem a Bioética³³⁶ - a saber, Princípio do Respeito à Autonomia, Princípio da Beneficência, Princípio da Não Maleficência e Princípio da Justiça -, estabelecem-se, dentre os deveres médicos, a informação completa quanto às técnicas médicas a serem aplicadas, bem como a consciência de seus riscos.

O dever de informar dos médicos impõe-se em todas as fases o tratamento.

Nas palavras de Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo:

³³⁶ Os princípios da Bioética podem ser assim consolidados: *Princípio da Autonomia* “se refere ao respeito devido aos direitos fundamentais do homem, inclusive o da autodeterminação. (...) É sobre esse princípio que se fundamentam sobretudo a aliança terapêutica entre médico e paciente e o consentimento aos tratamentos diagnósticos e de terapia; esse princípio faz parte integrante do benefício e está a seu serviço” (SGRECCIA, Elio. *Op. cit.*, p. 167). *Princípio da Justiça* “se refere à obrigação de igualdade de tratamento (...)” (*Idem, ibidem*). O *Princípio da Beneficência* “diz respeito à atuação do médico, que deseja realizar seu dever levando em conta a autonomia do paciente” (SOARES, André Marcelo M; Piñeiro, Walter Esteves. *Bioética e Biodireito: uma introdução*. São Paulo: Edições Loyola; Rio de Janeiro: São Camilo, 2002, p. 32). Por derradeiro, o *Princípio da Não maleficência* “aponta para a prática do médico, que jamais deve realizar seu trabalho submetendo seu paciente a risco. Em caso em que o risco não pode ser afastado, o médico deverá, utilizando-se de sua perícia, apontar numa escala qual dos riscos é o menor” (*Idem, ibidem*).

“Na fase inicial do contato médico, não só o diagnóstico deve ser informado, como também as possíveis opções de tratamento, para o que deverão ser esclarecidos ao paciente os potenciais riscos e prejuízos. O objetivo de eventuais exames receitados deverá ser pormenorizadamente explicado. E, se durante o tratamento, novas informações se tornam necessárias – como, por exemplo, quando há aumento dos riscos devido a complicação específica ou mesmo novas alternativas de tratamento – o médico deverá fornecê-las ao paciente.”³³⁷

Salienta o autor que “em alguns contextos clínicos, a necessidade de informação seria até mesmo maior, sobretudo quando os resultados são incertos”³³⁸.

É claro que há quem discuta a real consciência da pessoa quanto aos atos médicos a que se submeterá quando está acometida de enfermidade grave que, simplesmente pela sua existência, poderia ser capaz de retirar da pessoa a real capacidade de decisão, por estar, no mínimo, emocionalmente envolvida.

Não é menor o envolvimento daqueles que procuram assistência médica quando não conseguem, por meio de relações sexuais, ter concretizado o desejo de procriar.

Nem por isso, as informações precisas quanto aos métodos e técnicas a serem empregados e os riscos a eles relativos poderão deixar de lhes ser informados.

No que tange ao consentimento informado, expressão que comumente se utiliza quando se estuda o consentimento na relação médico paciente, Gilberto Baumann de Lima, faz alguns esclarecimentos:

“*Consentimento informado* é conceito jurídico e não médico, odontológico, fisioterápico, etc. A consciência dessa constatação nos faz entender que os cuidados com sua concepção e alcance estão localizados na esfera de atuação dos advogados e demais operadores do direito e não na área específica dos profissionais de saúde.”³³⁹

Complementa, ainda, seu raciocínio, fazendo um alerta:

³³⁷ RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *O dever de informar dos médicos e o consentimento informado*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 72.

³³⁸ *Idem*, p. 72.

³³⁹ LIMA, Gilberto Baumann. *Consentimento informado na relação entre profissionais e instituições de saúde e seus paciente*. Londrina: G.B.de Lima, 2005, p. 28.

“Um engano muito freqüente que deve ser evitado é o de ser o *consentimento informado* reduzido a um simples formulário, essa idéia imediatista leva à super valorização de um documento isolado, muitas vezes em detrimento de um conjunto de atos e fatos que poderão confirmar ou negar o próprio conteúdo do termo de consentimento formalizado.”³⁴⁰

Na busca do efetivo e real consentimento informado, Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo ensina que “para que a decisão do paciente possa ser de fato autêntica, informada e esclarecida, refletindo seus verdadeiros desejos, o consentimento não prescinde de três requisitos básicos, quais sejam, a capacidade (ou competência), a informação e a voluntariedade”³⁴¹.

Para o autor, “sem qualquer desses três elementos os efeitos jurídicos da obtenção do consentimento serão frustrados”³⁴².

Luísa Neto, em obra específica sobre o *Direito Fundamental à disposição do próprio corpo*, assevera que “quanto à legitimação e capacidade para consentir, deve entender-se que legitimado para consentir está normalmente só o titular do bem jurídico em questão, salvo se não tiver capacidade para tal (...)”³⁴³. Para o tema objeto de nossa pesquisa – reprodução assistida –, reforçamos ser necessário o consentimento de todos os envolvidos, em regra, os futuros pais que buscam a concretização da procriação e, quando for o caso, de terceiro envolvido.

Concernente à informação a ser transmitida, Joppert, a despeito da dificuldade quanto à barreira linguística, considera que “de uma forma geral, as informações deverão ser verdadeiras, claras e suficientes, assim como as que devem ser prestadas em qualquer caso de dever de informação”³⁴⁴.

É claro que o obstáculo, encontrado em termos médicos e na dificuldade de tradução das possibilidades terapêuticas para linguagem compreensível aos leigos, pode dificultar a comunicação médico-paciente, mas não pode servir de escusa para que a informação não seja prestada.

³⁴⁰ LIMA, Gilberto Baumann. *Op. cit.*, p. 28.

³⁴¹ RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Op. cit.*, p. 89.

³⁴² *Idem, ibidem*.

³⁴³ NETO, Luísa. *O Direito Fundamental à disposição sobre o próprio corpo (A Relevância da vontade na configuração do seu regime)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 368.

³⁴⁴ RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Op. cit.*, p. 91.

Como evidenciado, as informações deverão ser *verdadeiras* – corresponder à realidade do paciente e do tratamento sugerido -; *claras* – traduzidas em termos de possível compreensão, de forma a permitir seu perfeito conteúdo e alcance -, e, por fim, *suficientes* – para garantir que todo o conhecimento necessário sobre o procedimento a ser empregado tenha sido transmitido.

A voluntariedade, por seu turno, acaba por expressar que a manifestação da vontade precisa ser livre e isenta de vícios.

Observamos que o requisito da voluntariedade somente poderá ser adequadamente obedecido quando o paciente, capacitado para decidir livremente, tenha compreendido as informações que lhe tenham sido passadas, pois a liberdade de escolha depende absolutamente do cumprimento de seu direito à informação.

Resta-nos concluir que o tema do consentimento é fascinante e, frequentemente, é objeto de investigações científicas, sobretudo quanto se refere ao consentimento para tratamento médico, contudo, diante do que já pudemos expor, em relação às diversas técnicas de reprodução assistida, há de haver, sem sombra de dúvida, o consentimento livre, informado e esclarecido de parte de todos os envolvidos, para que sejam garantidas, como acima afirmamos, a liberdade de escolha e a decisão consciente do casal.

Apresentadas essas considerações, passamos a abordar a questão da autorização do casal.

Para vislumbrarmos a importância da autorização materno-paternal, reproduzimos as assertivas de Maricruz Gomes de La Torre Vargas:

“Tanto as ações de reclamação como as de impugnação sofrem restrições ou proibições com as novas técnicas de reprodução assistida; estas limitações se estabelecem sobre a base do consentimento prestado para a sua realização. Portanto, o consentimento, quando há fecundação assistida, não só

constitui um requisito essencial para que nasçam relações paterno-materno-filiais, mas também por sua vez constitui uma limitante para as ações de filiação.”³⁴⁵

Como se depreende do texto acima, o consentimento, além de garantir a transparência e o caráter inequívoco do acordo firmado entre o casal, acaba por representar uma ação preventiva no que se refere às ações relativas à paternidade, como se verá logo mais adiante.

Afirmamos que acerca da autorização no Código Civil de 2002, o legislador, no mínimo, foi econômico.

Preocupou-se somente em determinar ser imprescindível a autorização do marido para a presunção da filiação do filho havido da inseminação artificial heteróloga.

Não se duvida da importância da autorização do marido para esta possibilidade, contudo questiona-se se não seria da mesma forma essencial que se exigisse autorização expressa de todos os envolvidos para garantir a lisura do emprego dos procedimentos e, principalmente, para que equívocos fossem evitados.

Explicamos. Na questão da presunção de filiação acima descrita, não seria necessário também exigir a autorização da mãe que deverá estar plenamente ciente de que o filho que gerará não carregará o material genético de seu marido?

Outro fato nos intriga, por qual razão possibilidade similar não se abriu à mulher? Não poderá ela utilizar óvulos de doadoras com o espermatozóide de seu marido para realizar o desejo de ter um filho? Imaginemos uma mulher de 45 anos, no gozo de sua saúde perfeita, mas que não mais produz óvulos fortes o suficiente para serem fecundados. Não poderá ela socorrer-se de uma doadora e, com o consentimento livre e informado tanto dela quanto do marido, ter o desejo da maternidade realizado?

Ou seja, identificamos que exigir apenas a autorização do marido em caso de inseminação artificial heteróloga deixa transparecer uma certa parcialidade legislativa que atinge diretamente a isonomia entre homens e mulheres, prevista constitucionalmente.

³⁴⁵ “Tanto las acciones de reclamación como las de impugnación sufren restricciones o prohibiciones con las nuevas técnicas de reproducción asistida; estas limitaciones se establecen sobre la base del consentimiento prestado para la realización de ellas. Por tanto, el consentimiento, cuando hay fecundación asistida, no solo constituye un requisito esencial para que nazcan las relaciones paterno-materno-filiales, sino que a su vez constituye una limitante para las acciones de filiación.” VARGAS, Maricruz Gomes de La Torre. *La fecundación in vitro y la filiación*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1993, p. 148.

No caso de fecundação artificial homóloga, por exemplo, o Código Civil é silente quanto à necessidade de autorização do “futuro falecido” para que seu material genético possa ser utilizado após a sua morte, também se omitindo em relação ao possível falecimento da esposa.

Questionamos, destarte, se mesma opção não deve ser dada à esposa que poderá congelar seus óvulos e permitir que, após sua morte, uma mãe de substituição possa, após ter havido a fecundação, gerá-lo, sendo presumidamente seu filho.

Quanto aos excedentários, idênticas são as observações, isto é, a não exigência legal de manifestação livre e consciente da vontade de ambos os envolvidos, homem e mulher, não significa sua dispensa, apenas traduz a falta de detalhamento técnico-legislativo em relação ao tema da reprodução assistida.

Não são estas as únicas omissões. Omitiu-se também o legislador quanto à forma e possível revogabilidade da autorização prevista na hipótese de inseminação heteróloga.

Heloisa Helena Barboza, sobre a autorização marital, prevista pelo inciso IV do artigo 1.597, constata que “a lei não disciplinou a referida autorização, sequer quanto a sua natureza ou revogabilidade”³⁴⁶.

Continua a autora a refletir:

“A rigor, portanto, poderia o marido contestar a paternidade, conforme artigo 1.601, o que seria um contra-senso. O mesmo deve ser dito com relação ao artigo 1.599, segundo o qual a prova da impotência do cônjuge para gerar, à época da concepção, ilide a presunção de paternidade.”³⁴⁷

A discussão sobre a possibilidade de existirem ou não ações para investigar ou negar a paternidade será vista por nós ainda neste capítulo, agora, nos ateremos ao consentimento.

Ressaltados os questionamentos acerca da necessidade ou não de autorização expressa para a utilização de qualquer um dos seus procedimentos, antes de passarmos para a análise dos requisitos formais que, embora não previstos na legislação

³⁴⁶ BARBOZA, Heloisa Helena. *Reprodução Assistida e o novo Código Civil*. In *Bioética, Biodireito e o Código Civil de 2002*. Coordenadores: Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.239.

³⁴⁷ *Idem, ibidem*.

atual, a nosso ver, necessitam ser exigidos, registramos nossa posição quanto ao tratamento que se deve dar ao assunto e nossos argumentos.

Em suma, no que se refere à autorização, três são as questões a serem respondidas:

Há a necessidade de autorização da mulher quando tratar-se de procedimento heterólogo?

Há a necessidade de autorização para a fecundação artificial homóloga?

Há a necessidade de autorização para a utilização dos embriões excedentários?

Começemos pela primeira. Observa-se que o único inciso em que o legislador do Código Civil de 2002 mencionou, expressamente a necessidade de autorização, foi aquele que trata da inseminação artificial heteróloga, ou seja, julgou-se necessária a convivência do varão para que o procedimento fosse realizado.

De acordo com o que já abordamos no primeiro capítulo, cremos que a menção apenas ao marido foi fruto, em primeiro lugar, da utilização, no inciso V do art. 1.597, da expressão *inseminação*, que significa *colocação do sêmen dentro do corpo da mulher*, portanto, tacitamente, o ato teria de ser consentido por ela ao submeter-se ao procedimento médico.

Em segundo lugar, parece-nos que o legislador não atentou para o fato de que há também a possibilidade de utilizarmos óvulos de doadoras, o que ensejaria a manifestação expressa da esposa, consentido com uso de material genético que não é seu, como acima mencionado.

Por outro lado, essa falha legislativa também pode ser apontada quando detectamos que em caso de doadora de óvulo, a técnica a ser utilizada seria a de fecundação *in vitro* e não inseminação.

Podemos ainda nos perguntar se, ao invés de falha legislativa, não foi esse o critério querido pelo legislador, qual seja, de permitir somente a inseminação heteróloga, desejando apenas admitir a doação de sêmen.

Entendendo assim a vontade do legislador, foi aprovado na III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, realizada de 1.º a 3 de dezembro de 2004, o Enunciado de n. 257, em que a justificativa apresentada para a interpretação proposta foi exatamente a idéia de ter sido proposital a diferenciação das expressões utilizadas no texto legal, para admitir a participação somente de doador de sêmen e não de óvulo, como segue:

*“Enunciado 257 - Art. 1.597: As expressões “fecundação artificial”, “concepção artificial” e “inseminação artificial”, constantes, respectivamente, dos incs. III, IV e V do art. 1597 do Código Civil, devem ser interpretadas restritivamente, não abrangendo a utilização de óvulos doados e a gestação de substituição.”*³⁴⁸

A nosso ver, ainda que tivesse sido esta a vontade legislativa, teria de ser havida como inconstitucional, pois, desde 1988, a Constituição Federal garante tratamento isonômico ao homem e à mulher.³⁴⁹

Ora, se o tratamento constitucionalmente garantido assegura a igualdade, temos de conceber, em uma interpretação conforme seus princípios, que poderá haver tanto a utilização de sêmen quanto de óvulo doados, ensejando a admissão de inseminação artificial heteróloga e também da fertilização *in vitro* heteróloga, o que acaba por tornar imprescindível a prévia autorização, de ambos os cônjuges, sempre que há material de doador envolvido.

Ainda para reforçar, a autorização de ambos impede o erro no consentimento, pois dispensando-se a autorização da mulher ela poderia correr o risco de gerar uma criança com material genético estranho ao casal sem saber desta situação.

Destarte, a presunção do inciso V do art. 1.597, de acordo com a Constituição Federal de 1988, faz imperar a necessidade de autorização de ambos os consortes, admitindo-se tanto a inseminação quanto a fertilização heterólogas.

³⁴⁸ Disponível no site www.jf.jus.br.

³⁴⁹ No sentido de demonstrar que o próprio Centro de Estudos do Conselho da Justiça Federal admitiu a generalidade das expressões, transcrevemos, novamente, o Enunciado 105, aprovado na primeira Jornada de Direito Civil, realizada em Brasília, em setembro de 2002 que, diante das diversas expressões utilizadas pelo legislador do Código Civil de 2002, recomenda: “As expressões ‘Fecundação artificial’ e ‘inseminação artificial’ constantes, respectivamente, dos incisos III, IV e V do art. 1.597 deverão ser interpretadas como ‘técnica de reprodução assistida’”. Disponível no site www.jf.jus.br.

Com referência ao segundo questionamento, analisamos se há a necessidade de autorização para a realização de fecundação artificial homóloga, a despeito da omissão do legislador no inciso III do art. 1.597.

O referido inciso nada expressa quanto à necessidade de autorização de ambos ou qualquer um dos cônjuges ou companheiros. Supõe-se que o legislador, por tratar-se de procedimento que envolve apenas sêmen e óvulo do próprio casal, não vislumbrou a indispensabilidade da autorização.

Acreditamos, diferentemente, ser indispensável a manifestação expressa e inequívoca do consentimento dos envolvidos, exatamente para conferir segurança ao procedimento que poderá ser realizado, conforme permissivo legal, mesmo após o falecimento do marido.

A abertura legislativa nos faz entender que para que se possa proceder a utilização de material criopreservado, seja sêmen ou óvulo ou o próprio embrião, não há outra forma segura senão aquela que exige o consentimento inequívoco do casal.

Há, ainda, outra omissão que precisa ser ressaltada: previu-se a presunção de paternidade para os filhos havidos por fecundação homóloga, mesmo que falecido o marido, mas e se a falecida for a esposa? Poderíamos aplicar a mesma presunção, só que agora de maternidade?

Aceitando a legislação as técnicas de reprodução assistida, não poderá esquivar-se da assistência por cessão temporária de útero, matéria a ser estudada ainda neste capítulo.

Olvidou-se o legislador da hipótese do embrião gerado em útero de terceira, que cede seu corpo, diante da impossibilidade da mulher de levar a termo uma gestação.

Cremos que a autorização expressa da mulher no sentido de que seu material possa ser utilizado mesmo após a sua morte, resguarda-lhe o mesmo direito conferido ao varão, traduzindo o respeito ao tratamento igualitário previsto constitucionalmente.

De qualquer forma, cumpre-nos lembrar que a possibilidade de nascimento de filho após o falecimento de qualquer um dos pais gera problema sucessório, por nós já levantado e, nesse mesmo capítulo, a ser analisado.

Pelo exposto, não pode ser outra a nossa conclusão: ainda que a fecundação seja realizada com material do próprio casal, para que vícios de consentimento sejam

evitados e para que possa ser autorizada ou não a utilização desse material após a morte de qualquer um dos genitores, mas, sobretudo, para que se garanta a isonomia de tratamento entre os envolvidos, a autorização de ambos – futuros pai e mãe – é indispensável.

Por fim, respondemos ao último questionamento com relação à autorização para a utilização de embriões excedentários, uma vez que fora presumida a paternidade para os filhos nascidos, nessa hipótese, a qualquer tempo, pelo inciso IV do art. 1.597.

Para Carlos Eduardo Nicoletti Camillo, a expressão a qualquer tempo legitima a interpretação de ser necessária a autorização tanto do pai quanto da mãe biológicos, como segue: “exige-se, à evidência, consentimento do casal para sua consecução, especialmente levando-se em consideração a expressão utilizada pelo legislador a qualquer tempo.”³⁵⁰

Antes de mencionarmos a questão do consentimento, neste caso específico de embriões excedentários, assinalamos que, no nosso entendimento, são filhos por presunção, não somente porque carregam o material genético de seus pais, mas porque esses embriões literalmente *sobraram* do processo de fecundação homóloga, procedimento desejado e realizado por seus genitores, aí a razão de que estes sejam considerados pais, caso os embriões excedentes sejam implantados.

Aliás, faz-se mister que a presunção também seja estendida para os embriões excedentários da fertilização heteróloga, nascidos a qualquer tempo, pois se ambas as possibilidades – homóloga e heteróloga – são passíveis de presunção pelos incisos III e V do art. 1.597 do CC, por que somente os excedentários da homóloga podem ser considerados filhos por presunção? A permissão legislativa legitima a submissão às técnicas médicas, tanto aquela que utiliza material do próprio casal, quanto a que permite a utilização de material de doador.

Neste caso, não poderá haver, a nosso ver, discriminação dos excedentários, pois os excedentários da fertilização heteróloga não poderão ser considerados filhos de ninguém, tampouco filhos de quem doou o material, ou seja, seus pais são aqueles que buscaram as técnicas médicas e a elas se submeteram, devendo responder por todas as suas

³⁵⁰ CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti. *Comentários ao Código Civil*. Coordenação Carlos Eduardo Nicoletti Camillo et al. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2006, p. 1164.

implicações, inclusive quanto à responsabilidade que devem ter em relação aos excedentários.

Em relação ao consentimento, levando-se em conta tudo o que argumentamos para os dois questionamentos anteriormente feitos, aqui, da mesma forma, buscando evitar qualquer espécie de vício de consentimento, assegurando-se que seja respeitada a vontade do casal em termos de planejamento familiar e tendo em vista a garantia da igualdade de tratamento entre homens e mulheres, a decisão e a manifestação de vontade têm de ser expressas de maneira inequívoca por ambos: pai e mãe que buscaram a reprodução assistida.

Se assim não se estabelecer, o nascimento de uma criança poderá ser determinado por razões outras que não aquela que se espera dever nortear o direito ao planejamento familiar.

Concluímos nossos argumentos em relação às três situações levantadas de necessidade de autorização materno-paternal, no que concerne à submissão às técnicas de reprodução assistida, reproduzindo as lições de Guilherme Calmon Nogueira da Gama:

“O casal – de cônjuges ou companheiros – poderá exercer plenamente, nos termos do art. 226, § 7.º, da Constituição Federal, o direito ao planejamento familiar, aí inserido o recurso às técnicas de reprodução assistida, mas deve atentar para os limites estabelecidos no próprio texto constitucional, como foi previamente ressaltado. Assim, um destes limites conduz à noção do projeto parental decorrente do desejo comum dos dois – homem e mulher – de formarem sua descendência com o auxílio da Medicina, o que exige decisão conjunta e, portanto, consenso conjugal direcionado à reprodução assistida.”³⁵¹

Em que pese já termos apresentado nossos argumentos quanto ao consentimento informado na relação médico-paciente e quanto à autorização mútua do casal diante das omissões legislativas, nada dissemos a respeito da forma que esse documento deverá ostentar.

Paulo Luiz Netto Lôbo, pautando-se pelo texto legal da presunção atribuída à inseminação artificial heteróloga, assim conclui: “A lei não exige que haja autorização

³⁵¹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil: família*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 352.

escrita, apenas que seja “prévia”, razão por que pode ser verbal e comprovada em juízo como tal.”³⁵²

A nosso ver, a omissão legislativa é fato, contudo, pensando na confiança sistêmica que deve se empregada no que tange à filiação resultante do emprego de técnicas artificiais de reprodução, acreditamos que apenas o consentimento verbal colocaria em risco a estabilidade familiar e poderia ensejar contestações judiciais futuras.

Sobre o tema, Carlos Eduardo Nicoletti Camillo, expressa sua posição:

“Embora a lei tenha silenciado a respeito, entendemos que as autorizações deverão ser obtidas por meio de instrumento público, não em face da oficialidade do ato, mas porque aquele instrumento se reveste de autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos.”³⁵³

O autor ainda convida-nos à reflexão sobre “a celeuma e trauma que poderão advir na hipótese de falsidade da declaração ou vício de consentimento”³⁵⁴.

Concordamos com o autor em relação à autenticidade e segurança do instrumento público, aliás, atributos de inquestionável importância nas novas relações paterno-filiais por nós aqui estudadas, contudo, acreditamos que a exigência de instrumento público representará um ônus muito gravoso aos interessados nas técnicas reprodutivas, bastando, a nosso ver, que a vontade seja manifestada por escrito, ficando a cargo dos envolvidos fazer a opção por instrumento público ou particular.

Cremos que o tratamento legal específico, por nós defendido, deverá também determinar que, em se tratando de assistência reprodutiva a ser prestada à pessoa casada ou que viva em união estável, no próprio consentimento a ser entregue ao médico, deverá haver a anuência do casal, independentemente da escolha do procedimento técnico a ser aplicado.

Tal medida teria o condão de diminuir problemas quanto ao *status* do filho concebido e garantiria que a concordância fosse manifestada de maneira inequívoca.

³⁵² LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Op. cit.*, p. 53.

³⁵³ CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti. *Op. cit.*, p. 1164.

³⁵⁴ *Idem, ibidem.*

Esse consentimento, em se tratando de procedimento que facilita e promove o nascimento de novos seres – em situações em que fosse utilizado material genético de doador e/ou houvesse embriões excedentários -, deve alimentar um banco de informações específico, ligado aos BCTGs, para arquivo das autorizações emitidas.

Para lembrar, a atribuição dos Bancos de Células e Tecidos Germinativos consiste, dentre outros, na manutenção de arquivo próprio com dados sobre o(a) doador(a), os receptores e o resultado do procedimento, competindo aos BCTGs, inclusive, o arquivo dos termos de consentimento de doadores e receptores, quando for o caso.³⁵⁵

Ou seja, medidas garantidoras de que o consentimento para o procedimento e a anuência mútua do casal também possam ser preservados.

Aliás, a exigência da manifestação mútua do casal deve ser pré-requisito estabelecido legalmente, sem o qual o procedimento não poderá ser realizado.

É claro que os interessados em qualquer um dos procedimentos disponíveis em reprodução assistida devem tomar as devidas cautelas em busca de uma clínica ou hospital que esteja cadastrado no SisEmbryo - Sistema Nacional de Produção de Embriões, pois somente assim o fazendo contarão com serviços que obedecem a todas as exigências legais para a manipulação de material genético e correspondente arquivo de informações.

Ou seja, podemos concluir que, uma vez dada a abertura legislativa, como fez o Código Civil de 2002, para as novas técnicas reprodutivas, não pode o Estado confiar às mãos de particulares informações que interferem diretamente na segurança das relações familiares e podem ser geradoras de instabilidade social.

Nesse aspecto, o poder público já começa a se organizar para controlar o uso de material genético doado, mas tem, sobretudo, a obrigação de se organizar para ampliar esse controle conferido aos casos de reprodução assistida.

Se por um lado o avanço das técnicas significa a cura da enfermidade da esterilidade e infertilidade, por outro, demanda uma ação política substancial e organizada nacionalmente.

³⁵⁵ ANVISA. *Resolução da Diretoria Colegiada* – RDC n. 33. Regulamento Técnico, C, item 5, “i”.

Nesse sentido, defendemos o consentimento expresso e registrado em sistema nacional controlado pelo poder público.

Na esteira do controle proposto, caminhamos na análise.

3.1.6 – Controle do material genético doado a ser utilizado na Reprodução Assistida

Um das maiores preocupações para que se promova o controle do material genético doado a ser utilizado para a reprodução é o fato de que sem esse mecanismo poderiam ocorrer matrimônios entre parentes próximos, como, por exemplo, entre irmãos.

Se uma mulher deseja submeter-se ao procedimento da fertilização heteróloga com sêmen de doador Y e outra também escolhe o mesmo material, os frutos destas reproduções são irmãos unilaterais consanguíneos, ou seja, irmãos biológicos por parte de pai, sem saber que são irmãos.

Tanto na justificativa quanto na apresentação desta pesquisa afirmamos que matérias que já se encontravam suficientemente regulamentadas e satisfatoriamente disciplinadas, agora, por força do avanço da medicina na área reprodutiva, se mostram, mais uma vez, frágeis e abertas a falhas.

Somente para evidenciarmos a preocupação em evitar casamento entre parentes próximos, em tempos remotos, transcrevemos parte da disciplina trazida nas Institutas do Imperador Justiniano, Título X – Do casamento (*De nuptiis*)³⁵⁶:

“§ 1.º - Não é com toda e qualquer mulher que podemos casar, porque com algumas não devemos nos unir. Não podem ser contraídas núpcias entre pessoas que estão entre si na qualidade de ascendentes ou descendentes, como o pai com a filha, o avô com a neta, a mãe com o filho, o avô com o neto, e assim até o infinito.

E, se tais pessoas as contraírem, as núpcias serão criminosas e incestuosas.

(...)

§ 2.º - Também entre pessoas ligadas por parentesco colateral existe igual observância, porém não tão rigorosa. Certamente o casamento é proibido entre o irmão e

³⁵⁶ JUSTINIANO I, Imperador do Oriente, 483-565. *Institutas do Imperador Justiniano*: manual didático para uso dos estudantes de direito de Constantinopla, elaborado por ordem do Imperador Justiniano, no ano de 533 d. C.. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, pp. 43-44.

a irmã, quer sejam nascidos do mesmo pai e mãe, quer apenas do mesmo pai ou da mesma mãe.”

Essa vedação era prevista no Código Civil de 1916 e hoje consta do artigo 1.521, a saber:

“ Não podem casar:

I – ascendentes com descendentes, seja o parentesco natural ou civil;

(...)

IV – os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive;”

Observamos que as redações se assemelham, as consequências, porém, são um pouco divergentes, pois na época de Justiniano, os infratores eram considerados criminosos, o que já não acontece hoje.

Como vimos, havia a preocupação em coibir uniões incestuosas, elegendo as hipóteses entendidas como tal a impedimentos matrimoniais. O que não se poderia prever, sem que se conhecesse o avanço da ciência médica, é que as técnicas desenvolvidas por mãos humanas avançariam tanto em termos de ciência médica que regras, que funcionaram por quase dois mil anos, pareçam agora insuficientes.

Como, então, evitar que pessoas que são concebidas com material genético de um mesmo doador possam se encontrar no futuro e virem a se relacionar.

O grande problema é que não existe obrigação imposta aos pais de que contem aos filhos que não carregam seus materiais genéticos.

Se os filhos não sabem e os pais, por vezes, tentam esquecer, como se daria a proteção para que irmãos genéticos, ou, até mesmo pais e filhos biológicos, se encontrem e não se relacionem?

Ressaltamos, mais uma vez, a regra prevista na Resolução n. 1.358 de 11 de novembro de 1992, do Conselho Federal de Medicina, em seu Título IV – Doação de Gametas ou Pré-embriões, item 5:

“Na região da localização da unidade, o registro das gestações evitará que um doador tenha produzido mais que 2 (duas) gestações, de sexos diferentes, numa área de um milhão de habitantes.”

Dentre inúmeros projetos apresentados ao Congresso Nacional, dispondo sobre reprodução assistida, destacamos o de autoria do então deputado Dr. José Aristodemo Pinotti (PL n. 1135/2003), que mantém a mesma previsão da resolução quanto aos procedimentos a serem adotados com a utilização de material de doador, ou seja, não mais que duas gestações, de sexos diferentes, numa área de um milhão de habitantes.

Em que pese a busca da solução pelos médicos e legisladores, parece-nos que tal limitação não reduz, nem a um mínimo razoável, o risco de que se possa ter algum relacionamento entre filhos, frutos do emprego do material genético de um mesmo doador.

Limitar o nascimento a dois seres, de sexos diferentes, em uma área de um milhão, seria admitir, por exemplo, que na cidade de São Paulo, onde se encontram as mais avançadas clínicas de fertilização, possam existir entre 20 a 30 pessoas que são irmãs e desconhecem o fato.

Levando-se, sobretudo, em conta que o acesso aos procedimentos, na grande maioria dos casos, exige um amparo financeiro nada pequeno por parte dos casais, não é difícil imaginar que reduzimos as famílias a uma classe social diferenciada, que acaba por frequentar lugares comuns, ter hábitos parecidos, ou seja, potencializamos a probabilidade de que esses filhos se encontrem, risco inaceitável no estágio atual de desenvolvimento das relações familiares.

Uma possível solução poderia estar na proibição da fertilização heteróloga com material de um mesmo doador em casais diferentes, pois como a doação é ato de altruísmo, o fato de se ter ajudado um único casal já seria louvável.

A utilização do material de um único doador em inúmeros casais somente poderia ser explicada se o número de doadores fosse infinitamente menor do que a necessidade daqueles que procuram o auxílio. Ainda assim, o preço de enfrentar situações de envolvimento amorosos entre parentes geneticamente próximos, sem que tenham podido saber dessa condição que ostentavam, não legitimaria, a nosso ver, a prática até então permitida.

Todavia, se pensarmos que já corremos esse mesmo risco na adoção em que irmãos biológicos podem se encontrar e se relacionar, veremos que o problema é semelhante, somente talvez um pouco mais evidente e potencializado.

Afastando o critério da exclusividade, objetivando coadunarmos a situação atual - máximo de duas gestações de sexos diferentes por área de um milhão de habitantes, com material de um mesmo doador -, com a segurança que se espera nas relações jurídico-familiares, podemos fazer uso do controle realizado por meio das informações constantes no SisEmbrio - Sistema Nacional de Produção de Embriões, como já defendido anteriormente.

As ações dos órgãos públicos quanto à utilização do material doado já podem ser evidenciadas quando, em resolução específica, trata das exigências em relação aos doadores e manipulação do material.

Nesse sentido, comentamos, em itens anteriores, as determinações trazidas pela Resolução n. 33, da ANVISA, juntamente com seu regulamento técnico, aprovado em anexo.

Foram criados, por previsão desta resolução, como vimos, os Bancos de Células e Tecidos Germinativos, os chamados BCTGs, todavia a referida resolução também tratou de apresentar os cuidados que se devem ter com o material doado e, especialmente, com as condições e exigências em relação aos doadores. Passemos à análise.

Podemos dizer que a previsão de regulamento técnico quanto à doação de sêmen ou óvulos é bastante detalhada e cautelosa. Vejamos:

“A doação de células, tecidos germinativos e pré-embriões deve respeitar os preceitos legais e éticos sobre o assunto.”³⁵⁷

A preocupação com a ética também fica clara quando encontramos:

“Os projetos de pesquisa envolvendo o uso de células, tecidos germinativos e pré-embriões somente podem ser desenvolvidos após aprovação pelo Comitê de Ética em Pesquisa da instituição, e após autorização do(s) doador(e)s, conforme legislação vigente.”³⁵⁸

³⁵⁷ ANVISA. Resolução da Diretoria Colegiada – RDC n. 33. Regulamento Técnico, E, item 11.1.1.

³⁵⁸ ANVISA. Resolução da Diretoria Colegiada – RDC n. 33. Regulamento Técnico, E, item 11.1.2.

Como podemos evidenciar, as recomendações quanto ao respeito aos preceitos éticos e legais existem, basta que o controle a ser exercido seja suficientemente rigoroso para impedir desvios, mas, voltando às particularidades dos procedimentos previstas no regulamento técnico, fazemos as seguintes anotações.

Em relação à doação de células, tecidos germinativos e pré-embriões têm de ser garantidos o sigilo dos envolvidos, a gratuidade das doações, o consentimento livre e esclarecido dos doadores e o caráter geral da publicidade, destacando a voluntariedade do ato.³⁵⁹

Todas as informações relativas a doadores e receptores devem ser coletadas, tratadas e guardadas no mais estrito sigilo. Não pode ser facilitada, nem divulgada informação que permita a identificação do doador ou do receptor.³⁶⁰

Quando houver doação anônima, o receptor não pode conhecer a identidade do doador, nem o doador a do receptor.³⁶¹

É assegurado às autoridades de vigilância sanitária, contudo, o acesso aos registros para fins de inspeção e investigação.

Interessante a regulamentação no que tange ao sigilo quando estabelece:

*“Em casos especiais, por motivo médico ou jurídico, as informações sobre o(a) doador(a) ou receptor(a) podem ser fornecidas exclusivamente para o médico que assiste o(a) receptor(a), resguardando-se a identidade civil do doador.”*³⁶²

Pressupomos que os motivos médicos devam ser aqueles relacionados à saúde do ser gerado com material doado, mas podemos também imaginar o inverso, quando é o estado de saúde do doador que exige algum tipo de providência.

Nossa curiosidade reside na abertura que se deu quanto ao motivo jurídico. Muitos poderiam ser esses motivos, um deles, como vimos, é a possibilidade de ocorrerem casamentos entre parentes próximos. Acreditamos, porém, que a questão do sigilo na

³⁵⁹ ANVISA. *Resolução da Diretoria Colegiada* – RDC n. 33. Regulamento Técnico, E, item 11.1.3, “a-d”.

³⁶⁰ ANVISA. *Resolução da Diretoria Colegiada* – RDC n. 33. Regulamento Técnico, E, item 11.1.3, “a”.

³⁶¹ *Idem, ibidem.*

³⁶² *Idem, ibidem.*

reprodução tem de ser tratada de forma específica. Deve haver maior precisão sob pena de se colocar em risco aquilo que acaba por garantir a doação, ou seja, o anonimato.

Anotamos, ainda, segundo a previsão acima transcrita, que somente judicialmente, se poderia obter as informações sobre doadores ou receptores, ainda que fosse por meio de medida de urgência. Ao juiz caberia a análise da relevância do motivo apresentado para a quebra do sigilo e, uma vez reconhecendo-lhe, determinaria o envio das informações necessárias.

Voltando à regulamentação específica sobre a matéria, determina-se que campanhas sobre a doação de células, tecidos germinativos e pré-embriões tenham caráter geral, e os aspectos de ser um ato voluntário, altruísta e desinteressado sejam ressaltados.³⁶³

Ficam ainda, vedadas as mensagens publicitárias para a doação em benefício de uma determinada pessoa física ou jurídica, devendo-se sempre observar regulamentos específicos.³⁶⁴

Quanto ao doador, deverá apresentar as seguintes condições:³⁶⁵

- a) maioridade civil;
- b) concordar em realizar uma avaliação médico-laboratorial;
- c) concordar em assinar o Consentimento Livre e Esclarecido;
- d) se doador de sêmen, concordar em realizar os testes para doenças infecto-contagiosas e repeti-los num prazo nunca inferior a seis meses, após a última coleta, para a liberação da amostra;
- e) se doadora de oócito, concordar em realizar os testes para doenças infecto-contagiosas e repeti-los seis meses após a data da coleta do oócito, inclusive nos casos de utilização imediata do oócito sem criopreservação.

Caso algum resultado sorológico seja positivo, o BCTG deve comunicar imediatamente ao doador, e encaminhá-lo a um serviço de assistência especializado, para que sejam tomadas as medidas cabíveis.³⁶⁶

³⁶³ ANVISA. *Resolução da Diretoria Colegiada* – RDC n. 33. Regulamento Técnico, E, item 11.1.3, “b”.

³⁶⁴ *Idem, ibidem.*

³⁶⁵ ANVISA. *Resolução da Diretoria Colegiada* – RDC n. 33. Regulamento Técnico, E, item 12.1.1, “a-e”.

³⁶⁶ ANVISA. *Resolução da Diretoria Colegiada* – RDC n. 33. Regulamento Técnico, E, item 12.1.3.2.

Prevê-se, ainda, que caso o oócito tenha tido utilização imediata, e, após seis meses, a sorologia da doadora seja positiva, o BCTG deverá comunicar de imediato ao médico assistente da receptora para que sejam tomadas as medidas cabíveis.³⁶⁷

O uso imediato parece-nos um tanto perigoso, pois, como o próprio regulamento prevê, na repetição do exame de sorologia, poder-se-ia constatar algum comprometimento do material que já teria sido utilizado, restando apenas a comunicação do médico que assiste a receptora para que as medidas cabíveis sejam tomadas.

Que medidas seriam estas, pois nesse momento uma vida estaria sendo gerada, possivelmente com um período de seis meses de gestação?

As medidas preventivas falharam e as repressivas, a nosso ver, estariam reduzidas ao tratamento disponibilizado, por exemplo, a uma criança com HIV, o que evidencia e inadequação do sistema de uso imediato. Resta-nos claro que a questão merecerá revisão.

Pela previsão do regulamento, não podem ser doadores aqueles que se enquadrarem nas seguintes determinações:³⁶⁸

- a) homens com mais de 45 anos e mulheres com mais de 35 anos;
- b) doenças genéticas familiares ou próprias;
- c) malformações congênitas: lábio leporino, espinha bífida, hipospádia, malformação cardíaca e luxação congênita de quadril;
- d) história familiar de doenças autossômicas recessivas (albinismo, hemofilia) ou dominantes (neurofibromatose, esclerose tuberosa);
- e) história de herpes genital, hepatite, condiloma genital e neoplasia maligna;
- f) história familiar de asma, diabetes juvenil, epilepsia, psicose, artrite reumatóide, doença coronariana precoce e neoplasias malignas com característica familiar;
- g) sorologia anterior reagente para as seguintes doenças transmissíveis: sífilis, HIV 1, HIV 2, hepatite B, hepatite C ou HTLV I e II.

³⁶⁷ ANVISA. *Resolução da Diretoria Colegiada* – RDC n. 33. Regulamento Técnico, E, item 12.1.3.3.

³⁶⁸ ANVISA. *Resolução da Diretoria Colegiada* – RDC n. 33. Regulamento Técnico, E, item 12.1.2.1, “a-g”.

Não podem ainda ser doadores de sêmen para uso terapêutico em terceiros, aqueles cujo material já foi utilizado na obtenção de 2 (duas) gestações, de sexos diferentes, numa área de um milhão de habitantes, de acordo com legislação vigente.³⁶⁹

Essa determinação está em consonância com a Resolução n. 1.358/92 do Conselho Federal da Medicina, conforme explanamos logo no início, mas note-se que somente se poderia alcançar a exatidão nesse controle de doador, cujo material já tivesse sido utilizado nos critérios acima expostos, se o SisEmbrio já contasse com o cadastramento de todos os Bancos de Células e Tecidos Germinativos, permitindo-se o cruzamento de dados e controle preciso do material doado. Por ora, como reconhecido pela própria ANVISA, não se tem esse cadastramento total, o que reforça a urgência de ações voltadas a essa regularização.

Por fim, os BCTGs devem manter disponível, por todo o período de armazenamento das amostras, e por um período mínimo de 20 anos após a sua utilização terapêutica, arquivos de documentos e registros relativos aos dados do doador; dados da triagem clínica; dados da coleta das células ou tecidos germinativos; dados de acondicionamento, transporte, processamento, criopreservação e armazenamento; resultados das triagens sorológica e microbiológica e de viabilidade realizados; data e motivo do descarte das amostras, quando couber; o Termo de Consentimento Livre e Esclarecido assinado pelo doador ou seu responsável legal; o Termo de Consentimento Livre e Esclarecido assinado pelo receptor, quando couber; contagem do número de espermatozóides móveis, quando couber; solicitação de fornecimento das células ou tecidos germinativos, assinada pelo médico responsável pela execução do procedimento de reprodução humana assistida e relatório médico da realização ou não do procedimento de reprodução humana assistida, com identificação da receptora.³⁷⁰

Os arquivos de registros podem ser mantidos em meio eletrônico ou microfilmagem ou em livros de registro manual.³⁷¹

Aqui fazemos nossa última observação ao controle apresentado. O arquivo de documentos e registros em caso de utilização terapêutica de material genético não deve

³⁶⁹ ANVISA. *Resolução da Diretoria Colegiada* – RDC n. 33. Regulamento Técnico, E, item 12.1.5.

³⁷⁰ ANVISA. *Resolução da Diretoria Colegiada* – RDC n. 33. Regulamento Técnico, E, item 22.1, “a-m”.

³⁷¹ ANVISA. *Resolução da Diretoria Colegiada* – RDC n. 33. Regulamento Técnico, E, item 22.2.

se submeter a prazos. Como abordaremos quando estudarmos o direito à identidade genética *versus* o direito ao sigilo do doador, haverá situações em que as informações precisarão ser utilizadas e essas situações não têm data máxima para acontecer, portanto qualquer prazo estipulado inviabilizaria o acesso a dados imprescindíveis que devem ser disponibilizados mediante determinação judicial.

Além disso, deve-se garantir que tais informações sejam unificadas e integradas ao sistema de registros de nascimento para que, por ocasião do processo de habilitação para casamento, fiquem resguardados os impedimentos matrimoniais.

Como podemos observar, não são nada simples os métodos e técnicas que garantem a lisura e segurança do processo que envolve a reprodução assistida.

O cuidado com a saúde do futuro ser, bem como com a de doadores e receptores, pode ser evidenciado pelos inúmeros exames exigidos e pelo detalhamento de informações a serem captadas.

Por esta razão, a capacitação dos profissionais envolvidos e o registro preciso dos seres concebidos por uma das técnicas artificiais de concepção são essenciais para o bom andamento de todo o sistema. Por outro lado, caso esse padrão de qualidade e aperfeiçoamento técnico não seja exigido e fiscalizado, os efeitos danosos poderão ser sentidos por toda a sociedade.

3.1.7 – Cessão Temporária de Útero?

A cessão temporária de útero, popularmente conhecida por “barriga de aluguel”, é uma das questões que fazem parte deste emaranhado de problemas que contornam o tema da reprodução assistida.

Francisco Vieira Lima Neto, em estudo específico sobre o assunto, comenta:

“Divergências epistemológicas à parte, é certo que o tema da maternidade subrogada ocupa lugar de destaque nas obras de bioética, tanto nas cristãs quanto nas laicas, vindo também, vez por outra no Brasil e com certa constância em outros países, em especial nos EUA, a ser apreciada nos tribunais,

merecendo lugar privilegiado no campo da problemática moral, pois inegavelmente comporta desde os passos iniciais um processo de decisões e conflitos morais que culminam no dilema terrível de se decidir com quem deve ficar a criança, angústia que sempre esteve presente na história humana, remontando aos tempos do Rei Salomão.”^{372 373}

A questão é demasiadamente complexa, havendo, ainda, outros aspectos a serem analisados, como este destacado por Maricruz Gomes de La Torre Vargas, jurista chilena, pesquisadora do tema da fecundação *in vitro* e a filiação junto à Universidade Complutense de Madrid:

“A maternidade sub-rogada tem sido rechaçada por certos setores, pois pode constituir uma nova forma de manipulação do corpo feminino, favorecida pela situação desfavorável da mulher no mercado de trabalho.”³⁷⁴

Dessa forma, extraímos da assertiva da autora que a decisão de gerar uma criança para outra pessoa seria tomada, predominantemente, por mulheres que têm poucos recursos financeiros, pois veriam na utilização do próprio corpo uma maneira de sobrevivência.

Além deste aspecto, Maricruz destaca o fato de que com a maternidade sub-rogada, cujo objetivo é a gravidez para a entrega da criança após o parto, se distorce a relação entre mãe e filho. A mãe de sub-rogação, agindo de maneira fria em relação ao ser que carrega em seu ventre, pode acarretar-lhe danos psicológicos; e agindo de maneira

³⁷² LIMA NETO, Francisco Vieira. *A maternidade de substituição e o contrato de gestação por outrem*. In *Biodireito: Ciência da vida, os novos desafios*. Organizadora: Maria Celeste Cordeiro Leite Santos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 122.

³⁷³ A história do Rei Salomão, citada pelo autor, está descrita na Bíblia, no Primeiro Livro dos Reis 3, 16-28. Em síntese, o Rei Salomão, provocado por duas mulheres que disputavam uma criança sob a alegação coincidente de ambas de que seria ela seu filho, ordenou: “‘Tragam uma espada’. E levaram uma espada. O rei disse: ‘Cortem o menino vivo em duas partes e dêem metade para cada uma’. Então a mãe do menino vivo sentiu as entranhas se comoverem pelo filho, e suplicou: ‘Meu senhor, dê a ela o menino vivo. Não o mate’. A outra, porém, dizia: ‘Nem para mim, nem para você. Dividam o menino pelo meio’. Então o rei deu a sentença: ‘Entreguem o menino vivo à primeira mulher. Não o matem. Ela é a sua mãe’. Todo o Israel ficou sabendo da sentença que o Rei tinha dado. E o respeitavam, pois viram que ele possuía sabedoria divina para fazer justiça.” *Bíblia Sagrada*. Edição Pastoral. São Paulo: Paulus, 2007.

³⁷⁴ VARGAS, Maricruz Gomes de La Torre. *Op. cit.*, p. 200. “*La maternidad subrogada ha sido rechazada por ciertos sectores, debido a que puede constituir una nueva forma de manipulación del cuerpo femenino, favorecida por la situación desfavorable de la mujer en el mercado de trabajo.*”

normal, corre o risco de criar uma maternidade sentimental a ser rompida com a entrega do bebê, acarretando-lhe igualmente danos ao desenvolvimento emocional.³⁷⁵

Em síntese, os dois possíveis comportamentos por parte daquela que cede seu útero para gestar uma criança podem ser nocivos ao ser gerado, mas é em razão do último, ou seja, desses possíveis laços afetivos criados entre aquela que passa pela gestação e o bebê, que reside o maior problema.

Abordando a questão sob a ótica do ordenamento jurídico, como já pontuamos no primeiro capítulo, devemos, primeiramente, atentar para a disposição prevista no § 4º do artigo 199 da Constituição Federal, transcrita abaixo:

“A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos ou substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.” (grifo nosso)

Como se pode depreender do texto constitucional são vedados todos os tipos de comercialização quanto à remoção de órgãos, tecidos ou substâncias humanas, seja para fins de transplante, pesquisa ou tratamento.

Embora a gravidez não implique a remoção do útero, a utilização do corpo de uma mulher, para propiciar a gestação de um ser que não será considerado seu filho, não deixa de ser, a nosso ver, um ato de disposição temporária de seu corpo e, desde que seja para fim de tratamento reprodutivo e não haja comercialização, deve, da mesma forma, a lei dispor sobre suas condições e requisitos.

Do que não se pode esquecer, contudo, é da existência da vedação normativa quanto ao comércio relativo a qualquer parte do próprio corpo, ficando afastada, de plano, a possibilidade de “aluguel do útero”.

³⁷⁵ VARGAS, Maricruz Gomes de La Torre. *Op. cit.*, pp. 200-201. “Si la mujer, durante el proceso de gestación, se mentaliza para considerar que el embarazo es parte del contrato, puede adoptar una actitud fría frente a la criatura. (...) pero el niño estará recibiendo un trato degradante, siendo asimilado a una mercadería, lo cual podría afectarlo psicológicamente. (...) A la inversa, si la mujer tiene una relación normal con la criatura que gesta, se produciría lo que llaman los psicólogos una “maternidad sentimental””.

Como vimos, a Resolução n. 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina permite a gestação de substituição em caso de problema médico que impeça ou contraindique a gestação na própria mãe, e desde que sejam cumpridos os seguintes requisitos, mais uma vez transcritos:

1 - As doadoras temporárias do útero 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.

2 - A doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.

Como podemos observar, a própria resolução cuidou de coibir o aspecto comercial de forma expressa, reforçando a idéia acima exposta.

A despeito das exigências de parentesco, há a abertura para outras hipóteses, desde que devidamente autorizadas pelo Conselho Regional de Medicina e, sem exceção, feitas de maneira voluntária.

Numa leitura ética do tema, Aline Mignon de Almeida reflete que só é jurídica e eticamente aceitável a gestação por terceira pessoa quando a mulher não pode gestar o filho. Se mulher não quiser os incômodos ou modificações estéticas da gravidez, sem que este estado lhe cause particular risco ou perturbação, o método não poderá ser utilizado, pois o motivo seria fútil, não merecendo tutela jurídica³⁷⁶.

Parece-nos que os motivos que devem ser levados em conta para que a gestação por terceira pessoa ocorra, na exata medida do que prevê a resolução do Conselho Federal de Medicina, são apenas dois: problema médico que impeça ou problema médico que contraindique a gestação na própria mãe. Afora esses casos, não haverá possibilidade, seja por questões estéticas ou quaisquer outras motivações.

Ainda nos casos em que atualmente é permitida a cessão temporária de útero, problemas podem ocorrer. Francisco Vieira Lima Neto levanta o principal deles: “Na verdade, os problemas surgem do conflito que pode por vezes se estabelecer entre o casal,

³⁷⁶ ALMEIDA, Aline Mignon de. *Bioética e Biodireito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 47.

do qual faz parte a mãe genética e a mulher que deu à luz a criança, em especial quando esta última decide não entregar o filho àqueles”³⁷⁷.

Nas palavras de José Luiz Gavião de Almeida, “todas as vezes em que se disputa a maternidade, pela ocorrência de cooperação de mulheres na geração de uma criança, a pretensão é da companhia do menor, especialmente”³⁷⁸.

Some-se a essa disputa, o fato de que nem sempre aquela que será considerada mãe é a mãe genética, pois há também a possibilidade de contarmos com doadoras de óvulos que, após fecundados, se transformarão em embriões a serem gestados no ventre de uma outra mulher, ou seja, três mulheres envolvidas em um único processo reprodutivo.

O autor argentino Federico Videla Escalada, analisando a situação das “mães portadoras”, assim reflete: “Nem sequer podemos qualificar sem hesitação a relação jurídica que se estabelece entre a mãe biológica ou os pais biológicos e a portadora, que recebe o óvulo fecundado e o tem durante o período de gestação até o nascimento”³⁷⁹.

Prossegue constatando que “nem sequer podemos, todavia pensar em uma jurisprudência dominante que estabeleça a licitude de uma convenção desta espécie ou resolva, em caso de julgá-la válida, o litígio que pode se instaurar entre as partes se a portadora se nega a entregar o filho aos pais biológicos”³⁸⁰.

Podemos questionar o fato da seguinte maneira: Mãe será aquela que cedeu o material genético? Mãe será aquela que gestou? ou Mãe será aquela que desejou ter o filho?

³⁷⁷ LIMA NETO, Francisco Vieira. *A maternidade de substituição e o contrato de gestação por outrem*. In *Biodireito: Ciência da vida, os novos desafios*. Organizadora: Maria Celeste Cordeiro Leite Santos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 129.

³⁷⁸ ALMEIDA, José Luiz Gavião de. *Direito Civil: família*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, pp. 208-209.

³⁷⁹ ESCALADA, Federico Videla. *Los derechos de la persona por nacer*. In *El derecho a Nacer*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993, p. 84. “Ni siquiera podemos calificar sin hesitación a la relación jurídica que se establece entre la madre biológica o los padres biológicos y la portadora, que recibe el óvulo fecundado y lo tiene durante el período de gestación hasta el nacimiento.”

³⁸⁰ *Idem, ibidem*. “Ni siquiera podemos todavia mentar una jurisprudencia dominante que establezca la licitud o ilicitud de una convención de esta especie o resuelva, en caso de juzgarla válida, el litigio que puede plantearse entre las partes si la portadora si niega a entregar el hijo a los padres biológicos.”

Se considerarmos que a verdadeira mãe é a biológica, estamos elevando a tal condição, aquela que doa seu material genético. O que se sabe não ser o caso, pois ao doar o óvulo, a mulher abre mão de utilizá-lo para si, ou seja, abre mão de tentar transformar aquele óvulo em um embrião que dará origem a um filho seu.

Se, contudo pensarmos em mãe somente como aquela que, independentemente da origem do material genético, carrega um novo ser em seu ventre, afastaríamos da condição materna aquela que impedida de gestar por problemas de saúde, conta com ajuda de outra nesta missão e elegeríamos aquela que cedeu seu ventre como verdadeira mãe.

Portanto mãe deve ser aquela que, independentemente do material genético ou do ventre utilizado para o desenvolvimento do novo ser, teve a vontade de conceber, aquela que deu início ao processo de filiação, que movimentou os familiares, os médicos e porque não dizer o mundo jurídico para que fosse possível a concretização do seu objetivo de ser mãe.

Guilherme Calmon Nogueira da Gama assevera que “a gravidez e o parto perdem a importância que lhes era conferida pela legislação, ao menos no campo da procriação assistida e, nesse sentido, é a vontade o pressuposto mais importante”³⁸¹.

Portanto se, diante de um questionamento, for evidenciado fato em que colidem possíveis direitos, mãe, sem dúvida, é aquela que sempre quis ter sido e cuja vontade a fez buscar até mesmo o conjunto necessário (material genético mais útero emprestado) para a concepção de um filho.

Assim também se pensa quanto à mãe adotiva, cujo amor maternal é traduzido pela vontade incessante de transpor barreiras emocionais e jurídicas para realizar seu desejo. Não é ela a mãe biológica, tampouco a mãe gestacional, mãe por afeto seria prematuro dizer quando ainda nem conhece aquele que será seu filho, mas mãe sim, desde o primeiro momento, pela iniciativa de adotar uma criança.

Enfim, partindo-se do pressuposto de que sejam respeitados os requisitos atualmente previstos na Resolução n. 1.358 do Conselho Federal de Medicina, quais sejam:

³⁸¹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil.: família...*, p. 376.

existência de problema médico que impeça e/ou ou contraindique a gestação na própria mãe, e desde que não haja qualquer finalidade econômica envolvendo a cessão temporária de útero, parece-nos que o caráter de tal prática, revestido de altruísmo, pode ser considerado como parte do tratamento médico relativo à reprodução artificial assistida.

Destarte, como pode ser evitado o problema na disputa pela companhia do menor ou quanto à recusa de entregá-lo à mãe que o desejou e buscou a sua vinda ao mundo?

Em primeiro lugar, devemos pensar em que instrumento jurídico poderia ser estipulada a cessão de forma a garantir o cumprimento de sua finalidade: apenas a gestação.

Interessante a sugestão e os argumentos apresentados por Francisco Vieira Lima Neto, no sentido de que o instrumento jurídico para estabelecer a gestação por terceira seria o *pacto de gestação de substituição*, pois, segundo o autor, afastar-se-ia o vocábulo contrato e qualquer aspecto de patrimonialidade³⁸².

Nesse pacto, a nosso ver, será estabelecida de forma clara quem é aquela que deseja o filho e a maternidade, sendo seu ou não o material genético utilizado; a indicação médica de gestação por terceira em razão de determinado problema de saúde e, por fim, a concordância, após serem prestados todos os esclarecimentos, da pessoa que cede seu útero ao fim planejado.

No mais, esse pacto deve ser anexado ao consentimento para a submissão ao tratamento e enviado para arquivo no BCTG correspondente.

Em caso de disputa judicial relativa à recusa de entrega do filho por terceira que o gestou ou quanto ao direito de tê-lo em sua companhia, o magistrado deverá observar o permissivo, que a nosso ver deve estar disposto em lei, e o pacto firmado, para então entregar a criança à sua verdadeira mãe, aquela que o desejou.

Por fim, quanto à previsão da Resolução n. 1.358 do CFM de que a pessoa que cede útero deve pertencer à família da doadora genética, num parentesco até o segundo grau, sendo os demais casos sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina, fazemos duas considerações.

³⁸² LIMA NETO, Francisco Vieira. *Op. cit.*, p. 127.

Argumentamos que a *cessionária deverá pertencer à família do casal* que procura a assistência reprodutiva, abrindo-se também a possibilidade de pessoa da família do varão proceder a gestação.

Contudo, se não for possível a gestação por parente do casal, até o segundo grau, pode a cessão temporária de útero ser feita por pessoa que não seja parente, *desde que autorizada judicialmente*, para conferir maior garantia aos envolvidos, seriedade à decisão e segurança quanto às relações que se estabelecerão em relação à filiação, pois o magistrado, nesse caso, poderá assegurar que todos os requisitos estão sendo respeitados, sobretudo a gratuidade da cessão.

3.2 - Reprodução Assistida e seus reflexos no âmbito das Relações Familiares

Neste momento passamos a abordar os reflexos da reprodução assistida no que tange às relações familiares.

Até aqui pudemos analisar tudo aquilo que se deve fazer para que as técnicas reprodutivas sejam utilizadas com segurança: o controle dos Bancos de células germinativas; o Cadastro Nacional; a manifestação da vontade na relação médico-paciente e do próprio casal e a possibilidade de existir cessão temporária de útero.

Nesta segunda parte vamos abordar o que pode acontecer depois que as técnicas reprodutivas forem aplicadas: o destino a ser dado aos embriões excedentários; o direito sucessório do filho nascido *post mortem*, o direito à identidade genética e as ações de investigação e negatória de paternidade.

3.2.1 - O destino dos embriões excedentários: Adoção de Embriões Pré-implantatórios?

O destino a ser dado aos embriões excedentários foi alvo de uma das maiores celeumas jurídicas das últimas décadas, discussão que movimentou não só o mundo jurídico, mas médicos, teólogos, religiosos e grande parte da sociedade.

Estamos, especificamente, falando da ação direta de inconstitucionalidade (ADIn 3510) proposta pelo ex-procurador-geral da República, Cláudio Fonteles, para que o art. 5.º da Lei de Biossegurança fosse julgado inconstitucional.

Em síntese, o artigo citado estabelece que é permitida a utilização de células-tronco embrionárias, obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados nos respectivos procedimentos, ou seja, excedentários, para fins de pesquisa e terapia.

Já se pode notar o porquê de tantos questionamentos acerca da constitucionalidade ou não do referido artigo. Para que as pesquisas e terapias pudessem ser realizadas, haveria o comprometimento dos embriões, o que impossibilitaria que fossem implantados, trazendo prejuízo ao surgimento de novos seres.

Contudo a lei determina que somente poderão ser destinados à pesquisa ou terapia os embriões inviáveis ou aqueles que, independentemente da viabilidade, estivessem congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação da referida lei ou depois de completados os 3 (três) anos desde que estivessem congelados na data de sua publicação. Em ambos os casos, exige-se o consentimento dos genitores.

A questão somente foi decidida em 29 de maio de 2008, quando os ministros do Supremo Tribunal Federal, por 6 (seis) votos a 5 (cinco), julgaram a ação improcedente, por considerarem que as pesquisas com células tronco-embrionárias não violam o direito à vida e a dignidade da pessoa humana, preceitos que embasaram a argumentação quanto ao questionamento da constitucionalidade.

Pela riqueza de detalhes e fundamentações, a discussão merecerá sempre ser estudada e debatida em meios acadêmicos, mormente, pelos votos proferidos pelos Ministros da Corte Constitucional e suas reflexões sobre a vida humana.

Entretanto, como aqui nos propusemos à análise do destino a ser dado aos embriões excedentários, podemos afirmar que quanto àqueles, que já estavam congelados em 28 de março de 2005 - data da publicação da Lei de Biossegurança -, podem ser destinados à pesquisa e terapia, desde que respeitados os requisitos legais acima explicitados.

Pois bem, e quanto aos demais? Aqueles que foram congelados após a lei? E quanto àqueles embriões que, embora dentro das condições legais previstas pela lei de biossegurança, não foram autorizados por seus genitores a serem enviados à pesquisa?

Ainda não se tem determinação expressa do destino a ser dado aos referidos embriões.

Jussara Maria Leal de Meirelles, analisando a conservação do embrião submetido ao criopreservamento, constata que “essa manutenção, se por um lado, ressalta a autonomia vital do novo ser (eis que sobrevivente fora do útero), por outro, evidencia a sua vulnerabilidade, passível que está o embrião congelado a uma sobrevivência indefinida ou à imediata destruição”³⁸³.

Christian de Paul de Barchifontaine, sintetiza bem o problema:

“Depois de 20 anos de uso das técnicas de inseminação artificial no Brasil, o bebê de proveta faz tanto sucesso que provoca um efeito inesperado: a explosão populacional nos laboratórios de reprodução assistida. As melhores clínicas acumulam milhares de embriões congelados. Os embriões são o excedente de tratamentos de fertilização artificial e estão estocados em geladeiras de nitrogênio líquido à espera de uma decisão dos pais sobre nova inseminação. O problema é que a maioria não pretende ter mais filhos, mas também rejeita doar os embriões para outros casais.”³⁸⁴

Em virtude do silêncio legislativo sobre o tema, o que podemos explanar de concreto? Cremos que algumas perguntas devem ser respondidas. Qual é o número máximo de implantação de embriões produzidos em laboratórios? O que podem os pais decidir sobre eles? Há a possibilidade de entregá-los à adoção?

O único parâmetro que temos para responder a essas perguntas é aquele que está disposto na Resolução n. 1.358 do Conselho Federal de Medicina, que adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida. Segundo sua disciplina, “o número ideal de oócitos e pré-embriões a serem transferidos para a receptora não deve ser superior a quatro, com o intuito de não aumentar os riscos já existentes de multiparidade” (I, item 6).

³⁸³ MEIRELLES, Jussara Maria Leal. *A vida humana embrionária e sua proteção jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, pp. 22-23.

³⁸⁴ BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Bioética e início da vida: alguns desafios...*, pp. 134-135.

Quanto aos pais, eles serão comunicados do número total de pré-embriões produzidos em laboratório, para que decidam sobre quantos pré-embriões deverão ser transferidos a fresco, devendo o excedente ser criopreservado, não podendo haver o descarte ou a destruição (Res. 1.358 do CFM, V, item 2).

No momento da criopreservação, os cônjuges ou companheiros, por escrito, deverão expressar sua vontade, quanto ao destino que será dado aos pré-embriões criopreservados, em caso de divórcio, doenças graves ou falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los (Res. 1.358 do CFM, V, item 3).

Pode-se perceber que o Conselho Federal de Medicina se preocupou com grande parte dos problemas que hoje estão sendo analisados na esfera jurídica, confiando aos pais o poder de determinar o destino dos embriões que eles próprios autorizaram a produzir, e que carregam, via de regra, suas cargas genéticas.

Sobre o assunto, Jussara Maria Leal de Meirelles assevera:

“E as preocupações se agravam quando se toma conhecimento de dados numéricos sobre a utilização da fertilização *in vitro* e, por conseguinte, da produção deliberada de embriões humanos que, em quantidade superior à transferida, são mantidos em criopreservação, no aguardo de um dos possíveis destinos: “doação” a um outro casal infértil, uso para experiências de pesquisa possivelmente diversa a seu benefício, ou simples destruição.”³⁸⁵

Antes de mais nada, expressamos que o cuidado no tratamento dado ao embrião se justifica pelo simples fato de que ele é, indubitavelmente, um ser vivo, cujo desenvolvimento foi suspenso pelo emprego de técnicas médico-científicas.

Mas, afinal, quais são as opções atualmente dadas aos pais em relação aos seus embriões. Cremos que não podemos dizer que são muitas.

Como o descarte e a destruição estão vedados, tanto pela norma de ética médica quanto pela lei de biossegurança, resta-lhes a implantação ou a entrega para adoção, pois destiná-los à pesquisa, como já visto, permitiu-se apenas para aqueles embriões que já se encontravam congelados quando da entrada em vigor da Lei 11.105/05 (Lei de Biossegurança).

³⁸⁵ MEIRELLES, Jussara Maria Leal. *A vida humana embrionária...*, p. 32.

Em relação à expressão “doação” utilizada por diversos autores e encontrada na Resolução 1.358 para tratar do destino dos embriões excedentários, preferimos entendê-la por “entrega para adoção”, justificando, nas palavras de Silmara Juny Chinelato, que “o termo “doação” é próprio às coisas”³⁸⁶, o que absolutamente não acreditamos ser o embrião.

A autora, como bem exaltamos no primeiro capítulo, é defensora de que a adoção desses embriões excedentários é ato que respeita o princípio da dignidade da pessoa humana e, sobretudo, resolve um dos problemas mais importantes do Biodireito.³⁸⁷

Pois bem, tomando-se por base que a decisão caberá aos pais, eles deverão fazê-lo, como bem expressou a resolução citada, no momento da criopreservação, pois é decisão que deve fazer parte de tudo aquilo que deve ser levado em consideração quando se decide pela utilização de técnicas de fertilização *in vitro*.

Não podemos permitir qualquer ato displicente por parte de nenhum dos envolvidos na aplicação das técnicas reprodutivas, pois, afinal, estamos lidando e cuidando da vida humana. Quando afirmamos que os métodos médico-científicos são válidos, pois permitem a procriação àqueles que têm problemas de esterilidade e/ou infertilidade, não podemos tratar de uma “meia realidade”. A decisão tem de ser tomada, sabendo-se de todas as suas implicações, ou seja, quando se decide pela submissão às técnicas reprodutivas que podem gerar embriões excedentes, deve-se pensar, antes mesmo que eles sejam formados, qual seria o destino a lhes ser dado.

Não podemos defender que o ordenamento jurídico permita, ainda que seja, pela não proibição, a prática de diversos procedimentos médicos para viabilizar o surgimento de um novo ser, e não se ocupe dos embriões que restaram do procedimento, como se eles não existissem ou como se pudessem ficar eternamente congelados.

Da mesma forma os pais que, por um lado, buscam com determinação passar por todo o processo para conseguir a concepção e o nascimento de um filho, e, de outro, se esquecem de todos os que poderiam vir a existir, seja por sua decisão de implantá-los, seja por sua decisão de entregá-los à adoção.

³⁸⁶ CHINELATO, Silmara Juny. *Adoção de Nascituro e a Quarta Era dos Direitos...*, p.369.

³⁸⁷ *Idem, Ibidem.*

O tema não deixa de ser polêmico, pois, em um país onde tantas crianças precisam de uma família, estamos a defender que embriões sejam entregues à adoção.

Não há grandes opções. Após refletirmos sobre os benefícios trazidos pelos tratamentos reprodutivos como até aqui temos demonstrado, não poderíamos abster-nos de pensar que algum destino deve ser dado aos embriões excedentes.

Guilherme de Oliveira, professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, sobre o tema, comenta:

“Quem gostar de sugerir que se trata de uma espécie de adoção – adoção pré-natal – sublinhará o gesto de quem dá uma parte de si próprio a um casal triste por causa da esterilidade.

Por outro lado, o estabelecimento jurídico dos vínculos de maternidade e de paternidade não careceria (sic.) de normas especiais. De facto, a mãe seria a mulher que gerasse o filho e tivesse o parto; enquanto que o pai seria o marido dela, ou seria determinado pelos meios comuns de estabelecimento da paternidade fora do casamento.”³⁸⁸

O autor, todavia, alerta que

“não deve desprezar-se o risco de esta possibilidade estimular a tendência para criar embriões excedentários. Conhecidas as dificuldades de praticar a adoção por falta de crianças nas condições legais e sociais idóneas, poderia ser tentador procurar as “adopções pré-natais” de embriões excedentários, contrariando, afinal, o preceito básico de evitar a superfecundação *in vitro*.”³⁸⁹

A busca, portanto, a nosso ver, num primeiro momento, deve ser no sentido do esforço máximo para que os embriões sejam concebidos em número mínimo, bastando que seja suficiente para atender às necessidades da técnica médica a ser implementada.

Tomada essa cautela e empregando o devido conhecimento médico em busca de maior precisão no que tange à matéria, os que restarem poderão ser implantados e dar origem a novos filhos do casal, ou entregues, como defendemos, à adoção.

³⁸⁸ OLIVEIRA, Guilherme de. *Aspectos jurídicos da procriação assistida. In Temas de Direito da Medicina*. 2.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, pp. 22-23.

³⁸⁹ *Idem*, p. 24.

Interessantes as palavras de J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira sobre a proteção da vida humana, incluindo a situação dos embriões. Vejamos:

“Enquanto bem ou valor constitucionalmente protegido, o conceito constitucional de vida humana abrange não apenas a vida das pessoas, mas também a vida *pré-natal*, ainda não investida numa pessoa, a vida intra-uterina (independentemente do momento em que se entenda que esta tem início) e a vida do embrião fertilizado.”³⁹⁰

Nessa esteira, afirmamos que a decisão quanto ao destino a ser dado aos embriões excenditários³⁹¹ deve se pautar pelo respeito aos direitos e princípios constituciolmente garantidos à família, que vão desde a dignidade da pessoa humana, paternidade responsável, liberdade de planejamento familiar e à sua proteção integral.

3.2.2 – A Questão Sucessória

A questão da sobrevivência de filho após a morte do genitor já era objeto de determinação legal nas Ordenações Filipinas, e, mesmo sem se relacionar o fato à idéia de reprodução artificial, o tema ainda era motivo de preocupação. Vejamos a solução dada no 4.º Livro, Título LXXXII, artigo 5.º:

³⁹⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. Volume I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra, PT: Coimbra Editora, 2007, p.449.

³⁹¹ No que toca ao *status* jurídico do embrião, justificamos, desde já, que os pontos a serem discutidos sobre o assunto demandariam uma outra tese, em que seriam analisados o conceito de personalidade e o momento do início da vida humana, com suas inúmeras teorias: *concepcionista*, *genético-desenvolvimentista*, *implantacionista*, *teoria da configuração dos órgãos*, da *viabilidade*, dentre outras (MEIRELLES, Jussara Maria Leal. *A vida humana embrionária...*, pp. 91-148). Todavia como o objeto da presente pesquisa é a reprodução assistida, teceremos, a título elucidativo, apenas alguns apontamentos segundo o ordenamento jurídico atual. O art. 2.º do CC de 2002 prevê que “*A personalidade civil da pessoa começa com o nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro*”. Segundo Caio Mário, “pelo nosso direito, portanto, antes do nascimento com vida não há personalidade, mas a lei cuida, em dadas circunstâncias, de proteger e resguardar os interesses do nascituro.”(PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. I, 23.ª ed., atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.185) O autor conclui que: “Subordinando a personalidade ao nascimento com vida, não cabe indagar de que maneira se processa a concepção: se por via de relações sexuais normais, se devido a inseminação artificial, ou se mediante processos de concepção extra-uterina (fertilização *in vitro*).”(Idem, p. 188).

“Outrosi, se o pai, ou mãe, ao tempo do testamento não tinha filho legítimo, e depois lhe sobreveio, ou o tinha, e não era disso sabedor, e he vivo ao tempo da morte do pai ou mãe, assi o testamento como os legados nelle conteúdos são nenhuns e de nenhum vigor.”

Percebe-se, então, que o valor dado ao direito de testar e a importância dada ao ato de última vontade sucumbiam ao interesse e ao direito do filho legítimo, ao ponto de dar-se por não escritos os desígnios do testador.

Óbvio que não se cogitava a hipótese de embriões congelados, banco de sementes e outras tantas modernidades inconcebíveis àquela época. Constata-se, contudo, que a descoberta de um filho após a morte de seu pai era fato a ser tutelado desde há muito.

Os direitos a serem garantidos àquele que ainda não havia nascido sempre foram motivo de polêmica, mas os estudiosos, até bem pouco tempo atrás, somente se referiam ao nascituro, aquele já concebido, não nascido, mas residente dentro do ventre materno, sem imaginar que o embrião poderia residir em outro local, como uma proveta, por exemplo.

Carlos Maximiliano, em 1937, asseverava: “Admitida a ficção de se considerar vivo, e nascido para o direito, um herdeiro que ainda não existe integralmente e talvez não venha a existir jamais, dá-se-lhe-á um curador, para velar pelos seus interesses durante a gravidez da viúva.”³⁹²

Por sua vez, o esboço de Teixeira de Freitas³⁹³, datado do século XIX, tido por muitos como uma das obras mais ricas em matéria de Direito Civil pela amplitude e originalidade das idéias, cuidou da existência antes do nascimento, a saber:

“Art. 221. Desde a concepção no ventre materno começa a existência visível das pessoas, e antes de seu nascimento elas podem adquirir alguns direitos, como se já estivessem nascidas.”

³⁹² MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das Sucessões*. 1.º vol. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1937, p. 144.

³⁹³ As idéias de Teixeira de Freitas foram aproveitadas como base para o Código Civil Argentino, chegando-se a comparar a autoridade do autor do Esboço à de Savigny (Cf. PEDROSA, Ronaldo Leite. *Op. cit.*, p. 341).

O próprio autor, ao comentar a posição de diversas legislações a respeito dos direitos assegurados aos nascituros, assim disserta em relação aos romanos: “Como se ignora se nascerá um ou mais filhos, e como o Direito Romano queria prevenir tudo, supunha-se que nasceriam três gêmeos; servindo esta presunção para regular as medidas provisórias a tomar em relação às partes interessadas”.³⁹⁴

A respeito do esboço, assevera Teixeira de Freitas que:

“Neste projeto não se admitirá tal presunção de três gêmeos ou de cinco gêmeos, como até se pretendeu entre os Romanos, porque constou que uma mulher dera à luz cinco filhos. As presunções da lei correspondem ao que ordinariamente acontece – *ex eo quod plerumque accidit*; - e os partos são quase sempre de um filho. Quando houver (*sic.*) casos extraordinários, as coisas se reporão no estado anterior, tanto quanto for possível; e nem vejo razão para se retardarem as partilhas de bens, o que aliás preveniria perfeitamente o futuro”.³⁹⁵

Não sei se hoje a posição do autor seria a mesma. Como observou, os direitos do ser antes de seu nascimento, fossem gêmeos ou trigêmeos, eram tratados como exceção, devendo-se a situação ser reposta ao seu estado anterior, tanto quanto fosse possível.

Será que no século XXI, momento em que os casais recorrem cada vez mais aos avanços da medicina para realizarem o sonho da maternidade/paternidade com uma idade um pouco mais avançada daquela que se costumava procriar no século XIX, esta situação deveria ainda ser tratada como excepcional?

O Código Civil, ao admitir que presumidamente é filho do casal aquele havido a qualquer tempo se excedentário da concepção artificial homóloga, e o havido da fecundação homóloga mesmo que falecido o marido, não está trazendo, agora como regra, a possibilidade de paternidade/filiação *post mortem* expressamente em diploma legal?

Determinar que a situação fosse reposta ao seu estado anterior, no que tange à partilha de bens, é insuficiente em termos sucessórios, pois seria admitir o comprometimento da segurança das relações jurídicas.

³⁹⁴ TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Código Civil – Esboço*. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e Negócios Interiores. Serviço de Documentação, 1952, p. 136.

³⁹⁵ *Idem, ibidem*.

Por outro lado, negar o direito constitucional garantido no artigo 5.º, quanto à herança, é, sem dúvida, limitar os direitos daqueles que nós próprios agora reconhecemos como filhos por presunção.

Qual seria, destarte, uma possível saída para este impasse, visto que o conflito é evidente: de um lado o direito dos herdeiros já nascidos ao tempo do falecimento e o secular princípio da *Saisine*³⁹⁶, ficção jurídica segundo a qual os bens do falecido são transmitidos no momento da morte aos seus herdeiros – exigindo, portanto, em regra, sua existência – e de outro lado, o direito dos seres em potencial, ou seja, daqueles que poderão vir a nascer, que já são reconhecidos presumidamente como filhos e correm o risco de ter seus direitos limitados.

O respeito a ambos os direitos, a nosso ver, é necessário.

Pensem no instituto da ausência, como paradigma de ponderação.

A preocupação do legislador também resta dividida: de um lado há o interesse dos futuros herdeiros do ausente, que receberão seus bens caso sua morte seja confirmada ou presumida, de outro lado - o interesse do próprio ausente de que seus bens sejam conservados para que possa deles desfrutar com seu retorno.

Num primeiro momento, pensa-se mais no retorno do ausente, abrindo a fase da chamada *curadoria de ausentes*. Num segundo momento, diante da possibilidade remota de retorno e já tendo sido tomadas, em vão, providências para a localização do sumido, abre-se a *sucessão provisória*, para que os possíveis herdeiros possam, desde que prestada a caução necessária, tomar posse dos bens.

Por derradeiro, exauridas as tentativas e passado o prazo legal para o retorno do ausente, abre-se a *sucessão definitiva*, onde os bens passam definitivamente aos herdeiros, sendo levantadas as cauções.

Ora, a mesma situação gradual pode e deve ser aplicada aos embriões congelados.

³⁹⁶ Sobre o *droit de saisine*, Giselda Hironaka assevera que “nenhum ato do herdeiro se faz necessário para que a herança lhe seja deferida no momento exato em que se abre a sucessão. Morto o autor da herança, esta se transfere de pleno direito e imediatamente aos herdeiros legais ou instituídos, ainda que estes não tenham sequer tomado conhecimento da morte ocorrida e mesmo que não venham a saber dela por sobrevir-lhes morte posterior”. *Direito das Sucessões: introdução. In Direito das Sucessões*. 2.^a ed. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e Rodrigo da Cunha Pereira, coordenadores. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 9.

Se pensarmos em termos sucessórios, o mesmo raciocínio deve ser utilizado.

Após a morte de um dos genitores, desde que haja autorização expressa para que o sobrevivente faça uso do material genético congelado, se decorrido o prazo estipulado em lei sem que o embrião seja implantado, todo e qualquer direito patrimonial deverá ser extinto, em relação aos bens do falecido.

O questionamento que se poderá fazer será: Como ficam os bens durante este tempo e, talvez, mais os nove meses de gestação, caso ocorra a implantação?

Poder-se-ia abrir uma sucessão provisória que passaria a ser definitiva com o transcurso do prazo, a exemplo do que já se prevê para o ausente.

Esta hipótese acaba por apresentar uma resposta adequada a outros ingredientes que até aqui não foram colocados. Some-se a este fato o nascimento de gêmeos ou trigêmeos, a sucessão do cônjuge sobrevivente que, nem sempre é o genitor dos outros herdeiros..., ou seja, abrindo-se a sucessão provisória, com o nascimento de possíveis filhos, todos os interesses estariam resguardados: o interesse da coletividade que não correria o risco de ter de conviver com uma situação de insegurança jurídica e o interesse de todos os herdeiros envolvidos na sucessão.

Quanto aos filhos já existentes à época do falecimento, não poderiam se prevalecer da anterioridade de seus nascimentos, diante da vontade expressa de seu genitor de que seu material genético ainda pudesse ser utilizado gerando, dessa forma, outros descendentes.

Quanto aos filhos ainda não concebidos - em caso de congelamento de sêmen -, ou ainda não implantados - caso já fossem embriões -, teriam seus direitos patrimoniais resguardados por prazo determinado e, o mais importante, com regra clara e pré-estabelecida, possibilitando a organização e planejamento de seus nascimentos, pelo genitor sobrevivente.

Toda regra, contudo, trata-se de uma decisão político-legislativa, ou seja, caso o filho venha a nascer após o período previsto para que seus direitos sucessórios sejam resguardados, não terá direito à herança. Seria isto injusto?

Parece-nos que, se visto somente sob o ângulo daquele que perdeu seus direitos, sim, todavia a concretização dos direitos dos demais herdeiros já existentes não

pode ficar *ad eternum* na expectativa da realização desta condição suspensiva, qual seja, o não nascimento de possíveis irmãos.

Mas, qual seria o prazo de espera a ser utilizado?

Poderíamos, por exemplo, aproveitar o prazo previsto pelo legislador, no § 4.º do art. 1.800, quando cuidou de disciplinar o tempo máximo de espera pela concepção daquele que foi beneficiado pelo testador, em que pese o fato de ainda nem existir, desde que vivas as pessoas que deveriam concebê-lo no momento da abertura da sucessão. Vejamos:

“Art. 1.800.

(...)

4.º Se, decorridos dois anos após a abertura da sucessão, não for concebido o herdeiro esperado, os bens reservados, salvo disposição em contrário do testador, caberão aos herdeiros legítimos”.

Nesse caso, o decurso do prazo de dois anos tira do herdeiro eleito, o direito de receber a parte que lhe foi destinada por testamento, isto é, por ato voluntário do testador.

Essa perda do direito de receber a parte que lhe tinha sido destinada em nada se identifica com o direito conferido aos herdeiros necessários de participar da herança de seu ascendente, garantido pelo Código Civil, com hipóteses taxativas de afastamento (arts. 1.814 e 1.962) dentre as quais não se encontra o decurso de qualquer prazo.

A situação, embora se assemelhe ao caso apresentado do material criopreservado, tem, em sua raiz, origem diversa daquela cujo problema queremos analisar.

Ao não se concretizar o nascimento da pessoa beneficiada, perde esta um presente – a deixa testamentária -, ao passo que, no caso de embrião que, por presunção condicionada ao nascimento, é filho do falecido, estaria perdido o direito à legítima, a nosso ver, situação que se apresenta como mais gravosa.

Em busca de outro paradigma quanto ao prazo de perda do direito à herança pelo herdeiro concebido após a morte de seu genitor, quando havia material genético criopreservado, encontramos a Lei de Biossegurança – Lei n. 11.105/05.

O artigo 5.º da referida lei que, em 29 de maio de 2008, foi confirmado como sendo constitucional por seis votos a cinco no Supremo Tribunal Federal, prevê:

“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”.

Após três anos de debates, a pesquisa foi liberada por decisão de nossos ministros, mas, desviando-nos do mérito da decisão que, por si só, poderia ser objeto de investigação científica de outra tese, nos ateremos, para fins de nossa pesquisa, ao prazo estipulado em lei.

Após três anos de congelamento, ressalte-se, para aqueles embriões que já se encontravam congelados quando da publicação da referida lei e desde que exista consentimento dos genitores, os embriões podem ser destinados à pesquisa com o uso de suas células tronco, ou seja, permitiu-se a utilização destas vidas em potencial, pois se implantados gerariam um ser humano, culminando todo e qualquer direito a ser a eles resguardado, direitos pessoais e patrimoniais.

Uma vez cedidos à pesquisa, ainda que não utilizados imediatamente, já não pertencem mais a seus pais e, portanto, a potencialidade de virem a se tornar serem humanos formados fica afastada e, conseqüentemente, de serem considerados, no mínimo, sujeitos de direitos condicionados ao nascimento com vida.

Pois bem, se assim já se permitiu foi porque, para o legislador, a intenção de implantar aqueles embriões, após três anos de congelamento - período que puderam refletir suficientemente sobre a decisão de ter ou não estes filhos - poderia ser afastada por seus genitores, que lhes dariam outro destino que não o do congelamento eterno.

No caso da sucessão, a decisão também caberia a seus genitores: um deles deve deixar expressa a sua vontade de que seu material genético seja utilizado para gerar um novo ser, mesmo após a sua morte, e o outro deve atentar para o prazo de três anos para que a fertilização e/ou a implantação ocorram tempestivamente.

Uma vez estabelecidas as regras e cientes as partes envolvidas a questão deixaria de ser um problema para ser uma opção consciente do casal parental.

O prazo de três anos, por sua vez, não é demasiadamente longo a ponto de prejudicar sobremaneira os herdeiros já existentes à época do falecimento, destacando-se que, segundo a hipótese específica apresentada para o caso, já estariam eles em posse dos bens por força da abertura da sucessão provisória, que aqui gostaríamos de nomear de condicional; como também não é demasiadamente curto a ponto de forçar o possível genitor sobrevivente, ainda sob as dores do luto, a se submeter ao procedimento necessário para que a criança fosse gerada.

Apresentada a hipótese específica, cremos que a dosimetria dos interesses atende à harmonia que se deve procurar entre direitos tão importantes quanto à vida, direitos hereditários e estabilidade social.

Feitas estas afirmações, quanto à sucessão testamentária, acreditamos serem pertinentes ainda outros esclarecimentos.

Retomando a questão da deixa testamentária a pessoa ainda não concebida e em conformidade com o que ressaltamos no primeiro capítulo, passamos a analisar o inciso I do artigo 1.799 do atual Código Civil que estabelece:

“Art. 1.799. Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder:

I – os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão;

(...).”

Primeiramente, oportuno é o esclarecimento de Nestor Duarte, que assevera: “Nascituro é o ser concebido, mas ainda nas entranhas maternas, não nascido, e não se confunde com a prole eventual”³⁹⁷.

Feita a observação quanto à distinção, destacamos que, no artigo 1.799, o legislador previu a possibilidade de serem chamados à sucessão os ainda não concebidos – prole eventual.

A condição, porém, para que a previsão do testador se confirme, é a de que os beneficiados a serem concebidos, sejam filhos de pessoas vivas no momento da abertura da sucessão.

Ora, como seria então possível beneficiar seus próprios filhos a serem concebidos, se, na abertura de sua própria sucessão, obviamente, sua morte teria ocorrido?

Refletindo sobre a expressão “pessoas vivas” e o benefício destinado à prole eventual do próprio testador Giselda Hironaka argumenta que o testador pode querer beneficiar a prole de uma pessoa ainda solteira, forçá-la a constituir família com o outro determinado genitor, não seria prática lícita por parte do testador, dessa forma, há que se permitir que o testador indique como sucessor a prole eventual de uma única pessoa.³⁹⁸

Em sendo esta única pessoa o próprio testador, a autora se posiciona:

“(...) é claro que não poderá indicar como sucessor sua própria prole eventual, uma vez que a lei exige que a pessoa indicada pelo testamento esteja viva no momento da abertura da sucessão. E, ou bem ele está morto, acarretando a abertura de sua sucessão, ou bem ele está vivo nesse momento, o que demonstra a impossibilidade de beneficiar sua própria prole eventual.”³⁹⁹

Contudo, por via reflexa, admite a autora que esta disposição pode prevalecer, ou seja, bastará que o testador indique a doadora do óvulo, se testador, ou o

³⁹⁷ DUARTE, Nestor. *Proteção Jurídica dos Bens de Incapazes*. Tese de doutoramento apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 1988, p. 19.

³⁹⁸ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Comentários ao Código Civil, parte especial: do direito das sucessões*, volume 20 (arts. 1.784 a 1.856). Coordenador Antônio Junqueira de Azevedo. 2.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 102.

³⁹⁹ *Idem, ibidem*.

doador do espermatozóide, se testadora, para beneficiar os embriões congelados e provenientes de seu próprio material genético, mas prole também do indivíduo supérstite⁴⁰⁰.

O questionamento que se pode fazer aqui é quanto ao reconhecimento do ser gerado enquanto filho do testador.

A hipótese acima somente estaria resguardada pelo atual diploma civil se o supérstite fosse cônjuge do testador, situação em que incidiria a regra do inciso III do artigo 1.597.

Enfim, resta evidente que o dispositivo não foi elaborado para esta exata finalidade, pois se assim fosse, nossos legisladores teriam feito as ressalvas que indicassem os procedimentos de situação excepcional como esta.

Não é em vão nosso esforço, todavia, se vislumbrarmos que a filiação *post mortem* foi reconhecida no artigo 1.597, em caso de fecundação homóloga, sendo, portanto, perfeitamente possível admitirmos a deixa testamentária em benefício do ainda não nascido - ou até mesmo não concebido-, com mais razão ainda, por ser o próprio filho futuro do testador, bastando que exista cônjuge sobrevivente e autorização formal para a utilização do material genético.

Observe que a deixa poderá, a nosso ver, beneficiar tanto o ser gerado do embrião, já concebido em laboratório, com material do próprio testador, ou até mesmo o ser gerado com o material genético congelado (por exemplo, sêmen) do testador, ainda que a fecundação não tenha ocorrido, bastando que autorize o uso ao cônjuge sobrevivente.

O problema da deixa testamentária à prole eventual é pauta de discussões jurídicas há muito tempo.

Historicamente, fazemos o registro dos comentários de Orosimbo Nonato, que apresenta suas próprias conclusões, após relatar soluções propostas por estudiosos do direito pátrio e estrangeiro, na época, para dirimir o conflito entre os interesses dos herdeiros, já existentes, quando da abertura da sucessão e os da prole eventual. Atentemos para os argumentos.

Em relação à partilha dos bens da herança quando havia menção à prole eventual, uma das soluções propostas foi a de se proceder a uma partilha provisória entre os nascidos ao tempo da abertura da sucessão, sendo que aqueles que chegassem depois

⁴⁰⁰ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Comentários ao Código Civil, parte especial...*, p. 102.

poderiam reivindicar a sua parte, inclusive se estivesse em poder de terceiros. Outra era a da imposição do regime de indivisão temporária aos bens do espólio.⁴⁰¹

Segundo Orosimbo Nonato, a última solução seria inconveniente por manter “indefinidamente, o estado molesto de indivisão, a comunhão, nutriz de discórdia”⁴⁰². Para reafirmar seu argumento, completa, comentando sobre o Código de 1916: “ficou assim revogado o direito das Ordenações do Reino, derivado das fontes romanas, permissor de cláusula testamentária de indivisão, aliás por tempo indeterminado”⁴⁰³.

Alternativa seria a de determinar, aproximativamente, o número eventual de filhos que viessem a nascer – chamada de partilha aproximativa. Rebatida por ser meramente empírica e sem base em qualquer princípio de direito⁴⁰⁴.

Apresenta então, o autor, a hipótese de sucessão que se assemelha ao fideicomisso – fideicomisso tácito, subordinada a uma condição, ou seja, o nascimento da prole⁴⁰⁵.

Parece que Orosimbo Nonato preanunciou a modificação que o legislador do atual Código Civil iria fazer: o fideicomisso condicionado ao benefício de pessoa ainda não concebida ao tempo da abertura da sucessão, sob pena de se transformar em usufruto.

Antes de explicarmos tais peculiaridades, concluiremos nosso raciocínio.

As propostas apresentadas à época para a questão da prole eventual poderiam ser perfeitamente transportadas para a atualidade, com o facilitador de já contarmos com institutos capazes, pela modificação que sofreram, de atender a vontade daquele que deseja beneficiar pessoa ainda não concebida.

Em que pese toda a discussão apresentada, a solução dada pelos legisladores do Código Civil de 2002 foi outra: a de confiar os bens, após liquidação ou partilha, a curador nomeado pelo juiz e, nascendo com vida o herdeiro esperado, a sucessão ser-lhe-ia deferida, com os frutos e rendimentos relativos à deixa, a partir da morte do testador (art. 1.800, *caput*, do Código Civil de 2002).

⁴⁰¹ NONATO, Orosimbo. *Estudos sobre Sucessão Testamentária*. Vol. II. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1957, p. 29.

⁴⁰² *Idem*, p. 30.

⁴⁰³ *Idem, ibidem*.

⁴⁰⁴ Cf. NONATO, Orosimbo. *Op. cit.*, p. 30.

⁴⁰⁵ *Idem*, p. 31.

Embora a posição acima possa ser vista e revista muitas outras vezes, com reflexões sobre sua pertinência e adequação, as considerações feitas por nós não tinham outro sentido senão o de detalhar o tema para demonstrar se esta seria uma alternativa para contornar o impasse sucessório que se estabeleceu com as novas hipóteses de filiação em decorrência do emprego das técnicas de assistência reprodutiva.

No que se atém à questão da igualdade buscada na partilha dos bens dos descendentes, por força de mandamento constitucional, concluímos que a estipulação testamentária em favor de prole eventual não seria suficiente para corrigir eventuais distorções. Ou seja, o que queremos expressar é que uma questão é a do benefício que se pode deixar a qualquer pessoa, inclusive ao filho preferido ou ainda não concebido. Outra é a da partilha equânime dos bens da legítima.

Ainda que se conclua que o testador, pai de um único herdeiro poderá beneficiar sua própria prole eventual, com toda a sua parte disponível, e venham a nascer gêmeos, cada um deles ficaria com vinte e cinco por cento da herança, contra os cinquenta por cento já transmitidos ao herdeiro pré-existente.

Observe-se que teríamos que contar com a sorte para que a partilha fosse igualitária.

Note-se também que os argumentos apresentados para a efetivação dos direitos da prole eventual, passam, com alguns pontos de tangência, por aqueles que por nós foram utilizados a fim de garantir os direitos sucessórios dos filhos presumidos pelos incisos III e IV do artigo 1.597.

Enfim, concluímos que a previsão do artigo 1.799 pode ser usada em favor da prole eventual do próprio testador, mas não pode ser considerada suficiente em matéria de transmissão de bens do genitor, caso tenha deixado sêmen/óvulo e/ou embriões congelados juntamente com a respectiva autorização para sua implantação, o que, indubitavelmente, trará como consequência a existência futura de outros herdeiros necessários.

Em relação aos direitos sucessórios do filho resultante de reprodução artificial *post mortem*, Caio Mário da Silva Pereira, em obra atualizada por Tânia da Silva

Pereira, conclui que “reforma legislativa deverá prever tal hipótese, até mesmo para atender ao princípio constitucional da não discriminação (*sic.*) de filhos”,⁴⁰⁶.

Essa também é nossa conclusão, de acordo com todo o raciocínio exposto. Os direitos sucessórios devem sim ser garantidos aos filhos advindos do emprego das técnicas de reprodução artificial *post mortem*, em estrito cumprimento aos mandamentos constitucionais da igualdade, dignidade da pessoa humana e direito à herança, em razão da admissão expressa da presunção de filiação a eles atribuída pelo art. 1.597 do atual diploma civil, embora dentro de determinados limites que devem ser previstos legalmente, a fim de que seja evitada a insegurança das relações jurídicas no que tange à transmissão da herança e sejam igualmente resguardados os direitos dos demais herdeiros.

3.2.2.1 – Considerações sobre a nova figura do fideicomisso

Antes de passarmos à análise da atual configuração do fideicomisso e sua relação com o tema por nós pesquisado, teceremos alguns comentários sobre o instituto a fim de aclararmos as transformações sofridas.

Fideicomisso, na definição de Arthur Vasco Itabaiana de Oliveira, é:

“A instituição de herdeiros ou legatários, feita pelo testador, impondo a um deles, o gravado ou fiduciário, a obrigação de, por sua morte, a certo tempo, ou sob certa condição, transmitir a outro, que se qualifica de fideicomissário, a herança ou legado.”⁴⁰⁷

Na substituição fideicomissária, são três os envolvidos: fideicomitente, fiduciário e fideicomissário. Itabaiana de Oliveira assim os conceitua:

⁴⁰⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. V..., p. 328.

⁴⁰⁷ OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. *Elementos de Direito das Sucessões*. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Typog. do Jornal do Commercio, 1929, p. 372.

“o *fideicomitente* – que é o testador, o qual, fazendo a instituição, deve ter a capacidade testamentária activa”.⁴⁰⁸

“o *fiduciário* ou *gravado* – que é o primeiro herdeiro, ou legatário, instituído com a obrigação de, por sua morte, a certo tempo, ou sob certa condição, transmitir os bens fideicomitidos a outro herdeiro ou legatário”.⁴⁰⁹

“o *fideicomissário* – que é o segundo herdeiro, ou legatário, instituído e que recebe a herança, ou o legado, por morte do fiduciário, ou realizada a condição resolutória do direito deste último”.⁴¹⁰

O fideicomisso nasceu no Direito Romano, no qual não tinha força coercitiva; contava com a confiança (fidúcia) da pessoa que tivesse recebido a herança para cumprir ou não a transmissão. Era a forma adotada para burlar a rigidez testamentária.⁴¹¹

Paulo Carneiro Maia, em obra específica sobre o tema, identifica três elementos constitutivos do fideicomisso. “O primeiro elemento constitutivo, na ordem em que eles se apresentam, é a dupla vocação, por força da qual o fideicomissário só sucede ao fiduciário depois dele. Ambos adquirem do fideicomitente (testador ou doador)”⁴¹². O segundo elemento “consiste na obrigação do gravado de conservar os bens que recebe, para transmiti-los por sua morte, a certo tempo ou sob determinada condição”⁴¹³. “O terceiro e final elemento resume-se à ordem sucessiva (*ordo sucessivus*), correspondendo que, na substituição fideicomissária, coexistem duas disposições, cujo efeito deve ser produzido um após o outro.”⁴¹⁴

Como percebemos, na substituição fideicomissária, pode-se, com um único bem, beneficiar duas pessoas em momentos diversos, perfazendo-se a vontade do testador, determinada em duas disposições: a primeira, de beneficiar o fiduciário; e a segunda, de fazer com que o bem seja entregue ao fideicomissário, último beneficiado com a disposição.

⁴⁰⁸ OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. *Op. cit.*, p. 374.

⁴⁰⁹ *Idem, ibidem*.

⁴¹⁰ *Idem, ibidem*.

⁴¹¹ Cf. RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: volume 7*. 26.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 244.

⁴¹² MAIA, Paulo Carneiro. *Substituição Fideicomissária*. São Paulo: Empresa Gráfica da Revista dos Tribunais, 1967, p. 202.

⁴¹³ *Idem*, p. 204.

⁴¹⁴ *Idem*, p. 207.

No atual Código Civil, o fideicomisso vem tratado nos artigos 1.951 a 1.960 e comparando-se as disposições atuais com aquelas previstas pelo Código Civil de 1916, constatamos que o instituto passou por substancial transformação.

Antevendo a reforma, Orlando Gomes, ao comentar sobre a pertinência da manutenção do instituto, assim asseverou:

“A proibição absoluta é injustificável, devendo ser aceito com limitações (...). Permitido, deverá ser exclusivamente para ensejar a sucessão de pessoa inexistente no momento de sua abertura. (...) Se existem pessoas às quais deseja o testador beneficiar, o propósito pode alcançar-se com o usufruto, que tem, sob o ponto de vista prático, as mesmas conseqüências. Proibindo-se o *fideicomisso* em favor de pessoas existentes do tempo da abertura da sucessão, previnem-se, por outro lado, controvérsias e litígios freqüentes, que costumam surgir na interpretação das cláusulas testamentárias que contêm duplicidade de herdeiros ou legatários.”⁴¹⁵

O Código Civil de 2002, dessa maneira, modificou o instituto para somente admitir a substituição fideicomissária em favor dos não concebidos ao tempo da morte do testador, disciplinando que, se ao tempo de sua morte já houver nascido o fideicomissário, este terá a propriedade dos bens fideicomitidos, convertendo-se em usufruto o direito do fiduciário (art. 1.952, parágrafo único). Vejamos a disposição legal:

“Art. 1.952. A substituição fideicomissária somente se permite em favor dos não concebidos ao tempo da morte do testador.

Parágrafo único. Se, ao tempo da morte do testador, já houver nascido o fideicomissário, adquirirá este a propriedade dos bens fideicomitidos, convertendo-se em usufruto o direito do fiduciário.”

Duas são as razões que nos levam a abordar, ainda que sinteticamente, o fideicomisso nesta pesquisa: primeira, a do argumento, no item anterior apresentado, de que poderíamos pensar em um fideicomisso tácito para determinar qual seria o tratamento dado aos bens em caso de cláusula testamentária, beneficiando prole eventual de alguém;

⁴¹⁵ GOMES, Orlando. *Sucessões*. 13.^a ed. rev. atual. e aumentada de acordo com o Código Civil de 2002 por Mário Roberto de Carvalho Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2006, pp. 209-210.

segunda, o fato de que, no diploma civil atual, constata-se que houve a modernização de um instituto milenar, facilitando a sua adequação, ainda que de forma não proposital, à nova realidade que se nos apresenta em matéria de concepção artificial.

Por força desta alteração, muitas dúvidas podem agora surgir, pois tentar conciliar as inúmeras formas de concepção artificial com a possibilidade de beneficiar com um único bem, em momentos diferentes, dois herdeiros - sendo que o último deles, na abertura da sucessão, sequer poderia ter sido concebido - é fato que abarca um grande número de situações.

Vejam os. A expressão *concebido* se refere à *concepção*, momento em que o óvulo é fecundado pelo espermatozóide. Pensando nas técnicas reprodutivas disponibilizadas pela medicina, se há apenas material genético reservado - sêmen e óvulo, o problema com a expressão concebido não existe. De outro lado, tecnicamente falando, o embrião criopreservado não poderia ser fideicomissário, pois já teria sido concebido.

Desse modo, seria possível então transformar o fideicomisso em usufruto, situação em que o embrião criopreservado fosse nu-proprietário? Pelo texto legal, a transformação se daria se ao tempo da morte o fideicomissário já houvesse nascido, o que também não ocorreu. Desta feita, poderíamos assim interpretar: já tendo sido concebido, mas ainda não tendo nascido, dar-se-lhe-á curador até o que seu nascimento com vida ocorra, momento a partir do qual adquirirá a sua propriedade, tratamento conferido ao nascituro.

Se admitirmos essa possibilidade, como teremos a certeza de que aquele embrião um dia será gestado e virá a nascer? Ficaríamos a mercê de sua suposta implantação? Ora, se ao restringir o fideicomisso apenas aos não concebidos ao tempo da morte do testador, procurou o legislador evitar que bens pudessem ficar afastados da circulação, não estaríamos, ao agir dessa forma, potencializando esse afastamento?

Ademais, nas palavras de Caio Mário, “deve-se distinguir os embriões excedentários da figura do nascituro, sendo certo que um e outro não se confundem. O nascituro é o embrião que, implantado no útero, é apto a desenvolver-se ou maturar-se até o

nascimento, diferentemente do embrião excedentário, que não tem essa capacidade por si só”.⁴¹⁶

Pensamos que o legislador, ao se referir ao ser ainda não concebido, não aventou a hipótese de concepção artificial, criopreservação, dentre outras inúmeras situações com as quais atualmente convivemos, porém, pode ser exatamente para essas circunstâncias que o fideicomisso se torne ainda mais interessante.

Dessa forma, para que seja conciliada a substituição fideicomissária com o avanço da medicina genético-reprodutiva, e tendo em vista que sem a implantação no útero o embrião, embora já concebido, não tem condição de se transformar em ser humano formado, cremos que o embrião não implantado deva ser exceção à regra da concepção prevista no artigo acima transcrito, conferindo-lhe a possibilidade - a despeito da concepção, mas em respeito à não implantação -, de ser fideicomissário.

Tal tratamento, a nosso ver, deve ser legislativo, adequando a substituição fideicomissária à nova realidade. Se assim argumentamos é porque podemos defender somente uma dentre as duas configurações à deixa testamentária: fideicomisso ou usufruto, e usufruto pressupõe a existência de pessoas certas e determinadas e pensamos que ainda não podemos classificar o embrião não implantado como tal.

Após fazemos o registro quanto ao novo caminho que nos é aberto, lembramos que a extinção natural do fideicomisso se dá com o advento do termo, da condição ou morte do fiduciário, isto é, acontecimento que foi estipulado em testamento pelo fideicomitente (testador), ocasião em que o bem gravado passará para as mãos do fideicomissário.

Ocorrendo o estipulado, para que o fideicomissário possa receber o bem deve, neste momento, pelo menos já ter sido concebido, ainda que não nascido, caso contrário, caducará o fideicomisso. Nesse caso, no que tange ao embrião, deve-se mencionar que deverá ter sido concebido e implantado, vez que o ato da concepção, como vimos, pode ocorrer do encontro do espermatozóide com o óvulo fora do corpo da mulher, fazendo-se necessária sua implantação.

⁴¹⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. I..., p. 188.

Finalizamos transcrevendo as observações feitas por Caio Mário que compara o instituto atual com sua previsão no Projeto de Código Civil de 1965:

“Ao ser elaborado o Projeto de Código Civil de 1965 (Orosimbo Nonato, Orlando Gomes e Caio Mário da Silva Pereira), o fideicomisso foi mantido, com restrição aos descendentes do testador ainda não nascidos ao tempo de sua morte, e conversão em usufruto se nesse momento os fideicomissários já fossem nascidos (Projeto de 1965, art. 805 e seu parágrafo). O novo Código Civil, conquanto mais liberal do que aquele Projeto, somente admite o fideicomisso em favor dos não concebidos (concepturos) ao tempo da morte do testador (art. 1.952), pouco importando, todavia, sejam ou não seus descendentes; se, porém, quando da abertura da sucessão, já houver nascido o fideicomissário, a este caberá a nua-propriedade dos bens fideicomitidos, convertendo-se em usufruto o direito do fiduciário”.⁴¹⁷

Ao prever o fideicomisso restringindo-o aos descendentes do testador, pensavam os juristas nos netos do futuro “*de cujus*”. Neste momento, porém, é mais um reforço à idéia de que o instituto até mesmo pode ser utilizado para beneficiar os próprios filhos do testador, em caso de haver material genético congelado que pudesse ser utilizado, desde que haja a devida autorização. Mas, neste caso, retomando os argumentos explicitados no item anterior, quando apresentamos a nossa posição quanto à instituição de deixa testamentária que beneficia prole eventual: o instituto pode se coadunar com as novas presunções de filiação, mas nem de longe é solução para garantir, com igualdade, os direitos sucessórios dos filhos concebidos *post mortem*, o que dependeria de tratamento próprio, como já defendemos.

3.2.3 - O Sigilo da Identidade do doador *versus* o Direito à Identidade Genética daquele que é fruto de fertilização heteróloga

Em tempos passados, o tema do direito ao conhecimento da identidade genética foi alvo de muitas discussões, tendo em vista o instituto da adoção e a salvaguarda

⁴¹⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. VI, 17.^a ed. Atualizada por Carlos Roberto Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 273.

que tanto o Código Civil quanto o Estatuto da Criança e do Adolescente fazem quanto à sua irrevogabilidade, em contraposição à manutenção dos impedimentos matrimoniais do filho adotivo para com sua família biológica.

Se é mantida a relação biológica para efeito de impedimentos matrimoniais, por que não permitir que a identidade genética seja revelada? Pergunta que agora se repete com mais veemência quando a filiação decorre do emprego da técnica de reprodução assistida heteróloga.

Quando em relação à adoção já se permitiu “a investigação biológica apenas para atender a uma necessidade psicológica de quem quer conhecer seus ancestrais, como também se prestaria para preservar os impedimentos matrimoniais, garantir a vida e a saúde do filho e dos seus pais biológicos, em caso de grave doença genética”⁴¹⁸, não se deveria permitir o mesmo para o filho concebido com material genético de doador?

Segundo Enrique Varsi Rospigliosi, assessor jurídico da Associação Iberoamericana de Imunologia e Genética em Biomedicina Reprodutiva, o direito de conhecer a própria origem genética “recebeu um impulso maior no início dos anos oitenta como consequência dos avanços das técnicas de reprodução humana assistida (...)”⁴¹⁹.

Em relação ao direito ao conhecimento à carga genética, Rolf Madaleno ressalta:

“Quando um filho já tem um pai registral, mostra-se totalmente integrada a jurisprudência com o espírito da lei, quando restringe a pesquisa dos laços genéticos apenas aos efeitos psicológicos, eugênicos e de preservação da vida e da saúde, sem qualquer ingerência ou modificação dos vínculos de parentesco já estabelecidos por adoção ou por afeição.”⁴²⁰

Concluindo que “a origem genética é direito impregnado no sangue que vincula, por parentesco, todas as subseqüentes gerações, inexistindo qualquer fundamento jurídico capaz de impedir que o homem investigue a sua procedência e que possa conhecer a sua verdadeira família e saber quem é o seu pai ou pai do seu pai”⁴²¹.

⁴¹⁸ MADALENO, Rolf. *Repensando o Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 138.

⁴¹⁹ ROSPIGLIOSI, Enrique Varsi. *Filiación, Derecho y Genética. Aproximaciones a la teoría de la filiación biológica*. Lima: Universidad de Lima y Fondo de Cultura Económica – Perú, 1999, p. 244. “Este derecho recibió un impulso mayor a inicios de los ochenta como consecuencia de los avances de las técnicas de reproducción humana asistida(...)”

⁴²⁰ MADALENO, Rolf. *Repensando o Direito de Família*....,p. 138.

⁴²¹ *Idem*, p. 139.

No primeiro capítulo traçamos as primeiras linhas desse tema (item 1.7.2), mas agora cabe-nos aprofundá-lo buscando uma solução que coadune ambos os interesses, o que, nem sempre é fácil.

Se de um lado o direito ao sigilo é garantido ao doador, com base no direito à intimidade e à sua dignidade, de outro o filho gerado com material doado tem igual direito de não viver à sombra de um pensamento de dúvida sobre quem seria aquele que lhe permitiu o nascimento. É também o mesmo fundamento da garantia de respeito à sua dignidade que impulsiona a busca por essa informação.

De partida, deve-se constatar que qualquer concessão que se faça a esse respeito tem de ser feita por via judicial. É fato que não pode depender apenas da vontade das partes ou da discricionariedade do médico e clínica envolvidos, portanto, a autorização judicial é o único caminho seguro para que se possam sopesar os dois direitos envolvidos.

O regramento para o fornecimento de informações utilizado no instituto da adoção, a nosso ver, pode ser usado de parâmetro na busca de uma solução aceitável.

No artigo 47 do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA- há a previsão de não fornecimento de certidão da sentença judicial que constituir a adoção, reforçando-se a idéia do sigilo no parágrafo terceiro do mesmo artigo que prevê que “nenhuma observação sobre a origem do ato poderá constar nas certidões do registro”. Contudo deixa-se a critério da autoridade judiciária a possibilidade de permitir o fornecimento de certidão para a salvaguarda de direitos, previsão do parágrafo quarto do dispositivo citado.

Ora, se a quebra do sigilo em caso de adoção pode ser determinada por magistrado para salvaguarda de direitos, por que não se permitir a quebra do sigilo para identificar o doador do material genético utilizado quando o direito do respectivo filho estiver sendo ameaçado?

Rolf Madaleno, mais uma vez, reforça essa permissibilidade de relativização do sigilo, ao asseverar:

“Igual procedimento ocorre na procriação humana assistida, em que prevalece o sigilo do doador, mas que pode ser afastado quando conflita com interesses de maior relevância e que busquem, por exemplo, preservar a vida em razão de grave doença genética.”⁴²²

⁴²² MADALENO, Rolf. *Repensando o Direito de Família...*, p. 138.

Reforçamos, ainda, que, uma vez conseguida junto à autoridade judiciária, a permissão para a certidão, ela poderia ser obtida pelo interessado, tendo em vista a determinação de arquivamento pelo Banco de Células e Tecidos Germinativos – BCTG de todos os documentos e registros relativos ao procedimento reprodutivo, sobretudo se as informações forem integradas ao sistema de registros de nascimento, como propusemos (item 3.1.6).

A solução analógica à adoção parece ponderada, mas não resolve de todo o problema. Outra pergunta poderia ser feita: Qual seria o direito que precisaria ser salvaguardado a ponto de inclinar o magistrado a tomar a decisão de quebra de sigilo? Direito ao conhecimento da identidade genética seria uma hipótese?

Pensamos que não se discutiria o fato da quebra de sigilo quando a vida ou saúde de um ou outro estivesse envolvida, tendo em vista o bem maior e pressuposto de todos os direitos, que é a vida. E dizemos de um ou de outro, pois, nesse caso, a quebra do sigilo poderia ser autorizada para salvaguardar a integridade física tanto do doador quanto daquele que foi concebido com o material doado. Mas em caso de higidez psíquica, como seria a decisão? O simples fato de querer conhecer sua identidade genética seria um direito que mereceria ser respeitado a ponto de relativizarmos o direito ao sigilo?

Nas palavras de Rodrigo Bernardes Dias, o “direito de acesso às suas próprias informações genéticas é derivado de um forte interesse pessoal, vez que permite ao indivíduo dispor de informações importantes (particularmente sobre sua saúde) ao tomar decisões relativas à sua própria vida”⁴²³. Complementa o autor que, conhecidas as informações, a pessoa poderá “tomar algumas precauções ou mesmo decidir questões de cunho existencial”⁴²⁴.

Como podemos perceber, não só quando a saúde e vida estão ameaçadas podemos encontrar motivação para que a informação da ascendência biológica seja prestada, a questão da higidez psicológica vai além, passa pela prevenção de problemas que podem vir a se desenvolver no futuro e que podem determinar o comportamento da pessoa durante toda a sua vida.

⁴²³ DIAS, Rodrigo Bernardes. *Privacidade Genética*. São Paulo: SRS Editora, 2008, p. 163.

⁴²⁴ *Idem, ibidem*.

Reinaldo Pereira e Silva, reconhecendo que a disciplina do direito ao conhecimento da ascendência biológica é um grande desafio ao direito, pondera:

“Nessa disciplina jurídica é importante ter claro que o conhecimento da ascendência biológica é um verdadeiro direito, não é um dever. Em outras palavras, ninguém pode ser obrigado a conhecer sua ascendência biológica, mas todos os filhos tem o direito de conhecê-la caso o queiram, pouco importando a natureza de seus vínculos familiares (adoção tradicional, recurso às técnicas de reprodução medicamente assistida, etc.).”⁴²⁵

Em outro momento, o autor assim disserta:

“Nada impede que o filho concebido artificialmente, desde que queira, proponha contra o pai biológico, o doador de gametas, ação de investigação de paternidade. Duas são as razões para tanto. Por primeiro, porque ninguém é obrigado a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Em segundo lugar, porque o conhecimento da ascendência biológica é direito fundamental do homem, alicerce indisponível da instituição familiar.”⁴²⁶

Por sua vez, Maricruz Gomes de La Torre Vargas, após analisar o tema do direito ao anonimato em contraposição ao direito ao conhecimento da ascendência genética, assim conclui:

“O conhecimento da origem biológica – saber quem é seu pai ou mãe biológica – é de grande importância, tanto para a própria identidade da pessoa como para o desenvolvimento de sua personalidade. É um direito que tem todo indivíduo pelo simples fato de nascer e, por sua vez, é parte dos direitos fundamentais amparados pela Constituição.

Sob outro ponto de vista, o direito do doador à sua intimidade ou o direito dos pais de não ter a interferência de um terceiro na relação com o filho, não podem justificar o anonimato do doador. Ao existir uma colisão de direitos entre os direitos do filho e os do doador ou do casal receptor, deve prevalecer o direito do

⁴²⁵ SILVA, Reinaldo Pereira e. *Biodireito: a nova fronteira dos direitos humanos*. São Paulo: LTr, 2003, p. 61.

⁴²⁶ SILVA, Reinaldo Pereira e. *O exame de DNA e a sua influência na investigação da paternidade biológica*. In *Biodireito: Ciência da vida, os novos desafios*. Organizadora: Maria Celeste Cordeiro Leite Santos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 96.

filho, não só por ser a parte mais frágil da relação, mas sim porque seus direitos são de hierarquia constitucional e fundamentais para o desenvolvimento da criança.”⁴²⁷

Como podemos notar, segundo a doutrina e numa interpretação analógica da adoção, a relativização do anonimato deve imperar, todavia reforçamos que a quebra deve ser analisada judicialmente e deve ocorrer quando apurada a procedência das razões invocadas por aquele que a pretende.

Contudo em relação aos seus efeitos, não terá ela condão de atribuir ou garantir direitos patrimoniais ou pessoais entre doador(a) e a pessoa concebida com seu sêmen ou óvulo, sob pena de admitirmos que pai ou mãe são ou podem ser aqueles que doaram seu material genético de forma altruísta para auxiliar em procedimento reprodutivo.

Nesse sentido, Maricruz de La Torre conclui que embora seja estabelecida a possibilidade do filho de conhecer suas origens biológicas, se desejar, deve o doador ser liberado de toda a obrigação jurídica acerca da pessoa nascida como consequência de sua doação.⁴²⁸

Também quanto aos efeitos de possível ação investigatória, Jorge Shiguemitsu Fujita assim reforça:

“Cabe ao filho originário da técnica de reprodução assistida heteróloga o direito de conhecer o doador anônimo do sêmen ou a doadora anônima do óvulo, mediante ação investigatória de paternidade, ou de maternidade, em face do pai biológico ou da mãe biológica, sem que isso venha a importar na

⁴²⁷ VARGAS, Maricruz Gomes de La Torre. *Op. cit.*, p. 102. “Analizadas las distintas posiciones frente al anonimato del donante y el derecho del nacido a conocer su origen genético e identidad de su progenitor, podemos concluir que el conocimiento del origen biológico – saber quién es su padre o madre biológica – es de gran importancia, tanto para la propia identidad de la persona como para el desarrollo de su personalidad. Es un derecho que tiene todo individuo por el mero hecho de nacer y, a su vez, forma parte de los derechos fundamentales amparados por la Constitución. Desde otro punto vista, el derecho del donante a su intimidad o el derecho de los padres a no tener interferencia de um tercero en relación con el hijo, no pueden justificar el anonimato del donante. Al existir una colisión de derechos entre los derechos del hijo y el del donante o de la pareja receptora, debe prevalecer el derecho del hijo, no sólo por ser la parte más débil de la relación, sino porque sus derechos son jerarquía constitucional y fundamentales para el desarrollo del niño.”

⁴²⁸ VARGAS, Maricruz Gomes de La Torre. *Op. cit.*, p. 102. “Por tanto, la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida debió haber establecido la posibilidad del hijo – alcanzada la mayoría de edad – de conocer sus orígenes biológicos si él lo desea, así como la identidad del donante. Al mismo tiempo, liberando de toda obligación jurídica al donante, respecto a la criatura nacida como consecuencia de su donación.”

declaração do estado de filho natural, porquanto a relação paterno-filial, ou materno-filial, já resta fixada e reconhecida (...).”⁴²⁹

É dessa forma que concluímos, defendendo a admissibilidade de relativização do anonimato de forma a garantir o direito ao conhecimento à origem genética, sem, contudo, permitir que da descoberta decorram quaisquer direitos e obrigações entre as partes.

3.2.4 – A Reprodução Assistida e as Ações de Investigação e Negatória de paternidade

A fim de relacionarmos os efeitos da reprodução assistida no âmbito das ações relativas à paternidade, inicialmente, faremos alguns apontamentos sobre seus principais elementos.

Carlos Roberto Gonçalves⁴³⁰ assevera que “já diziam os romanos: *mater semper certa est*. Em regra, o simples fato do nascimento estabelece o vínculo jurídico entre a mãe e o filho. Se a mãe for casada, esta circunstância estabelece, automaticamente, a paternidade: o pai da criança é o marido da mãe, incidindo a aludida presunção *pater is est quem justae nuptiae demonstrant*”.

Regina Fiúza Sauwen e Severo Hryniewicz dissertam que:

“Até recentemente, o direito trabalhava com relativa segurança quanto ao fato de ser a identidade da mãe sempre certa e a do pai, presumida. Não havia como duvidar quanto ao fato de ser mãe aquela que concebeu, gestou e deu à luz uma determinada criança. De outra parte, na impossibilidade de se avaliar com certeza quem fosse o pai, adotava-se, em sentido amplo, o princípio do jurisconsulto romano Papiniano: “*Pater vero is est quem nuptiae demonstrant*”(é verdadeiramente pai aquele que as núpcias indicam), citado no seu *De suis et*

⁴²⁹ FUJITA, Jorge Shiguemitsu Fujita. *Filiação*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 76.

⁴³⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, volume VI: direito de família...*, p. 274.

legitimis heredibus (Sobre os seus e os legítimos herdeiros). Este princípio é um artifício jurídico, por tratar-se de presunção *iuris tantum*.⁴³¹

Arnoldo Medeiros da Fonseca, em obra intitulada *Investigação de Paternidade*, datada de 1947, pode nos elucidar toda a dificuldade de se admitir a ação de investigação de paternidade em tempos mais remotos, o que justificava sobremaneira o respeito aos brocardos jurídicos supra-mencionados. Relata o autor que a impossibilidade ou dificuldade de prova é “a principal razão a que se apegam os que consideram que a declaração judicial de paternidade não deve ser autorizada”⁴³².

Continua o autor, esclarecendo que:

“Afirma-se que, enquanto a maternidade é um fato material que se objetiva e se prova pelo nascimento da criança, pela sua separação das vísceras maternas, a paternidade, diversamente, quando falha a presunção que decorre do casamento, é um laço misterioso que a natureza cobre com um véu impenetrável, só sendo suscetível de provas indiretas, indiciárias, incompletas, o que justifica que o seu conhecimento fique sempre na dependência da vontade do pai, a fim de evitar-se o perigo do arbítrio judicial.”⁴³³

Em outra passagem, narra Caio Mário que Clóvis Beviláqua, “quando ecarregado pelo governo de Campos Salles de elaborar um Projeto de Código Civil, nele introduziu, fiel às doutrinas que pregava, o reconhecimento compulsório ao lado do espontâneo”⁴³⁴. Como consequência “enorme celeuma irrompeu na Câmara dos Deputados em torno desta inovação, depois de tê-la combatido a Faculdade Livre de Direito do Rio de Janeiro, em nome da tradição de nosso Direito, e do sossego e tranqüilidade das famílias”⁴³⁵.

⁴³¹ SAUWEN, Regina Fiúza; HRYNIEWICZ, Severo. *O Direito “in vitro”*. Da Bioética ao Biodireito. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2000, p. 102.

⁴³² FONSECA, Arnoldo Medeiros da. *Investigação de Paternidade*. 2.^a ed. São Paulo: Saraiva e Cia Livraria Acadêmica, 1947, p. 132.

⁴³³ *Idem, ibidem*.

⁴³⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Reconhecimento de Paternidade e seus efeitos*. 5.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 22.

⁴³⁵ *Idem, ibidem*.

Não foram poucos os obstáculos relacionados à possibilidade de investigação de paternidade, tanto em razão da dificuldade probatória quanto das incertezas que poderiam rondar as investigações e atribuições judiciais de paternidade.

Discussões à parte, o legislador do Código Civil de 1916 acabou por restringir as hipóteses que poderiam motivar a investigação de paternidade por um suposto filho, para apenas três:

“Art. 363. (...)

I - se ao tempo da concepção a mãe estava concubina com o pretendido pai;

II - se a concepção do filho reclamante coincidiu com o rapto da mãe pelo suposto pai, ou suas relações sexuais com ela;

III - se existir escrito daquele a quem se atribui a paternidade, reconhecendo-a expressamente.”

Como se vê, as hipóteses eram limitadas e as provas nem sempre fáceis de serem produzidas.

A ação negatória de paternidade, no mesmo sentido, apresentava hipóteses taxativas, como já se comentou nesta pesquisa em momento que analisávamos o atual sistema de presunções (Item 1.4.2).

“Art. 340. A legitimidade do filho concebido na constância do casamento, ou presumido tal (arts. 337 e 338), só se pode contestar, provando-se:

I - que o marido se achava fisicamente impossibilitado de coabitar com a mulher nos primeiros 121 (cento e vinte e um) dias, ou mais, dos 300 (trezentos) que houverem precedido ao nascimento do filho;

II - que a esse tempo estavam os cônjuges legalmente separados.”

A ação negatória cabia privativamente ao marido e sujeitava-se a prazos prescricionais, a saber: 2 (dois) meses, contados do nascimento, se o marido estivesse presente ao nascimento; e 3 (três) meses, se estivesse ausente ou lhe tivessem ocultado o

nascimento, contando-se o prazo, do dia de seu retorno ao lar, no primeiro caso, e da data do conhecimento do fato, no segundo.

Pois bem, feitas estas explicações o que se prevê hoje em relação às ações de investigação ou negatória de paternidade? Grandes passos foram dados, a nosso ver, no sentido do aperfeiçoamento do sistema.

Segundo o art. 1.606 do atual diploma civil, “a ação de prova de filiação compete ao filho, enquanto viver, passando aos herdeiros, se ele morrer menor ou incapaz”, não se limitando mais a investigação à prova desta ou daquela circunstância, alíás, posição que já era defendida por Arnaldo Medeiros da Fonseca quando pontuava: “Filiamo-nos, assim, ao sistema pelo qual em todos os casos deve o filho natural ser amplamente admitido a provar sua paternidade”⁴³⁶.

Portanto, o filho pode investigar quem acredita ser seu suposto pai sem que haja qualquer limitação por imposição legal, tendo agora, liberdade ampla como bem defendeu Arnaldo Medeiros da Fonseca, para demonstrar sua filiação.

Em relação à ação negatória de paternidade, da mesma forma, não há mais condicionantes e, por previsão expressa do art. 1.601 do Código Civil de 2002, essa ação não está mais sujeita a prazos, passando a ser imprescritível.

Enfim, como ficam as afirmações de que *mater semper certa est e pater is est quem justae nuptiae demonstrant* diante das novas técnicas reprodutivas?

Atualmente, quando se reflete acerca das novas técnicas que auxiliam a reprodução, essa certeza ou, pelo menos, essa presunção legal é hoje relativizada.

Quanto ao direito do filho à sua origem genética, o que se daria por meio de uma ação de investigação de paternidade, cremos que já fizemos nossas considerações, no sentido de que o sigilo pode ser relativizado em casos analisados judicialmente, contudo, sem que qualquer efeito lhe possa ser atribuído, seja ele pessoal ou patrimonial, em relação ao doador.

Nesse momento, porém, temos de pensar na situação de outro ângulo: do lado dos genitores que desejaram se submeter aos procedimentos de reprodução artificial.

⁴³⁶ FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Op. cit.*, p. 154.

Como expressamos, no caso de dúvidas de um marido quanto à filiação que lhe foi atribuída há a permissão legal, não mais sujeita a prazo, de que ele possa contestar essa paternidade, mas, em se tratando de situação em que técnicas de reprodução assistida foram utilizadas, será que lhe cabe ainda esse direito?

Muitas são as ocasiões em que a dúvida poderá surgir, mesmo após a livre e consciente anuência do marido para a utilização de tais técnicas.

Por exemplo, se o marido concordou com a fecundação homóloga, poderá ele impugnar a paternidade se houver suspeita de adultério ou troca de sêmen?

E, ainda, se for o caso de fertilização artificial heteróloga, em que a vontade do marido foi viciada, caberia a negatória?

No caso de ter anuído livremente, mas descobrir que a criança é fruto da infidelidade da mãe e não da fertilização, terá o direito de negar essa paternidade?

Parece-nos que nos três casos acima explicitados, dependendo do caso concreto, ao marido não poderá ser negado o direito de contestar a paternidade⁴³⁷ se houver indícios de erro médico ou conduta maliciosa por parte do outro cônjuge, todavia, no mínimo, na segunda hipótese, estaremos diante de grave ofensa ao dever de respeito que deve vigorar entre os cônjuges, podendo ser causa de separação.

Acrescenta-se, contudo, que a intenção do pai de negar a filiação que lhe foi atribuída após ter consentido, só pelo fato de ter-se arrependido não pode ser acolhida, sob pena de desestabilizarmos as relações de filiação, permitindo que a paternidade dependa do humor e dos caprichos do presumido genitor. Ressaltamos, nesse sentido, a posição de Zeno Veloso:

“Seria antijurídico, injusto, além de imoral e torpe, que o marido pudesse desdizer-se e, por sua vontade, ao seu arbítrio, desfazer um vínculo tão significativo, para o qual aderiu, consciente e voluntariamente. Na verdade, o pai real é o doador de sêmen, em geral um personagem que fica no anonimato e que depositou o seu material em um banco de esperma. Mas esta circunstância é desprezada, para que prevaleçam os valores éticos da paternidade instituída pela

⁴³⁷ Demonstraremos nossa posição, embora seja outra a interpretação sugerida pelo Enunciado n. 258 da III Jornada de Direito Civil do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, realizada de 1º a 3 de dezembro de 2004, como segue: “Enunciado n. 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”. Disponível no site: <http://www.if.jus.br>

reprodução assistida. Permitir que o marido venha depois a se arrepender, rejeitando, sem piedade, o novo ser que, com a sua anuência, foi introduzido na família seria admitir um indecoroso e cruel *venire contra factum proprium*.⁴³⁸

Numa visão realista do tema, José Gavião de Almeida ressalta que “o que realmente se discute em termos de direito não é a situação biológica da filiação, mas os seus efeitos”⁴³⁹.

Entendemos a posição do autor em demonstrar que por trás da busca da verdade sobre a relação paterno-materno-filial, os envolvidos podem pretender ver satisfeitos seus direitos, contudo, em regra, admitidas as ações de filiação, elas não podem ter esse condão.

Resta-nos, após serem feitas essas ponderações, voltar ao tema da admissibilidade ou não da negatória de paternidade quando há consentimento expresso por parte do pai concordando com a reprodução assistida.

No caso do pai concordar com a concepção homóloga, duas podem ser as situações caso o filho não carregue parte de sua identidade genética, ou não houve a aplicação da técnica de reprodução assistida e o filho fora concebido por ato sexual de sua companheira ou esposa com terceiro, ou, se houve, um erro foi cometido.

Em caso de dúvida quanto à fidelidade, lembramos que o adultério da mulher, ainda que confessado por ela, não é, sozinho, suficiente para ilidir a presunção de paternidade, conforme previsão do art. 1.600 do Código Civil de 2002, contudo, juntamente com outras provas, inclusive o exame de DNA, a verdade poderia ser restabelecida.

Assevere-se que, nesse caso, julgada procedente a ação, a paternidade ficaria afastada, da mesma forma que ocorreria ainda que não se tivesse recorrido a qualquer técnica de assistência à reprodução.

Já, quanto à outra hipótese de erro quanto ao emprego da técnica médica, ficaria muito mais difícil a solução, pois nesse caso o filho seria de quem? Do engano? Sabe-se que a imperícia pode gerar fatos como este, todavia, cremos que, nesse caso, a presunção não poderia ser afastada, sob pena de deixarmos um filho que foi desejado e planejado sem um pai.

⁴³⁸ VELOSO, Zeno. *Direito Brasileiro da Filiação e Paternidade*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 151.

⁴³⁹ ALMEIDA, José Luiz Gavião de. *Direito Civil: família*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 213.

Lembremos que o mesmo risco corre a mãe, pois, por previsão legislativa, quando a maternidade constar do termo de nascimento, a mãe somente poderá contestá-la, provando-se a falsidade do termo ou das declarações nele previstas. Um erro médico estaria dentre estas hipóteses?

José Luiz Gavião de Almeida, sobre o tema, afirma:

“A maternidade legítima não ganhou do legislador possibilidade de contestação por parte da mulher, o único dispositivo a respeito é o art. 1.608 do Código Civil que, entretanto, veio colocado no capítulo referente ao reconhecimento dos filhos tidos fora do casamento.”⁴⁴⁰ (...) “Mas se o fundamento para a desconstituição da maternidade, via falsidade do registro ou de suas declarações, implica falta de identidade entre a relação biológica e a jurídica, existe hoje a necessidade de se apontar aquela, para se definir esta.”⁴⁴¹

Dessa forma, tomando por base as reflexões do autor, para que seja confirmada a relação jurídica da mãe com seu filho, deve ser investigada a relação biológica, o que demonstra que a mãe também pode vir a ser refém de um erro médico nos procedimentos das técnicas de assistência reprodutiva, mormente quando a fertilização é *in vitro*.

Em caso de evidente descumprimento do estabelecido entre médicos e o casal que se submete a qualquer uma das técnicas procriacionais, a responsabilização daqueles é evidente, e, como defenderemos, pode até mesmo alcançar a esfera criminal, contudo, não podemos nos esquecer de que, ainda que haja falha médica, uma criança nasceu e deve ser cuidada pelos pais que a buscaram, ou seja, aqueles que se submeteram às técnicas reprodutivas.

Por fim, em caso de fertilização heteróloga, onde há material genético de um doador, as ações negatórias, obviamente, não poderiam consubstanciar-se na verdade genética, pois a não identidade do material genético dos pais com o do filho concebido é a característica determinante desta técnica.

⁴⁴⁰ ALMEIDA, José Luiz Gavião de. *Op. cit.*, p. 205.

⁴⁴¹ *Idem*, p. 207.

É forçoso também lembrar que diante dela devemos examinar com mais cautela a regra do art. 1.599, que estabelece que a prova da impotência do cônjuge para gerar, à época da concepção, ilide a presunção de paternidade.

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, ao tecerem comentários ao art. 1.599, chamam atenção ao fato:

“Com a possibilidade de a presunção de paternidade decorrente do casamento vir a ser contestada a qualquer tempo (CC 1601 *caput*); com os avanços da ciência que podem – a exemplo das hipóteses do CC 1597 III, IV, V – possibilitar a procriação de filhos de homens que padecem de impotência sexual; com a existência de sofisticados exames de laboratório que podem determinar o vínculo de filiação biológica com larga margem de acerto, a hipótese colhida pelo legislador se mostra reduzida a mera causa de pedir em ação negatória de paternidade, ao lado de tantas outras de que pode o interessado se valer com a mesma finalidade.”⁴⁴²

Ultrapassando a questão da potência para gerar, constatamos que a negatória poderá existir caso haja erro por parte de qualquer um dos cônjuges ou companheiros, pois o engano em decisões familiares tão sérias quanto à de conceber um filho, não pode ficar abafado apenas pela impossibilidade de constatação biológica.

Explicamos: o fato de o filho não carregar o material genético de seu pai ou sua mãe inviabiliza a prova de identidade por DNA, por ser questão já pretendida e acorde entre seus pais quando decidiram se submeter às técnicas médicas reprodutivas na modalidade heteróloga. Todavia não pode se afastar, sob pena de abrigarmos um erro grave, a investigação feita por qualquer um deles quando houver fundadas suspeitas de que foi enganado. Se assim não fosse beneficiaríamos aquele que agiu de má-fé e deixaríamos rendido aquele que confiou em seu parceiro. Além, é claro, da hipótese de desprezarmos um possível erro médico que, como abordado, terá de ser responsabilizado.

O que se nota, por derradeiro, é que em ação negatória de paternidade ou maternidade na qual aquele que contesta sua condição não cedeu material para a fecundação, retomamos toda a dificuldade probatória narrada acima por Arnaldo Medeiros

⁴⁴² NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado...*, p. 1041.

da Fonseca, reduzindo-se a investigação às provas *indiretas*, *indiciárias*, e, por vezes, *incompletas*.⁴⁴³

3.2.5 – Outras questões polêmicas

Além das questões que já foram levantadas e que poderiam trazer sérias consequências ao mundo jurídico por carência de regulamentação, poderíamos levantar muitas outras que produziriam efeitos diretos e imediatos, a serem analisados sob o prisma legal e também social.

Os casais homossexuais poderiam utilizar essa técnica para ter filhos?

Maria Helena Diniz assevera que a legislação sueca veda essa prática e que a legislação iugoslava permite. Na Grã-Bretanha e nos EUA, com apoio de entidades como a *Gay Family Values*, amigos gays fornecem sêmen a amigas lésbicas que vivem uma união homossexual para que possam fazer uma inseminação artificial.⁴⁴⁴

Podemos ainda questionar se existiria a possibilidade de aborto permitido no caso em que a mulher se submete à fecundação homóloga *in vitro*, e descobre que foi enganada por seu marido por ter sido utilizado sêmen de doador, situação já nomeada de “estupro científico”⁴⁴⁵?

Tomando-se por base os possíveis efeitos psicológicos que podem decorrer quando se utiliza material genético de terceira pessoa, a fim de evitar a rejeição paterna, técnicas já utilizadas buscam evitá-la a todo o custo, como acontece com o CAI - *Confused Artificial Insemination*⁴⁴⁶, na qual o sêmen do marido é misturado ao sêmen de doador para que paire a dúvida se o óvulo foi fecundado com o material do próprio cônjuge ou terceiro, a fim de que se afastar qualquer recusa afetiva.

⁴⁴³ FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Op. cit.*, p. 132

⁴⁴⁴ DINIZ, Maria Helena. *O Estado Atual do Biodireito...*, p. 561.

⁴⁴⁵ Cf. DINIZ, Maria Helena. *O Estado Atual do Biodireito...*, p. 573.

⁴⁴⁶ *Idem*, p. 565.

Seria essa nova prática médica aceitável do ponto de vista ético? Poderíamos ter - a despeito de tudo aquilo que se pensou sobre proteção das relações familiares, em termos de origem genética e controle -, afastada a segurança socialmente almejada por decisão do casal no sentido de decidir que a dúvida eterna seria a melhor saída para evitar a rejeição?

Poderíamos, até onde nossa mente nos permitir refletir, numerar outros tantos fatos correlatos ao tema da reprodução, pois no campo das suposições, as hipóteses são infinitas. Porém acreditamos que diante do inegável avanço de técnicas médico-reprodutivas e das incontáveis situações que poderão surgir, a hipótese apresentada por esta pesquisa, qual seja, a da criação de um Estatuto específico para tratar da Reprodução Assistida, pode nos garantir a segurança que esperamos nas relações sociais e familiares, resguardando as situações jurídicas que se formarão.

3.3 - Conclusões

Nesse terceiro capítulo, nos detivemos a dois aspectos sobre a Reprodução Assistida: o controle para a manipulação e uso de material genético; e os reflexos da reprodução assistida no âmbito das relações familiares.

Quanto ao primeiro, analisamos a disciplina relativa ao Banco de Células e Tecidos Germinativos – o BCTG e o Sistema Nacional de Produção de Embriões - SisEmbrio, vinculado à ANVISA.

Nesse tópico, tecemos algumas considerações sobre a terminologia e definições, visando a uma melhor compreensão da matéria tratada.

O detalhamento dos procedimentos a serem adotados nos BCTGs e o controle do material genético doado foram explicitados, buscando-se analisar de forma criteriosa todas as suas especificidades, tecendo comentários e apresentado algumas sugestões.

A manifestação da vontade foi estudada tanto no aspecto da relação médico-paciente quanto no que tange ao consentimento conjugal.

Polêmicas como a cessão temporária de útero, o destino dos embriões excedentários, os direitos sucessórios do herdeiro nascido após a morte de seu genitor, o direito ao sigilo em confronto com o direito à identidade genética, bem como as ações de investigação e negatória de paternidade foram todas examinadas, considerando-se suas implicações, efeitos e limitações.

Enfim, buscamos com o presente capítulo ir ao cerne dos principais reflexos trazidos pelo emprego das novas técnicas reprodutivas no âmbito das relações jurídico-familiares, perquirindo as possíveis soluções para os problemas levantados.

Capítulo IV – Tratamento da Reprodução Assistida no Direito Estrangeiro

No presente capítulo, faremos uma abordagem do tratamento que a reprodução assistida tem no ordenamento jurídico alienígena.

O recorte científico foi fundado no avanço legislativo, apresentado pelos países na disciplina jurídica da matéria, com o tratamento específico sobre o tema da Reprodução Assistida.

Analisaremos as leis existentes e o entendimento relativo à interpretação das questões mais relevantes à ciência jurídica.

O estudo contribuirá para a pesquisa, na medida em que poderemos questionar as soluções legais encontradas por países que, como o nosso, tiveram que enfrentar as polêmicas para disciplinar matéria tão complexa como esta da Reprodução Assistida.

A compatibilização do avanço médico-tecnológico com a segurança que se procura dar às relações sociais e familiares é questão internacionalmente discutida. Por esta razão, procederemos à análise.

4.1 - Portugal

O presidente Aníbal Cavaco Silva, promulgou, em 11 de julho de 2006, a Lei n. 32, que tem por objetivo regular a utilização de técnicas medicamente assistida.

Na disciplina estabelecida pela Lei n. 32, encontramos temas como o da maternidade de substituição, consentimento, registro e conservação de dados do procedimento reprodutivo, confidencialidade, determinação de paternidade, inseminação *post mortem*, destino dos embriões excedentários, competência e atribuições do Conselho Nacional de procriação medicamente assistida e sistema de responsabilizações, inclusive no âmbito criminal.

Após definir, nos dois primeiros artigos, que a lei é destinada a regular a utilização de técnicas de procriação medicamente assistida, aplicando-se à *Inseminação artificial*, à *Fertilização in vitro*, à *Injeção intracitoplasmática de espermatozoides*; à *Transferência de embriões, gâmetas ou zigotos*, ao *Diagnóstico genético pré-implantação* e a outras técnicas laboratoriais de manipulação de gametas ou de embriões que lhe sejam equivalentes ou subsidiárias, merecedor de destaque é o art. 3.º:

“As técnicas de PMA devem respeitar a dignidade humana, sendo proibida a discriminação com base no património genético ou no facto de se ter nascido em resultado da utilização de técnicas de PMA.”

Importante frisar que a garantia de respeito à dignidade é obtida pela não discriminação, seja quanto ao património genético como quanto ao fato de se ter nascido em resultado de técnicas de reprodução artificial.

Assunto até agora inédito, mas que pode vir a fazer parte de nossa realidade, pois se outrora o filho ilegítimo, conhecido como “bastardo”, em razão de ter sido concebido fora do casamento, e o adotado, em razão de ter sido abandonado e não ser filho biológico, foram alvos de preconceito social, devemos ficar atentos para o alerta feito e, da mesma forma, repelir qualquer tipo de discriminação.

A submissão ao tratamento de procriação assistida é admitido apenas em caso de infertilidade, tratamento de doença grave ou de transmissão de doenças, dentre outras, as de origem genética ou infecciosa (art. 4.º). É permitido apenas para as pessoas casadas, que não se encontrem separadas judicialmente ou de fato, ou para pessoas de sexo diferente que vivam em condições análogas às dos cônjuges há pelo menos dois anos (art. 6.º).

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 (art. 6.º, n. 2).

São proibidas a clonagem, qualquer prática eugênica e a escolha do sexo, salvo, neste último caso, se a escolha puder evitar risco de doença genética ligada ao sexo (art. 7.º).

Em relação à eugenia, concordando com a proibição de sua prática, seguem as palavras da pesquisadora da Universidade de Coimbra, Stela Marcos de Almeida Neves Barbas:

“Há que proibir a busca do ser humano perfeito, ideal, para que a pessoa não seja coisificada, objectivada, para atender aos padrões da moda de determinada época da história da Humanidade, prejudicando, assim, o desenvolvimento das gerações futuras, de modo espontâneo”.⁴⁴⁷

A lei portuguesa também veda a maternidade de substituição, estipulando-se, caso ela ocorra, que a mulher que engravidou é, para todos os efeitos legais, mãe da criança que vier a nascer (art. 8.º).

Proíbe-se, ainda, a compra ou venda de óvulos, sêmen, embriões ou de qualquer outro material biológico decorrente da aplicação de técnicas de Procriação Medicamente Assistida - PMA (art. 18.º).

A investigação científica somente será permitida se tiver finalidade terapêutica, desde que seja razoável esperar que dela resultará benefício para a humanidade e, ainda assim, a investigação esteja limitada aos embriões (art. 9.º):

⁴⁴⁷ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. *Op. cit.*, p. 303.

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

Na primeira e na terceira hipóteses, o envio dos embriões à pesquisa dependerá da obtenção de prévio consentimento - expresso, informado e consciente -, dos beneficiários aos quais se destinavam.

O consentimento deve ser manifestado de forma expressa e por escrito, perante o médico responsável (art. 14.º), após serem previamente informados de todos os benefícios e riscos conhecidos, resultantes da utilização das técnicas médicas, além de receber informações sobre suas implicações éticas, sociais e jurídicas.

Veja-se que, no mesmo sentido, temos caminhado nesta pesquisa, na busca de soluções para os inúmeros efeitos decorrentes do emprego de qualquer das técnicas médicas, ou seja, entendermos suas implicações éticas, sociais e jurídicas para buscarmos a proteção sistêmica necessária para garantir a estabilidade das relações familiares e sociais.

Nesse caminho, um dos obstáculos a serem vencidos é o da informação/consentimento, tema sobre o qual tivemos a oportunidade de nos debruçar no terceiro capítulo, denotando que a comunicação médico-paciente é essencial para que se garanta o direito de escolha de quem deseja se submeter a alguma das técnicas médico-reprodutivas.

A esse respeito, o pesquisador português João Vaz Rodrigues exalta:

“As pedras de toque nesta matéria consistem, por parte do médico, na explicação *clara e suficiente*, bem como na *disponibilidade* para esclarecer as questões que lhe sejam solicitadas pelo paciente e, por banda deste, a compreensão e *colaboração* manifestadas (*sic.*) na prestação completa e verdadeira. *Verdade* e *suficiência* são dois requisitos fundamentais do necessário diálogo cujo objectivo é a compreensão, e que deve ser estabelecido entre o agente médico e a pessoa que

aceita, pretende ou necessita a intervenção daquele na sua esfera físico-psíquica.”⁴⁴⁸

Ou seja, para que o consentimento seja esclarecido e o direito de escolha garantido, verdade e suficiência devem pautar a comunicação do médico com o(s) paciente(es), de modo a permitir a clara compreensão de decisão a ser tomada.

No que se refere ao sigilo, em Portugal, garante-se o sigilo de qualquer um dos participantes do procedimento da reprodução assistida, contudo reserva-se ao concebido pelo emprego de uma das técnicas médicas de reprodução assistida o direito de obter as informações de natureza genética que lhe digam respeito em algumas situações. Veja-se:

“Artigo 15.º

(...)

2 - As pessoas nascidas em consequência de processos de PMA com recurso a dádiva de gâmetas ou embriões podem, junto dos competentes serviços de saúde, obter as informações de natureza genética que lhes digam respeito, excluindo a identificação do doador.

3 - Sem prejuízo do disposto no número anterior, as pessoas aí referidas podem obter informação sobre eventual existência de impedimento legal a projectado casamento, junto do Conselho Nacional de Procriação medicamente Assistida, mantendo-se a confidencialidade acerca da identidade do dador, excepto se este expressamente o permitir.

4 - Sem prejuízo do disposto nos números anteriores, podem ainda ser obtidas informações sobre a identidade do dador por razões ponderosas reconhecidas por sentença judicial.

5 - O assento de nascimento não pode, em caso algum, conter a indicação de que a criança nasceu da aplicação de técnicas de PMA.”

⁴⁴⁸ RODRIGUES, João Vaz. *O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português: elementos para o estudo da manifestação da vontade do paciente*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, pp. 222-223.

Quanto à paternidade, ainda que haja sêmen de doador, reconhece-se como pai o marido ou aquele que vive em união fática com a mulher, desde que tenha havido consentimento na inseminação, servindo este documento para o registro de nascimento. Reserva-se ao pai, porém, o direito de contestar a paternidade se for provado que não houve consentimento ou que o filho não nasceu da inseminação para a qual o consentimento foi prestado (art. 20.º).

Considera-se ilícita a inseminação *post mortem*, ainda que o marido tenha com isso consentido. Abre-se, porém, uma ressalva se a transferência *post mortem* de embrião seja para permitir a realização de um projeto parental claramente estabelecido por escrito antes do falecimento do pai, decorrido que seja o prazo considerado ajustado à adequada ponderação da decisão (art. 22.º).

Interessante notar que a lei portuguesa, em que pese a vedação inicial de inseminação *post mortem*, abre exceção para admitir a realização de um projeto parental claramente estabelecido por escrito, além de admitir que, em caso de violação da proibição, a criança que vier a nascer é havida como filho do falecido (art. 23.º).

Em relação ao número de embriões criados para a procriação assistida, a legislação portuguesa determina que apenas deve ser criado um número considerado necessário para o êxito do processo. Quanto à implantação, devem ser levadas em conta a situação clínica do casal e a indicação geral de prevenção da gravidez múltipla (art. 24.º).

A legislação portuguesa sobre reprodução assistida cuidou também dos embriões excedentários, como se pode evidenciar:

“Artigo 25.º

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

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

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

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

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

Ressalte-se que o art. 9.º estabelece as regras para o destino dos embriões à pesquisa científico-terapêutica.

Sobre o problema dos embriões excendatários ficam as recomendações de Guilherme de Oliveira, professor catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, tomando por base princípios assentes no âmbito internacional:

“Em primeiro lugar, entende-se que se deve evitar o risco de criar embriões excendatários; em segundo lugar, deve tentar-se implantar no útero da mulher os embriões criados *in vitro*; por fim, está geralmente excluído que se produzam embriões que não se destinem a obter uma gravidez da mulher que forneceu os óvulos. Cumpridos esses preceitos, julga-se que o fenómeno poderá diminuir de extensão.”⁴⁴⁹

Note-se que a preocupação do legislador em determinar o destino dos embriões excendatários não lhe fez esquecer a recomendação de que o número de embriões produzidos deveria ser apenas o suficiente para o sucesso do procedimento desejado, exatamente em consonância com a posição por nós defendida quando abordamos o assunto, em capítulo anterior, e de acordo com as recomendações esboçadas por Guilherme de Oliveira, acima relatadas.

Passando ao âmbito administrativo, a lei portuguesa cria um Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, designado por CNPMA, ao qual compete, genericamente, pronunciar-se sobre as questões éticas, sociais e legais da PMA.

⁴⁴⁹ OLIVEIRA, Guilherme de. *Op. cit.*, p. 19.

Podem ser listadas como algumas de suas atribuições:

- estabelecer as condições em que devem ser autorizados os centros onde são ministradas as técnicas de PMA, bem como os centros onde sejam preservados gâmetas ou embriões, fiscalizando o cumprimento da lei;

- dar parecer sobre a autorização de novos centros, bem como sobre situações de suspensão ou revogação dessa autorização e sobre a constituição de bancos de células estaminais, bem como sobre o destino do material biológico resultante do encerramento destes;

- aprovar o documento através do qual os beneficiários das técnicas de PMA prestam o seu consentimento;

- prestar as informações relacionadas com os doadores, dentro dos limites previstos lei;

- centralizar toda a informação relevante acerca da aplicação das técnicas de PMA, nomeadamente registro de doadores, beneficiários e crianças nascidas.

Toda a lei portuguesa, a nosso ver, é bastante detalhada e procura resolver as questões mais polémicas que envolvem a procriação medicamente assistida. Cuida, inclusive, de tipificar algumas condutas como criminosas, prevendo penas a seus infratores.

Dentre os crimes previstos, pune-se:

- Com pena de prisão de 2 a 8 anos, quem aplicar técnicas de PMA em menores de 18 anos, pessoa interdita ou incapacitada por anomalia psíquica (art. 35.º);
- Com pena de prisão de 1 a 5 anos, quem transferir para o útero embrião obtido por técnica de transferência de núcleo – “clonagem reprodutiva” (art. 36.º);
- Com pena de prisão de até 2 anos ou com pena de multa de até 240 dias, quem utilizar ou aplicar técnicas de PMA para conseguir melhorar determinadas características não médicas do nascituro, designadamente a escolha do sexo, fora dos casos permitidos pela presente lei (art. 37.º);
- Com pena de prisão de até 2 anos ou com pena de multa de até 240 dias, quem concretizar contratos de maternidade de substituição a título oneroso e quem promover, por qualquer meio, designadamente através de convite direto ou por

interposta pessoa, ou de anúncio público, a maternidade de substituição a título oneroso (art. 39.º);

- Com pena de prisão de 1 a 5 anos, quem, através de PMA, utilizar embriões na investigação e experimentação científicas fora dos casos permitidos na presente lei (art. 40.º);
- Com pena de prisão de 1 a 8 anos, quem recolher material genético de homem ou de mulher sem o seu consentimento e o utilizar na PMA (art. 42.º);
- Com pena de prisão de até 1 ano ou com pena de multa de até 240 dias, quem violar o dever de sigilo ou de confidencialidade (art. 43.º).

Quanto às intervenções e tratamentos médicos⁴⁵⁰ no âmbito da PMA, consideram-se ofensas à integridade física, aqueles procedimentos que forem feitos sem conhecimento do médico responsável ou por quem não esteja legalmente habilitado, punindo-se os responsáveis, nos termos do Código Penal, de acordo com as lesões provocadas, sem prejuízo de qualquer outra tipificação penal (art. 41.º).

Há, ainda, a previsão de sanções acessórias, que podem ser aplicadas pelo tribunal, como a interdição temporária do exercício de atividade ou profissão; encerramento temporário de estabelecimento e publicidade da decisão condenatória, dentre outras (art. 45.º).

Como se pode perceber, o direito positivo português é bastante rígido no controle de todo o procedimento da reprodução assistida. O Estado pode contar, no desempenho desse seu poder-dever regulador, com um Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida que centraliza toda a informação relevante acerca da aplicação das técnicas de PMA, como pudemos relatar, além de um sistema de repressão penal, com a criminalização de determinadas condutas, visando a coibi-las.

Embora a lei conte apenas com 45 artigos, conseguiu, a nosso ver, abrigar a maior parte das situações conflituosas a respeito da reprodução assistida.

Cumpre, por derradeiro, informar que a referida lei é regulamentada pelo Decreto Regulamentar n. 5 de 11 de fevereiro de 2008.

⁴⁵⁰ No âmbito civil, Luisa Neto complementa que “no caso do médico, quaisquer cláusulas de exclusão de responsabilidade deverão ser consideradas nulas” por serem contrárias à ordem pública. NETO, Luísa. *Op. cit.*, p. 595.

4.2 - Espanha

A Espanha disciplinou a matéria da reprodução assistida em 26 de maio de 2006, através da Lei n. 14.

O Rei Juan Carlos I sancionou a referida lei e destacou, na exposição de motivos, que a aparição das técnicas de reprodução assistida, na década de 70, propiciou a abertura de novas possibilidades de solução do problema da esterilidade para um grande número de pessoas. As novidades e utilidade destas técnicas, a seu ver, fizeram sentir, muito rapidamente nos países ao entorno, a necessidade de abordar sua regulação.

No artigo primeiro foi determinado que seu objeto é regular a aplicação das técnicas de reprodução humana assistida clinicamente indicadas e regular sua aplicação na prevenção e tratamento das enfermidades de origem genética, sempre que existam garantias diagnósticas e terapêuticas suficientes e sejam devidamente autorizadas nos termos da previsão legal.

Quanto à grandiosidade do problema neste país, lembra o teólogo espanhol Niceto Blázquez que, em maio de 1994, a opinião pública espanhola foi alertada sobre milhares de embriões congelados à espera de seu destino legal. Naquela época, segundo ele, “nem se sabia quantos centros de reprodução em laboratório existiam na Espanha, quais técnicas se aplicavam nem como se resolviam os problemas éticos que ditas técnicas ensejam”⁴⁵¹.

Logo de início, fica estabelecida a proibição de clonagem humana com fins reprodutivos (art. 1.º, n. 3).

As condições pessoais para que as técnicas reprodutivas sejam aplicadas, segundo previsão da lei espanhola, são (art. 3.º):

- a) que as técnicas de reprodução assistida se realizem apenas quando haja possibilidades razoáveis de êxito e não suponham risco grave para a saúde, física ou psíquica da mulher ou possível descendência.

⁴⁵¹ BLÁZQUEZ, Niceto. *Op. cit.*, p. 223. “(...) ni si sabía cuántos centros de reproducción en laboratorio existían en España, qué técnicas se aplicaban ni cómo se resolvían los problemas éticos que dichas técnicas plantean.”

b) prévia aceitação, livre e consciente, por parte da mulher, que deverá ter sido anterior e devidamente informada sobre suas possibilidades de êxito, riscos e condições de aplicação.

Somente será autorizada a transferência de no máximo três pré-embriões⁴⁵² em cada mulher por ciclo reprodutivo (art. 3.º, n. 2).

A informação sobre as técnicas deverão ser fornecidas tanto às pessoas que delas irão se utilizar quanto àqueles que farão a doação, versando sobre os aspectos psicológicos, jurídicos e éticos, bem como às condições econômicas de tratamento (art. 3.º, n. 3).

A aceitação da aplicação das técnicas será explicitada em um formulário de consentimento informado em que se fará menção expressa de todas as condições concretas de cada caso em que se decida pela sua aplicação (art. 3.º, n. 4).

Além do cuidado com o fornecimento das informações e obtenção do consentimento, devem ser dadas todas as garantias de confiabilidade e respeito à identidade dos doadores, dos usuários e das circunstâncias sobre a origem dos filhos nascidos (art. 3.º, n.6).

A lei espanhola se ocupa, ainda, das clínicas e hospitais que disponibilizam o procedimento de reprodução assistida, determinando que esses serviços reprodutivos somente poderão ser prestados por aqueles que estiverem devidamente autorizados pela autoridade sanitária correspondente (art. 4.º, n. 1).

Em relação aos doadores, deverão ter mais de 18 anos e boas condições de saúde física e psicológica, podendo ser recusada a doação quando as condições do doador não forem adequadas (art. 5.º, n. 6).

A doação é gratuita, formal e confidencial e deve ser feita pelo doador a um centro autorizado (art. 5.º, n.2), devendo constar de contrato escrito (art. 5.º, n. 4).

A doação não poderá visar a um fim lucrativo ou comercial. A única compensação econômica que é permitida é a ressarcitória, para compensar as moléstias

⁴⁵² Para o efeito da lei em comento, considera-se pré-embrião o embrião *in vitro* constituído pelo grupo de células resultantes da divisão progressiva o ovócito desde a fecundação até 14 dias. “*A los efectos de esta ley se entiende por preembrión el embrión in vitro constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde* (Art. 1.º, n. 2).

físicas e os gastos que poderão derivar da doação, mas esse ressarcimento não poderá supor incentivo econômico para a doação (art. 5.º, n. 3).

Embora se garanta o sigilo, os filhos nascidos têm direito de obter informações gerais sobre o doador desde que não inclua sua identidade. O mesmo direito é conferido às receptoras dos gametas e dos pré-embriões. Além disso, em circunstâncias excepcionais que impliquem em perigo certo para a vida ou saúde do filho gerado, a legislação espanhola permite que seja revelada a identidade dos doadores, sempre que seja indispensável para evitar-se o perigo ou para o fim legal proposto. A revelação terá caráter restrito e não implicará, em caso algum, a publicidade da identidade dos doadores (art. 5.º, n. 5).

Impressionou-nos o fato de que a legislação da Espanha autoriza que seja 6 (seis) o número máximo de filhos nascidos que tenham sido gerados com gametas de um mesmo doador, confiando, à declaração do doador, a informação de outras doações, firmando que é de responsabilidade de cada clínica ou hospital a comprovação efetiva da identidade dos doadores bem como das doações anteriormente realizadas.

Se se acreditar que o número de doações supera o limite estabelecido, proceder-se-á à destruição das amostras.

A partir do funcionamento do Registro Nacional de Doadores, também previsto pelo art. 21 da lei em comento, a comprovação de tais dados poderá ser realizada mediante consulta ao registro correspondente (art. 5.º, n.7).

Quando analisamos a situação apresentada pelas normas éticas do Conselho Federal de Medicina aqui no Brasil, pudemos demonstrar nossa preocupação com proposição apresentada quanto ao número máximo de duas gestações de sexos diferentes com material genético de um mesmo doador. Portanto acreditamos que todas as questões por nós levantadas, naquela oportunidade, ficam potencializadas com a permissão espanhola de que sejam concebidos até seis filhos com material genético de um mesmo doador.

Novamente acreditamos ter inovado a legislação espanhola, agora com relação à usuária da técnica de reprodução assistida (art. 6.º), ao determinar que poderá se submeter a qualquer uma das técnicas a mulher maior de 18 anos, capaz, independentemente de seu estado civil e orientação sexual.

Ao assim proceder, a Espanha admite que mulher solteira possa buscar um filho, utilizando as técnicas médicas de reprodução assistida, e, sobretudo, estabelece não discriminação quanto à orientação sexual.

No mais, a submissão dependerá de seu consentimento escrito concordando com a utilização das técnicas reprodutivas de maneira livre, consciente e expressa. Se a mulher for casada, a submissão ao procedimento dependerá do consentimento expresso, livre, consciente e formal do marido, salvo se estiverem separados legalmente ou de fato e assim possa ser comprovado.

Em relação aos filhos, a inscrição no Registro Civil, em nenhum caso, refletirá dados dos quais se possa inferir o caráter de concepção artificial (art. 7.º, n. 2).

Dados os consentimentos formais, prévios e expressos para a utilização de material de doador, nem a mulher nem o marido poderão impugnar a filiação matrimonial do filho nascido de tal fecundação (art. 8.º, n. 1). Ainda que haja a revelação da identidade do doador nos casos permitidos pela lei, ela não ensejará determinação legal da filiação (art. 8.º, n. 3).

Caso o marido venha a falecer, se tiver prestado consentimento expresso, em documento formal, para que sua mulher possa utilizar seu material nos doze meses que se seguirem ao seu falecimento, a concepção produzirá seus efeitos legais que derivam da filiação matrimonial (art. 9.º, n. 2).

Maricruz Gomes de La Torre Vargas comenta:

“O elemento determinante para estabelecer a filiação dos filhos nascidos por este tipo de fecundação é o consentimento prestado pelo marido ou companheiro em escritura pública ou testamento, para que fecunde a seu cônjuge ou companheira – seja por inseminação artificial ou transferência de embrião formado com seu sêmen – depois de sua morte, dentro de certos prazos determinados expressamente.”⁴⁵³

⁴⁵³ VARGAS, Maricruz Gomes de La Torre. *Op. cit.*, p. 181. “*El elemento determinante para establecer la filiación de los hijos nacidos por este tipo de fecundación es el consentimiento prestado por el marido o varón de la pareja en escritura pública o testamento, para que se fecunde a su cónyuge o mujer – sea por inseminación artificial o transferencia de embrión formado con su semen – después de su muerte, dentro de ciertos plazos señalados expresamente.*”

Como notamos, a chave para a atribuição dos efeitos legais que derivam do reconhecimento da paternidade do marido ou companheiro falecido está no consentimento expresso, por ele deixado, quanto ao desejo de que um filho fosse gerado após a sua morte.

No tocante à cessão temporária de útero, a legislação espanhola veda expressamente a gestação de substituição e, caso venha a ocorrer, determina-se que a filiação dos nascidos de substituta será determinada pelo parto (art. 10, n. 2), ficando resguardada a possibilidade de reclamação de paternidade ao pai biológico, conforme as regras gerais (art. 10, n. 3).

Sobre a maternidade de substituição, o padre espanhol Niceto Blázquez explica que ela degrada o processo de gestação, nas palavras do teólogo quiçá possamos encontrar um dos fundamentos que fizeram com que o legislador espanhol proibisse a cessão temporária de útero:

“Tudo é um engano. O feto se relaciona vitalmente com a que não é sua verdadeira mãe”. (...) A gestante, ou se entrega à gravidez com alma e coração, assumindo afetivamente as responsabilidades da maternidade, contra os interesses da mãe contratante, ou se comporta de forma mecânica e calculada contra os direitos inalienáveis de dedicação e afeto que a criança necessita já no seio materno.”⁴⁵⁴

Com relação à criopreservação, o sêmen poderá ser crioconservado em bancos de gametas autorizados, durante toda a vida do seu doador (art. 11, n. 1). Os pré-embriões excedentes das técnicas de fecundação *in vitro* e os tecidos ovarianos também poderão ser criopreservados até o momento em que os responsáveis médicos, com o parecer favorável de especialistas independentes, concluíam que a receptora não reúne mais os requisitos clinicamente adequados para a prática da técnica de reprodução assistida.

Os destinos que poderão ser dados aos pré-embriões crioconservados são (art. 11, n. 4): sua utilização pela própria mulher, a doação para fins reprodutivos, a doação para pesquisa ou o fim de sua conservação sem outra utilização. A última opção somente

⁴⁵⁴ BLÁZQUEZ, Niceto, O.P. *Op. cit.*, p. 217. “*Degrada el proceso de gestación. Todo es un engaño. El feto se relaciona vitalmente con la que no es su verdadera madre. (...) La gestante, o se entrega al embarazo con alma y corazón, asumiendo afectivamente las responsabilidades de la maternidad, contra los intereses de la madre contratante, o se comporta de forma mecánica y calculada contra los derechos inalienables de dedicación y afecto que el niño necesita ya en el seno materno.*”

será permitida se nenhum outro destino for escolhido e somente após finalizado o prazo legal para sua a criopreservação.

Para qualquer um dos fins desejados, deverá haver consentimento expresso e informado de todos os envolvidos (art. 11, n. 5), mas, para que os pré-embriões sejam destinados à pesquisa, no consentimento escrito do casal ou da mulher, também deverá constar que eles abrem mão de qualquer direito de natureza dispositiva, econômica ou patrimonial sobre os possíveis resultados que produzam as investigações científicas (art. 15, n. 1, “a”).

Quando se menciona a questão dos pré-embriões, a previsão legal é tão detalhada, no que tange à manifestação da vontade, que é prevista a necessidade de que, a cada dois anos, a mulher ou o casal renove o consentimento firmado anteriormente.

Interessante, ainda, a obrigatoriedade que se impõe aos núcleos de fecundação *in vitro* de contratarem seguro ou garantia financeira de forma a assegurar possível insolvência diante de eventual compensação financeira aos casais por acidente à criopreservação dos pré-embriões (art. 11, n. 7).

Somente se permitem as técnicas terapêuticas em pré-embriões com finalidade de tratar uma enfermidade ou impedir sua transmissão (art.13, n. 1) e desde que, dentre outros aspectos, não sejam modificadas características hereditárias que não forem patológicas, nem se busque a seleção de indivíduos ou de raça (art. 13, n. 2, “c”).

A preocupação com a seleção de embriões, antes mesmo da elaboração da referida lei, já havia sido manifestada pela doutrina, como podemos extrair das assertivas de Juan Ramón Lacadena, catedrático e diretor do departamento de genética da Faculdade de Biologia da Universidade Complutense de Madri:

“Seguindo a máxima de que “a novos progressos científicos, novos desafios éticos”, a FIV cria uma série de problemas bioéticos

importantes, como são a experimentação com embriões excedentes (...) ou a seleção de embriões depois de um diagnóstico pré-implantatório.”⁴⁵⁵

Ou seja, andou bem o legislador em expressar de maneira contundente a vedação de práticas eugênicas, em razão da infinidade de problemas que poderia trazer tal prática, tanto no âmbito jurídico, como no plano ético e social.

Os núcleos de reprodução assistida submeter-se-ão a auditorias externas comandadas pelas autoridades sanitárias, a fim verificar o cumprimento de requisitos técnicos e legais bem como as informações transmitidas para os efeitos registrais correspondentes e os resultados obtidos com sua prática (art. 19).

Segundo a legislação espanhola, caberá à Comissão Nacional de Reprodução Humana Assistida, órgão colegiado de caráter permanente e consultivo, a direção e assessoramento sobre a utilização das técnicas de reprodução humana assistida, a atualização e difusão dos conhecimentos científicos e técnicos relativos à matéria, assim como a elaboração de critérios funcionais e estruturais dos locais em que elas se realizam (art. 2.º, n.1).

Esta Comissão Nacional deverá ser informada, com periodicidade ao menos semestral, das práticas de diagnóstico pré-implantacional que são realizadas e, anualmente, sobre os dados juntados nos Registros nacionais de doadores e de atividades dos núcleos quanto às técnicas e procedimentos empregados com sua taxa de êxito (art. 20, n. 5).

Os Registros nacionais de reprodução assistida são compostos pelo Registro Nacional de Doadores e pelo Registro Nacional de Atividades e Resultados.

O primeiro cuidará da inscrição e registro dos doadores de gametas e pré-embriões e consignará também os filhos nascidos de cada um dos doadores, a identidade dos casais ou mulheres receptoras e a localização original de uns e outros no momento da doação e utilização (art. 21, n. 1 e n. 2).

⁴⁵⁵ LACADENA, Juan-Ramón. *La Percepción Europea y La Realidad Española sobre La Experimentación con Embriones Humanos: A Propósito de La Euro-Encuesta de La Fundación BBVA y La Ley Española de Modificación de La Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida. In La moral cristiana como propuesta. Homenaje al profesor Eduardo López Azpitarte. Madri: San Pablo, 2004, pp. 448-449. “Siguiendo la máxima de que “a nuevos progresos científicos, nuevos retos éticos”, la FIV plantea una serie de problemas bioéticos importantes, como son la experimentación con embriones sobrantes (...) o la selección de embriones tras un diagnóstico preimplantatorio.”*

O Registro Nacional de Atividades e Resultados, por sua vez, deverá, com periodicidade no mínimo anual, publicar os dados de atividades dos núcleos de reprodução assistida relativos ao número das diferentes técnicas e procedimentos e as taxas de êxito em termos reprodutivos obtidos em cada núcleo e com cada técnica, a fim de os usuários possam evidenciar a qualidade de cada um dos núcleos de reprodução humana assistida (art. 22, n. 2). O Registro também recolherá o número de pré-embriões crioconservados em cada núcleo reprodutivo.

As infrações em matéria de reprodução humana assistida serão objetos de sanções administrativas, sem prejuízo da responsabilização civil, penal ou de qualquer outra ordem que possam ocorrer (art. 24, n. 2). Em todos os procedimentos das medidas sancionatórias serão respeitadas e protegidas a intimidade da pessoa e da família (art. 24, n. 4).

As infrações em matéria de aplicação de técnicas de reprodução assistida são classificadas como leves, graves ou muito graves (art. 26, n. 1).

O descumprimento de qualquer obrigação ou a transgressão de qualquer proibição estabelecida no texto da lei em comento, que não se encontre tipificada como grave ou muito grave, é leve e será punida com pena de multa (art. 26, n. 2, “a” e art. 27, n. 1).

São inúmeras as infrações tidas como graves, mas, como exemplo, podemos citar aquela em que se confere retribuição econômica pela doação de gametas e pré-embriões e aquela que se promove publicidade para incentivo de doação mediante oferta de compensações e benefícios (art. 26, n. 2, “b”: 6.^a e 7.^a). A infração será punida com multa e pode, até mesmo, chegar à revogação da autorização de funcionamento concedida ao núcleo (art. 27, n. 1).

Como muito graves temos o exemplo da prática de técnicas de reprodução assistida em centros que não tenham a devida autorização e da prática de seleção de sexo ou manipulação genética com fins não terapêuticos (art. 26, n. 2, “c”: 3.^a e 10.^a). A punição, além da multa pecuniária, pode chegar ao fechamento dos núcleos reprodutivos (art. 27, n.1).

4.3 - Itália

A Itália regulamentou a Reprodução Assistida na Lei n. 40 de 19 de fevereiro de 2004.

Em seu artigo primeiro estabelece:

*“Com o fim de favorecer a solução dos problemas reprodutivos diante da esterilidade ou da infertilidade humana é permitido o recurso à procriação medicamente assistida, pelas condições e segundo as modalidades previste pela presente lei, che assegura os direitos de todos os soggetti coinvolti, incluindo o concepito.”*⁴⁵⁶

Em verdade, há de se reconhecer, nas palavras de Valentina Barela - pesquisadora italiana -, que “a procriação medicamente assistida é a exemplificação das profundas mudanças de costume que modificaram a relação entre sexualidade e reprodução”⁴⁵⁷.

Embora possamos reconhecer a dissociação entre sexualidade e reprodução, acreditamos que conforme previsão do primeiro artigo da referida lei, há algo que não foi alterado, ou seja, a garantia que se deve dar quanto à inviolabilidade do direito de todos os envolvidos que acabam sendo, no frígir de todas as variáveis e mecanismos utilizados para a procriação; pai, mãe e filho, mercedores, portanto, do respeito legal e social.

Voltando à Lei n. 40, está expresse, também, que o recurso à procriação medicamente assistida é consentido quando não houver outros métodos terapêuticos eficazes para remover a causa da esterilidade ou infertilidade.

Ao elencar os requisitos subjetivos que devem ser ostentados por aqueles que podem fazer uso das técnicas, limitou seu uso aos casais casados ou conviventes, de sexos diversos, em idade fértil (art. 5.º).

⁴⁵⁶ “Al fine di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana è consentito il ricorso alla procreazione medicalmente assistita, alle condizioni e secondo le modalità previste dalla presente legge, che assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito.”

⁴⁵⁷ BARELA, Valentina. *La regolamentazione delle strutture autorizzate e la disciplina dei divieti e delle sanzioni. In Procreazione Assistita: Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40.* A cura di Pasquale Stanzone e Giovanni Sciancalepore. Milano: Giuffrè Editore, 2004, p. 179. “La procreazione medicalmente assistita è esemplificazione dei profondi mutamenti del costume che hanno modificato il rapporto tra sessualità e riproduzione”.

A questão da menção à idade fértil faz com que a doutrina tenha de tecer alguns comentários como estes, formulados por Francesca Naddeo, professora da Faculdade de Direito da Universidade de Salerno, que passamos a transcrever:

“É oportuno destacar que o texto em comento, diferentemente de projetos anteriores, não predetermina um limite fixo de idade dos sujeitos solicitantes, encaminhando à valoração médica a verificação da potencial fertilidade.”⁴⁵⁸

Como se pode ver, a abertura legislativa permite que os limites etários rígidos sejam afastados, cabendo ao profissional da área médica determinar quem poderia fazer uso das técnicas postas à disposição, reconhecendo-os como em idade fértil.

A lei n. 40 estabelece, ainda, que as técnicas de procriação medicamente assistidas são aplicadas com base em dois princípios (artigo 4, parágrafo 2.º): na *gradualidade*, com o fim de evitar um grau de invasividade técnica e psicológica mais gravoso para os destinatários, inspirando-se no princípio da menor invasividade; e no *consentimento informado*, observadas as previsões do artigo 6.

Em relação ao consentimento informado, prevê a lei que antes da utilização de cada uma das fases de aplicação das técnicas, o médico informará de maneira detalhada aos destinatários seus métodos, seus problemas bioéticos e suas possibilidades de efeitos colaterais sanitários e psicológicos consequentes das aplicações das mesmas técnicas, a probabilidade de sucesso e seus riscos, e as consequências jurídicas para a mulher, para o homem e para o nascituro (artigo 6, parágrafo 1.º).

Também devem ser informados aos pacientes os custos econômicos dos procedimentos, visto tratar-se de estrutura privada autorizada (artigo 6, parágrafo 2.º).

A vontade deve ser manifestada por escrito e conjuntamente pelos sujeitos envolvidos nas técnicas com o médico responsável pela estrutura e pode ser revogada até o momento da fecundação do óvulo (art. 6, parágrafo 3.º).

Embora vede, expressamente, o recurso às técnicas de procriação do tipo heteróloga (artigo 4, parágrafo 3.º), a referida lei prevê que em caso de desrespeito à

⁴⁵⁸ NADDEO, Francesca. *Acesso alle tecniche. In Procreazione Assistita: Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*. A cura di Pasquale Stanzone e Giovanni Sciancalepore. Milano: Giuffrè Editore, 2004, p. 84 “È opportuno sottolineare che il testo in commento, a differenza di precedenti progetti, non predetermina un limite fisso di età dei soggetti richiedenti, rinviando alla valutazione medica l'accertamento della potenziale fertilità”.

proibição, o cônjuge ou o convivente, cujo consentimento restou demonstrado, não poderá propor ação de desconhecimento (negatória) de paternidade, tampouco a mãe do filho nascido poderá permanecer no anonimato (artigo 9, parágrafos 1.º e 2.º).

Não existirá também, em caso de desrespeito à proibição, nenhuma relação jurídica de parentesco entre o nascido e o doador de gameta, que não poderá fazer valer direito algum nem ser titular de obrigações (artigo 9, parágrafo 3.º).

O controle, instituído por Decreto do Ministro da Saúde junto ao Instituto Superior de Sanidade, se dará pelo registro nacional obrigatório dos procedimentos autorizados, dos embriões formados e dos nascidos pela aplicação das técnicas (artigo 11).

A lei n. 40, em seu artigo 12, também prevê sanções pecuniárias que variam de 5 mil a 600 mil euros, para aquele que desrespeita a proibição de utilização de fecundação heteróloga, para aquele que não observa os requisitos de idade, sexo e relacionamento conjugal ou de convivência dos envolvidos, e para aquele que não observa o dever de informação.

A referida Lei permite a pesquisa em embriões humanos exclusivamente com a finalidade terapêutica, protegendo-se a saúde e o desenvolvimento do mesmo embrião, e desde que não sejam disponíveis métodos alternativos (art. 13, parágrafo 2.º).

Por outro lado, sancionando com pena pecuniária que pode variar de 50 mil a 150 mil euros, além de suspensão de exercício da atividade profissional de um a três anos, veda expressamente os seguintes atos (art. 13, parágrafo 3.º): a produção de embriões humanos para pesquisa ou experimentações com fins diversos do previsto na própria lei; qualquer forma de seleção ou eugenia; clonagem e a fecundação de um gameta humano com gameta de espécies diversas.

Em relação ao número de embriões produzidos com fim de serem implantados no útero materno, a Lei n. 40 prevê em seu artigo 14, parágrafos 2.º e 3.º que a técnica de procriação assistida não deve criar um número maior do que aquele estritamente necessário a um único implante, nunca maior do que três embriões, permitindo-se o congelamento apenas e tão somente diante de grave e documentada causa de força maior relativa ao estado de saúde da mulher, não previsível ao tempo da fecundação, e até a data da transferência a ser realizada assim que possível.

A redução embrionária em caso de gravidez plúrima é vedada (art. 14, parágrafo 4.º), com exceção dos casos previstos na Lei n. 194, de 22 de maio de 1978⁴⁵⁹.

Do mesmo modo, o parágrafo 1.º do artigo 14 da Lei n. 40, veda a crioconservação e a eliminação de embriões, sem prejuízo do previsto pela Lei n. 194 de 22 de maio de 1978.

Os casos previstos pela Lei n. 194 são casos de permissão legal de interrupção de gravidez, o que faz com que alguns autores, como Antonio Musio, professor associado da Faculdade de Direito da Universidade de Salerno, passe a ponderar:

“Uma dúvida inquietante agora surge. A lei talvez tenha querido dizer que a mulher quando tivesse mudado de idéia e não quisesse mais proceder ao implante de embrião, deveria necessariamente proceder à transferência do embrião no próprio colo e somente depois tal operação seria possível de ser desfeita pelo abortamento do embrião? Que um argumento do gênero seria aberrante é de todo evidente, mas parece exatamente aquilo que o legislador fez para encontrar uma solução aos problemas dos embriões acima numerados.”⁴⁶⁰

⁴⁵⁹ Segundo o artigo 4.º da Lei n. 194 de 22 de maio de 1978, é permitida a interrupção da gravidez, nos primeiros noventa dias, quando o parto implica sério perigo para a saúde física ou psíquica da mãe, em relação ao seu estado de saúde, ou à sua condição econômica, social ou familiar, dentre outras situações. (*“Per l'interruzione volontaria della gravidanza entro i primi novanta giorni, la donna che accusi circostanze per le quali la prosecuzione della gravidanza, il parto o la maternità comporterebbero un serio pericolo per la sua salute fisica o psichica, in relazione o al suo stato di salute, o alle sue condizioni economiche, o sociali o familiari, o alle circostanze in cui è avvenuto il concepimento, o a previsioni di anomalie o malformazioni del concepito, si rivolge ad un consultorio pubblico istituito ai sensi dell'articolo 2, lettera a), della legge 29 luglio 1975 numero 405, o a una struttura socio-sanitaria a ciò abilitata dalla regione, o a un medico di sua fiducia”*).

Por sua vez, o artigo 6.º da Lei n. 194 permite a interrupção da gravidez depois dos primeiros noventa dias quando a gravidez ou o parto traz um grande perigo para a vida da mulher ou diante de relevante anomalia ou má-formação do nascituro que determine um grave perigo para a saúde física ou psíquica da mulher. (*“L'interruzione volontaria della gravidanza, dopo i primi novanta giorni, può essere praticata: a) quando la gravidanza o il parto comportino un grave pericolo per la vita della donna; b) quando siano accertati processi patologici, tra cui quelli relativi a rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro, che determinino un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna.”*) Disponível no site http://www.giustizia.it/cassazione/leggi/1194_78.html, acessado em 20.01.09.

⁴⁶⁰ MUSIO, Antonio. *Misure di tutela dell'embrione*. In *Procreazione Assistita: Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*. A cura di Pasquale Stanzone e Giovanni Sciancalepore. Milano: Giuffrè Editore, 2004, p. 218. *“Un dubbio inquietante allora sorge. Ha forse la legge voluto dire che la donna, qualora avesse cambiato idea e non volesse più procedere all'impianto dell'embrione, dovrebbe necessariamente procedere al trasferimento dell'embrione nel proprio grembo e solo dopo tale operazione sarebbe libera di disfarsi dell'embrione abortendo? Che un ragionamento del genere sia aberrante è di tutta evidenza, ma sembra proprio quello che il legislatore ha fatto per trovare una soluzione al problema degli embrioni soprannumerari”*.

O mesmo autor completa, tecendo os seguintes comentários críticos sobre a incoerência da vedação de gravidez plúrima e a ressalva feita às exceções previstas na Lei que trata do aborto, vejamos:

“O parágrafo 4.º do artigo 14 veda a redução embrionária de gravidez plúrima, fazendo ressalva, todavia, à aplicabilidade da lei sobre interrupção voluntária de gravidez. Parece que o legislador mais uma vez quer evitar de sujar-se as mãos, descarregando a responsabilidade pela difícil escolha sobre os compiladores da lei sobre aborto. De fato, de um lado, se enuncia o princípio que veta a redução embrionária da gravidez múltipla, mas logo depois se reenvia à lei sobre a interrupção voluntária de gravidez para descrever a disposição apropriada.”⁴⁶¹

Registramos a incoerência e notamos que a exceção acaba por ser elevada ao *status* de regra, vez que a disciplina prevista em lei específica é suficiente para permitir a redução de gravidez plúrima sem maiores dificuldades.

Embora vede criopreservação de embriões, a lei permite a criopreservação dos gametas masculinos e femininos, com consentimento prévio, informado e escrito (art. 14, parágrafo 8.º).

Importa ainda frisar que a Lei n. 40 de 2004 é regulamentada pelo Decreto 7 de outubro de 2005, emanado do Ministério da Saúde e publicado na *Gazzetta Ufficiale* n. 282 de 3 de dezembro de 2005, que institui o registro nacional da estrutura autorizada para a aplicação das técnicas da procriação medicamente assistida, dos embriões formados e dos nascidos da aplicação das referidas técnicas.

Embora, como pudemos observar, a Lei n. 40 tenha disciplinado de maneira detalhada os diversos aspectos da reprodução assistida, ou seja, previu, além de princípios, o acesso às técnicas com seus requisitos, a proibição do desconhecimento da paternidade e do anonimato da mãe, a estrutura e o registro concernentes à concepção por uma das

⁴⁶¹ MUSIO, Antonio. *Op. cit.*, p. 219. “*Il comma 4 dell’art. 14 vieta la riduzione embrionaria di gravidanze plurime, facendo salva, tuttavia, l’applicabilità della legge sull’interruzione volontaria di gravidanza. Sembra che il legislatore ancora una volta voglia evitare di sporcarsi le mani, scaricando la responsabilità delle scelte difficili sui compilatori della legge sull’aborto. Infatti, da un lato, si enuncia il principio che vieta la riduzione embrionaria di gravidanze multiple, ma subito dopo si rinvia alla legge sull’interruzione volontaria di gravidanza per render la disposizione razionale.*”

técnicas disponíveis com suas proibições e respectivas sanções e, até mesmo, a proteção aos embriões humanos determinando limites para sua manipulação, se omitiu em relação aos possíveis direitos do nascido da aplicação de uma das técnicas.

A referida lei, note-se, não se ateve aos direitos que seriam garantidos ao nascido com o emprego da reprodução assistida, garantindo, apenas, de forma ampla, no artigo 8 que: *“Os nascidos em seguida à aplicação das técnicas de procriação medicamente assistida têm o status de filhos legítimos ou de filhos reconhecidos pelo casal que expressou a vontade de recorrer às mesmas técnicas em conformidade com o artigo 6.”*⁴⁶²

É bem verdade que acabou por coibir várias possibilidades que são sabidamente geradoras de conflitos, como é o caso da espécie heteróloga, mas ao permitir a criopreservação de gametas abre margem para a discussão quanto ao seu uso após a morte de um dos possíveis genitores ou de eventual separação, do prazo para sua utilização e, até mesmo, de um possível direito à herança do ser concebido após a morte de um dos que congelaram seu material genético.

Interessante destacar que a possibilidade de existir testamento que beneficie pessoa ainda não concebida ao tempo da morte do testador também existe no Código Civil Italiano que, no Capítulo II, artigo 462, prevê:

“São capazes de suceder todos aqueles que são nascidos ou concebidos ao tempo da abertura da sucessão.

Salvo prova em contrário, se presume concebido ao tempo da abertura da sucessão quem nasceu entre os trezentos dias da morte da pessoa de cuja sucessão se trata.

*Podem, além do mais, receber por testamento os filhos de uma determinada pessoa viva ao tempo da morte do testador, a despeito de ainda não concebida.”*⁴⁶³

⁴⁶² *“I nati a seguito dell'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita hanno lo status di figli legittimi o di figli riconosciuti della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime ai sensi dell'articolo 6.”*

⁴⁶³ *“Sono capaci di succedere tutti coloro che sono nati o concepiti al tempo dell'apertura della successione. Salvo prova contraria, si presume concepito al tempo dell'apertura della successione chi è nato entro i trecento giorni dalla morte della persona della cui successione si tratta.*

Enfim, consideramos avançada a legislação italiana concernente à matéria, sobretudo pelo enfrentamento do tema em país em que o assunto poderia ser visto com reservas pela sociedade, contudo a Lei n. 40 não pode ser elevada à condição de microssistema, à medida em que há pontos ainda por esclarecer e áreas não tuteladas.

4.4 - França

A regulamentação francesa sobre bioética está dividida em três diferentes leis criadas por três Ministérios diferentes, e, embora cada lei tivesse regulamentado determinado tipo de matéria, seu conteúdo não era estranho aos outros, existindo menções expressas a dispositivos das outras leis⁴⁶⁴. Vejamos:

- Lei n. 94-548, de 1.º de julho de 1994, elaborada pelo Ministério da Pesquisa, protege o interesse da pesquisa no domínio da saúde e modifica a Lei n. 78-17, relativa à informática, aos arquivos e às liberdades;
- Lei n. 94-653, de 29 de julho de 1994, elaborada pelo Ministério da Justiça, objetiva tutelar o interesse individual da pessoa por meio de seu corpo e modifica o Código Civil, o Código Penal e o Código de Propriedade Intelectual;
- Lei n. 94-654, de 29 de julho de 1994, elaborada pelo Ministério da Saúde, disciplina determinadas atividades médicas e modifica o Código de Saúde Pública.

Atualmente, também temos a Lei n. 2004-800, de 6 de agosto de 2004, promulgada pelo então Presidente Jacques Chirac, que trata de assuntos relativos à bioética.

A lei 2004-800 promoveu mudanças nos Códigos Civil e Penal e alterou inúmeros dispositivos do Código de Saúde Pública (Lei n. 94-654), que normatiza as áreas de transplantes, reprodução, embriologia e genética humanas, sob a tutela do Ministro da Saúde.

Possono inoltre ricevere per testamento i figli di una determinata persona vivente al tempo della morte del testatore, benché non ancora concepiti.” (Código Civil Italiano disponível no site <http://www.altalex.com/index.php>, acessado em 27 de março de 2009).

⁴⁶⁴ Cf. THOUVENIN, Dominique. *Op. cit.*, p. 72.

Examinaremos, especificamente, a matéria relativa à reprodução assistida, que vem disciplinada pelo Código de Saúde Pública, com as alterações determinadas pela Lei 2004-800.

Todavia antes de iniciarmos a análise do referido documento legal, ressaltamos as lições de Philippe Descamps, filósofo francês, ao refletir sobre o caminho percorrido na proteção da espécie humana. Vejamos:

“Basta abrir o Código Civil ou o Código Penal, os dois principais pilares do direito francês, para constatar a importância concedida pelo direito atual à noção de espécie humana: esta é protegida absolutamente na sua integridade e inclusive é objeto de uma incriminação específica. As leis da bioética de 1994 e depois de 2004, pouco a pouco a transformaram em um valor fundamental do direito, seguindo nisso um movimento que pode ser observado também no direito europeu e internacional, de modo geral.”⁴⁶⁵

Contudo o autor constata que, embora considerada um valor fundamental do direito, a integração do tema da espécie humana no ordenamento jurídico francês foi diferenciada:

“O fato é suficientemente raro – e na verdade inédito – para ser observado: a noção da espécie humana, totalmente desconhecida do direito antes de 1994, entrou no direito para ocupar um local de destaque entre as entidades jurídicas mais fundamentais. Ela se impôs quase que naturalmente ao legislador, bem como à doutrina como se ela tivesse estado sempre lá, mantendo-se tacitamente na evidência de sua referência. E em 10 anos, entre 1994 e 2004, ela se tornou desse modo um dos valores mais bem protegidos do direito. Este simples fato poderia ter suscitado uma abundante literatura jurídica e constituído o ponto de início de numerosas teses de direito. Não obstante isto, é necessário constatar – e ao mesmo tempo manifestar uma certa surpresa – que isto não foi o que aconteceu: a

⁴⁶⁵ DESCAMPS, Philippe. *Le sacre de l'espèce humaine: Le Droit au risque de la bioéthique*. Paris: PUF – Presses Universitaires de France, 2009, pp. 3-4 “Il suffit d'ouvrir le Code civil ou bien le Code pénal, les deux principaux piliers du droit français, pour constater l'importance accordée par le droit actuel à la notion d'espèce humaine: celle-ci est protégée absolument dans son intégrité et fait même l'objet d'une incrimination spécifique. Les lois de bioéthique de 1994 puis de 2004 l'ont peu à peu érigée en valeur fondamentale du droit, suivant en cela un mouvement repérable aussi dans le droit communautaire et international.”

espécie humana entrou no direito sem choques e sem que a imensa maioria dos juristas se inquietasse.”⁴⁶⁶

Interessantes as observações feitas pelo autor, pois a legislação francesa mostra-se como uma das mais detalhadas em termos de cuidados que se devem ter com aqueles que decidem se submeter às técnicas reprodutivas, como iremos explanar mais adiante. Talvez esta ampla proteção tenha tido como resultado essa narrada tranquilidade com que os franceses trataram a proteção à espécie humana.

A lei francesa entende como assistência médica à reprodução aquela que diz respeito às práticas clínicas e biológicas que permitem a concepção *in vitro*, a transferência de embriões e a inseminação artificial, bem como todas as técnicas de efeito equivalente que permitem a procriação fora do processo natural (art. 8.º/L.152-1 da Lei n. 94-654).

Todos os atos clínicos e biológicos são efetuados sob a responsabilidade de um médico especificamente admitido para essa finalidade, em cada estabelecimento ou laboratório autorizado a praticar esses atos (art. 8.º/L.152-9 da Lei n. 94-654).

Essa assistência médica à procriação destina-se a responder ao desejo de um casal de ter filhos e tem por objeto remediar a infertilidade cujo caráter patológico foi medicamente diagnosticado ou evitar a transmissão à criança de uma doença de uma particular gravidade.

As condições para a submissão à técnica são (art. 8.º/L.152-2 da Lei n. 94-654):

- O homem e a mulher que formam o casal devem estar vivos;
- Em idade de procriar;
- Casados ou em condições de fornecer prova de uma vida comum de pelo menos 2 anos;
- Que haja consentimento prévio de ambos à transferência dos embriões ou à inseminação.

⁴⁶⁶ *Idem*, p. 4. “Le fait est suffisamment rare – et pour tout dire inédit – pour être remarqué: la notion d’espèce humaine, totalement inconnue du droit avant 1994, y est entrée pour occuper une place de choix parmi les entités juridiques les plus fondamentales. Elle s’est imposée, presque naturellement, au législateur ainsi qu’à la doctrine tout comme si elle avait toujours été là, se tenant tacitement dans l’évidence de sa référence. Et en dix ans, entre 1994 et 2004, elle est ainsi devenue une des valeurs les mieux protégées du droit. Ce simple fait eût pu susciter une abondante littérature juridique et constituer le point de départ de nombreuses thèses de droit. Or, on ne peut que constater – et, dans le même temps, manifester un certain étonnement – que tel n’a pas été le cas: l’espèce humaine est entrée dans le droit sans coup férir et sans que l’immense majorité des juristes s’en inquiétât.”

A lei francesa somente permite que um embrião seja concebido *in vitro* no contexto e conforme as finalidades de uma assistência médica à procriação tal como ela é permitida: tratamento ao casal ou risco de transmissão de doença grave à descendência.

Os embriões não podem ser concebidos com gametas que não provenham de pelo menos um dos dois membros do casal (art. 8.º/L.152-3 da Lei n. 94-654) e a assistência médica à procriação com um terceiro doador somente pode ser praticada como última indicação, quando a procriação medicamente assistida do casal não puder ter sucesso (art. 8.º/L.152-6 da Lei n. 94-654). Ainda assim, os cônjuges ou companheiros que, para procriar, recorrem a uma assistência médica que exija a intervenção de um terceiro doador devem, previamente, dar o seu consentimento ao juiz ou ao tabelião (art. 8.º/L.152-10 da Lei n. 94-654).

Dessa maneira, a lei francesa afasta a possibilidade de ambos os materiais genéticos – sêmen e óvulo – serem provenientes de doadores e determina o caráter subsidiário da fertilização heteróloga.

Caberá ao casal a decisão por escrito de optar pela fecundação de um número de ovócitos que acabem por tornar necessária a conservação dos embriões (art. 8.º/L.152-3 da Lei n. 94-654).

Em relação aos embriões excedentes, a título excepcional, os dois membros do casal podem dar o seu consentimento por escrito para que os embriões sejam acolhidos por um outro casal, desde que haja autorização judicial e que sejam atendidas as exigências previstas em lei (art. 8.º/L.152-4 da Lei n. 94-654).

O juiz deverá se certificar que o casal que pede o embrião preenche as condições acima relatadas (ambos vivos, em idade de procriar etc.) e tem condições de acolher a criança que vai nascer, tanto no plano familiar, quanto educativo e psicológico. (art. 8.º/L.152-5 da Lei n. 94-654).

Caso a autorização judicial seja dada, tanto o casal que acolhe o embrião quanto aquele que renunciou a ele não podem conhecer suas identidades respectivas.

Somente em caso de necessidade terapêutica, um médico poderá ter acesso às informações médicas não identificadoras relativas aos casais que renunciaram ao embrião.

Com relação ao anonimato, em relatório do Conselho de Estado Francês sobre as leis de Bioética, cinco anos após a sua entrada em vigor, foram feitas observações no sentido de que o segredo apresenta certamente alguns perigos para o equilíbrio psicológico da criança que pode senti-lo, além de prejuízos para os pais que se impõem o dever de se calar. Concluindo que, dessa forma, os problemas levantados por alguns psicanalistas quanto ao aspecto patogênico do segredo e do anonimato devem ser examinados⁴⁶⁷.

Percebe-se que a questão do anonimato dos doadores e os problemas que dele decorrem são discussões universais que demandam ainda muita reflexão.

Voltando à questão dos embriões excedentários, é vedada qualquer forma de pagamento ao casal que renunciou ao embrião, proibindo-se a utilização de embrião humano para fins comerciais ou industriais (art. 8.º/L.152-5 /L.152-7 da Lei n. 94-654).

O acolhimento do embrião está subordinado a regras de seguridade sanitárias. Estas regras incluem, em particular, testes para a detecção de doenças infecciosas (as regras são determinadas por decreto do Conselho de Estado: Decreto n. 993 de 12 de novembro de 1996 - relativo às regras de seguridade sanitária aplicáveis à colheita e à utilização de gametas humanos provenientes de doações com vistas à utilização de assistência médica à procriação -art. 8.º/L.152-5 da Lei n. 94-654).

São também proibidas pelo Código de Saúde Pública (art. 8.º/L.152-8 da Lei n. 94-654):

- a) a concepção *in vitro* de embriões humanos para fins de estudo, de pesquisa ou de experimentação;
- b) toda e qualquer experimentação com o embrião, salvo se o casal autorizar, por escrito, estudos específicos em seus embriões e desde que não o prejudiquem;

Com relação ao consentimento, a lei francesa é bem específica, determinando que a assistência médica à procriação deve ser precedida de conversações particulares dos que a pedem com os membros da equipe médica pluridisciplinar do centro, que poderá recorrer, em

⁴⁶⁷ *Conseil D'Etat. Les Lois de Bioéthique: cinq ans après. Étude adoptée par l'Assemblée générale du Conseil d'État le 25 novembre 1999.* Paris: La Documentation française, 1999, pp. 51-52. "Le secret présente très certainement des dangers pour l'équilibre psychologique de l'enfant qui peut le ressentir ainsi que pour ses parents qui s'imposent de le taire. (...) Néanmoins, il convient d'examiner le problème que posent certains psychanalystes quant au caractère pathogène du secret et de l'anonymat."

caso de necessidade, ao serviço social instituído no título VI do Código da Família e da Ajuda Social (8.º/L.152-10 da Lei n. 94-654).

Nas palavras de Gérard Cornu, professor emérito da Universidade de Paris II, a procriação assistida coloca em questão a maternidade e “põe também em prova o pai, a união do casal, as estruturas do parentesco e mais alguns outros fundamentos”⁴⁶⁸, estas constatações, sem dúvida, levaram o legislador francês a se cercar do máximo cuidado no que diz respeito à certeza dos pais em busca dos referidos métodos reprodutivos.

Portanto, segundo a legislação francesa, a equipe pluridisciplinar deverá, nestas conversações (8.º/L.152-10 da Lei n. 94-654):

- Verificar a motivação do homem e da mulher que formam o casal e lembrá-los das possibilidades abertas pela lei em matéria de adoção;
- Informar a estes das possibilidades de sucesso e de fracasso das técnicas de assistência médica à procriação, bem como de sua dificuldade;
- Entregar-lhes um relatório de orientação que incluirá, em particular:
 - a. menção das disposições legislativas e regulamentares relativas à assistência médica à procriação;
 - b. uma descrição destas técnicas;
 - c. uma menção das disposições legislativas e regulamentares relativas à adoção, bem como o endereço das associações e organismos suscetíveis de completar sua informação a este respeito.

A cautela quanto à decisão de se submeter ou não às técnicas reprodutivas é tamanha, que há previsão legal de que o pedido somente poderá ser confirmado, por escrito, ao fim de um prazo de reflexão de um mês a contar da última conversa (8.º/L.152-10 da Lei n. 94-654).

O Código de Saúde Pública também prevê inúmeras condutas como crimes, sujeitos a penas de multa e detenção. São alguns deles:

⁴⁶⁸ CORNU, Gerard. *Droit Civil: la famille*. 9 édition. Paris: Montchrestien, 2006, p. 456. “*La procréation assistée met en question la maternité. Elle met aussi à l’épreuve le père, l’enfant, l’union du couple, les structures de la parenté et bien d’autres fondements (...)*”.

- obter embriões humanos contra um pagamento, qualquer que seja a forma dele - punido com 7 anos de detenção e € 106.715 de multa (8.º/L.152-12 da Lei n. 94-654);
- o fato de divulgar uma informação nominativa que permite identificar tanto o casal que renunciou ao embrião quanto o casal que o acolheu - punido com 2 anos de detenção e € 30.490 de multa (8.º/L.152-13 da Lei n. 94-654);
- realizar atividades de assistência médica à procriação para finalidades que não sejam as definidas no artigo L. 152-2 - punido com 5 anos de detenção e € 76.225 de multa (8.º/L.152-14 da Lei n. 94-654);
- proceder à concepção *in vitro* de embriões humanos para fins de pesquisa e experimentação - punido com 7 anos de detenção e € 106.715 de multa (8.º/L.152-18 da Lei n. 94-654).

Em matéria de crimes que podem estar relacionados à reprodução assistida, como são os casos de clonagem reprodutiva e o crime de eugenia, também destacamos as novas tipificações previstas pelo artigo 28 da Lei 2004-800 para o Código Penal, com penas bem mais severas do que aquelas previstas no Código de Saúde Pública. Seguem as condutas:

- Utilizar uma prática eugênica com vistas à organização da seleção das pessoas – pena de 30 anos de reclusão criminal e € 7.500.000 de multa (art. 214-1 do Código Penal)
- Proceder a uma intervenção que tenha por finalidade fazer nascer uma criança geneticamente idêntica a uma outra pessoa viva ou falecida – pena de 30 anos de reclusão criminal e € 7.500.000 de multa (art. 214-2 do Código Penal).

Ressalte-se que, além da multa, a pena pode chegar a ser de prisão perpétua, se as infrações previstas nos artigos 214-1 e 214-2 são cometidas em grupo organizado (art. 214-3 do Código Penal).

Após terem sido relatados os principais elementos da proteção legislativa francesa em matéria de reprodução assistida, podemos perceber que são duas as principais características do sistema francês. A primeira é a preocupação com o consentimento para a submissão às técnicas médicas reprodutivas, tendo em vista a previsão legal detalhada, inclusive com a participação de equipe pluridisciplinar. A segunda é quanto à tutela penal conferida ao tema, prevendo-se, até mesmo, a prisão perpétua para alguns casos de condutas delituosas.

4.5 - Reino Unido

O Reino Unido disciplina a matéria da Fertilização Humana no intitulado *Human Fertilization and Embryology Act (1990)*⁴⁶⁹.

São três as suas principais atividades:

- 1.^a – qualquer tratamento que envolva o uso de doação de óvulos ou espermatozoides ou embriões criados fora do corpo humano (técnica de fertilização *in vitro*);
- 2.^a – a armazenagem de óvulos, espermatozoides e embriões;
- 3.^a – a pesquisa com células tronco embrionárias.

O *Human Fertilization and Embryology Act (1990)* sofreu algumas emendas,⁴⁷⁰ sendo a última recentíssima, em 13 de novembro de 2008.

Esclarecemos que as menções que faremos em relação aos dispositivos legais do *Human Fertilization and Embryology Act* já estão de acordo com as emendas do *Act* de 2008.

Para iniciar o tratamento da matéria o *Human Fertilization and Embryology Act* esclarece os principais termos utilizados no documento. Dentre eles destacamos (art. 1):

- embrião significa um embrião de vida humana;
- as referências a embrião incluem um óvulo que está no processo de fertilização ou está sendo submetido a qualquer outro processo capaz de resultar em um embrião;
- as referências a embriões cuja criação foi concretizada *in vitro* - são referências àqueles em que a fertilização ou qualquer outro processo através do qual o embrião foi criado teve início fora do corpo humano, quer tenha sido ali concluído ou não;

⁴⁶⁹ O *Human Fertilization and Embryology Act (1990)* foi fundado sobre as bases do Informe Warnock – Relatório da Comissão de Pesquisa sobre Fertilização Humana e Embriologia, datado de julho de 1984, que permite a experimentação com embriões de até 14 dias. Cf. GODOY, José Joaquín Ugarte. *Op. cit.*, p. 473.

⁴⁷⁰ Apenas para efeito de registro, em todos os atos legislativos promulgados pela Rainha da Inglaterra, constam os seguintes dizeres:

“Seja promulgado por sua Excelente Majestade a Rainha, por conselho e consentimento da Câmara Espiritual e Temporal dos Lordes e da Câmara dos Comuns, neste Parlamento aqui reunido, e através de sua autoridade, conforme segue:” (“*Be it enacted by the Queen’s most Excellent Majesty, by and with the advice and consent of the Lords Spiritual and Temporal, and Commons, in this present Parliament assembled, and by the authority of the same, as follows:*”).

- as referências a óvulos são referências a óvulos humanos, incluindo células da linha embrionária feminina em qualquer estágio de maturidade;
- as referências a sêmen são referências a sêmen humano, incluindo células da linha embrionária masculina em qualquer estágio de maturidade.

Por disposição legal, é constituída uma pessoa jurídica denominada Autoridade de Fertilização Humana e Embriologia (art. 5). Dentre as funções da Autoridade de Fertilização Humana e Embriologia estão:

- a) examinar as informações sobre embriões e qualquer desenvolvimento subsequente de embriões;
- b) examinar o fornecimento de serviços e atividades de tratamento regidos por essa Lei;
- c) divulgar ao público os serviços fornecidos pela Autoridade.

Em relação ao controle administrativo necessário para a manutenção da ordem de área particular de interesse, Tom Beauchamp e James Childress analisam a supervisão pública de condutas profissionais e ponderam:

“Diretrizes morais adicionais para os profissionais e cientistas da saúde algumas vezes chegam através do processo de políticas públicas, o que inclui regulamentos e diretrizes promulgadas pelas repartições governamentais. O termo *política pública* neste texto se refere a um conjunto de diretrizes normativas executáveis, aceitas por um órgão público oficial, como, por exemplo, uma repartição governamental ou um congresso nacional, para reger uma área específica de conduta.”⁴⁷¹

Entendemos que a função da Autoridade de Fertilização Humana e Embriologia, nesse sentido, seja parte desta ação governamental para garantir o controle da utilização das técnicas reprodutivas, medida necessária para que se assegure a integridade do sistema.

Retomando a análise do *Human Fertilization and Embryology Act*, por previsão expressa, deve-se entender como “mãe”, a mulher que está carregando ou carregou

⁴⁷¹ BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James. *Op. cit.*, p. 7.

uma criança em decorrência da implantação em si de um embrião ou de sêmen e óvulos. Nenhuma outra mulher deverá ser tratada como a mãe da criança. Isto não se aplica à criança adotada, considerada filha daqueles que a adotaram (art. 27).

Por pai, nos casos em que houve inseminação artificial, deve-se entender aquele que era casado com mulher que se submeteu ao tratamento. Se seu material genético não foi utilizado, somente será considerado pai se tiver consentido com a utilização de material doado (art. 28).

Sempre que, em qualquer processo perante o tribunal, houver demanda que discuta se uma pessoa é ou não pai/mãe de uma criança, o tribunal poderá, no que se refere a qualquer parte do processo, emitir uma ordem exigindo que a Autoridade revele se as informações pertinentes a essa questão estão contidas, ou não, no registro mantido de acordo com as obrigações legais (art. 34).

O Tribunal também poderá emitir uma ordem exigindo que a Autoridade revele qualquer informação contida no registro mantido, sempre que for necessário identificar uma pessoa que fosse ou poderia ser pai/mãe de uma criança para fins de incapacidade congênita (art. 35).

No que se refere ao consentimento, o *Human Fertilization and Embryology Act* determina que antes que uma pessoa dê o consentimento, ela deverá ter uma oportunidade adequada para receber o devido aconselhamento sobre as implicações de tomar as medidas propostas, bem como deverá receber as informações relevantes que forem apropriadas (art. 3 – anexo 3).

Para o consentimento de utilização de gametas ou embriões (art. 1 - anexo 3), prevê-se:

- a) que o consentimento deverá ser feito por escrito e assinado pela pessoa que o dá;
- b) que o consentimento especifique uma das seguintes finalidades:
 - tratamento da pessoa que dá o consentimento;
 - tratamento de outra pessoa que não aquela que deu o consentimento;
 - utilização para treinar pessoas em biópsia de embriões, armazenamento de embriões ou outras técnicas embriológicas;

- utilização para fins de projeto de pesquisa, especificando as condições sob as quais o embrião poderá ser utilizado.

Quando o consentimento for para o armazenamento, deverá especificar o período máximo de armazenamento e declarar o que deverá ser feito com os gametas, embrião ou embrião humano misturado se a pessoa que deu o consentimento falecer ou se tornar incapaz (art. 2 – anexo 3).

Notamos que é bastante permissivo o *Human Fertilization and Embryology Act* quando permite que seja dado consentimento para a utilização de embriões para treinar pessoas em biópsia ou outras técnicas embriológicas.

Embora permitida a referida destinação, asseguram-se com todas as cautelas relativas ao consentimento expresso por parte dos envolvidos, para que a utilização seja expressamente consentida por estes.

Interessante também que as regras do *Human Fertilization and Embryology Act* começam sempre com uma vedação de utilização de embriões para fins que não sejam a reprodução humana, mas a exceção demonstra o poder que é dado ao consentimento de seus detentores, atribuindo-lhes a faculdade de dar aos embriões outros destinos, como se pode observar da redação do art. 5, do anexo 3, que regula a *utilização de gametas para tratamento de outros*:

“5 (1) *Os gametas de uma pessoa não deverão ser utilizados para fins de serviços de tratamento ou serviços não médicos de fertilidade, salvo se houver consentimento efetivo dessa pessoa quanto a essa utilização e que eles sejam utilizados de conformidade com os termos do consentimento.*”

Em relação à fertilização *in vitro* e subsequente uso do embrião, estabelece-se que a técnica somente poderá ser aplicada se houver um consentimento efetivo das pessoas envolvidas. Após a criação do embrião *in vitro* ser concretizada, ele não deverá ser recebido por nenhuma outra pessoa, salvo se houver um consentimento efetivo de cada uma das pessoas envolvidas com relação ao embrião (art. 6 – anexo 3).

Os gametas de uma pessoa não deverão ser mantidos em armazenamento, exceto se houver efetivo consentimento daquela pessoa. Com relação ao embrião *in vitro*, ele também não deverá ser armazenado, a não ser que haja consentimento efetivo de cada uma das pessoas relacionadas ao embrião (art. 8 – anexo 3).

Por fim, cabe ressaltar que os registros de informações sobre pessoas para as quais foram fornecidos tratamentos, em que nasceu uma criança, não expirarão em menos de 50 anos, contados do primeiro registro (art. 24).

Da disciplina abordada, o que mais nos chama a atenção é que, no Reino Unido, a liberdade individual é bastante grande quando se trata de determinar o destino dos embriões excedentários, atribuindo-se grande poder ao consentimento daqueles que escolhem utilizar as práticas de assistência reprodutiva, ainda que da decisão tomada por eles decorra a inutilização de embriões.

4.6 - Estados Unidos

Por ser um dos países sabidamente mais desenvolvidos em matéria de reprodução assistida, cria-se a expectativa de que o tratamento legal que é dado aos fatos que a envolvem, tende a ser, também, inovador.

Contudo, por ser o sistema americano o da *common law*, e pelo fato de cada Estado poder prever suas próprias regras, muitas delas, inclusive, por meio de *Acts*, a maior característica é a de não haver, por vezes, coincidência na disciplina legal conferida.

Contudo podemos encontrar disposições uniformizadas, como ocorre com alguns atos, a saber: *Uniform Parantage Act (1973)* e *Uniform Status of Children of Assisted Conception Act*.

No ano de 2000, contudo, foi aprovado e recomendado a todos os estados americanos, um novo *Uniform Parantage Act*.

Nas notas introdutórias do *Uniform Parantage Act (2000)*, encontramos manifestação expressa no sentido de ressaltar que com sua promulgação todos os *Uniform Acts* anteriores que cuidavam de parentesco/filiação seriam desconsiderados, sendo ele o único reconhecido para tratar do assunto.

Por esta razão, cuidaremos de analisar suas principais determinações.

No artigo 7 são previstas regras para as crianças nascidas de reprodução assistida.

Ressalta-se, de pronto, que as disposições deste artigo, que contém sete seções, não se aplicam ao nascimento de uma criança concebida através de relação sexual ou de um acordo gestacional, este último tratado no artigo 8 do mesmo *Act* (art. 7, seção 701).

A questão da paternidade é tratada da seguinte forma: o doador não é considerado progenitor de uma criança concebida através de reprodução assistida, pois o que determina a paternidade para a lei americana é a intenção. Vejamos a previsão da seção 703 do art. 7:

“Um homem que forneça sêmen ou que consinta com a reprodução assistida de uma mulher, conforme previsto na Seção 704, com a intenção de ser o pai do filho dessa mulher, será o pai dessa criança que nascer.”

Essa previsão também reflete, atendendo ao melhor interesse dos filhos, a não distinção entre filhos maritais e não maritais advindos da reprodução assistida, de acordo com os próprios comentários da lei, atualizados em dezembro de 2002.

Com relação ao consentimento, ele deverá ser formalizado em documento assinado tanto pela mulher quanto pelo homem que pretendam ser os pais da criança (art. 7, seção 704, “a”).

A não assinatura pelo homem do consentimento exigido, antes ou após o nascimento da criança, não impede o reconhecimento de paternidade se a mulher e o homem, durante os dois primeiros anos da vida da criança, viverem juntos no mesmo domicílio com a criança e declararem publicamente a criança como sendo filho(a) deles (art. 7, seção 704, “b”).

O marido de uma mulher que dá à luz a uma criança, utilizando as técnicas de reprodução assistida, sofre uma limitação em seu direito de contestar sua paternidade.

Poderá negar a paternidade se iniciar a ação em até dois anos, após tomar conhecimento do nascimento da criança, e se o tribunal considerar que ele não consentiu com a reprodução assistida, antes ou depois do nascimento da criança (art. 7, seção 705, “a”).

Contudo terá direito à ação negatória, a qualquer tempo, se o Tribunal reconhecer (art. 7, seção 705, “b”):

1- que o marido não doou o sêmen ou, antes ou depois do nascimento da criança não consentiu com a reprodução assistida de sua esposa;

2 – que o marido e a mãe da criança não coabitaram desde a época provável da reprodução assistida; e

3 – que o marido nunca declarou publicamente que a criança era sua.

Prevê-se também o efeito da dissolução do casamento quando do procedimento da assistência reprodutiva, a saber (art. 7, seção 706, “a”):

“Se o casamento for dissolvido antes da implantação dos óvulos, sêmen ou embriões, o ex-cônjuge não será pai da criança que nascer, salvo se o ex-cônjuge consentir formalmente que se a reprodução assistida ocorresse após o divórcio, o ex-cônjuge seria pai da criança.”

Cumpre ressaltar que o consentimento da mulher ou do homem quanto à reprodução assistida poderá ser retirado formalmente por qualquer um deles, antes da implantação dos óvulos, sêmen ou embriões.

Quanto à disciplina da implantação *post mortem*, prevê-se que se uma pessoa que consentiu formalmente em ser pai/mãe através de reprodução assistida falecer antes da implantação dos óvulos, sêmen ou embriões, a pessoa falecida não será pai/mãe da criança que nascer, salvo se consentiu formalmente que a reprodução assistida ocorresse após a sua morte.

Como podemos perceber, a disciplina legal americana em termos de filiação decorrente da utilização das técnicas de reprodução assistida preocupa-se sobremaneira em organizar as regras relativas à imputação da paternidade/maternidade.

O consentimento acaba sendo a peça-chave de toda a relação, pois, para reafirmar, sua falta confere ao marido a possibilidade de negar a sua paternidade, e sua existência pode determinar a paternidade mesmo após o falecimento de seu genitor.

Antes de passarmos à análise da permissibilidade de cessão temporária de útero nos EUA com seu regramento específico, transcrevemos parte dos comentários introdutórios ao artigo 8 que disciplina os chamados “acordos gestacionais”.

Justificamos a escolha pela transcrição, incluindo parte de um julgado da Corte de Apelação do Estado da Califórnia, identificado por *Buzzanca versus Buzzanca*, proferido em março de 1998, por demonstrar enorme identidade com nosso pensamento sobre toda a matéria da reprodução assistida, denotando o que viemos analisando até o momento, e, mais, por demonstrar a realidade vivida em nossos tribunais diante da ausência de legislação específica para disciplinar a matéria.

“Os tribunais reconheceram recentemente essa realidade, quando forçados a emitir sentenças com relação à reprodução colaborativa, observando que a inseminação artificial, as “barrigas de aluguel”, a clonagem e a divisão de genes fazem parte do presente, bem como do futuro. Um tribunal previu que mesmo se todas as formas de reprodução assistida se tornassem ilegais em um determinado Estado, seus tribunais ainda seriam chamados a decidir sobre a identidade dos pais legais de uma criança que nascesse desses procedimentos realizados em Estados menos restritivos. Esse tribunal observou que:

“Novamente devemos invocar o Poder Legislativo para classificar o poder familiar e as responsabilidades das pessoas envolvidas na reprodução artificial. Não importa o que se pense sobre inseminação artificial, “barriga de aluguel” tradicional e gestacional (em todas as suas permutações) e – como se constata agora em um futuro não muito distante, a clonagem e mesmo a divisão de genes – os tribunais ainda irão se defrontar com o problema da determinação da paternidade legal. Uma criança não pode ser ignorada. Mesmo se todas as formas de reprodução artificial se tornassem ilegais, com penalidades criminais draconianas impostas aos médicos e às partes envolvidas, os tribunais ainda seriam chamados a decidir sobre quem são os pais legais e quem – que não os contribuintes – será obrigado a manter e sustentar a criança. Esses casos não desaparecerão. Novamente, devemos invocar o Poder Legislativo para classificar o

poder familiar e as responsabilidades das pessoas envolvidas na reprodução artificial. Os tribunais poderão continuar a tomar decisões para casos especiais sem impor necessariamente um esquema grandioso. Ou, o Poder Legislativo poderá agir para impor uma ordem mais ampla que, mesmo que não seja perfeita para casos individuais, possa trazer alguma previsibilidade àqueles que procuram fazer uso de técnicas reprodutivas artificiais.” *Buzzanca v. Buzzanca*, 72 Cal. Rptr. 2d 280 (Cal. Ct. App. 1998).”⁴⁷²

A necessidade de regulamentação pode ser, de maneira cristalina, evidenciada. A ausência do trato legislativo da matéria, longe de minimizar seus problemas, acaba por torná-los ainda mais agudos e não afasta dos tribunais a missão de decidir questões como aquelas em que se busca determinar quem seriam os pais de uma criança nascida das técnicas reprodutivas.

Portanto, após apresentarem essas considerações no preâmbulo, os americanos passam a prever a disciplina legal para a cessão temporária de útero.

No que tange ao acordo gestacional, o artigo 8 do *Uniform Parantage Act* (2000) estabelece que uma gestacional em potencial, seu marido, se for casada, o doador ou doadores, e os futuros pais poderão celebrar um acordo por escrito, a ser validado judicialmente, estipulando que (Seção 801):

- a mãe gestacional em potencial concorda com a gravidez através de reprodução assistida;
- a mãe gestacional em potencial, seu marido, se for casada, e os doadores renunciam a todos os direitos e obrigações como pais da criança concebida através de reprodução assistida; e
- que os futuros pais tornar-se-ão os pais da criança.

Tanto o homem quanto a mulher que serão os futuros pais deverão ser partes do acordo gestacional, acordo que não se aplica ao nascimento de uma criança concebida através de relação sexual.

⁴⁷² Disponível em <http://www.law.upenn.edu/bll/archives/ulc/upa/final00.htm>.

Nos EUA, permite-se, até mesmo, o pagamento de um valor pelo acordo de gestação (art. 8, seção 801).

A disciplina também detalha que o referido acordo não poderá limitar o direito da mãe gestacional de tomar decisões para salvaguardar sua saúde ou a saúde dos embriões ou do feto.

O acordo gestacional, para ser considerado válido, deverá ser submetido ao tribunal.

O tribunal, por sua vez, somente convalidará o acordo se considerar, dentre outros requisitos (art. 8, seção 803):

- que todas as partes celebraram o acordo voluntariamente e compreenderam seus termos;
- que a casa dos futuros pais, e os futuros pais atenderam às normas de adequação aplicáveis a pais adotivos (estudo que pode ser dispensado pelo tribunal);
- que foi feita provisão adequada para todas as despesas razoáveis de cuidados com a saúde, relativas ao acordo gestacional até o nascimento da criança, incluindo a responsabilidade pelas despesas caso o acordo seja rescindido; e
- que o valor, se houver, pago à mãe gestacional potencial foi razoável.

Nos comentários ao artigo, atualizado em dezembro de 2002, encontramos a seguinte justificativa:

“Este processo de autorização preliminar à concepção referente ao acordo gestacional é aproximadamente análogo aos procedimentos de adoção existentes na maioria dos Estados. Assim como a adoção prevê a transferência da paternidade/maternidade de uma criança dos pais biológicos para os pais adotivos, o acordo gestacional diz respeito à transferência da mãe gestacional para os futuros pais. A Lei destina-se a proteger os interesses da criança que nascer em virtude do acordo gestacional bem como os interesses da mãe gestacional e dos futuros pais.”⁴⁷³

⁴⁷³ Disponível em <http://www.law.upenn.edu/bll/archives/ulc/upa/final00.htm>.

Ressaltamos que, conforme determinação legal, após a emissão de uma ordem do tribunal, o casamento subsequente da mãe gestacional não afetará a validade do acordo gestacional, não se exigindo o consentimento de seu marido, e o marido não será um pai presumido da criança que nascer (art. 8, seção 808).

Estabelece-se, ainda, que os processos, registros e identidades das partes individuais de um acordo gestacional estão sujeitos à inspeção de conformidade com as regras de confidencialidade aplicáveis a adoções (art. 8, seção 805).

Quanto à rescisão do acordo gestacional (art. 8, seção 806), permite a lei que ele ocorra, por iniciativa de qualquer uma das partes, antes da mãe gestacional ficar grávida por meio da reprodução assistida, desde que haja notificação por escrito para todas as partes sobre essa rescisão.

A notificação da rescisão também deverá ser apresentada ao tribunal, que cancelará a ordem anteriormente dada.

A pessoa que não notificar o tribunal sobre a rescisão do acordo estará sujeita às devidas sanções.

Para encerrarmos esse detalhado tratamento legal, destacamos que, quando ocorrer o nascimento da criança de uma mãe gestacional, os futuros pais deverão protocolar uma notificação junto ao tribunal de que a criança nasceu de mãe gestacional, no prazo de 300 dias após a reprodução assistida. O tribunal, então, emitirá uma ordem confirmando que os futuros pais são os pais da criança e indicará o órgão para emissão da certidão de nascimento, indicando os futuros pais como pais da criança. Se for necessário, o tribunal ordenará que a criança seja entregue aos futuros pais.

4.7 - Conclusões

Após analisarmos o tratamento específico dado à reprodução assistida em Portugal, Espanha, Itália, França, Reino Unido e EUA, constatamos que há inúmeras particularidades e algumas divergências.

Enquanto Portugal se preocupa em não permitir a discriminação dos filhos resultantes de reprodução artificial e de considerar, num primeiro momento, a inseminação *post mortem* como ilícita, a Espanha se preocupa em não permitir a discriminação da usuária da técnica de reprodução assistida em razão do estado civil ou orientação sexual, além de autorizar um número máximo de seis filhos, havidos com material de um mesmo doador.

Enquanto a Espanha proíbe a cessão temporária de útero, os EUA não só permitem, mas admitem e prevêm a possibilidade de pagamento.

A Itália veda a procriação do tipo heteróloga, mas a França permite-a, determinando seu caráter subsidiário e vedando que ambos os materiais – sêmen e óvulo - sejam de doadores.

A França também permite, em caráter excepcional, que o casal entregue seus embriões para serem acolhidos por um outro casal – uma espécie de entrega à adoção -, enquanto que no Reino Unido permite-se que o casal entregue seus embriões para serem utilizados para treinar pessoas em biópsia de embriões, armazenamento de embriões ou outras técnicas embriológicas.

Enfim, diferenças à parte, notamos que esses países, tomando por base aquilo que a “sua” sociedade considera como aceitável em termos de limites a serem impostos, cumpriram com sua missão na tutela da reprodução assistida e, senão de todos, de grande parte de seus efeitos. Consideramos que este é o caminho que o Brasil deve seguir.

Capítulo V – Da Tutela da Reprodução Assistida

Neste capítulo iniciaremos com a abordagem da proteção principiológica conferida à família, apresentando cada um de seus princípios constitucionais norteadores, a saber: Princípio da igualdade, tanto dos cônjuges quanto dos filhos; Princípio da dignidade da pessoa humana; Princípio da paternidade responsável; Princípio da liberdade de planejamento familiar e Princípio da proteção integral da família, dentre outros.

Após a análise dos princípios, partiremos para a sustentação da pertinência e adequação dos Microssistemas, demonstrando suas vantagens.

Apresentaremos as principais características de um Estatuto perene e sua função garantidora da pacificação social e segurança jurídica.

Concluiremos com apontamentos específicos sobre a proteção civil, administrativa e criminal, envolvendo a reprodução assistida.

Seguem-se as considerações.

5.1 – Tutela Jurídica e Direito à Serenidade Familiar

No Direito de Família, o que se vem percebendo, ao longo de tempo, é que as decisões judiciais precedem a disciplina legal.

O tríduo *fato, valor e norma*, da teoria tridimensional de Miguel Reale, acaba sendo amplamente afirmado, em seu segundo momento – valor – pelo Poder Judiciário, antes de qualquer amparo normativo. Explicamos.

Em nossa sociedade, alguns fatos são inegáveis, contando com a valoração social. Diante da complexidade do processo legislativo, nossos magistrados são chamados a decidir, são confrontados com situações factuais, valoráveis, por vezes até ensejadoras de repulsa social por parte de alguns – ou muitos –, mas que clamam por tutela, proteção jurisdicional sob pena de incorrer-se em um dos maiores males que se pode ter em um Estado Democrático de Direito: a instabilidade social.

Além da instabilidade social, onda maior que incide sobre as mais diversas áreas, devemos considerar a instabilidade das relações das próprias famílias, que representam o núcleo elementar de qualquer sociedade. A proteção a ser conferida à família tem sua causa no que se nomeou de direito à serenidade familiar, ou *diritto alla serenità familiare*.

O direito que a própria família tem à serenidade – ainda que não dotada de personalidade jurídica, mas ostentando a condição de personificação anômala – foi reconhecido em decisão judicial, proferida pelo Tribunal de Milão⁴⁷⁴, o que intensificou as discussões sobre a amplitude da proteção conferida à família.

Diante da carência de qualquer previsão legal específica, os juízes italianos reconhecem a proteção especial a ser conferida à família e, ao afirmarem a existência de um direito à serenidade familiar, tem-no como passível de lesão e, por consequência, de indenização.

Esse direito à serenidade também vem sendo estudado por Antonio M. Martín Morillas, professor de História da Filosofia e Metafísica, na Faculdade de Teologia de Granada. Em artigo específico sobre a *Ética da Serenidade*, o autor reflete que a serenidade se alimenta da pacificação mútua entre as coisas e o mundo.⁴⁷⁵ “A serenidade

⁴⁷⁴ SCALFI, Gianguido. *Diritto alla Serenità Familiare?* In *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi tra crisi dogmatica e riforme legislative*. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani - CEDAM, 1991, p. 283.

⁴⁷⁵ MORILLAS, Antonio M. Martín. *Ética de la serenidad. Aportación desde el segundo Heidegger*. In *La moral cristinana como propuesta*. Homenaje al profesor Eduardo López Azipitarte. Madrid: San Pablo, 2004, p. 652. “La serenidad resulta del “corresponder” (*entsprechen*) del hombre a lo que da aliento al mundo. La serenidad pide una respuesta que se someta al mandato suave del acontecimiento propiciante”.

resulta do “corresponder” do homem ao que dá alento ao mundo. A serenidade pede uma resposta que se submeta ao mandato suave do acontecimento propiciante.”⁴⁷⁶

A serenidade, assim, enquanto harmonização entre os fatos e as respostas, já foi, como relatamos, garantida à *família* enquanto direito a ser preservado.

A pacificação é meta, os fatos são a realidade, e a resposta uma obrigação do Estado porquanto tem como objetivo fundamental a justiça social.

Nessa busca pela pacificação e pela garantia da serenidade das relações sociais atuam nossos magistrados. Movidos pelo dever de julgar, de decidir, amparados pelo Princípio da Inafastabilidade do Poder Judiciário, colocam um fim à pendência que se lhes é apresentada, resolvendo a questão.

Ao assim agirem, provocam a ira de muitos que dizem estar havendo uma afronta ao Sistema de Tripartição de Poderes, atribuído a Montesquieu. Estariam nossos julgadores legislando? Ou estariam apenas cumprindo responsavelmente seu dever de julgar?

A nosso ver, mais do que isso. Ao enfrentarem questões complexas, novas situações que ainda não encontram amparo legal, nosso Poder Judiciário funciona como um apontador de caminhos. Como um desbravador que traça a saída mais adequada para que outras pessoas possam segui-lo.

São palavras mais amenas para expressar o fato de que nossos julgadores estariam legislando? Pensamos que não.

Estaríamos fugindo de nosso método positivista para adentrarmos em novas searas como a do *common law*, onde os precedentes são na verdade as regras? Também pensamos que não.

Sabemos das dificuldades, no Direito de Família, para que possamos ter uma legislação avançada em várias áreas. Foi o caso do divórcio e do reconhecimento da União Estável⁴⁷⁷ como entidade familiar, ambos considerados conquistas legislativas.

Isso se deve a preconceitos sociais e, grande parte, até mesmo ao receio de nossos representantes em desagradar seus eleitores que estão acostumados com o conceito

⁴⁷⁶ MORILLAS, Antonio M. Martín. *Op. cit.*, p. 652.

⁴⁷⁷ Embora o reconhecimento da União Estável tenha ocorrido em 1988, a primeira lei disciplinando a matéria só entrou em vigor em dezembro em 1994 (Lei 8.971), seis anos após, vindo, ainda, em 1996, outra lei para disciplinar o assunto (Lei 9.278). Cf. SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. *União Estável*. 2.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 3-4.

clássico de família, ou seja: pai e mãe - marido e esposa - com filhos havidos de forma natural.

Diante desse quadro, o Poder Judiciário acaba por atuar como mola propulsora para que nossos legisladores legislem. As decisões embasadas em princípios gerais e orientações doutrinárias acabam por determinar que algumas situações, primeiro - existem e devem ser apreciadas; segundo - uma proteção específica tem de ser, com urgência, providenciada.

Isto porque, se nos satisfizermos apenas com o trabalho desenvolvido por nossos julgadores, incorreremos em outro risco: o da disparidade de decisões.

Essa disparidade pode ser, da mesma forma, causadora de instabilidade social.

Observa-se que a função judicial, diante dessas novas questões, é benéfica, desde que entendida como início de reconhecimento do valor ao fato apresentado, mas é nociva se a tivermos como substituta das normas.

Nesse sentido, defendemos nossa tese de que normas especiais devem existir para tutelar fatos igualmente especiais e de tamanha repercussão, como é o caso da reprodução assistida.

Até agora, o que se pôde observar foi que em todas as situações nas quais nossos magistrados foram provocados a decidir sobre questão familiar ainda não tutelada pelo direito positivado, socorreram-se dos princípios que devem nortear todo e qualquer ordenamento jurídico, mormente os princípios constitucionais.

No que concerne à interpretação da lei, sua subordinação a princípios constitucionais e o controle e limitação da infiltração da ideologia do juiz em suas decisões, Rosa Maria de Andrade Nery afirma:

“Poderíamos ilustrar essa concatenação de categorias partindo do *valor* fundamental da Ciência Jurídica, que é o respeito pela Vida Humana. Porque esse é o ponto central de todas as preocupações jurídicas, esse valor inspira um *princípio fundamental*, que é o da dignidade do ser humano.”⁴⁷⁸

⁴⁷⁸ NERY, Rosa Maria de Andrade. *Noções Preliminares de Direito Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 111.

A dignidade do ser humano, por sua vez, a nosso ver, está intimamente relacionada à família, *célula mater* da sociedade, porquanto entranhada nas relações familiares que resvalam, por conseguinte, no âmbito social. O direito à serenidade familiar, nessa ótica, deve ser garantido não só pela harmonização que se espera ter nas relações sociais, mas, sobretudo, porque, no fundo, é direito que decorre da própria pessoa humana, cuja dignidade é princípio fundamental da República.

Sobre o princípio pontuado pela autora e sobre outros relacionados à família, passamos a tecer nossas considerações.

5.2 – A Proteção Principiológica da Família

Para iniciarmos a análise da proteção principiológica conferida à família, transcrevemos as lições do jurista espanhol Jose Luiz de Los Mozos, quanto à sua importância:

“A codificação e o excessivo império da lei, até nossos dias, nos sistemas jurídicos de nossa comum tradição européia, tem turvado a compreensão do verdadeiro conteúdo e estrutura do ordenamento, o qual se acha integrado por *normas e princípios* e não só por normas, sejam legais ou consuetudinárias.”⁴⁷⁹

Após a constatação, o autor explica:

“Frente às normas que são consequência, aplicação ou determinação a respeito de uma regulação concreta, os princípios são sua origem, seu antecedente, ou a pedreira de onde aquelas tomam seus materiais para construir o ordenamento jurídico formulado.”⁴⁸⁰

⁴⁷⁹ DE LOS MOZOS, Jose Luiz. *Metodologia y ciencia em el derecho privado moderno*. Jaén: Editoriales de Derecho Reunidas, 1977, p.90. “*La codificación y el excesivo imperio de la ley, hasta nuestros días, en los sistemas jurídicos de nuestra común tradición europea, han enturbiado la comprensión del verdadero grado contenido y estructura del ordenamiento, el cual se halla integrado por normas y principios y no solo por normas, sean legales o consuetudinarias.*”

⁴⁸⁰ *Idem*, p. 97. “*Frente a las normas que son consecuencia, aplicación o determinación respecto de una regulación concreta, los principios, son su origen, su antecedente, o la cantera de donde aquellos toman sus materiales para construir el ordenamento formulado.*”

Note-se que a importância dos princípios foi exaltada pelo autor, na figura de linguagem usada, exatamente por serem a fonte na qual todo o ordenamento jurídico deve buscar suas bases.

Visando a esse embasamento é que nortearmos nossa análise principiológica, pois como pudemos expor, em mais de uma oportunidade na presente pesquisa, somente dessa forma conseguiremos a proteção que buscamos em matéria de tutela integral da família e assistência à reprodução.

É de nosso conhecimento que a Constituição Federal de 1988 deve ser considerada como o grande marco legislativo-constitucional em termos de proteção à família.

Novas entidades familiares foram reconhecidas, os direitos dos filhos foram igualados e, a partir de então, homens e mulheres passaram a ter o mesmo poder em relação às decisões familiares.

Luís Paulo Cotrim Guimarães adverte:

“Já não era mais possível, no final do século XX, conceber-se enganosamente, como única, a família formada por meio das núpcias, e a sua respectiva prole, tratada como “legítima”. Era necessário conceder a adequada recepção jurídica a outros núcleos diferenciados, compostos igualmente por pais e filhos, para que se fortalecesse e ampliasse a mencionada base social do Estado, descentralizando-se, assim, o papel monopolizador da família tradicional – aquela advinda do matrimônio.”⁴⁸¹

Foi o que fez a Constituição cidadã, ampliou o conceito de família, igualando os direitos dos cônjuges e vedando designações discriminatórias entre os filhos, mas fez mais, apresentou, de forma ordenada, princípios que devem reger as relações familiares, servindo como norteadores da interpretação e regulamentação dispensada ao direito familiar.

Luiz Edson Fachin, a esse respeito analisa:

⁴⁸¹ GUIMARÃES, Luís Paulo Cotrim. *A paternidade presumida no direito brasileiro e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 16.

“A nova Constituição Federal contém um conjunto de princípios atinentes à família e à filiação que se coloca em rumo congruente com aquele que informou as recentes reformas européias antes vistas. Sob tais princípios, especialmente o da igualdade, aquelas reformas organizaram a tentativa de superação das deficiências do sistema clássico de estabelecimento da filiação.”⁴⁸²

Guilherme Calmon ressalta que “os princípios traduzem, como se sabe, mandados de otimização, com caráter deontológico, relacionando-se à idéia do dever ser”⁴⁸³, o que o fez assevar, em outra passagem que

“qualquer norma jurídica do Direito de Família brasileiro, exige, com muito mais vigor que em qualquer época anterior, a presença de fundamento de validade constitucional, com base na combinação dos princípios constitucionais da isonomia dos filhos e do pluralismo dos modelos familiares com o fundamento da República do Brasil da dignidade da pessoa humana”⁴⁸⁴.

Aliás, Tatiana Penharrubia Fagundes relembra que um dos objetivos do Estado na busca do bem-estar social “consiste, pois, no engrandecimento da dignidade da pessoa humana”⁴⁸⁵.

Com o intuito de aprofundar o estudo da proteção principiológica conferida à família, passamos à análise de cada um dos princípios.

5.2.1 – Princípio da igualdade

Podemos entender por Princípio da Igualdade o mandamento aristotélico de tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades.

⁴⁸² FACHIN, Luiz Edson. *Estabelecimento da Filiação* ... p. 165.

⁴⁸³ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios Constitucionais de Direito de Família: guarda compartilhada à luz da Lei n. 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 63.

⁴⁸⁴ *Idem*, p. 36.

⁴⁸⁵ FAGUNDES, Tatiana Penharrubia. *A efetividade dos direitos fundamentais*. In *Reflexões em Direito Político e Econômico*. Mônica Herman Salem Caggiano organizadora. São Paulo: Editora Mackenzie, 2002, p. 160.

A definição do princípio é amplamente conhecida, mas as dificuldades de sua concretização talvez não seja por todos analisada.

André Ramos Tavares escreve sobre o questionamento que devemos nos fazer diante da definição do princípio da igualdade, ou seja, argumenta que “trata-se de regra hipotética que não satisfaz”⁴⁸⁶, pois “não é capaz de informar quando ou como distinguir os desiguais dos iguais”⁴⁸⁷, completando que é preciso “encontrar um critério capaz de legitimamente apartar essas duas categorias genéricas e abstratas de pessoas”⁴⁸⁸, quais sejam: as iguais e as desiguais.

Há, ainda, de serem ressaltadas as considerações de Gilmar Mendes que pondera acerca da diferença entre *igualdade na lei* e *igualdade diante da lei*, em razão do texto Constitucional ser expresso em garantir que – todos são iguais perante a lei, vejamos:

“Como, por outro lado, no texto da Constituição, esse princípio é enunciado com referência à lei – *todos são iguais perante à lei* –, alguns juristas construíram uma diferença, porque a consideram importante, entre a igualdade *na* lei e a igualdade *diante* da lei, a primeira tendo por destinatário precípua o legislador, a quem seria vedado valer-se da lei para fazer discriminações entre pessoas que mereçam idêntico tratamento; a segunda, dirigida principalmente aos intérpretes/aplicadores da lei, impedir-lhes-ia de concretizar enunciados jurídicos dando tratamento distinto a quem a lei encarou como iguais.”⁴⁸⁹

J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, ao analisarem o texto constitucional português, onde se pode encontrar a mesma igualdade *perante a lei*, asseveram que a Constituição acolhe a versão clássica do princípio da igualdade, pondo fim às desigualdades de nascimento e de estatuto jurídico no antigo regime, concluindo que “a igualdade no plano do direito (lei está aqui no sentido de ordem jurídica), proíbe (*sic.*) a diferenciação das pessoas em classes sociais jurídicas distintas, com diferentes direitos e deveres, de acordo com o nascimento, posição social, a raça, o sexo, etc”.⁴⁹⁰

⁴⁸⁶ TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: 2002, p. 400.

⁴⁸⁷ *Idem, ibidem*.

⁴⁸⁸ *Idem, ibidem*.

⁴⁸⁹ MENDES, Gilmar Ferreira *et al.* *Op. cit.*, p. 147.

⁴⁹⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Op. cit.*, p. 339.

Os autores ainda dividem o Princípio da Igualdade em 3 dimensões⁴⁹¹: dimensão Liberal, dimensão Democrática e dimensão Social.

Igualdade em sua dimensão Liberal significa a idéia de “igual posição de todas as pessoas, independentemente do seu nascimento e do seu *status*, perante a lei, geral e abstracta, considerada subjectivamente universal em virtude da impessoalidade e da indefinida repetibilidade na aplicação”⁴⁹².

Em sua dimensão Democrática exige a explícita proibição de discriminações na participação no exercício do poder político, enquanto que em sua dimensão Social impõe a eliminação das desigualdades fáticas, ou seja, econômicas, sociais e culturais⁴⁹³.

No que tange à família, além do tratamento acima descrito, mormente em sua dimensão liberal, a grande busca é a da concretização da aplicação do princípio da igualdade, tornando-o garantidor de estabilidade e segurança social.

Em busca dessa efetividade, foi clara a preocupação do legislador constituinte, pois no capítulo VII do Título VIII, capítulo intitulado “Da família, da criança, do adolescente e do idoso”, fez a opção de garantir expressamente a igualdade jurídica dos cônjuges e a igualdade jurídica dos filhos, que passamos a analisar.

5.2.1.1 – Princípio da igualdade jurídica dos cônjuges

A igualdade entre homens e mulheres, uma das conquistas trazidas pelo legislador da atual Constituição, possibilitou a reorganização da disciplina legal em matéria familiar.

⁴⁹¹ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Op. cit.*, p. 337.

⁴⁹² *Idem, ibidem.*

⁴⁹³ *Idem, ibidem.*

Retirou-se a mulher da posição de colaboradora para dar-lhe os mesmos poderes e também os mesmos direitos em relação aos filhos bem como quanto a todas as questões relativas ao casal, sejam patrimoniais, sejam pessoais.

Assevera Maria Berenice Dias que não bastou a Constituição, em seu preâmbulo, proclamar o princípio da igualdade, ela foi além, reafirmou no artigo 5.º que - *todos são iguais perante a lei* - e, de modo enfático “foi até repetitiva ao afirmar que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações (CF 5.º, I), decantando mais uma vez a igualdade de direitos e deveres de ambos no referente à sociedade conjugal (CF 226 § 5.º). Assim, é a carta constitucional a grande artífice do princípio da isonomia no direito das famílias”⁴⁹⁴.

O tratamento equânime fez com que a interpretação dos dispositivos do Código Civil de 1916, então em vigor, tivesse que se dar à luz da Constituição, fazendo com que quaisquer diferenças de tratamento fossem aplainadas.

Após pouco mais de 20 anos em vigor, o balanço, sem dúvida, é positivo. Embora ainda haja arestas a aparar, o tratamento igualitário evoluiu não só em termos legais, mas de ascensão social e profissional. Muitas mulheres desempenham hoje funções que antes eram exclusivamente destinadas aos homens, sendo responsáveis, inclusive, por elaborar propostas de grandes reformas legislativas e proferir decisões que instigam inúmeras discussões teóricas.

Enfim, ao prever a igualdade entre homens e mulheres, o constituinte propiciou a evolução da disciplina legal em matéria de família e transformações sociais relevantes.

5.2.1.2 - Princípio da igualdade jurídica dos filhos

Conforme já comentamos, o texto constitucional de 1988 garantiu um dos mais impactantes direitos em matéria familiar: a igualdade jurídica dos filhos.

⁴⁹⁴ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 5.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, pp. 64-65.

Rolf Madaleno comenta que

“Finalmente, a Carta Federal resgata a dignidade da descendência brasileira, deixando de classificar filhos pela maior ou menor pureza das relações sexuais, legais e afetivas de seus pais, quando então, os filhos eram vistos e classificados por uma escala social e jurídica direcionada a discriminar o descendente e a sua inocência, por conta dos equívocos ou pela cupidez de seus pais.”⁴⁹⁵

O caminho percorrido em busca da não discriminação foi longo e não parou por aí.

Luiz Edson Fachin, sobre o progresso conquistado, esclarece:

“Décadas se passaram nesse caminho para a conquista da dignidade constitucional com os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias à filiação, como veio no art. 227 da Constituição Federal, no art. 20 da Lei nº 8.069, de 1990, o assim alcunhado Estatuto da Criança e do Adolescente, e mais tarde para o art. 1.596 do Código Civil, vigente desde 11 de janeiro de 2003, sob os princípios da igualdade e dignidade da pessoa humana (...).”⁴⁹⁶

Quanto à proteção constitucional conferida, observa Alexandre de Moraes que “essa norma constitucional tem aplicação imediata, garantindo-se imediata igualdade, sem que possa resistir qualquer prejuízo ao filho adotivo ou adulterino, que poderá, inclusive, ajuizar ação de investigação de paternidade para ter sua filiação reconhecida, além de ter o direito de utilização do nome do pai casado”.⁴⁹⁷

Guilherme Calmon Nogueira da Gama também reforça a igualdade de direitos e não discriminação quanto à origem da filiação, ao afirmar:

⁴⁹⁵ MADALENO, Rolf. *Novas Perspectivas no Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 39.

⁴⁹⁶ FACHIN, Luiz Edson. *As intermitências da Vida: o nascimento dos não-filhos à luz do Código civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 22.

⁴⁹⁷ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 17.^a ed. São Paulo: Atlas, 2005, pp. 741- 742.

“A igualdade no campo do Direito Parental busca identificar os mesmos direitos relativamente às pessoas dos filhos de um mesmo pai ou de uma mesma mãe, sendo totalmente irrelevante a origem da filiação, se matrimonial ou extramatrimonial, se decorrente de vínculo civil – por adoção, reprodução assistida heteróloga ou posse do estado de filho – ou natural – por vínculo originário.”⁴⁹⁸

Ressaltamos que não se pode duvidar dos esforços empreendidos para que a situação atual de igualdade pudesse ser estabelecida. Como também não se pode duvidar de que as medidas ainda terão de ser aperfeiçoadas para que a isonomia seja efetivada em todos os aspectos.

Parece-nos, sobretudo, que também é missão que garante o tratamento equânime a busca de soluções ao impasse jurídico que se formou em torno do possível nascimento de filhos decorrentes de reprodução artificial, sob pena de categorizarmos novamente os filhos, protegendo uns em detrimento de outros.

A igualdade jurídica dos filhos atende ao princípio maior da dignidade da pessoa humana, sobre o que teceremos algumas considerações.

5.2.2 – Princípio da dignidade da pessoa humana

Por vezes nos surpreendemos sendo um pouco cautelosos para utilizar a expressão dignidade da pessoa humana. Mormente no que diz respeito ao chamado Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Nosso receio talvez se explique pelo fato de que, ultimamente, o uso da expressão aparece como justificativa comum à defesa dos mais variados problemas jurídicos, muitas vezes, contrapostos.

A expressão, no sentido em que vem sendo largamente empregada, carrega em seu bojo, para muitos, o poder da auto-explicação, ou seja, por si só é clara o suficiente para que considerações outras sejam tecidas.

⁴⁹⁸ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios Constitucionais de Direito de Família...*, pp. 95-96.

Tudo, ou quase tudo “garante” ou “desrespeita” o princípio da dignidade da pessoa humana.

Mas, afinal, o que devemos entender por Dignidade da Pessoa Humana?

Comecemos por seu significado.

A palavra dignidade tem origem no substantivo *dignitas*, entendido como mérito, prestígio, consideração, excelência, sendo utilizado para qualificar o que é digno e que merece reverência ou respeito⁴⁹⁹.

Segundo Edinês Sormani, “foi a partir do Cristianismo e sua difusão no mundo ocidental, com suas premissas de igualdade e fraternidade entre os homens, baseadas na idéia da dignidade do próprio ser humano, que se estabeleceram novos horizontes em relação ao contorno jurídico da personalidade”⁵⁰⁰.

Ingo Wolfgang Sarlet, em obra sobre as Dimensões da Dignidade, logo no início revela que uma “conceituação clara do que efetivamente é a dignidade da pessoa humana, inclusive para efeitos de definição do seu âmbito de proteção como norma jurídica fundamental, se revela no mínimo difícil de ser obtida”⁵⁰¹.

Entretanto, após analisar a dimensão ontológica; comunicativa e relacional da dignidade da pessoa humana como o reconhecimento pelo outro; enquanto construção - contextualizando histórico-culturalmente a dignidade; em sua dupla dimensão - limite e tarefa - e, por fim, em uma conceituação analítica; arrisca uma sugestão, isto é, uma proposta pessoal de conceituação jurídica de dignidade da pessoa humana, tida como:

“A qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação

⁴⁹⁹ Cf. GARCIA, Edinês Maria Sormani. *O princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Leitura do Novo Código Civil em Relação à Família*. In *Novo Código Civil: interfaces no ordenamento jurídico brasileiro*. Coordenadora: Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 258.

⁵⁰⁰ *Idem, ibidem*.

⁵⁰¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível*. In *Dimensões da Dignidade: Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 16.

ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos”⁵⁰²

A amplitude do conceito demonstra o quão árdua foi a tarefa. Partiu o autor da qualidade ostentada pela pessoa, respeitando o significado do substantivo dignidade – pessoa merecedora de respeito – para demonstrar que por ser merecedora faz *jus* a um conjunto de direitos e deveres que garantirá condições existenciais mínimas para uma vida saudável e em comunhão com seus semelhantes, e lhe protegerá de eventuais abusos, venham eles de qualquer parte que seja.

Rosa Maria de Andrade Nery e Nelson Nery Junior ressaltam a importância do princípio e afirmam:

“É tão importante esse princípio que a própria CF 1.º, III o coloca como um dos fundamentos da República. Esse princípio não é apenas uma arma de argumentação, ou uma tábua de salvação para a complementação de interpretações possíveis de normas postas. Ele é a razão de ser do Direito.”⁵⁰³

Feitos os esclarecimentos acima, agora podemos justificar que o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é princípio vetor do Direito de Família, pois garantir o respeito aos direitos dos membros da família, assegurando-lhes um sistema protetivo que coíba abusos e propicie o desenvolvimento de uma vida saudável, é, sem dúvida, aquilo que deve nortear qualquer interpretação e normatização, envolvendo as relações familiares.

Em matéria de reprodução, sobretudo, pois os conflitos jurídicos apresentados exigirão, em primeiro lugar, a conscientização de sua grandiosidade, para, em seguida, buscar-lhes soluções adequadas, visando a restabelecer o tratamento igualitário dos filhos e respeito a todos os envolvidos, sejam membros da família ou terceiros.

⁵⁰² SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, p. 37.

⁵⁰³ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal Comentada e legislação constitucional*. 2.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 151.

5.2.3 - Princípio da paternidade responsável

Segundo Uadi Lammêgo Bulos a paternidade responsável envolve dois aspectos: o dever alimentício e a submissão compulsória ao exame de DNA.

O primeiro, comenta o autor⁵⁰⁴, uma vez reconhecida a paternidade, deflui de modo incontestado. Já sobre o segundo, o autor defende posição interessante, sobre a qual disserta:

“Se é certo que as liberdades públicas são *relativas*, devem conviver em harmonia, também é exato que, pelo *princípio da concordância de normas*, elas precisam ser interpretadas à luz do *sistema constitucional*, de sorte não converter vetores constitucionais, a exemplo da dignidade humana (art. 1º, III), em redutos de *irresponsabilidades*. Assim, durante a produção probatória para fins de investigação de paternidade, nada obsta que o necessário exame de DNA seja realizado, pela coleta de sangue, pela saliva ou fio de cabelo. Esse, contudo, não é o pensamento do Pretório Excelso. Em algumas assentadas, a Corte, por maioria de votos, concluiu que não se pode submeter o possível pai à realização do exame de DNA, algo que discrepa das garantias constitucionais implícitas e explícitas, a exemplo da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer. Assim, afiguram-se inadmissíveis provimentos judiciais que, em sede de ação civil de investigação de paternidade, determinem a condução do réu ao laboratório *debaixo de vara* para a coleta do material indispensável à feitura do exame de DNA.”⁵⁰⁵

Com o intuito de complementar a idéia exposta pelo autor, parece-nos que o princípio da paternidade responsável deve, atualmente, ser interpretado em um sentido mais amplo. Não só aquele que se relaciona com o dever alimentar ou daquela imposição paterno-filial que resulta de uma ação investigatória.

A nosso ver, a proteção constitucional está para além destes fatos, que estão contidos em algo maior que pode ser classificado como o dever de cuidado, somado ao respeito à integridade física e psíquica dos filhos.

⁵⁰⁴ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1327.

⁵⁰⁵ *Idem*, pp. 1327-1328.

Quando os legisladores do Código Civil previram os deveres do casamento, elencaram a *guarda, sustento e educação dos filhos*, como um deles, mas também previram o dever de *respeito e consideração mútuos*, que devem ultrapassar a esfera conjugal e ser irradiado para a prole. Quem respeita cuida, educa, sustenta e protege.

Embora reconheçamos que o bom trato e o afeto não decorrem de imposição legal, prever a paternidade responsável como um princípio é medida de grande importância.

5.2.4 - Princípio da liberdade de planejamento familiar

A respeito da paternidade responsável, apontando o princípio da dignidade da pessoa humana enquanto pressuposto para a liberdade de planejamento familiar, ponderam Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior:

“O casal pode decidir livremente sobre o planejamento familiar. Deve para tal decisão, obedecer aos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável. Inexistindo tais pressupostos na decisão do casal (que é livre), como encarar a questão? Poderia o Estado, sem que houvesse paternidade responsável, ingerir-se no planejamento familiar? Inegável que a expressão “paternidade responsável” é ampla, mas, em casos-limites, não se poderia falar em ingerência do Estado?”⁵⁰⁶

A reflexão acima proposta nos remete a um tema nada fácil de ser discutido, que é o tema do controle de natalidade. Resta claro que nosso país está e sempre esteve em uma situação social muito difícil, com milhares de pessoas abaixo da linha da pobreza, lidando, a cada dia, com a questão de menores abandonados e famílias desestruturadas.

O desafio é grande e as ações políticas, com certeza, são o caminho para minimizar o problema, todavia a ciência jurídica tem muito a contribuir: seja apontando novas soluções para diminuir as diferenças sócio-culturais, seja buscando a aplicação concreta de todos os direitos e garantias, já previstos em nosso ordenamento jurídico.

⁵⁰⁶ ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 9.^a ed. São Paulo: 2005, pp. 497-498.

Como vimos no segundo capítulo, quando tratamos do acesso à prestação dos serviços médicos, a Lei n. 9.263/96 reconhece o planejamento familiar como direito de todo cidadão, determinando que se garantam, em termos de regulação da fecundidade, direitos iguais de constituição, limitação e/ou aumento da prole.

Para isso, o planejamento deve englobar ações preventivas e educativas, possibilitando-se o acesso igualitário, quer seja a informações, métodos ou técnicas relativas à fecundidade.

Em relação ao tema, Jussara Meirelles conclui que “artificializado ou não, é de se recordar que o desejo de gerar um filho e a conseqüente busca aos recursos da reprodução assistida estão contidos no princípio constitucional referente ao planejamento familiar (artigo 226, § 7.º)”⁵⁰⁷. Esclarece, ainda, a autora que no princípio do planejamento familiar estão inseridos os *direitos reprodutivos*, que podem ser notados “no reconhecimento, a todo indivíduo, do direito de livremente exercer a sua vida sexual e reprodutiva, definindo o momento de gerar e o número de filhos que deseja ter, recorrendo aos métodos modernos de contracepção e, igualmente, aos meios científicos disponíveis para realizar projeto da parentalidade”⁵⁰⁸.

Enfim, tem-se percebido que a matéria é alvo, cada vez mais frequente, de discussões, deve-se isto não só aos aspectos sociais e econômicos que envolvem o tema, mas também, às implicações trazidas pelo conjunto de técnicas que formam a reprodução assistida. A liberdade efetiva do planejamento familiar, a nosso ver, somente se dará quando o acesso aos novos métodos e técnicas a todos for garantido.

5.2.5 - Princípio da proteção integral da família

De tudo o que foi visto até aqui, fica evidente o interesse do Estado na proteção da Família, que é a cédula base da sociedade.

⁵⁰⁷ MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. *Filhos da Reprodução Assistida*. In *Família e Cidadania – o novo CCB e a vacatio legis*. Coordenação Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2002, p. 394.

⁵⁰⁸ *Idem, ibidem*.

Organizando bem a Família, o Estado terá uma sociedade mais bem organizada. Essa é a razão pela qual a Família é chamada de célula *mater* da sociedade, e, também, a razão maior de sua ampla proteção constitucional.

Especial atenção foi dada à criança e ao adolescente, futuro de nossa nação e, acima de tudo, indivíduos que merecem uma proteção diferenciada, consequência de suas fragilidades.

Essa proteção diferenciada foi determinada pela Constituição pelo princípio da proteção integral da criança e do adolescente, no qual foram garantidos direitos como a vida, a saúde, a dignidade, o respeito e a liberdade, dentre outros.

A esse respeito, comenta Ricardo Cunha Chimenti:

“Os arts. 227 a 229 da CF/1988 indicam que o princípio da proteção integral (ou doutrina da proteção integral) é que deve orientar a atuação do legislador, do administrador e da sociedade civil. A proteção integral é fundada no pressuposto de que o menor é, antes, titular de direitos próprios e fundamentais, que têm dimensão própria e independente da vontade ou desejo de maiores, ainda que seus representantes legais.”⁵⁰⁹

Continua o autor esclarecendo que “o princípio também obriga a intervenção estatal em qualquer situação, não apenas para proteger crianças ou adolescentes que estejam em vias de sofrer violação de direitos, mas para garantir a perfeita concreção dos direitos fundamentais comuns a qualquer pessoa e, em especial, aos menores”.⁵¹⁰

É com base nesse princípio que calcamos nossa tese de que a família tem de ser protegida em quaisquer circunstâncias, sendo dever do Estado propiciar e facilitar essa tutela integral em todas as áreas que interferem, de alguma forma, na harmonia familiar e concorrem para sua desestabilização.

A reprodução assistida, com certeza, é uma delas, pois não só interfere na formação da família com a facilitação da concepção, mas também gera efeitos que podem comprometer a estabilidade das relações jurídico-familiares.

⁵⁰⁹ CHIMENTI, Ricardo da Cunha *et al.* *Curso de Direito Constitucional*. 2.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2005, pp. 566-567.

⁵¹⁰ *Idem*, p. 567.

Destarte, é dever do Estado, baseado no princípio da proteção integral, apresentar mecanismo eficiente para coordenar e ordenar esses efeitos, possibilitando a convivência pacífica e harmônica entre todos os membros da família, garantindo o máximo respeito aos direitos fundamentais previstos para a Família e promovendo um afinamento entre a evolução científica e as relações sociais.

Não acreditamos que o Princípio da Proteção Integral possa ser entendido apenas como proteção integral da criança e do adolescente, pois a toda família devem ser propiciados os direitos elencados na Constituição. Ainda que se entenda que somente sejam merecedores dessa proteção integral a criança e o adolescente, a reprodução humana assistida enseja atenção maior da ciência jurídica, pois estes estão diretamente ligados a seus reflexos.

Para Rosana Fachin⁵¹¹, compreender o Direito de Família implica revisitar os diversos campos do saber e observá-lo através da pluralidade de formas com que se apresenta, pois para além da normatividade jurídica, completa a autora, está, insubstituível, a dimensão do ser.

Dessa forma, conclui: “A complexidade das relações sociais, em geral, e das familiares, em especial, confere novos desafios ao Direito, e, de consequência, à jurisprudência: os novos conflitos reclamam posturas diferenciadas.”⁵¹²

É exatamente esta diferenciação de tratamento que estamos defendendo, a dimensão do ser, ou melhor, dos seres envolvidos no tratamento de reprodução assistida, só poderá ser compreendida após revisitarmos os mais variados campos do saber, como sugere a autora, e observá-los à luz do fenômeno social que nos é apresentado.

Orlando Gomes, por sua vez, constata que o ponto de equilíbrio entre a dimensão privada e o papel social das instituições familiares é encontrado “na busca, afinal, de uma nova *ratio legis* para o instituto, os novos cultores do Direito de Família – libertos, como estão, das teorias jusnaturalistas e do laicismo autoritário – reivindicam novos endereços para a política legislativa a ser adotada na regulamentação legal da filiação”⁵¹³.

⁵¹¹ FACHIN, Rosana Amara Girardi. *Em Busca da Família do Novo Milênio: Uma reflexão crítica sobre as origens e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 56.

⁵¹² *Idem, ibidem*.

⁵¹³ GOMES, Orlando. *Direito de Família* ..., p. 28.

Nesse sentido, ou seja, na busca de novos endereços para a política legislativa no que tange à filiação é que continuamos com nossa argumentação, agora demonstrando a pertinência e adequação dos Microsistemas.

5.3 – Da necessidade de normatização da Reprodução Assistida e o Princípio da Proporcionalidade

Antes de passarmos a refletir sobre a pertinência e adequação dos Microsistemas Jurídicos, interessante ressaltarmos as reflexões de Dieter Grimm, jurista alemão, quanto à mudança de postura estatal no que se refere à proteção dos direitos fundamentais diante dos efeitos da globalização. Para o autor “já há muito, o Estado começou a se ajustar a essa mudança de consciência, mais precisamente por meio de uma orientação que visa a uma ação preventiva, sem que essa mudança da atividade estatal já tivesse se tornado totalmente consciente de seu significado para a liberdade garantida pelos direitos fundamentais”⁵¹⁴.

Complementa seu raciocínio ensinando que “prevenção é a tentativa, não de intervir tão-somente com desvio ou correção quando da ocorrência ou realização de um determinado perigo, mas de já começar nas fontes de conflito e sufocá-las, desde que possível, ainda na fase embrionária, de modo que não possam chegar a se tornar perigos concretos ou, até mesmo, danos”⁵¹⁵.

Por fim, conclui Dieter Grimm que “por isso o conceito de prevenção possui tanta força de convicção, pois seu benefício é evidente. A prevenção parece não só mais efetiva, ela é freqüentemente mais barata do que repelir perigos manifestos ou ressarcir danos ocorridos”⁵¹⁶.

É exatamente nessa linha de pensamento que propomos nossa tese. A tutela das situações jurídicas envolvidas na reprodução assistida deverá, em primeiro lugar, atuar na prevenção das situações danosas, com a elaboração de um sistema protetivo e de

⁵¹⁴ GRIMM, Dieter. *Constituição e política*. Tradução Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 87.

⁵¹⁵ *Idem, ibidem*.

⁵¹⁶ *Idem, ibidem*.

controle de ações capazes de evitar os conflitos e inseguranças. Contudo, caso não seja possível a proteção, há de se ter, também, um sistema de reparação adequadamente estruturado para que os eventuais danos sejam reparados.

Caetano Lagrasta Neto, ao refletir sobre a reprodução assistida, pondera que “os riscos de uma empreitada desta natureza devem ser medidos, não só a partir do âmbito dos fornecedores dos ingredientes genéticos, como da atribuição de responsabilidade objetiva ao Estado, que tem o dever de instruir aos contraentes amparando-os, antes, durante e depois do evento, diante do nascimento com vida, ou não, do feto”⁵¹⁷.

Essa necessidade de ampla regulamentação pode ser facilmente sentida, mas, enquanto ainda não temos o tratamento específico desejado, podemos contar com a proteção principiológica.

Claro está que o legislador constituinte nos munuiu do máximo aparato principiológico para a proteção e defesa da família, aparato este, aliás, que não pode ser desconsiderado. Pelo contrário, hoje é o único respaldo que nossos julgadores têm para resolver as novas questões envolvendo o Direito de Família, mais precisamente, nossos julgadores estão a eles vinculados.

Para além dos julgamentos, os princípios são a base imprescindível para o desenvolvimento de uma normatização completa para a reprodução assistida.

Glauco Barreira Magalhães Filho, pesquisador e professor da Universidade Federal do Ceará, ensina:

“Na medida em que os valores que interessam ao Direito são aqueles que aparecem nos fatos, dimensionando-os, os princípios contêm, de modo latente, a previsão de fatos que serão identificados no caso concreto. Dos princípios se pode inferir quais são as condutas obrigatórias, proibidas ou permitidas, pois estas possíveis qualificações para as condutas são resultantes de um juízo de valor incidente sobre a conduta.”⁵¹⁸

Resta reforçada, nas palavras do autor, a importância singular dos princípios para o balizamento necessário das condutas esperadas e ou vedadas pelo sistema jurídico.

⁵¹⁷ LAGRASTA NETO, Caetano. *Direito de Família*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 114.

⁵¹⁸ MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *A essência do Direito*. São Paulo: Rideel, 2006, p. 68.

Em relação à força vinculante dos princípios constitucionais na hermenêutica das regras de Direito de Família, Luiz Edson Fachin ensina:

“O conjunto de princípios e regras que se enquadram no Direito Privado apresentam certas fontes formais. Longe, a base positivada fundamental até 1988, era o Código Civil brasileiro. Hoje, à hermenêutica do novo Código se dirige a Constituição Federal, seus princípios vinculantes como regras básicas do Direito de Família. Perto, a legislação infraconstitucional. Acima das fontes formais em sentido estrito, há princípios: o da igualdade, da não discriminação e da neutralidade. Princípios que não são meros enunciados programáticos. Princípio constitucional é norma vinculante.”⁵¹⁹

Por essa razão, analisamos, neste capítulo, cada um dos princípios constitucionais que norteiam o Direito de Família, que deverão, sobremaneira, continuar norteando qualquer ação no sentido da tutela específica.

Ainda sobre as ações apresentadas para controle das relações envolvidas na reprodução assistida, o controle repressivo, por sua vez, tem de ser capaz de alcançar os diversos âmbitos em que os efeitos da utilização das novas técnicas podem ser encontrados, como o civil, o criminal e o administrativo.

Acerca dessa radiação de efeitos e mais, da tangência do Direito de Família com outras áreas do Direito, Luiz Edson Fachin assevera que “o Direito de Família é migratório. A “família” do Direito de Família tem “parentesco jurídico”, direto ou indireto, com diversos outros seguimentos, do privado ao público.”⁵²⁰ Cita o autor⁵²¹ inúmeros exemplos que demonstram o contato do Direito de Família com outras áreas do Direito Civil, com o Direito Constitucional, com o Direito Tributário e com o Direito Penal.

Definitivamente, em matéria de assistência à reprodução o mesmo fenômeno se evidencia, razão pela qual há de se ter um microssistema jurídico capaz de resguardar todas essas situações.

Caetano Lagrasta Neto, sugere, relacionando o tema com o papel do Estado que:

⁵¹⁹ FACHIN, Luiz Edson. *Direito de Família: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro*. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, 77.

⁵²⁰ *Idem*, p. 84.

⁵²¹ *Idem*, pp. 84-89.

“esta responsabilidade deve ser enfatizada, tornando eficaz a participação regulamentadora estatal, não só no que diz respeito às clínicas e o comércio de embriões, a atividades dos médicos e formas de conservação dos embriões, como, ainda, através da obrigatoriedade de assegurar plena educação e esclarecimento, garantindo-se, às mulheres envolvidas, não só o seguro de vida como o de identidade física e mental.”⁵²²

Movimento que pôde ser sentido na regulamentação apresentada na Resolução ANVISA, esmiuçada no capítulo 3.

Ana Cristina Rafful, por sua vez, ao analisar o tema da evolução medicocientífica face ao desenvolvimento científico-jurídico conclui que “obviamente, uma ciência que nasce e se desenvolve em bibliotecas, que é construída mediante a paulatina produção e concatenação de idéias, está numa posição desfavorável, mormente em relação a uma realidade complexa, fornecedora de ocorrências sempre novas”⁵²³.

Completa que “surgindo eventualmente algum conflito fundado em relações arrojadas, inexistem diretrizes seguras a uma tomada de posição, pela ausência de previsão legal necessária para balizar condutas e com isto evitar e dirimir controvérsias”⁵²⁴.

Precisa a observação da autora que constata o descompasso existente entre a ciência médica e a ciência jurídica, esta última, sem sombra de dúvida, em posição desfavorável em relação à primeira.

Aliás, a ausência de previsão legislativa, já era sentida e destacada por Eduardo Espínola, em 1957, pouco mais de vinte anos antes de se noticiar o nascimento do primeiro bebê de proveta. Atentemos para as considerações do autor:

“A inseminação artificial, muito aplicada atualmente nos Estados Unidos, na França e na Inglaterra e ainda em outros países, (*sic*) não foi considerada juridicamente, quer pela doutrina, quer pelos tribunais de modo satisfatório, tendo em vista os problemas que podem surgir sobre a natureza dos

⁵²² FACHIN, Luiz Edson. *Direito de Família: elementos críticos à luz do novo código civil...* p. 114.

⁵²³ RAFFUL, Ana Cristina. *A reprodução artificial e os direitos da personalidade*. São Paulo: Themis Livraria e Editora, 2000, p. 10.

⁵²⁴ *Idem, ibidem*.

filhos por ela gerados. Parece, todavia que a opinião dominante entende que, em se tratando de mulher casada, o filho deve considerar-se legítimo se a substância seminal é do próprio marido impotente. Deve ser equiparado ao adúlterino, se procede de outro homem sem o consentimento do marido.”⁵²⁵

Interessante poder constatar que a inseminação artificial já era tema que fazia parte das discussões acadêmicas, em nosso país, em plena década de 50. Triste, porém, é constatar que a despeito da projeção e desenvolvimento que alcançaram as pesquisas médico-científicas, nosso direito pátrio ainda não se ocupou efetivamente do tema; se dele tivéssemos nos ocupado, o início das atividades teria sido mais bem amparado e se dado de forma mais organizada.

Em relação à defesa que fazemos da necessidade de uma legislação específica, andamos na esteira de Javier Jiménez Campo⁵²⁶, professor da Universidade Complutense de Madri, que defende, ao comentar a Constituição espanhola, a idéia de haver normas que impõem ao Poder Público um dever concreto de adotar certa legislação – *mandatos de legislar* - para fazer possível, por exemplo, a investigação de paternidade. Nesse e em outros casos específicos, segundo o autor, não estamos diante da função meramente orientadora ou informadora dos princípios que são garantidos constitucionalmente, mas do dever de legislar cujo inadimplemento pode ensejar uma declaração de inconstitucionalidade por omissão.

Este dever de adotar certa legislação, destacado pelo autor como um *mandato de legislar*, deve ser priorizado em questões cujas consequências podem ser sentidas em diversos âmbitos, como é o caso da reprodução assistida.

⁵²⁵ ESPINOLA, Eduardo. *A família no Direito Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Conquista, 1957, p. 508.

⁵²⁶ JIMÉNEZ CAMPO, Javier. *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*. Madri: Editorial Trotta, 1999, p. 131. “Hay normas en el Capítulo Tercero, sin embargo, que no comprometen al poder público para la consecución de un resultado fáctico, sino que le imponen un deber concreto de adoptar cierta legislación para hacer posible “la investigación de la paternidad” (...). Aquí no estamos ya, por tanto, ante la función meramente orientadora o informadora de los principios rectores, sino frente a mandatos perentorios de hacer, en sentido estricto, que son susceptibles, sin sombra de duda, de garantía constitucional. Cuestión distinta es que, caso de incumplimiento del legislador, ese enjuiciamiento no pueda concluir sino en una declaración de inconstitucionalidad por omisión a cargo del Tribunal Constitucional.”

A perquirição do trato singularizado é por muitos defendida, a médica e doutora em saúde coletiva Marilena Corrêa e a antropóloga Débora Diniz, em trabalho conjunto sobre a regulação de novas tecnologias reprodutivas no Brasil, concluem que em temas relacionados aos direitos sexuais e reprodutivos e, em especial, às novas tecnologias reprodutivas, o início de um diálogo entre estudiosos da bioética com o Poder Legislativo brasileiro “será um passo fundamental para a consolidação de vários valores fundamentais à democracia e à luta feminista, uma vez que a bioética se converterá em um novo arsenal argumentativo de suporte para esses ideais éticos”⁵²⁷.

É o que defendemos para o caso da Reprodução Assistida, um parâmetro jurídico mais detalhado, além dos princípios constitucionais garantidores da especial proteção familiar.

Contudo resta-nos, ainda, uma consideração. Na elaboração do regramento necessário para a tutela da reprodução assistida, preventivo e repressivo, não serão poucas as situações que denotarão o conflito entre direitos ou, até mesmo, entre princípios. Nesse caso, não poderíamos deixar de mencionar que a proporcionalidade deve ser buscada visando à adoção de normas que traduzam a proteção integral à família, garantida constitucionalmente.

Quando mencionamos proporcionalidade⁵²⁸, estamos nos referindo ao Princípio da Proporcionalidade que, nas palavras de André Ramos Tavares, “numa primeira aproximação, é a exigência de racionalidade, a imposição de que os atos estatais não sejam desprovidos de um mínimo de sustentabilidade”⁵²⁹.

Dentre as inúmeras aplicações do princípio o autor expressa que ele “sempre esteve presente nos diversos ramos do Direito, seja na aplicação da pena criminal, na noção

⁵²⁷ CORRÊA, Marilena; DINIZ, Débora. *Novas Tecnologias Reprodutivas no Brasil: um debate à espera de Regulação*. In *Limites: a ética e o debate jurídico sobre o acesso e uso do genoma humano*. Organização de Fernanda Carneiro e Maria Celeste Emerik. Rio de Janeiro: Fundação Oswaldo Cruz, 2000, p. 110.

⁵²⁸ “A idéia de proporcionalidade encontra-se enraizada no pensamento jurídico-constitucional contemporâneo. Desenvolvida originalmente, nos seus moldes jurídico-dogmáticos que aqui interessam, pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão já a partir da década de cinquenta, foi prontamente recepcionada pela doutrina daquele país e, nas últimas décadas, exportada para várias partes do mundo, inclusive para os países da Península Ibérica que determinam em larga medida, mas não exclusivamente, suas formas de recepção no Brasil. DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 176.

⁵²⁹ TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional...*, p. 506.

de abuso do civilista ou, ainda, como meio de conter a discricionariedade do poder estatal no âmbito administrativo”⁵³⁰.

Suzana de Toledo Barros, por sua vez, afirma que dentro de uma visão estrutural e funcional, “o *princípio da proporcionalidade* também tem o condão de justificar a sua qualidade de determinante heterônoma, impositiva de limites não somente negativos, mas especialmente positivos, à ação do legislador”⁵³¹.

Completa a autora que “o controle intrínseco da legiferação no que respeita à congruência na relação meio-fim restringe-se à seguinte indagação: o meio escolhido contribui para a obtenção do resultado pretendido?”⁵³²

Para responder a este questionamento, transcrevemos os ensinamentos de André Ramos Tavares:

“O princípio da proporcionalidade, em sentido amplo, abarca três necessários elementos, quais sejam: 1) a conformidade ou adequação dos meios empregados; 2) a necessidade ou exigibilidade da medida adotada e 3) a proporcionalidade em sentido estrito.

Entende-se que os dois primeiros elementos citados correspondem aos pressupostos fáticos do princípio, enquanto que a proporcionalidade em sentido estrito equivale à ponderação jurídica destes. Sua compreensão deve orientar-se de forma que não basta que os requisitos fáticos estejam atendidos, sendo também necessário que haja concordância entre eles e os valores encampados pelo ordenamento jurídico.

O elemento correspondente à conformidade ou adequação dos meios representa a necessária correlação entre os meios e os fins a serem atingidos, de forma que os meios escolhidos sejam aptos a atingir o fim determinado.”⁵³³

É exatamente com essa finalidade que mencionamos o princípio da proporcionalidade no norteammento da elaboração do Estatuto que propomos, pois figura-se necessária a disciplina integral da matéria em que o fim determinado é a pacificação e segurança das relações familiares e sociais.

⁵³⁰ TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional...*, p. 506.

⁵³¹ BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília/DF: Livraria e Editora Brasília jurídica, 1996, p. 72.

⁵³² *Idem*, p. 74.

⁵³³ TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional...*, p. 513.

5.4 – Pertinência e adequação dos Microssistemas: Estatutos como forma garantidora da pacificação social e segurança jurídica

Caio Mário da Silva Pereira, às vésperas de completar 90 anos – como ele próprio fez questão de ressaltar –, prefacia com um único texto todos os volumes de sua coleção *Instituições de Direito Civil*.

Numa carta que mais se assemelha a um balanço de vida, do papel do jurista e do ordenamento jurídico, Caio Mário nos recomenda:

“Devemos, portanto, assumir a realidade contemporânea: os Códigos exercem hoje um papel menor, residual, no mundo jurídico e no contexto sócio político. Os “microssistemas” que decorrem das leis especiais, constituem pólos autônomos, dotados de princípios próprios, unificados somente pelos valores e princípios constitucionais, impondo-se assim o reconhecimento da inovadora técnica interpretativa.”⁵³⁴

Manifesta-se, ainda, o autor no sentido de alertar-nos sobre o fato de que “as relações humanas não podem ser tratadas pelo sistema jurídico como se fossem apenas determinadas pelo mundo dos fatos e da objetividade”⁵³⁵, concluindo que “a filosofia, a psicologia, a sociologia, a medicina e outras ciências indicam novos rumos ao Direito”⁵³⁶.

Miguel Reale, assim também se posicionou ao dissertar que “a regra do Direito deixou de ser considerada uma realidade puramente formal, mas algo que vale em conexão com dados fornecidos pela Sociologia, pela Economia, pela História etc.”⁵³⁷

Limongi França, quanto ao papel do direito como ciência, disserta que:

“Compete-lhe a observação dos fatos sociais de natureza jurídica, e, com o concurso de outros ramos da ciência do Homem, como a Sociologia, a História, a Economia, e até a Biologia, fornecer elementos necessários ao conhecimento da justiça concernente a êsses mencionados fatos.

⁵³⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. V..., p. XVIII.

⁵³⁵ *Idem*, p. XVII.

⁵³⁶ *Idem, ibidem*.

⁵³⁷ REALE, Miguel. *Fundamentos do Direito*. 3.^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 297.

É da manipulação desses elementos fornecidos pelo direito como ciência, ou *direito especulativo*, que surge o direito como arte ou *direito prático*.⁵³⁸

Ou seja, os autores assinalam exatamente as questões que temos procurado demonstrar, inclusive pela análise que apresentamos quanto aos aspectos éticos, filosóficos e religiosos.

A reprodução assistida, com toda a sua complexidade e detalhamento, merece ter tratamento legal específico à luz dos princípios constitucionais de proteção à família, resultando em um sistema jurídico conjugado a outras ciências, como, por exemplo, é o caso da medicina.

Caio Mário, por fim, reconhece que o Código de Defesa do Consumidor, o Estatuto da Criança e do Adolescente, dentre outros, “representam estrutura legislativa que se projetará como modelo dos diplomas legislativos, nos quais há de prevalecer, acima de tudo, o respeito aos direitos fundamentais”⁵³⁹.

O fenômeno da descentralização no âmbito do Direito Civil também foi comentado por outro jurista, Pietro Perlingieri - professor da Universidade de Salerno. Nos ensinamentos do autor, encontramos a seguinte reflexão:

“O estudo do direito não deve ser feito por setores pré-constituídos, mas por problemas, com especial atenção às exigências emergentes como, por exemplo, a habitação, a saúde, etc. Os problemas concernentes às relações civilísticas devem ser colocados recuperando os valores publicísticos ao Direito Privado e os valores privatísticos ao Direito Público. Resta a ser individuada uma nova sistematização do direito.”⁵⁴⁰

O tratamento legal específico à reprodução assistida, desse modo, é uma exigência emergente e se justificaria por tutelar, de forma completa, um determinado problema gerador de efeitos em diversos âmbitos da vida social. Aí a razão de um microsistema, um estatuto.

⁵³⁸ FRANÇA, Limongi Rubens. *Op. cit.*, p. 64.

⁵³⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. V..., pp. XVII-XVIII.

⁵⁴⁰ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 3.^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 55.

Para demonstrar o quão complexo é o processo que se busca, apropriadas as lições de Miguel Reale:

“A regra de Direito, por conseguinte, não é criação arbitrária do espírito, nem fruto de um capricho de déspota, porquanto, para ser tal, deve necessariamente pressupor um valor a realizar, a análise das condições culturais, a apreciação racional das soluções que os diferentes casos comportam, para que o valor ético do preceito emanado de uma autoridade competente possua real eficácia no seio do grupo.”⁵⁴¹

Feitas estas assertivas em defesa da estrutura jurídica do microssistema, resta-nos esclarecer o que se deve entender como tal.

Custódio da Piedade Miranda define sistema como “um conjunto articulado de elementos que se integram e se co-implicam numa relação de coesão e de harmonia, de modo tal que o todo só pode ser entendido pela consideração das partes que o formam e estas são indispensáveis para a própria subsistência do conjunto.”⁵⁴²

Em relação aos microssistemas, Rosa Maria de Andrade Nery e Nelson Nery Junior ressaltam a atualidade da discussão:

“Hoje não mais se discute a necessidade ou não de codificar o direito civil. (...) O pólo da discussão é a *forma* de se codificar o direito privado: se por intermédio de grandes codificações (v.g., Código Civil) ou por meio de pequenas codificações setorializadas, isto é, por microssistemas (...).”⁵⁴³

Destarte, das palavras dos autores, depreendemos que microssistema é uma pequena codificação setorializada, ou seja, um micro diploma legal que reúne a disciplina relativa a um determinado assunto de interesse social.

Esse microssistema, com principiologia própria, abarca os inúmeros aspectos protetivos relacionados ao objeto eleito.

⁵⁴¹ REALE, Miguel. *Op. cit.*, pp. 302-303.

⁵⁴² MIRANDA, Custódio da Piedade U. *Teoria Geral do Direito Privado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 115.

⁵⁴³ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado...*, p.173.

No caso do Estatuto da Reprodução Assistida são imprescindíveis a tutela civil, penal e administrativa, pois os efeitos das técnicas reprodutivas incidem em matérias diversas, ligadas por um denominador comum: a assistência à reprodução humana.

Neste aspecto um Estatuto se difere de um simples regulamento, pois não pretende apenas regular a aplicação das técnicas médicas reprodutivas; sua finalidade, sobretudo, é disciplinar as relações que estejam, de uma forma ou de outra, ligadas a elas, bem como fornecer elementos que possam nortear a interpretação das situações que decorrem desta prática médica específica.

Já temos, no ordenamento jurídico pátrio, alguns exemplos de normatização por polos autônomos como o que tutela a criança e o adolescente; o idoso; o consumidor, dentre outros.

Cláudia Lima Marques, analisando o processo de transição entre o Código Civil e a lei especial de tutela consumerista, ressalta que, nesse movimento, é “interessante observar a evolução, de uma lei que protege “direitos” para uma microlei que protege um grupo, um papel na sociedade, um *status*, protege os indivíduos novos, fragmentados e plurais”⁵⁴⁴.

Nesse ponto, concluímos que o direito à reprodução assistida resta garantido constitucionalmente, cabe-nos, agora, delinear e tutelar o Direito da Reprodução Assistida, por evidenciarmos a irradiação da matéria em diversas áreas que a ela se tornam conexas, clamando por sistematização.

Cremos que, procedendo desse modo, a segurança jurídica possa ser garantida e, por conseguinte, a paz social possa ser alcançada.

Com relação à paz e à segurança, Norberto Bobbio disserta:

“A substituição do conceito de paz pelo de segurança coletiva faz com que retroceda um passo o fim mínimo do direito, mas não o elimina; torna-o mais vago, menos específico, mas não o suprime. Em relação à paz, a segurança coletiva é um meio (“visa à paz”), mas em relação ao direito, definido como

⁵⁴⁴ MARQUES, Cláudia Lima *et. al.* *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: arts 1.º a 74: aspectos materiais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 32.

ordenamento da força, é um fim. Assim como a segurança coletiva visa à paz, o direito, como ordenamento coativo, visa à segurança coletiva.”⁵⁴⁵

Cremos não ser uma dicotomia esta dupla acepção da segurança coletiva, pois tanto como caminho para a paz ou como finalidade do ordenamento jurídico a estabilidade social está a ela relacionada.

Nesse diapasão, passamos a abordar as principais características que um microsistema deve apresentar para que possa manter-se *perene*.

5.4.1 – Principais características de um Estatuto *perene*

Como viemos defendendo até aqui, entendemos que a elaboração do Estatuto da Reprodução Assistida proposto é a ação necessária para que seja preservada a estabilidade das relações jurídicas e a harmonia familiar e social.

Contudo nos indagamos qual seriam as principais características de um Estatuto para que ele não sucumbisse às novas descobertas científicas no âmbito da medicina reprodutiva, e mais, qual seria o fundamento constitucional que pode nos amparar nessa busca.

Dentre as inúmeras facetas do princípio constitucional da igualdade ou isonomia, encontramos aquelas que devem nos auxiliar na argumentação quanto às principais características do Estatuto que propomos. Vejamos, nas lições de Cláudio Lembo, como o princípio da igualdade pode nortear nossas ações.

O autor ensina que do mandamento constitucional da igualdade “derivam algumas exigências para a confecção das normas infraconstitucionais. Elas devem ser *universais* para alcançar a todas as pessoas; *gerais e abstratas*, por dirigirem-se à totalidade das pessoas, sem distingui-las; *duradouras*, isto é, com perenidade, impedindo, assim as leis de ocasião”⁵⁴⁶.

⁵⁴⁵ BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Tradução de Daniela Beccaria Versiani. Barueri/SP: Manole, 2007, p. 59.

⁵⁴⁶ LEMBO, Cláudio. *A pessoa: seus direitos*. Barueri/SP: Manole, 2007, p. 165.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho destaca que “o princípio da igualdade é uma limitação ao legislador e uma regra de interpretação. Como limitação ao legislador, proíbe-o de editar regras que estabeleçam privilégios, especialmente em razão da classe ou posição social (...)”⁵⁴⁷, e, quanto à função interpretadora, “o juiz deverá dar sempre à lei o entendimento que não crie privilégios, de espécie alguma”⁵⁴⁸.

Reforçando a explicação acima, José Afonso da Silva conclui:

“O princípio da igualdade jurisdicional ou perante o juiz apresenta-se, portanto, sob dois prismas: (1) como interdição ao juiz de fazer distinção entre situações iguais, ao aplicar a lei; (2) como interdição ao legislador de editar leis que possibilitem o tratamento desigual a situações iguais ou tratamento igual a situações desiguais por parte da Justiça.”⁵⁴⁹

Javier Jiménez Campo, por sua vez, descreve que as normas de igualdade também são “determinações constitucionais que impõem, mais que permitem, um trato singularizado em favor de determinadas categorias ou grupos”⁵⁵⁰ e, nesse sentido, tem de ser vistas como meios de concretização da *proteção das mães, da infância, dos deficientes e dos anciãos*.⁵⁵¹

Enfim, é exatamente esse o fundamento que buscamos, qual seja, consubstanciarmos no princípio da igualdade, em sua dupla função – limitadora e interpretativa –, com seus três atributos – universal, abstrato e duradouro –, a fim de concretizarmos a proteção integral em matéria de reprodução assistida, em especial à família.

No que concerne à busca da perenidade do Estatuto da Reprodução Assistida, condição necessária para que ele possa acompanhar as relações jurídicas que

⁵⁴⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 34.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 282.

⁵⁴⁸ *Idem, ibidem*.

⁵⁴⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 10.^a ed. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 213.

⁵⁵⁰ JIMÉNEZ CAMPO, Javier. *Op. cit.*, 132. “(...) *determinaciones constitucionales que imponen, más que permiten, un trato singularizado en favor de determinadas categorías o grupos y en tal sentido han de verse como concreciones de lo establecido en el artículo 9.2 CE: protección de las madres (art. 39.2), de la infancia (art. 39.4), de los minusválidos (art. 49) o de los ancianos (art. 50).*”

⁵⁵¹ Cf. JIMÉNEZ CAMPO, Javier. *Op. cit.*, 132.

ainda estão por vir, especialmente, como resultados de novas técnicas que podem ser descobertas, encontramos, nas lições de Rosa Maria de Andrade Nery e Nelson Nery Junior, os seguintes ensinamentos:

“A técnica legislativa moderna se faz por meio de conceitos legais indeterminados e cláusulas gerais, que dão mobilidade ao sistema, flexibilizando a rigidez dos institutos jurídicos e dos regramentos do direito positivo.”⁵⁵²

Pietro Perlingieri disserta que “ao lado da técnica de legislar com normas regulamentares (ou seja, através de previsões específicas e circunstanciadas), coloca-se a técnica das cláusulas gerais. Legislar por cláusulas gerais significa deixar ao juiz, ao intérprete, uma maior possibilidade de adaptar a norma às situações de fato”⁵⁵³.

Tércio Sampaio Ferraz Junior, a seu turno, assevera:

“Isto significa que o jurista da Era Moderna, ao construir os sistemas normativos, passa a servir aos seguintes propósitos, que são também seus princípios: a teoria se instaura para o estabelecimento da paz, a paz do bem-estar social, a qual consiste não apenas na manutenção da vida, mas da vida mais agradável possível. Através de leis, fundamentam-se e regulam-se ordens jurídicas que devem ser sancionadas, o que dá ao direito um sentido instrumental, que deve ser captado como tal. As leis têm um caráter formal e genérico, que garante a liberdade dos cidadãos no sentido de disponibilidade. Nestes termos, a teoria jurídica estabelece uma oposição entre os sistemas formais do direito e a própria ordem vital, possibilitando um espaço juridicamente neutro para a perseguição legítima da utilidade privada. Sobretudo, esboça-se uma teoria da regulação genérica e abstrata do comportamento por normas gerais que fundam a possibilidade da convivência dos cidadãos.”⁵⁵⁴

Complementam Rosa Maria de Andrade Nery e Nelson Nery Junior que a cláusula geral deixa o sistema “com maior mobilidade, abrandando a rigidez da norma

⁵⁵² NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado...*, p. 174.

⁵⁵³ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 3.^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 27.

⁵⁵⁴ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito - técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1988, p. 68.

conceptual casuísta. Faz o sistema ficar vivo e sempre atualizado, prolongando a aplicabilidade dos institutos jurídicos, amoldando-os às necessidades da vida social, econômica e jurídica”⁵⁵⁵.

Quanto aos conceitos legais indeterminados, os autores explicam:

“Conceitos legais indeterminados são palavras ou expressões indicadas na lei, de conteúdo e extensão altamente vagos, imprecisos e genéricos, e, por isso mesmo esse conceito é abstrato e lacunoso. Sempre se relacionam com a hipótese de fato posta em causa. Cabe ao juiz, no momento de fazer a subsunção do fato à norma, preencher os claros e dizer se a norma atua ou não no caso concreto.”⁵⁵⁶

Custódio da Piedade U. Miranda complementa, contraponto os conceitos indeterminados aos conceitos determinados, que aqueles “não têm essa rigidez de conteúdo, não se deixam surpreender de antemão no seu significado, carecendo, antes, de serem preenchidos com uma carga valorativa pelo juiz, com seu prudente arbítrio”⁵⁵⁷.

Alguns exemplos⁵⁵⁸ de cláusulas gerais são as noções de ‘ordem pública’, ‘bons costumes’ e ‘solidariedade’.⁵⁵⁹ Como exemplos de conceitos indeterminados temos ‘boa-fé’ e ‘motivo justificado’.⁵⁶⁰

Custódio Miranda descreve, também, que “além de cláusulas gerais e de conceitos indeterminados, o legislador recorre, e é esta mais uma evidência do sistema aberto, ao expediente da enumeração exemplificativa”⁵⁶¹, asseverando o autor que tal prática deixa “ao intérprete uma certa margem de liberdade para decidir sobre certas matérias que se revestem até de um particular grau de gravidade”⁵⁶².

⁵⁵⁵ NERY JUNIOR, Nelson ; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado...*, p. 177.

⁵⁵⁶ *Idem*, p. 176.

⁵⁵⁷ MIRANDA, Custódio da Piedade U. *Op. cit.*, p. 124.

⁵⁵⁸ Rosa Maria de Andrade Nery e Nelson Nery Junior ressaltam - com relação às cláusulas gerais, aos conceitos indeterminados e aos princípios gerais do direito -, que “a mesma *expressão abstrata*, dependendo da funcionalidade de que ela se reveste dentro do sistema jurídico, pode ser tomada como princípio geral de direito (v.g. princípio da boa-fé, não positivado), conceito legal indeterminado (v.g. boa-fé para a aquisição da propriedade pela usucapião extraordinária – CC 1238 e 1260) ou cláusula geral (boa-fé objetiva nos contratos)”. *Código Civil Comentado...*, p. 178.

⁵⁵⁹ Cf. PERLINGIERI, Pietro. *Op. cit.*, p. 27.

⁵⁶⁰ Cf. MIRANDA, Custódio da Piedade U. *Op. cit.*, p.124.

⁵⁶¹ MIRANDA, Custódio da Piedade U. *Op. cit.*, p.125.

⁵⁶² *Idem, ibidem*.

Na procura da perenidade, qualidade essencial para que um estatuto se perpetue ao longo do tempo e possa se manter atualizado de modo a tutelar as situações vindouras, os conceitos legais indeterminados e as cláusulas gerais, além da técnica da enumeração exemplificativa, poderão conferir a amplitude que se espera ter em um estatuto duradouro, em que a interpretação do magistrado, guardados os parâmetros legais impostos e a baliza principiológica do sistema, possa ser concretizada de modo a possibilitar o acompanhamento do desenvolvimento da ciência médico-reprodutiva ao lado da proteção conferida às necessidades sociais.

5.5 - Proteção Civil

Diante de tudo que foi explanado quanto à necessidade de microssistema específico para tutelar a Reprodução Assistida, iniciamos nossa análise em termos do que seria uma proteção civil.

Em primeiro lugar, temos de analisar o porquê da tutela de uma relação que deve ser de confiança, pois a submissão às técnicas reprodutivas implicam uma relação entre médico e paciente que, em regra, é *intuitu personae*.

Logo de início, emprestamos os ensinamentos de Rosa Maria de Andrade Nery e Nelson Nery Junior para justificar a necessidade de proteção e controle:

“Ora, não se pode afirmar em sã consciência, aprioristicamente, que sejam intrinsecamente maus (*intrinsicce malum*) os atos que redundam na fertilização *in vitro* ou em todas das formas de manipulação de material do corpo humano. Logo tais atos podem ser ordenados para o bem e, desta forma, merecer a tutela do direito como ciência, e, se ordenados para o mal, receber a repressão própria da força coativa do sistema jurídico.”⁵⁶³

É exatamente esse o papel da ciência jurídica por meio de seu ordenamento: prever um sistema que possa prevenir as situações indesejadas, tutelando os fatos que deseja ver protegidos e, ao mesmo tempo, estabelecendo no mesmo sistema, medidas

⁵⁶³ NERY JUNIOR, Nelson ; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado...*, p. 1036.

reparatórias e de cunho coercitivo para que as eventuais distorções sejam reprimidas e quando possível, reparadas.

5.5.1 – Proteção Principiológica

Na esfera civil, além de se identificar quem seriam as partes envolvidas e o objeto da relação entre elas, somente com a determinação dos direitos e deveres de cada um dos envolvidos, é que se poderia construir um sistema de reponsabilizações adequado.

Antes de discorrermos sobre essas questões, exaltamos que toda e qualquer relação que envolva a reprodução assistida deve respeitar os princípios da *dignidade da pessoa humana, autonomia da vontade e boa-fé objetiva*.

Quanto ao *Princípio da Dignidade da Pessoa Humana* já tivemos oportunidade de discorrer no início do presente capítulo, contudo, nunca é demais reforçar, de acordo com Ronald Dworkin, que esse princípio “é mais imperativo”⁵⁶⁴, exige que se “lance mão de qualquer recurso para assegurá-lo”⁵⁶⁵.

O respeito às pessoas que se submetem ao processo de assistência à reprodução e também a seriedade e cuidado na trato com a vida humana devem ser sentidos por parte de todos os envolvidos e devem ser garantidos pelo Estado.

Em relação ao *Princípio da Autonomia da Vontade* cumpre esclarecer que “a liberdade da pessoa se expressa habitualmente através do termo “autonomia”, que se erige como um dos grandes princípios orientadores das decisões nesse âmbito”⁵⁶⁶.

Roberto Adorno, professor de Bioética Médica na Universidade de Zurique, destaca:

“A nova forma de relação médico-paciente, que tende a impor-se nas sociedades modernas, insiste no direito do paciente de que lhe expliquem de modo objetivo e compreensível o tratamento que lhe é proposto e no direito de dar (ou não) seu consentimento de modo explícito em cada caso. Esta moderna

⁵⁶⁴ DWORKIN, Ronald. *Op. cit.*, p. 334.

⁵⁶⁵ *Idem, ibidem*.

⁵⁶⁶ ADORNO, Roberto. “Liberdade” e “Dignidade” da pessoa: dois paradigmas opostos ou complementares na Bioética? Tradução de Fernanda Muraro Bonatto In *Bioética e Responsabilidade*. Organizadoras: Judith Martins-Costa e Letícia Ludwig Möller. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 75.

valorização da autonomia do paciente encontra sua concreção mais destacada no denominado “consentimento informado.”⁵⁶⁷

Pois bem, tivemos a oportunidade de estudar o consentimento informado no terceiro capítulo e chegamos à conclusão que a liberdade de escolha somente poderá ser garantida se os esclarecimentos quanto às técnicas disponíveis e quanto às suas implicações forem feitos pelo médico de forma compreensível àquele que procura o tratamento.

Resta aí a importância do respeito ao Princípio da Autonomia da Vontade na tutela da Reprodução Assitada.

No que tange ao *Princípio da Boa-fé Objetiva*, Orlando Gomes explica que é “corolário da *fé jurada*, segundo o qual todo homem deve honrar a palavra empenhada”⁵⁶⁸.

Continua o autor:

“Agir de boa-fé significa comportar-se como homem correto na execução da obrigação. Não é fácil caracterizar o comportamento. Ao se prescrever que as partes de uma relação obrigacional oriundas de contrato precisam proceder de boa-fé, quer dizer que lhes cumpre observar comportamento decente, que corresponda à legítima expectativa do outro contratante.”⁵⁶⁹

São três as funções da boa-fé objetiva: função interpretativa – como regra de interpretação dos negócios jurídicos; função integrativa - como fonte de deveres anexos dos contratos; e função de controle – limite ao exercício dos direitos subjetivos.⁵⁷⁰

A boa-fé objetiva não se confunde com a subjetiva, entendida como “aquela encontrada na consciência do ser”⁵⁷¹, ou seja, “a ação, ainda que seja contrária ao direito, é tida pelo agente como lícita, e esse sentimento o anima para determinar sua conduta”⁵⁷².

⁵⁶⁷ ADORNO, Roberto. *Op. cit.*, p. 75.

⁵⁶⁸ GOMES, Orlando. *Obrigações*. Revista, atualizada e aumentada, de acordo com o Código Civil de 2002, por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 108.

⁵⁶⁹ GOMES, Orlando. *Obrigações...*, p.108.

⁵⁷⁰ Cf. CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 7.^a ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 151.

⁵⁷¹ USTÁRROZ, Daniel. *Responsabilidade Contratual*. 2.^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 71.

⁵⁷² *Idem, Ibidem*.

Em sentido objetivo, Rosa Maria de Andrade Nery ensina que “caracteriza-se como um princípio de justiça superior, vale dizer, princípio de solidariedade contratual que transcende o regulamento negocial.”⁵⁷³

Enfim, esse dever de lealdade, retidão tem de estar presente em todas as relações jurídicas, mormente quando se trata de relação de confiança entre médico e paciente, em que as informações claras e o respeito entre as partes têm de ser sempre observados.

Não excluimos, naturalmente, todos os princípios até aqui estudados, como o *princípio da proteção integral da família*, o *princípio da liberdade de planejamento familiar*, dentre outros; pelo contrário, eles formam, juntamente com os três princípios pontuados, o sistema principiológico que defendemos para o microsistema da Reprodução Assistida, de forma a nortear a proteção que deve ser dada a todas as relações nela envolvidas.

Feitas as primeiras considerações, passamos a abordar as partes, seus direitos e deveres.

5.5.2 – Partes: direitos e deveres

As *partes* envolvidas na relação de reprodução assistida são, de um lado, o médico, especialista em reprodução humana, e, de outro, pessoa maior e capaz que tenha necessidade médica comprovada mediante diagnóstico de esterilidade ou infertilidade; ou necessidade em razão de doença grave e transmissível à descendência que a coloque em risco, medicamente comprovada.

Essa delimitação das partes, especialmente em relação aos pacientes, é necessária para reforçar o caráter subsidiário da utilização das técnicas, que devem sempre apresentar-se como tratamento médico e não como meio para satisfazer vontades outras que não inseridas neste contexto, como tivemos a oportunidade de ponderar no decorrer da presente pesquisa.

⁵⁷³ NERY, Rosa Maria de Andrade. *Noções Preliminares de Direito Civil...*, p. 120.

O profissional da área médica deverá estar habilitado para a aplicação das técnicas reprodutivas, bem como autorizado e cadastrado para a atividade junto ao Cadastro Nacional de Bancos de Células e Tecidos Germinativos, vinculado ao Sistema Nacional de Produção de Embriões.

A aplicação das técnicas reprodutivas dependerá de consentimento informado e, quando for o caso, autorização do casal, documentos que deverão ser arquivados juntamente com todas as informações que devem ser enviadas para controle nacional.

Tanto os direitos quanto os deveres dos beneficiários estão, a nosso ver, relacionados, em sua grande maioria, à questão da informação, como passamos a relacionar:

- Direito à informação e à liberdade de escolha das técnicas reprodutivas, após consciência de seus riscos e implicações;
- Direito de acesso a todas as informações quanto à habilitação do médico e da Clínica ou do Hospital que lhe presta esse serviço de saúde;
- Direito à informação quanto a todas as implicações jurídicas do tratamento ao qual pretende se submeter, incluindo, a possibilidade de haver embriões excedentários, e a necessidade de determinar seu destino, após ter ocorrido o sucesso ou não com o procedimento escolhido;
- Direito à informação em todas as etapas do tratamento, com acompanhamento claro e preciso de todas as suas fases.

Quanto aos deveres, citamos:

- O dever de fornecer todas as informações sobre sua saúde, não omitindo qualquer uma, por mais irrelevante que possa parecer, sob pena de trazer complicações ao tratamento;
- O dever de cumprir estritamente todas as recomendações médicas, necessárias para o resultado satisfatório da técnica empregada;

- O dever de prestar seu consentimento, por escrito, em que serão confirmados a concordância quanto à aplicação do procedimento reprodutivo e o destino a ser dado aos possíveis embriões excedentários, em caso de morte, rompimento conjugal ou de união estável, bem como em caso de não desejar mais a implantação do embrião.

Em relação ao médico, dentre os seus deveres, destacamos:

- Dever de agir com lealdade e respeito, tanto em relação ao paciente, quanto com relação às vidas em concepção;
- Dever de empregar todo o conhecimento técnico necessário para a boa consecução dos fins almejados na reprodução;
- Dever de prestar todas as informações necessárias com relação ao procedimento médico empregado, em especial, quanto aos riscos dele derivados;
- Dever de manter os registros atualizados e adequadamente arquivados nos órgãos competentes;
- Dever de manter a confidencialidade das informações e dos envolvidos no procedimento de assistência à reprodução.

Interessantes as observações que Carlo Flamigni, médico italiano, faz sobre as principais características apresentadas por um casal que não consegue ter filhos e a atitude esperada de um médico.

O autor constata que a maior parte dos casais que desejam ter filhos e não os conseguem, acaba por se informar de todas as maneiras possíveis, com livros, revistas, jornais, mas em que pesem as tentativas, somente poucos têm claros seus problemas reprodutivos. O encontro com o médico, nesses casos, é o momento certo para que sejam passadas informações precisas e corretas.⁵⁷⁴

Estes fatos, narrados por quem tem experiência na área, nos fazem lembrar que a questão está para além do contrato, pois o envolvimento emocional, no caso de

⁵⁷⁴ FLAMIGNI, Carlo. *Il primo libro della sterilità...*, p. 441. “La maggior parte delle coppie che desiderano avere figli si informa in tutti i modi possibili: legge riviste, libri di divulgazione, giornali. Malgrado ciò, pochissime coppie hanno idee veramente chiare sui problemi della biologia della riproduzione. L’incontro con il medico è il momento giusto per un’informazione puntuale e corretta.”

procura médica para a reprodução, é uma das principais características dos pacientes que, afora a condição de partes, ostentam a fragilidade que os faz ficar mais vulneráveis àquilo que lhes é apresentado como possível solução, reforçando a necessidade do adequado preparo médico e do respeito à dignidade dos pacientes e lealdade consolidada no princípio da boa-fé objetiva.

Quanto aos direitos do médico, ressaltamos o direito de ser informado de todas as questões relacionadas à saúde de seus pacientes; o direito de acompanhar o desenvolvimento da gestação e de ser informado sobre qualquer intempérie que possa ocorrer durante o tratamento.

5.5.3 – Relação médico-paciente na assistência reprodutiva: objeto e sistema de responsabilização

A relação médico-paciente na reprodução assistida tem como objeto a assistência médica terapêutica com a finalidade de facilitar e viabilizar a reprodução humana para gerar uma vida.

Nenhuma finalidade, senão a acima descrita, poderá ser perseguida por qualquer uma das partes. Estaríamos diante da ilicitude do objeto, caso a atividade médica na reprodução não seja empregada para facilitar e viabilizar a reprodução humana com fins terapêuticos.

A clonagem humana, a experimentação científica com embriões - com exceção dos casos permitidos na lei de biossegurança -, e outras práticas que violem os deveres contratuais estabelecidos entre as partes ou que, de qualquer outra forma, desrespeite os princípios da *dignidade da pessoa humana*, da *boa-fé objetiva* ou da *autonomia da vontade*, deverão ensejar responsabilização civil daquele que lhe der causa.

A responsabilização daquele que der causa ao dano, ferindo direito alheio, decorre da aplicação do *Princípio da imputação civil dos danos*. Vejamos as lições de Rosa Maria de Andrade Nery:

“Quem viola direito alheio deve indenizar. (...) Segundo o sistema jurídico de direito privado, a dívida se paga com bens do patrimônio material do sujeito e a isto se chama “imputação civil dos danos”.⁵⁷⁵

Hoje, o maior problema, não é o de prever direitos e estabelecer deveres, mas, sim, o de garantir que eles não sejam violados. Segundo Norberto Bobbio, o principal desafio é a descoberta “de qual é o modo mais seguro para garanti-los”.⁵⁷⁶

Nesse sentido, não se pode conceber um sistema protetivo da reprodução assistida, sem que se determinem os deveres de cada uma das partes e as consequências em caso de descumprimento das obrigações estabelecidas entre elas.

Por meio da responsabilidade, segundo Hartmut Kress,

“o uso do poder deve ser conduzido em direção a uma via humana, a serviço humano. A ética do século XX desenvolveu uma série de teorias relacionadas à responsabilidade ética que – não obstante oriundas de vários autores e resultantes de contextos distintos – complementam-se. Nesse sentido, as teorias também se aplicam às respectivas opções da ação da medicina moderna (...)”⁵⁷⁷.

Logicamente, quando pensamos na relação médico-paciente, são mais frequentes as discussões em torno da responsabilização do profissional da área médica, fato que também pode ser comprovado pelos inúmeros estudos que são feitos na área da responsabilidade médica. Contudo não devemos nos esquecer que, em matéria de reprodução assistida, além do médico e do(s) paciente(s), há outras pessoas envolvidas e que também têm de ser responsabilizadas caso alguma violação ocorra.

Cumpre-nos assinalar que é bastante acirrada a discussão em torno natureza da relação médico-paciente. Discute-se se ela pode ser entendida como de prestação de serviços ou de um contrato *sui generis*.

Nas palavras de Maria Leonor de Souza Kühn, a discussão inicial “se originava na presunção de culpa do devedor pelo inadimplemento do contrato, que recairia

⁵⁷⁵ NERY, Rosa Maria de Andrade. *Noções Preliminares de Direito Civil...*, p. 121.

⁵⁷⁶ BOBBIO, Norberto. *Op. cit.*, p. 25.

⁵⁷⁷ KRESS, Hartmut. *Op. cit.*, pp. 21-22.

sobre o médico cada vez que o paciente (credor) reclamasse do não cumprimento ou cumprimento defeituoso da obrigação”⁵⁷⁸.

Sérgio Cavalieri Filho, por sua vez, apresenta seus argumentos:

“Tendo em vista que o médico não se limita a prestar serviços estritamente técnicos, acabando por se colocar numa posição de conselheiro, de guarda e protetor do enfermo e de seus familiares, parece-nos mais correto o entendimento daqueles que sustentam ter a assistência médica a natureza de contrato *sui generis*, e não de mera locação de serviços (...)”⁵⁷⁹

Não obstante exista a discussão, o próprio autor esclarece que “de qualquer forma, essa divergência acerca da natureza jurídica do contrato em nada altera a responsabilidade do médico, posto que, tratando-se de responsabilidade contratual, o que importa é saber se a obrigação gerada pela avença é de resultado ou de meio”⁵⁸⁰.

Em que pesem, também, as discussões sobre se haveria ou não uma obrigação médica que pudesse ser de resultado, tendo em vista a medicina estar longe de ser uma ciência exata, não encontramos dificuldade em evidenciar que na assistência médica à reprodução a atividade é de meio, uma vez que os resultados são bastante incertos, por maiores que sejam os esforços empreendidos para obtê-lo.

Portanto, diante da natureza contratual da relação médico-paciente e em sendo a assistência médico-reprodutiva uma obrigação de meio, temos de analisar se o médico será responsabilizado, por eventuais descumprimentos de seus deveres, objetiva ou subjetivamente.

Segundo Sérgio Cavalieri “a responsabilidade médica, embora contratual, é subjetiva e com culpa provada”⁵⁸¹, cabendo ao paciente, ou a seu herdeiro, demonstrar que houve, por parte do médico, negligência, imprudência ou imperícia.⁵⁸²

Pois bem, não é nosso objetivo discorrer sobre o sistema de responsabilidade médica, pois isso teria de ser objeto de outra pesquisa científica. Cabe-nos, porém, discorrer

⁵⁷⁸ KÜHN, Maria Leonor de Souza. *Responsabilidade civil: a natureza jurídica da relação médico paciente*. Barueri/SP: Manole, 2002, p. 62.

⁵⁷⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Op. cit.*, p. 360.

⁵⁸⁰ *Idem, ibidem*.

⁵⁸¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Op. cit.*, p. 360.

⁵⁸² *Idem*, pp. 360-360.

sobre seus principais elementos para que fique demonstrada a importância do sistema de responsabilização no âmbito da reprodução assistida.

Apresentamos, até aqui, a ligação contratual entre as partes, o objeto desta relação e a possibilidade de restar configurada a responsabilização do profissional da área médica com comprovação de sua culpa, mas quais seriam os elementos, além da culpa, que devem restar demonstrados para que a responsabilidade seja apurada e os atos reparadores imputados? Como nos demais casos de responsabilidade: a ação ou omissão – no caso em tela – culposa -, o resultado danoso e o nexo de causalidade.

Provdos estes elementos e não havendo qualquer excludente, o médico será responsabilizado.

No que concerne às clínicas e hospitais e aos bancos de sêmen e óvulo, eles poderão ser responsabilizados objetivamente, ou seja, independentemente de culpa, caso o serviço prestado aos pacientes não ofereça a segurança que deles se espera. Responsabilização que também ocorrerá se houver informações insuficientes ou inadequadas sobre a fruição e os riscos dos serviços prestados. É o que determina o art. 14 do Código de Defesa do Consumidor.

Cabe, ainda lembrar, segundo as lições de Flaminio Fávero que “o médico, como profissional, deve responder pelas faltas legais ou morais cometidas no exercício de sua atividade”⁵⁸³.

Ou seja, não será afastada a responsabilização quanto a eventual dano moral causado pelo médico.

5.5.4 – Direitos Patrimoniais e Direitos Pessoais das pessoas nascidas pelo emprego das técnicas de Reprodução Assistida

Roberto Ruggiero ensina que as relações que resultam da filiação são pessoais e patrimoniais.⁵⁸⁴

⁵⁸³ FÁVERO, Flaminio. *Medicina Legal: introdução ao estudo da medicina legal, identidade, traumatologia*. 12.^a ed. Belo Horizonte: Villa Rica, 1991, p. 973.

⁵⁸⁴ RUGGIERO, Roberto de. *Op. cit.*, p. 306.

Tomando por base a divisão feita pelo legislador do Código Civil de 2002, como pessoais estão as relações de parentesco, compreendendo a filiação, o reconhecimento dos filhos e o poder familiar.

Como patrimoniais podemos pontuar a obrigação alimentar, o usufruto e administração dos bens dos filhos menores, além dos direitos sucessórios.

Ao analisarmos se esses direitos são ou não atribuídos aos filhos nascidos do emprego das técnicas de reprodução assistida, uma conclusão de pronto podemos tomar: todos os direitos atribuídos ao filho concebido naturalmente lhes serão também conferidos, em respeito à igualdade entre filhos, garantida no art. 227, § 6.º da Constituição Federal de 1988.

Essa afirmação pode ser feita, com tranquilidade, para os filhos nascidos do emprego da técnica da fecundação homóloga quando os pais ainda estiverem vivos.

Para os demais casos, passaremos a ponderar as diversas particularidades, sintetizando as situações estudadas no terceiro capítulo, à luz dos princípios constitucionais. Vejamos:

Fecundação homóloga

A grande dificuldade que vislumbramos é quanto aos direitos patrimoniais sucessórios para os filhos havidos por fecundação homóloga *post mortem*.

Nesse caso defendemos (item 3.2.2) que, para que lhes seja garantida a participação na herança, além da manifestação expressa da vontade daquele que deixou seu material genético criopreservado, a implantação deve ocorrer em até três anos contados da abertura da sucessão.

Na fecundação homóloga, contudo, os direitos pessoais são todos garantidos, pois o atual Código Civil reconhece como presumidamente concebido na constância do casamento o filho havido, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários decorrentes de concepção artificial homóloga (art. 1.597, IV).

Fecundação heteróloga

Os direitos patrimoniais são todos garantidos ao filho que seja concebido por fecundação heteróloga, desde que nascido durante a vida de seus genitores, com a prévia e devida autorização destes.

Fazemos estas considerações utilizando a expressão *fecundação* e não *inseminação* de forma proposital, pois a inseminação permitiria apenas que fosse utilizado sêmen de doador e não óvulo de doadora, o que acreditamos ser prática discriminatória entre homens e mulheres que, a despeito da escolha feita pelo legislador do Código Civil de 2002, deve ser interpretada de acordo com a Constituição Federal de 1988, para que possa ser estendida a presunção ao concebido com óvulo de doadora (conforme itens 1.7.2 e 3.1.5).

Aos filhos concebidos da técnica de fecundação heteróloga não poderá ser negado o direito de conhecerem sua origem genética. Direito a ser pleiteado judicialmente sem que dessa descoberta advenha qualquer direito pessoal ou patrimonial entre o doador e o filho concebido com o material genético doado (item 3.2.3).

O filho concebido da fecundação heteróloga, nascido *post mortem*, terá os mesmos problemas sucessórios que pontuamos acima para os filhos havidos da fecundação homóloga nessa situação, agravados pelo fato de que para os filhos resultantes da fecundação heteróloga não há presunção de filiação se o nascimento ocorrer *post mortem*, o que impediria também a atribuição de direitos pessoais (itens 1.7.2 e 1.7.3).

Impediria, pois defendemos que a discriminação não pode acontecer, pois foi da vontade de seus genitores a busca por esta espécie de fertilização, com material genético de terceiro(s), devendo ser vedada a discriminação (item 3.1.5).

Enfim, como se pôde evidenciar, as técnicas de reprodução assistida geram inúmeras implicações no que se refere aos direitos pessoais e patrimoniais dos filhos resultantes do emprego destes novos procedimentos médicos.

Valério Pocar e Paola Ronfani, estudando as novas técnicas reprodutivas na Itália, concluem que “segundo o critério do “superior interesse do menor”, que informa os

ordenamentos jurídicos familiares, particularmente os direitos do filho deverão constituir o princípio guia da regulação na matéria”⁵⁸⁵.

Todas as considerações que fizemos se pautaram pelo tratamento igualitário dos filhos, garantido constitucionalmente, todavia as hipóteses apresentadas dependerão de tratamento legislativo específico para que possam ser garantidas de maneira eficaz e segura a todos os envolvidos. Por vezes, alguns direitos poderão sofrer limitações, mas estas limitações são necessárias para que as relações sociais e familiares possam ser moldadas às novas possibilidades de filiação em que a ingerência humana acontece no processo reprodutivo.

5.6 - Proteção Administrativa

O segundo âmbito de proteção que vislumbramos ser necessário na tutela da reprodução assistida é o administrativo.

Como estudamos, especialmente no terceiro capítulo da presente pesquisa, a ANVISA, Agência Nacional de Vigilância Sanitária, agência reguladora vinculada⁵⁸⁶ ao Ministério da Saúde, no ano de 2006, adotou, por decisão de sua Diretoria Colegiada, a Resolução n. 33, visando à instituição de procedimentos relativos aos bancos de células e tecidos germinativos, chamados, a partir de então, de BCTGs.

Juntamente com a Resolução n. 33 foi aprovado um regulamento técnico que determina todos os aspectos de funcionamento dos bancos de células e tecidos germinativos.

Resumidamente, compete ao BCTG a seleção de doadores ou doadoras e a coleta, transporte, registro, processamento, armazenagem e liberação do referido material para uso terapêutico do próprio doador ou terceiros.

⁵⁸⁵ POCAR, Valério; RONFANI, Paola. *La famiglia e il diritto*. Roma-Bari: GLF Editori Laterza, 2008, p. 231. “*Secondo il criterio del “preminente interesse del minore”, che informa gli ordinamenti giuridici familiari, proprio i diritti del figlio dovrebbero costituire il principio guida della regolazione in materia*”.

⁵⁸⁶ Segundo Edmir Netto de Araújo, “é pacífico que as autarquias são *vinculadas* (e não subordinadas) ao ente político que as cria, caso contrário restaria anulada a sua natureza autárquica” (ARAÚJO, Edimir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 174). O autor ainda esclarece que “a autarquia se sujeita também aos meios de controle e fiscalização internos (hierarquia e auditorias) e externos (Legislativo, Tribunal de Contas, Judiciário) da legalidade de seus atos” (*Idem, ibidem*).

Como vimos, para que possam funcionar, estes bancos devem estar vinculados a um estabelecimento assistencial de saúde, constituído legalmente e especializado em reprodução humana.

Os bancos de células que já funcionavam em 2006 tiveram um ano para se adequar às novas exigências determinadas na Resolução n. 33, sob pena de sofrerem as sanções previstas na Lei n. 6.437/77 (lei que configura as infrações à legislação sanitária federal e estabelece as respectivas sanções) ou qualquer outra lei que vier a substituí-la.⁵⁸⁷

Esclarecemos que a ANVISA, enquanto agência *reguladora*, tem o poder de regular, que, nas palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “significa, no caso, organizar determinado setor afeto à agência, bem como controlar as entidades que atuam nesse setor”⁵⁸⁸.

Aliás, dentro dessa função reguladora está o “típico *poder de polícia*, com a imposição de limitações administrativas, previstas em lei, fiscalização, repressão”⁵⁸⁹.

Foi com esse propósito organizacional e controlador que a ANVISA aprovou a Resolução n. 33. E, ao fazer remissão à Lei n. 6.437 de 1977, possibilitou a aplicação de sanções administrativas que podem ir de simples advertência e/ou multa e chegar até a interdição parcial ou total do estabelecimento, no caso, estabelecimento assistencial de saúde e seu respectivo banco de células e tecidos germinativos, bem como à sanção de cancelamento de autorização para funcionamento.

Visando ao aprimoramento do sistema de controle e considerando a necessidade de regulamentar, em nível nacional, a produção de embriões humanos, a ANVISA, novamente, em 2008, aprovou outra resolução, emanada de decisão da mesma Diretoria Colegiada.

Sinteticamente, a Resolução n. 29 institui os procedimentos para o cadastramento nacional dos BCTGs e de informações da produção dos embriões humanos não utilizados (excedentes), produzidos por técnicas de fertilização *in vitro*.

A grande iniciativa da Resolução n. 29, porém, foi a de instituir o Sistema Nacional de Produção de Embriões – SisEmbrio, cuja criação e manutenção é de responsabilidade da ANVISA.

⁵⁸⁷ ANVISA. *Resolução da Diretoria Colegiada* – RDC n. 33, art. 5.º.

⁵⁸⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 18.ª ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 415.

⁵⁸⁹ *Idem, ibidem*.

As informações que alimentarão o SisEmbrio, todavia, serão de responsabilidade dos BCTGs. Juntamente com a Resolução n. 29 foi aprovado regulamento técnico para o cadastramento dos BCTGs e envio de informações.

Da mesma forma que se determinou para a Resolução n. 33 de 2006, o não cumprimento daquilo que foi disposto na Resolução n. 29 também configurará infração sanitária e sujeitará o infrator às penalidades previstas na Lei n. 6.437/77 ou outra que vier a substituí-la.⁵⁹⁰

Diante das ações de iniciativa do poder público que visaram à regulamentação de todo o sistema de produção e utilização de embriões humanos e unificação, em âmbito nacional, de todas as informações quanto aos resultados obtidos nas técnicas reprodutivas e, especialmente, quanto à existência e número de embriões excenduntários, podemos notar que o sistema de proteção administrativa à reprodução assistida já está delineado, devendo agora apenas ser efetivamente implementado.

Parece-nos que o maior problema é o de conseguir o cadastramento e regularização de todos os Bancos de Células e Tecidos Germinativos, tendo em vista que a própria ANVISA⁵⁹¹ reconhece que há, ainda, muitos que não foram cadastrados (vide números apresentados no item 3.1.4).

Neste aspecto, acreditamos que, a exemplo do que aconteceu com o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, melhores resultados serão alcançados para o SisEmbrio, se o controle administrativo estiver alicerçado em lei especial, no caso, o Estatuto da Reprodução Assistida, e integrado por órgãos de todas as esferas federativas, pois, segundo explica Marçal Justen Filho, “existem atividades regulatórias setoriais, desenvolvidas pela atuação permanente e harmônica de inúmeros órgãos estatais”⁵⁹².

Interessantes também os comentários do autor quanto à atividade administrativa e o desempenho de atividades regulatórias setoriais:

“O peculiar em todos esses casos reside em que a atividade administrativa não se dirige, de modo direto e imediato, a produzir o fornecimento de bens ou utilidades para satisfação de interesses essenciais. Os mecanismos de direito administrativo são utilizados para reprimir condutas indesejadas e promover

⁵⁹⁰ ANVISA. *Resolução da Diretoria Colegiada* – RDC n. 29, art. 5.º.

⁵⁹¹ http://www.anvisa.gov.br/sangue/sisembrio_relatorios.htm, acessado em 05/07/09.

⁵⁹² JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 476.

modificações nas estruturas sociais. Em inúmeras hipóteses, a Administração Pública assume uma função de “defesa da sociedade”, identificando e reprimindo condutas individuais abusivas, visando a evitar que a busca da satisfação egoística do interesse privado redunde no prejuízo aos interesses transindividuais difusos e coletivos.”⁵⁹³

Pois é exatamente esse papel que desejamos ver ser desempenhado pela Administração Pública em questão de tutela à reprodução assistida, ou seja, reprimir as condutas indesejadas, como a manipulação desvirtuada de embriões e material genético, para garantir, se for o caso, a repressão necessária, preservando os interesses sociais.

Destarte, nossas conclusões para a eficaz tutela administrativa da reprodução assistida são no sentido de que as ações a ela referentes sejam acolhidas por lei específica, integradas a órgãos de todas as esferas federativas, unificadas e integradas ao sistema de registros de nascimento (conforme abordamos no item 3.1.6), a fim de viabilizar o controle necessário para a proteção das relações sociais.

5.7 – Proteção Criminal

A última tutela protetiva que analisaremos no que concerne à reprodução assistida é a do âmbito criminal.

Não estaria completo o microsistema, cuja hipótese defendemos, sem que a devida responsabilização penal fosse estabelecida.

Com relação à função da lei penal, Michel Foucault pondera que “uma lei penal deve simplesmente representar o que é útil para a sociedade. A lei define como repreensível o que é nocivo à sociedade, definindo assim negativamente o que é útil”⁵⁹⁴.

Miguel Reale Júnior, após examinar os mecanismos de controle social, afirma que “o Direito Penal situa-se como uma espécie de controle social, como uma

⁵⁹³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, pp. 476-477.

⁵⁹⁴ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 3ª. ed. Tradução: Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Moraes. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2005, p. 81.

resposta necessária à sociedade para sentir-se protegida, sem a pretensão de plena eficácia no impedimento da prática de fatos delituosos”⁵⁹⁵.

Embora estejamos cientes de que a criminalização não tem o condão de impedir plenamente a prática de fatos delituosos, várias são as razões que nos levam a crer que a intervenção do Direito Penal é necessária: uma é a de que a responsabilização civil por desvio de conduta na manipulação de embriões fica aquém da função protetiva que representa a responsabilização penal para obstar tais práticas, outra é a de que a responsabilização criminal é socialmente útil também quanto às informações relativas aos procedimentos, tanto no sentido da obrigação de fornecê-las - no que diz respeito aos riscos e implicações de procedimentos -, quanto no sentido da obrigação de não fornecê-las, no que tange à identidade dos envolvidos.

Enfim, podemos, inclusive, visualizar crimes de amplo potencial ofensivo, como aqueles cometidos contra a espécie humana, se pensarmos que o número de embriões congelados é imenso e um ato de destruição poderia eliminar a possibilidade do nascimento de inúmeras pessoas⁵⁹⁶.

Apropriadas as lições de Miguel Reale Júnior sobre o poder de punir do Estado, concluindo que:

“O poder de punir do Estado é uma decorrência da “natureza das coisas” da vida associativa, que sucumbe na anarquia se não houver uma centralização da produção e imposição de normas sancionadoras, anarquia que atinge não apenas a associação ou o Estado, mas também os consorciados, que ficariam sujeitos, de forma indesejável e perigosa, e sem limites, à ação da força de diversos grupos, inviabilizando-se a co-existência em sociedade.”⁵⁹⁷

Em busca do equilíbrio, a imposição de normas sancionadoras é meio que visa à manutenção da vida social, afastando-se, como bem ressaltou o autor, a anarquia. Nas palavras de Anibal Bruno, o “fim do Direito Penal é, portanto, a defesa da sociedade,

⁵⁹⁵ REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal: Parte geral*. Vol I. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 11.

⁵⁹⁶ Em relação à procriação, a título de curiosidade, encontramos nas lições de Rodrigo Arnoni Scalquette que a gravidez ou a esterilização forçadas podem ser consideradas crimes contra a humanidade, desde que os atos sejam cometidos nas hipóteses especificadas pelo Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (Decreto n. 4.388/02). Cf. SCALQUETTE, Rodrigo Arnoni. *Elementos da Soberania e do Tribunal Penal Internacional*. São Paulo: LCTE Editora, 2007, pp. 74-75.

⁵⁹⁷ REALE JÚNIOR, Miguel. *Op. cit.*, pp. 19-20.

pela proteção de bens jurídicos fundamentais, como a vida humana, a integridade corporal do homem, a honra, o patrimônio, a segurança da família, a paz pública, etc.”⁵⁹⁸.

Marcos André Chut considera que:

“A procura pelo Direito Penal para o controle social em matéria ligada às novas descobertas tecnológicas no campo da biomedicina deveu-se à insuficiência dos demais sistemas jurídicos de controle dos bens jurídicos alocados na mais alta hierarquia constitucional, ameaçados pela ação danosa da genetechnologia.”⁵⁹⁹

O autor também ressalta o dever a ser cumprido:

“Por oportuno, o que se deverá buscar com a máxima acuidade é a identificação de tais condutas e os respectivos bens jurídicos atingidos pelas manipulações genéticas sobre o ser humano e, sobretudo, definir os melhores e mais eficazes meios de proteção jurídico-penais dessa nova expressão da dignidade humana, ou seja, a identidade genética.”⁶⁰⁰

À título de registro histórico, ainda que de época em que as lembranças não são as melhores, já houve, no ordenamento jurídico de nosso país, previsão quanto à criminalização relacionada à prática de reprodução assistida.

A criminalização foi determinada pelo Código Penal, decretado em 21 de outubro de 1969 (Decreto-Lei n. 1.004), pelos então Ministros da Marinha de Guerra, Augusto Hamann Rademaker Grunewald; do Exército, Aurélio de Lyra Tavares; e da Aeronáutica Militar, Márcio de Souza e Mello, no uso das atribuições que lhes foram conferidas pela combinação de dois Atos Institucionais – AI n. 5 e AI n. 16.

O referido Código vigorou até o mês de outubro de 1978, portanto por nove anos, quando foi sancionada, pelo então Presidente Ernesto Geisel, a Lei n. 6.578/78 que o revogou expressamente.

⁵⁹⁸ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: parte geral, tomo I: introdução, norma penal, fato punível*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 5.

⁵⁹⁹ CHUT, Marcos André. *Tutela Jurídica do Genoma Humano e a Teoria do Mínimo Ético*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 133.

⁶⁰⁰ *Idem*, p. 138.

Segue a redação do artigo referente à reprodução assistida, inserido no Capítulo III – Dos crimes contra o Estado de Filiação:

“Art. 268. Permitir a mulher casada, sem que o consinta o marido, a própria fecundação artificial com sêmen de outro homem: (Fecundação artificial)

Pena - detenção, até dois anos.

Parágrafo único. Só se procede mediante queixa. (Ação penal).”

Podemos evidenciar que em plena época militar, a fecundação heteróloga já era criminalizada quando não houvesse o consentimento do marido.

Em relação ao consentimento nas técnicas médicas reprodutivas, José Henrique Pierangeli assevera que uma série de questões são criadas, especialmente porque em nosso ordenamento jurídico-penal não existe nenhuma norma específica. Dentre as hipóteses levantadas pelo autor estão a falta de consentimento e o consentimento não válido⁶⁰¹.

A lei de biossegurança (Lei n. 11.105/05) cuidou, ainda que de forma elementar, de tipificar como crimes, algumas condutas que estão relacionadas à reprodução assistida.

Por exemplo, é crime utilizar embrião humano em desacordo com as condições previstas em seu art. 5.º, quais sejam: para fins de pesquisa e terapia e desde que sejam embriões inviáveis ou que estejam congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação da referida lei, ou que, já congelados na data de sua publicação, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

A pena, todavia, parece-nos muito branda, pois é de detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa (art. 24 da Lei n. 11.105/05).

Criminaliza-se também a clonagem humana, com pena reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa (art. 26 da Lei n. 11.105/05).

⁶⁰¹ PIERANGELI, José Henrique. *O consentimento do ofendido: na teoria do delito*. 3.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 240.

É crime, ainda, a prática de engenharia genética em célula germinal humana, zigoto humano ou embrião humano, apenando-se com reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa (art. 26 da Lei n. 11.105/05).

Por fim, é vedada a comercialização de material genético (art. 5.º da Lei n. 11.105/05), fazendo-se remissão ao crime tipificado no art. 15 da Lei n. 9.434/97, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante, a saber:

“Art. 15. 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 aufera qualquer vantagem com a transação.”

Creemos, todavia, que a tutela penal destinada às ações que podem estar relacionadas à reprodução assistida precisaria ser complementada, a exemplo do que fizeram outros países em legislações específicas, como tivemos a oportunidade de estudar no capítulo 4.

Destarte, além dos crimes acima previstos – utilização indevida de embriões, clonagem humana, engenharia genética com material humano e comercialização de material genético -, a tutela penal deverá abranger as seguintes condutas, tipificando-as:

- aplicação das técnicas terapêuticas de reprodução assistida fora dos casos para os quais ela é destinada: terapia contra a infertilidade e/ou esterilidade ou para evitar a transmissão de doença genética grave dos pais à sua descendência;
- utilização das técnicas reprodutivas com finalidade eugênica;
- cobrança de qualquer espécie de remuneração quando houver necessidade de cessão temporária de útero;
- aplicação das técnicas por profissional não habilitado ou não autorizado legalmente;
- aplicação das técnicas em estabelecimento assistencial de saúde não credenciado ao Sistema Nacional;

- aplicação das técnicas médicas sem o consentimento expresso e informado de todos os envolvidos na reprodução;
- quando houver violação do sigilo quanto ao procedimento utilizado e identidade dos envolvidos; e
- quando ocorrer qualquer prática que resulte em destruição de embriões humanos, excetuados os casos permitidos em lei.

Em relação à manipulação de material genético afora os casos que devem ser permitidos em lei, lembra-nos Marcos André Chut que “o consentimento do ofendido mostra-se absolutamente ineficaz”⁶⁰², asseverando o autor que “o bem jurídico protegido, repita-se, a identidade genética da humanidade, tem natureza supra-individual e, por conseguinte, é indisponível”⁶⁰³.

Conclui denotando que “a efetivação de tais condutas, ainda que praticadas com o consentimento do ofendido, devem ser reprimidas de forma grave pela dogmática penal, com a imposição de sanção ao médico ou ao cientista que ocasionar danos à vítima e riscos à humanidade”⁶⁰⁴.

Nossa argumentação, após o que foi explanado, é no sentido de defender uma proteção mais ampla na esfera criminal para coibir as eventuais ações danosas que podem ser praticadas no âmbito da reprodução assistida, mormente, porque são atentadoras da vida e dignidade humanas.

5.8 - Conclusões

Nesse último capítulo tivemos a oportunidade de abordar a hipótese específica da presente tese, qual seja, a necessidade da criação de um Estatuto da Reprodução da Assistida.

Começamos o capítulo com o estudo da tutela jurídica defendida diante do Direito à Serenidade Familiar, reconhecido internacionalmente.

⁶⁰² CHUT, Marcos André. *Op. cit.*, p. 159.

⁶⁰³ *Idem, ibidem.*

⁶⁰⁴ *Idem, ibidem.*

A proteção principiológica da família foi analisada com o exame dos princípios da igualdade, dignidade da pessoa humana, paternidade responsável, liberdade de planejamento familiar e proteção integral à família.

A necessidade de normatização foi também apresentada, fazendo-se referência ao Princípio da Proporcionalidade.

A pertinência e adequação dos microssistemas foram defendidas por permitir a tutela específica da disciplina das relações decorrentes da assistência à reprodução e seus efeitos em vários âmbitos do direito.

Também pudemos proceder ao exame das principais características que um microssistema tem de apresentar para conseguir acompanhar a evolução da ciência reprodutiva e ser instrumento de pacificação das relações sociais na área da procriação humana.

Por fim, encerramos o capítulo observando as tutelas civil, administrativa e criminal, relativas à matéria, com suas especificidades.

CONCLUSÕES FINAIS

Após tudo o que foi explanado em matéria de Reprodução Assistida, cabe-nos agora tecer nossas conclusões.

O tema objeto da presente pesquisa foi estudado respeitando-se a seguinte divisão:

Em primeiro lugar percorremos o caminho da filiação e sua disciplina no ordenamento jurídico. Pudemos evidenciar a enorme evolução de seu conceito e também o avanço do tratamento legal conferido aos filhos, na busca da igualdade jurídica e fática.

Nesse âmbito, as presunções de filiação/paternidade receberam de nós uma atenção especial.

Vislumbramos que o atual tratamento legislativo conferido em matéria de presunção avançou no sentido de abarcar as inovações da medicina no âmbito reprodutivo.

O art. 1.597 do Código Civil de 2002 previu três novas hipóteses de presunção para os filhos *havidos por fecundação homóloga*, ainda que falecido o marido, *inseminação artificial heteróloga*, desde que previamente consentido pelo marido e os *havidos, a qualquer tempo, decorrentes dos embriões excedentários*.

Embora em inúmeros aspectos essas novas hipóteses de presunção tenham sido alvo de nossas críticas, é inegável o avanço que estas inserções representaram para o novo conceito de filiação. O Código Civil de 2002 foi o primeiro diploma legal, no ordenamento jurídico nacional, a abordar a questão da filiação resultante da aplicação dos novos métodos reprodutivos e isto por si só é um avanço.

Contudo, ainda que bem-vinda a abertura legislativa, a falta de disciplina e tutela legal dos efeitos e consequências da utilização destas novas técnicas médico-reprodutivas acabaram por trazer sérias consequências que podem ser sentidas em diversas áreas do direito, seja civil, previdenciário, penal, dentre outras.

Em busca de soluções adequadas para os inúmeros questionamentos que vêm sendo feitos em relação ao tema, é que nos propusemos à uma análise de seus particulares desdobramentos.

Não poderíamos estudar as principais polêmicas sem que nos dedicássemos às implicações éticas, filosóficas e religiosas que permeiam o tema, isto porque estamos tratando de reprodução humana, filiação, vida, e, consequentemente, de dignidade.

Foi em busca desse embasamento propedêutico que, no segundo capítulo, analisamos as principais reflexões sobre os limites da ciência, o respeito à vida, se o homem tem ou não o direito de fazer tudo aquilo que a descoberta científica proporciona.

Não há respostas definitivas, tampouco quanto aos posicionamentos religiosos, mas o denominador comum, sem dúvida, é a defesa do respeito à vida humana e sua dignidade, tônica de todas as discussões e de todas as manifestações sobre a matéria.

O grande problema, contudo, é a definição de limites: o silêncio do ordenamento jurídico pátrio não ajuda, pelo contrário, contribui para que novos problemas sejam levantados.

O que temos? Uma resolução ética para nortear as ações dos médicos que trabalham na área reprodutiva e duas resoluções da ANVISA para determinar os cuidados que se devem ter na manipulação e conservação de gametas e embriões.

Ambas as ações foram mencionadas na segunda parte da presente pesquisa, pois representam o único controle que até então foi estabelecido.

Os efeitos das práticas médicas, já tão comuns na atualidade, podem ser sentidos não só no mundo jurídico, pois seus reflexos econômicos e sociais irradiam-se por outros sistemas, como o seguridade social, por nós analisado.

Dando continuidade ao estudo, no terceiro capítulo, duas foram nossas preocupações: analisar o controle que se estabeleceu para a submissão às técnicas médicas e as principais consequências de sua aplicação no âmbito da família, sobre as quais falaremos no encerramento destas conclusões.

No quarto capítulo, nos dedicamos ao estudo do direito estrangeiro, de países que cuidaram da matéria em regulamento próprio, cada um apresentando suas especificidades. Este estudo foi bastante útil para demonstrar duas coisas: uma, que os problemas que decorrem da aplicação das técnicas reprodutivas são sentidos em nível mundial, e outra de que precisamos com urgência cuidar das questões que por outros países já foram tratadas.

O que nos levou a defender, no quinto e último capítulo desta pesquisa, a criação de um Estatuto da Reprodução Assistida, lei específica que tem o condão de tutelar todos os aspectos relacionados ao tema, ou, ao menos, dar subsídios para a interpretação de nossos magistrados quando forem solicitados em discussões desta natureza.

Iniciamos com a abordagem do Direito à Serenidade Familiar, já reconhecido, para justificar a necessidade de regulamentação específica. Discorremos sobre a proteção principiológica hoje existente, mormente, na Constituição Federal, para enfim, defendendo a adequação e pertinência dos microsistemas, adentrarmos em cada uma de suas áreas específicas, quais sejam: a civil, a administrativa e a penal.

Na esfera de proteção civil nossa preocupação se deu quanto à delimitação do objeto, das partes e dos deveres e direitos de cada uma delas para que daí pudesse resultar também a possibilidade de responsabilização dos envolvidos em eventual desvio de conduta ou dos objetivos das técnicas médicas que, reafirmamos, devem ser utilizadas, apenas e tão somente, para fins terapêuticos.

Desta análise também pudemos perceber que os direitos pessoais e patrimoniais dos filhos concebidos pelas novas técnicas médicas terão de ser detalhadamente tutelados, sob pena de haver um retrocesso no tratamento igualitário conquistado, previsto constitucionalmente e, até o momento, garantido.

Na tutela administrativa, preocupamo-nos com o controle a ser exercido, de maneira eficiente, pelos órgãos que já começaram a se estruturar, tanto para prevenir práticas não desejadas, quanto para coibi-las, caso venham a ocorrer.

A necessidade de integração ficou latente, inclusive com órgãos estaduais que podem auxiliar no controle a ser implementado.

No âmbito penal, após exaltarmos o papel da tutela criminal e sua função, concluímos que crimes deverão ser previstos para que sejam, senão eliminadas, ao menos, coibidas as práticas indesejadas.

Por fim, inferimos que a criação de um Estatuto da Reprodução Assistida terá a incumbência de harmonizar questões que criam grandes conflitos entre direitos como as que analisamos no terceiro capítulo, com as quais finalizaremos.

Destarte, concluímos:

1. As técnicas de reprodução assistida são válidas e devem ser utilizadas para fins terapêuticos em casos de infertilidade ou esterilidade;
2. As técnicas de reprodução assistida também poderão ser utilizadas para evitar que doença genética grave seja transmitida pelos pais à sua descendência;
3. Para a submissão às técnicas reprodutivas, tanto de fertilização homóloga quanto de heteróloga deverá haver consentimento de todos os envolvidos, casados ou não;
4. O consentimento deve ser livre e esclarecido de forma a permitir a compreensão de seu sentido e alcance;
5. O consentimento deve ser expresso, em documento particular ou público;
6. Para todos os procedimentos realizados, ainda que sejam de inseminação homóloga, deverá haver autorização de ambos os cônjuges ou companheiros envolvidos no projeto parental, vedando-se qualquer discriminação e evitando-se possíveis vícios de consentimento;
7. O sistema de presunções de filiação deverá ser revisto para expressar, de acordo com mandamento constitucional, a igualdade entre cônjuges, permitindo-se expressamente a fertilização heteróloga com óvulos de doadoras;
8. O sistema de presunções ainda deverá ser revisto para estabelecer tratamento igualitário entre filhos havidos de procedimento homólogo ou heterólogo, especialmente no que se refere aos embriões excedentários;
9. A cessão temporária de útero deverá ser permitida legalmente para casos em que indicação médica identifique problema de saúde que impeça ou contraindique a gestação pela própria mãe;

10. A cessão temporária de útero não poderá implicar em nenhuma retribuição econômica à mulher que cede seu útero à gestação;
11. A cessionária deverá pertencer à família dos cônjuges ou companheiros, em um parentesco de até 2.º grau;
12. Em casos excepcionais, poderá ser admitida a gestação por pessoa que não seja parente do casal, desde que a cessão seja autorizada judicialmente, a fim de conferir maior segurança às partes envolvidas;
13. Em qualquer caso de cessão temporária de útero, deve ser elaborado um pacto de gestação que garantirá a transparência e o consentimento em relação ao ato a ser praticado;
14. Quanto aos embriões excedentários defendemos que deve haver esforço máximo para que um número mínimo de embriões sejam concebidos;
15. Os que restarem deverão ser implantados e dar origem a novos filhos do casal ou poderão ser entregues à adoção, respeitando-se os princípios da liberdade do planejamento familiar, paternidade responsável, proteção integral à família e dignidade da pessoa humana;
16. Defendemos a possibilidade de fecundação e/ou implantação *post mortem*, desde que haja expreso consentimento autorizando-a;
17. Os direitos sucessórios deverão garantidos ao filho nascido *post mortem*, respeitada a exigência anterior, se a implantação ocorrer em até três anos contados da abertura da sucessão, tomando-se como paradigma o prazo previsto na Lei de Biossegurança para a destinação de embriões para pesquisa com células-tronco embrionárias, cujo dispositivo teve a constitucionalidade confirmada pelo Supremo Tribunal Federal;
18. O direito sucessório condicional se justifica em razão do equilíbrio entre os direitos daquele que é gerado após o falecimento do genitor e os direitos dos demais herdeiros que não poderão aguardar eternamente eventual nascimento;
19. É possível existir deixa testamentária que beneficie prole eventual do próprio testador desde que haja autorização para que o cônjuge ou companheiro sobrevivente possa fazer uso de seu material para depois de sua morte;
20. A deixa testamentária à prole eventual, prevista no artigo 1.799 do Código Civil de 2002, não poderá ser considerada suficiente para garantir os direitos sucessórios de

filhos ainda não concebidos, tampouco tem o condão de possibilitar o respeito à igualdade da legítima;

21. No mesmo sentido da deixa testamentária à prole eventual, o bem gravado em fideicomisso poderá beneficiar prole do próprio testador na figura do fideicomissário, de acordo com a nova configuração do instituto do fideicomisso previsto pelo Código Civil de 2002;
22. Esta substituição testamentária, contudo, não pode ser tida como solução para garantir os direitos sucessórios do filho concebido *post mortem*;
23. Em atendimento às novas possibilidades que são abertas com as técnicas reprodutivas em matéria de filiação, embora já concebido, o embrião ainda não implantado deve ser exceção à regra da concepção prevista no art. 1.952 do Código Civil de 2002, permitindo-se a sua instituição como fideicomissário;
24. Em relação ao direito à identidade genética em contraposição ao direito ao anonimato, defendemos a admissibilidade de relativização deste último, de forma a garantir o direito ao conhecimento à origem genética, desde que pleiteada judicialmente, e sem que deste conhecimento decorram quaisquer direitos e obrigações entre doador e pessoa concebida com material genético doado;
25. A ação negatória de paternidade e/ou maternidade, a despeito do consentimento dado expressamente, também poderá existir caso haja erro por parte de qualquer um dos cônjuges ou companheiros ou quando houver fundadas suspeitas de que foi enganado.

Diante destas considerações defendemos a criação do Estatuto da Reprodução Assistida a fim de coadunar o desenvolvimento médico-científico no âmbito da reprodução humana com a segurança das relações sociais e familiares.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ADORNO, Roberto. “*Liberdade*” e “*Dignidade*” da pessoa: dois paradigmas opostos ou complementares na Bioética? Tradução de Fernanda Muraro Bonatto In *Bioética e Responsabilidade*. Organizadoras: Judith Martins-Costa e Letícia Ludwig Möller. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- ALMEIDA, Aline Mignon de. *Bioética e Biodireito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- ALMEIDA, José Luiz Gavião de. *Direito Civil: família*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. Vol. II, 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- AMATO NETO, Vicente; LEVI, Guido Carlos; ROSENTHAL, Caio. *Reprodução assistida para portadores de HIV*. São Paulo: Revista Ser Médico, n. 31, abril, maio e junho de 2005.
- ANDREUCCI, Ana Cláudia Pompeu Torezan. *Salário-maternidade à mãe adotiva no direito previdenciário brasileiro*. São Paulo: LTr, 2005.
- ANDREUCCI, Ana Cláudia Pompeu Torezan; BALERA, Wagner. *Salário-família no direito previdenciário brasileiro*. São Paulo: LTr, 2007.
- AQUINO, Tomás de, Santo. *Suma contra os gentios*. 2.º v. Tradução de D. Odilão Moura e D. Ludgero Jasper. Porto Alegre: EDIPUCRS: EST, 1996.
- ARAÚJO, Edimir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 9.ª ed. São Paulo: 2005.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*. 4.ª ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n.10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002.
- AZEVEDO, Marco Antonio Oliveira de. *Bioética Fundamental*. Porto Alegre: Tomo Editorial, 2002.
- AZPITARTE, Eduardo López. *Ética y Vida: Desafíos actuales*. 4.ª edición. Madrid: San Pablo, 1990.

- BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. *Direito do Genoma Humano*. Coimbra: Almedina, 2007.
- BARBOZA, Heloisa Helena. *A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização “in vitro”*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.
- _____. *Reprodução Assistida e o novo Código Civil*. In *Bioética, Biodireito e o Código Civil de 2002*. Coordenadores: Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- BARBOZA, Heloisa Helena; BARRETO, Vicente de Paulo (organizadores). *Temas de Biodireito e Bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Bioética e início da vida: alguns desafios*. Aparecida/SP: Idéias e Letras; São Paulo: Centro Universitário São Camilo, 2004.
- BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de; PESSINI, Leocir. *Problemas atuais de Bioética*. São Paulo: Edições Loyola, 1991.
- BARELA, Valentina. *La regolamentazione delle strutture autorizzate e la disciplina dei divieti e delle sanzioni*. In *Procreazione Assistita: Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*. A cura di Pasquale Stanzone e Giovanni Sciancalepore. Milano: Giuffrè Editore, 2004.
- BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília/DF: Livraria e Editora Brasília jurídica, 1996.
- BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Principles of Biomedical Ethics*. Fifth edition. New York: OXFORD University Press, 2001.
- BERLINGUER, Giovanni. *Bioética Cotidiana*. Tradução de Lavínia Bozzo Aguilar Porciúncula. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004.
- _____. *Questões de vida: Ética, ciência e saúde*. Tradução de Maria Patrícia de Saboia Orrico. Salvador-São Paulo-Londrina: APCE-HUCITEC-CEBES, 1993.
- BERNARD, Jean. *A bioética*. Tradução de Vasco Casimiro. Lisboa: Instituto PIAGET, 1993.
- BEVILÁQUA, CLÓVIS. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*. Vol. II. 11.^a, atualizada por Achilles Beviláqua. Rio de Janeiro: Editora Paula de Azevedo, 1956.

- BLÁZQUEZ, Niceto, O.P. *Bioética la nueva ciencia de la vida*. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 2000.
- BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Tradução de Daniela Beccaria Versiani. Barueri/SP: Manole, 2007.
- BOROWITZ, Eugene B. *Compreendendo o Judaísmo*. Traduzido por Mirian Marx. São Paulo: Departamento de Ensino Religioso da Congregação Israelita Paulista, 1986.
- BOURGUET, Vicent. *O ser em gestação - Reflexões bioéticas sobre o embrião humano*. Tradução Nicolas Nyimi Campanário. São Paulo: Edições Loyola, 2002.
- BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. *Direito, sexualidade e reprodução humana: conquistas médicas e o debate bioético*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BRAZ, Marlene; SCRAMM, Fermin Roland. *O ninho vazio: a desigualdade no acesso à procriação no Brasil e a Bioética*. In Revista Brasileira de Bioética – RBB. Volume 1. Número 2. 2005. Brasília: Sociedade Brasileira de Bioética, 2005.
- BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: parte geral, tomo I: introdução, norma penal, fato punível*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- BUCHANAN, Allen *et al.* *From Chance to Choice: Genetics and Justice*. Cambridge/UK: Cambridge University Press, 2000.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CAHALI, Francisco José. *Contrato de Convivência na União Estável*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- CAHILL, Lisa Sowle. *Paternidade/Maternidade em Perspectiva*. In *Bioética: Poder e Injustiça*. Organizadores: Volnei Garrafa e Leo Pessini. São Paulo: Sociedade Brasileira de Bioética, Centro Universitário São Camilo e Edições Loyola, 2003.
- CAMARGO, Juliana Frozel de. *Reprodução Humana: ética e direito*. Campinas/SP: Edicamp, 2003.
- CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti. *Comentários ao Código Civil*. Coordenação Carlos Eduardo Nicoletti Camillo *et al.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. Volume I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra, PT: Coimbra Editora, 2007.

- CASINI, Marina. *I diritti dell'uomo, la bioetica e l'embrione umano*. In *Medicina e Morale*. Rivista Internazionale bimestrale di Bioetica, Deontologia e Morale Medica. Roma: Università Cattolica del Sacro Cuore, febbraio 2003.
- CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. 10.^a ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.
- CASTRO, Flávia Lages de. *História do Direito Geral e Brasil*. 3.^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 7.^a ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- CESCHIN, Álvaro Pigatto. *Filhos! Invista neste sonho: a arte da reprodução humana*. Curitiba: Álvaro Pigatto Ceschin, 2004.
- CHIMENTI, Ricardo da Cunha *et al.* *Curso de Direito Constitucional*. 2.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- CHINELATO, Silmara Juny. *Adoção de Nascituro e a Quarta Era dos Direitos: Razões para Alterar o Caput do Artigo 1.621 do Novo Código Civil*, in *Novo Código Civil - Questões Controvertidas*. Série Grandes Temas de Direito Privado. Vol. 1. São Paulo: Editora Método, 2003.
- CHUT, Marcos André. *Tutela Jurídica do Genoma Humano e a Teoria do Mínimo Ético*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil*. Vol. 5. São Paulo: Saraiva, 2006.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.
- Conseil D'Etat. Les Lois de Bioéthique: cinq ans après. Étude adoptée par l'Assemblée générale du Conseil d'État le 25 novembre 1999*. Paris: La Documentation française, 1999.
- CORNU, Gerard. *Droit Civil: la famille*. 9 édition. Paris: Montchrestien, 2006.
- CORRÊA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de Direito Romano*. 6.^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988.
- CORRÊA, Marilena; DINIZ, Débora. *Novas Tecnologias Reprodutivas no Brasil: um debate à espera de Regulação*. In *Limites: a ética e o debate jurídico sobre o*

- acesso e uso do genoma humano*. Organização de Fernanda Carneiro e Maria Celeste Emerik. Rio de Janeiro: Fundação Oswaldo Cruz, 2000.
- DALLA TORRE, Giuseppe. *Pluralismo religioso, multiethnicità e biodiritto*. In *Medicina e Morale – Rivista Internazionale Bimestrale di Bioetica*. Roma: Università Cattolica del Sacro Cuore, giugno 2006.
- D'AGOSTINO, Francesco. *Bioética segundo o enfoque da Filosofia do Direito*. Tradução de Luisa Raboline. São Leopoldo/RS: Editora Unisinos, 2006.
- DAYAL, Molina B., MD, MPH and ZAREK, Shvetha M., MD. *Preimplantation Genetic Diagnosis*. Nov 11, 2008, disponível no site <http://emedicine.medscape.com>, acessado em 29/01/09.
- DE LOS MOZOS, Jose Luiz. *Metodologia y ciencia en el derecho privado moderno*. Jaén: Editoriales de Derecho Reunidas, 1977.
- DESCAMPS, Philippe. *Le sacre de l'espèce humaine: Le Droit au risque de la bioéthique*. Paris: PUF – Presses Universitaires de France, 2009.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 18.^a ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- DIAS, João Álvaro. *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*. Coimbra: Coimbra editora, 1996.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 5.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- DIAS, Rodrigo Bernardes. *Privacidade Genética*. São Paulo: SRS Editora, 2008.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. V. 5: direito de família. 18.^a ed. aum. e atual. De acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002.
- _____. *O Estado Atual do Biodireito*. 3.^a ed. aum. e atual. conforme o novo Código Civil e a Lei 11.105/2005. São Paulo: Saraiva, 2006.
- Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos: uma prioridade do governo*/Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde, Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Brasília: Ministério da Saúde, 2005.

- DJMAL, Tev. *O que é o Talmud?* Tradução de Lilia Wachsmann. In Revista Morashá n. 43. Ano XI. Dezembro de 2003.
- DUARTE, Nestor. *Proteção Jurídica dos Bens de Incapazes*. Tese de doutoramento apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 1988.
- DWORKIN, Ronald. *Domínio da Vida: Aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- ESCALADA, Federico Videla. *Los derechos de la persona por nacer*. In *El derecho a Nacer*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993.
- ESPINOLA, Eduardo. *A família no Direito Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Conquista, 1957.
- FACHIN, Luiz Edson. *As intermitências da Vida: o nascimento dos não-filhos à luz do Código civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- _____. *Direito de Família: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro*. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- _____. *Estabelecimento da Filiação e Paternidade Presumida*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1992.
- FACHIN, Rosana Amara Girardi. *Em Busca da Família do Novo Milênio: Uma reflexão crítica sobre as origens e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- FAGUNDES, Tatiana Penharrubia. *A efetividade dos direitos fundamentais*. In *Reflexões em Direito Político e Econômico*. Mônica Herman Salem Caggiano organizadora. São Paulo: Editora Mackenzie, 2002.
- FÁVERO, Flaminio. *Medicina Legal: introdução ao estudo da medicina legal, identidade, traumatologia*. 12.^a ed. Belo Horizonte: Villa Rica, 1991.
- FERNÁNDEZ, Javier Gafo. *10 palavras-chave em bioética: bioética, aborto, eutanásia, pena de morte, reprodução assistida, manipulação genética, AIDS, drogas, transplantes de órgãos, ecologia*. Traduzido por Maria Luisa Garcia Prada. São Paulo: Paulinas, 2000.
- FERNÁNDEZ-CAPEL, Blanca. *Protección jurídico-política del embrión humano*. In *El início de la vida: Identidad y estatuto del embrión humano*. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1999.

- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito - técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1988.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 34.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- FLAMIGNI, Carlo. *Il libro della procreazione. La maternità come scelta: fisiologia, contraccezione, fecondazione assistita*. Milano: Arnoldo Mondadori Editore, 2008.
- _____. *Il Primo Libro della Sterilità. I problemi clinici e psicologici, la diagnosi e le cure ordinarie*. Torino: UTET Libreria, 2008.
- FONSECA, Ângela Maggio et al. *Esterilidade Feminina – Fatores uterino e tuboperitoneal. In Tratado de Ginecologia – Condutas e Rotinas de Ginecologia da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo – USP*. São Paulo: Editora Revinter, 2005.
- FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Investigação de Paternidade*. 2.^a ed. São Paulo: Saraiva e Cia Livraria Acadêmica, 1947.
- FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 3.^a ed. Tradução: Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2005.
- FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito Médico*. 9.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- FRANÇA, Rubens Limongi. *Instituições de Direito Civil*. 4.^a ed. São Paulo: Saraiva: 1996.
- FUJITA, Jorge Shiguemitsu Fujita. *Filiação*. São Paulo: Atlas, 2009.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova Filiação: O Biodireito e as Relações Parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e o efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- _____. *Direito Civil: família*. São Paulo: Atlas, 2008.
- _____. *Princípios Constitucionais de Direito de Família: guarda compartilhada à luz da lei n. 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso*. São Paulo: Atlas, 2008.
- GARCIA, Edinês Maria Sormani. *O princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Leitura do Novo Código Civil em Relação à Família. In Novo Código Civil:*

- interfaces no ordenamento jurídico brasileiro*. Coordenadora: Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- GARCIA, Maria. *Limites da Ciência: a dignidade da pessoa humana: a ética da responsabilidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- GODOY, José Joaquín Ugarte. *El Derecho de la Vida – El derecho a la vida: Bioética y Derecho*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006.
- GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 14.^a ed. Revista e atualizada por Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- _____. *Obrigações*. Revista, atualizada e aumentada, de acordo com o Código Civil de 2002, por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- _____. *Sucessões*. 13.^a ed. rev. atual. e aumentada de acordo com o Código Civil de 2002 por Mário Roberto de Carvalho Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, volume VI: direito de família*. 2.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- GONZÁLEZ, Juliana. *Valores éticos de la ciencia*. In *Bioética Y Derecho - Fundamentos y problemas actuales*. Compilador Rodolfo Vázquez. México: Instituto Tecnológico Autónomo de México y Fondo de Cultura Económica, 1999.
- GILISSEN, John. *Introdução histórica ao Direito*. Tradução A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 4.^a ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.
- GUIMARÃES, Luís Paulo Cotrim. *A paternidade presumida no direito brasileiro e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- GRIMM, Dieter. *Constituição e política*. Tradução Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Comentários ao Código Civil, parte especial: do direito das sucessões*, volume 20 (arts. 1.784 a 1.856). Coordenador Antônio Junqueira de Azevedo. 2.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- _____. *Direito das Sucessões: introdução*. In *Direito das Sucessões*. 2.^a ed. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e Rodrigo da Cunha Pereira, coordenadores. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- HOLLAND, Sthepen. *Bioética: enfoque filosófico*. Tradução de Luciana Pudenzi. São Paulo: Centro Universitário São Camilo; Loyola, 2008.

- HUXLEY, ALDOUS. *Admirável Mundo Novo*. 2.^a ed. Tradução Lino Vallandro e Vidal Serrano. São Paulo: Editora Globo, 2003.
- IZZO, Carlos Roberto; FONSECA, Angela Maggio. *Fertilização Assistida – Seleção de Pacientes e Técnica*. In *Tratado de Ginecologia – Condutas e Rotinas de Ginecologia da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo – USP*. São Paulo: Editora Revinter, 2005.
- JIMÉNEZ CAMPO, Javier. *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*. Madri: Editorial Trotta, 1999.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- JUSTINIANO I, Imperador do Oriente, 483-565. *Institutas do Imperador Justiniano*: manual didático para uso dos estudantes de direito de Constantinopla, elaborado por ordem do Imperador Justiniano, no ano de 533 d. C. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- KASER, Max. *Direito Privado Romano*. Tradução de Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.
- KLABIN, Aracy Augusta Leme. *História geral do direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- KRESS, Hartmut. *Ética médica*. Tradução de Hedda Malina. São Paulo: Edições Loyola, 2008.
- KÜHN, Maria Leonor de Souza. *Responsabilidade civil: a natureza jurídica da relação médico paciente*. Barueri/SP: Manole, 2002.
- KUYPER, Abraham. *Calvinismo*. Tradução Ricardo Gouvêa e Paulo Arantes. São Paulo: Editora Cultura Cristã, 2002.
- LACADENA, Juan-Ramón. *La Percepción Europea y La Realidad Española sobre La Experimentación con Embriones Humanos: A Propósito de La Euro-Encuesta de La Fundación BBVA y La Ley Española de Modificación de La Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida*. In *La moral cristiana como propuesta*. Homenaje al profesor Eduardo López Azpitarte. Madri: San Pablo, 2004.
- LAGRASTA NETO, Caetano. *Direito de Família*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- LEMBO, Cláudio. *A pessoa: seus direitos*. Barueri/SP: Manole, 2007.

- LIMA, Gilberto Baumann. *Consentimento informado na relação entre profissionais e instituições de saúde e seus paciente*. Londrina: G. B. de Lima, 2005.
- LIMA, Jayme Luiz de Jesus. *O direito islâmico: fontes e seus critérios de justiça*. In *Justiça Plural*. Barueri/SP: Minha Editora, 2006.
- LIMA NETO. Francisco Vieira. *A maternidade de substituição e o contrato de gestação por outrem*. In *Biodireito: Ciência da vida, os novos desafios*. Organizadora: Maria Celeste Cordeiro Leite Santos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Código civil comentado: direito de família, relações de parentesco, direito patrimonial: arts. 1.591 a 1.693, volume XVI*. Álvaro Villaça de Azevedo (coordenador). São Paulo: Atlas, 2003.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. 3.^a ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- LOPES, Nelly de Souza. *Bioética, Medicina e o Judaísmo*. Disponível no site www.abiblia.org/artigos, acessado em 01/07/09.
- LOPEZ, Star Q. *The Children of Science: People, Property, or Something in Between?* (March 8, 2006). bepress Legal Series. Working Paper 1096, p. 2, disponível no site <http://law.bepress.com>, acessado em 27/01/09.
- MADALENO, Rolf. *Novas Perspectivas no Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- _____. *Repensando o Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *A essência do Direito*. São Paulo: Rideel, 2006.
- MAIA, Paulo Carneiro. *Substituição Fideicomissária*. São Paulo: Empresa Gráfica da Revista dos Tribunais, 1967.
- MALUF, Adriana do Rego Freitas Dabus. *Direito da Personalidade no novo Código Civil e os elementos genéticos para a identidade da pessoa humana*. In *Questões controvertidas no novo Código Civil*. Série Grandes Temas de Direito Privado – Vol. I. São Paulo: Método, 2003.

- MALUF, Carlos Alberto Dabus. *As Presunções na Teoria da Prova*. In Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Volume LXXIX, janeiro-dezembro, 1984.
- MARQUES, Cláudia Lima *et. al.* *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: arts 1.º a 74: aspectos materiais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das Sucessões*. 1.º vol. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1937.
- McGRATH, Alister. *Origens Intelectuais da Reforma*. Tradução Susana Klanssen. São Paulo: Cultura Cristã, 2007.
- MEIRA, Affonso Renato. *Reprodução humana: a ética trinta anos depois*. In Revista Bioética. Volume 16, n. 1 - 2008. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2008.
- MEIRELLES, Jussara Maria Leal. *A vida humana embrionária e sua proteção jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- _____. *Filhos da Reprodução Assistida*. In *Família e Cidadania – o novo CCB e a vacatio legis*. Coordenação Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2002.
- MENDES, Gilmar Ferreira *et al.* *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MIRANDA, Custódio da Piedade U. *Teoria Geral do Direito Privado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil. v. 2: direito de família*. 39.^a ed. ver. e atual. Por Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 17.^a ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- MOREIRA, Manoel de Almeida. *Compêndio de Reprodução Humana*. Rio de Janeiro: Revinter, 2002.
- MORILLAS, Antonio M. Martín. *Ética de la serenidad. Aportación desde el segundo Heidegger*. In *La moral cristinana como propuesta*. Homenaje al profesor Eduardo López Azpitarte. Madrid: San Pablo, 2004.
- MUSIO, Antonio. *Misure di tutela dell’embrione*. In *Procreazione Assistita: Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*. A cura di Pasquale Stanzone e Giovanni Sciancalepore. Milano: Giuffrè Editore, 2004.

- NADDEO, Francesca. *Acesso alle tecniche. In Procreazione Assistita: Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40.* A cura di Pasquale Stanzone e Giovanni Sciancalepore. Milano: Giuffrè Editore, 2004.
- NASCIMENTO, Walter Vieira do. *Lições de História do direito.* 15.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- NERY, Rosa Maria de Andrade. *Noções Preliminares de Direito Civil.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado.* 5.^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- _____. *Constituição Federal Comentada e legislação constitucional.* 2.^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- NETO, Luísa. *O Direito Fundamental à disposição sobre o próprio corpo (A Relevância da vontade na configuração do seu regime).* Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- NEUSNER, Jacob. *Introdução ao Judaísmo.* Tradução de Heliete Vaitsman. Rio de Janeiro: Imago, 2004.
- NONATO, Orosimbo. *Estudos sobre Sucessão Testamentária.* Vol. II. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1957.
- OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. *Elementos de Direito das Sucessões.* 2.^a ed. Rio de Janeiro: Typog. do Jornal do Commercio, 1929.
- OLIVEIRA, Deborah Ciocci Alvarez de; BORGES JR., Edson. *Reprodução Assistida: Até onde podemos chegar? Compreendendo a ética e a lei.* São Paulo: Editora Gaia, 2000.
- OLIVEIRA, Guilherme de. *Aspectos jurídicos da procriação assistida. In Temas de Direito da Medicina.* 2.^a ed. Coimbra: Coimbra editora, 2005.
- PASQUALOTTO, Fábio Firmbach; PASQUALOTTO, Eleonora Bedin. *Infertilidade Masculina. In Tratado de Ginecologia – Condutas e Rotinas de Ginecologia da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo – USP.* São Paulo: Editora Revinter, 2005.

- PASQUALOTTO, Eleonora Bedin; PASQUALOTTO, Fábio Firmbach *et al.* *O Impacto dos Fatores Ambientais na Fertilidade*. Jornal Brasileiro de Medicina. Vol. 94, n.ºs. 1/2. Jan./Fev., 2008.
- PEDROSA, Ronaldo Leite. *Direito em História*. 5.^a ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006.
- PIERDONÁ, Zélia Luiza. *A proteção social na Constituição de 1988*. In Revista Internacional de Direito e Cidadania/Instituto Estudos Direito e Cidadania - v. 1, Junho 2008. São Paulo: Habilis, 2008.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. I, 23.^a ed. Atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- _____. *Instituições de Direito Civil*. Vol. V, 17.^a ed. Atualizada por Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- _____. *Instituições de Direito Civil*. Vol. VI, 17.^a ed. Atualizada por Carlos Roberto Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- _____. *Reconhecimento de Paternidade e seus efeitos*. 5.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de Família*. Anotações e adaptações ao Código Civil por José Bonifácio de Andrada e Silva. 5.^a ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.
- PEIXOTO, José Carlos de Matos. *Curso de Direito Romano*. Tomo I: partes introdutória e geral. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 3.^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- PIERANGELI, José Henrique. *O consentimento do ofendido: na teoria do delito*. 3.^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- POCAR, Valério; RONFANI, Paola. *La famiglia e il diritto*. Roma-Bari: GLF Editori Laterza, 2008.
- QUEIROZ, Juliane Fernandes. *Paternidade: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial. Doutrina e jurisprudência*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

- RAFFUL, Ana Cristina. *A reprodução artificial e os direitos da personalidade*. São Paulo: Themis Livraria e Editora, 2000.
- RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *O dever de informar dos médicos e o consentimento informado*. Curitiba: Juruá, 2006.
- RAGIP, Haji Sheikh Muhammad. *O Islam e as Ciências Médicas*. In Revista o Mundo da Saúde. São Paulo: Faculdades Integradas São Camilo. Nov-Dez, 2000.
- REALE, Miguel. *Fundamentos do Direito*. 3.^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.
- REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal: Parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Comentários à lei de benefícios da previdência social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado/Esmafe, 2007.
- ROCHA, Renata da. *O Direito à Vida e a Pesquisa com Células-Tronco*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- RODRIGUES, João Vaz. *O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português: elementos para o estudo da manifestação da vontade do paciente*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: volume 6*. 27.^a ed. atual. por Francisco Cahali, com anotações ao novo Código Civil (Lei 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002.
- _____. *Direito Civil: volume 7*. 26.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- ROLIM, Luiz Antonio. *Instituições de Direito Romano*. 2.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- ROSPIGLIOSI, Enrique Varsi. *Filiación, Derecho y Genética. Aproximaciones a la teoría de la filiación biológica*. Lima: Universidad de Lima y Fondo de Cultura Económica – Perú, 1999.
- RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito Civil*. Traduzido e atualizado por Paolo Capitanio. 2.^a ed. Campinas: Bookseller, 2005.
- RULLI NETO, Antonio. *Leis de Manu*. São Paulo: Fiúza Editores, 2002.

- SACKS, Rabino Jonathan. *Uma letra da Torá: uma jornada ao âmago do legado espiritual da religião mais antiga do mundo*. Tradução Betty Rojter e Paulo Rogério Rosenbaum. São Paulo: Editora e Livraria Sêfer, 2000.
- SÁNCHEZ, Miguel Angel Monge. *Medicina Pastoral: cuestiones de Biología, Antropología, Medicina, Sexología, Psicología y Psiquiatría*. Tercera edición. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 2003.
- SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil Brasileiro Interpretado. Direito de Família*. Vol. V. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1937.
- SANTOS, Nelson da Cruz; IZZO, Carlos Roberto; SILVA, Alessandra de Araújo. *Técnicas de Reprodução Assistida – GIFT in Tratado de Ginecologia – Condutas e Rotinas de Ginecologia da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo – USP*. São Paulo: Editora Revinter, 2005.
- SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. *A arte do possível: breves reflexões sobre a reprodução humana assistida*. In *Bioética e direitos humanos*. Reinaldo Pereira e Silva e Fernanda Brandão Lapa, organizadores. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2002.
- SANTOS, Agostinho Almeida; SANTOS, Tereza Almeida. *Esterilidade, infertilidade e procriação medicamente assistida*. In *Bioética*. Coordenação Luís Archer, Jorge Biscaia e Walter Osswald. Lisboa: Editorial Verbo, 1996.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível*. In *Dimensões da Dignidade: Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- SAUWEN, Regina Fiúza; HRYNIEWICZ, Severo. *O Direito “in vitro”. Da Bioética ao Biodireito*. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2000.
- SCALFI, Gianguido. *Diritto alla Serenità Familiare? In La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi tra crisi dogmatica e riforme legislative*. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani - CEDAM, 1991.
- SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. *Família & Sucessões*. 5.^a ed. São Paulo: Barros, Fischer & Associados, 2008.

- _____. *União Estável*. 2.^a ed. Coleção Prática do Direito. São Paulo: Saraiva, 2009.
- SCALQUETTE, Rodrigo Arnoni. *Elementos da Soberania e do Tribunal Penal Internacional*. São Paulo: LCTE Editora, 2007.
- SCARPARO, Mônica Sartori. *Fertilização Assistida: questão aberta: aspectos científicos e legais*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.
- SCHLESINGER, Hugo. *Pequeno vocabulário do judaísmo*. São Paulo: Paulinas, 1987.
- SCHOTSMANS, Paul T. *O homem como criador? Desenvolvimentos na genética humana e os limites da autodeterminação humana*. In Cadernos Adenauer III, n.º 1 – *Bioética*. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, maio 2002.
- SEGRE, Marcos. *Limites Éticos da Intervenção sobre o Ser Humano*. In *Bioética*. Organizadores: Marcos Segre e Claudio Cohen. 3.^a ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2002.
- SGRECCIA, Elio. *Manual de Bioética I. Fundamentos e Ética Biomédica*. Traduzido por Orlando Soares Moreira. São Paulo: Edições Loyola, 1996.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 10.^a ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- SILVA, Reinaldo Pereira e. *Biodireito: a nova fronteira dos direitos humanos*. São Paulo: LTr, 2003.
- _____. *O exame de DNA e a sua influência na investigação da paternidade biológica*. In *Biodireito: Ciência da vida, os novos desafios*. Organizadora: Maria Celeste Cordeiro Leite Santos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- SOARES, André Marcelo M; PIÑEIRO, Walter Esteves. *Bioética e Biodireito: uma introdução*. São Paulo: Edições Loyola; Rio de Janeiro: São Camilo, 2002.
- STUART, Gary et al. *Perguntas básicas sobre Tecnologia de Reprodução: quando é certo interferir?* Tradução de Suzana Klassen. São Paulo: Editora Cultura Cristã, 2004.
- TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- _____. *Constituição do Brasil integrada com a legislação e jurisprudência do STF*. 2.^a ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

- TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Código Civil – Esboço*. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e Negócios Interiores. Serviço de Documentação, 1952.
- THOUVENIN, Dominique. *As leis bioéticas, ou como mascarar os interesses contraditórios? In A Bioética é de má-fé?* Tradução de Nicolás Nyimi Campanário. São Paulo: Edições Loyola, 2002.
- USTÁRROZ, Daniel. *Responsabilidade Contratual*. 2.^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- WALD, Arnoldo. *Curso de Direito Civil Brasileiro. Direito de Família*. Vol. IV. 10.^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.
- WOOL, Herman. *Este é o meu Deus: A maneira judaica de viver*. Tradução de Lana Harari e Betty Rojter. São Paulo: Editora e Livraria Sêfer, 2002.
- VARGAS, Maricruz Gomes de La Torre. *La fecundacion in vitro y La filiacion*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1993.
- VELOSO, Zeno. *Direito Brasileiro da Filiação e Paternidade*. São Paulo: Malheiros, 1997.
- VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil, Direito de Família*. Vol. VI. 8.^a ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- VIANA, Rui Geraldo Camargo. *A família. In Temas atuais de direito civil na Constituição Federal*. Organizadores Rui Geraldo Camargo Viana e Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

SITES CONSULTADOS

Agência Nacional de Vigilância Sanitária - <http://www.anvisa.gov.br>

Altalex – www.altalex.com

A Santa Sé - www.vatican.va

Câmara dos Deputados - www.camara.gov.br

Igreja Evangélica da Confissão Luterana no Brasil - www.luteranos.com.br

Igreja Metodista - www.metodista.org.br

Islam Alcorão DHnet – www.dhnet.org.br/direitos/anthist

Ministero della Giustizia – www.giustizia.it

Portal da Justiça Federal - www.jf.jus.br

University College of London - www.ucl.ac.uk/news

University of Pennsylvania Law School - <http://www.law.upenn.edu>

ARTIGOS EM SITES

Medscape's Continually Updated Clinical Reference - <http://emedicine.medscape.com>

Bepress Legal Repository - <http://law.bepress.com>