FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

Kristine Barci Gugliotti

REPRODUÇÃO ARTIFICIAL: Limites necessários

São Paulo

2014

KRISTINE BARCI GUGLIOTTI

REPRODUÇÃO ARTIFICIAL: Limites necessários

Tese de doutorado apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de doutor perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, na área de concentração de Direito Civil, sob a orientação do Prof. Dr. Álvaro Villaça Azevedo.

São Paulo

2014

KRISTINE BARCI GUGLIOTTI

REPRODUÇÃO ARTIFICIAL: Limites necessários

Tese de doutorado apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de doutor perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, na área de concentração de Direito Civil, sob a orientação do Prof. Dr. Álvaro Villaça Azevedo.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Orientador

Prof.

Prof.

Prof.

Prof.

São Paulo, de de

Às paixões e razões de minha vida, meu marido Fabiano e meu filho Thales.

AGRADECIMENTOS

Esta obra só foi possível de ser realizada graças a inúmeras pessoas a quem devo muito mais que gratidão, mas que por hora, só posso citá-las em homenagem a tudo o que fizeram por mim. Portanto, agradeço por tudo às seguintes pessoas:

Ao Prof. Dr. Álvaro Villaça Azevedo, que me possibilitou, antes de tudo, a realização do sonho do doutorado e principalmente pela confiança em mim depositada.

Aos Professores com quem tive o prazer de ter aulas na pós-graduação, que me concederam valiosos ensinamentos e que sempre me incentivaram, em especial ao Prof. Dr. Carlos Alberto Dabus Maluf, Prof. Dr. Jorge Shiguemitsu Fujita, Profa. Dra. Teresa Ancona Lopez, Profa. Dra. Patrícia Faga Iglesias Lemos, Prof. Dr. Prof. Dr. Cláudio Cohen, Prof. Dr. Reynaldo Ayer de Oliveira e Prof. Dr. José Fernando Simão.

À Profa. Dra. Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf pelas importantes dicas, principalmente na área bibliográfica.

Aos meus pais Regina Helena Pucci Barci e Francisco Luiz Barci e meu irmão Francisco Luiz Barci Jr., por todo o suporte material e espiritual que sempre me deram e que sempre pude contar, bem como por terem sempre me incentivado e apostado em mim.

E não menos importante, a meu marido Fabiano Gugliotti e meu filho Thales Barci Gugliotti não só pelo apoio e incentivos incondicionais, mas também por terem suportado e entendido todos os momentos em que não pude estar com eles para poder realizar a presente obra, compartilhando de tudo, como pessoas maravilhosas que são, sempre com um sorriso no rosto.

RESUMO

É indiscutível os inúmeros benefícios decorrentes do avanço da ciência, principalmente no campo da reprodução artificial, entretanto cada vez mais se mostra necessário impor limites, tanto na área médica quanto na jurídica, devendo-se regulamentar, legal e especificamente a matéria, com o fim de se coibir abusos e proteger direitos.

Ademais, o avanço rápido da ciência tem preocupado sobremaneira a sociedade relativamente às conseqüências decorrentes do uso indevido por parte de pesquisadores, médicos e clínicas reprodutivas, das inovações e possibilidades nesta área.

Nada justifica que a busca científica desenfreada, por exemplo, de seres humanos geneticamente “melhorados”, ultrapasse limites éticos, morais e sociais, discriminando-se àqueles que não se enquadram nos padrões sociais previamente estereotipados.

Na presente pesquisa, a responsabilidade civil e penal é tratada como forma inibidora de tais atos, mas não se mostra como única solução possível.

Sendo assim, questões como o direito dos embriões, o direito a vida, a dignidade humana, a sucessão hereditária, a filiação, entre outros, são objeto primordial da presente obra, de forma que lhe sejam assegurados ampla tutela jurídica nesse sentido.

Também questões relativas à gestação de substituição e a autorização daqueles que pretendem implantar um embrião, sejam pais genéticos ou não, na utilização das técnicas de reprodução artificial, aqui se encontram abordadas.

Busca-se também proteger o direito de igualdade entre filhos, proibindo-se consequentemente a discriminação entre eles em razão de sua origem.

São também esclarecidas as técnicas de reprodução artificial, bem como as teorias relativas ao início da vida para caracterizar-se a personalidade jurídica.

Por fim, há ainda, nesta obra, preocupação em esclarecer conceitos, diferenciando-se terminologias e estabelecendo-se definições necessárias tanto na área jurídica quanto médica.

Palavras-chave: Reprodução Artificial, Limites, Embrião, Proteção Legal, Direitos, Gestação de Substituição, Responsabilidade.

ABSTRACT

It is undiscuss the numerous benefits resulting from Science advance, especially concerning artificial reproduction, however it is necessary put on limits in medical and legal concerns, having to regulatory, legal rules in order to cohabit abuses and protect rights.

Moreover, fast science advance has been worrying the society about consequences becomes from the improper use from reserarchers, medical and reproductive clinics concerning innovations and possibilities in this area.

Nothing can justifies the fast serch, for example, for humans genetically “improveds”, it exceeds ethical, moral and social limits, broking down who is not in conform to social standar previously sterotyped.

In this research, the civil and penal liability is treated as inhibitory form of such acts, but not appears as the only possible solution.

In order, issues concerning embryos rights, such as life rights, human dignity, hereditary succession, among others, are primary subject of this book, performing ensured broad legal protection accordingly.

Also issues related to surrogate mother and the authorization of those intending to deploy an embryo, be or not the genetic fathers, in the use of artificial reproduction technical, here related in this work.

Also seeks proteting to the rights of equality between sons, in order to forbid discrimination among them because of their origins.

The work also clarified the techniques of artificial reproductions, as well as theories concerning the beginning of life to be characterized legal personality.

Finally, in this current work, there is worry to clarify the concepts, differing terminologies and definitions needed both in legal and medical fields.

Key-words: Arificial Reproduction, Limits, Embryo, Legal Protection, Rights, Surrogate Mother, Liability.

RÉSUMÉ

Les nombreux avantages découlant du progrès scientifique ne peuvent être remis en cause, principalement en ce qui concerne le domaine de la reproduction artificielle. Cependant, il devient de plus en plus nécessaire d'imposer des limites, tant dans la sphère médicale que juridique, entraînant le besoin de réglementer, donner un cadre légal et spécifier la matière afin d'empêcher les abus et de protéger les droits existants.

De plus, les rapides progrès de la science représentent une source de préoccupation pour la société, notamment les conséquences découlant de l'utilisation induite de la part de certains chercheurs, médecins et cliniques spécialisées dans la reproduction, des innovations et nouvelles possibilités en la matière.

Rien ne justifie que la recherche scientifique effrénée, par exemple d'êtres humains génétiquement "améliorés", outrepasser les limites éthiques, morales et sociales, en discriminant ceux qui ne s'inscrivent pas dans un cadre social prédéfini et stéréotypé.

Dans la présente recherche, la responsabilité civile et pénale est traitée sous l'angle de l'inhibition de tels actes, mais elle n'apparaît pas comme l'unique solution possible.

Ainsi, des questions telles que le droit des embryons, le droit à la vie, à la dignité humaine, à la transmission héréditaire, à la filiation, entre autres, font l'objet principal du présent ouvrage, ces droits se voyant assurés une large protection juridique.

Les questions relatives à la gestation pour autrui et à l'autorisation de ceux qui prétendent implanter un embryon, qu'il s'agisse de pères génétiques ou non, et de l'utilisation de techniques de reproduction artificielle, sont également abordées ici.

La protection du droit à l'égalité entre enfants, prohibant de ce fait leur discrimination basée sur leur origine doit également être recherchée.

Les techniques de reproduction artificielle, ainsi que les théories relatives au commencement de la vie, permettant de caractériser la personnalité juridique sont ici mises à jour.

Enfin, cette ouvrage tente de cerner les concepts, séparant les différentes terminologies et posant des définitions nécessaires tant dans le domaine juridique que médical.

Mots-clés: Reproduction Artificielle, Limites, Embryon, Protection Légale, Droits, Gestation pour autrui, Responsabilité.

SUMÁRIO:

INTRODUÇÃO	fls. 13
1. Registros Históricos	fls. 16
1.1 Conclusão	fls. 21
2. Conceito de Reprodução Assistida	fls. 23
2.1 Conclusão	fls. 23
3. Diferenças entre fertilização, fecundação, inseminação e concepção	fls. 25
3.1 Conclusão	fls. 25
4. Técnicas de Reprodução Humana Artificial	fls. 27
4.1 Inseminação Artificial Intrauterina (IIU – IAH e IAD)	fls. 27
4.2 Fertilização <i>in vitro</i> convencional com transferência intrauterina de embriões (FIVETE)	fls. 27
4.3 Transferência intratubária de gametas (GIFT)	fls. 27
4.4 Transferência intratubária de zigoto (ZIFT)	fls. 28
4.5 Injeção intracitoplasmática de espermatozoide (ICSI)	fls. 28
4.6 Diagnóstico Genético Pré-implantacional	fls. 29
4.7 Conclusão	fls. 30
5. Resoluções	fls. 32
5.1 Resolução nº 2013 de 9 de maio de 2013 do CFM	fls. 32
5.2 Resolução – RDC nº 29, de 12 de maio de 2008	fls. 38
5.3 Resolução – RDC nº 23, de 27 de maio de 2011	fls. 40
5.4 Conclusão	fls. 43
6. Início da vida humana e da vida viável	fls. 44
6.1 Embriologia	fls. 44
6.2 Definição de embrião inviável	fls. 45
6.3 Fases do Desenvolvimento Embrionário Humano	fls. 46
6.4 Conclusão	fls. 49
7. Teorias acerca do início da vida	fls. 51
7.1 Teoria Concepcionista	fls. 51
7.1.1 Fertilização, fecundação, concepção e compreensão dos períodos iniciais da formação do embrião	fls. 51
7.1.2 Teorias da singamia e da cariogamia	fls. 52

7.2 Teorias Genético-desenvolvimentistas	fls. 53
7.2.1 Teoria do pré-embrião ou “critério do 14º dia”	fls. 53
7.2.2 Teoria da nidação do ovo	fls. 55
7.2.3 Teoria natalista	fls. 56
7.2.4 Teoria da personalidade condicional	fls. 56
7.3 Conclusão	fls. 57
8. Considerações acerca da Personalidade Jurídica	fls. 59
8.1 Aquisição da personalidade jurídica	fls. 59
8.2 Personalidade jurídica formal e material e direitos correlatos do embrião	fls. 59
8.3 Conclusão	fls. 61
9. Análise da ADI 3510	fls. 63
9.1 Resumo dos fatos e fundamentos utilizados na ação proposta	fls. 63
9.1.1 Alegações do autor da ação	fls. 64
9.1.2 Outras posições em relação a Lei de Biossegurança	fls. 64
9.1.3 Resumo do Voto do Ministro Carlos Ayres Britto (relator)	fls. 65
9.1.4 Resumo do voto da Ministra Ellen Gracie (presidente)	fls. 70
9.1.5 Síntese dos Votos dos outros 9 Ministros	fls. 73
9.2 Conclusão	fls. 75
10. Críticas a alguns dos fundamentos que justificaram a procedência da Adin e observações relevantes pertinentes	fls. 79
10.1 Caracterização do embrião como ser humano	fls. 79
10.2 Ausência de atividades cerebrais nos embriões e fetos anencéfalos	fls. 80
10.3 Analogia com as pesquisas em células-tronco embrionárias	fls. 82
10.4 A necessidade da gravidez para a caracterização do crime de aborto no Código Penal	fls. 82
10.5 Embrião gerado no útero materno ou fora dele	fls. 83
10.6 Vínculo dos pais e a “barriga de aluguel”	fls. 84
10.7 Implicações pela proibição do congelamento de embriões e o direito de procriar	fls. 85
10.7.1 Soluções possíveis	fls. 85
10.8 Pesquisas nas células-tronco embrionárias e nas adultas	fls. 86
10.9 Falta de impugnação ao descarte dos embriões	fls. 87
10.10 Ausência de normas reguladoras e crítica ao artigo 5º, II da Lei de Biossegurança	fls. 88
10.11 Conclusão	fls. 90

11. Anticonceptivos e Abortivos	fls. 92
11.1 Distinção entre anticonceptivos e abortivos e consequências do uso destes	fls. 92
11.2 Conclusão	fls. 94
12. Posições Religiosas	fls. 96
12.1 Catolicismo	fls. 96
12.2 Judaísmo	fls. 97
12.3 Budismo	fls. 99
12.4 Jeovismo	fls.100
12.5 Espiritismo	fls.101
12.6 Ortodoxismo	fls.102
12.7 Islamismo	fls.103
12.8 Protestantismo	fls.104
12.8.1 Presbiterianismo	fls.105
12.8.2 Anglicanismo	fls.107
12.8.3 Metodismo	fls.108
12.8.4 Luteranismo	fls.111
12.8.5 Adventismo	fls.112
12.8.6 Congregação Cristã do Brasil	fls.113
12.8.7 Renascer em Cristo	fls.113
12.9 Conclusão	fls.114
13. A Reprodução Artificial e a Filiação no Código Civil	fls.115
13.1 Formas de reprodução previstas no Código Civil	fls.115
13.2 Presunção de filiação	fls.115
13.3 Forma da autorização	fls.120
13.4 Conclusão	fls.123
14. Interrupção de gravidez de fetos anencéfalos	fls.126
14.1 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54/DF	fls.126
14.1.1 Síntese do posicionamento dos Ministros do STF em seus votos	fls.129
14.2 Anteprojeto do Código Penal PLS 236/2012	fls.134
14.3 Conclusão	fls.138
15. Gestação de Substituição ou Cessão Temporária de Útero	fls.141
15.1 Conclusão	fls.148
16. O Direito Sucessório no Código Civil Brasileiro	fls.151
16.1 Inseminação artificial “post mortem”	fls.152
16.2 Autorização dos cônjuges	fls.153
16.3 Tempo da inseminação “post mortem”	fls.155
16.4 A Questão Genética	fls.155
16.5 A questão patrimonial relativa ao direito sucessório	fls.157

16.6 Diferença essencial entre nascituro, prole eventual e embrião (fertilizado “in vitro”)	fls.158
16.6.1 Relevância da distinção	fls.158
16.7 Infertilidade posterior a formação do embrião	fls.165
16.8 Outras questões relevantes	fls.167
16.9 Conclusão	fls.169
17. Responsabilidade civil médica	fls.171
17.1 Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor	fls.171
17.2 Consentimento livre, esclarecido e informado do paciente	fls.172
17.3 Necessidade de autorização	fls.174
17.4 Natureza jurídica da Responsabilidade Médica	fls.174
17.4.1 Responsabilidade Civil Contratual	fls.174
17.4.2 A responsabilidade civil médica no Código de Defesa do Consumidor	fls.175
17.4.3 Obrigação de meio e de resultado	fls.177
17.5 Erro médico	fls.178
17.5.1 Distinção entre má prática médica, acidente imprevisível e resultado incontrolável	fls.179
17.5.2 Erro profissional e culpa	fls.179
17.6 Socialização do risco médico	fls.180
17.7 Os direitos do embrião e do nascituro e a responsabilidade civil por dano moral e patrimonial	fls.180
17.8 Outras hipóteses de responsabilidade civil	fls.181
17.9 Possibilidade de exclusão de cobertura da reprodução artificial pelo seguro saúde	fls.182
17.10 Conclusão	fls.183
18. Legislação Estrangeira	fls.185
18.1 Lei Portuguesa	fls.185
18.2 Lei Francesa	fls.190
18.3 Lei Italiana	fls.198
18.4 Lei Alemã	fls.202
18.5 Conclusão	fls.204
Referências Bibliográficas	fls.207

INTRODUÇÃO

Não é de hoje que os avanços tecnológicos e científicos ultrapassam as barreiras do até então imaginável, numa velocidade desenfreada.

Há bem pouco tempo atrás, afirmar que seria possível clonar um animal, como ocorreu com a famosa ovelha Dolly, seria considerado, no máximo, como uma boa idéia para uma obra de ficção científica.

Mas em verdade, não só tal realidade ocorreu faticamente, como também outros “milagres” também foram concebidos, como a possibilidade da utilização das técnicas de reprodução artificial para remediar os casos de infertilidade ou impossibilidade física reprodutiva.

Basta lembrar-se do sucesso do nascimento da menina Louise Brown, em 1978, na Inglaterra, a saber, a primeira criança gerada por meio de uma fertilização “in vitro”.

Depois desse fato, o desenvolvimento da ciência nesta área reprodutiva e de manipulação genética simplesmente deslanchou, mas infelizmente, o Direito não acompanhou tais mudanças do mundo médico e científico, de forma que inexiste até hoje, no Direito Brasileiro, uma tutela com status de lei específica para regulamentar tais avanços.

Sendo assim, a presente obra pretende limitar os anseios, não raras às vezes, desmedido, do mundo científico, de forma a proteger direitos constitucionais de maior relevância, como por exemplo, os direitos personalíssimos dos embriões.

Não é difícil imaginar que sem coibição legal, muitas pesquisas científicas, inevitavelmente esbarraram em direitos que protegem o ser humano e a sociedade como um todo.

A manipulação genética em si já viabiliza a seleção eugênica, a clonagem, entre outras tantas possibilidades que podem gerar inúmeros problemas de ordem, moral, ética, social e até religiosa.

Mesmo o Direito, ao tentar regulamentar determinadas situações decorrentes da utilização das técnicas de reprodução artificial, acaba por criar outros problemas, em virtude de esquecer-se das derivações e entraves jurídicos reflexos, como no caso do direito à sucessão hereditária na hipótese de inseminação artificial “post mortem”, sem que sequer se estipule um prazo máximo para que esta ocorra.

Aliás, o que impede que um embrião congelado seja implantado em futuras gerações? Não existe, nenhuma pesquisa científica comprovadora de que após determinado lapso temporal, os embriões crioconservados não conseguiram, uma vez implantados, vingar. Muito pelo contrário, em se tratando de inseminação de animais, isto é o que mais ocorre.

Também não é difícil encontrar no “mercado paralelo” material genético “de qualidade” a ser disponibilizado em troca de determinada quantia financeira.

Aliás, sem uma limitação legal, no estágio atual da ciência, nada impediria que se escolhessem os “melhores embriões” dentre aqueles gerados para implantá-los mediante deterem determinado fenótipo, como olhos azuis, cabelos loiros e lisos, sem qualquer deficiência física, entre tantas outras características passíveis de serem previamente selecionadas, fato este que por si só já acarretaria uma discriminação perante os demais.

Isso sem contar que somente àqueles que tivessem uma condição financeira abastada teriam filhos “perfeitos”, o que só pela boa aparência já os diferenciaria perante o resto da sociedade e, em contrapartida, àqueles que não puderam ter a mesma sorte, além de, por exemplo, ostentarem uma deficiência, em decorrência desta, já seriam prejudicados duplamente, pela deficiência e pela pobreza, estampada no indivíduo face à própria deficiência.

Outra questão árdua que sequer foi cotejada pelo nosso legislador e que precisa necessariamente de imposição de limites expressos é a gestação de substituição, visto que

em Países, como a Índia, por exemplo, chega ao absurdo de se tornar profissão de carreira promissora.

Também muito se discute acerca da presunção de filiação, principalmente em se tratando de reprodução artificial heteróloga e inseminação artificial “post mortem”.

Sequer o momento da possibilidade de revogação da autorização para a utilização das técnicas reprodutivas artificiais resta pacificado.

Outro entrave relevante diz respeito ao destino dos embriões excedentários, uma vez que, na grande maioria das vezes, estando satisfeito o desejo da maternidade e/ou paternidade por aqueles que a pretendem, há um “esquecimento” mais que voluntário dos demais embriões gerados, que até então eram a maior preocupação daqueles, em total desrespeito àquela vida humana formada.

Sendo assim, pretende a presente obra demonstrar a imprescindibilidade da fixação de inúmeros limites científicos e jurídicos não só para coibir abusos e situações discriminadoras ou prejudiciais, mas acima de tudo para proteger e garantir os direitos fundamentais alicerçadores de nossa vida, família e sociedade.

1. REGISTROS HISTÓRICOS:

Desde as civilizações mais antigas, a procriação sempre foi tida como questão importante a ser abordada nas diversas legislações relativas a organização geral da sociedade.

O Código de Manu já se preocupava com a importância da existência da prole, possibilitando, ante a esterilidade do marido, que seu irmão se incumbisse de tal tarefa, juntamente com a esposa daquele.

Os artigos referentes ao assunto, constantes do Livro IX do Código de Manu, serão a seguir transcritos por meio de tradução livre:

Art 56. *“Vos tenho declarado a importância e a não importância do campo e da semente; vou expor agora a lei que concerne as mulheres que não têm filhos.”*¹

Art. 57. *“A mulher de um irmão maior é considerada como a sogra do irmão menor, e a mulher do menor, como a nora do maior.”*²

Art. 58. *“O irmão maior que conhece normalmente a mulher de seu irmão menor e o menor que conhece a de seu irmão maior estão degradados, ainda que tenham sido a isso induzidos pelo marido ou pelos parentes, a menos que o matrimônio seja estéril.”*³

Art. 59. *“Quando não se têm filhos, a progenitura desejada pode ser obtida com a união da esposa, convenientemente autorizada, com um irmão ou outro parente.”*⁴

¹ 56. *“Os he declarado la importancia y la no importancia Del campo y de la simiente; voy a exponeros ahora la ley que concierne a las mujeres que no tienen hijos.”*. Leyes de Manu. Manava-Dharma-Sastra. Instituciones religiosas & Civiles de la India. Santiago de Chile: Ediciones Ercilia, 1941.

² 57. *“La mujer de un hermano mayor está considerada como la suegra del hermano menor, y la mujer del menor como la nuera del mayor”*. Leyes de Manu. Manava-Dharma-Sastra. Instituciones religiosas & Civiles de la India. Santiago de Chile: Ediciones Ercilia, 1941.

³ 58. *“El hermano mayor que conoce normalmente a la mujer de su hermano menor y el menor que conoce a la de su hermano mayor están degradados, aunque hayan sido inducidos a ello por el marido o los parientes, a menos que el matrimonio sea estéril.”* Leyes de Manu. Manava-Dharma-Sastra. Instituciones religiosas & Civiles de la India. Santiago de Chile: Ediciones Ercilia, 1941.

Art. 60. *“Que, untado com manteiga líquida e guardando silêncio, o parente encarregado desta missão, aproximando-se durante a noite a uma viúva ou a uma mulher sem filhos, gerará um único filho, nunca um segundo.”*⁵

Art. 61. *“Alguns dos que conhecem a fundo esta questão, fundando-se em que pode não lograr-se perfeitamente o objeto de tal dispositivo com o nascimento de um único filho, são da opinião que as mulheres podem legalmente gerar deste modo um segundo filho.”*⁶

Art. 62. *“Que, uma vez obtido o objetivo desta incumbência, segundo a lei, as duas pessoas, irmão e cunhada, se tratem entre si como um pai e uma nora.”*⁷

Art. 63. *“Mas um irmão, seja o maior, seja o menor, que, encarregado de cumprir com este dever, não observa a regra prescrita e não pensa senão em satisfazer seus desejos, será degradado nos dois casos: se é o maior, por haver manchado o leito de sua nora; se é o menor, o de seu pai espiritual.”*⁸

Art. 64. *“Uma viúva ou uma mulher sem filhos não deve ser autorizada pelos Dwidjas a conceber valendo-se de outra pessoa, pois os que lhe permitem conceber assim violam a lei primitiva.”*⁹

⁴ 59. *“Cuando no se tienen hijos, la progenitura deseada puede obtenerse con la unión de la esposa, convenientemente autorizada, con un hermano u otro pariente (sapinda).”* Leyes de Manu. Manava-Dharma-Sastra. Instituciones religiosas & Civiles de la India. Santiago de Chile: Ediciones Ercilia, 1941.

⁵ 60. *“Que, untado de mantequilla líquida y guardando silencio, el parente encargado de esta misión, acercándose durante la noche a una viuda o a una mujer privada de hijos, engendre un solo hijo; nunca un segundo.”* Leyes de Manu. Manava-Dharma-Sastra. Instituciones religiosas & Civiles de la India. Santiago de Chile: Ediciones Ercilia, 1941.

⁶ 61. *“Alguns de los que conocen a fondo esta cuestión, fundándose en que puede no lograrse perfectamente el objeto de tal disposición con el nacimiento de un solo hijo, son de opinión que las mujeres pueden legalmente engendrar de este modo un segundo hijo.”* Leyes de Manu. Manava-Dharma-Sastra. Instituciones religiosas & Civiles de la India. Santiago de Chile: Ediciones Ercilia, 1941.

⁷ 62. *“Que, uma vez obtenido el objeto de esta comisión, según la ley, las dos personas, el hermano y la cuñada, se traten entre si como un padre y una nura.”* Leyes de Manu. Manava-Dharma-Sastra. Instituciones religiosas & Civiles de la India. Santiago de Chile: Ediciones Ercilia, 1941.

⁸ 63. *“Pero um Hermano, ya sea el mayor, ya el menor, que, encargado de cumplir con este deber, no observa la regla prescrita y no piensa sino en satisfacer sus deseos, será degradado en los dos casos: si es el mayor, por haber manchado el lecho de su nura; si es el menor, el de su padre espiritual.”* Leyes de Manu. Manava-Dharma-Sastra. Instituciones religiosas & Civiles de la India. Santiago de Chile: Ediciones Ercilia, 1941.

⁹ 64. *“Una viuda o una mujer privada de hijos no debe ser autorizada por los Dwidjas a conceber valiéndose de otra persona, pues los que le permiten concebir así violan la ley primitiva.”* Leyes de Manu. Manava-Dharma-Sastra. Instituciones religiosas & Civiles de la India. Santiago de Chile: Ediciones Ercilia, 1941.

Art. 81. *“Uma mulher estéril deve ser substituída no oitavo ano; aquela que tenha todos os filhos mortos, no décimo; a que só dá a luz a filhas, no décimo primeiro; a que fala com arrogância, imediatamente.”*¹⁰

Art. 96. *“As mulheres têm sido criadas para dar a luz a filhos, e os homens para gera-los; em consequência, há deveres comuns que devem cumprir o homem em acordo com a mulher.”*¹¹

Já o Código de Hamurabi, no que diz respeito à importância da procriação, previa que¹²:

Parágrafo 128. *“Se um homem tomar uma mulher por esposa, mas não tiver intercurso com ela, essa mulher não era esposa dele”.*

Parágrafo 138. *“Se um homem desejar se separar de sua esposa que não lhe deu filhos, deverá dar-lhe o total do dinheiro da aquisição da noiva e o dote que ela trouxe da casa de seu pai, e deixa-la ir”.*

Parágrafo 139. *“Se não houve aquisição, ele deve dar-lhe uma mina de ouro como presente de libertação.”*

Parágrafo 140. *“Se ele for um liberto, deverá dar a ela um terço de mina de ouro.”*

Parágrafo 144. *“Se um homem tomar uma esposa e essa mulher der a seu marido uma doméstica que lhe dê filhos, mas esse homem desejar tomar outra esposa, isso não lhe será permitido; ele não deve tomar uma segunda esposa.”*

¹⁰ 81. *“Uma mujer estéril debe ser reemplazada al octavo año; aquella a quien se le han muerto todos los hijos, el décimo; la que no da luz sino hijas, el undécimo; la que habia con acitud, inmediatamente.”*Leyes de Manu. Manava-Dharma-Sastra. Instituciones religiosas & Civiles de la Índia. Santiago de Chile: Ediciones Ercilia, 1941.

¹¹ 96. *“Las mujeres han sido creadas para dar a luz hijos, y los hombres para engendrarios; en consecuencia, están ordenados por el Veda deberes comunes que debe cumplir el hombre de concierto con la mujer.”*Leyes de Manu. Manava-Dharma-Sastra. Instituciones religiosas & Civiles de la Índia. Santiago de Chile: Ediciones Ercilia, 1941.

¹² A transcrição dos parágrafos do Código de Hammurabi foi extraído da obra O Código de Hammurabi, Tradução de Leonard William King e tradução para o Português por Julia Vidili. São Paulo: Madras, 2005, entretanto tal obra não faz referência de qual edição do código foi utilizada para a tradução.

Parágrafo 145. *“Se um homem tomar uma esposa e essa mulher não lhe der filhos, e ele pretender tomar outra esposa; se ele tomar essa segunda esposa e a trazer para casa, à segunda esposa não será permitido igualdade com a primeira.”*

Parágrafo 146. *“Se um homem tomar uma esposa e ela der a esse homem uma doméstica que lhe dá filhos, e essa doméstica assumir uma igualdade com a esposa; por ela ter dado à luz seus filhos, o mestre não poderá vendê-la por dinheiro, mas poderá mantê-la como escrava, colocando-a entre as servas.”*

Parágrafo 147. *“Se ela não lhe der filhos, a sua senhora poderá vendê-la por dinheiro.”*

Assim, historicamente, observa-se que a necessidade da procriação entre um casal, possibilitava a intervenção de terceiras pessoas, ainda que de forma natural, até porque as técnicas de reprodução artificial sequer podiam ser imaginadas em tempos mais remotos, constituindo-se numa problemática atual que será abordada oportunamente na presente obra.

No que se refere à reprodução artificial propriamente dita há registros fictícios na mitologia e na religião, senão vejamos:

Na mitologia, Zeus teria visitado Dânae, a qual se encontrava trancada no topo de uma torre de bronze, na forma de uma chuva de ouro, o qual, desta forma, a teria fecundado.

Já pelo cristianismo, Maria teria dado à luz a Jesus, ainda virgem.

As tentativas iniciais de inseminação artificial ocorreram no século XIV, em virtude dos árabes pretenderem criar raças de cavalos mais fortes e resistentes.¹³

¹³ VIEIRA, Oilton Liberati. *As primeiras experiências de inseminação artificial foram no século XIV*. Disponível em: <<http://www.inseminacaoreproduction.blogspot.com.br/2013/09/historia.html>>.

Existem também registros históricos de que na Espanha, no século XV, Enrique IV de Castela, conhecido como “o impotente” e Joana de Portugal, tentaram artificialmente obter uma prole.

Enrique IV não conseguia consumir a cópula em virtude de um problema físico na anatomia funcional de seu órgão genital.

Para garantir sua descendência legítima, o rei Enrique recorreu a medidas excepcionais, ou seja, a concepção sem cópula (*sine concúbito*). Para tanto, chamou um físico chamado Yussef bem Yahia (médico judeu da época) para viabilizar o feito.

A Igreja católica não permitia referida prática, mas a Judaica a ela não se opunha.

Em 28 de fevereiro de 1462, nasce da referida inseminação, D. Juana de Castela, “legitimada pelo Papa Pio II como descendente de Enrique IV de Castela. Mais, a santidade escreve que D. Joana terá concebido “virgem”: “Disseram que se tinha casado com os melhores auspícios e que foi fecundada sem perder a virgindade. Houve quem afirmasse que o sêmen derramado na entrada tinha penetrado nos lugares mais recônditos”.¹⁴

Segundo Genival Veloso de França¹⁵, o propulsor da técnica moderna da reprodução assistida foi o veterinário russo Ivanoff.

O russo Elie Ivanoff, no século XIX destacou-se nas pesquisas de inseminação artificial com mamíferos, como éguas, vacas e ovelhas.

Em 1785, “Thouret, decano da faculdade de Medicina de Paris fecundou sua mulher estéril, aplicando-lhe uma injeção intravaginal de seu esperma”

Mas foi em 1790 que o médico inglês John Hunter realizou, com êxito, pela primeira vez, a inseminação artificial em um ser humano. A técnica reprodutiva referida

¹⁴ CASSOTTI, Marsílio. Apud Antônio Piedade. *A primeira rainha portuguesa inseminada artificialmente*. Disponível em: <<http://www.dererummundi.blogspot.com.br/2012/12/a-primeira-rainha-inseminada.html>>.

¹⁵ FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito Médico*. 10ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 313.

foi realizada em uma mulher com o sêmen de seu marido, que se encontrava impossibilitado de procriar em face de uma deformidade da uretra. Entretanto, a façanha médica não foi bem vista na época nem pela sociedade nem pela medicina.¹⁶

Em 1838, ocorre, ainda por meio da inseminação artificial, a primeira gravidez gemelar.¹⁷

Há relatos de que “Durante a II Guerra Mundial milhares de crianças norte-americanas foram geradas com o sêmen de soldados que lutavam no pacífico, tendo o mesmo ocorrido com soldados ingleses durante a Guerra da Coréia. Nos Estados Unidos a Suprema Corte de Nova Iorque declarou a legitimidade dessas crianças, porém na Inglaterra a Câmara dos comuns proibiu a inscrição, como legítimas, de crianças em razão da doação de sêmen de doador anônimo”.¹⁸

Na Inglaterra, no dia 25 de julho de 1978, nasce o primeiro “bebê de proveta”, advindo do procedimento da fertilização artificial *in vitro*, a saber, uma menina chamada Louise Brown.

Por sua vez, “No Brasil, o primeiro bebê de proveta nasceu na cidade de São José dos Pinhais no dia 07 de outubro de 1984”.¹⁹ Trata-se de uma menina chamada Ana Paula Caldeira.

1.1 Conclusão

É imperioso concluir que a questão da procriação entre o casal sempre foi assunto de suma importância para todas as civilizações, desde os tempos mais remotos.

¹⁶ VIEIRA, Oilton Liberati. *As primeiras experiências de inseminação artificial foram no século XIV*. Disponível em: <<http://www.inseminacaoreproduction.blogspot.com.br/2013/09/historia.html>>.

¹⁷ VIEIRA, Oilton Liberati. *As primeiras experiências de inseminação artificial foram no século XIV*. Disponível em: <<http://www.inseminacaoreproduction.blogspot.com.br/2013/09/historia.html>>.

¹⁸ VIEIRA, Oilton Liberati. *As primeiras experiências de inseminação artificial foram no século XIV*. Disponível em: <<http://www.inseminacaoreproduction.blogspot.com.br/2013/09/historia.html>>.

¹⁹ SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. *Estatuto da Reprodução Assistida*. São Paulo: Saraiva, 2010, p.57.

Sempre houve grande preocupação relativamente à existência necessária da prole em virtude da sucessão genética, a qual inevitavelmente acabava por ensejar também uma sucessão patrimonial hereditária.

A filiação e a fidelidade também sempre foram foco das legislações, desde as mais antigas, sendo que em muitas delas, a infidelidade era punida inclusive com penas físicas, como o apedrejamento e o açoitamento e não raras vezes até com a morte.

Sendo assim, desde os tempos primórdios, nota-se a necessidade de regulamentação legal específica acerca da matéria, entretanto ante as inovações médicas atuais que possibilitam uma reprodução realizada por meios artificiais, esta normatização passa a se tornar ainda mais imprescindível, principalmente em virtude das questões decorrentes da utilização das técnicas de reprodução artificial, como forma, inclusive, de organização da sociedade moderna.

2. CONCEITO DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA:

A reprodução assistida consiste na orientação e assistência com o fim de facilitar a união dos gametas masculino e feminino, de forma natural, por meio da atividade sexual do casal, ou artificial, pela intervenção direta dos médicos por meio das técnicas de reprodução artificial²⁰.

Conforme explicam Carlos Roberto Izzo e Ângela Maggio da Fonseca, as Técnicas de Reprodução Assistida, chamadas pelos médicos de TRAs, “são construídas 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.”²¹

Levando-se em conta que, como visto acima, a reprodução assistida pode dar-se também de maneira natural, parece mais adequada à utilização da terminologia “técnicas de reprodução artificial”, uma vez que estas dependem de intervenção e/ou manipulação direta de profissionais especializados para a coleta de gametas, a formação embrionária ou ainda a gravidez pretendida.

2.1 Conclusão

Resumidamente pode-se concluir que a reprodução pode, atualmente, dar-se de duas maneiras diversas.

A primeira, de forma absolutamente independente pelo casal, sem qualquer tipo de assistência, seja ela, médica, psicológica, ou qualquer outra que se mostre possível.

²⁰ SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. *Estatuto da Reprodução Assistida*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 58.

²¹ 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.

A segunda, de forma assistida, podendo esta ser natural, quando não há qualquer tipo de intervenção física no ato da procriação e a artificial, onde há intervenção de terceiras pessoas para que se concretize a reprodução desejada pelo casal.

Sendo assim, na presente obra, por envolver aspectos da reprodução obtida por meio das técnicas de reprodução realizadas por intermédio de pessoas nelas especializadas, entende-se que a denominação correta a ser utilizada quando de sua referência é a de reprodução artificial, ante o fato da nomenclatura em questão denotar maior especificidade relativamente ao tema aqui abordado.

3. DIFERENÇAS ENTRE FERTILIZAÇÃO, FECUNDAÇÃO, INSEMINAÇÃO E CONCEPÇÃO:

Torna-se necessário esclarecer que o termo fertilização, chamada por alguns doutrinadores de fecundação e inseminação, deles se diferencia.

Para Regina Beatriz Tavares da Silva, “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 *semen* – semente, de modo que significa a colocação do sêmen ou do óvulo fecundado na mulher. No entanto, fecundação e inseminação, por meios artificiais, são utilizadas como expressões sinônimas”.²²

Mas, na verdade, se verifica que o termo “fecundação” lato sensu comporta tanto a fecundação “stricto sensu”, ou seja, aquela originada de forma natural bem como aquela decorrente de manipulação artificial, a qual pode se dar pela fertilização (in vitro, ou seja, de forma extracorpórea) ou pela inseminação (de forma intracorpórea, ou seja, no interior do corpo da mulher).

A fecundação bem como a fertilização ocorrem no momento da penetração do espermatozoide no óvulo.

Já no que se refere à concepção, cumpre explicar que trata-se, na verdade, de uma terminologia jurídica para denominar a ocorrência da fecundação.

3.1 Conclusão

Mostra-se absolutamente relevante a distinção entre as terminologias adotadas, seja na esfera médica, seja na esfera jurídica, até porque, algumas delas, se mostram de específica utilização de uma determinada área científica, como ocorre com a concepção, que é utilizada comumente pela área jurídica.

Aliás, na esfera jurídica, é comum os doutrinadores fazerem confusão quanto aos conceitos referidos, principalmente quando o legislador se utiliza equivocadamente desses termos, fato este que gera inúmeros entraves e discussões jurídicas para tentar solucionar eventuais interpretações errôneas em virtude desta condição.

²² FIUZA, Ricardo (coord.). *Novo Código Civil Comentado*, São Paulo: Editora Saraiva, 2002, p. 1408.

4. TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ARTIFICIAL:

4.1 Inseminação Artificial Intrauterina – (IIU – IAH e IAD) ;

A Inseminação Artificial Intrauterina – IIU, é a mais simples das técnicas e consiste na introdução artificial de espermatozóides no interior do canal genital feminino com o auxílio de um cateter.

4.2 Fertilização *in vitro* convencional com transferência intrauterina de embriões (FIVETE)²³;

Já a Fertilização *in vitro* convencional com transferência intrauterina de embriões (FIVETE) “ocorre em laboratório com a posterior transferência de embriões. A ovulação é geralmente estimulada, os óvulos são colhidos por punção guiada por ultrasonografia 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.”²⁴

4.3 Transferência intratubária de gametas (GIFT)²⁵

Por sua vez, na Transferência intratubária de gametas (GIFT – *Gametha Intra Fallopian Transfer*), “os espermatozóides e oócitos são aproximados e transferidos para a tuba. Assim, o processo de fertilização poderá ocorrer naturalmente à luz desse órgão.”²⁶

²³ 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.

²⁴ BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Bioética e início da vida: alguns desafios*. Aparecida/SP: Centro Universitário São Camilo, 2004, p. 125.

²⁵ 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.

“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”²⁷

4.4 Transferência intratubária de zigoto (ZIFT)²⁸

A Transferência intratubária de zigoto (ZIFT – *Zibot Intra Fallopian Transfer*), “consiste na retirada do óvulo da mulher para fecundá-lo na proveta, com sêmen do marido ou de doador, para depois introduzir o embrião diretamente em seu corpo.”²⁹

“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”³⁰

4.5 Injeção intracitoplasmática de espermatozóide (ICSI)³¹

A Injeção intracitoplasmática de espermatozóide (ICSI – *Intracytoplasmic Sperm Injection*) “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.”³²

²⁶ 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: Revinter, 2005, p. 397.

²⁷ 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: Revinter, 2005, p. 397.

²⁸ 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.

²⁹ SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. *Estatuto da Reprodução Assistida*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 72.

³⁰ QUEIROZ, Juliane Fernandes. *Paternidade: Aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial. Doutrina e jurisprudência*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 73.

³¹ 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.

³² SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. *Estatuto da Reprodução Assistida*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 72/73.

Pode-se citar ainda, como outras técnicas reprodutivas a *Transferência de Citoplasma*, indicada “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 implantação³³,”

E ainda, o tratamento para homens que têm apenas espermátides. “Estas células, precursoras do espermatozóide – são resgatadas dos testículos, maturadas e inseridas no óvulo pela técnica ICSI.”³⁴

4.6 Diagnóstico Genético Pré-implantacional:

A Portaria nº 2.526/GM de 21 de dezembro de 2005³⁵, ao interpretar o inciso XIII do Decreto 5.591 de 22 de novembro de 2005³⁶, entende por diagnóstico pré-implantacional as técnicas que avaliam a possibilidade/ocorrência de doenças genéticas, direcionadas pela história clínica dos indivíduos cujos gametas originaram o embrião.

Na prática, “o Diagnóstico genético pré-implantacional consiste na realização de uma biópsia embrionária, ou seja, a retirada de um ou mais blastômeros que serão posteriormente analisados para a detecção de alterações genéticas.”³⁷

“Até agora, as três maiores aplicações do PGD (Pré-implantacional Genetic Diagnostic) são:

³³ BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Bioética e início da vida: alguns desafios*. São Paulo: Centro Universitário São Camilo, 2004, p. 125.

³⁴ BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Bioética e início da vida: alguns desafios*. São Paulo: Centro Universitário São Camilo, 2004, p. 125.

³⁵ Disponível em: <<http://www.dtr2001.saude.gov.br/sas/PORTARIAS/Port2005/GM/GM-2526.htm>>. A Portaria nº 2.526/GM de 21 de dezembro de 2005 dispõe sobre a informação de dados necessários à identificação de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro*.

³⁶ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/Decreto/D5591.htm>. O Decreto 5.591/2005 regulamenta dispositivos da Lei 11.105, de 24 de março de 2005, que regulamenta os incisos II, IV e V do §1º do art. 225 da CF.

³⁷ ABDELMASSIH, Roger. Aspectos gerais da reprodução assistida. *Revista de Bioética e Ética Médica*. v.9 n.2. Brasília: Conselho Federal de Medicina. 2001, p. 20.

- O sexo de um pré-embrião pode ser confiavelmente determinado através da FISH (fluorescent “in situ” hibridization) usando “probes” específicos para os cromossomos X ou Y. Dessa forma, doenças ligadas ao sexo podem ser determinadas e evitadas;
- A enumeração da composição cromossômica pode ser conseguida através da FISH, permitindo, assim, a determinação da ploidia exata do pré-embrião concomitante com o diagnóstico de certas aneuploidias mais comuns. A FISH pode ser também usada para detectar anomalias cromossômicas estruturais em casos de translocações balanceadas;
- Defeitos genéticos envolvendo um único gene (tais como fibrose cística, anemia falciforme, doença de Tay-Sachs) e outras doenças comuns com alterações genéticas podem ser detectadas pela PCR (Polymerase Chain Reaction).”³⁸

Lembre-se que a Resolução do CFM 1.957/10 estabelece no item 4 relativo aos princípios gerais que “As técnicas de RA não devem ser aplicadas com a intenção de selecionar o sexo (sexagem) ou qualquer outra característica biológica do futuro filho, exceto quando se trate de evitar doenças ligadas ao sexo do filho que venha a nascer.”

4.7 Conclusão

As técnicas de reprodução humana artificial são escolhidas em função da situação fática de cada paciente, em decorrência de anomalias, deficiências ou incompatibilidades físicas e normalmente envolvem custos elevados, embora diferenciados em virtude da técnica adotada.

Importante lembrar que a Resolução 1.957 de 15 de dezembro de 2010, dispunha em seus princípios gerais, que a realização do procedimento da reprodução medicamente assistida deveria ter caráter subsidiário, ou seja, só teria cabimento em última instância, “quando outras terapêuticas tenham se revelado ineficazes ou consideradas

³⁸ ABDELMASSIH, Roger. Aspectos gerais da reprodução assistida. Revista de Bioética e Ética Médica. v.9 n.2. Brasília: Conselho Federal de Medicina. 2001, p. 21.

inapropriadas,”³⁹ e a fecundação de oócitos humanos só poderia ter como única finalidade a procriação humana.

Entretanto, esta foi revogada pela atual resolução 2013/2013 do Conselho Federal de Medicina, a qual, infelizmente, acaba com o caráter subsidiário anteriormente imposto, de forma que hoje, por esta resolução, as técnicas de reprodução assistida se prestam a auxiliar na resolução de problemas de reprodução humana, com o fim de facilitar o processo de procriação, desde que haja probabilidade efetiva de sucesso e não se incorra em risco grave para a paciente ou a futura criança.

É Importante ressaltar que como trata-se de resolução, esta não tem força de lei e portanto não pode ser oposta “erga omnes” com força coercitiva.

Finalmente, cumpre esclarecer ainda que “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*), ou seja, fecundação homóloga, mas se o material genético empregado for de doador teremos a AID (*Artificial Insemination by Donor*), ou seja fecundação heteróloga.”⁴⁰

É evidente que a “*Artificial Insemination by Husband*” engloba a possibilidade de utilização de material genético da mulher do casal que pretende ter o filho e não só o do marido, como se pode equivocadamente pressupor pela terminologia empregada.

³⁹ Anexo único da Resolução CFM nº 1957/10. Normas Éticas para a Utilização das Técnicas de Reprodução Assistida. “I – PRINCÍPIOS GERAIS. 1. As técnicas de reprodução assistida (RA) têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de reprodução humana, facilitando o processo de procriação quando outras terapêuticas tenham se revelado ineficazes ou consideradas inapropriadas.”

⁴⁰ SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. *Estatuto da Reprodução Assistida*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 72.

5. RESOLUÇÕES

5.1 Resolução nº 2013 de 9 de maio de 2013 do CFM (Conselho Federal de Medicina)

No Brasil, ainda não há lei específica regulamentando a reprodução assistida. Entretanto, o Conselho Federal de Medicina, no intuito de suprir esta lacuna legislativa, tomando por base os anseios da sociedade e principalmente da necessidade de produzir regulamentação a respeito desta questão principalmente em relação às condutas éticas a serem seguidas na execução das técnicas de reprodução assistida e controle destas, além da solução de dúvidas por parte dos Conselhos Regionais de Medicina, publicou a resolução 2013, publicada em 9 de maio de 2013, revogando a resolução anterior nº 1957 de 2010.

Importante ressaltar, como já dito anteriormente, que trata-se de uma resolução, que embora regule questões específicas relativamente à reprodução assistida, não tem força de lei e, portanto, a princípio, não se pode exigir seu cumprimento.

A resolução 2013/2013 do Conselho Federal de Medicina impõe como limites para a realização da reprodução assistida, a possibilidade efetiva de sucesso, a inexistência de risco grave à saúde para a paciente ou o possível descendente e o limite etário de 50 anos para a gestatriz, além da exigência de sua capacidade.

Embora a resolução não determine de qual capacidade se refere, parece óbvio que se destine às receptoras capazes legal e fisicamente.

Ao contrário da maioria dos países, e ao contrário do que dispunha a resolução anterior 1957/10 do Conselho Federal de Medicina, a resolução brasileira atual não tem mais caráter subsidiário, ou seja, não se destina tão-somente às hipóteses de não existirem outros métodos eficazes de tratamento para remover as causas da esterilidade ou infertilidade.

Parece que a resolução atual retirou a condição de subsidiariedade da reprodução assistida como ocorria anteriormente tendo em vista a autorização expressa por ela da

possibilidade da utilização das técnicas reprodutivas em questão por casais homossexuais e por pessoas solteiras, embora tenha sido melhor ter utilizado a expressão “unilateral”.

A resolução impõe a exigência do consentimento informado, por escrito e em formulário especial dos pacientes submetidos às técnicas de reprodução assistida, o qual deverá abranger aspectos biológicos, jurídicos, éticos e econômicos.

Determina a resolução a impossibilidade de seleção genética relativamente ao sexo, salvo para evitar doenças a ele ligadas, ou outra característica biológica da criança a ser gerada.

Também impõe a finalidade única e específica da fecundação de oócitos para a procriação humana.

Relativamente à limitação de transferência de oócitos e embriões para a receptora dispõe a lei não poder ser superior a quatro, recomendando, portanto sem caráter de exigência, que não se transfira mais que dois embriões em mulheres com até 35 anos, 3 embriões para mulheres entre 36 e 39 anos e 4 embriões, para aquelas entre 40 e 50 anos, tomando-se por base para a fixação da idade, o momento da coleta dos óvulos.

Importa notar, que nem todas as técnicas de reprodução assistida coletam o óvulo para a fecundação, como ocorre, por exemplo, na técnica da inseminação artificial intrauterina, a qual, embora seja a mais simples das técnicas, consiste na introdução artificial de espermatozóides no interior do canal genital feminino com auxílio de um cateter.

Complementa a resolução que tratando-se de gravidez múltipla, proíbe-se a redução embrionária.

O direito da objeção de consciência do médico é expressamente citado na resolução nos casos de utilização das técnicas de reprodução assistida por casais homossexuais e pessoas solteiras, o que não exclui, outras hipóteses, embora a resolução não as contemple especificamente.

A responsabilidade pelo controle das doenças infectocontagiosas, coleta, manuseio, conservação, distribuição, transferência e descarte de material biológico humano é atribuído, pela resolução, às clínicas, centros ou serviços que aplicam as técnicas de reprodução assistida, os quais deverão ter um diretor técnico responsável e um registro permanente das gestações, nascimentos e malformações de fetos ou recém-nascidos, dos procedimentos laboratoriais e das provas diagnósticas do material genético a ser transferido.

Referidos registros estarão sujeitos à fiscalização por parte dos Conselhos Regionais de Medicina.

Dispõe também a resolução relativamente a possibilidade de doação de gametas e embriões, desde que não haja caráter lucrativo ou comercial.

Não se permite o conhecimento da identidade de doadores e receptores, salvo a dos doadores, pelos médicos e somente por motivos médicos.

Limita-se ainda a idade de 35 anos para doadoras de gametas femininos e 50 anos para o doador de gametas masculinos.

Impõem-se às clínicas, centros ou serviços que empregam a doação, a manutenção permanente, nos termos da lei suplementar, um registro de dados clínicos de caráter geral, características fenotípicas, além de uma amostra de material celular de doadores.

O item IV, 6 da resolução determina que “na região de localização da unidade, o registro de nascimentos evitará que um(a) doador(a) tenha produzido mais que duas gestações de crianças de sexos diferentes, numa área de um milhão de habitantes”.

Por mais louvável que seja a intenção de quem redigiu a resolução em pauta, trata-se somente de uma intenção. Primeiro porque está disposto que se “evitará”, o que não impede que, de fato, se realize referidas gestações. Segundo porque, como a resolução não permite o conhecimento da identidade do doador e receptor para fins civis, não é o número de habitantes que evitará um casamento eventualmente incestuoso, mesmo que a probabilidade seja remota, ela pode ocorrer.

Também dispõe a resolução acerca da escolha dos doadores caberem à unidade, a qual deverá tomar por base a maior semelhança fenotípica e imunológica, além da maior compatibilidade com a receptora.

Proíbe-se a participação de médicos responsáveis e integrantes de equipes multiprofissionais que prestem serviços nas clínicas, unidades ou serviços como doadores de material genético para fins de reprodução assistida.

Inova a resolução permitindo a doação compartilhada de oócitos em reprodução assistida “onde doadora e receptora, participando como portadoras de problemas de reprodução, compartilham tanto do material biológico quanto dos custos financeiros que envolvem o procedimento de RA. A doadora tem preferência sobre o material biológico que será produzido” (IV,9 da resolução).

Permite ainda a resolução a criopreservação de gametas feminino e masculino, embriões e tecidos gonádicos.

Produzidos os embriões, os pacientes deverão tomar conhecimento da sua quantidade para deliberarem quantos serão transferidos, criopreservando-se os demais viáveis, devendo expressamente e por escrito determinarem o destino destes em caso de divórcio, doenças graves, falecimento de qualquer deles e na hipótese de quererem doá-los.

Ao contrário do que dispõe a Lei de biosegurança, dispõe a resolução acerca da possibilidade de descarte dos embriões criopreservados após o decurso do prazo de 5 anos e não apenas para pesquisas de células tronco.

Entretanto, como já foi dito anteriormente a resolução em pauta não tem força de lei e muito menos pode se sobrepor a ela, portanto, é absolutamente inócuo o disposto no item 4 do capítulo V da resolução aqui tratada.

Permite ainda a resolução, a seleção de embriões submetidos a diagnóstico de alterações genéticas causadoras de doenças, além da tipagem do sistema HLA do embrião, para tornar compatível o embrião com filho anterior do casal já afetado da doença, desde que esta tenha como tratamento o transplante de células-tronco ou de órgãos.

Dispõe ainda a resolução que o desenvolvimento de embriões “in vitro” não pode ultrapassar o prazo de 14 dias, o que demonstra claramente a adoção da teoria da teoria genético-desenvolvimentista do pré-embrião ou “critério do 14º dia”.

Relativamente à cessão temporária de útero, a resolução a denomina de gestação de substituição ou doação temporária do útero, sendo esta última terminologia incorreta, visto que não ocorre qualquer tipo de doação do órgão referido.

Esta situação é permitida nos casos de impedimento médico ou contraindicação de gestação pela doadora genética ou em caso de união homoafetiva, sendo que neste caso, não se faz a exigência em questão, o que se mostra, pelo menos quando se trata de um casal homoafetivo de mulheres, contraditório e até discriminatório.

Nesse sentido é o texto da resolução estampado no item VII a seguir transcrito:

“As clínicas, centros ou serviços de reprodução humana podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico ou impeça ou contraindique gestação na doadora genética ou em caso de união homoafetiva”. (grifo nosso)

A resolução é silente quanto à possibilidade de a doadora genética ser terceira pessoa, alheia a relação materna filial, ou seja, que a doadora genética não seja aquela que pretende ser a mãe da criança que será gerada num útero de outra mulher.

O mesmo se diga relativamente a uma relação homoafetiva, visto que mesmo que nenhum dos parceiros seja infértil, não se proíbe que o doador de gametas, pelo menos relativamente ao gameta proveniente do sexo do casal seja pessoa diversa destes, aliás nesse caso, nem se exige a impossibilidade de qualquer destes poderem gestar.

Em contrapartida, a resolução dispõe que se a doadora genética puder gestar e pretender ter filhos, esta não pode se valer de outra mulher que venha a gestar em seu lugar, pois exige para que a gestação de substituição ocorra, que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética.

Infelizmente, ainda existem muitas mulheres que não querem ter seus corpos alterados em função de uma gestação e por isso se valem de uma gestação de substituição mesmo podendo serem as gestatrizes do futuro filho.

Aliás, não se mostra nada razoável que uma mulher que pretenda ser mãe, use os gametas de outra mulher, para gerar uma criança em uma terceira mulher. Nesses casos, a via da adoção não só é a mais recomendada, bem como socialmente aceita e correta.

Isso porque, a gestação de substituição só pode ser realizada por pessoas pertencentes à família de um dos parceiros num parentesco consangüíneo até o 4º grau, respeitando-se o limite máximo de 50 anos.

Equivocadamente a resolução esqueceu-se da figura da tia-avó e sobrinha-neta na linha colateral consangüínea de quarto grau, contemplando expressamente somente as figuras da mãe, da irmã, da avó, da tia e da prima.

Mas felizmente corrigiu erro grave contido na resolução anterior que só contemplava a família da mulher e a possibilidade excepcional de gestação de substituição por outras pessoas alheias a família desta, mediante autorização do Conselho Regional de Medicina.

A resolução determina expressamente a impossibilidade desta gestação de substituição ter caráter lucrativo ou comercial.

Dispõe a resolução que o prontuário do paciente deverá conter:

- 1) Termo de consentimento informado assinado por pais genéticos e quem gestará a criança;
- 2) Relatório contendo o perfil psicológico adequado de quem gestará a criança;
- 3) Descrição por escrito contendo todas as circunstâncias da aplicação da técnica de reprodução assistida;
- 4) Contrato entre pais genéticos e gestatriz, estabelecendo claramente a questão da filiação da criança;
- 5) Os aspectos biopsicossociais envolvidos no ciclo gravídico-puerperal;

- 6) Os riscos inerentes à maternidade;
- 7) A impossibilidade, via de regra, da impossibilidade da interrupção da gravidez;
- 8) A garantia de tratamento e acompanhamento médico à gestatriz até o puerpério;
- 9) A garantia do registro civil da criança;
- 10) Se a gestatriz for casada ou convivente, deverá apresentar, por escrito, a autorização do cônjuge ou convivente.

A possibilidade da reprodução assistida “post mortem” é mencionada na resolução, mas condicionada ao disposto no Código Civil Brasileiro.

E, finalmente, dispõe a resolução que os casos excepcionais nela não previstos, dependerão de autorização do Conselho Regional de Medicina.

5.2 Resolução - RDC nº 29, de 12 de maio de 2008:⁴¹

A Diretoria Colegiada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) adotou a resolução nº 29 de 12 de maio de 2008, publicada no Diário Oficial da União em 13 de maio de 2008, a qual aprova o Regulamento técnico para o cadastramento nacional dos Bancos de Células e Tecidos Germinativos (BCTG) e o envio da informação de produção de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro e não utilizados no respectivo procedimento.

Respectiva resolução visa:

1 – Instituir procedimentos relativos ao Cadastramento Nacional dos Bancos de Células e Tecidos Germinativos (BCTG) e Informação Nacional da Produção dos Embriões Humanos produzidos por técnicas de fertilização in vitro e não utilizados no respectivo procedimento;

2 – Determinar que o envio de informações sobre a produção de embriões humanos produzidos por técnicas de fertilização in vitro deva ser realizado pelos BCTG, nos moldes

⁴¹Disponível em: <http://www.portal.anvisa.gov.br/wps/wcm/connect/d3f7c4804986e29a8e51ff4ed75891ae/RDC_23_2011.pdf?MOD=AJPERES>.

do que dispõe o regulamento descrito na resolução – RDC nº 23, de 27 de maio de 2011, ou a que vier substituí-la;

3 – Instituir o Sistema Nacional de Produção de Embriões – SisEmbrio;

4 – Aprovar, na forma de Anexos, o Regulamento Técnico para o cadastro dos BCTG e envio de informações sobre a produção de embriões humanos produzidos por técnicas de fertilização in vitro e não utilizados no respectivo procedimento.

Cumprе ressalvar que pela Portaria nº 2.526, de 21 de dezembro de 2005, que dispõe sobre a informação de dados necessários à identificação de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro, compete a ANVISA elaborar e manter o cadastro dos embriões produzidos por fertilização in vitro e não utilizados no respectivo procedimento.

Pelo regulamento técnico aprovado, a identificação e o armazenamento de embriões humanos produzidos por técnicas de fertilização in vitro e não utilizados no respectivo procedimento é de responsabilidade do Banco de Células e Tecidos Germinativos (BCTG).

Referido Banco deve atender às exigências legais para a sua instalação e funcionamento, incluindo as descritas na RDC/ANVISA nº 23, de 27 de maio de 2011, que determina Regulamento Técnico para o seu funcionamento.

Cabe lembrar ainda que a criação e a manutenção do Sistema Nacional de Produção de Embriões – SisEmbrio é de responsabilidade da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA e que o preenchimento e atualização do SisEmbrio é de responsabilidade do BCTG.

A resolução em análise traz, no corpo do regulamento Técnico, no item “B”, as seguintes terminologias e definições, além de considerar aquelas já adotadas na Lei de Biossegurança (Lei 11.105/2005):

- a) Banco de células e tecidos germinativos – BCTG: serviço destinado a selecionar doador(a)s, coletar, transportar, registrar, processar, armazenar, descartar e liberar

- células e tecidos germinativos, para uso terapêutico de terceiros ou do(a) próprio(a) doador(a);
- b) Células-tronco embrionárias: células de embrião que apresentam a capacidade de se transformar em células de qualquer tecido de um organismo;
 - c) Fertilização in vitro: a fusão dos gametas realizada por qualquer técnica de fecundação extracorpórea;
 - d) Embriões congelados disponíveis: aqueles congelados até o dia 28 de março de 2005, depois de congelados três anos contados a partir da data do seu congelamento;
 - e) Embriões inviáveis: aqueles com alterações genéticas comprovadas por diagnóstico pré-implantacional, conforme normas específicas estabelecidas pelo Ministério da Saúde, que tiveram seu desenvolvimento interrompido por ausência espontânea de clivagem após período superior a vinte e quatro horas a partir da fertilização in vitro, ou com alterações morfológicas que comprometam o pleno desenvolvimento do embrião;
 - f) SisEmbrio: Sistema Nacional de Produção de Embriões.

5.3 Resolução – RDC nº 23, de 27 de maio de 2011⁴²:

A Diretoria Colegiada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) adotou a resolução nº 23 de 27 de maio de 2011, que substitui a resolução nº 33 de 17 de fevereiro de 2006, a qual aprova o Regulamento técnico contendo os requisitos mínimos para o funcionamento dos bancos de células e tecidos germinativos.

Referida Resolução visa instituir critérios mínimos para o funcionamento dos Bancos de Células e Tecidos Germinativos (BCTG) visando à segurança e qualidade das células, tecidos germinativos e embriões utilizados.

Esta dispõe ainda acerca do funcionamento destes Bancos de Células e Tecidos Germinativos, dos critérios técnicos e operacionais para seleção de doadores e pacientes, da infraestrutura e das características dos ambientes e equipamentos dos BCTG, da coleta, processamento, liberação e transporte das células, tecidos germinativos (com ou sem

⁴²Disponível em <http://www.portal.anvisa.gov.br/wps/wcm/connect/d3f7c4804986e29a8e51ff4ed75891ae/RDC_23_2011.pdf?MOD=AJPERES>.

resultado reagente para doenças infecciosas) e embriões, dos registros e arquivos, da garantia da qualidade e do descarte de resíduos.

Também visa garantir a disponibilidade de células e tecidos germinativos provenientes de doação voluntária e anônima para fins terapêuticos de terceiros ou para manutenção da capacidade reprodutiva do próprio doador, com qualidade e segurança, além de regulamentar o funcionamento de bancos de células e tecidos germinativos para fins terapêuticos reprodutivos.

A resolução ainda aprova, como anexo, o regulamento técnico para o funcionamento dos BCTGs, os quais foram por ela criados.

Referido Banco deve, por determinação expressa do regulamento técnico, implantar um sistema de garantia de qualidade.

O regulamento técnico em questão traz ainda as definições, a seguir dele transcritas:

I – amostra: material biológico (células ou tecidos germinativos) obtido a partir de cada coleta;

II – ambiente: espaço fisicamente determinado e especializado para o desenvolvimento de determinada(s) atividade(s), caracterizado por dimensões e instalações diferenciadas, podendo constituir-se de uma sala ou de uma área;

III – antecâmara: área contígua à sala de processamento que garanta o acesso exclusivo de pessoas a esta;

IV – Banco de Células e Tecidos Germinativos – BCTG: serviço de saúde destinado a selecionar, coletar, transportar, registrar, processar, armazenar, descartar e liberar células, tecidos germinativos e embriões, para uso próprio ou em doação, de natureza pública ou privada;

V – células germinativas: gameta masculino (espermatozoide) e gameta feminino (ovócito ou oócito);

VI – 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;

VII – fertilização in vitro convencional – FIV: técnica de reprodução humana assistida em que a fertilização do oócito pelo espermatozoide ocorre, de maneira espontânea, em laboratório;

VIII – FIV com injeção intracitoplasmática – ICSI: técnica de reprodução humana assistida onde a fertilização é obtida por meio da injeção de um único espermatozóide, no citoplasma do oócito, utilizando-se da técnica de manipulação;

IX – gameta (ovócito e espermatozoide): célula germinativa, que ao se unir a outra célula germinativa origina uma célula diploide, que pode se desenvolver e resultar em um novo indivíduo;

X – garantia de qualidade: conjunto de atividades planejadas, sistematizadas e implementadas no sistema de qualidade, que venham a conferir um nível de confiança adequado aos produtos e serviços;

XI – micromanipulação: conjunto de técnicas de laboratório para a manipulação de espermatozoides, oócitos e pré-embriões com a utilização de microscópio óptico, micropipetas ou microagulhas e micromanipulador;

XII – processamento do sêmen: conjunto de técnicas laboratoriais com fins de preparo prévio a criopreservação ou para seleção e separação dos espermatozoides em técnicas de reprodução humana assistida;

XIII – reprodução humana assistida: inclui as técnicas utilizadas para obtenção de uma gravidez sem relação sexual;

XIV – sêmen: fluído composto por células germinativas e secreções produzidas pela próstata, ducto deferente distal e vesículas seminais, adicionais sequencialmente, e eliminado pela uretra durante a ejaculação;

XV – sala de coleta: unidade destinada ao desenvolvimento de atividades relacionadas à coleta de oócitos, coleta de espermatozoides e coleta de tecidos germinativos;

XVI – tecido germinativo: tecido de origem ovariana ou testicular, contendo células germinativas;

XVII – treinamento: ação presencial voltada ao desenvolvimento de habilidades predominantemente motoras e ao aprendizado de atividades operacionais, sem dispensar a parte cognitiva; e

XVIII – 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.

5.4 Conclusão

Ante a inexistência de legislação brasileira regulamentadora das técnicas de reprodução assistida e, levando-se em conta, a prática cada vez mais freqüente destas, deve-se valer, com muito resguardo das resoluções em questão.

Se de um lado, estas solucionam e dirimem dúvidas de médicos e clínicas acerca de suas condutas relativamente as técnicas de reprodução assistida, as mesmas não têm, como já dito anteriormente, força jurídica para impor ou mesmo impedir que as pessoas reivindicuem seus direitos frente a eventuais injustiças que possam decorrer destas normativas.

Entretanto, não resta dúvida de que estas devam servir como uma diretriz, ou seja, um norte, enquanto estas lacunas jurídicas não forem devidamente preenchidas.

6. INÍCIO DA VIDA HUMANA E DA VIDA VIÁVEL

Inicialmente deve-se ressaltar, que toda a problemática envolvendo o embrião como sujeito de direitos versa sobre o momento em que se inicia a vida humana.

A doutrina é uníssona em afirmar que existe vida humana desde a fecundação, todavia, grande parte dela entende que a vida viável somente ocorre com a gravidez, a qual só pode ser assim considerada a partir da nidificação.

6.1 Embriologia

A Embriologia consiste na “ciência que estuda a formação e o desenvolvimento dos órgãos e sistemas do ser humano...se ocupa das transformações sofridas pelo óvulo até o nascimento. Em termos didáticos, engloba o período de gametogênese, fertilização, clivagem, gastrulação e organogênese”.⁴³

“O primeiro método utilizado na investigação do desenvolvimento embrionário foi o da observação. Aristóteles, estudando embriões de aves, foi o primeiro a fornecer informações corretas sobre o desenvolvimento do embrião. Infelizmente só depois da Idade Média é que apareceram os novos dados, com as observações precisas de Fabrizio D’Acquapendente (1537-1619). Willian Harvey (1578-1667) e Marcelo Malpighi (1628-1694). A embriologia porém só veio a se firmar como ciência após os trabalhos de Von Baer (1792-1876), considerado o pai da embriologia moderna, foi ele quem identificou o óvulo dos mamíferos, distinguindo-o do folículo de Graaf e também demonstrou a importância dos folhetos germinativos no desenvolvimento embrionário. Só após o estabelecimento da teoria celular (1839) foram lançadas as linhas mestras da embriologia atual”.⁴⁴

⁴³KAVALCO, Karine. *Desenvolvimento Embrionário Humano*. Disponível em :
<[Http://www.Portalsaofrancisco.com.br/alfa/desenvolvimento-embrionario-humano.php](http://www.Portalsaofrancisco.com.br/alfa/desenvolvimento-embrionario-humano.php)> p. 2

⁴⁴KAVALCO, Karine. *Desenvolvimento Embrionário Humano*. Disponível em :
<[Http://www.Portalsaofrancisco.com.br/alfa/desenvolvimento-embrionario-humano.php](http://www.Portalsaofrancisco.com.br/alfa/desenvolvimento-embrionario-humano.php)> p. 3

“O desenvolvimento de cada ser humano começa com a fecundação do óvulo pelo espermatozóide. Após a fecundação tem início uma série de eventos que caracterizam a formação do zigoto que dará origem ao futuro embrião.

O zigoto é uma célula única formada pela fusão do óvulo com o espermatozóide e na qual estão presentes os 46 cromossomos provenientes dos gametas dos pais, cada um contendo 23 cromossomos.

A partir de 24 horas contadas após a fecundação, o zigoto começa a sofrer sucessivas divisões mitóticas, inicialmente originando inúmeras células até que por volta do 6o dia após a fecundação, já no útero, esse conjunto de células se implanta no endométrio. Damos a esse fenômeno o nome de nidação.

No endométrio uterino o embrião irá crescer e se desenvolver, até que na 9ª semana de gestação passa a ser chamado de feto.”⁴⁵

Segundo Paulo Margotto, o início do período embrionário se dá com a fertilização do óvulo e dura até a 8ª semana, época em que já pode ser reconhecido como ser humano.⁴⁶

Outros autores entendem que o período embrionário (organogênese) vai da 4ª à 8ª semana.⁴⁷

6.2 Definição de embrião inviável

Tomando-se por base o Decreto n. 5.591/2005, que regulamenta os dispositivos da Lei 11.105/2005, a saber, a Lei de biossegurança, consoante dispõe seu art. 3o, XIII, consideram-se “embriões inviáveis: aqueles com alterações genéticas comprovadas por diagnóstico préimplantacional, conforme normas específicas estabelecidas pelo Ministério da Saúde, que tiveram seu desenvolvimento interrompido por ausência espontânea de

⁴⁵ KAVALCO, Karine. *Desenvolvimento Embrionário Humano* Disponível em : <<http://www.Portalsaofrancisco.com.br/alfa/desenvolvimento-embrionario-humano.php>> p. 2.

⁴⁶ MARGOTTO, Paulo. *Crescimento e desenvolvimento fetal*. Disponível em: <[Http://www.paulomargotto.com.br/documentos/crescimento_desenvolvimento_fetl.ppt](http://www.paulomargotto.com.br/documentos/crescimento_desenvolvimento_fetl.ppt)>.

⁴⁷ KAVALCO, Karine. *Desenvolvimento Embrionário Humano*. Disponível em : <<http://www.Portalsaofrancisco.com.br/alfa/desenvolvimento-embrionario-humano.php>> p. 3.

clivagem após período superior a vinte e quatro horas a partir da fertilização in vitro, ou com alterações morfológicas que comprometam o pleno desenvolvimento do embrião.”

6.3 Fases do Desenvolvimento Embrionário Humano

O desenvolvimento embrionário humano, também chamado de embriogênese, é um processo contínuo que tem como termo inicial a fecundação do ovócito pelo espermatozóide, e dura até o nascimento.⁴⁸

Iniciada a fecundação, esta ativa o ovócito de forma autônoma e caracteriza-se por uma sucessão temporal de diferentes etapas de fertilização.⁴⁹

Celso Piedemonte de lima, em sua obra genética humana, explica detalhadamente a fase inicial da fecundação explicitada, em parte, a seguir.⁵⁰

Antes de chegar ao ovócito, o espermatozoide tem que atravessar a coroa radiada, ou seja, uma barreira física do ovócito contra a penetração deste. Para possibilitar a penetração é produzida uma enzima (hialuronidase) por todos os espermatozoides, em pequena quantidade por parte de cada um deles, com o fim de dissolver as substâncias que mantêm as células unidas.

Após penetrar a coroa radiada, o espermatozoide atravessa uma camada acelular gelatinosa (zona pelúcida), constituída de proteínas e carboidratos, alcança a membrana celular e a atravessa. Logo em seguida, forma-se em torno do ovócito uma nova membrana (membrana de fecundação) que impede a penetração de outros espermatozoides.

E, depois de penetrar no citoplasma do ovócito, o espermatozoide perde a cauda, seu núcleo cresce e seus cromossomos simples se duplicam de modo que cada um deles

⁴⁸ MARTINS, Elisa. *Desenvolvimento Embrionário Humano*. Disponível em <<http://www.infoescola.com/embriologia/desenvolvimento-embrionario-humano.html>> p.2.

⁴⁹ DIAS, Luiza. *Etapas do desenvolvimento Embrionário*. Disponível em: <[Http://laboratoriodebiologiauneb.blogspot.com.br/2011/02/etapas-do-desenvolvimento-embrionario.html](http://laboratoriodebiologiauneb.blogspot.com.br/2011/02/etapas-do-desenvolvimento-embrionario.html)> p.1.

⁵⁰ LIMA, Celso Piedemonte de. *Genética Humana*. 3ª ed., São Paulo: Harbra, 1996.

fica com duas cromátides. Ao mesmo tempo, o ovócito fecundado termina sua meiose e os cromossomos que ficam no interior da célula (que passa a se chamar de óvulo), duplicam-se e se condensam tal como os do espermatozoide. Os envoltórios dos dois núcleos se desintegram, mas seus cromossomos não se reúnem, de modo que não chega a se formar um verdadeiro núcleo zigótico: os cromossomos maternos e paternos, já duplicados e condensados, prendem-se ao fuso e o zigoto entra diretamente em metáfase.

Com a fecundação, a estrutura gerada passa a ser chamada de zigoto, o qual passa a se dividir de forma a desencadear o desenvolvimento de órgãos e tecidos, passando a ser denominado de embrião até o final da 8ª semana após a fertilização.⁵¹

O zigoto é uma célula única gerada pela fusão dos gametas feminino, contendo 23 cromossomos, e masculino, contendo também 23 cromossomos, formando os 46 cromossomos⁵² e é no período de 8 a 12 horas contado da fecundação, que, com a fusão pronuclear inicia-se a diferenciação celular.⁵³

Após a fecundação, o zigoto percorre a tuba e se divide várias vezes por mitoses que se caracterizam por terem uma intérfase muito breve.⁵⁴

Em 24 horas contadas da fecundação, o zigoto começa a sofrer inúmeras sucessões mitóticas pelo processo denominado clivagem ou segmentação e onde são formados os blasfômeros.⁵⁵

As divisões se sucedem com grande regularidade, formando um conjunto de 16 células (mórula) que chega ao útero.⁵⁶

⁵¹ MARTINS, Elisa. *Desenvolvimento Embrionário Humano*. Disponível em <<http://www.infoescola.com/embriologia/desenvolvimento-embrionario-humano.html>> p.1.

⁵² DIAS, Luiza. *Etapas do desenvolvimento Embrionário*. Disponível em: <[Http://laboratoriodebiologiauneb.blogspot.com.br/2011/02/etapas-do-desenvolvimento-embrionario.html](http://laboratoriodebiologiauneb.blogspot.com.br/2011/02/etapas-do-desenvolvimento-embrionario.html)> p.1.

⁵³ KAVALCO, Karine. *Desenvolvimento Embrionário Humano*. Disponível em: <<http://www.Portalsaofrancisco.com.br/alfa/desenvolvimento-embrionario-humano.php>> p. 2.

⁵⁴ LIMA, Celso Piedemonte de. *Genética Humana*. 3ª ed., São Paulo: Harbra, 1996, p. 51.

⁵⁵ MARTINS, Elisa. *Desenvolvimento Embrionário Humano*. Disponível em <<http://www.infoescola.com/embriologia/desenvolvimento-embrionario-humano.html>> p.1.

⁵⁶ LIMA, Celso Piedemonte de. *Genética Humana*. 3ª ed., São Paulo: Harbra, 1996. P.51.

A segmentação se dá em 48 horas a contar da fecundação, momento em que, “reposto o número diplóide de cromossomos (46,XX ou 46,XY), o zigoto inicia divisões mitóticas sucessivas. A clivagem embrionária origina um embrião com 2-4 células (ou blastômeros). Ao 3º e 4º dia, o embrião apresenta 6-8 blastômeros, as divisões mitóticas dão origem a um embrião com cerca de 64 blastômeros (fase de mórula)”.⁵⁷

A blástula se inicia no 5º dia e vai até o 7º dia, quando, na cavidade uterina, a mórula transforma-se num blastocisto. O embrião percorre a tuba uterina até chegar ao endométrio, onde se implanta (nidação) e se inicia a formação da placenta.⁵⁸

Por volta do 12º dia após a fecundação, o blastocisto está totalmente implantado, aparecendo como uma diminuta saliência na superfície do endométrio.⁵⁹

Entre a 1ª e a 3ª semanas, tem início a fase da Gastrulação, quando “é definido o plano corporal do indivíduo, a partir dos folhetos germinativos: ectoderma, endoderma e mesoderma. As células da blástula se rearranjam. Células migradas para a região interna (endoderma e mesoderma) serão, posteriormente, diferenciadas em músculos e órgãos internos; e as superficiais (ectoderma), em sistema nervoso e pele.

A blastocese desaparece, dando origem a uma estrutura denominada arquêntero, que se modificará em tubo digestório. O arquêntero se comunica com o exterior por uma estrutura denominada blastóporo.

A partir da 4ª semana, na fase da Organogênese “ocorre a diferenciação dos folhetos em órgãos. Ela se inicia, nos cordados, com a neurulação, que consiste na formação do tubo neural a partir da ectoderme. Notocorda e celoma também são formados, sendo este último delimitado pela mesoderme”.⁶⁰

⁵⁷ DIAS, Luiza. *Etapas do desenvolvimento Embrionário*. Disponível em: <<http://laboratoriodebiologiauneb.blogspot.com.br/2011/02/etapas-do-desenvolvimento-embrionario.html>> p.1.

⁵⁸ DIAS, Luiza. *Etapas do desenvolvimento Embrionário*. Disponível em: <<http://www.laboratoriodebiologiauneb.blogspot.com.br/2011/02/etapas-do-desenvolvimento-embrionario.html>> p.1.

⁵⁹ LIMA, Celso Piedemonte de. *Genética Humana*. 3ª ed., São Paulo: Harbra, 1996, p. 53.

⁶⁰ LIMA, Mariana Araguaia de Castro Sá. *Fases do desenvolvimento embrionário*. Disponível em: <<http://mundoeducacao.com/biologia/fases-desenvolvimento-embrionario.html>> p. 1.

Entre a 8^a e a 9^a semanas, o embrião passa a ser denominado de feto, muito embora esse prazo varie de autor para autor.

O nascimento do feto se dará cerca de 9 meses após a fecundação.

6.4 Conclusão

O momento específico de quando surge o embrião, não é definido nem pela medicina e muito menos pelo direito.

Isso se deve ao fato de que o tempo da divisão celular diverge de um ser para outro, não podendo ser precisado com exatidão, daí a utilização da terminologia “desenvolvimento embrionário” para caracterizar a existência deste.

Entretanto, tal definição é de suma importância se atrelarmos a condição de embrião ao início da vida humana.

Mas, se tomarmos como base para a caracterização do início da vida humana, a fecundação, quando ocorre a penetração do espermatozóide no óvulo, como parece ser o mais correto, o momento específico em que o embrião passa a ser assim denominado, passa ser despicando, pois os direitos daquele ser fecundado, já estarão resguardados, desde então, por se tratar, a partir deste momento, de uma vida humana.

Cumpramos ressaltar, que em termos médicos, Zigoto é a terminologia adequada para definir o ser gerado a partir da fecundação, devendo este ser protegido legalmente, sendo-lhe atribuídos os direitos jurídicos a ele correspondentes como se embrião fosse, visto que para fins de Direito, este ser é tratado, pela maioria dos doutrinadores, equivocadamente como embrião, devendo-se, portanto, acatar com a ressalva explicitada, esta denominação.

Sendo assim, para fins didáticos e para evitar maiores confusões terminológicas, o zigoto é tratado nesta obra como embrião, mesmo quando este ainda se encontra em fase unicelular.

O mesmo se diga relativamente ao ovócito, já que este só pode tecnicamente ser chamado de óvulo, somente quando termina sua meiose, mas que para fins didáticos não é feita a devida diferenciação.

7. TEORIAS ACERCA DO INÍCIO DA VIDA

7.1 Teoria Concepcionista

Segundo Cristiane Bauren Vasconcelos⁶¹, “esta corrente reconhece o início da vida humana no exato momento da fecundação do ovócito secundário pelo espermatozóide”.

Assim, pela referida fusão entre os 23 cromossomos masculinos e femininos, surge inicialmente o zigoto, a saber, um embrião ainda unicelular, resultante da fusão pronuclear, o qual, conforme as palavras da autora, “é detentor e executor do seu programa genético e auto-impulsionador do seu próprio desenvolvimento. Já contém todas as características pessoais de um ser humano adulto, como sexo, grupo sanguíneo, cor da pele, olhos etc., e até mesmo eventuais patologias genéticas de manifestação futura determinadas.”

Desta forma, depreende-se que a partir deste momento surge um DNA (ADN – ácido desoxirribonucléico) próprio deste zigoto, capaz de torná-lo único.

7.1.1 Fertilização, fecundação, concepção e compreensão dos períodos iniciais da formação do embrião

Como dito anteriormente, tanto a fecundação quanto a fertilização ocorrem no momento da penetração do espermatozóide no óvulo.

Assim, “desde a penetração do espermatozóide no ovócito secundário até a efetiva fusão dos seus pronúcleos e dissolução de suas membranas, decorre um lapso temporal de aproximadamente 12 horas. Somente após esse período é que se deve falar em concepção de uma vida geneticamente distinta da dos genitores”⁶².

⁶¹ VASCONCELOS, Cristiane Beuren. *A proteção jurídica do ser humano in vitro na era da biotecnologia*. São Paulo: Atlas, 2006.

⁶² VASCONCELOS, Cristiane Beuren. *A proteção jurídica do ser humano in vitro na era da biotecnologia*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 38.

Com a junção dos pró-núcleos masculino e feminino, surge o ovo ou zigoto, o qual começa a se dividir e a se desenvolver.

Após, por divisões mitóticas sucessivas inicia-se o processo de clivagem, “que após a formação dos blastômeros e da mórula, resulta no blastocisto, estrutura com uma camada externa de células, e uma massa interna, o embrioblasto”.

Para alguns autores, o período embrionário, “se estende da formação do zigoto até o segundo mês de desenvolvimento”, “e o período fetal vai do terceiro mês até o nascimento”⁶³.

Entretanto, há quem entenda, como se pode deduzir dos ensinamentos de Jérôme Lejeune⁶⁴, que só quando o zigoto se subdivide este torna-se embrião.

7.1.2 Teorias da singamia e da cariogamia

Daí o surgimento das teorias da singamia, que significa fusão dos gametas, a qual dispõe que no momento da fecundação principia a vida humana em virtude da irreversibilidade do processo desencadeado e da cariogamia, que significa fusão dos núcleos, segundo a qual, somente após a fusão nuclear (entre os pronúcleos masculino e feminino no interior do ovo⁶⁵) se estaria diante “de um indivíduo singular, com genoma único e diferenciado dos demais seres humanos”.⁶⁶

Entende-se por esta teoria concepcionista que o ser humano é tido como pessoa desde a concepção, sendo que “o conceito não é um ser humano em potência, sendo potencial apenas o seu desenvolvimento”⁶⁷.

⁶³ DUARTE, Geraldo; FONTES, José Américo Silva. *O nascituro visão interdisciplinar*. Belo Horizonte: Atheneu, 2009.

⁶⁴ LEJEUNE, Jérôme. Apud MESTIERI, João. *Embrião*. Revista Jurídica Consulex. N° 32. Brasília: Consulex, 1999, p. 43.

⁶⁵ SILVA, Reinaldo Pereira e. Apud VASCONCELOS, Cristiane Beuren. *A proteção jurídica do ser humano in vitro na era da biotecnologia*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 40.

⁶⁶ VASCONCELOS, Cristiane Beuren. *A proteção jurídica do ser humano in vitro na era da biotecnologia*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 39.

⁶⁷ ATLAN, Henri. Apud VASCONCELOS, Cristiane Beuren *A proteção jurídica do ser humano in vitro na era da biotecnologia*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 40.

7.2 Teorias genético-desenvolvimentistas

Referidas teorias decorrem em função do desenvolvimento do embrião, dependendo do estágio em que este se encontra para definir o marco inicial da vida humana.

São elas:

7.2.1 Teoria do Pré-embrião ou “critério do 14º dia”

Surgiu esta teoria em virtude de uma publicação de um documento realizada em 1984, na Inglaterra, denominado “relatório Warnock sobre Fertilização e Embriologia”⁶⁸, no qual se defende que o conceito é “tão-somente uma célula progenitora humana dotada de capacidade para originar um ou mais indivíduos da mesma espécie”⁶⁹

Os defensores desta teoria sustentam que:

- A) Até o 14º dia não se pode detectar a possibilidade da existência de gêmeos monozigóticos, a qual, de per si, “impediria o reconhecimento de uma individualidade humana em ato”⁷⁰.
- B) “A perda da qualidade de totipotência do conceito”, já que esta “caracteriza o zigoto e as primeiras células decorrentes de sua clivagem. Nesta fase, não há ainda a especialização, ou seja, não estão ainda definidas quais células deverão formar o embrião propriamente dito e as que se destinarão à formação das estruturas extra-embrionárias (placenta). Esta indistinção celular vedaria o reconhecimento da individualidade humana”⁷¹, e;
- C) “O aparecimento da linha primitiva no conceito, a imprimir-lhe o signo de um novo ser humano. A linha primitiva organiza a estrutura do corpo humano embrionário. Após este estágio, ademais, a possibilidade de cisão gemelar é praticamente nula”⁷²

⁶⁸ VASCONCELOS, Cristiane Beuren. *A proteção jurídica do ser humano in vitro na era da biotecnologia*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 41/42.

⁶⁹ SILVA, Reinaldo Pereira e. Apud VASCONCELOS, Cristiane Beuren. *A proteção jurídica do ser humano in vitro na era da biotecnologia*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 42.

⁷⁰ VASCONCELOS, Cristiane Beuren. *A proteção jurídica do ser humano in vitro na era da biotecnologia*. São Paulo: Atlas, 2006, nota de rodapé 23, p. 42.

⁷¹ VASCONCELOS, Cristiane Beuren. *A proteção jurídica do ser humano in vitro na era da biotecnologia*. São Paulo: Atlas, 2006, nota de rodapé 24, p. 42.

⁷² VASCONCELOS, Cristiane Beuren. *A proteção jurídica do ser humano in vitro na era da biotecnologia*. São Paulo: Atlas, 2006, nota de rodapé 25, p. 42.

Aqueles que pretendem derrubar a sustentação desta teoria entendem que apesar da impossibilidade da detecção de eventual cisão gemelar até esta fase, entende-se que pelo menos uma vida em ato já exista.

Todavia não são incomuns casos em que não se forme qualquer ser vivo.

Também sustentam que mesmo ainda não havendo “especialização das células totipotentes, elas já contêm em si toda a informação genética necessária para essa dissociação”⁷³.

E no que se refere à necessidade do surgimento da linha primitiva, entendem que o zigoto já possui seu próprio genoma, o qual contém necessariamente o código genético determinador de sua situação futura.

Há quem entenda que a intenção real da adoção do conceito de pré-embrião consiste em propiciar a experiência científica em seres humanos vivos⁷⁴, bem como na manipulação genética do embrião humano⁷⁵.

Segundo Jérôme Lejeune⁷⁶, a fertilização do óvulo pelo espermatozóide forma o zigoto, e quando este se subdivide torna-se embrião, sendo que “Desde a existência da primeira célula todos os elementos individualizadores (tricks of the trade) para transformá-lo num ser humano já estão presentes”.

Assim, para ele não há que se falar em pré-embrião, porque antes dele, “nada existe”

E aduz ainda que “Nenhum cientista jamais opinou no sentido de que um embrião seja um bem (*property*). No momento em que é concebido, um homem é um homem”.

⁷³ VASCONCELOS, Cristiane Beuren. *A proteção jurídica do ser humano in vitro na era da biotecnologia*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 42.

⁷⁴ SILVA, Reinaldo Pereira e. Apud VASCONCELOS, Cristiane Beuren. *A proteção jurídica do ser humano in vitro na era da biotecnologia*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 43.

⁷⁵ VASCONCELOS, Cristiane Beuren. *A proteção jurídica do ser humano in vitro na era da biotecnologia*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 43.

⁷⁶ LEJEUNE, Jérôme. Apud MESTIERI, João. *Embrião*. Revista Jurídica Consulex. N° 32. Brasília: Consulex, 1999, p. 43.

7.2.2 Teoria da Nidação do ovo

Esta teoria dispõe que somente a partir da fixação do ovo no útero materno é que se pode cogitar o início da vida viável.

Muito se deve pelo fato de que somente a partir dessa nidação é que se considera grávida a mulher, sob a ótica médica.

Segue o mesmo raciocínio o Direito Penal, visto que para ele só se pode cogitar do crime de aborto, se já tiver ocorrido a nidação.

Os defensores desta teoria explicam que⁷⁷ “Tendo em vista que esta fase começa em torno do sexto dia – quando começam a ocorrer as primeiras trocas materno-fetais – e termina entre o sétimo e o décimo segundo dia após a fecundação, pela doutrina da nidação do ovo, enquanto este estágio evolutivo não for atingido, existe tão-somente um amontoado de células, que constituiriam os alicerces do embrião”.

Muito embora esta corrente determine que só seja viável o desenvolvimento dos embriões dentro do útero materno, após o implante e a nidação, já há notícia de nascimento de criança oriunda de gravidez abdominal⁷⁸.

É evidente que, neste caso, foi necessária intervenção humana com recursos externos para que fosse viável referida gravidez.

Também deve-se considerar que “Ao se subordinar a aquisição de direitos pelo embrião pré-implantatório à condição representada pela sua transferência ao útero seguida de nidação, seja sob o caráter suspensivo, seja pelo resolutivo, estar-se-ia reduzindo a referida titularidade à vontade de outrem.”⁷⁹

⁷⁷ VASCONCELOS, Cristiane Beuren. *A proteção jurídica do ser humano in vitro na era da biotecnologia*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 44.

⁷⁸ FRANÇA, Genival Veloso de. Apud ALMEIDA, Silmara J.A. Chinelato e. *Tutela Civil do Nascituro*, São Paulo: Saraiva, 2000, nota 31, p. 117.

⁷⁹ MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. *Os embriões mantidos em laboratório e a proteção da pessoa: o novo Código Civil brasileiro e o texto constitucional* In: BARBOZA, Heloisa Helena et. al. *Novos temas de bioética e biodireito*, p. 88.

7.2.3 Teoria Natalista

Referida teoria entende que somente a partir do nascimento com vida é que se adquire a personalidade jurídica, ante a ausência de autonomia biológica do conceito até então.

Entretanto, hoje já é pacífico o entendimento de que “desde a concepção, o indivíduo gerado é autônomo, distinto do organismo materno e autogerenciador do seu próprio desenvolvimento”⁸⁰.

São adeptos desta teoria: Sílvia Rodrigues, Caio Mário da Silva Pereira, José Cretella Júnior, João Manoel Carvalho Santos, João Álvaro Dias, Paulo Carneiro Maia, Sady Cabral Gusmão, H. Tristram Engelhardt Júnior e Sérgio Abdalla Semião.⁸¹

7.2.4 Teoria da Personalidade Condicional

Por esta teoria, desde a concepção já se cogita da personalidade jurídica, entretanto, esta fica condicionada ao nascimento com vida.

Embora alguns autores, como Cristiane Beuren Vasconcelos⁸², entendam que esta condição se torna resolutiva no caso do conceito nascer sem vida, outros, sustentam ser a condição suspensiva, de forma que os efeitos decorrentes da personalidade jurídica só ocorreriam após o nascimento com vida.

Na hipótese de adoção desta Teoria Conceptionista, parece mais acertada a última posição, pois se já se caracterizar a ocorrência dos efeitos decorrentes da personalidade jurídica desde o início da concepção, perfeita a condição do nascimento com vida, nada se alteraria, salvo se atribuírem, neste caso, somente alguns efeitos relativos à personalidade

⁸⁰ VASCONCELOS, Cristiane Beuren. *A proteção jurídica do ser humano in vitro na era da biotecnologia*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 45.

⁸¹ VASCONCELOS, Cristiane Beuren. *A proteção jurídica do ser humano in vitro na era da biotecnologia*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 46.

⁸² VASCONCELOS, Cristiane Beuren. *A proteção jurídica do ser humano in vitro na era da biotecnologia*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 47.

jurídica, para após o nascimento com vida, e, ainda assim, tratar-se-ia, nesta parte, de condição suspensiva.

São adeptos desta Teoria: Arnold Wald, Orlando Gomes, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, Serpa Lopes, José Roque Junges, Washington de Barros Monteiro,⁸³ e Sílvio de Salvo Venosa.

7.3 Conclusão

Diversas são as teorias que pretendem caracterizar o início da vida humana, dentre elas podemos citar a teoria concepcionista, a teoria do pré-embrião ou “critério do 14º dia”, a teoria da nidação do ovo, a teoria natalista e a teoria da personalidade condicional.

A importância da caracterização deste momento reflete diretamente na necessidade de resguardo de seus direitos e na condição de ser humano com desenvolvimento potencial que deve ser plenamente respeitada.

Em busca de uma pacificação acerca do reconhecimento do início da vida humana é que se busca, por meio destas teorias, comprovar as teorias sustentadas por seus criadores.

Parece, dentre todas elas, a mais lógica e correta, para justificar o início da vida humana, a teoria concepcionista na singamia, ou seja, no momento extato em que ocorre a fusão dos gametas masculino e feminino, principalmente ante a irreversibilidade do processo desencadeado.

Enquanto a fecundação ocorria dentro do corpo da mulher, só se discutia tal preceito, para caracterizar a prática do aborto, mas com a possibilidade desta ocorrer “in vitro”, surgem inúmeras outras situações que devem ser regulamentadas e daí a necessidade da caracterização deste momento tão crucial para o desenvolvimento humano.

⁸³ VASCONCELOS, Cristiane Beuren. *A proteção jurídica do ser humano in vitro na era da biotecnologia*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 48.

Certo e indiscutível, é o fato de que sem a penetração do espermatozóide no ovócito, não se cogita da possibilidade de existir qualquer vida humana, o que torna esse momento de extrema relevância e essencialidade para a sua existência.

Sendo assim, a partir do momento em que o estopim para que exista futuramente uma pessoa, seja a fusão dos gametas, demonstra-se claramente que este momento é o início irreversível de tudo, ou seja, da vida humana gerada.

Todas as demais teorias, tratam de um momento futuro, onde o ser gerado já se encontra em desenvolvimento, ou seja, após a existência previa deste.

Se o ser gerado vai ou não se desenvolver, dentro ou fora do ventre materno, só diz respeito à condição de ser humano, pois nem todos nós, seres humanos, temos a sorte de nos desenvolvermos plenamente, seja física ou mentalmente e todos nós, um dia, morreremos, uns mais cedo e outros mais tarde.

8. CONSIDERAÇÕES RELEVANTES ACERCA DA PERSONALIDADE JURÍDICA

8.1 Aquisição da personalidade jurídica

O marco inicial da vida ganha relevância no que se refere à aquisição da personalidade jurídica, motivo pelo qual torna-se imprescindível fixá-lo.

Conforme visto no capítulo anterior, diversas são as teorias acerca do início vital do conceito humano e é em função deste momento, que seus direitos passarão a ser resguardados pelo Direito, como se verá a seguir.

8.2 Personalidade jurídica formal e material e direitos correlatos do embrião

Relativamente à regulamentação legal acerca da personalidade jurídica da pessoa podem-se citar as seguintes normativas jurídicas:

No Código Civil tem-se como relativos aos direitos do nascituro os seguintes artigos: Art. 2º, art. 1.609, parágrafo único, art. 1779 e 1798;

Já no Código Penal, encontram-se dispostos os arts. 124 a 127, 128, I e II;

A respeito do assunto podemos citar ainda as seguintes leis especiais:

Lei n. 8.069/90, arts. 7º a 10, art. 208, VI, art. 228 e parágrafo único, art. 229 e parágrafo único; e a

Lei 11.105/2005, arts. 6º, III, art. 24 e art. 25.

Sendo assim, com base nessas legislações, dentre os direitos postos a salvo, desde a concepção, pode-se citar o direito aos alimentos, à vida, a assistência pré-natal, ao curador

no caso de incapacidade de seus genitores, a herança, de ser donatário, de ser reconhecido como filho, entre outros.⁸⁴

Inicialmente cumpre esclarecer que quando o artigo 1º Código Civil declara que a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida, esta já preexiste ao nascimento e pretende o código, que com o nascimento, esta vida continue existindo para receber a proteção legal total correspondente. É o nascer com vida, a vida continuada no seu desenvolvimento natural.

Ou seja, não é a partir do nascimento que surge a vida e sim, com ele, atribuem-se plenamente todos direitos àquele ser vivo nascido.

Segundo Maria Helena Diniz, “Poder-se-ia até mesmo tornar a afirmar que, na vida intrauterina, tem o nascituro *personalidade jurídica formal*, no que atina aos direitos da personalidade, passando a ter *personalidade jurídica material* e alcançando os direitos patrimoniais e os obrigacionais que permaneciam em estado potencial somente com o nascimento com vida. Se isso não ocorrer, nenhum direito patrimonial ou obrigacional terá”⁸⁵

Não se questiona a merecida proteção jurídica do embrião, ainda quando este se encontra “in vitro”, já que o útero materno constitui-se tão somente num meio necessário, pelo menos via de regra e no estágio atual da ciência, para o seu desenvolvimento.

Maria Helena Diniz sustenta que: “O embrião, por ter todos os atributos da espécie humana, merece a proteção de sua vida, integridade física e dignidade (CF, arts. 1º, III, e 5º, III), imagem científica (DNA) sendo inadmissível qualquer investigação experimental, com objetivo alheio à sua própria terapia, no útero ou fora dele”.⁸⁶

⁸⁴ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

⁸⁵ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 480.

⁸⁶ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 482.

Entende ainda que, não se pode admitir, “ante o art. 1º, III, da Constituição Federal, o uso “terapêutico” de células embrionárias humanas a partir da destruição de embriões, reduzindo-os ao status de coisa, como pretende o art. 5º da Lei 11.105/2005.”⁸⁷

E complementa que “qualquer aplicação em embriões, bem como em seus órgãos, tecidos ou células, de técnicas experimentais ou de procedimentos científicos investigatórios, com fins diagnósticos ou terapêuticos, somente deveria ser possível se estiverem clinicamente mortos e com anuência daqueles que gratuitamente cederam os gametas”.⁸⁸

Rubens Limongi França já salientava que “a doutrina racional é aquela que admite a condição de pessoa a partir da concepção”, para referido autor a personalidade já existe quando do momento da concepção, de forma que, para ele, “(...) a condição do nascimento não é para que a personalidade exista, mas tão-somente para que se consolide a sua capacidade jurídica”.⁸⁹

E, como bem assevera Maria Cordeiro Leite Santos, “O nascimento com vida é apenas um ato declarativo da personalidade jurídica, ao passo que a concepção é o ato constitutivo desta mesma personalidade”.⁹⁰

8.3 Conclusão

Resta clara a proteção jurídica do embrião, tanto dentro como fora do ventre materno.

Direitos como a vida, a dignidade humana entre outros direitos personalíssimos, são a ele atribuídos desde o momento da fecundação até o resto de sua vida.

⁸⁷ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 483.

⁸⁸ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 485.

⁸⁹ FRANÇA, Rubens Limongi. *Instituições de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1988. P. 49.

⁹⁰ SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. *A arte do possível: breves reflexões sobre a reprodução humana assistida*. In: SILVA, Reinaldo Pereira; LAPA, Fernanda Brandão (Org.) *Bioética e direitos humanos*, p. 158.

Já os direitos patrimoniais e obrigacionais dependem do nascimento com vida deste. Se nascer morto, ou seja, natimorto, não fará jus a esses direitos.

Mesmo os direitos sucessórios destes seres gerados devem ser resguardados, no caso de estarem congelados e houver autorização de ambos os seus genitores para o implante destes, “post mortem”, para cumprimento de projeto parental específico.

Nunca é demais lembrar que a vida já preexiste ao nascimento e o que exige a lei, para que se consolidem todos os direitos jurídicos, é que esta vida permaneça intacta quando do nascimento daquele ser.

9. ANÁLISE DA ADI 3510

9.1 Resumo dos fatos e fundamentos utilizados na ação proposta:

Foi proposta ação direta de inconstitucionalidade pelo Procurador Geral da República, Cláudio Fonteles, em face do artigo 5º e parágrafos, a seguir transcritos, da “Lei de Biossegurança”, a saber, Lei nº 11.105 de 24 de março de 2005.

“Art. 5º – É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias⁹¹ obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro*⁹² 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 de publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data do congelamento.

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

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

⁹¹ Segundo o Relator Carlos Ayres Britto, ao fundamentar seu voto, informou que as células-tronco embrionárias “são as células contidas num agrupamento de outras, encontradas em cada embrião humano de até 14 dias (opinião que não é unânime, porque outros cientistas reduzem esse tempo para a fase do blastocisto, ocorrente em torno de 5 dias depois da fecundação de um óvulo feminino por um espermatozoide masculino). Mas embriões a que se chega por efeito de manipulação humana, porquanto produzidos em laboratorialmente ou *in vitro*, e não espontaneamente ou *in vida*.”

⁹² Acórdão ADI 3510 STF, Voto do Ministro Carlos Ayres Britto “A fertilização *in vitro* é um método de reprodução assistida, destinado a superar a infertilidade conjugal. A fecundação é feita em laboratório, utilizando-se o sêmen doado e os óvulos obtidos mediante aspiração folicular. A prática médica consolidada é retirar diversos óvulos para serem fecundados simultaneamente. Implantam-se de dois a três embriões fecundados no útero da mãe e o remanescente é congelado” (nota de rodapé da p. 2 do memorial assinado em data de 3 de março de 2008). Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiastf/anexo/adi3510relator.pdf>>.

Parágrafo 3º – É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei 9.434, de 4 de fevereiro de 1997”⁹³.

9.1.1 Alegações do autor da ação:

O autor da ação sustentou para requerer a inconstitucionalidade do artigo 5º e parágrafos da lei nº 11.105, de 24 de março de 2005:

- 1) A inobservância do princípio da inviolabilidade do direito à vida, já que, para ele, o embrião é vida humana e do princípio da dignidade da pessoa humana, pelos seguintes motivos:
 - a) a vida humana acontece na, e a partir, da fecundação, desenvolvendo-se continuamente;
 - b) o zigoto, constituído por uma única célula, é um “ser humano embrionário”;
 - c) é no momento da fecundação que a mulher engravida, acolhendo o zigoto e lhe propiciando um ambiente próprio para o seu desenvolvimento; e
 - d) a pesquisa com células-tronco adultas é, objetiva e certamente, mais promissora do que a pesquisa com células-tronco embrionárias.

O autor da ação também requereu a realização de audiência pública, para ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

9.1.2 Outras posições em relação à Lei de Biossegurança:

O Presidente da República defendeu a constitucionalidade dos dispositivos legais em questão com base:

⁹³ “Comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humano: pena – reclusão, de três a oito anos, e multa, de 200 a 300 dias-multa”.

- a) no direito à saúde;
- b) no direito de livre expressão da atividade científica.

Concluindo, assim como o Congresso Nacional, com base nesses princípios, “pela permissão para utilização de material embrionário, em vias de descarte, para fins de pesquisa e terapia, consubstanciando-se em valores amparados constitucionalmente”.

O Advogado-Geral da União se manifestou pela improcedência da ação.

Dos 11 Ministros do Supremo Tribunal Federal, seis deles votaram pela constitucionalidade da lei e pela manutenção integral do art. 5º da Lei de Biossegurança, a saber, os Ministros Carlos Ayres Britto, Ellen Gracie, Cármen Lúcia Antunes Rocha, Joaquim Barbosa, Marco Aurélio Melo e Celso de Mello.

Os Ministros Gilmar Mendes e Cezar Peluzo embora também entendessem ser a lei em questão constitucional, requereram maior fiscalização no que se referem às pesquisas nas células-tronco embrionárias.

Já o restante dos Ministros, Ricardo Lewandowski, Carlos Alberto Menezes Direito e Eros Grau, julgaram parcialmente procedente a ação e requereram diferentes tipos de modificação na norma jurídica.

Ante a improcedência da ADIN proposta merece atenção o voto do relator, Ministro Carlos Ayres Britto e da Presidente Ellen Gracie, pelos seus fundamentos, a seguir resumidos.

9.1.3 Resumo do Voto do Ministro Carlos Ayres Britto (Relator):

O Relator, Ministro Carlos Ayres Britto, julgou totalmente improcedente a ADI com base no direito à saúde e à livre expressão da atividade científica, bem como pelos seguintes fundamentos:

Sustenta que “O principal foco atual de interesse da terapia celular é a medicina regenerativa, em que se busca a substituição de células ou tecidos lesados, senescentes ou perdidos, para restaurar sua função”⁹⁴.

Informa ainda que o dispositivo legal em questão estabelece como condições cumulativas para permitir as pesquisas com células-tronco embrionárias:

“a) o não aproveitamento para fim reprodutivo (por livre decisão do casal, óbvio) de qualquer dos embriões empiricamente viáveis;

b) a empírica não-viabilidade desse ou comercialização do material coletado, cujo desrespeito é equiparado ao crime de “Comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humano”(art. 15, caput, da Lei 9.434, de 4 de fevereiro de 1997)”

Para ele, conforme citação da antropóloga Débora Diniz, “o diagnóstico de inviabilidade do embrião constitui procedimento médico seguro e atesta a impossibilidade de o embrião se desenvolver. Mesmo que um embrião invável venha a ser transferido para um útero, não se desenvolverá em uma futura criança. O único destino possível para eles é o congelamento permanente, o descarte ou a pesquisa científica”⁹⁵.

a) “que se trate de embriões congelados há pelo menos 3 anos da data da publicação da lei, ou que, já efetivamente congelados nessa data, venham a complementar aquele mesmo tempo de 3 anos;

b) o consentimento do casal-doador para que o material genético dele advindo seja deslocado da sua originária destinação procriadora para as investigações de natureza científica e finalidade terapêutica-humana”.

Sustenta a tese de que “as células-tronco embrionárias são dotadas de maior versatilidade para, orientadamente, em laboratório, “se converter em qualquer dos 216

⁹⁴ Acórdão ADI 3510 STF, Voto do Ministro Carlos Ayres Britto. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiastf/anexo/adi3510relator.pdf>>.

⁹⁵ Acórdão ADI 3510 STF, Voto do Ministro Carlos Ayres Britto. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiastf/anexo/adi3510relator.pdf>>.

tipos de célula do corpo humano” (revista Veja, Editora Abril, edição 2050 – ano 41 – nº 9, p. 11), de sorte a mais eficazmente recompor a higidez da função de órgãos e sistemas da pessoa humana”

Desta forma, entende que “as células-tronco embrionárias constituem tipologia celular que acena com melhores possibilidades de recuperação da saúde de pessoas físicas ou naturais, em situações de anomalias ou graves incômodos genéticos, adquiridos, ou em consequência de acidentes”.

Cumprir lembrar que para o relator, pessoa, levando-se em conta a personalidade numa dimensão biográfica, é o “indivíduo perceptível a olho nu e que tem sua história de vida incontornavelmente interativa”.

Aduz que, trata-se de “sujeito capaz de adquirir direitos em seu próprio nome, além de, preenchidas certas condições de tempo e de sanidade mental, também em nome próprio contrair voluntariamente obrigações e se pôr como endereçado de normas que já signifiquem imposição de “deveres”, propriamente. O que só pode acontecer a partir do nascimento com vida, renove-se a proposição”.

Portanto, para ele, o código civil adotou a teoria “natalista”, em oposição às teorias da “personalidade condicional” e da “concepcionista”.

Para ele, o destinatário dos fundamentos constitucionais, é o ser humano já nascido e justifica a assertiva pela utilização da CF dos termos: “residentes no país”, “Brasileiros natos” (=nascidos) e “brasileiros naturalizados” (=exige manifestação de vontade), criança (art 227 e parágs. 1º, 3º, VII, 4º e 7º), bem como no Estatuto da criança e do adolescente (Lei 8069/90 – art. 2º).

Afirma ainda que “A questão não reside exatamente em se determinar o início da vida do *homo sapiens*, mas em saber que aspectos ou momentos dessa vida estão validamente protegidos pelo Direito Infraconstitucional e em que medida”.

Informa que esclareceu Débora Diniz, na audiência pública realizada, que “considerar o marco da fecundação como suficiente para o reconhecimento do embrião

como detentor de todas as proteções jurídicas e éticas disponíveis a alguém, após o nascimento” implicaria assumir, entre outros pontos citados, que “na ausência de úteros artificiais, a potencialidade embrionária de vir a se desenvolver intra-útero pressuporia o dever de uma mulher à gestação, como forma de garantir a potencialidade da implantação e que a potencialidade embrionária de vir a se desenvolver intra-útero deveria ser garantida por um princípio constitucional do direito à vida”.

Argui que o Código Penal ao tratar do aborto em seus arts. 123 a 127 e 128, utiliza-se do termo “gestante”, ou seja, no interior do corpo feminino.

Ressalva que não se reconhece legalmente que toda gravidez pressupõe a existência de duas pessoas, visto que, se assim, fosse, a permissão excepcional do aborto implicaria a possibilidade constitucional da pena de morte.

Para ele, o embrião é um ser diverso da pessoa a que se tornará, e esta, o seu produto final e exemplifica dizendo que “ninguém afirma que a semente já seja a planta” e assim, alega “não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana”.

Elucida, conforme declarações dos Drs. Ricardo Ribeiro dos Santos e Patrícia Helena Lucas Pranke, que o congelamento acaba por destruir o embrião, mas que suas células continuam vivas somente para pesquisa, inviabilizando-o para a fecundação.

Aduz que a ADIN impugna tão somente o emprego de células em pesquisa científica e terapia humana, mas não o descarte puro e simples de embriões não aproveitados no procedimento da fertilização artificial in vitro.

Para o relator, há base constitucional para se recorrer a técnicas de reprodução assistida que incluam a fertilização artificial ou in vitro, levando-se em conta, os arts. 226 e ss. da CF.

Isso porque o texto constitucional possibilita o “planejamento familiar, fruto da livre decisão do casal e fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável”.

Assim, trata-se de autonomia de vontade decisória do casal.

Acresce que:

“I – a fertilização in vitro é peculiarizado meio ou recurso científico a serviço da ampliação da família como entidade digna da “especial proteção do Estado” (base que é de toda a sociedade);

II – não importa, para o Direito, o processo pelo qual se viabilize a fertilização do óvulo feminino (se natural o processo, se artificial).

O que importa é possibilitar ao casal superar os percalços de sua concreta infertilidade, e, assim, contribuir para a perpetuação da espécie humana. Experimentando, de conseguinte, o êxtase do amor-a-dois na paternidade responsável”.

Entende que “o casal tem o direito de procriar”.

Aborda a questão da obrigatoriedade da utilização pelo casal, de todos os embriões fertilizados in vitro, com o fim reprodutivo, posicionando-se negativamente, ante a inexistência de lei nesse sentido (art. 5º, II, da CF) e em virtude do planejamento familiar e da paternidade responsável.

Aduz que “seria extremamente perigoso para a vida da mulher que passasse pela desdita de uma compulsiva nidação de grande número de embriões...Imposição, além do mais, que implicaria tratar o gênero feminino por modo desumano ou degradante...” Vide art. 5º, II, da CF.

Afirma que o embrião não tem cérebro, nem em formação, e portanto, enquanto congelado, é algo que jamais será alguém.

E complementa dizendo que o substrato neural é “a razão de ser da atribuição de uma personalidade jurídica ao nativivo”

Aduz que “a morte encefálica é o marco da cessação da vida de qualquer pessoa física ou natural”, a qual, segundo dispõe o art. 3º da Lei 9434, é constatada “mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução de Conselho Federal de Medicina”, cessando-se, por conseguinte a personalidade jurídica, ainda que permaneça viva a pessoa, de forma vegetativa.

Portanto, para ele, “vida humana já rematadamente adornada com o atributo da personalidade civil é o fenômeno que transcorre entre o nascimento com vida e a morte cerebral”.

Faz referência ao direito à saúde (art. 199, parágrafo 4º, art. 196, art. 194, art. 6º e art. 197 da CF), de forma a concluir que a “ciência, já agora por qualquer de suas modalidades e enquanto atividade individual, também faz parte do catálogo dos direitos fundamentais da pessoa humana” (art. 5º, IX da CF – sobre a liberdade de expressão).

Também faz referência ao art. 218, caput da CF (“O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas”) e parágrafo 1º (“A pesquisa científica básica receberá tratamento prioritário do Estado, tendo em vista o bem público e o progresso das ciências”).

Acredita que sob a ótica dos médicos, geneticistas e embriologistas, deixar de contribuir com as pesquisas em questão, ou mesmo por retardá-las, caracterizaria “desumana omissão de socorro”.

Finalmente, afirma que a Lei da Biossegurança, disponibilizou para a Ciência o aproveitamento dos embriões in vitro, para fins humanitários, possibilitando desta forma, o embrião, sua “destinação de servir a espécie humana”, “conferindo sentido a milhões de vidas preexistentes”.

9.1.4 Resumo do Voto da Ministra Ellen Gracie (Presidente):

A Ministra também julgou improcedente o pedido formulado na Adin e acompanhou integralmente o voto do Relator.

Sustenta que não há definição constitucional do momento inicial da vida humana e que não é papel daquela Suprema Corte “estabelecer conceitos que já não estejam explícita ou implicitamente plasmados na Constituição Federal”, e sim da legislação infraconstitucional em conformidade com a CF.

Assim, no que se refere à harmonia do art. 5º da Lei 11.105/2005 entende que:

Cita como parâmetros de verificação mais evidentes apontados, os seguintes fundamentos:

- Dignidade da pessoa humana (art. 1º, III);
- Garantia da inviolabilidade do direito à vida (art. 5º, caput);
- Direito à livre expressão da atividade científica (art. 5º, IX);
- Direito à saúde (art. 6º);
- Dever do Estado de propiciar, de maneira igualitária, ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde (art. 196) e de promover e incentivar o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológica (art. 218, caput).

Argui que já há 30 anos, com o nascimento da britânica Louise Brown, tornou-se possível a fertilização in vitro para os casais que tinham dificuldade ou completa impossibilidade de conceber filhos naturalmente.

E que, em consequência se faz necessário o surgimento de embriões excedentários, sendo alguns, inviáveis, sendo descartados ou congelados por tempo indefinido.

Para ela, “o debate sobre a utilização dos embriões humanos nas pesquisas de célula-tronco deveria estar necessariamente precedido do questionamento sobre a aceitação desse excedente de óvulos fertilizados como um custo necessário à superação da infertilidade”.

Informa que os procedimentos de reprodução assistida, nunca foi objeto de regulamentação pelo Congresso Nacional, tratando tão somente da matéria a resolução 1.358, de 11.11.1992⁹⁶ do Conselho Federal de Medicina.

Noticia que a primeira brasileira fruto desse tipo de fertilização nasceu em 7 de outubro de 1984.

Acrescenta que a legislação britânica permite “a manipulação científica dos embriões oriundos da fertilização in vitro, desde que não transcorridos 14 dias contados do momento da fecundação”, já que até (antes) do 14º dia haveria apenas uma massa de células indiferenciadas, de forma a diferenciar o pré-embrião do embrião.

Alega que a Lei de biossegurança autoriza o manejo das células-tronco embrionárias de forma restritiva e elenca as restrições a seguir transcritas:

- 1) Indicação do uso das células embrionárias exclusivamente nas atividades de pesquisa e de terapia;
- 2) Somente poderão ser utilizados os embriões produzidos por fertilização in vitro, não aproveitados no respectivo tratamento;
- 3) Referidos embriões devem ter sido considerados inviáveis para o desenvolvimento seguro de uma nova pessoa, ou;
- 4) Congelados há mais de 3 anos;
- 5) Haver o expresso consentimento dos genitores para que os embriões possam ser regularmente destinados à pesquisa;
- 6) Os projetos das instituições e serviços de saúde, candidatos ao recebimento das células-tronco embrionárias, sejam anteriormente apreciados e aprovados pelos respectivos comitês de ética em pesquisa.

⁹⁶ Atual Resolução CFM 2013/2013.

Aduz que a lei criminaliza a comercialização do embrião humano, com base na lei da doação de órgãos (art. 5º, parágrafo 3º), bem como a sua utilização fora dos moldes previstos no art. 5º.

Tipificou como delito penal, a prática da engenharia genética em célula geminal, zigoto ou embrião humano e a clonagem humana (arts. 6º, 25 e 26).

Desta forma, declarou que: “por verificar um significativo grau de razoabilidade e cautela no tratamento normativo dado à matéria aqui exaustivamente debatida, não vejo qualquer ofensa à dignidade humana na utilização de pré-embriões inviáveis ou congelados há mais de três anos nas pesquisas de células-tronco, que não teriam outro destino que senão o descarte”.

Finalmente, aduziu que ainda que não se adote a distinção entre a condição de pré-embrião e do embrião, entendeu a plena aplicabilidade do princípio utilitarista, pelo qual deve ser buscado o resultado de maior alcance com o mínimo de sacrifício possível.

Sendo assim, entendeu, por óbvio, que infinitamente mais útil e nobre o aproveitamento dos embriões em pesquisas científicas, do que seu descarte puro e simples.

No que se refere à violação do direito à vida, entende que “a improbabilidade da utilização desses pré-embriões (absoluta no caso dos inviáveis e altamente previsível na hipótese dos congelados há mais de três anos) na geração de novos seres humanos também afasta a alegação de violação ao direito à vida”.

9.1.5 Síntese dos votos dos outros 9 Ministros:

Os Ministros Marco Aurélio Mello, Celso de Mello, Cármen Lúcia Antunes Rocha, Joaquim Barbosa, votaram a favor das pesquisas científicas com células-tronco embrionárias, de forma que estas tivessem fim mais nobre do que o descarte, propiciando o desenvolvimento científico e possibilitando benefícios que dele possam advir, sendo que nenhum deles propôs alterações na norma.

Assim, o Ministro Joaquim Barbosa acompanhou integralmente o voto do relator, julgando totalmente improcedente a ADIN e entendeu que a proibição das pesquisas em pauta, nos termos da lei, significaria fechar os olhos para o desenvolvimento científico e os benefícios que dele possam advir.

Cumprе ressalvar que o Ministro Marco Aurélio mencionou que é discutível a proteção Constitucional da vida uterina, referindo-se ao aborto terapêutico ou o aborto de filho gerado com violência.

Também a Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha entendeu que referidas pesquisas não violam o direito à vida e sim, servem para dignificá-la e que, por conseguinte, não há qualquer ofensa ao princípio da dignidade humana.

Aduziu a impossibilidade de obtenção dos resultados científicos pretendidos nas células-tronco adultas.

Já para o Ministro Cezar Peluso, os embriões congelados não equivalem a pessoas, motivo pelo qual entendeu ser constitucional a norma em questão, somente propondo uma fiscalização rigorosa nas pesquisas científicas das células-tronco embrionárias, por meio de instrumentos legais a serem aprovados pelo Congresso Nacional.

Por sua vez, o Ministro Gilmar Mendes entendeu ser a lei deficiente e que o Decreto 5.591/2005 que regulamenta a lei de Biossegurança não a supre e propôs, por conseguinte, como o Ministro Cezar Peluso, uma fiscalização mais rigorosa nas pesquisas, do ponto de vista ético, por um órgão central, a saber, a Comissão Nacional de Ética em Pesquisa (Conep), todavia, tal pretensão não foi acolhida pela Suprema Corte.

Todavia, embora também concordassem com a realização das pesquisas em células-tronco embrionárias, os Ministros Carlos Alberto Menezes Direito, Ricardo Lewandowski e Eros Grau, julgaram parcialmente procedente a Adin, propondo alterações na norma jurídica.

Desta forma, o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito propôs a realização de determinadas alterações no artigo 5º da Lei de Biossegurança, para que fossem realizadas

as pesquisas científicas pretendidas, desde que as células-tronco embrionárias fossem retiradas do embrião sem que este houvesse a destruição deste.

Embora não tenha pretendido retirar qualquer parte do texto da lei de Biossegurança, propôs maior rigor na fiscalização nos procedimentos de fertilização artificial “in vitro” em situações por ele especificadas.

Para ele, as células tronco embrionárias são vida humana e porconsequinte, segundo seu entendimento, sua destinação não pode ser de finalidade diversa da reprodução humana, sob pena de violação do direito à vida.

Por sua vez, o Ministro Ricardo Lewandowski também requereu a modificação da norma, no sentido de possibilitar a realização das pesquisas científicas somente nos embriões inviáveis que não tenham se dividido espontâneamente.

E o Ministro Eros Grau, também requereu fossem feitas alterações na lei, de forma que somente as células-tronco derivadas a partir de óvulos que não se dividiram espontâneamente fossem objeto da pesquisa científica.

Também requereu prévia autorização do Ministério da Saúde para que se realizasse a pesquisa nessas células e, finalmente, restringiu a pesquisa especificando que os óvulos só poderiam ser aqueles originados da fertilização artificial “in vitro” exclusivamente para a reprodução humana e que estes fossem inviáveis, ou que não se danificassem os viáveis.

Ponto relevante por ele pretendido se refere à fertilização de somente quatro óvulos por ciclo.

9.2 Conclusão

A ação direta de inconstitucionalidade 3510 teve por objeto o pedido de declaração da inconstitucionalidade do artigo 5º e parágrafos da lei de biossegurança, lei 11.105 de 2005, tendo nossa Suprema Corte decidido pela constitucionalidade do dispositivo mencionado.

Somente em parte, a decisão prolatada merece guarida, como se mostrará a seguir.

Relativamente aos embriões inviáveis, estes não detém qualquer potencialidade de vida humana futura e, por conseguinte, não precisam de proteção jurídica no sentido de resguardar seus direitos.

Quanto aos embriões viáveis, a lei de biossegurança abrange um lapso temporal de embriões congelados até a publicação da lei e de outros também já congelados quando da publicação desta, até o prazo máximo de 3 anos, ou seja, atinge no máximo os embriões congelados até 2008.

Sendo assim, por tratar-se de abrangência retroativa, e de embriões que não terão outro destino senão o descarte ou o total descaso enquanto se mantiverem congelados e sem destino, parece mais razoável, ante o critério utilitarista e pela falta de melhor opção ante o prejuízo já causado, se destinarem a um fim maior, ou seja, o da pesquisa.

É importante frisar, que pelo disposto na lei de biossegurança, em qualquer hipótese torna-se necessário o consentimento dos genitores, no sentido de se permitir a pesquisa.

Fato este que nos leva a crer que, não havendo este consentimento, referidos embriões, viáveis ou não, poderão permanecer congelados “ad eternum”, situação esta que pode acarretar inúmeros entraves jurídicos, principalmente quando da morte ou divórcio de qualquer dos seus genitores, se algum deles resolver implantá-los no futuro.

Entretanto, não se pode aceitar que, em se tratando de embriões viáveis, se lhes retire a condição de ser humano vivo, a ser legalmente protegido, mormente no tocante ao respeito ao direito a vida e a dignidade humana.

Ao se sopesar o direito de livre expressão de atividade científica e o direito à vida, é indiscutível a supremacia do segundo em relação ao primeiro, até porque, já ficou comprovado que as pesquisas em células tronco embrionárias, além de destruírem o embrião objeto destas, podem obter o mesmo resultado pretendido, utilizando-se de células tronco maduras.

O embrião deve ser tratado como pessoa humana, ainda que na fase embrionária, condicionando-se seus direitos plenos, assim como ocorre no caso do nascituro, ao nascimento com vida.

O desenvolvimento encefálico, que ocorrerá, via de regra, no decorrer do desenvolvimento do embrião, não lhe retira a condição de ser humano vivo até então, no máximo, só lhe retirará essa potencialidade futura de vida, após seu nascimento.

Não se pode, com o fim de viabilizar o planejamento familiar e o direito de procriar, satisfazer, a qualquer custo, os anseios dos genitores nesse sentido, em detrimento dos direitos do ser criado para esse fim.

É necessário sopesar-se que o direito de superar a infertilidade nunca pode prevalecer sobre os direitos do embrião enquanto ser humano vivo e que o direito de procriar nunca pode ser confundido com o direito a procriar.

Não é justo que enquanto os genitores não obtenham o resultado pretendido não meçam esforços para obterem o tão sonhado ser embrionário, para quando conquistarem o objetivo pretendido, esqueçam-se completamente dos embriões remanescentes, deixando-os ao Deus dará, com o aval legal.

A lei de biossegurança mostra-se absolutamente lacunosa e omissa nesse sentido. Esta preocupou-se tão somente com situações estancadas em um determinado lapso temporal, despidendo-se completamente de sua obrigação regulamentar em relação aos demais casos, que certamente continuarão trazendo à baila inúmeras controvérsias à espera de uma solução definitiva.

De qualquer forma, os embriões viáveis jamais poderiam ter outra destinação que não a procriação humana. Nesse sentido corroboram todas as legislações estrangeiras que tratam acerca da reprodução artificial.

Inclusive a resolução 2013 de 2013 do Conselho federal de Medicina Brasileira, manifesta este mesmo entendimento.

Mostra-se, portanto, um total contrassenso a realização de pesquisas em embriões, já que estas acabam por destruir esses mesmos embriões que deveriam, a priori, destinarem-se unicamente à procriação, violando-se afrontosamente o direito à vida destes.

10. CRÍTICAS A ALGUNS DOS FUNDAMENTOS QUE JUSTIFICARAM A PROCEDÊNCIA DA ADI E OBSERVAÇÕES RELEVANTES PERTINENTES.

Inicialmente cumpre esclarecer que a diversidade nas decisões prolatadas pelos Ministros do STF na ADIN em questão, funda-se, principalmente, na adoção, por cada um deles, em teorias diversas acerca do início da vida humana.

É claro que a visão individual acerca do assunto tratado mostra-se determinante para a escolha de tais teorias.

Entretanto, muitos dos fundamentos utilizados pelos Ministros do STF que julgaram improcedente a ADIN 3510 podem ser rebatidos e outros elogiados, conforme se verá a seguir.

10.1 Caracterização do embrião como ser humano:

O relator no próprio corpo de sua fundamentação, insere trecho de texto de Glossário⁹⁷, no qual define embrião como “o ser humano nas primeiras fases de desenvolvimento, isto é, do fim da segunda até o final da oitava semana, quando termina a morfogênese geral” (Grifo meu).

E continua, ainda no corpo de seu voto, concordando com o fato de que “não se nega que o início da vida humana só pode coincidir com o preciso instante da fecundação de um óvulo feminino por um espermatozóide masculino”, todavia ele entende que “esse insubstituível início de vida é uma realidade distinta daquela constitutiva da pessoa física ou natural”, ... “porque é assim que preceitua o Ordenamento Jurídico Brasileiro”.

Ora, tal alegação não pode ser acolhida, principalmente se levarmos em conta que o Direito deve corresponder a realidade social.

⁹⁷ Acórdão ADI 3510 STF, Voto do Ministro Carlos Ayres Britto. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiastf/anexo/adi3510relator.pdf>>.

O fato da lei não atribuir expressa e/ou especificamente personalidade jurídica ao embrião de forma a considerá-lo “pessoa” na acepção técnica legal, não o destitui da condição de ser humano e muito menos o rebaixa a condição de “coisa”, motivo pelo qual não pode ser assim tratado.

Na mesma esteira de raciocínio segue a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (Pacto de San José da Costa Rica), a saber, ratificado pelo Brasil, a qual, naquela época, já previa que a pessoa é todo ser humano e que o direito a vida a ela correspondente deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção, senão vejamos:

“Artigo 1º 2. Para efeitos desta Convenção, **pessoa é todo ser humano.** (Grifo meu)

...

Artigo 4º – Direito à vida

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

Parece, portanto, mais acertada a posição que equipara o embrião ao nascituro, atribuindo-lhe os mesmos direitos.

10.2 Ausência de atividades cerebrais nos embriões e fetos anencéfalos:

Já no que se refere à inexistência de resquícios cerebrais no embrião, tornando-o incapaz de deter qualquer personalidade jurídica, cumpre fazer necessária distinção.

Isto porque para manter viva uma pessoa cuja morte cerebral tenha sido constatada, é necessária, para a sua manutenção, de utilização de instrumentos artificiais, ou seja, por meio de máquinas, ao contrário dos embriões, os quais, desenvolvem-se naturalmente sem que seja necessária qualquer intervenção, sendo sua implantação, condição de procedibilidade de seu desenvolvimento e não somente de sua manutenção.

Outro ponto relevante acerca da necessidade da existência de atividades cerebrais, diz respeito à falta de previsão legal expressa ou mesmo tácita nesse sentido, pois se o

ordenamento jurídico quisesse que esse fosse o marco inicial da vida para fins de aquisição de personalidade jurídica, não a atribuiria, na pior das hipóteses, com a caracterização do nascimento com vida (art. 2º do CC), ou seja, do ponto de vista médico, com a constatação da respiração do feto.

Inclusive a Procuradora-Geral interina da República, a saber, Deborah Duprat, enviou no dia 6 de julho de 2009 ao STF, parecer favorável à interrupção da gravidez nos casos de anencefalia.

Como fundamentos, ela sustentou que a proibição do aborto referido fere o direito à liberdade, à privacidade, à autonomia reprodutiva da mulher, o princípio da dignidade humana e o direito à saúde.

Aliás, as decisões iniciais de nosso Supremo Tribunal relativas a fetos anencéfalos foram no sentido de negar-se o aborto, já que pretendia-se, segundo esses acórdãos, a manutenção da vida (Med. Caut. Em arguição de descumprimento de preceito fundamental 54-8 DF / HC 84025-6), d'onde depreende-se, segundo este raciocínio, que há vida a ser protegida ainda que não exista a presença de formação cerebral.

Houve inclusive ação proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na saúde (CNTS) perante nossa Suprema Corte requerendo que esta interpretasse o nosso Código Penal de modo a não criminalizar o aborto de fetos anencéfalos, visto que atualmente, a gravidez só pode ser interrompida nos casos de estupro e perigo de morte da mãe.

Em razão desta, atualmente, o STF posicionou-se definitivamente com a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, no sentido de não se criminalizar o aborto de feto anencéfalo, por tratar-se, na verdade, de hipótese excludente deste, sendo que somente alguns ministros entenderam que em não havendo atividades cerebrais, não há que se falar em vida.

10.3 Analogia com as pesquisas em células-tronco embrionárias:

Muito embora se pretenda fazer uma analogia entre a situação da possibilidade do aborto nestes casos com a da pesquisa em células-tronco embrionárias, esta é descabida.

A analogia vislumbrada pauta-se no fato de que deve-se optar no primeiro caso entre a dignidade humana da mãe ou do feto e no segundo caso entre a dignidade humana do embrião ou daqueles que serão beneficiados pela pesquisa.

Todavia deve-se ressaltar que o feto anencéfalo, após seu nascimento, fatalmente não sobreviverá, motivo pelo qual não se lhe retirará a possibilidade de sobrevivência, a qual, já de antemão mostra-se inviável, enquanto que, de modo inverso, no que se refere aos embriões, havendo a realização da pesquisa, sua destruição será certa, impedindo-se porconsequente a possibilidade de sua sobrevivência e desenvolvimento.

Se no primeiro caso, com o nascimento a morte iminente é certa e inevitável, no segundo, retira-se total e arbitrariamente qualquer possibilidade daquele ser embrionário viver.

10.4 A necessidade da gravidez para a caracterização do crime de aborto no Código Penal:

A alegação de que o Código Penal ao tratar do aborto em seus arts. 123 a 127 e 128, utiliza-se exclusivamente do termo “gestante”, ou seja, de forma a restringir a prática da infração penal unicamente na hipótese desta ocorrer somente no interior do corpo feminino, é insubsistente.

Isto se deve primeiramente pelo fato de que à época em que o Código Penal pátrio foi elaborado, sequer se cogitava da possibilidade de uma fertilização artificial, diga-se, de forma extrauterina, capaz de proporcionar, no ventre materno, o desenvolvimento do ser humano gerado, de forma que tal situação não foi sequer ventilada para fins de uma tipificação penal.

Mas ainda que se discuta a inaplicabilidade de tais artigos pela situação extrauterina, resta a possibilidade de tipificação do crime de homicídio, previsto no artigo 121 do CP a ser combatida, se entendermos que a fecundação, de per si, gera vida humana.

O relator afirma que o embrião é um ser diverso da pessoa, todavia entende que a gravidez não pressupõe a existência de duas pessoas, e explica que se assim não fosse, a prática excepcional do aborto implicaria na possibilidade constitucional da pena de morte.

Cabe questionar então, se o embrião não for considerado como ser vivo da espécie humana, em qual categoria ele deve se enquadrar, pois se for tido simplesmente como “coisa”, portanto bem pertencente a seu “proprietário”, faticamente, o que impediria a sua comercialização bem como a sua manipulação genética?

Parece que, neste caso, pelo fato do embrião ser gerado fora do corpo humano, este deixa de integrar a disponibilidade do próprio corpo ou mesmo partes deste.

E ainda, não seriam inconstitucionais essas limitações ao direito de propriedade?

10.5 Embrião gerado no útero materno ou fora dele:

Parece que o Ministro relator foi infeliz ao dizer que “nem todo embrião humano desencadeia uma gestação igualmente humana”, para explicar que “nenhum espécime feminino engravida à distância”.

Isto porque a potencialidade do embrião se desenvolver depende do ambiente materno, mas, não necessariamente o útero em especial, ainda que esta situação só ocorra de forma absolutamente excepcional.

Referida gravidez ocorreu em 2008, no Espírito Santo, quando “o óvulo fecundado, que normalmente é levado pelos cílios da tuba uterina até o útero, tomou o caminho

contrário e se instalou na cavidade abdominal, perto do intestino”, culminando, em fevereiro de 2009, na 36ª semana de gestação, no nascimento de uma menina saudável.⁹⁸

Ademais não se pode negar que com os avanços científicos cada vez mais audaciosos, no futuro, seja possível criar um ambiente externo ao corpo materno capaz de proporcionar o desenvolvimento de embriões, com o auxílio de técnicas e procedimentos artificiais.

Se esta situação se tornar possível, qualquer pessoa poderia ser “mãe”, ainda mais, como prefere o ilustre relator, à distância.

É claro que as implicações éticas, morais e legais acerca do assunto teriam que ser profundamente analisadas e sopesadas.

10.6 Vínculo dos pais e a “barriga de aluguel”:

O relator também afirma em seu voto que o vínculo dos pais é maior com o zigoto *in natura*, ou não artificial, mas faz na verdade a distinção do ser gerado no ventre materno.

Porém, não há qualquer embasamento científico que comprove referido argumento.

Para ele, “nas barrigas ditas “de aluguel”, por exemplo, é de se presumir que a gestação não se faça acompanhar da maternidade como categoria de um estruturante benquerer”.

Estas alegações na verdade caem por terra se levarmos em conta que a mãe biológica de uma futura criança gerada em ventre diverso do seu, cria em si enorme expectativa, bem como afeição materna, mesmo não tendo qualquer contacto íntimo com o filho gerado, às vezes até com intensidade muito maior daquela que carrega, de fato, em seu ventre, o futuro rebento.

⁹⁸ MANTOVANI, Flávia. *Gravidez fora do útero tem sucesso e bebê nasce saudável no ES*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/equilibrio/noticias/ult263u542769.shtml>>.

Ao revés, não raras às vezes, aquela mulher que carrega em seu ventre filho bilógico de terceiros, no decorrer da gestação cria estreito vínculo afetivo com o ser gerado e se recusa a entregá-lo após seu nascimento a quem de direito.

10.7 Implicações pela proibição do congelamento de embriões e o direito de procriar:

Entretanto, levando-se em conta um dos fundamentos do Voto do Relator da ADI ora analisada, com base nas declarações de dois médicos citados, no sentido de que o congelamento acaba por destruir o embrião, temos que se considerarmos que há vida humana, a ser legalmente protegida desde a fecundação, a prática do congelamento dos embriões implicaria no mínimo num atentado contra a dignidade do ser humano, senão até na eventual caracterização crime de homicídio, se em função do processo criogênico se tornassem inviáveis, motivo pelo qual, conseqüentemente, deveria ser vedado o congelamento de embriões, fato este que, de per si, não impede a realização da reprodução artificial, como se verá adiante.

10.7.1 Soluções possíveis:

Então para que o direito a procriação permanecesse intacto nos casos de impossibilidade natural gestacional, a solução consistiria em duas possibilidades:

A primeira, na criação de uma Lei limitando a produção de número de embriões, de forma que uma vez “produzidos” artificialmente, fossem imediatamente e obrigatoriamente implantados no útero materno;

E a segunda, no congelamento prévio de óvulos e espermatozóides de forma isolada, para então, só no momento em que forem manipulados artificialmente com o fim específico de se tornarem embriões, fossem descongelados e, após a sua fusão, imediatamente implantados no útero materno.

Desta forma, continuariam assegurados o direito de procriar decorrente do planejamento familiar e da paternidade responsável, embora ambos estejam assegurados

legalmente, ainda que se vede à fecundação artificial, já que o instituto da adoção é permitido, plenamente viável e socialmente mais recomendado.

Aliás, ninguém pretende a submissão de nenhuma mulher a implantes desmesurados de embriões, assim como não se incentiva gravidez não planejada a que torne excessivamente oneroso o encargo para os pais, mormente se houver risco gestacional.

O que se pretende na verdade, é resguardar os direitos dos embriões, principalmente seu direito constitucional a vida, d'onde decorrem diversos outros princípios corolários, como a dignidade humana, para aqueles que entendem tratar-se de uma vida humana, ainda que de forma potencial.

Em tempo, ressalve-se a necessidade de limitação do número de embriões no processo de fecundação artificial e a proibição de seu congelamento, para que isto seja possível.

E nem se diga que os embriões não são “produzidos” quando da fertilização artificial, visto que a manipulação genética é uma atividade humana não natural necessária para a sua consecução.

10.8 Pesquisas nas células-tronco embrionárias e nas adultas:

A alegação de que as células-tronco embrionárias são dotadas de maior versatilidade, já está ultrapassado no mundo médico⁹⁹, de forma que a afirmação de que seu estudo científico proporcionará resultados inatingíveis na pesquisa das células-tronco adultas, não merece guarida.

Isto se deve pelo fato de que se de que em outubro de 2012, o biólogo Inglês John B. Gurdon e o médico japonês Shinya Yamanaka receberam o prêmio Nobel de medicina pelo descobrimento de células estaminais pluripotentes, ou seja que embora sejam adultas

podem ser reprogramadas para que possam se desenvolver em qualquer tecido do corpo humano.

Estas células são aquelas existentes em um embrião desde seus primeiros dias, após a concepção e que podem se converter em quaisquer células adultas do corpo humano, como por exemplo, as células nervosas, musculares, do fígado, entre outras.

Sendo assim, por meio desta descoberta dos pesquisadores referidos, as células-tronco adultas podem ser reprogramadas para se tornarem células estaminais, de forma que possam formar quaisquer tecidos humanos.

Nos anos 60, John B. Gurdon já havia descoberto a reversibilidade da especialização das células, como por exemplo as células do fígado que embora sejam especializadas para realizar certas funções específicas podem se reverter em células comuns, mas só agora, com esta descoberta, elas podem se tornar estaminais.¹⁰⁰

Aliás embora há muito tempo venham sendo realizados exaustivamente estudos nas células-tronco embrionárias, até hoje nenhum resultado diverso dos obtidos nas células-tronco adultas foi atingido, sendo que até hoje, 73 patologias são tratadas com células-tronco adultas e nenhuma é tratada e nem mesmo atenuada com as células-tronco embrionárias.¹⁰¹

10.9 Falta de impugnação ao descarte dos embriões:

Entretanto deve-se levar em consideração que, conforme ressalva o relator, a Adin em questão não impugnou o descarte puro e simples dos embriões não aproveitados no procedimento da fertilização artificial in vitro, mas tão-somente a realização de pesquisas das células-tronco embrionárias, o que demonstra um contrassenso.

⁹⁹ ALVAREZ, Imaculada. MORATALLA, LÓPEZ, Natália. *Pesquisa com células embrionárias fracassou*. Zenit 23-4-2008. Disponível em: <<http://zenit.org/article-18217?1=portuguese>>. Apud DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

¹⁰⁰ Agência Brasil. *Prêmio Nobel de medicina é dado a cientistas britânico e japonês*. Disponível em: <<http://www.dci.com.br/internacional/premio-nobel-de-medicina-2012-e-dado-a-cientistas-britanico-e-japones-id314845.html>>.

¹⁰¹ PRENTICE. David A. Apud DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

Se de um lado justifica-se o pedido da Adi no que se refere aos direitos do embrião, impedindo-se as pesquisas nos termos legais, de outro, mostra-se absolutamente injustificado descartar pura e simplesmente os embriões produzidos artificialmente, já existentes e congelados.

Dar-lhes um sentido mais nobre parece ser mais adequado, contudo somente nessas situações tidas como irreversíveis, porque já consolidadas.

Ainda que se discuta que com esta permissão, ainda que temporária e específica, abrir-se-ia imperdoável precedente, pelo critério utilitarista, trata-se de melhor solução do que o descarte puro e simples, desde que haja prévio consentimento dos genitores biológicos nesse sentido.

O mais correto e justo, na verdade, é buscar regulamentação legislativa para impedir que novas situações como estas se consolidem, de forma a não mais se permitir a existência de embriões excedentários, proibindo-se a sua criação, salvo para implante imediato.

10.10 Ausência de normas reguladoras e crítica ao artigo 5º,II da Lei de Biossegurança :

Finalmente, também parece correta a alegação da Ministra Ellen Gracie em seu voto em afirmar que não é função do STF definir o momento inicial da vida humana.

Assim, levando-se em conta a inexistência de lei infraconstitucional nesse sentido, pelo menos em relação aos embriões já congelados, a possibilidade da realização de pesquisa científica, nesses casos, parece ser a mais justa, embora possa parecer à primeira vista contraditória, por falta de melhor opção, ante o estrago já concretizado.

Explicando melhor, causa perplexidade a redação do inciso II, do artigo 5º da Lei de Biossegurança, já que este prevê um lapso temporal determinado, levando-se em conta a

data da publicação da referida Lei, omitindo os casos de congelamento futuro dos embriões, ou seja, aqueles que foram congelados após a publicação da Lei em questão.

Desta forma, após a publicação da Lei, somente os embriões congelados até a data referida, ou os inviáveis é que estariam enquadrados nas hipóteses nela descritas.

Portanto, os embriões congelados após referida data, se viáveis, continuariam sem destino se os genitores dele decidirem não mais dispô-los.

E, levando-se em conta que não se pode afirmar taxativamente quanto tempo após o congelamento estes tornar-se-iam inviáveis, ficariam “ad eternum” sem destino, o que parece ser a mais cruel das soluções.

No que se referem aos embriões inviáveis, deve-se aplicar o mesmo raciocínio, pois é preferível permitir a pesquisa ao simples descarte, com um plus a mais, já que, para todos os fins, ele não tem qualquer possibilidade de sobrevivência ou desenvolvimento.

Uma forma conciliatória de proteção dos embriões com a possibilidade de realização das pesquisas pretendidas, consistiria na execução de uma técnica que permitisse a retirada das células-tronco embrionárias para tanto, sem que para este mister se danificasse o embrião, entretanto, no estágio atual da ciência, tal técnica ainda não existe.

Deve-se ressaltar a inexistência de leis regulamentadoras, inclusive relativas ao procedimento da reprodução assistida, já que até hoje somente a Resolução 2013 de 09 de maio de 2013 do Conselho Federal de Medicina, regulamenta a questão, motivo pelo qual se mostra imprescindível tal providência, visto que a referida resolução não tem força de lei.

10.11 Conclusão

Tomando-se por base o entendimento de que o início da vida se dá com a fusão dos gametas feminino e masculino, o embrião humano deve ser equiparado ao nascituro, ressaltando-se àquele os mesmos direitos deste.

Sendo assim, as pesquisas em células tronco embrionárias, indubitavelmente, violam o Direito à vida dos embriões, já que a realização destas pressupõe necessariamente a destruição dos embriões a que elas sejam submetidos.

Somente na hipótese de se tratarem de embriões inviáveis, ou seja, que não tenham se dividido espontaneamente é que referidas pesquisas se mostram possíveis, visto que nesta situação não há qualquer potencialidade de vida humana.

No caso das situações já consolidadas de embriões já congelados quando da publicação da lei de biossegurança, aos quais não sejam dados para adoção, nem sejam implantados futuramente pelos pais biológicos, adotado o critério utilitarista, melhor utilizá-los para pesquisa do que o simples descarte destes.

Já, relativamente a situações futuras de congelamento, até porque não regulamentadas pela lei de biossegurança, dever-se-ia coibi-las por meio de lei específica nesse sentido, permitindo-se tão somente o congelamento de material genético feminino e masculino de forma isolada, sem que se fundam os gametas e por conseguinte se formem os embriões.

Não é possível entender que o embrião seja um ser humano nas primeiras fases de desenvolvimento, mas não conceder-lhe os direitos inerentes a uma pessoa, de forma que, pelo menos de forma condicional, esses direitos devam ser garantidos.

Trata-se de um ser humano e não de uma “coisa”, motivo pelo qual não pode ser assim tratado pelo nosso ordenamento jurídico.

Nesse sentido é o que dispõe o Pacto de San José da Costa Rica, o qual entende que pessoa é todo ser humano e que esta tem o direito de que se respeite sua vida,

complementando que este direito deve ser protegido pela lei, desde o momento da concepção.

Deve-se, portanto, em falta de lei específica, equiparar-se, para fins legais, o embrião ao nascituro.

Já quanto à possibilidade da aplicação da excludente da criminalidade do crime de aborto, entretanto, deve-se estender somente ao anencéfalo, visto este estar inserto dentro do ventre materno, ao contrário do embrião enquanto não implantado e nidado no útero da gestatriz.

A lei penal é clara ao especificar a condição de gestante, para a caracterização do tipo penal, o que não ocorre com o embrião enquanto estiver “in vitro” ou congelado.

Embora não se possa confundir, para fins penais, o embrião nidado no útero materno com o que se encontra ainda “in vitro”, pela exigência específica da lei, não há que se distinguiem os direitos desses em outras searas.

Isso porque, em sede de Direito penal, não é possível aplicar-se a lei em prejuízo do réu, motivo pelo qual não se pode estender a interpretação do tipo penal para o embrião.

Em tempo, ressalve-se que deve-se limitar, por lei, a produção de número de embriões, para, no máximo, o limite pretendido para o implante seguro, com o fim de que, uma vez fusionados os gametas dos genitores, seja obrigatório o implante de todos os embriões criados, proibindo-se por conseguinte o congelamento destes, até porque não haveriam mais os excedentários.

Desta forma, restariam resguardados não só os direitos dos embriões, bem como o direito de procriar decorrente do planejamento familiar e da paternidade responsável.

Frise-se novamente que nada impede sejam congelados os materiais genéticos dos genitores de forma isolada, possibilitando-se, em momento posterior, a fusão destes, criando-se embriões futuros, com as mesmas limitações anteriormente citadas, para serem implantados.

11. ANTICONCEPTIVOS E ABORTIVOS

11.1 Distinção entre anticonceptivos e abortivos e consequências do uso destes

Os anticonceptivos apresentam ação anovulatória, de forma que, quando uma mulher faz uso, por exemplo, de um anticoncepcional, este impede a formação do gameta feminino (óvulo), enquanto que os abortivos, impedem a nidação de um gameta já fusionado, ou seja, quando já ocorreu a fecundação.

Sendo assim, nota-se que os anticonceptivos no máximo impedem a fusão dos gametas masculino e feminino, motivo pelo qual não devem ser proibidos e até mesmo incentivados, visto que garantem um controle de natalidade bem como o planejamento familiar e ainda, como ocorre no caso do uso da camisinha, também impedem a contaminação por doenças sexualmente transmissíveis.

A esterilização cirúrgica, tanto do homem (vasectomia) quanto da mulher (laqueadura) embora não se enquadrem tecnicamente como anticoncepcionais, têm o mesmo fim, qual seja, impedir a concepção.

Já os abortivos, como por exemplo o Dispositivo Intra Uterino (DIU) e a “pílula do dia seguinte”, têm a capacidade de destruir um ser que já foi gerado, seja pelo impedimento da nidação deste no útero materno, seja pela própria destruição do ser em si.

Por mais que se diga que nem sempre o uso destes meios abortivos gere de fato a destruição de um ser vivo, visto que nem sempre ocorre a fertilização do óvulo pelo espermatozóide, claro é que a possibilidade em si já deve ser refutada, até porque o fim buscado, ainda que indiretamente, é matar o embrião eventualmente formado.

Note-se que tanto para a medicina quanto para a lei, somente se considera grávida uma mulher quando ocorre o fenômeno da nidação, ou seja, quando há a aderência do embrião no útero materno, inclusive considerando-se crime de aborto, a interrupção da gravidez a partir de então.

Portanto, só ocorrerá crime de aborto se já estiver ocorrido a nidação, de forma que pela legislação penal atual, o uso dos abortivos, desde que realizados antes da nidação, a priori não poderia ser criminalizado. No máximo poder-se-ia cogitar de um crime de perigo (artigo 132 do CP), pois se de fato ocorrer à fertilização do óvulo pelo espermatozóide, este acabará por ser inevitavelmente destruído.

Deve-se afastar ainda, no caso de uso de abortivos, a possibilidade de caracterização do genocídio “pela imposição de medidas tendentes a evitar nascimentos no seio do grupo” (Lei 2889/56) como sustenta Genival Veloso de França¹⁰², até porque, se assim fosse, a permissão, por si só, do uso de anticoncepcionais já caracterizaria o crime de genocídio.

Na verdade, a intenção da liberação do uso desses meios abortivos se dá para evitar abortos clandestinos que acabam por colocar em risco concomitantemente a vida de mãe e filho, configurando-se num verdadeiro problema de saúde pública e não uma contenção demográfica.

A alegação de que os anticoncepcionais são também abortivos, como sustenta Genival Veloso de França¹⁰³, não merece guarida. Para sustentar esta alegação o autor utiliza-se de uma citação de Tyler, no sentido de que “os hormônios constituintes dos anovulatórios provocam alterações endometriais, que podem tornar impossível a nidificação, por modificações do estroma excessivamente estimulado”.¹⁰⁴

Primeiro deve-se ressaltar que referidas alterações só acontecem via de exceção, pois se assim não fosse, qualquer mulher que tomasse anticoncepcional, perderia a capacidade gestacional após a interrupção ou mesmo suspensão do uso deste, o que não ocorre na grande maioria das vezes.

Em verdade, normalmente a mulher se vale dos anticoncepcionais como forma de planejamento familiar e, no caso da camisinha, da seguridade de sua saúde e de seu

¹⁰² FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito Médico*. 10. Ed. Rio de Janeiro, p. 370.

¹⁰³ FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito Médico*. 10. Ed. Rio de Janeiro, p. 368.

¹⁰⁴ TYLER, Edward T. *Current status of oral contraception*. Separata em português do JAMA – 189: 562/565, 1994.

parceiro sexual, de forma que, tão logo decide engravidar, esta cessa imediatamente o uso destes meios.

Segundo porque, quando a mulher se utiliza de anticoncepcionais, esta busca de fato a inviabilidade momentânea da gravidez e não a expulsão de um ser gerado em seu corpo ou mesmo o aborto propriamente dito, ao contrário do que ocorre com os abortivos.

É certo que praticamente todas as mulheres que se utilizam do Dispositivo Intra Uterino (DIU) desconhecem sua potencialidade de extermínio de um óvulo fecundado, seja por falta de informação ou mesmo orientação médica nesse sentido. Para essas mulheres, esse meio somente impede que elas engravidem da mesma forma que se tomassem uma pílula anticoncepcional.

Daí a necessidade de se impor legalmente a obrigatoriedade das informações relativas aos meios anticonceptivos e abortivos por parte do Estado e dos médicos, proibindo-se o uso do DIU e da “pílula do dia seguinte” por se tratarem de meios exterminadores de seres vivos, ainda que em fase inicial de desenvolvimento, criminalizando tal conduta tanto por parte do médico ou clínica médica quanto da paciente que se valerem destes meios abortivos, além dos estabelecimentos que venderem medicamentos que possam ser abortivos, salvo se referidos medicamentos tiverem sido prescritos por médico para fim diverso.

11.2 Conclusão

A distinção entre meios abortivos e anticonceptivos é essencial para diferenciar situações em que a mulher pretende evitar uma possível gravidez, impedindo por meio dos anticonceptivos a fecundação do óvulo pelo espermatozóide, da destruição do embrião gerado pelo uso dos abortivos.

Sendo assim, é plenamente legítimo o uso de anticoncepcionais por tratar-se de medida preventiva e competente para viabilizar o planejamento familiar.

Em contrapartida, deve-se proibir o uso dos abortivos, criminalizando-se a conduta do médico de prescrição do uso destes, implante como no caso do DIU, venda sem prescrição médica pra fins específicos de curas de doenças, compra ilegal destes medicamentos, além do uso pela mulher grávida devidamente informada da sua condição e riscos dele decorrentes.

12. POSIÇÕES RELIGIOSAS

12.1 Catolicismo

O Papa Bento XVI, em discurso votado aos participantes da Sessão Plenária da Congregação para a Doutrina da Fé (antigo santo Ofício) declarou que a fecundação in vitro, bem como “o congelamento dos embriões, a diagnose pré-implantação, a pesquisa sobre as células embrionárias e as tentativas de clonagem humana” infringem a tutela da dignidade humana e pediu a seus membros que atentem aos “problemas difíceis e complexos da bioética”.

Declarou o Pontífice que estas técnicas possibilitam “que seres humanos no estado mais frágil e indefeso de sua existência sejam selecionados, abandonados, assassinados ou usados como material biológico”, referindo-se aos embriões em virtude da inseminação artificial.

Segundo ele, a ciência deve respeitar incondicionalmente o ser humano “desde a sua concepção até a morte”, bem como respeitar a “originalidade da transmissão humana através dos atos dos cônjuges”.

Também afirmou que a Igreja não pode e não deve intervir nas novidades científicas, mas tem “o dever de reiterar os grandes valores e propor a todos os homens os princípios éticos e morais para as novas questões importantes”.

Entretanto, frisou que a Igreja é a favor do progresso científico biomédico, inclusive no uso das células somáticas e nos tratamentos de restituição da fertilidade, mas que deve-se respeitar cada ser humano, reconhecendo-se a dignidade da pessoa.

Segundo Frei Antonio Moser, professor de teologia moral e bioética no Instituto Teológico Franciscano, “ser estéril não é uma maldição. Não ter filhos carnis pode ser

uma benção. É o caso dos celibatários. No caso de um casal querer mesmo ter filhos, o caminho indicado é o da adoção, afinal, há tantas crianças esperando por um lar...”.¹⁰⁵

E ainda, continua explicando, esse mesmo teólogo, que “Uma vez colhidos espermatozóides e óvulos, e ainda mais depois de uma fecundação, nos encontramos num beco sem saída. Ninguém tem e nunca terá uma resposta, a não ser aquela dada acima: não arme problemas para os quais depois não se encontra solução”.¹⁰⁶

A Igreja católica só admite o coito programado, se opondo frontalmente as técnicas de reprodução artificial, doação de gametas e embriões e congelamento de material genético em separado ou embriões.¹⁰⁷

12.2 Judaísmo

Para o Judaísmo, Segundo informa o Rabino Shamaï Ende, “os filhos consistem numa enorme benção, uma dádiva Divina, que também garantem a continuidade da família e do povo em geral”.¹⁰⁸

O Judaísmo não se opõe as técnicas de reprodução artificial, mas impõe certas condições e restrições a seguir explicitadas.

Segundo o Rabino Shamaï Ende, tanto a inseminação artificial ou a fertilização in vitro “só são permitidas quando o material usado, ou seja, o sêmen, óvulos e veículos, pertençam exclusivamente ao casal, sendo proibido doações ou enriquecimento de sêmen com material alheio. Para tanto, todo o processo de coleta e captação de material, fertilização, congelamento e implante de embriões deve ser feito com acompanhamento

¹⁰⁵ MOSER, Antonio entrevistado por Arnaldo Schizzi Cambiaghi. *Catolicismo*. Disponível em: <<http://www.vidaconcebida.com.br/catolicismo.html>>.

¹⁰⁶ MOSER, Antonio entrevistado por Arnaldo Schizzi Cambiaghi. *Catolicismo*. Disponível em: <<http://www.vidaconcebida.com.br/catolicismo.html>>.

¹⁰⁷ MOSER, Antonio entrevistado por Arnaldo Schizzi Cambiaghi. *Catolicismo*. Disponível em: <<http://www.vidaconcebida.com.br/catolicismo.html>>.

¹⁰⁸ ENDE, Shamaï. *Inseminação Artificial e Fertilização In Vitro – Qual é a visão do judaísmo?* Disponível em <http://www.pt.chabad.org/library/article_cdo/aid/2252680/jewish/Inseminacao-Artificial.html>.

de um supervisor perito, seguindo orientação rabínica, para garantir que todo o material usado pertence realmente ao casal”.¹⁰⁹

E ainda, “Não há opção de usar sêmen ou óvulos alheios, ou implantar o embrião do casal em um ventre de outra mulher. Neste caso o casal deve optar pela adoção, seguindo a orientação de uma autoridade rabínica competente. Nossos sábios nos ensinam que alguém que adota um filho, se for de acordo com a lei judaica, é considerado como se o gerasse. Caso as leis não sejam respeitadas, poderão ocorrer várias dúvidas e incertezas no que diz respeito ao status da criança que vai nascer”.¹¹⁰

Mesmo havendo inseminação artificial ou fertilização in vitro, deve necessariamente ocorrer uma relação sexual entre o casal e por meio de uma camisinha especial deve ser colhido o sêmen que será implantado na mulher.¹¹¹

Referido Rabino cita ainda algumas implicações exemplificadas decorrentes da inobservância da lei judaica nesse sentido, a seguir transcritas:

“Uma mulher casada que recebeu doação de sêmen de outro homem, ou do banco de sêmen, o filho que irá nascer terá sérios problemas no que se refere ao casamento judaico. Além disso, o pai da criança não cumpre desta forma a mitsvá de se multiplicar, já que este não é considerado seu filho. Nestes casos, porém, a criança é considerada judia, devendo ser circundado, receber um nome judaico, e cumprir as demais leis da Torá.

Mesmo conforme as idéias mais lenientes, caso nasça uma menina, esta não poderá casar-se com um Cohen. Mesmo o (a) filho (a) de uma mulher solteira que recebeu doação de sêmen desta forma, irá enfrentar certas conseqüências neste sentido. Caso a mulher tenha recebido doação de óvulos, existem controvérsias na lei judaica sobre o status da criança, sendo que vários legisladores opinam que esta não é considerada judia, devendo passar por uma conversão para não levantar dúvidas. O mesmo ocorre caso o embrião do casal for implantado em um ventre alheio. O Talmud diz (Yebamot 37b), que um homem

¹⁰⁹ ENDE, Shamai. *Inseminação Artificial e Fertilização In Vitro – Qual é a visão do judaísmo?* Disponível em <http://www.pt.chabad.org/library/article_cdo/aid/2252680/jewish/Inseminacao-Artificial.html>.

¹¹⁰ ENDE, Shamai. *Inseminação Artificial e Fertilização In Vitro – Qual é a visão do judaísmo?* Disponível em <http://www.pt.chabad.org/library/article_cdo/aid/2252680/jewish/Inseminacao-Artificial.html>.

não deve casar-se com uma mulher em um país e posteriormente casar-se com outra em outro país, de forma que os filhos de uma não conheçam os da outra, podendo ocorrer no futuro que um homem casará com sua própria irmã. O mesmo ocorre no caso de uma mulher que recebe doação de sêmen, não sabendo desta forma quem é o pai de seu filho”.¹¹²

Sendo assim, o judaísmo é a favor do coito programado, das técnicas de reprodução artificial e do congelamento de material genético, mesmo de embriões, entretanto se opõe a doação deles.¹¹³

12.3 Budismo

Para o Budismo, o sexo garante a sobrevivência das espécies, sendo portanto a procriação uma finalidade do ato sexual, embora não a única, visto que o prazer também deve ser buscado.¹¹⁴

Admitem-se no budismo, as técnicas de reprodução artificial, por permitirem aos casais inférteis atingirem seus objetivos.¹¹⁵

Segundo Carlos Satio Mitsugui (coordenador geral do NEBio – Núcleo de Estudos de Bioética da Associação Brasil SGI), “os escritos budistas esclarecem que o ser começa no momento da concepção e representa uma entidade única em processo de individualização. O budismo interpreta a vida como algo contínuo. Do ponto de vista da reencarnação, a vida se torna uma “existência intermediária” entre o momento da morte e

¹¹¹ ENDE, Shamaï. entrevistado por Arnaldo Schizzi Cambiaghi. *Judaísmo*. Disponível em <http://www.vidaconcebida.com.br/judaismo.html>.

¹¹² ENDE, Shamaï. *Inseminação Artificial e Fertilização In Vitro – Qual é a visão do judaísmo?* Disponível em <http://www.pt.chabad.org/library/article_cdo/aid/2252680/jewish/Inseminacao-Artificial.html>.

¹¹³ ENDE, Shamaï. entrevistado por Arnaldo Schizzi Cambiaghi. *Judaísmo*. Disponível em <http://www.vidaconcebida.com.br/judaismo.html>.

¹¹⁴ MITSUGUI. Carlos Satio entrevistado por Arnaldo Schizzi Cambiaghi. *Budismo*. Disponível em: <<http://www.vidaconcebida.com.br/budismo.html>>.

¹¹⁵ MITSUGUI. Carlos Satio entrevistado por Arnaldo Schizzi Cambiaghi. *Budismo*. Disponível em: <<http://www.vidaconcebida.com.br/budismo.html>>.

do próximo nascimento. A concepção é o momento em que essa existência intermediária se une à sua próxima forma humana”.¹¹⁶

Esclarece ainda que “na concepção do budismo, o destino de embriões deve ser considerado com a máxima seriedade e reflexão, pois as causas e efeitos deste ato determinarão a própria condição de vida e a felicidade das pessoas. Assim, a decisão pelo procedimento de congelamento de embriões ou doação destes, requer uma análise de consciência pessoal”.¹¹⁷

Desta forma, o budismo é a favor do coito programado, das técnicas de reprodução artificial, cabendo à consciência pessoal de cada um acerca da doação e congelamento de material genético, isoladamente ou como embriões.

12.4 Jeovismo

Segundo Walter Freoa, responsável pelo departamento de notícias da Igreja Testemunhas de Jeová, “os fiéis desta religião valorizam muito a ciência e estão muito bem informados com relação aos tratamentos de reprodução humana assistida. Para ele a escolha por uma dentre as técnicas disponíveis, depende exclusivamente da decisão de consciência de cada pessoa, e ressalta que os tratamentos mencionados não ferem os preceitos bíblicos”.¹¹⁸

As Testemunhas de Jeová apóiam o coito programado, não só para ter, bem como para evitar filhos, as técnicas de reprodução artificial e a gestação de substituição.¹¹⁹

“Quando questionado sobre congelamento de óvulos e embriões, o Ancião esclarece que a opção vale como um exame de consciência. E ainda complementa que a Igreja apoia que a mulher se beneficie dos avanços da medicina, e compreende que isso

¹¹⁶ MITSUGUI. Carlos Satio entrevistado por Arnaldo Schizzi Cambiaghi. *Budismo*. Disponível em: <<http://www.vidaconcebida.com.br/budismo.html>>.

¹¹⁷ MITSUGUI. Carlos Satio entrevistado por Arnaldo Schizzi Cambiaghi. *Budismo*. Disponível em: <<http://www.vidaconcebida.com.br/budismo.html>>.

¹¹⁸ FREOA, Walter. entrevistado por Arnaldo Schizzi Cambiaghi. *Jeovismo*. Disponível em: <<http://www.vidaconcebida.com.br/jeovismo.html>>.

¹¹⁹ FREOA, Walter. entrevistado por Arnaldo Schizzi Cambiaghi. *Jeovismo*. Disponível em: <<http://www.vidaconcebida.com.br/jeovismo.html>>.

não fere nenhum princípio, sendo uma forma de cuidar de seu próprio corpo, e da sua saúde quando estiver preparada para ter esse bebê. Quanto ao procedimento de doação de embriões, sêmen e óvulos, é sucinto e objetivo. Ele explica que dentro da ética cristã não é permitido e ainda cita um trecho da bíblia em Levítico, capítulo 18, versículo 20: “Não deve usar a tua missão com o sêmen a esposa de seu colega se tornando impuro por ela”.¹²⁰

12.5 Espiritismo

O diretor da sociedade espírita Allan Kardec de São Matheus, filiada à Federação Espírita do Estado de São Paulo, Roberto dos Santos Aparecido, “declara que o espiritismo estuda vários campos da ciência, dentre eles o da medicina da reprodução. Quanto aos tratamentos, ele explica que a doutrina aceita os métodos utilizados atualmente, e que não há nada que condene o trabalho científico nesse sentido, além de incentivar qualquer tratamento que estimule a vida. Os espíritas acreditam que os problemas de infertilidade de um casal têm origem em vidas passadas. Em sua visão, se hoje estes pais enfrentam alguma dificuldade nesse sentido é porque tiveram sua oportunidade no passado e não estavam preparados para essa missão. O tratamento de coito programado não é vetado por eles....complementa que no livro dos espíritas e médiuns, há relato que pessoas que hoje têm dificuldade para ter filhos, em vidas passadas maltrataram seu próprio órgão genital, trazendo para sua vida atual esse tipo de problema. Contudo, o tratamento natural, controlando o melhor dia fértil da mulher não é proibido. Quanto à inseminação artificial, o procedimento envolve o mesmo conceito do coito programado. Eles não proíbem, só aconselham que, além do trabalho médico, haja um acompanhamento espiritual.”¹²¹

O Espiritismo também não se opõe as técnicas de reprodução artificial, pois para ele o que interessa é a felicidade do casal.¹²²

¹²⁰ FREOA, Walter. entrevistado por Arnaldo Schizzi Cambiaghi. *Jeovismo*. Disponível em: <<http://www.vidaconcebida.com.br/jeovismo.html>>.

¹²¹ APARECIDO, Roberto dos Santos. entrevistado por Arnaldo Schizzi Cambiaghi. *Espiritismo*. Disponível em: <<http://www.vidaconcebida.com.br/espiritismo.html>>

¹²² APARECIDO, Roberto dos Santos. entrevistado por Arnaldo Schizzi Cambiaghi. *Espiritismo*. Disponível em: <<http://www.vidaconcebida.com.br/espiritismo.html>>

12.6 Ortodoxismo

Conforme explica o Padre Gregório Teodoro, da Arquidiocese de São Paulo e do Brasil, “Quando entra na questão das dificuldades que se possa enfrentar para gerar uma família, os ortodoxos em primeiro lugar colocam tudo o que for útil para sua vida espiritual e física. Portanto, não temos restrições aos tratamentos de fertilização”.

Segundo o Dr. Arnaldo Scizzi Cambiaghi ao citar os ensinamentos do Padre Gregório, “Os ortodoxos não fazem distinção entre aquilo que é benéfico espiritualmente ou fisicamente. Porém, pensam muito nesse sentido, respeitando o ciclo natural de vida criado por Deus, até onde for possível respeitar aquilo que é da natureza do ser humano. No entanto, a Igreja Ortodoxa não proíbe terminantemente outro meio de gerar uma criança. O que eles consideram como primordial é pensarmos no aspecto de que os filhos não só são uma benção de Deus mas também podem contribuir para a união e felicidade do casal, pois essa é a finalidade do sacramento”.¹²³

Para o Padre, ao se referir ao coito programado, “o casal primeiro, deve conversar muito a respeito, deve consultar sua própria consciência, rezar, e também procurar orientação da Igreja”.¹²⁴

Os ortodoxos não são contra as técnicas de reprodução assistida, mas são contra o congelamento de embriões, por se tratar de um procedimento frio e mecânico, assim como também são contra a doação de gametas feminino e masculino e embriões, recomendando nesses casos a via da adoção. Também não se opõe ao congelamento isolado do material genético.¹²⁵

¹²³ GREGÓRIO, Teodoro. entrevistado por Arnaldo Schizzi Cambiaghi. *Ortodoxismo*. Disponível em: <<http://www.vidaconcebida.com.br/ortodoxismo.html>>.

¹²⁴ GREGÓRIO, Teodoro. entrevistado por Arnaldo Schizzi Cambiaghi. *Ortodoxismo*. Disponível em: <<http://www.vidaconcebida.com.br/ortodoxismo.html>>.

¹²⁵ GREGÓRIO, Teodoro. entrevistado por Arnaldo Schizzi Cambiaghi. *Ortodoxismo*. Disponível em: <<http://www.vidaconcebida.com.br/ortodoxismo.html>>.

12.7 Islamismo

“Na visão islâmica, o sexo é considerado uma fonte mútua de prazer e afeto e a busca pelo contato sexual, momento em que seus corpos passam por processos semelhantes, é inerente tanto ao homem quanto à mulher. Para evitar que o homem negligencie suas obrigações com Deus, o contato do casal é restrito e se estabelece uma relação submissa da mulher, que é vista muito mais como uma serva do que como uma companheira. Os laços entre mãe e filho são encorajados em detrimento aos laços matrimoniais”.¹²⁶

“Em entrevista, o Chaikh Mohamad declara: “Há um dito do profeta Muhammad, que a paz de Deus esteja com ele; não há nenhuma doença no mundo que Deus não tenha criado um remédio para a sua cura”. Ele explica que alguns dos métodos de reprodução assistida são aceitos pelo islamismo com algumas restrições, de acordo com seus ensinamentos, sendo vetado o uso de outros ou mulheres como “matriz” com o objetivo de preservação da base familiar. O coito programado é um dos métodos de reprodução assistida aceitos pelo Islamismo. Para eles esse tipo de acompanhamento médico é permitido desde que seja feito dentro do casamento. Ele ainda complementa que, ao contrário do que se possa imaginar, uma vez realizadas no seio do matrimônio, outras técnicas de fertilização, com acompanhamento médico são aceitas pela religião, entre elas a inseminação artificial e a fertilização in vitro. A única observação que o líder muçulmano faz questão de frisar é que tanto o óvulo quanto o esperma utilizados para a fecundação sejam da mulher e do homem casados e, tirando isso, também não há nenhum tipo de restrição para essa técnica de fecundação artificial. Comparada a uma invasão familiar, a doação de embriões é considerada totalmente fora dos princípios do alcorão (bíblia sagrada dos muçulmanos). O Chakh cita que não sendo na mesma família, e fora do contrato do casamento, o procedimento é vetado, já que o envolvimento de terceiros causa uma mistura das raízes familiares. Ele esclarece que a preocupação dos muçulmanos está em se conhecer a procedência e continuidade dos membros da família. Segundo ele, o casal que obtiver sucesso na primeira tentativa e que, portanto não for mais utilizar os embriões

¹²⁶ BUKAI, Mohamad Al. Entrevistado por Arnaldo Schizzi Cambiaghi. *Islamismo*. Disponível em <<http://www.vidaconcebida.com.br/islamismo.html>>.

congelados, deve descartá-los. O Islã considera um embrião com 120 dias uma vida e em hipótese alguma pode ser utilizado por outro casal”.¹²⁷

E ainda, “mesmo colocando a possibilidade de doação de óvulos de uma das quatro esposas para uma do mesmo casamento, não é permitido. Segundo ele, esse tipo de procedimento foi proibido no Conselho de Jurisprudência Islâmica de 1984, pois essa situação pode causar brigas entre as esposas sobre a legitimidade e o direito da maternidade sobre a criança”.¹²⁸

“A doação de sêmen também não é permitida, pois se trata de uma invasão na árvore genealógica da família, além de representar a formação de uma vida fora do casamento, ou seja, uma mulher ficará grávida de outro homem ou utilizará o óvulo de outra mulher para que seu marido tenha um filho. Filhos fora do casamento não são considerados legítimos para o Islã. O congelamento de óvulos e embriões é permitido em situações como mulheres em tratamentos de radio ou quimioterapia, por exemplo, ou no período próximo da menopausa, como uma maneira de planejamento familiar dentro do casamento. Entretanto, os casais que optarem pelo congelamento de óvulos, deverão descartá-los quando não forem utilizados, para que nunca sejam utilizados por outros casais, diz o Chaikh”.¹²⁹

12.8 Protestantismo

A Igreja protestante é usualmente chamada de Igreja evangélica e diversas são as igrejas que são consideradas protestantes, a seguir descritas:

Luterana, Anglicana, Calvinista, Presbiteriana, Congregacionalista, Anabatista, Metodista Calvinista, Batista, Millerista, Adventista, Assembléia de Deus, Congregação Cristão do Brasil, do Evangelho Quadrangular, Pentecostal “Deus é Amor”, Pentecostal “O Brasil para Cristo”, Universal do Reino de Deus, Universal da Graça de

¹²⁷ BUKAI, Mohamad Al. Entrevistado por Arnaldo Schizzi Cambiaghi. *Islamismo*. Disponível em <<http://www.vidaconcebida.com.br/islamismo.html>>.

¹²⁸ BUKAI, Mohamad Al. Entrevistado por Arnaldo Schizzi Cambiaghi. *Islamismo*. Disponível em <<http://www.vidaconcebida.com.br/islamismo.html>>.

¹²⁹ BUKAI, Mohamad Al. Entrevistado por Arnaldo Schizzi Cambiaghi. *Islamismo*. Disponível em <<http://www.vidaconcebida.com.br/islamismo.html>>.

Deus, Comunidade Evangélica Sara Nossa Terra, Apostólica Renascer em Cristo e Ministério Internacional da Restauração.¹³⁰

Embora todas as Igrejas Evangélicas sejam protestantes, o inverso nem sempre ocorre.¹³¹

Em virtude do grande número de Igrejas Protestantes, nesta obra somente algumas delas serão a seguir abordadas.

12.8.1 Presbiterianismo

Para a Igreja Presbiterina, o sexo só deve ser praticado dentro do matrimônio e tem por finalidade não só a procriação, como também o prazer.¹³²

Segundo o Reverendo Carlos Aranha Neto da Igreja Presbiterina Unida de São Paulo, “o fundamental é o valor da vida humana, portanto são contrários ao aborto, exceto em caso de aborto terapêutico, quando está em risco a saúde da mãe ou quando a gravidez for fruto do estupro. Assim, se existem técnicas de reprodução humana como os caminhos planejados para a gravidez, consideram tais procedimentos extraordinários, e sinais da aprovação divina. Se tais procedimentos colaboram para assegurar, melhorar, ou conservar a vida, não há restrições que impeçam o tratamento. Para o líder da Igreja Presbiteriana, todas as técnicas da medicina de reprodução assistida, dentre elas, o coito programado, são perfeitamente válidas, pois não existe restrição em prol da vida.”¹³³

Para ele, “tanto a inseminação artificial quanto a fertilização in vitro, são vistas como procedimento médico científico sem interferência no aspecto moral de uma ética

¹³⁰ ARANHA NETO, Carlos. entrevistado por Arnaldo Schizzi Cambiaghi. *Presbiterianismo*. Disponível em <<http://www.vidaconcebida.com.br/presbiterianismo.html>>.

¹³¹ ARANHA NETO, Carlos. entrevistado por Arnaldo Schizzi Cambiaghi. *Presbiterianismo*. Disponível em <<http://www.vidaconcebida.com.br/presbiterianismo.html>>.

¹³² ARANHA NETO, Carlos. entrevistado por Arnaldo Schizzi Cambiaghi. *Presbiterianismo*. Disponível em <<http://www.vidaconcebida.com.br/presbiterianismo.html>>.

¹³³ ARANHA NETO, Carlos. entrevistado por Arnaldo Schizzi Cambiaghi. *Presbiterianismo*. Disponível em <<http://www.vidaconcebida.com.br/presbiterianismo.html>>.

religiosa. Se o médico do casal acredita que a única maneira de terem filhos é por estes métodos, não há problemas, e finaliza dizendo: “Que Deus abençoe!”.¹³⁴

A doação de embriões é aceita pela Igreja, desde que seja feita sem fins comerciais e que doadores e receptores tenham plena consciência do ato.¹³⁵

Também não há óbice da Igreja quanto ao congelamento de óvulos e embriões. Mas o Reverendo Carlos adverte que “(...) trará dificuldades morais, caso o relacionamento com um homem não envolver os compromissos normais de um casamento. O problema não estaria nessa perspectiva de planejamento e sim na atitude da mulher, quanto à utilização dos óvulos ou embriões, como por exemplo, o envolvimento com um homem qualquer apenas com o objetivo da maternidade. Já se, após anos, ela encontrar sua alma gêmea e resolver ter um filho dentro do matrimônio, essa atitude sim é que terá importância mediante a igreja, e não os métodos adotados”¹³⁶

Também não há óbice quanto à doação de material genético isolado, desde que não haja fins comerciais.¹³⁷

A Comissão Executiva do Supremo Concílio da Igreja Presbiteriana do Brasil¹³⁸, em 2001 posicionou-se face ao progresso da ciência e do projeto genoma humana, mostrando-se favorável a pesquisa e avanço científicos, mas alerta quanto às ameaças da “genetização”, conforme a seguir transcrito:

“2. A nossa postura ética preconiza a maximização das pesquisas genéticas para benefício de toda a humanidade e os cuidados legais preventivos contra as ameaças da “genetização”. Nem tudo é causado, determinado ou controlado pelos genes; e também das ameaças à privacidade e aos direitos individuais, tais como:

¹³⁴ ARANHA NETO, Carlos. entrevistado por Arnaldo Schizzi Cambiaghi. *Presbiterianismo*. Disponível em <<http://www.vidaconcebida.com.br/presbiterianismo.html>>.

¹³⁵ ARANHA NETO, Carlos. entrevistado por Arnaldo Schizzi Cambiaghi. *Presbiterianismo*. Disponível em <<http://www.vidaconcebida.com.br/presbiterianismo.html>>.

¹³⁶ ARANHA NETO, Carlos. entrevistado por Arnaldo Schizzi Cambiaghi. *Presbiterianismo*. Disponível em <<http://www.vidaconcebida.com.br/presbiterianismo.html>>.

¹³⁷ ARANHA NETO, Carlos. entrevistado por Arnaldo Schizzi Cambiaghi. *Presbiterianismo*. Disponível em <<http://www.vidaconcebida.com.br/presbiterianismo.html>>.

¹³⁸ Comissão Executiva do Supremo Concílio da Igreja Presbiteriana do Brasil, 2001. Disponível em <<http://www.executivaipb.com.br/site/atas/ce/ce2001/doc-cli-159.pdf>>.

- a) Avaliação de pessoas com base na sua codificação genética para empregos e venda de seguros, busca de atletas geneticamente controlados ou geneticamente perfeitos;
- b) A escolha do parceiro e da parceira para a vida, com base exclusiva no seu código genético;
- c) 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”.¹³⁹

Referida comissão cita, como alerta, o abuso genético cometido pelos nazistas e estalinistas, em busca, inclusive, da “raça pura”.¹⁴⁰

12.8.2 Anglicanismo

Para a Igreja Anglicana, o sexo só deve ser praticado dentro do matrimônio¹⁴¹.

Segundo explica o Reverendo Aldo Quintão, chefe do colégio de cardeais da Catedral Anglicana de São Paulo, a Igreja Anglicana não tem “uma autoridade concentrada e vertical representada por uma Cúria ou um Papa. Desse modo, ninguém pode falar em nome da Igreja Anglicana”.¹⁴²

E continua, “Assim, respeitando a ciência que se desenvolve para o benefício da humanidade, a Igreja Anglicana procura suscitar e não julgar o que é desenvolvido para a evolução tecnológica. Segundo ele, apontar uma posição favorável ou contrária seria

¹³⁹ Comissão Executiva do Supremo Concílio da Igreja Presbiteriana do Brasil, 2001, p. 4. Disponível em <<http://www.executivaipb.com.br/site/atas/ce/ce2001/doc-cli-159.pdf>>.

¹⁴⁰ Comissão Executiva do Supremo Concílio da Igreja Presbiteriana do Brasil, 2001. Disponível em <<http://www.executivaipb.com.br/site/atas/ce/ce2001/doc-cli-159.pdf>>.

¹⁴¹ QUINTÃO, Aldo. Entrevistado por Arnaldo Schizzi Cambiaghi. *Anglicanismo*. Disponível em: <<http://www.vidaconcebida.com.br/anglicanismo.html>>.

¹⁴² QUINTÃO, Aldo. Entrevistado por Arnaldo Schizzi Cambiaghi. *Anglicanismo*. Disponível em: <<http://www.vidaconcebida.com.br/anglicanismo.html>>.

responder por todos os fiéis que seguem a doutrina anglicana, fato esse que não pode ser decretado, pois até mesmo dentro na “democracia eclesiástica” existem grandes divergências de opiniões, que certamente são respeitadas. Sobre os métodos para engravidar, Aldo Quintão explica: “Apesar da palavra ‘coito’ não ser muito adequada para descrever uma relação sexual entre seres humanos, apoio essa relação programada, pois a intenção planejada de ter filhos envolve um ato de amor que em muitas vezes inexistente numa relação não programada”.¹⁴³

E finaliza, “Sou favorável a tudo o que a ciência aprimora para a felicidade do ser humano, sou a favor das células tronco, de alguns métodos da medicina de reprodução e indico aos fiéis da igreja que se encontram aflitos diante dessa situação. Tudo que se gerar com amor e trazer felicidade do casal é bem visto aos olhos de Deus.(...) A Igreja Anglicana não se pauta por respostas finais sobre questões éticas referente ao assunto medicina da reprodução, pois diante do que vemos, nossa preocupação é se o que se faz está em ligação com nossa liberdade de escolha, sendo para o bem da humanidade”.¹⁴⁴

12.8.3 Metodismo

Segundo o Bispo Stanley da Silva Moraes, da sede nacional da Igreja Metodista do Brasil, “os tratamentos para reprodução assistida, desde que dentro dos princípios éticos cristãos são aceitos e também recomendados pela igreja (...) e que tudo que a ciência oferece de recurso, se for para a felicidade do indivíduo, é válido e aceito pelo metodismo”.¹⁴⁵

A Igreja metodista é a favor do coito programado e do planejamento familiar. Ela também apóia a inseminação artificial. Para ela o sexo não tem só finalidade procriativa.¹⁴⁶

¹⁴³ Reverendo Aldo Quintão, Deão chefe do colégio de cardeais da Catedral Anglicana de São Paulo, citado por Arnaldo Schizzi Cambiaghi. Disponível em <http://www.vidaconcebida.com.br/anglicanismo.html>

¹⁴⁴ Reverendo Aldo Quintão, Deão chefe do colégio de cardeais da Catedral Anglicana de São Paulo, citado por Arnaldo Schizzi Cambiaghi. Disponível em <http://www.vidaconcebida.com.br/anglicanismo.html>

¹⁴⁵ MORAIS, Stanley da Silva Moraes. Entrevistado por Arnaldo Schizzi Cambiaghi. *Metodismo*. Disponível em: <<http://www.vidaconcebida.com.br/metodismo.html>>.

¹⁴⁶ MORAIS, Stanley da Silva Moraes. Entrevistado por Arnaldo Schizzi Cambiaghi. *Metodismo*. Disponível em: <<http://www.vidaconcebida.com.br/metodismo.html>>.

No que se refere à fertilização in vitro, o Bispo sustenta o posicionamento da Igreja no sentido de que ““apesar dos benefícios, os riscos são grandes”. A Igreja não condena a utilização do método, mas indica que apenas seja escolhido caso as técnicas anteriores se mostrarem ineficazes. Para os metodistas, o casal precisa se conscientizar que se afastando do caminho natural terá mais situações adversas a vencer”.¹⁴⁷

Quanto ao congelamento de óvulos e embriões, “segundo o Bispo, aprender a viver bem cada dia contribui para que a família humana viva melhor na Terra. Segundo ele, se a ciência descobriu recursos para que a vida seja preservada, melhorada, qualificada, ela vai colocando diante da sociedade e da pessoa a tentação de não só viver o melhor, como garantir que no futuro alcançará aquilo que hoje lhe é impossível. Como quem abre mão do presente para viver o futuro, quando for curada, ou quando achar a alma gêmea, ou quando entrar na menopausa. Na visão dele, essas pessoas não vivem nem o presente, nem o futuro”.¹⁴⁸

A Igreja Metodista é a favor do congelamento de material genético isolado ou embriões, mas ainda não se posicionou formalmente acerca da doação destes, embora entenda que, neste caso, há a quebra o princípio da família.¹⁴⁹

Consta da Carta Pastoral do Colégio Episcopal, assinada pelo Bispo João Carlos Lopes, presidente do Colégio Episcopal da Igreja Metodista, o posicionamento da Igreja Metodista acerca das pesquisas em células-tronco e da clonagem.¹⁵⁰

Embora a Igreja seja contra a pesquisa em células-tronco, esta entende que não há mais como impedir o desenvolvimento da ciência no campo da genética.¹⁵¹

¹⁴⁷ MORAIS, Stanley da Silva Moraes. Entrevistado por Arnaldo Schizzi Cambiaghi. *Metodismo*. Disponível em: <<http://www.vidaconcebida.com.br/metodismo.html>>.

¹⁴⁸ MORAIS, Stanley da Silva Moraes. Entrevistado por Arnaldo Schizzi Cambiaghi. *Metodismo*. Disponível em: <<http://www.vidaconcebida.com.br/metodismo.html>>.

¹⁴⁹ MORAIS, Stanley da Silva Moraes. Entrevistado por Arnaldo Schizzi Cambiaghi. *Metodismo*. Disponível em: <<http://www.vidaconcebida.com.br/metodismo.html>>.

¹⁵⁰ Carta Pastoral do Colégio Episcopal assinada pelo Presidente do Colégio Episcopal da Igreja Metodista, Bispo João Carlos Lopes. *Bioética: reflexões sobre o dom da vida*. Disponível em: <<http://www.metodista.org.br>>.

¹⁵¹ Carta Pastoral do Colégio Episcopal assinada pelo Presidente do Colégio Episcopal da Igreja Metodista, Bispo João Carlos Lopes. *Bioética: reflexões sobre o dom da vida*. Disponível em: <<http://www.metodista.org.br>>.

Nesse sentido, está disposto na referida Carta Pastoral que: “Não somos favoráveis a pesquisa com células-tronco por desconfiar que a ambição humana (leia-se presença do pecado) não tem fim e pode usar tal pesquisa para fins escusos, desconsiderando os propósitos de Deus. Por outro lado, o nosso país já deliberou o uso das células para pesquisa, o que trouxe alegria a portadores de males que podem ser modificados com esta aprovação (Ex.: Parkinson, hipertensão, doenças degenerativas musculares, etc.). Sendo assim, a Igreja Metodista declara que o governo que aprovou tal lei seja também o maior responsável por fazer valer a bioética e seus princípios de autonomia, beneficência e justiça”.¹⁵²

Esclarece ainda a Carta que a bioética sugiu para evitar “crimes contra a humanidade” (tais como aqueles experimentos científicos com vida humana, realizados nos campos de concentração nazistas”).

E complementa que “A Igreja não opta por pesquisa em embriões humanos, mas sabendo da existência dela, alerta que as comissões de Ética precisam atuar com segurança e reponsabilidade na avaliação destas pesquisas. Neste sentido, a Igreja é de Deus para a vida humana e para o mundo.”

Relativamente a clonagem a referida carta sustenta que “Usar células para reproduzir vida ou para retirar parte de uma vida para salvar outra é algo que se assemelha a brincar de Deus. É um benefício perigoso, de difícil controle e que pode aproximar-nos de um futuro de vidas sem propósitos, sem famílias, sem rumo – apenas de clones descartáveis”.¹⁵³

¹⁵² Carta Pastoral do Colégio Episcopal assinada pelo Presidente do Colégio Episcopal da Igreja Metodista, Bispo João Carlos Lopes. *Bioética: reflexões sobre o dom da vida*. Disponível em: <<http://www.metodista.org.br>>.

12.8.4 Luteranismo

A Igreja Luterana é a favor do coito programado e das técnicas de reprodução artificial, desde que o esperma seja do marido. Também é a favor do congelamento de embriões, preferindo pelo menor número possível destes.¹⁵⁴

Para o Pastor Dr. Rudolf Von Sinner da Igreja Evangélica de Confissão Luterana no Brasil, “um embrião é considerado “vida humana”, embora ainda não seja “pessoa” no sentido pleno, pela falta de relacionamento com a mãe no útero. O embrião e depois o feto adquirem status de pessoa gradualmente, até o atingirem plenamente no momento do nascimento”.¹⁵⁵

Embora o Dr. Rudolf declare que a Igreja Luterana é a favor da doação de embriões, este não parece ser, de fato, o posicionamento desta, no mínimo por se mostrar incoerente ante a filosofia da própria Igreja.¹⁵⁶

Isto porque a Igreja Luterana é contrária a doação de sêmen e óvulos sob o fundamento de que “(...) uma criança deveria ser concebida com o óvulo da mãe e o sêmen do pai, com os quais conviverá em família após o nascimento e, de certo modo, mesmo antes. A família é constituída pelos relacionamentos pessoais, mas também pelo laço genético. Se não for possível conceber um filho biológico, recomenda-se a adoção de uma criança”.¹⁵⁷

Sendo assim, se a Igreja Luterana não é favorável ao menos (doação de material genético isolado), quicá o mais (doação de embriões).

¹⁵³ Carta Pastoral do Colégio Episcopal assinada pelo Presidente do Colégio Episcopal da Igreja Metodista, Bispo João Carlos Lopes. *Bioética: reflexões sobre o dom da vida*. Disponível em: <<http://www.metodista.org.br>>.

¹⁵⁴ SINNER, Rudolf Von. Entrevistado por Arnaldo Schizzi Cambiaghi. *Luteranismo*. Disponível em: <<http://www.vidaconcebida.com.br/luteranismo.html>>.

¹⁵⁵ SINNER, Rudolf Von. Entrevistado por Arnaldo Schizzi Cambiaghi. *Luteranismo*. Disponível em: <<http://www.vidaconcebida.com.br/luteranismo.html>>.

¹⁵⁶ SINNER, Rudolf Von. Entrevistado por Arnaldo Schizzi Cambiaghi. *Luteranismo*. Disponível em: <<http://www.vidaconcebida.com.br/luteranismo.html>>.

¹⁵⁷ SINNER, Rudolf Von. Entrevistado por Arnaldo Schizzi Cambiaghi. *Luteranismo*. Disponível em: <<http://www.vidaconcebida.com.br/luteranismo.html>>.

O próprio líder religioso declara que “o óvulo em si ainda não pode ser considerado vida humana”, ao contrário do que ocorre com os embriões.¹⁵⁸

Em verdade, ocorre que a Igreja Luterana ainda não tem firmado um posicionamento concreto relativamente ao congelamento de material genético isolado e talvez por não ter discutido ainda a respeito do tema, cometa equívocos como esse.

12.8.5 Adventismo

A Igreja Adventista é a favor do coito programado e das técnicas de reprodução artificial, desde que sejam feitas “dentro do casamento e sem conseqüências para o corpo, de acordo com os princípios bíblicos”.¹⁵⁹

Para o Pastor Manuel Andrade da Associação Paulista Leste das Igrejas Adventistas, “a fertilização in vitro é também um tratamento científico sério, aprovado pela medicina e respeitado pela Igreja Adventista. Sua única ressalva está no envolvimento de uma terceira pessoa (barriga de aluguel), para que se evitem problemas de caráter moral. Ele se mostra favorável ao congelamento de óvulos e embriões, baseado na liberdade de escolha que Deus deu, cabendo aos casais o uso responsável dela, e volta a declarar que tal técnica deve ter acompanhamento médico responsável e de qualidade. Já quando o assunto é a doação de sêmen, óvulos e embriões, por questões morais, uma vez que a criança gerada nessas circunstâncias manteria características biológicas de seus doadores, o Pastor não está de acordo com sua utilização. Novamente foi citada a liberdade de escolha, mas que neste caso esbarra na questão moral. Para ele a escolha de métodos para a procriação deve ter limites”.¹⁶⁰

¹⁵⁸ SINER, Rudolf Von. Entrevistado por Arnaldo Schizzi Cambiaghi. *Luteranismo*. Disponível em: <<http://www.vidaconcebida.com.br/luteranismo.html>>.

¹⁵⁹ ANDRADE, Manuel. Entrevistado por Arnaldo Schizzi Cambiaghi. *Adventismo*. Disponível em: <<http://www.vidaconcebida.com.br/adventismo.html>>.

¹⁶⁰ ANDRADE, Manuel. Entrevistado por Arnaldo Schizzi Cambiaghi. *Adventismo*. Disponível em: <<http://www.vidaconcebida.com.br/adventismo.html>>.

Cumpra ressaltar que para a Igreja Adventista, o sexo tem como uma de suas finalidades a procriação humana, sendo assim para eles o ato sexual não é tido como pecado.¹⁶¹

12.8.6 Congregação Cristã do Brasil

Extraí-se do texto de Arnaldo Schizzi Cambiaghi que “De acordo com pesquisas e mediante conversas informais com pessoas praticantes da religião, observa-se que a Congregação Cristã no Brasil não tem um posicionamento formal quanto aos tratamentos de reprodução humana. Em questões pessoais de decisão familiar, muitos desses fiéis não se comprometem a dizer se a igreja é contra ou a favor dos tratamentos para casais que têm dificuldade de constituir uma família de forma natural”.¹⁶²

E ainda, segundo referido autor, “(...) o fato da igreja ser imparcial quanto ao assunto, é devido a opiniões particulares de membros que podem ser contraditórias; é por esse motivo que não há um consenso formal pré-estabelecido. Muitos dos fiéis consultados disseram que o papel da igreja é orientar sobre espiritualidade e não apontar o que é certo ou errado na ciência ou na medicina”.

12.8.7 Renascer em Cristo

Segundo dispõe a Igreja Renascer em Cristo, “a sexualidade é uma criação divina, assim como tudo neste mundo. Para eles, tudo no princípio foi feito para trazer prazer, e nada pode ser comparado com esta relação íntima entre um homem e uma mulher. Eles discordam que o sexo é apenas para procriação, caso contrário, homem e mulher não nasceriam com certas peculiaridades”.

Para o Apóstolo Estevam Hernandes, “(...) É inevitável a ênfase nos aspectos agradáveis do sexo. A questão importante consiste não em suprimir os desejos humanos

¹⁶¹ ANDRADE, Manuel. Entrevistado por Arnaldo Schizzi Cambiaghi. *Adventismo*. Disponível em: <<http://www.vidaconcebida.com.br/adventismo.html>>.

¹⁶² CAMBIAGHI, Arnaldo Schizzi. *Congregação Cristã do Brasil*. Disponível em: <<http://www.vidaconcebida.com.br/congregacao-crista-do-brasil.html>>.

naturais, mas na conscientização de certa ética que os impeçam de gerar tragédias futuras”.¹⁶³

A Igreja Renascer em Cristo é a favor do coito programado, das técnicas de reprodução artificial, do congelamento de material genético isolado ou de embriões, bem como a doação de ambos, “desde que seja uma verdadeira doação sem cunho comercial”, no entender do Apóstolo Estevam.¹⁶⁴

12.9 Conclusão

A maioria das Igrejas pesquisadas entende que o sexo não se destina exclusivamente a procriação como também presta-se ao prazer do casal.

Todas apóiam o avanço da ciência, mas entendem em sua grande maioria que deve haver certas limitações, principalmente de ordem ética.

Embora uma grande maioria delas apóie a utilização das técnicas de reprodução assistida, estas restringem o processo à reprodução homóloga tendo em vista principalmente os laços genéticos que constituem a família, sendo que na impossibilidade da realização da reprodução assistida homóloga, indicam a via da adoção.

Em decorrência deste fato, a maioria é contra a doação de material genético masculino e feminino, bem como de embriões.

Relativamente ao congelamento de óvulos, espermatozóides e embriões, a maioria é favorável.

Entretanto, todas as igrejas pesquisadas são favoráveis ao coito programado, privilegiando-se o planejamento familiar e a paternidade responsável.

¹⁶³ HERNANDES, Estevão. Entrevistado por Arnaldo Schizzi Cambiaghi. *Igreja Renascer em Cristo*. Disponível em: < <http://www.vidaconcebida.com.br/igreja-renascer-em-cristo.html> >.

¹⁶⁴ HERNANDES, Estevão. Entrevistado por Arnaldo Schizzi Cambiaghi. *Igreja Renascer em Cristo*. Disponível em: < <http://www.vidaconcebida.com.br/igreja-renascer-em-cristo.html> >.

13. A REPRODUÇÃO ARTIFICIAL E A FILIAÇÃO NO CÓDIGO CIVIL:

13.1 Formas de reprodução previstas no Código Civil

São duas as formas de reprodução previstas no Código Civil, a homóloga e a heteróloga.

“Homóloga é a inseminação promovida com material genético (sêmen e óvulo) dos próprios cônjuges”¹⁶⁵, 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”¹⁶⁶.

13.2 Presunção de Filiação

O Código Civil de 2002 trata da presunção da filiação decorrente da relação matrimonial no artigo 1597, o qual prescreve que:

“Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

I – nascidos 180 (cento e oitenta) dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II – nascidos nos 300 (trezentos) dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

III – havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV – havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

¹⁶⁵ RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*. vol. 6, 27^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 341.

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

Cumpra observar inicialmente, que não só o legislador utilizou de forma equivocada os termos inseminação e concepção conforme já se explicou anteriormente, bem como muitos autores também o fizeram, motivo pelo qual os ensinamentos citados, nesta obra, destes nobres doutrinadores, que envolvem em seu texto termos técnicos referentes à reprodução artificial, devem ser acolhidos, com reserva, neste sentido.

Entretanto, muitas outras críticas vêm sendo tecidas, com razão, acerca do artigo retro citado.

Segundo nos ensina Paulo Luiz Netto Lobo, “...sob o ponto de vista da família socioafetiva prezada pela Constituição, que relativiza a origem biológica, essa presunção não é determinante da paternidade ou da filiação, pois, independentemente da fidelidade da mulher, pai é o marido ou o companheiro que aceita a paternidade do filho, ainda que nascido antes do prazo de 180 dias do início da convivência, sem questionar a origem genética, consolidando-se o estado de filiação. Não se deve esquecer que a origem dessa presunção, e sua própria razão de ser, antes da Constituição, era a atribuição da legitimidade ou ilegitimidade da filiação.”¹⁶⁷

O mesmo se diga em relação ao prazo relativo aos nascidos nos 300 (trezentos) dias subseqüentes à dissolução da sociedade conjugal, no que tange a presunção paterno filial.

Para Maria Helena Diniz “Deve-se, havendo conflito de paternidade biológica e socioafetiva, ante os arts. 4º e 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, dar prevalência aos direitos da criança e do adolescente, aplicando-se o art. 227 da Carta Magna, os arts. 4º e 6º do ECA e o art. 3.1 da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, da ONU (1989), que se integrou, em 1990, ao direito brasileiro, acatando o interesse maior da criança, averiguando se o desenvolvimento sadio do menor depende da convivência com os pais genéticos ou com os não-biológicos,...Na dúvida deverá prevalecer a paternidade

¹⁶⁶ RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*. vol. 6, 27ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 341.

socioafetiva, que se consolidou na convivência familiar, por um ato de amor, que é prioridade em favor da criança”.¹⁶⁸

Extraí-se da redação do artigo em análise que “A presunção supõe que a maternidade é sempre certa e o marido da mãe é, normalmente, o pai dos filhos que nasceram da coabitação deles”.¹⁶⁹

Entretanto como se verá posteriormente, nem sempre a maternidade é certa.

Ademais, ante a realidade das técnicas de reprodução artificial, é possível que os embriões sejam trocados, como de fato já ocorreu nos Estados Unidos, pelo menos em duas situações diversas (da família Savage e da família Fasano), o que derrubaria a presunção da maternidade, pelo simples conhecimento deste fato, mesmo que pela mãe gestatriz.

Entretanto, para alguns autores “A mudança do direito de família, da legitimidade para o plano da afetividade, redireciona a função tradicional da presunção *pater is est*. Destarte, sua função deixa de ser a de presumir a legitimidade do filho, em razão da origem matrimonial, para a de presumir a paternidade em razão do estado de filiação, independentemente de sua origem ou de sua concepção. A presunção da concepção relaciona-se ao nascimento, devendo este prevalecer”.¹⁷⁰

Outra crítica refere-se, ante a previsão legal expressa do inciso III do artigo em comento, a possibilidade da aplicação da presunção da paternidade aos filhos havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo após o falecimento do marido, questão esta que será discutida oportunamente.

¹⁶⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord.) Código Civil Comentado XVI – *Direito de Família. Relações de Parentesco. Direito Patrimonial Arts. 1.591 a 1.693*. São Paulo: Editora Atlas 2003, p. 49.

¹⁶⁸ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 6^a ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 555/556.

¹⁶⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord.) Código Civil Comentado XVI – *Direito de Família. Relações de Parentesco. Direito Patrimonial Arts. 1.591 a 1.693*. São Paulo: Editora Atlas 2003, p. 49.

¹⁷⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord.) Código Civil Comentado XVI – *Direito de Família. Relações de Parentesco. Direito Patrimonial Arts. 1.591 a 1.693*. São Paulo: Editora Atlas 2003, p. 50.

Além das questões sucessórias que desde já tormentam o mundo jurídico, discute-se porque esta presunção sem autorização do marido descrita no inciso V, do artigo 1597 do CC se daria na fecundação artificial homóloga, ao contrário do que ocorre com a heteróloga, já que esta, por disposição expressa legal, exigiria, para tanto, a autorização deste.

Observa-se entretanto, que o consentimento do marido é sempre necessário, independente de tratar-se de fecundação artificial homóloga ou heteróloga, mesmo que este esteja vivo quando da realização da fecundação.

Isto porque, no mínimo, pode ocorrer que o marido não queira que a fecundação ocorra naquele momento ou mesmo pode decidir futuramente que esta não ocorra.

Lembre-se inicialmente que o planejamento familiar é um direito constitucionalmente garantido que deve ser exercido conjuntamente pelo homem e pela mulher.

Ademais, o material genético do marido, isolado, ou mesmo o embrião formado com o material genético deste, pode ter sido criopreservado com fito de ser utilizado em momento posterior ou até mesmo como uma reserva para a eventualidade futura deste não poder mais ser produzido natural ou artificialmente.

Segundo Paulo Luiz Netto Lobo o marido é “exclusivo titular de partes destacadas de seu corpo”,¹⁷¹ motivo pelo qual somente ele tem legitimidade para dispor de seu material genético da maneira que melhor lhe aprouver, desde que não contrarie as leis e a ordem pública.

“...a paternidade só é paternidade quando se funda num ato preciso de vontade. Na fecundação natural a voluntariedade da concepção não é solicitada, mas pelo menos a voluntariedade da cópula com aquela mulher determinada da qual, depois, eventualmente, nascerá um filho, é a regra. Na fecundação artificial, por definição, não há cópula, por conseguinte, deve subsistir, ao menos, a vontade precisa de que o próprio espermatozoide seja

¹⁷¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord.) Código Civil Comentado XVI – *Direito de Família. Relações de Parentesco. Direito Patrimonial Arts. 1.591 a 1.693*. São Paulo: Editora Atlas 2003, p. 50.

usado para a fecundação de uma certa mulher, isto é, para ter um filho dela, não sendo suficiente a aceitação genérica de que outros, se e quando o quiserem, poderão usar aquele sêmen para fecundar uma mulher qualquer”.¹⁷²

Outro ponto relevante a ser observado é que como o casamento se extingue com a morte, seria descabida a aplicação da referida presunção.¹⁷³

Pelo mesmo raciocínio, após ter ocorrido a dissolução do vínculo ou da sociedade matrimonial do casal restaria inviabilizada a fecundação artificial homóloga com embriões excedentários armazenados sem que houvesse autorização expressa e específica, de ambos, neste sentido.

“Na Jornada de Direito Civil, levada a efeito no Superior Tribunal de Justiça, nos dias 11 a 13 de junho de 2002, aprovou-se proposição no sentido de que

“finda a sociedade conjugal, na forma do art. 1.571, 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 destes embriões”.¹⁷⁴

Cumpre lembrar que “embriões excedentários são aqueles resultantes da inseminação promovida artificialmente, mas não introduzidos no útero materno”.¹⁷⁵

Levando-se em conta os deveres inerentes ao matrimônio e a união estável, em especial o da fidelidade e o da lealdade, correspectivamente, discute-se se marido ou companheiro podem dispor ou ceder seus componentes genéticos, sem a anuência da esposa ou companheira ou se esta ausência de vênua poderia caracterizar eventualmente injúria grave.¹⁷⁶

¹⁷² VERCELLONE, Paolo – *As novas famílias*. Curitiba: Jurisprudência: civil e comercio. n. 156, 1990, p. 48.

¹⁷³ SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. *Estatuto da Reprodução Assistida*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 74.

¹⁷⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord.) Código Civil Comentado XVI – *Direito de Família. Relações de Parentesco. Direito Patrimonial Arts. 1.591 a 1.693*. São Paulo: Editora Atlas 2003, p. 53

¹⁷⁵ RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*: vol. 6, 27ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 341.

Ainda no que se refere à possibilidade da caracterização da injúria grave, a inseminação artificial homóloga “poderá ainda trazer problemas jurídico-morais, como, por exemplo: o meio de conseguir sêmen; o uso de violência contra a mulher, induzindo-a a prática do processo por maliciosa provocação, ou por dolo de aproveitamento, pois haverá possibilidade de dolo do marido, que, enganando sua mulher, a faz crer que se trata de inseminação artificial homóloga, quando, na verdade, é obtida com a utilização de espermatozoides de terceiro. Denunciada a farsa, Ter-se-á injúria grave e poderia a mulher, forçada à maternidade pela inseminação artificial, homóloga ou não, alegar “estupro científico”, para pleitear o aborto legal; simulação entre a mulher e o médico para uso de sêmen de terceiro etc.”¹⁷⁷

No que tange a fecundação artificial heteróloga, nos termos do inciso V do artigo 1579 do CC, o legislador também não cogitou a necessidade da autorização da mulher, todavia é evidente que esta deve manifestar seu consentimento informado, visto que pode acreditar que o filho será geneticamente seu e/ou de seu marido quando a realidade pode ser outra.

13.3 Forma da autorização:

Também foi silente o legislador quanto à forma desta autorização, já que, inexistindo previsão expressa a respeito, via de regra, poderia ser até verbal, o que poderia gerar enorme incerteza jurídica e até dano ao filho futuramente concebido, já que a existência de referido ato seria de difícil comprovação e comportaria facilmente eventual fraude.

Para Maria Helena Diniz, tratando-se de fecundação artificial homóloga, a anuência do marido deve ser realizada em instrumento público ou testamento¹⁷⁸ e no caso de ser heteróloga, esta entende que o consentimento deva ser por escrito e irrevogável.”¹⁷⁹

¹⁷⁶ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 553.

¹⁷⁷ DINIZ, Maria Helena p. 551 apud Castán Tobeñas, Los problemas civiles de la llamada *inseminatio artificialis* en seres humanos, in *Livro de homenaje a Moneva Puyol*, Zaragoza, 1955, p. 405; Zannoni, *Inseminación*, cit., p. 72-9 e 50.

¹⁷⁸ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 550.

Note-se que nos Estados Unidos, o Uniform Parentage Act, de 1973 e 1987, estabelece que “o consentimento deve ser escrito pelo marido e pela mulher”.¹⁸⁰

“Se o marido autorizou a inseminação artificial heteróloga, não poderá negar a paternidade, em razão da origem genética, nem poderá ser admitida investigação de paternidade, com idêntico fundamento, máxime em se tratando de doadores anônimos”¹⁸¹

Cumprе ressalvar que nos casos de fecundação artificial heteróloga, o marido é considerado legalmente como o pai natural da criança e o doador do sêmen e/ou do óvulo deixam de ter qualquer vínculo de filiação com a criança concebida.

Segundo Maria Helena Diniz, “A ausência de consentimento do marido poderá ser motivo justificador da separação judicial por adultério casto ou de seringa, por afetar a solidez do casamento, configurando-se a injúria grave.”¹⁸²

Referida autora aduz que “a paternidade forçada atinge a integridade moral e a honra do marido, fazendo-o assumir uma obrigação indesejável enquanto não provar a inseminação heteróloga, pois, pelo art. 1.597, I, é filho quem nascer na constância do casamento”.¹⁸³

Também muito se discute quanto à possibilidade da realização da fecundação artificial heteróloga por casais homossexuais ou de forma unilateral.

A Suécia (Lei 1.140/80), faz restrição, quanto à possibilidade da reprodução artificial no que se refere à orientação sexual dos pretendentes;

¹⁷⁹ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 6.^a ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 555.

¹⁸⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord.) Código Civil Comentado XVI – *Direito de Família. Relações de Parentesco. Direito Patrimonial Arts. 1.591 a 1.693*. São Paulo: Editora Atlas 2003 p. 54.

¹⁸¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord.) Código Civil Comentado XVI – *Direito de Família. Relações de Parentesco. Direito Patrimonial Arts. 1.591 a 1.693*. São Paulo: Editora Atlas 2003, p. 54.

¹⁸² DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 6.^a ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 553.

¹⁸³ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 6.^a ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 553.

Portugal (Lei n 32 de 11 de julho de 2006), restringe o procedimento a pessoas casadas, não separadas de fato, nem judicialmente ou que convivam nas mesmas condições daquelas por no mínimo dois anos, desde que de sexos diferentes;

A Itália (Lei n 40 de 19 de fevereiro de 2004), também restringe o ato a pessoas casadas ou conviventes, de sexos diferentes em idade fértil, todavia veda a fecundação heteróloga;

A França (código de saúde pública), restringe a reprodução artificial as pessoas casadas, ou que convivam, desde que ambas estejam vivas e sejam de sexos diversos, entretanto somente permite a fecundação heteróloga subsidiariamente e desde que pelo menos um dos gametas seja do casal;

A Espanha (Lei n 14 de 26 de maio de 2006), o Reino Unido (Human Fertilization and Embriology Act de 1990 – última emenda de 13 de novembro de 2008) e os Estados Unidos (Uniform Parantage Act de 2000), não fazem qualquer restrição quanto ao estado civil ou orientação sexual do casal.

O Brasil não apresenta ainda regulamentação legal a respeito da reprodução assistida, entretanto, a resolução 2013/2013 do Conselho Federal de Medicina, não só autoriza a reprodução por casais homossexuais e a de forma unilateral, como também retira a exigência de impossibilidade ou contraindicação médica de qualquer dos genitores gestarem (se tratar-se de união homoafetiva de mulheres) no caso de ocorrer gestação de substituição.

Para Maria Helena Diniz “A criança gerada artificialmente deverá ter direito a uma “dupla genitorial” e uma convivência familiar, que lhe garanta um desenvolvimento físico e psíquico sadio; logo, não se poderia admitir que casais homossexuais venham a utilizar-se da reprodução assistida.”¹⁸⁴

Finalmente, cumpre ressaltar que o art. 1.597 do CC, aplica-se integralmente à união estável, no que se refere à presunção de filiação¹⁸⁵.

¹⁸⁴ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 552.

¹⁸⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord.) Código Civil Comentado XVI – *Direito de Família. Relações de Parentesco. Direito Patrimonial Arts. 1.591 a 1.693*. São Paulo: Editora Atlas 2003.

13.4 Conclusão

Atualmente é indiscutível a caracterização da família sócio-afetiva desvinculada da origem biológica que possibilita a existência do estado de filiação.

A priori, deve-se atender ao melhor interesse do menor para solução de eventuais conflitos entre a paternidade biológica e a socioafetiva, preferindo-se esta a àquela.

Com os avanços da ciência não é mais possível atribui-se certeza nem a própria maternidade (“mater semper certa est”), quiçá a paternidade, muito embora, até que se prove o contrário, é possível presumi-las, como bem dispõe o brocardo “pater is est quem nuptiae demonstrant”.

Entretanto, a presunção da paternidade pelo casamento, passa agora a ter novas vertentes, como a presunção desta pelo estado de filiação, independentemente da origem genética ou da forma da concepção da criança.

A situação toma novos rumos ante a possibilidade, disposta no Código Civil, da aplicação da presunção da paternidade aos filhos havidos por fecundação artificial homóloga, após o falecimento de um dos cônjuges, visto que pelo princípio da igualdade entre homem e mulher, esta faz jus ao mesmo direito do homem de preservar seu material genético para ser implantado após a sua morte.

Por óbvio, no mínimo, exige-se tanto na fecundação artificial homóloga, quanto na heteróloga, autorização expressa, por escrito e específica, por ambos os cônjuges, enquanto vivos e capazes, para viabilizar a criação de embriões, implante destes, no presente ou no futuro, o congelamento do material genético, a possibilidade de descarte, doação ou entrega para pesquisas científicas, como solucionar-se-á situações de divórcio relativamente ao material produzido, por ambos do casal, entre outras tantas hipóteses, ainda que se discuta eticamente acerca da realização destas possibilidades, principalmente no que diz respeito aos direitos do embrião.

Parece absolutamente descabido a utilização de embriões para implante após a morte de seu genitor, no cônjuge ou companheiro sobrevivente, como se comentará oportunamente.

Não é possível retirar-se desta futura criança o direito de ter a dupla genitorial, pelo menos quando da sua fecundação ou da sua implantação no útero materno. Muito menos possível é esta criança ser gerada sem haver qualquer responsabilidade por parte do seu genitor, previamente falecido.

Necessário se faz ressaltar que a morte extingue o vínculo do casamento e portanto, também extingue a presunção de filiação dele decorrente, de forma que se a presunção permanecer em razão do disposto no inciso IV do artigo 1597 do Código Civil, esta aplicar-se-ia tão somente no caso de embriões congelados decorrentes de fecundação artificial homóloga, excluindo-se a mesma possibilidade da reprodução artificial heteróloga, mesmo com a autorização dos pais.

Esclarecendo melhor, é possível que um homem, casado com uma mulher, ou mesmo convivente desta, saiba que em breve falecerá em decorrência de alguma doença, por exemplo, e resolva, de comum acordo com sua parceira, recorrer às técnicas de reprodução artificial para gerar um embrião e congelá-lo. Pois bem, supondo que a mulher tenha que recorrer à utilização de gametas femininos de uma doadora para possibilitar a criação e crioconservação do embrião, após a morte do seu marido ou convivente, mesmo que com a autorização expressa de ambos nesse sentido, se esta implantar o embrião, por tratar-se de fecundação artificial heteróloga, deixará de existir a presunção da filiação, ante ao fato de que pelo disposto no inciso IV, do artigo 1597 do Código Civil somente a fecundação artificial homóloga, possibilita tal presunção, o que se mostra um total despautério da lei.

No mínimo, haverá uma discriminação em razão da origem genética desta criança.

E, mesmo na fecundação artificial homóloga, não havendo autorização do casal, mas ocorrendo, às escusas, o implante do embrião, após, por exemplo, o divórcio do casal, desaparecerá a presunção da filiação, mas caberá a vai indenizatória àquele que não o autorizou.

A mesma via indenizatória será cabível se houver a utilização indevida de material genético sem a autorização expressa dos genitores ou mesmo de implantação de embrião contra a vontade de qualquer destes.

Note-se que ante a necessidade da existência da maior garantia possível, a forma da autorização deve decorrer de instrumento público ou de testamento, podendo esta ser revogada, no máximo, até o implante.

Mas, se houver lei proibindo a criopreservação de embriões, referida autorização só poderá ser revogada até a fusão dos gametas, em razão da irreversibilidade do procedimento a partir de então.

14. INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ DE FETOS ANENCÉFALOS:

14.1 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54/DF

A ação de descumprimento de preceito fundamental 54 foi ajuizada em 17 de junho de 2004, pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde – CNTS, para obter, segundo ela, “interpretação conforme a Constituição da disciplina legal dada ao aborto pela legislação penal infraconstitucional, para explicitar que ela não se aplica aos casos de antecipação terapêutica do parto na hipótese de fetos portadores de anencefalia, devidamente certificada por médico habilitado”.

Segundo consta da ação proposta os princípios constitucionais violados neste caso são os da dignidade da pessoa humana (art. 1º, IV da CF), da legalidade e autonomia da vontade humana (art. 5º, II da CF) e direito à saúde (art. 196 da CF).

O relator Marco Aurélio deferiu liminarmente o feito, entretanto esta decisão foi cassada, por ser satisfativa, em virtude da irreversibilidade do procedimento autorizado.

A ação foi julgada procedente, por maioria de votos, declarando-se a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, do Código Penal¹⁸⁶, tendo votado em sentido contrário, unicamente os Ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso.

¹⁸⁶ “Art. 124. Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:

Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos.

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

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

Art. 128. Não se pune o aborto praticado por médico:

Aborto necessário

I – se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II – se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal”.

Alguns dos Ministros, como o Ministro Marco Aurélio, entenderam que fetos anencéfalos não detêm vida, como se depreende de um trecho de seu acórdão a seguir transcrito:

“Feto anencéfalo não possui os hemisférios cerebrais nem o córtex, na verdade, ele se assemelha àquela situação do ser humano, já vivo, portanto, que teve sua morte cerebral decretada, sentenciada, diagnosticada e que, no entanto, continua a viver por efeito de aparelhos. A vida já não está ali, o cérebro já desaconteceu, apenas há uma pulsação nos demais órgãos por mérito, por virtude de aparelhos”.¹⁸⁷

E, conforme citação do relator acerca do disposto na audiência pública realizada em 28 de agosto de 2008, pelo representante da Sociedade Brasileira de Medicina Fetal, “o encéfalo é formado pelos hemisférios cerebrais, pelo cerebelo e pelo tronco cerebral. Para o diagnóstico de anencefalia, consoante afirmou o especialista, “precisamos ter ausência dos hemisférios cerebrais, do cerebelo e um tronco cerebral rudimentar. É claro que, durante essa formação, não tendo cobertura da calota craniana, também vai fazer parte do diagnóstico a ausência parcial ou total do crânio”.¹⁸⁸

Trata-se de uma doença congênita letal, a qual não tem qualquer possibilidade de desenvolvimento cerebral posterior nem de cura e nem de potencialidade de vida extrauterina.

Para quem entende desta forma, o anencéfalo é tido como “morto cerebral, que tem batimento cardíaco e respiração”,¹⁸⁹ e sendo assim, quem não tem cérebro, não tem vida.

Aliás, neste caso, para estes defensores, faz-se uma analogia à lei de transplantes, a qual considera, para fins legais inclusive, para a caracterização da morte de uma pessoa, a morte cerebral e, na esteira deste raciocínio, entende-se que o anencéfalo é tido como um natimorto cerebral.

¹⁸⁷ Acórdão ADPF 54/DF do STF, Voto do Ministro Marco Aurélio Mello (relator). Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484300>>.

¹⁸⁸ Sessão de audiência pública realizada em 28 de agosto de 2008, fls. 24. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br>>.

¹⁸⁹ Audiência pública do Segundo dia, fls. 95. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br>>.

Neste caso, por pressupor o aborto, a existência de vida a ser interrompida, não haveria qualquer crime a ser apurado e nem tampouco ação judicial a ser proposta, visto que tratando-se de anencéfalo, não há vida possível, revelando-se por conseguinte conduta atípica.

Também para os defensores da ação em questão, a manutenção da gravidez de feto anencéfalo constitui-se mais perigosa para a gestante do que numa gestação normal, colocando-a, inclusive, em alto risco de vida.

Isso sem contar nos graves danos causados a saúde psicológica da gestante e de sua família, assemelhando-se a uma forma de tortura.

Sopesa-se o direito da mulher de autodeterminar-se e da sua liberdade de escolha, princípios esses que devem prevalecer.

Nesse sentido dispôs o relator em seu acórdão que “A incolumidade física do feto anencéfalo, que, se sobreviver ao parto, o será por poucas horas ou dias, não pode ser preservada a qualquer custo, em detrimento dos direitos básicos da mulher. No caso, ainda que se conceba o direito à vida do feto anencéfalo – o que, na minha óptica, é inadmissível, consoante enfatizado, tal direito cederia, em juízo de ponderação, em prol dos direitos à dignidade da pessoa humana, à liberdade no campo sexual, à autonomia, à privacidade, à integridade física, psicológica e moral e à saúde, previstos, respectivamente, nos artigos 1º, inciso III, 5º, cabeça e incisos II, III e X, e 6º, cabeça, da Carta da República”.¹⁹⁰

Outros defensores da ação entendem que houve, em verdade, uma omissão legislativa, excludente de punibilidade.

Para esses defensores, a conduta típica penal do aborto encontra-se caracterizada, entretanto, por omissão do legislador, a interrupção de gravidez de feto anencéfalo não consta do rol do art. 128 do CP, como excludente de punibilidade.

¹⁹⁰ Acórdão ADPF 54/DF do STF, Voto do Ministro Marco Aurélio Mello (relator), p.79. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br>>.

Aliás, com muita propriedade, esses defensores entendem que se o aborto realizado em decorrência de gravidez gerada por estupro é permitido, mesmo tratando-se de feto sem qualquer deficiência, com o fim de preservar os sentimentos e saúde mental da mãe, não haveria que se excluir do rol das excludentes de punibilidade o aborto de fetos anencéfalos, onde há comprovado prejuízo psicológico para a gestante pela continuidade de referida gestação, já que o feto não tem qualquer possibilidade de viver.

Por outro lado, para os que defendem posição contrária, não se pode acrescentar uma hipótese legal, permitindo-se, porconsequinte, que uma terceira modalidade de aborto fosse admitida.

14.1.1 Síntese do posicionamento dos Ministros do STF em seus votos

O relator Ministro Marco Aurélio julgou procedente a ação entendendo que o feto anencéfalo não tem potencialidade de vida e que se assemelha a um natimorto cerebral.

Aduz que a manutenção da gravidez de feto anencéfalo constitui-se mais perigosa para a gestante do que numa gestação normal, colocando-a, inclusive, em alto risco de vida.

Prevalece o direito da mulher de autodeterminar-se e da sua liberdade de escolha.

Os Ministros Joaquim Barbosa e Rosa Weber também julgaram procedente a ação e manifestaram em seus votos o entendimento de que deve prevalecer o princípio da dignidade da mulher e de sua autonomia privada.

Defenderam o direito de escolha da mãe gestatriz e o respeito da dignidade humana da gestante.

A Ministra Rosa Weber, assim como o relator, defendeu a exclusão da interrupção ou antecipação do parto de feto anencéfalo no rol dos crimes contra a vida, descritos nos artigos 124 e 126 do Código Penal.

A Ministra Carmem Lúcia Antunes Rocha também decidiu pela procedência da ação, entendendo que a interrupção da gravidez não configura crime e que deve prevalecer a liberdade de escolha da mãe.

Aduziu em seu voto que não se está permitindo o aborto em virtude de deformação física e sim, tão-somente a interrupção de gravidez no caso específico de feto anencéfalo.

Esta fundamentou seu voto no direito à dignidade da vida humana e no direito à saúde, além da escolha da menor dor, visto que outras pessoas além da mãe estão envolvidas e sofrem conjuntamente com ela nesta situação, já que o pai e irmãos mais velhos também criam expectativas relativamente ao nascimento do bebê.

O Ministro Carlos Ayres Britto também votou pela procedência da ação, entendendo que a interrupção da gravidez de feto anencéfalo não deve ser criminalizada.

Sustentou em seu voto que “levar as últimas conseqüências esse mártir contra a vida da mulher corresponde à tortura, a tratamento cruel. Ninguém pode impor a outrem que se assuma enquanto mártir. O martírio é voluntário”.

Para ele, a gravidez se destina à vida e não à morte e a decisão da mulher é mais que inviolável, é sagrada, devendo-se levar em conta o amor de mãe como um instinto.

O Ministro Gilmar Mendes julgou pela procedência da ação, mas no seu entender, a interrupção da gravidez de feto anencéfalo configura-se em aborto, entretanto é causa excludente de ilicitude já prevista no Código Penal, em virtude do perigo à saúde da gestante.

Segundo ele, era inimaginável, quando da promulgação do Código Penal em 1940, pelas limitações tecnológicas existentes, a detecção antecipada da anomalia em questão. Assim, para ele, a não inclusão dessa hipótese específica de excludente de ilicitude pode ser considerada como uma omissão legislativa.

E a inconstitucionalidade desta omissão está na ofensa à integridade física e psíquica da mulher além da autonomia de vontade desta e na violação de seu direito de intimidade e privacidade.

O Ministro entende que o Brasil já detém medidas que priorizam prevenção e não apenas a repressão da interrupção da gravidez, pela disponibilização de ácido fólico para as mulheres e gestantes na rede básica de saúde e pelo incremento deste nos insumos alimentícios.

O Ministro Celso de Mello também votou pela procedência da ação defendendo a interrupção da gravidez “sem necessidade de prévia obtenção de autorização judicial ou permissão outorgada por qualquer outro órgão do Estado”.

Defendeu também a necessidade de adoção de medidas preventivas pelo Estado.

Declarou ainda que não se está legitimando a prática do aborto e sim garantindo-se o direito da mulher escolher na hipótese de gestar feto anencéfalo, bem como resguardando-se a dignidade da pessoa humana, a liberdade individual, a autodeterminação pessoal e o direito à intimidade.

Entendeu analogicamente à lei de transplantes e com base na resolução 1752/97 do Conselho Federal de Medicina que consideram morto àquele que não dispõe de atividade cerebral, a situação do feto anencéfalo, o qual, para ele, não pode ser considerado um ser humano vivo por não ter cérebro nem atividades cerebrais e por nunca poder tê-los ou desenvolvê-los.

Sendo assim, para o Ministro, “se não há vida a ser desenvolvida, não há tipicidade”.

Aduziu em seu voto, no caso de gestantes de fetos anencéfalos, o elevado índice de mortalidade destas bem como de desenvolverem, nestes casos, transtornos psiquiátricos.

O Ministro Luiz Fux, decidiu pela procedência da ação.

Sustentou em seu voto que hoje há meios seguros de detecção da anencefalia no período gestacional e que referida doença é irreversível e insuscetível de cura o que mostra a desnecessidade de criminalização do aborto de feto anencéfalo, ante o grave abalo psicológico da manutenção desta gravidez pela mãe, além dos riscos à saúde física da parturiente nesta condição.

Aduziu que “o atual art. 128 do Código Penal, que prevê as causas de justificação no crime de aborto, deve sofrer uma releitura, à luz das novas necessidades científicas e sociais”, visto que à época da edição da parte especial do Código Penal, inexistiam métodos de detecção da anencefalia fetal.

Complementa afirmando que “causa espécie, ainda, o fato de o legislador ter previsto, no art. 128, II, do atual Código, a permissão do aborto sentimental, hipótese de estado de necessidade exculpante em caso de estupro, na qual se admite a supressão da vida de um feto sadio como forma de tutelar a saúde psíquica da mulher. Portanto, caso o diagnóstico de anencefalia durante a gestação fosse possível à época, teria o legislador previsto também essa hipótese de permissão do aborto, sob pena de incidir em grave desproporcionalidade”.

Para ele, a desproporcionalidade da sanção se configura diante da “inafastável defesa da dignidade humana da mulher infortunada”. Seria, nos dizeres do Ministro, “o punir pelo punir”.

Trata-se, portanto, em causa de justificação, portanto, segundo seu raciocínio, em não reconhecimento da configuração do crime de aborto nas hipóteses de interrupção voluntária da gravidez de feto anencéfalo.

O Ministro Cezar Peluso julgou improcedente a ação, justificando que no caso das pesquisas em embriões, entendeu pela sua possibilidade em virtude de não haver, processo vital, ao contrário do que ocorre com o feto anencéfalo, que é portador de vida e, por este motivo, deve ter seus direitos resguardados.

Sustentou em seu voto que “o anencéfalo morre, e ele só pode morrer porque está vivo”.

Sendo assim, segundo este raciocínio, para a caracterização do aborto, basta a eliminação da vida, “abstraída toda especulação quanto à sua viabilidade futura ou extrauterina”.

Entende que a autonomia e liberdade pessoais acabam por caracterizar a discriminação por atentarem “contra a própria idéia de um mundo diverso e plural”.

Aduziu ainda em seu voto que o STF não tem “legitimidade para criar, judicialmente, esta hipótese legal”, não cabendo a este órgão atuar como legislador e, se este não contemplou a hipótese específica da interrupção da gravidez de feto anencéfalo nas hipóteses autorizadoras do aborto, não cabe ao STF fazê-lo.

O Ministro Ricardo Lewandowski, julgou improcedente a ação enetndendo que não se legitima o aborto eugenésico e que desde 1940 já era possível se detectar deformidades ou patologias fetais e sendo assim, se o legislador quisesse, teria inserido a hipótese autorizadora do aborto estendida aos fetos anencéfalos.

Aduziu em seu voto que “uma decisão favorável ao aborto de fetos anencéfalos teria, em tese, o condão de tornar ilícita a interrupção da gestação de qualquer embrião que ostente pouca ou nenhuma expectativa de vida extrauterina”.

Para ele, os fetos anencéfalos “não obstante sejam dotados de um sistema nervoso central incompleto, sentem dor e reagem a estímulos externos” e que em respeito à dignidade humana e com base na portaria nº 487, de 2 de março de 2007, do Ministério da Saúde, art. 1º, a “retirada de órgãos e/ou tecidos de neonato anencéfalo para fins de transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de parada cardíaca irreversível”.

14.2 Anteprojeto do Código Penal PLS 236/2012

O anteprojeto do Código Penal, relativamente às hipóteses ensejadoras da possibilidade de exclusão do crime de aborto, pretende ampliá-las conforme se depreende da transcrição do pretenso artigo 128:

“Exclusão do crime

Art. 128. Não há crime de aborto:

I – se houver risco à vida ou à saúde da gestante.

II – se a gravidez resulta da violação da dignidade sexual, ou do emprego não consentido de técnica de reprodução assistida;

III – se comprovada à anencefalia ou quando o feto padecer de graves e incuráveis anomalias que inviabilizem a vida extrauterina, em ambos os casos atestado por dois médicos.

IV – se por vontade da gestante até a 12ª semana da gestação, quando o médico ou psicólogo constatar que a mulher não apresenta condições psicológicas de arcar com a maternidade.

Parágrafo único. Nos casos dos incisos II e III, e da segunda parte do inciso I, o aborto deve ser precedido de consentimento da gestante, ou quando menor, incapaz ou impossibilitada de consentir, de seu representante legal, do cônjuge ou de seu companheiro”.

Atualmente, o Código Penal Brasileiro dispõe somente acerca de duas excludentes de ilicitude em seu artigo 128, a saber:

“Art. 128, Não se pune o aborto praticado por médico:

ABORTO NECESSÁRIO

I – se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

ABORTO NO CASO DE GRAVIDEZ RESULTANTE DE ESTUPRO

II – se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal”.

Trata-se na verdade, no inciso I, de aborto necessário ou terapêutico, e, no inciso II, de aborto sentimental ou humanitário, hipóteses essas, que se configuradas, excluem a antijuridicidade da conduta do aborto, ou seja, a torna lícita.

Nestes dois casos, não se exclui a punibilidade e sim a própria criminalização.

O anteprojeto em comento inclui mais 3 hipóteses excludentes da ilicitude, a saber:

- 1) Se a gravidez resultar de emprego não consentido de técnica de reprodução assistida;
- 2) Nos casos de anencefalia ou quando o feto padecer de graves e incuráveis anomalias, que inviabilizem a vida extrauterina; e
- 3) Quando a mulher não apresentar condições psicológicas de arcar com a maternidade.

Ora, por mais que se entenda e que se oncorde com certas situações ensejadoras da possibilidade do aborto ocorrer sem que se configure o crime em si, o que a comissão que elaborou o anteprojeto apresentado ao Senado pretende é praticamente autorizar o aborto, principalmente ao permitir o aborto nas hipóteses em que a mulher não apresentar condições psicológicas de arcar com a maternidade.

Isso porque, toda mulher que pretende realizar o aborto não tem, por óbvio, condições psicológicas para arcar com a condição de mãe, pois do contrário, não optaria

por interromper sua gravidez. E essa excludente, por si só, já autorizaria qualquer aborto praticado com o consentimento e a pedido da gestante.

A hipótese relativa à possibilidade da interrupção do aborto em caso de anencefalia, resta pacificado pelo STF em decisão prolatada pela Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 54, motivo pelo qual, para que não paire qualquer dúvida, devem constar expressamente no rol da excludentes do art. 128 do CP, entretanto a hipótese relativa à existência de graves e incuráveis anomalias que inviabilizem a vida extrauterina, deve pode ser acolhida com muita cautela.

Note-se, que se essa hipótese for permitida, abre-se a possibilidade de se autorizar o aborto eugênico com o fim de se evitar quaisquer doenças genéticas degenerativas, má-formações que impeçam o desenvolvimento físico e/ou mental, deficiências congênitas, entre inúmeras outras possibilidades, além de viabilizar, no fim das contas, a possibilidade de manipulação genética e a seleção de embriões.

A questão é poder se comprovar, desde o início da gestação, a inviabilidade absoluta de vida extrauterina de forma a causar transtornos psicológicos graves para a mãe gestariz e para sua família, em decorrência da expectativa de uma vida que, com toda certeza, não vingará.

Não se pode confundir nenhuma expectativa de vida com pouca possibilidade de vida. A segunda hipótese jamais poderá ensejar a possibilidade da realização do aborto.

Já relativamente à hipótese da gravidez resultar de emprego não consentido de técnica de reprodução assistida, deve-se analisar com cautela a situação fática.

É necessário, inicialmente, verificar se a ofensa foi contra o homem, contra a mulher e, até contra ambos e qual a vontade destes.

Pode ocorrer de o casal ter se valido das técnicas de reprodução assistida para possibilitar uma reprodução homóloga, onde o material genético de ambos deve ser utilizado com este fim e há autorização de ambos nesse sentido.

Entretanto, no ato da fertilização, ou até na inseminação, pode-se ter utilizado, de material genético da mulher ou do homem sem o consentimento destes.

Cabe apurar se a fraude se deu por parte de qualquer um do casal ou de terceira pessoa.

Há bem pouco tempo atrás, o médico Roger Abdalmassif, utilizou-se de seus próprios gametas, contra a vontade do casal, para fertilizar mulheres que buscavam em sua clínica, a possibilidade de viabilizarem a procriação homóloga, já que pretendiam a utilização de seu próprio material genético para fins da reprodução assistida.

Neste caso, não é difícil visualizar a revolta do casal que teria, na imagem do filho, a vergonha e a desonra, pela violação da sua vontade e dignidade, lembrança esta que certamente traz enorme gravame psíquico ao casal, motivo pelo qual, deve-se permitir, neste caso, o aborto, como ocorre no caso de estupro, já que este, se resultar em gravidez, permite a exclusão do ilícito do aborto, mesmo sendo cometido com violência presumida.

Situação diversa diz respeito à mulher ter sido inseminada com material genético diverso do pretendido pelo parceiro, mas com o consentimento desta, caracterizando-se o “adultério casto ou de seringa”. Nesta hipótese, não há que se falar na permissiva legal do aborto, já que a mulher consentiu no ato fraudulento.

Relativamente ao homem, caberá indenização por dano moral, em virtude da frustração da sua expectativa em relação à paternidade além do dano material, se existir, quando do conhecimento do ilícito cometido contra ele.

Nesta hipótese, caberá ao homem optar pela manutenção da paternidade, pela condição socioafetiva criada ou pela negatória desta.

Se a mulher foi inseminada com material genético diverso do dela, e sem seu consentimento, mas com o de seu parceiro, e pretender interromper a gravidez, pelo transtorno psicológico e sofrimento que lhe será causado, deve-se lhe permitir a aplicação da excludente em repeito até a sua dignidade humana, cabendo-lhe também o direito a ser indenizada

Na hipótese da mulher pretender manter a gestação, deve-se resguardar a ela o direito à filiação legal materna, se esta assim o desejar.

14.3 Conclusão

Deve-se esclarecer inicialmente, que o feto anencéfalo é um ser humano vivo que não tem qualquer possibilidade de desenvolvimento cerebral nem de vida extrauterina.

Trata-se de uma doença congênita letal, impossível, no atual estágio da ciência, de ser curada.

Sendo assim, ante o sofrimento causado à mãe gestatriz e à sua família, equiparando-se este sofrimento a tortura, há que se prevalecer o princípio da liberdade de escolha por esta em manter ou não a gestação, bem como o direito de autodeterminar-se nesse sentido e de respeitar-se sua dignidade humana.

Além disso, é preciso lembrar que a gestação de um feto anencéfalo, põe em risco a própria vida da gestante, fato este, por si só, já possibilitaria o aborto, sem que se criminalizasse o ato, tendo em vista, inclusive, o direito desta à saúde.

Se o próprio legislador entendeu ser possível a hipótese da excludente da punibilidade do aborto em caso de estupro, ante o sofrimento que seria infligido à mãe e à família, deve-se atribuir o mesmo sentimento humanitário no caso desta carregar no próprio ventre um ser que certamente morrerá, quando do seu nascimento.

É indiscutível o grave transtorno psicológico que esta gestação acarretará à mãe e à sua família.

Por óbvio, quando o legislador elaborou o Código Penal de 1940, não vislumbrou esta hipótese de excludente do aborto, tendo em vista, que à época, a medicina e a ciência não podiam detectar com absoluta certeza a condição da anecefalia e da impossibilidade de sobrevivência do ser enquanto estivesse dentro do ventre materno.

Lembre-se que àquela época, pouquíssimas, senão nenhuma das mães tinha sequer acesso ao exame de ultrassom, quiçá métodos eficazes de detecção de anencefalia fetal.

É claro que cabe ao Estado promover medidas preventivas para que se evitem quaisquer situações que ponham em risco a vida e a saúde da gestante e do feto.

O que não se pode permitir é que se confunda a inexistência de qualquer expectativa de vida intra ou extrauterina, autorizadora do aborto, com a existência de pouca expectativa de vida. A impossibilidade desta tem que ser iminente, irreversível e que não deixe margem a qualquer dúvida.

Também não se pode abranger a possibilidade da excludente para a hipótese de má-formação do feto ou de quaisquer outros problemas eugênicos a ele inerentes.

Relativamente ao anteprojeto do Código Penal PLS 236/2012, não é possível ser acolhido seu texto integral, principalmente pelo fato dele, na forma em que se encontra, acabar por praticamente legalizar o aborto.

As hipóteses excludentes do aborto previstas no artigo 128 do atual Código Penal devem ser mantidas, criando-se, somente mais duas hipóteses contidas no anteprojeto em questão, excluindo-se as demais por este pretendidas.

A primeira diz respeito à hipótese de ocorrer o emprego não consentido da técnica da reprodução assistida, acrescentando-se ao dispositivo legal a condição de que esta tenha ocorrido contra a vontade da mãe gestatriz, portanto, de forma fraudulenta.

Isto porque é a mãe gestatriz que carregará em seu ventre, o fruto de uma fraude desonrosa, fato este que lhe acarretará inúmeros transtornos psicológicos, assemelhando-se a permissa legal atual com a possibilidade de aborto no caso de estupro.

A segunda, relativa à situação do feto padecer de graves e incuráveis anomalias que inviabilizem a vida extrauterina, assim como ocorre com o feto anencéfalo, estendendo-se a possibilidade do aborto para eventuais outras doenças desde que preenchidos os

requisitos concomitantes de gravidade, ausência total de possibilidade de cura e inviabilidade absoluta de vida extrauterina, todos devidamente comprovados.

15. GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO OU CESSÃO TEMPORÁRIA DE ÚTERO:

A hipótese de gestação de substituição ou cessão temporária de útero, popularmente chamada de “barriga de aluguel” não foi prevista especificamente pelo legislador ordinário.

Na verdade, “CESSÃO. Derivado do latim *cessio*, de *cedere* (ceder, traspasar), em sentido lato quer dizer todo ato pelo qual a pessoa cede ou transfere a outrem direitos ou bens que lhe pertencem, sendo assim, perfeita *alienação*, ou *transmissão* entre vivos”.

“No entanto, *direitos pessoais*, intransmissíveis por natureza, não podem ser objeto de cessão. E, por igual maneira, aqueles que se indiquem intransmissíveis por imposição legal, ou por semelhante ônus imposto na sua aquisição”.

Já para Maria Helena Diniz, Cessão é “a transferência negocial, a título gratuito ou oneroso, de um direito, de um dever, de uma ação ou de um complexo de direitos, deveres e bens, com conteúdo predominantemente obrigatório, de modo que o adquirente (cessionário) exerça posição jurídica idêntica à do antecessor (cedente).¹⁹¹”

Parece mais acertado o termo gestação de substituição como sugere a Resolução 2013/2013 do Conselho Federal de Medicina, ante a especificidade do instituto, pela impossibilidade de fim lucrativo, pelas limitações impostas quanto à pessoa que pode ser a mãe gestatriz, bem como pelas restrições atinentes as hipóteses em que esta poderá ou não ser realizada.

Tanto a resolução 1957 de 2010 do Conselho Federal de Medicina, bem como a resolução 2013/2013, também do mesmo órgão e que a revogou, andaram bem ao utilizarem em suas redações o termo gestação de substituição, mas, estas utilizaram também, indevidamente, o termo doação temporária do útero, já que este não sai da esfera de disponibilidade daquela que vai gerar a futura criança pretendida, o que revela grande atecnia jurídica de ambas as normas.

No âmbito constitucional, o artigo 199, parágrafo 4º, da CF, dispõe que:

“Art 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

Parágrafo. 4º 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”.

Há quem entenda que a gestação de substituição implica numa disposição temporária do corpo para fim reprodutivo, motivo pelo qual deve a lei regulamentá-la, desde que não haja sua comercialização.¹⁹²

A Lei em questão é a chamada Lei de transplante, a saber, Lei 9.434 de 1997.

Data máxima vênua, parece descabida tal pretensão visto tratar-se de direito indisponível.

Mas ainda que se entenda ser possível a realização deste ato com fundamento na lei de transplantes, a qual veda expressamente o comércio de qualquer parte do corpo, e conseqüentemente impede qualquer fim comercial, parece possível, nestes casos, a cobrança de valor econômico para sustentar uma gravidez saudável, ante, inclusive a existência dos alimentos gravídicos.

Já o artigo 13 do Código Civil, a seguir transcrito, em tese possibilitaria a gestação de substituição se entendermos que referido ato não fere os bons costumes, senão vejamos:

“Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes”.

¹⁹¹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil. Teoria Geral das Obrigações*. v.2. 23ª ed. São Paulo: Saraiva 2008, p. 433.

¹⁹² SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. *Estatuto da Reprodução Assistida*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 196.

Entretanto, a única regulamentação específica acerca do tema em questão é a resolução 2013/2013 do Conselho Federal de Medicina que revogou a resolução 1957/2010, a qual permite a gestação de substituição em caso de problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética, ou em caso de união homoafetiva, constituindo-se esta última possibilidade em inovação trazida no bojo de seu texto.

Lembre-se inicialmente que tanto a resolução 1957/2010, quanto a resolução 2013/2013, ambas do Conselho Federal de Medicina, constituem-se em mera resolução, portanto sem qualquer valor legal jurídico-normativo.

A resolução 1957 de 2012 do Conselho Federal de Medicina, além de restringir a gestação de substituição em caso de problema médico que impedisse ou contraindicasse a gestação na doadora genética, exigia o cumprimento dos seguintes requisitos cumulativamente:

1 – As doadoras temporárias do útero deviam 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 poderia ter caráter lucrativo ou comercial”

É criticável a restrição da possibilidade da realização de referido ato somente por parte da família da doadora genética, excluindo-se desta possibilidade a família do doador, no caso deste ser o marido daquela que pretende ter o filho.

Isto porque, tanto o doador quanto a doadora genética podem não ser aqueles que pretendem ter o filho, portanto, pessoas absolutamente alheias ao vínculo paterno/materno filial, que sequer terão, futuramente, qualquer contacto com o ser gerado, motivo pelo qual se faz necessária à extensão da limitação referente à família daquele que pretende ser o futuro pai ou mãe.

A resolução 2013/2013 do Conselho Federal de Medicina corrigiu esta incongruência ao dispor no item VII,I que as “doadoras temporárias de útero devem pertencer à família de um dos parceiros”, mas acabou por se equivocar ao estender a possibilidade ao parentesco consanguíneo até o quarto grau, ao dispor que este abrangia tão somente a mãe, irmã/avó, tia e prima, esquecendo-se que tia-avó e sobrinha-neta, também fazem parte da linha consanguínea colateral de 4º grau.

De qualquer forma, a Resolução 2013/2103 do Conselho Federal de Medicina restringiu a possibilidade de ser gestatriz, em quaisquer dos casos, a idade desta em até, no máximo, 50 anos.

Assim como ocorria anteriormente a Resolução 2013/2013 do Conselho Federal de Medicina, também usou novamente de nomenclatura indevida, ao se referir a gestatriz como doadora temporária de útero, já que a doação exige a transferência do objeto da esfera de domínio do doador para o donatário, o que não ocorre com o útero da gestatriz.

Ademais, a referida resolução é silente quanto à possibilidade de a doadora genética ser terceira pessoa, alheia a relação materna filial, ou seja, que a doadora genética não seja aquela que pretende ser a mãe da criança que será gerada num útero de outra mulher.

O mesmo se diga relativamente a uma relação homoafetiva, visto que mesmo que nenhum dos parceiros seja infértil, não se proíbe que o doador de gametas, pelo menos relativamente ao gameta proveniente do sexo feminino do casal seja pessoa diversa destes, aliás nesse caso, nem se exige a impossibilidade de qualquer destes poder gestar.

Em contrapartida, tratando-se de relação heteroafetiva, referida resolução dispõe que se a mãe genética puder gestar normalmente e pretender ter filhos, esta não pode se valer de outra mulher que venha a gestar em seu lugar, pois exige para que a gestação de substituição ocorra, que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética.

Infelizmente, como dito anteriormente, na prática, ainda existem muitas mulheres que não querem ter seus corpos alterados em função de uma gestação e por isso se valem de uma gestação de substituição mesmo podendo ser as gestatrizes do futuro filho.

Aliás, não se mostra nada razoável que uma mulher que pretenda ser mãe, use os gametas de outra mulher, para gerar uma criança em uma terceira mulher. Nesses casos, a via da adoção não só é a mais recomendada, bem como socialmente aceita e correta.

Assim como a resolução anterior, a resolução 2013/2013 do Conselho Federal de Medicina, determina expressamente a impossibilidade desta gestação de substituição ter caráter lucrativo ou comercial.

Dispõe a resolução atual que o prontuário do paciente deverá conter:

- 1) Termo de consentimento informado assinado por pais genéticos e quem gestará a criança;
- 2) Relatório contendo o perfil psicológico adequado de quem gestará a criança;
- 3) Descrição por escrito contendo todas as circunstâncias da aplicação da técnica de reprodução assistida;
- 4) Contrato entre pais genéticos e gestatriz, estabelecendo claramente a questão da filiação da criança;
- 5) Os aspectos biopsicossociais envolvidos no ciclo gravídico-puerperal;
- 6) Os riscos inerentes à maternidade;
- 7) A impossibilidade, via de regra, da impossibilidade da interrupção da gravidez;
- 8) A garantia de tratamento e acompanhamento médico à gestatriz até o puerpério;
- 9) A garantia do registro civil da criança;
- 10) Se a gestatriz for casada ou convivente, deverá apresentar, por escrito, a autorização do cônjuge ou convivente.

A questão mais polêmica, em termos jurídicos, refere-se à hipótese do envolvimento de três mulheres no processo reprodutivo no qual haja disputa pela criança.

Neste caso quem deverá ser considerada mãe? A genética, também chamada de geratriz, a portadora, também chamada de gestatriz, ou aquela que movimentou todo o sistema médico pelo desejo de ter aquele filho, que pode ser ou não a geratriz?

Há quem entenda que “...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”¹⁹³

Nesse sentido é a legislação dos Estados Unidos, segundo dispõe o Uniform Parantage Act de 2000, o qual, inclusive, permite a “cessão de útero” mediante remuneração.

Já Portugal (Lei n 32 de 11 de julho de 2006) e Espanha (Lei n. 14 de 26 de maio de 2006) vedam a “cessão de útero” e entendem que no caso desta ser efetivada, mãe será a gestatriz.

Por sua vez, o Reino Unido (Human Fertilization and Embriology Act de 1990 – última emenda de 13 de novembro de 2008) também entende que nas hipóteses de conflito, mãe será a gestatriz.

Álvaro Villaça Azevedo em seu artigo Cessão Temporária e gratuita de útero cita que na Inglaterra, foi decidido à entrega do filho à mãe geratriz, visto que a gestatriz foi remunerada para gerá-lo e que esta teria direito à criança se a gestação tivesse se dado a título gratuito.¹⁹⁴

Jorge Shiguemitsu Fujita entende que em se tratando de “técnica de reprodução assistida heteróloga ou por doadora, com o uso de gameta (sêmen) do esposo e gameta (óvulo) de uma doadora, com a anuência prévia da esposa (...) será reconhecida como mãe aquela que não forneceu seu material genético para a fertilização pelo sêmen de seu marido; ao passo que a doadora de óvulo, em que pese ser a genitora, não é contemplada pela lei como sendo a mãe”¹⁹⁵

¹⁹³ SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. *Estatuto da Reprodução Assistida*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 199.

¹⁹⁴ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Cessão Temporária e gratuita de útero*. Disponível em: <<http://www.iabnacional.org/img/pdf/doc-4370.pdf>>, p. 1.

E ainda, ao comentar a possibilidade de utilização de material genético feminino e masculino de terceiras pessoas (doadores), implantados em útero de mãe substituta, dispõe referido autor que “apesar da polêmica hipótese, os detentores dos materiais genéticos doados não serão considerados “pais”. Se a criança ficar com “encomendantes”, a filiação será socioafetiva bilateral (a patre e a matre). Se ela ficar com a gestatriz, também a filiação será socioafetiva, porém unilateral (a matre)”.¹⁹⁶

Todavia, parece absurdo permitir-se a gestação de substituição nos casos em que o material genético de ambos os pretendentes pertençam a terceiras pessoas, já que a via da adoção mostra-se mais lógica, além de constituir fim social mais nobre.

Cumpramos reconhecer que a via da adoção é muito mais lenta e burocrática, motivo pelo qual muitos optam pela inseminação artificial, mormente se as pessoas em questão encontrarem maiores dificuldades em conseguir adotar uma criança em virtude de sua condição social, como por exemplo no caso de adoção por homossexuais.

Entende Paulo Luiz Netto que, “Com certeza, fica excluída da possibilidade de ser mãe quem, de algum modo, não haja colaborado, ou com o próprio óvulo, ou com gravidez e parto.”¹⁹⁷

“Nestes casos se trata, simplesmente, de casais estéreis que, de encomenda, fazem uma outra mulher ter um filho; trata-se de uma verdadeira e real compra e venda. E as regras de todas as nossas legislações excluem de tais contratos que têm por objeto um ser humano, a licitude; assim, qualquer acordo contrário a eles é invalidado e a criança que nasce é filho de quem se ofereceu totalmente – ovo e gravidez – para o nascimento daquele novo homem”.¹⁹⁸

Embora a gestação de substituição seja tida por muitos como imoral, ou até mesmo um ato ilícito, o fato é que não existe no Brasil qualquer lei regulamentadora específica, muito menos punitiva relativa ao assunto.

¹⁹⁵ FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Filiação*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 77

¹⁹⁶ FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Filiação*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 77

¹⁹⁷ VERCELLONE, Paolo – *As novas famílias*. Curitiba: Jurisprudência: civil e comercio. 1990 n. 156, p. 49.

Deve-se entretanto corroborar o entendimento do Ilustre Jurista Álvaro Villaça Azevedo, a seguir transcrito:

“...o parágrafo 4º do artigo 199, da atual Constituição, veda qualquer tipo de comercialização dos bens que compõe o corpo, sobre órgãos, tecidos e substâncias humanas, para fins de transplante, pesquisa e tratamento, como também a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados. Certamente, aí se incluem as doações de sêmen, de óvulos e de embriões; como também a cessão temporária de útero.

Desse modo, sou favorável, tão-somente, à inseminação homóloga, ou seja, realizada com embrião constituído de espermatozóide do marido ou do companheiro, aplicado no óvulo da esposa ou da companheira, no próprio útero destas tudo, sem que existam embriões excedentes. Estes são seres humanos, vidas que devem ser preservadas

... Por outro lado, a locução “inseminação artificial heteróloga” é muito ampla, não tendo sido expressamente proibida a inseminação em útero de terceira pessoa, conhecida como “mãe de aluguel”, ainda que não receba remuneração para gestar filho alheio. Na inseminação em útero alheio, se fosse permitido, deveria existir autorização de ambos os cônjuges ou conviventes, nessa cessão temporária de útero”.¹⁹⁹

15.1 Conclusão

Parece mais coerente à adoção da terminologia gestação de substituição para denominar a gestação por terceira pessoa que não a mulher que pretenda ter um filho, seja esta a mãe biológica ou não, por meio do implante na gestatriz de embriões formados com gametas da geratriz ou ainda de qualquer outra mulher.

Isto se deve ao fato de que há somente uma substituição na figura da gestante, sem que ocorra qualquer transferência da esfera de domínio desta, de qualquer órgão seu,

¹⁹⁸ VERCELLONE, Paolo – *As novas famílias*. Curitiba: Jurisprudência: civil e comercio. 1990 n. 156, p. 49.

¹⁹⁹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Cessão Temporária e gratuita de útero*. Disponível em: <<http://www.iabnacional.org/img/pdf/doc-4370.pdf>>, p. 2-3.

mormente o útero, daí a total impropriedade do uso dos termos cessão de útero ou doação temporária de útero.

Como dito anteriormente, no Brasil, não há qualquer legislação específica relativa à matéria, mas tão-somente uma resolução do Conselho Federal de Medicina, sem força de lei.

Embora haja quem entenda ser cabível a Lei de transplantes, ou mesmo o Código Civil, por interpretação de seu artigo 13, desde que se trate contrato gratuito, por tratar-se de direito indisponível, não parece ser a posição mais acertada.

O fato é que enquanto não houver regulamentação específica, de preferência proibitiva, pelo menos quanto à reprodução heteróloga, torna-se necessário decidir relativamente às situações já existentes.

Na reprodução homóloga, quando os gametas femininos e masculinos provêm dos pais que pretendem ter o filho gerado por outra mulher, independentemente de contrato, parece mais acertado atribuir a maternidade e paternidade a ambos, pois foram eles que movimentaram todo processo reprodutivo em seu favor, além de serem os pais biológicos da criança.

A questão mais problemática relativamente à gestação de substituição se refere à condição dos gametas feminino e/ou masculinos provierem de pessoas diversas dos pais que pretendem ter a criança que será gerada por essa terceira mulher, já que não é nem a mãe biológica, nem a que pretende ter o filho gerado.

No mínimo, é difícil imaginar essa possibilidade decorrer de contrato que não seja oneroso.

Ainda que de forma gratuita, essa situação se configura num total despropósito, já que se mostra mais viável, correto e socialmente aceito a via da adoção, motivo pelo qual deveria ser legalmente proibida, entretanto, torna-se necessário a resolução dos casos já consolidados.

Sendo assim, nesses casos, parece mais razoável, assim como se entende na reprodução homóloga por meio de gestação de substituição, se considerem pais àqueles que, desde o início pretenderam o vínculo filiativo com a criança gerada, movimentando todo o processo reprodutivo nesse sentido, salvo contrato expresso e escrito em sentido contrário.

Por óbvio, independentemente da situação, o contrato entre as partes jamais poderá ter caráter lucrativo, devendo neste caso ser, “*ipso iure*” declarado nulo, e neste caso, dever-se-á atender primordialmente os critérios em prol do melhor interesse da criança.

16. O DIREITO SUCESSÓRIO NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

O Direito das sucessões encontra-se previsto nos artigos 1784 e seguintes do Código Civil atual.

Dispõe referido estatuto que com a morte de uma pessoa, pelo princípio francês de “Saisine”, abre-se imediatamente a sucessão e conseqüentemente, transmite-se, desde logo, sua herança aos herdeiros legítimos e testamentários, conforme se depreende do artigo 1.784 do CC.

Extraí-se ainda do referido diploma legal, consoante dispõe seu artigo 1.798 que, estão legitimados a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas quando da abertura da sucessão.

E ainda, conforme o artigo 1.799, inciso I, do Código Civil, na sucessão testamentária, os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão, podem ser chamadas a suceder.

Neste caso, os bens da herança serão confiados, após a liquidação ou partilha, a curador nomeado pelo juiz (artigo 1800 do Código Civil).

Se o herdeiro esperado nascer com vida, a ele lhe será deferida a sucessão, com os frutos e rendimentos relativos à deixa, a partir da morte do testador, ou seja de forma retroativa. Trata-se de condição suspensiva, d’onde os efeitos decorrentes da abertura da sucessão, ficam suspensos desde a abertura da sucessão para só na hipótese de ocorrer o nascimento com vida do infante, produzirem-se os efeitos esperados.

E se, após dois anos a contar da abertura da sucessão, não for concebido o herdeiro esperado, os bens reservados, salvo disposição em contrário do testador, caberão aos herdeiros legítimos, desde que vivos naquela época.

Embora a curatela em questão já seja objeto de inúmeras críticas pelos doutrinadores, o problema maior surge com a possibilidade de inseminação artificial “post mortem” de material genético de doador falecido.

Isso porque não há qualquer disposição legal estipulando prazo máximo para que dita inseminação ocorra, de forma que os bens reservados podem assim ficar por tempo indeterminado o que prejudicaria sobremaneira os demais herdeiros quanto à fruição plena dos bens deixados pelo sucedido.

Lembre-se ainda que constitucionalmente todos os filhos do falecido, devem ter direitos e qualificações iguais, independentemente da origem destes, vedando-se qualquer tipo de designação discriminatória relativamente a sua filiação (art. 227, parágrafo 6º da CF).

Embora a Constituição Federal se limite a atribuir referida igualdade entre os filhos havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, por óbvio, há que se estender obrigatoriamente os direitos atribuídos a estes aos filhos gerados por inseminação artificial, quer de forma homóloga, quer de forma heteróloga, inclusive para fins sucessórios.

16.1 Inseminação artificial “post mortem”:

O artigo 1.597 do Código Civil, em seus incisos III, IV e V a seguir descritos, possibilitam expressamente a inseminação artificial “post mortem”, senão vejamos:

“Art. 1597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

...

III – havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV – havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

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

Cumpra observar inicialmente que, conforme explicado anteriormente, não só o legislador utilizou de forma equivocada os termos inseminação e concepção, bem como muitos autores também o fizeram, motivo pelo qual os ensinamentos citados, nesta obra, destes nobres doutrinadores, que envolvem em seu texto termos técnicos referentes à reprodução artificial, devem ser acolhidos, com reserva, neste sentido.

16.2 Autorização dos cônjuges

Como explicado anteriormente o consentimento do marido e da mulher é sempre necessário, independente de tratar-se de fecundação artificial homóloga ou heteróloga, mesmo que referido cônjuge esteja vivo quando da realização da fecundação.

Já no que se refere especificamente a possibilidade legal da fecundação artificial após o falecimento do marido, devem-se realizar algumas considerações iniciais.

Note-se que em teoria é possível que a mulher esteja morta quando da implantação de embrião formado com material genético desta em terceira pessoa, no caso de utilizar-se de gestação de substituição.

Sendo assim, a primeira consideração refere-se ao fato de que o inciso IV do artigo 1597 do Código Civil deveria também contemplar a mulher, já que, como dito anteriormente é possível que por meio de terceira pessoa, após o seu falecimento, seja gerada criança com material genético da esposa e do marido, motivo pelo qual manteria-se a condição de fecundação artificial homóloga.

Assim, ante o princípio constitucional de igualdade entre homem e mulher, o direito deve ser aplicado a ambos de forma idêntica.

A segunda consideração refere-se ao fato de que a criança a ser gerada tem direito a figura do pai e da mãe. Seria no mínimo injusto gerar deliberadamente uma criança que jamais terá direito a conhecer o próprio pai ou mãe.

Inclusive, já há decisão jurisprudencial em nosso país no sentido de que o nascituro tem direito à indenização pela perda do pai, em virtude da dor de não tê-lo conhecido (10a Câmara do 2º TACSP, AC/rev 489.775-0/7, de Mogi-Guaçu, j. 29-10-1997).

Frise-se que, ante a permissiva legal, diga-se questionável, da fecundação artificial “post mortem”, com a realidade da gestação de substituição, mesmo que haja o falecimento da mulher, seria possível que um filho genético seu fosse gerado no ventre de terceira pessoa, motivo pelo qual no caso do falecimento de qualquer dos cônjuges, mostra-se imprescindível autorização expressa e específica de ambos, hábil a permitir a fecundação artificial homóloga post mortem, com o material genético deles armazenado.

“Na Jornada de Direito Civil, levada a efeito no Superior Tribunal de Justiça, nos dias 11 a 13 de junho de 2002, aprovou-se proposição no sentido de que:

interpreta-se o inciso III do art. 1.597 para que seja presumida a paternidade do marido falecido, seja 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”.²⁰⁰

Desta forma, os herdeiros daquele cujo material genético tenha sido armazenado, não têm qualquer direito sobre ele, visto que a paternidade deve sempre ser consentida²⁰¹ e, ainda que se trate somente de sêmen ou óvulos isolados, a doação destes nunca pode ser presumida.

Ademais, somente o pai e/ou mãe genético (s) tem direito ao exercício do poder familiar relativamente ao embrião existente, diga-se, aliás, enquanto estiver vivo, motivo pelo qual, somente em vida, poderia deliberar quanto ao destino do seu material genético após sua morte.

²⁰⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord.) Código Civil Comentado XVI – *Direito de Família. Relações de Parentesco. Direito Patrimonial Arts. 1.591 a 1.693*. São Paulo: Editora Atlas 2003, p. 51.

²⁰¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord.) Código Civil Comentado XVI – *Direito de Família. Relações de Parentesco. Direito Patrimonial Arts. 1.591 a 1.693*. São Paulo: Editora Atlas 2003.

16.3 Tempo da inseminação “post mortem”

O legislador pátrio foi absolutamente silente quanto ao limite temporal em que deve se permitir a inseminação após a morte do detentor do material genético, o que enseja inevitavelmente inúmeros entraves jurídicos além de diversos problemas sociais como se verá a seguir.

16.4 A Questão Genética

Inicialmente deve-se esclarecer que o tempo é fator determinante para que a inseminação artificial ocorra após a morte do doador em benefício do ser gerado. Quanto antes melhor.

Aliás, a demora na inseminação do embrião pode gerar prejuízos não só para o próprio embrião, bem como para os outros herdeiros do falecido, cujo material genético pertencer como se verá no capítulo seguinte.

Relativamente ao próprio embrião a ser inseminado, devemos levar em conta que, pela ausência de disposição legal limitante, este, por estar crioconservado, pode ser gerado muito tempo após a morte de seus pais genéticos, fato este que lhe acarretaria inúmeros prejuízos.

Lembre-se que a cada geração, o ser humano sofre mutações genéticas decorrentes de diversos fatores como por exemplo, o meio em que vive, a alimentação que é submetido, os hábitos da época, entre outros.

Basta dizer exemplificativamente que em 30 anos o brasileiro “cresceu” 7 centímetros.²⁰²

Segundo matéria especial da Revista Veja, “a altura está associada também a produtividade, ao poder e ao sucesso. Pessoas mais altas são consideradas mais inteligentes

e conseguem aumento de salário com mais facilidade do que as mais baixas. Medir 5 centímetros a mais do que os colegas de trabalho garante um salário 1,5% maior, ou 950 dólares suplementares no fim do ano (...) A altura é um quesito crucial até para a liderança. Entre 1789 e 2008, 58% dos candidatos mais altos à Presidência dos Estados Unidos ganharam as eleições”.²⁰³

Ainda segundo a reportagem da revista *Veja*, alguns centímetro a mais na altura do ser humano influenciam tanto no sucesso da vida pessoal como profissional nos seguintes termos:

“- Os adolescentes mais baixos participam menos de atividades sociais e têm pouca autoestima, o que impacta o futuro profissional;

- Cinco centímetros a mais na altura equivalem a um salário 1,5% maior, ou a 950 dólares a mais no fim do ano;

- Entre 25 e 34 anos, 10 centímetros de diferença na altura entre uma pessoa e outra podem ser traduzidos em 1,5 ano a mais de escolaridade;

- Pessoas mais altas são consideradas mais inteligentes e ganham aumento de salário com mais facilidade;

- Quanto maior a altura de um homem, mais feliz ele é”.²⁰⁴

Levando-se em conta que atualmente não há qualquer proibição legal para que os embriões permaneçam congelados por tempo indeterminado e com o avanço cada vez mais rápido da ciência e da medicina, seja possível o implante destes em gerações muito além daquelas em que foram gerados, não é difícil notar que não será só na altura e no salário que estes serão desfavorecidos.

²⁰² Revista *Veja*, *Altura O estirão que vale poder e dinheiro*. São Paulo: Editora Abril, ano 45, nº 17, 25-4-2012, p. 134, edição 2266.

²⁰³ Revista *Veja*, *Altura O estirão que vale poder e dinheiro*. São Paulo: Editora Abril, ano 45, nº 17, 25-4-2012, p. 134, edição 2266.

²⁰⁴ Revista *Veja*, *Altura O estirão que vale poder e dinheiro*. São Paulo: Editora Abril, ano 45, nº 17, 25-4-2012, p. 134-135.

Até mesmo o direito a uma família genética próxima poderá lhe ser retirado. Lembre-se que o fato da lei permitir tão-somente a inseminação ao cônjuge ou convivente sobrevivente para fins de presunção de paternidade, ainda que em idade avançada, esta não tem o poder de impedir o cometimento de eventual inseminação de embrião crioconservado em descendentes futuros ou até de pessoas geneticamente estranhas ao doador do material genético.

Este é mais um motivo pelo qual deve-se proibir a criação de embriões que não seja para o fim exclusivo de imediato implante.

16.5 A questão patrimonial relativa ao direito sucessório

Deve-se frisar inicialmente que a maior discussão doutrinária centra-se na questão patrimonial relativa ao direito sucessório decorrente da inseminação “post mortem”.

Muito se discute acerca da solução a ser aplicada no caso da morte de uma pessoa que tenha deixado material genético seu congelado para ser futuramente implantado.

Isso porque, se por exemplo, nesta hipótese, ocorrer o nascimento com vida, aquele ser gerado “in vitro” passaria a auferir os direitos sucessórios do “de cujus”, de forma que, quando do falecimento daquele, restaria prejudicada uma partilha imediata nos termos do que determina a lei, fato este que acabaria por afetar os demais herdeiros.

Importante lembrar que pode-se tratar de inúmeros embriões crioconservados e não tão-somente um, sendo que daqueles, talvez nem todos sejam implantados de uma única vez.

Assim, embora não seja razoável, mas possível, pode ocorrer do “de cujus” ter realizado testamento contemplando todos os eventuais futuros herdeiros, desde que obviamente implantados e condicionada suspensivamente à herança somente aos nascidos com vida.

Neste caso, discute-se como realizar a partilha do acervo hereditário entre os herdeiros vivos, já que estes terão que resguardar parte do que receberem aos eventuais herdeiros, que podem aliás, jamais existirem.

Ademais, lembre-se que nada impede que, mesmo sem testamento, ocorra a sucessão legítima pela inseminação “post mortem” com prévia anuência do “de cujus” nesse sentido.

Em ambos os casos, a situação se agrava ainda mais no caso de tratarem-se os herdeiros vivos, de filhos do “de cujus”, levando-se em conta a igualdade de direitos determinada na Constituição Federal, entre eles e aqueles a serem implantados futuramente.

16.6 Diferença essencial entre nascituro, prole eventual e embrião (fertilizado “in vitro”)

Cumprе explicar que o nascituro é aquele ser concebido porém ainda não nascido, o qual se encontra nidado dentro do ventre da sua gestatriz.

No caso da prole eventual, esta sequer foi concebida.

Por sua vez, o embrião (extracorpóreo), embora já tenha sido concebido, não foi implantado no ventre materno, de forma que, pra que este se desenvolva, imprescindível se faz tal medida, pelo menos no estágio atual da ciência.

16.6.1 Relevância da distinção

O artigo 1.798 do Código Civil, dispõe que:

“Art. 1798. Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”

Por este dispositivo enquadram-se os nascituros e os embriões, visto que ambos já estão concebidos.

Nesse sentido é o Enunciado 267 da III Jornada de Direito civil do centro de Estudos Judiciários da Justiça Federal, a seguir transcrito:

Enunciado n. 27: “A regra do art. 1.798 do Código Civil deve ser estendida aos embriões formados mediante o uso de técnicas de reprodução assistida, abrangendo, assim, a vocação hereditária da pessoa humana a nascer cujos efeitos patrimoniais se submetem às regras previstas para a petição da herança”.

Já o artigo 1.799 do mesmo diploma legal dispõe que:

“Art. 1.799. Na sucessão testamentária podem ser chamados ainda a suceder:

I – os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão”.

Trata-se da hipótese do testador pretender contemplar prole eventual, portanto, de seres ainda sequer concebidos, por meio de disposição expressa em vida, em seu testamento, nesse sentido.

Neste caso, os bens da herança serão confiados, após a liquidação ou partilha, a curador nomeado pelo juiz (artigo 1800 do Código Civil).

Se o herdeiro esperado nascer com vida, a ele lhe será deferida a sucessão, com os frutos e rendimentos relativos à deixa, a partir da morte do testador.

E se, após dois anos a contar da abertura da sucessão, não for concebido o(s) herdeiro(s) esperado, os bens reservados, salvo disposição em contrário do testador, caberão aos herdeiros legítimos.

Note-se, que embora o prazo estipulado para que a prole eventual seja concebida seja objeto de árdias críticas, este se encontra previamente estipulado somente sendo a ela

aplicado, ao contrário do que ocorre com o embrião, visto que no caso deste a concepção já ocorreu, motivo pelo qual a princípio não se poderia estender tal disposição legal a estes.

Somente no caso de se conservarem material genético masculino e feminino, isoladamente, por não ter se dado ainda a concepção, no caso desta ocorrer, “post mortem”, com o consentimento de ambos os pais, poder-se-ia, em tese, aplicar as regras atinentes à prole eventual.

Entretanto, se o mais é possível o menos se encontra abrangido. Ou seja, se o artigo 1799, I, do Código Civil abarca os filhos ainda não concebidos como detentores do direito a sucessão patrimonial do falecido, parece absurdo que se estes já estiverem concebidos, como no caso do(s) embrião(es), não tenham direito a mesma sucessão.

E, se este(s) embrião(es) faz(em) jus ao direito sucessório decorrente de disposição testamentária, não há que excluí-lo(s) da sucessão legítima, impondo-se, pelo menos, na pior das hipóteses, por analogia, o mesmo prazo de 2 anos para que seus bens fiquem sob a curatela legal.

Aliás, José Luiz Gavião de Almeida bem salienta referindo-se ao artigo 1798 do Código Civil atual em comparação ao Código Civil de 1916, que “não havia dispositivo semelhante no Código Civil anterior. Havia artigo que tratava de sucessão hereditária e que beneficiava os nascidos e os concebidos, mas ele se referia apenas à sucessão testamentária. Não se duvidava, entretanto, de que as regras existentes para a sucessão testamentária também tinham aplicação à sucessão legítima”. (grifo meu)²⁰⁵

Mas ainda que assim não fosse, cumpre observar que para a viabilização do implante de embrião, “post mortem”, o marido ou companheiro, ou a mulher ou companheira, precisarão para tanto, manifestar, expressamente, a vontade neste sentido e, esta deve ser formalizada necessariamente, via testamento, pois trata-se da maneira jurídica adequada para manifestar a vontade para depois da morte do testador, possibilitando-se, somente nesta condição, a presunção da filiação nos termos do que determina a lei civil.

O problema maior surge após o decurso do lapso temporal de 2 anos a contar da abertura da sucessão, visto que, por esta interpretação, se porventura o embrião for implantado pelo cônjuge ou convivente sobrevivente, ele perderia o direito legal sucessório patrimonial e o direito constitucional da igualdade entre filhos restaria prejudicado.

Para aqueles que entendem justa a possibilidade de manutenção da existência do beneficiamento testamentário da prole eventual, incluindo-se nesta, como explicado anteriormente, a inclusão do embrião implantado, no mínimo dever-se-ia limitar-se também neste último caso, como já explicado, o lapso temporal, para tanto, em 2 anos.

Após este prazo, se o embrião for inseminado, em infringência à lei, aplicar-se-ia as regras da responsabilidade civil extracontratual subjetiva.

Nesse sentido preleciona Guilherme Calmon Nogueira da Gama, como se verá a seguir.

Para o autor, “diante do dano patrimonial que a criança terá por ser excluída da sucessão hereditária de seu pai, pode-se considerar a viabilidade do filho ter direito à reparação do dano sofrido, sob a forma de lucros cessantes, diante da prática espúria realizada por sua mãe, em contrariedade ao ordenamento jurídico em vigor. Assim, com base na responsabilidade civil subjetiva da mulher que resolveu conceber e fazer nascer a criança que não terá qualquer direito sucessório em virtude da morte de seu pai – diante da verdade biológica -, será perfeitamente viável ao filho exigir a reparação do dano patrimonial que, normalmente consistirá na parte que ele teria direito na herança deixada pelo falecido pai e que foi distribuída entre os herdeiros”.²⁰⁵

Frise-se, portanto, que os embriões têm direito a sucessão legítima, dela não podendo ser preteridos, principalmente por disposição testamentária.

²⁰⁵ ALMEIDA, José Luiz Gavião de. AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord.) *Código Civil Comentado. Direito das sucessões em Geral. Sucessão Legítima*. Tomo XVIII. São Paulo: Atlas, 2003, p. 102.

²⁰⁶ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. *O Biodireito e as relações parentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, págs. 937-938.

Quanto ao nascituro, mostra-se descabida a pretensão de estipulação de qualquer prazo, visto que a condição de seu nascimento nunca ultrapassará os limites de uma gestação normal.

Entretanto, a fixação de um prazo para que o embrião seja concebido ou implantado parece no mínimo irrazoável.

Lembre-se que se os embriões forem implantados após o término do prazo estipulado, contado do falecimento de seu genitor, estes seriam preteridos na herança de seu pai, a qual, já teria sido dividida entre os demais herdeiros.

E, contando que aqueles que foram contemplados, são na verdade seus irmãos, certamente estar-se-ia afrontando o princípio constitucional da igualdade entre filhos, independentemente de sua origem.

Há quem sustente a possibilidade de se abrir uma sucessão provisória, a qual se tornaria posteriormente em definitiva, nos moldes do instituto da ausência²⁰⁷.

Outros sustentam a possibilidade do requerimento da petição da herança no prazo prescricional de 10 anos, entretanto, cumpre lembrar que não corre a prescrição contra o incapaz, no caso, contra o embrião, de forma que, assim como na hipótese da sucessão provisória da ausência, o tempo em que levaria para a herança se tornar definitivamente partilhada restaria demasiado longo.

Conclui-se que o mais certo seria a proibição legal da inseminação “post mortem”, com punições severas, penal e civilmente, aos profissionais que a realizarem “contra legem”, os quais ficariam obrigados assim a indenizar aquele ser que foi gerado e/ou implantado após a morte de qualquer de seus genitores e porconsegüinte preteridos em sua herança.

Aliás, nada justifica que um ser seja gerado após a morte de seus genitores. Primeiro porque, nesta hipótese, este sequer teria direito de conhecer pelo menos um de seus pais, ou até mesmo os dois, na hipótese deste ter sido gerado por meio de uma

²⁰⁷ SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. *Estatuto da Reprodução Assistida*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 212.

gestação de substituição. Segundo porque se a intenção dos pais, em vida, foi a de gerar um filho, esta deveria ter sido realizada oportunamente, também em vida.

Condicionar o nascimento de uma criança a um momento posterior a morte de uma pessoa é no mínimo egoísta, principalmente se levarmos em conta que não haverá qualquer participação de seu genitor já falecido, tanto na criação desta, quanto em sua manutenção, educação ou mesmo companhia.

Resta esclarecer se o filho gerado em “barriga de aluguel, ou gerado com material genético do testador, ou decorrente de reprodução heteróloga, até mesmo com material genético diverso de ambos os pais, teriam ou não direito a disposição testamentária no caso de se tratarem de prole eventual.

Dois princípios devem ser sopesados. De um lado deve-se analisar a vontade do testador nos moldes do que dispõe os artigos 1899 do CC combinado com o artigo 112 do mesmo diploma legal. De outro, o princípio da igualdade entre filhos estabelecido nos artigos 227, parágrafo 7º da CF, artigo 1596 do CC e artigo 41 do ECA.

Inicialmente se faz necessário analisar se são filhos do testador, como ocorre no caso da deixa testamentária em favor de filho gerado com material genético do próprio testador por seu ex-cônjuge, ex-convivente, ou mesmo terceira pessoa que venha a gerá-lo, ou de filhos de pessoas indicadas pelo testador sem qualquer vínculo consanguíneo com este, aplicando-se o princípio da igualdade entre filhos somente na primeira hipótese, já que no segundo caso, não se trata de filhos do testador e sim de beneficiários do testamento por ele realizado.

Lembre-se que o artigo 1597, III e IV do Código Civil é taxativo ao estender a presunção da paternidade e/ou maternidade somente nos casos de fecundação artificial homóloga.

Somente na hipótese do testador ter sido o pai ou mãe genético e o sobrevivente ter se utilizado de material genético diverso do seu, para a criação do embrião, no período do casamento ou da convivência é que a presunção se manteria intacta, por ser de fato, o testador, pai ou mãe biológicos da criança gerada.

Ou seja, nesse caso a consangüinidade do testador com o ser gerado é que constitui fator determinante para que o benefício testamentário se perfaça em observância aos direitos igualitários entre os demais filhos, mesmo em se tratando de reprodução artificial heteróloga, preservando-se, por conseguinte, a legítima deste.

Nesse sentido se manifestou o Ministro Rui Rosado de Aguiar, conforme se extrai de seu voto a seguir transcrito:

“Não me parece, na circunstância dos autos, que se deva ter preocupação com a vontade do testador para interpretar e aplicar o testamento. É que, no sistema constitucional vigente, não há mais distinção entre filho legítimo e ilegítimo, nem a lei poderá estabelecê-la; a que assim dispunha se tem hoje por revogada. A força constitucional, penso, atua também sobre a vontade da parte, de forma que aquela distinção feita pelo testador – acredito que com a intenção manifesta de discriminar – hoje não prevalece. Não porque se deva interpretar o testamento de um modo ou de outro, mas porque a Constituição não faz a distinção, tornando-a ilícita”.²⁰⁸

Sendo assim, independentemente de tratar-se de reprodução artificial homóloga ou heteróloga, desde que haja a consanguinidade do testador com o embrião, este terá os mesmos direitos sucessórios dos demais herdeiros necessários, também filhos do testador, preservando-se sua legítima.

Outro argumento a ser rebatido diz respeito à possibilidade de um filho poder ser afastado da sucessão por analogia a deserdação, como pretende Mario Luiz Delgado, nos termos a seguir transcritos de sua obra:²⁰⁹

“Saliente-se, no entanto, que o mero estado de filho, a ser reconhecido em quaisquer das situações mencionadas neste estudo, não implica o direito absoluto e inafastável à sucessão do pai. Fosse assim, não poderia o filho ser excluído da sucessão ou deserddado, nas situações em que a lei prevê”.

²⁰⁸ REsp. 203137-PR, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 12.08.2002.

²⁰⁹ DELGADO, Mario Luiz. DIAS, Maria Berenice (org.). In: *Direito das Famílias contributo do IBD FAM em homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira*. São Paulo: RT, 2009, pág. 655.

Ora, “data maxima vênia”, tanto na indignidade quanto na deserdação, é o próprio filho que dá causa a sua exclusão da herança, o que não se aplica ao filho que sequer foi gerado, ou, se o foi, conta com no máximo 2 anos de idade, fato este que por si só já excluiria sua responsabilidade nesse sentido.

16.7 Infertilidade posterior a formação do embrião

Questão relevante refere-se à infertilidade de um dos cônjuges após a formação do embrião.

Isso porque, a revogabilidade da autorização para a inseminação futura, ainda que “post mortem”, é possível desde que o embrião ainda não tenha sido implantado, até porque após esse fato, o ato em si se torna irreversível.

Entretanto, com a fusão dos gametas feminino e masculino, estes se tornam indissolúveis, de forma que se um dos seus genitores não quiser mais a realização da inseminação anteriormente autorizada, não há mais como separá-los, de forma que se recuperem os gametas isoladamente.

Assim, se por exemplo, a genitora se tornar infértil e o genitor não quiser mais a realização do procedimento reprodutivo artificial, esta nada poderá fazer, já que o genitor, neste caso, permanece com a guarda de seu material genético.

Situação diversa se dá no caso de doador(a) anônimo(a) de material genético, que dele dispõe imediatamente com o ato da doação.

Note-se que se de um lado o material genético pertence a seu genitor, a ele cabendo dispor como melhor aprouver deste, de outro lado, o material genético da genitora a ele se encontra vinculado.

Se por exemplo, um deles pretende doar para pesquisa o embrião excedentário, mas o outro não, parece mais justo conservar referido material do que destruí-lo, já que a pesquisa em células-tronco inevitavelmente o destruiria.

Entretanto, de que serviria tal material se o genitor, por exemplo, não quisesse nunca mais vê-lo implantado na genitora e esta, por sua vez não quisesse doá-lo a pesquisas científicas?

Pior, e se esta genitora jamais puder produzir óvulos novamente e for por conseguinte incapaz de ter filhos genéticos seus futuramente?

Neste último caso, por analogia a reprodução natural, deve-se atentar ao fato de que somente por meio da cópula ou pelo menos por ato físico que viabilize eventual reprodução, esta se torna possível.

Sendo assim, qualquer dos genitores pode impedir que esta se realize de forma natural, garantindo assim seu pleno direito ao planejamento familiar, mas se houver uma implantação futura de embrião com material genético destes, sem o consentimento de qualquer deles, tal planejamento restaria prejudicado.

Ademais, não parece correto que alguém tenha que ser pai ou mãe genética de alguém contra sua vontade.

Vislumbra-se como saída não só deste impasse, bem como de muitos outros, a impossibilidade legal de se criopreservar embriões, e sim, possibilitar-se somente o congelamento de gametas feminino e masculino, isoladamente, de forma que só quando da implantação fossem gerados os embriões com o material genético armazenado, impossibilitando-se a retratação dos genitores a partir de então, os quais não poderiam mais dispor de uma vida humana, ainda que potencial.

Entretanto, para os casos já consolidados, levando-se em conta a exigência necessária de consentimento expreso prévio à fecundação, e levando-se em conta a irreversibilidade desta e por conseguinte a possibilidade da revogação da manifestação da vontade até implantação do embrião e principalmente pelo direito de escolha da maternidade e/ou paternidade, inclusive ante o dever de responsabilidade decorrente desta condição, do direito de dispor de seu material genético, em respeito ao planejamento familiar no momento da implantação, e não menos importante, pelo direito da criança a

dupla genitorial, não resta outra alternativa senão inviabilizar o implante, para a mulher ou mesmo para o homem (na hipótese deste pretender utilizar de gestação de substituição), cujo material genético tenha sido utilizado para criar o embrião.

16.8 Outras questões relevantes

Sérgio Abdalla Semião aborda as seguintes questões:

“O testador pode, por exemplo, determinar que deixa todos os seus bens para o primeiro filho do sexo feminino de determinado casal. Diante de tal circunstância e perante a nova ciência da biogenética e da manipulação de embriões, o casal que, naturalmente, talvez fosse ter o primeiro filho do sexo masculino, poderá fraudar tal disposição testamentária, através da manipulação genética, fazendo com que o seu primeiro filho seja do sexo feminino, recebendo assim, todo o patrimônio hereditário do testador”.²¹⁰

Referido autor acrescenta ainda outras duas hipóteses, a seguir descritas:

“... o testador pode deixar todo seu patrimônio para os filhos de determinada mulher que, na verdade, é estéril, porém para ela beneficiar-se da administração dos bens de uma prole, inacula em si o embrião de outra, dando à luz filhos que geneticamente são de outra mulher. Nesse caso estaria sendo respeitada a vontade do testador?”²¹¹

“Por último, o que acontecerá se o testador beneficiou o filho da mãe genética que foi inoculado e nascido da mãe substituta? Ou beneficiou o filho da mãe substituta, com intenção de favorecer o patrimônio genético dela? Foi respeitada a declaração de última vontade do testador? Deve prevalecer a vontade do testador ou interesse do nascituro?”²¹²

²¹⁰ SEMIÃO, Sérgio Abdalla. *Os Direitos do Nascituro. Aspectos Cíveis, Criminais e do Biodireito*. 2 ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 187.

²¹¹ SEMIÃO, Sérgio Abdalla. *Os Direitos do Nascituro. Aspectos Cíveis, Criminais e do Biodireito*. 2 ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 187.

²¹² SEMIÃO, Sérgio Abdalla. *Os Direitos do Nascituro. Aspectos Cíveis, Criminais e do Biodireito*. 2 ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 187.

Para referido autor, resta caracterizada a fraude nas duas primeiras hipóteses, entretanto, em última análise, para ele, deve-se analisar a vontade do testador, ou seja, se é no sentido de beneficiar um patrimônio genético seu ou a criança gerada, pela própria mãe genética ou por mãe substituta (hipóteses de cessão de útero), independentemente da sua origem genética.

Na verdade, uma das severas críticas acerca da possibilidade de se dispor bens e direitos em favor de prole eventual, versa especificamente sobre a consecução de um filho pela mãe, com o intuito exclusivo desta se beneficiar da disposição testamentária nesse sentido.

Entretanto, ainda assim essa disposição testamentária é válida e eficaz.

Assim, nessa mesma esteira de raciocínio, o que impediria que se selecionassem embriões de sexo determinado para obter o benefício da deixa testamentária?

Embora não exista lei disciplinando a matéria, nos moldes do que dispõem as resoluções 1.931 de 2009 e 2013 de 2013, ambas do Conselho Federal de Medicina, deveria-se coibir, via de regra, a seleção de embriões em função de suas características fenóticas, como sexo, cor de cabelo, olhos, entre outras, o que solucionaria a questão por via indireta.

Aliás, a resolução 2013 de 2013 do Conselho Federal de Medicina dispõe que a escolha do sexo ou qualquer característica biológica do futuro filho só deve ser motivo determinante na seleção de embriões no caso de doenças genéticas transmissíveis em função destes.

Entretanto a exceção só deveria ser aplicada em função de doenças ligadas ao sexo, excluindo-se a possibilidade da seleção em função de “qualquer outra característica biológica”, como pretende referida resolução.

Salvo na hipótese de se tratar de sucessores do testador, quando a vontade deste testador em pretender beneficiar somente seu patrimônio genético poderia em tese ser apurada, mas ainda assim, neste caso tratar-se-ia de ato, discriminatório, senão

inconstitucional ante o princípio da igualdade entre filhos, independentemente da origem destes, nada impediria que se fosse beneficiado tal ou qual pessoa, ainda que somente de sexo pré-determinado.

16.9 Conclusão

Em razão da inexistência legal de prazo máximo para que ocorra a inseminação de embrião excedentário, surgem inúmeros entraves jurídicos, além de diversos prejuízos para o próprio embrião, visto que este, com o avanço da ciência, pode ser implantado até em gerações futuras, retirando-se deste inclusive a possibilidade de conviver com seus pais biológicos, ou pelo menos na mesma época destes.

Sendo assim, resta claro a necessidade de se disciplinar legalmente os direitos sucessórios dos embriões advindos das técnicas de reprodução artificial, principalmente no caso de sua implantação se dar “post mortem”, com a necessária autorização de todos os envolvidos nesse sentido.

Isso porque, embora seja indiscutível seu direito à herança, devem-se resguardar outros direitos, como o princípio constitucional da igualdade entre filhos, independentemente de sua origem, bem como o dever de se evitar a insegurança das relações jurídicas.

Assim, se de um lado o direito à herança do embrião deve ser resguardado, mesmo após a morte de seu progenitor, de outro, os demais herdeiros não podem ficar a mercê desta condição.

Enquanto não ocorre tal regulamentação, que deveria, aliás, proibir a inseminação “post mortem”, parece mais acertado aplicar subsidiariamente as regras atinentes à sucessão testamentária à sucessão legítima, muito embora, deve-se exigir para que se viabilize a sucessão “post mortem”, deixa testamentária autorizadora nesse sentido, por se tratar de meio hábil para tanto, fato este que acabaria por encerrar todas as questões relativas à sucessão por inseminação “post mortem” decorrente de reprodução artificial na sucessão testamentária.

Desta forma, no caso de ocorrer sucessão por inseminação “post mortem”, aplicar-se-ia o disposto acerca da prole eventual, mesmo se tratando os embriões de seres já concebidos, visto que, se a lei autoriza o mais, quando ainda sequer ocorreu a concepção, o menos, que é o ser já concebido, se encontra abrangido.

Solução passível de ser implementada que resolveria praticamente todos os impasses apresentados, consiste, como dito anteriormente, na vedação legal da criação de embriões excedentários e do congelamento destes e sim tão-somente de material genético feminino (óvulo) e masculino (espermatozóide) isoladamente.

Impõe-se ainda a imprescindível vedação legal da inseminação “post mortem” e se esta eventualmente ocorrer ao contrário do que dispõe a lei, tratando-se de sucessor do testador, resolver-se-ia a questão por meio das regras da sucessão legítima e subsidiariamente da testamentária, observando-se o prazo máximo de dois anos contados da morte do testador, e após este prazo, pela via indenizatória.

Cumprе lembrar que conforme já explicado, tratando-se de reprodução artificial homóloga com inseminação “post mortem”, necessário se faz o consentimento de ambos os pais, visto a possibilidade da mulher ter falecido e seu material genético ter sido implantado numa outra mulher por meio da chamada gestação de substituição, podendo esta testar em favor de seu sucessor.

17. RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

17.1 Aplicabilidade do Código de Defesa do consumidor:

Tratando-se de responsabilidade profissional médica, segundo doutrina e jurisprudência majoritárias, aplicam-se os dispositivos do Código de Defesa do Consumidor, o qual, em seu artigo 14, a seguir descrito, prevê a hipótese indenizatória cabível.

Art. 14. “O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação de serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos”.

Cabe lembrar que, independentemente da aplicação do Código Civil ou do Código de Defesa do Consumidor, o médico será responsabilizado subjetivamente por erro médico, no entanto, na segunda hipótese a prova será mais fácil de ser produzida, até com a possibilidade da inversão do ônus da prova e terá o consumidor prazo maior para propor a ação indenizatória e/ou reparatória, a saber, de 5 anos (art. 27 do CDC) ao invés de 3 anos (art. 206, parágrafo 3º, V do CC).

Também o Código de Ética Médica, a saber, Resolução CFM nº 1.931/2009 de 24 de setembro de 2009, em seu Capítulo III, em seus artigos 1º a 21, regulamenta acerca da Responsabilidade Profissional.

E, finalmente, o Código Penal prevê, em uma série de dispositivos legais, sanções ao médico que cometer ilícito penal ou violar normas regulamentares da profissão de natureza delitual.

17.2 Consentimento livre, esclarecido e informado do paciente:

O consentimento livre do paciente pressupõe que este manifeste sua vontade sem que tenha havido qualquer interferência externa de modo a viciá-lo, sob pena de este ser anulável.

Cumprе ressalvar que tratando-se de reprodução assistida, a revogação do consentimento somente pode dar-se antes da formação do embrião in vitro ou da inseminação propriamente dita, visto ser irreversível o procedimento realizado.

Assim, mesmo que o consentimento tenha sido declarado inválido por qualquer vício apurado, após a realização dos atos médicos referidos, não se vislumbra mais a possibilidade de se restaurar o “status quo ante”, restando ao lesado somente a via indenizatória.

Ao aceitar uma intervenção médica, o paciente deve querê-la por sua vontade própria e nunca por indução de terceiros.

Ainda que a opinião do médico e do paciente sejam divergentes, aquele deve aconselhá-lo, sem contudo desviá-lo de sua vontade.

Já o consentimento esclarecido consiste no entendimento claro e preciso sobre a condição do paciente, das técnicas a serem utilizadas e dos riscos do procedimento.

“Se as informações recebidas não forem devidamente processadas e entendidas, o paciente pode basear sua decisão num fato incorreto, ou seja, pode incidir em erro, causa da anulabilidade da manifestação da vontade, tendo comprometida sua livre autodeterminação”.²¹³

²¹³ PATIÑO, Ana Paula Corrêa. *Limitações ao direito de recusar tratamento médico ou intervenção cirúrgica*. Dissertação de mestrado. Faculdade de direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2005, fls. 68.

Assim, deve-se levar em conta a capacidade de entendimento do paciente de forma casuística, bem como deve o médico atentar no que diz respeito ao linguajar que será por ele utilizado.

O direito à informação, tem como fundamento o artigo 5º, inciso XIV, da Constituição Federal e consoante dispõe Roberto Senise Lisboa, o “direito à informação, de relevância jurídica indiscutível e inserido dentre os direitos fundamentais, já possui previsão infraconstitucional, como direito básico do consumidor, por ocasião da aquisição ou utilização de um produto ou serviço”.²¹⁴

“Como consumidor, o paciente, também denominado usuário do serviço médico, tem o direito básico de receber informação adequada e clara sobre os serviços a serem prestados, inclusive sobre os riscos que apresentem, nos termos do inciso III do artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor. Esse direito básico e fundamental do paciente à informação consiste em receber explicações pormenorizadas que uma tomada de decisão afetando sua saúde e sua vida requerem”.²¹⁵

“A informação a ser prestada à pessoa assistida objetiva, portanto, fornecer-lhe os meios necessários para fundamentar a tomada de decisão, aceitando ou recusando o tratamento proposto pelo profissional. A informação atua no processo da formação da vontade do paciente, a ser externada por meio do consentimento informado, ou da recusa em prestá-lo”.²¹⁶

A informação deve ser verdadeira, bem como suficiente e a mais detalhada possível, levando-se em conta as condições sócio-culturais, econômicas e características físicas e psicológicas de cada paciente.

²¹⁴ LISBOA, Roberto Senise. *Manual elementar de direito civil*. 2.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, v.1., p.117.

²¹⁵ PATIÑO, Ana Paula Corrêa. *Limitações ao direito de recusar tratamento médico ou intervenção cirúrgica*. Dissertação de mestrado. Faculdade de direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2005, p. 72.

²¹⁶ PATIÑO, Ana Paula Corrêa. *Limitações ao direito de recusar tratamento médico ou intervenção cirúrgica*. Dissertação de mestrado. Faculdade de direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2005, p. 70.

A informação deve compreender o custo e o prazo do tratamento, o tempo em que o paciente ficará internado, a necessidade de acompanhamento e continuidade de tratamento após o procedimento médico e principalmente os riscos possíveis envolvidos.

17.3 Necessidade da autorização:

Tratando-se de procedimento de reprodução assistida, além do consentimento livre, esclarecido e informado, também se faz necessária à autorização dos doadores do material genético, bem como de ambos os pais pretendentes à realização da inseminação artificial.

Segundo 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”²¹⁷

17.4 Natureza Jurídica da Responsabilidade Médica:

17.4.1 Responsabilidade Civil Contratual:

Embora muito se discuta acerca da natureza jurídica da responsabilidade civil dos profissionais que exercem a atividade médica, como sendo de natureza contratual ou extracontratual, tratando-se de reprodução artificial, esta se mostra nitidamente de natureza contratual.

²¹⁷ “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.

Isto porque, neste caso, é evidente que a atividade médica só pode ser exercida mediante prévio consentimento, livre, esclarecido e informado de ambos os pretendentes, a saber, futuros pai e mãe, o qual exercem plena autonomia da vontade ao acordarem com o médico e/ou clínica responsáveis pela realização de todo o procedimento cabível.

Na maioria das vezes, este contrato será bilateral, oneroso, de trato sucessivo, comutativo e *intuitu personae*.

Entretanto, é possível a caracterização da responsabilidade extracontratual, se o médico ou a clínica de reprodução artificial destinarem os embriões produzidos ou mesmo o material genético colhido, a fim totalmente alheio ou mesmo desconhecido dos doadores ou ainda se forem utilizados para fins ilícitos.

Desta forma, ainda que a doutrina dominante seja no sentido de caracterizar a responsabilidade do médico como sendo de natureza contratual, há muitos casos em que, conforme dito anteriormente, por não se vislumbrar a existência de qualquer contrato, necessário se faz caracterizar dita responsabilidade como sendo de natureza extracontratual.

Há autores que entendem, como o autor espanhol Jaime Santos Briz²¹⁸, que embora a responsabilidade seja de natureza contratual, os danos gerados por erro médico são geralmente “considerados como de relações extracontratuais, ainda que sem negar sua origem em muitos casos contratual”.

17.4.2 A responsabilidade civil médica no Código de Defesa do Consumidor:

Assim como no Código Civil, no Código de Defesa do Consumidor, a prova da culpa, do dano e da existência do nexo causal incumbem ao paciente, o qual assume, neste caso, a posição de consumidor, enquanto que o médico é considerado como prestador de serviços.

²¹⁸ BRIZ, Jaime Santos. Apud Sílvio de Salvo Venosa. *Direito civil – Responsabilidade civil*. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

Os parágrafos 1º e 2º, do CDC, a seguir transcritos, esclarecem em quais circunstâncias o serviço é ou não tido como defeituoso.

Art. 14, parágrafo 1º. “O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar; levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

- I – o modo de seu fornecimento;
- II – o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;
- III – a época em que foi fornecido”.

Art. 14, parágrafo 2º. O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas.

Lembre-se, todavia, que “qualquer nova técnica deve ser previamente aprovada pelo paciente, na hipótese de não ser ainda aceita pela comunidade médica mundial”²¹⁹.

Já o parágrafo 3º do mesmo artigo esclarece que o fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

- I – que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;
- II – a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Embora o parágrafo não mencione em seus incisos, evidente que nos casos de caso fortuito ou força maior, também não há que se cogitar de qualquer responsabilidade por parte do médico.

Quanto à responsabilidade civil do médico deve-se ressaltar que para a sua caracterização, necessário se faz a prova da culpa do médico, tratando-se de profissional liberal, por ser subjetiva, senão vejamos:

²¹⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: Responsabilidade civil*. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

Art. 14, parágrafo 4º. A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.”

Entretanto, levando-se em conta o que dispõe o artigo 6º, VIII, do CDC, ao juiz é facultado, levando-se em conta a verossimilhança das alegações do paciente, ou quando este for hipossuficiente, inverter o ônus da prova, independentemente de pedido expresso neste sentido.

Neste caso, tal inversão terá que ser decidida antes do início da fase instrutória do processo, para que se possibilite ao médico, em tempo hábil, a realização da prova em sentido contrário.

17.4.3 Obrigação de meio e de resultado:

Inicialmente, necessário se faz distinguir, ainda que sucintamente, no que consistem essas obrigações relativas às atividades médicas.

Tratar-se-á de obrigação de meio quando o profissional se obriga unicamente a empreender sua atividade.

Entretanto, será obrigação de resultado no caso do profissional se obrigar a produzir o resultado esperado.

Tratando-se de reprodução artificial o médico assume obrigação de meio, já que a gravidez pode ou não ocorrer.

Também será de meio a obrigação relativa ao congelamento de embriões, já que há obrigação de prestação de serviço de congelamento, mas não a garantia da manutenção de sua vida, salvo prova da conduta ilícita da prestadora de serviço (TJSP AC 311.214.4/4-00).

Ressalve-se que a inversão do ônus da prova mostra-se possível, ante o critério exclusivo e discricionário do juiz nesta hipótese.

17.5 Erro médico:

Em apertada síntese, o erro médico pode ser caracterizado como aquele no qual um profissional de capacidade média não praticaria, nas mesmas condições.

Maria Helena Diniz²²⁰, entretanto sustenta que “O erro médico é, sob o prisma jurídico, o mau resultado involuntário, oriundo de falhas estruturais, quando as condições de trabalho e os equipamentos forem insuficientes para um satisfatório atendimento, ou de trabalho médico danoso ao paciente, que possa ser caracterizado como imperícia, imprudência ou negligência (Código de Ética Médica, art. 1º), gerando o dever de indenizar”.

Evidente que tratando-se de falhas estruturais, segundo a ilustre doutrinadora, o médico não será reponsabilizado, todavia deverá denunciar a situação ao CRM, implicando, seu silêncio, em conivência e omissão²²¹.

Cabe ainda ressaltar que existe posição doutrinária no sentido de que por ser o médico um profissional habilitado, não há que se falar em imperícia.²²²

Embora trate-se de respeitável posição, esta não merece guarida, visto que, se assim fosse, só se caracterizaria a imperícia no caso de falta de habilitação, mesmo que o profissional não domine a técnica por ele empregada.

Assim, segundo Maria Helena Diniz²²³:

A imperícia consiste no despreparo técnico ou intelectual, por exemplo, quando o profissional não tem o domínio da técnica.

Já a imprudência, por seu turno, consiste numa conduta positiva, na qual o profissional assume procedimento de risco, sem deter respaldo científico necessário ou

²²⁰ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 669.

²²¹ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

²²² FRANÇA, Genival Veloso de. *Em favor do direito médico*. Justilex, 18:30-1, p. 251-5.

²²³ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

caso não preste os esclarecimentos cabíveis. É o caso, por exemplo, do profissional que usa técnica pouco conhecida.

E finalmente, a negligência, consiste numa ausência de conduta que deveria ter sido tomada, como por exemplo, no caso da omissão de tratamento.

17.5.1 Distinção entre má prática médica, acidente imprevisível e resultado incontrolável:

A má prática médica consiste no dolo específico, ou seja, na vontade de maltratar o paciente.

Já o acidente imprevisível se dá pela ocorrência de dano ao paciente por caso fortuito ou força maior durante a atividade médica.

E, finalmente, o resultado incontrolável surge da própria degeneração decorrente da moléstia, da qual não se pode impedir²²⁴.

Nos dois últimos casos não há responsabilidade civil médica.

17.5.2 Erro Profissional e culpa:

Alguns doutrinadores, como Sílvio de Salvo Venosa²²⁵, diferenciam o erro profissional da culpa, de forma que no primeiro caso, tem-se que a conduta médica é correta, todavia não o é a técnica empregada. Já no segundo caso, a conduta médica é incorreta, caracterizadora da imperícia.

²²⁴ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

²²⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil – Responsabilidade civil*. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

17.6 Socialização do risco médico:

Pressupõe a criação de um seguro “feito por uma instituição estatal ou pela própria classe médica, por exemplo, sob a responsabilidade da Associação Médica Brasileira, como mutualizadora ou como concessionária exclusiva do Estado. Tal sistema deverá ser financiado por contribuições pagas pelos segurados, criando um fundo comum disponível aos contribuintes que dele necessitarem”²²⁶.

Adotaria-se nessa situação a teoria do risco, reparando-se o dano.

17.7 Os direitos do embrião e do nascituro e a responsabilidade civil por dano moral e patrimonial:

O nascituro tem resguardado, dentre diversos outros direitos, à vida.

Sendo assim, para aqueles que entendem que, desde a concepção já existe vida humana a ser legalmente protegida, equiparam-se os direitos do nascituro aos do embrião.

Desta forma, ocorrendo negligência médica (TJRJ, 18ª Câmara Cível, AC 3.309/98, j. 26-5-1998), ainda que seja na manipulação genética do embrião produzido, haveria responsabilidade do profissional.

Assim, se na fertilização artificial in vitro, o profissional causar qualquer lesão aos embriões ou nascituros, será moral e materialmente responsável.

Embora o direito brasileiro não adote a Teoria da perda de uma chance, tratando-se de morte de nascituro, há julgados que entendem que é cabível à mãe, indenização nesse sentido, pela perda da possibilidade daquele ser, um dia, poder lhe prestar auxílio pessoal ou econômico.

²²⁶ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 679.

Data máxima vênia, parece descabida tal pretensão, até porque por analogia, tal benefício deveria também ser concedido no caso de morte de embriões, já que, para alguns, ambos teriam os mesmos direitos.

Deve-se levar em conta que se de um lado, poderia se cogitar eventualmente de um auxílio material e/ou pessoal, de outro, ter-se-ia que computar também, o gasto dispendido com a criação e educação daquele ser gerado.

Ademais, cumpre ressaltar que nem sempre aquele ser ainda não concebido poderia futuramente conceder qualquer tipo de auxílio, quando não, ao revés, vir a sempre necessitá-lo de seus genitores.

De outro lado, o nascituro tem direito à indenização pela perda do pai, em virtude da dor de não tê-lo conhecido (10ª Câmara do 2º TACSP, AC/rev 489.775-0/7, de Mogi-Guaçu, j. 29-10-1997).

Assim sendo, para aqueles que entendem ter o embrião os mesmos direitos do nascituro, também seria cabível tal indenização, na hipótese de tratar-se de embrião órfão de pai e/ou mãe por não ter tido a oportunidade de conhecê-los.

17.8 Outras hipóteses ensejadoras de responsabilidade civil:

1 - Inseminação com embrião ou embriões diversos daqueles produzidos com o material genético determinado previamente pelos contratantes ou sem o devido consentimento livre, informado e esclarecido destes;

2 – Lesões causadas aos embriões pré-implantatórios e/ou aos nascituros, como deformações, traumatismos, toxiinfecções, intoxicações, etc.²²⁷

Estas hipóteses podem decorrer de manipulações genéticas, experiências científicas, uso de espermatogone ou espermátide, reprogramação celular, congelamento e

²²⁷ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

comercialização de embriões excedentários, defeitos não detectados no material fertilizante doado ou causados por mau funcionamento dos aparelhos utilizados, realização de diagnóstico pré-natal que causem dano pelas técnicas empregadas ou que não detectem defeitos de formação passíveis de correção, cirurgia fetal ou cirurgias intrauterinas, eritroblastose fetal, ausência de vacinação, omissões em terapias gênicas por parte dos médicos, medicação inadequada ministrada à gestante, entre outras situações.²²⁸

3 – utilização indevida de material genético – embora o direito pátrio silencie sobre o assunto, mostra-se cabível a responsabilização daquele que utilizou o material genético colhido dos doadores ou dos próprios pais, de forma indevida ou diversa da pactuada.

Entretanto, “por mais extensiva e sistemática que seja a interpretação, aquele que teve subtraído o seu material genético poderá, no máximo, pleitear a sua busca e apreensão no intuito de impedir a sua indevida utilização, mas em prol do princípio maior da vida, tal medida não terá qualquer eficácia se já tiver ocorrido a sua colocação em outro corpo ou a concepção”.²²⁹

4 – utilização ilícita do material genético, como a venda e a clonagem.

17.9 Possibilidade de exclusão de cobertura da reprodução artificial pelo seguro saúde:

Embora seja possível a inserção no contrato de seguro saúde de cláusula excludente relativa ao procedimento da reprodução artificial e consequente internação hospitalar, responsabilizando-se a seguradora somente pelos riscos assumidos, a cláusula restritiva deve ser redigida de forma precisa sob pena de ofender os artigos 46 e 54, parágrafo 4º do CDC (JTJ 279/60) bem como deve ser redigida com destaque, de modo a permitir ao segurado a devida compreensão (agRg no Ag 381.214/RJ e AgRg no AI 2001/0045340-6. Ministro Barros Monteiro. Quarta Turma. J. 23/09/2003), até porque trata-se de contrato de

²²⁸ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

²²⁹ KRIGER FILHO, Domingos Afonso. *Considerações acerca dos efeitos jurídicos do uso indevido de material genético*. Revista Forense, Vol. 387. Rio de Janeiro: Forense. 2006.

adesão (Resp. 255.064/SP. Recurso Especial 2000/0036413-4. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Terceira Turma. J.05/04/2001).

Havendo obscuridade na cláusula contratual restritiva, ou sendo ela dúbia, deve-se interpretar favoravelmente ao consumidor, por se tratar o segurado, de parte mais frágil na relação, devendo a seguradora pagar as despesas hospitalares (AC 416 130 4/6-00 TJSP).

Entretanto, a cobertura relativa ao procedimento da reprodução artificial pode ter sido excluída por cláusula contratual, corrido a expensas do segurado, mas advirem complicações dela decorrentes (Ag 386.952-4/5 TJSP)

Parece mais acertado que nestes casos, a seguradora suporte estes riscos, salvo se forem excluídos expressamente e na forma da lei consumeirista.

17.10 Conclusão

Tratando-se de responsabilidade civil profissional de médico na reprodução artificial, aplicam-se as normas constantes do Código de Defesa do Consumidor.

Sendo assim, o profissional liberal que promover as técnicas de reprodução assistida responde subjetivamente por erro médico, podendo ocorrer à inversão do ônus da prova.

Tratando-se de responsabilidade de clínica de fertilização, a responsabilidade passa a ser objetiva e solidária.

Normalmente a responsabilidade é contratual, em virtude da natureza das técnicas de reprodução artificial, mas se o médico ou a clínica de reprodução artificial destinarem os embriões, ou o material genético armazenado, para fins alheios, ilícitos ou desconhecidos dos detentores ou doadores do material genético, é possível a caracterização da responsabilidade extracontratual.

Exige-se, para que seja possível a realização das técnicas de reprodução assistida, autorização dos doadores do material genético e dos pais que pretendem realizá-las, mediante o consentimento livre, informado e esclarecido destes.

Se não for observada a exigência referida, contrariando-se a vontade expressa dos doadores ou detentores do material genético ou ainda dos pretensos pais, resolver-se-á a questão pela via indenizatória, se a irreversibilidade do procedimento estiver caracterizada.

Isso porque o consentimento só poderá ser revogado até a formação do embrião ou do implante deste, dependendo da situação.

Tanto o procedimento da reprodução artificial quanto a hipótese de congelamento de embriões, são consideradas obrigações de meio.

É possível a exclusão da cobertura das técnicas de reprodução artificial pelo seguro saúde, desde que a cláusula excludente seja redigida com destaque e que seja de fácil compreensão.

Entretanto, as complicações decorrentes da utilização destas técnicas, ainda que não cobertas pelo seguro saúde, se configuram em riscos que devem ser suportados pela seguradora, salvo se estes também forem previstos em contrato e também por ele excluído em cláusula excludente em redigida em destaque e de forma clara.

18. LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA

18.1 Lei Portuguesa

A Lei Portuguesa nº 32 de 26 de julho de 2006, regulamentada pelo Decreto Regulamentar nº 5 de 11 de fevereiro de 2008, dispõe acerca da utilização de técnicas de procriação medicamente assistida, considerando como tal, a inseminação artificial, a fertilização in vitro, a injeção intracitoplasmática de espermatozóides, a transferência de embriões, gametas ou zigotos, o diagnóstico genético pré-implantação, além de outras técnicas laboratoriais de manipulação gamética ou embrionária equivalentes ou subsidiárias.

Nota-se, portanto que a lei portuguesa, relativamente às técnicas de reprodução permitidas não é restritiva pois as admite amplamente.

O Capítulo I da Lei Portuguesa traz as disposições gerais acerca da procriação medicamente assistida.

Ponto de partida importante imposto pela referida lei está disposto em seu artigo 3º, o qual impõe que “as técnicas de PMA devem respeitar a dignidade humana, sendo proibida a discriminação com base no patrimônio genético ou no facto de se ter nascido em resultado da utilização das técnicas de PMA”. Sendo assim, referida lei proíbe a discriminação dos filhos.

Outra questão importante imposta pela lei portuguesa é relativa à sua condição subsidiária de admissibilidade, visto que as técnicas de procriação em questão só têm cabimento nos casos de infertilidade ou para tratamento de doença grave ou em casos de risco de transmissão de doenças de origem genética, infecciosa ou outras.

Referida lei impõe também limitações relativas aos beneficiários das técnicas reprodutivas. Para ela, segundo disposto em seu artigo 6º, a seguir transcrito:

“1 – Só as pessoas casadas que não se encontrem separadas judicialmente de pessoas e bens ou separadas de facto ou as que, sendo de sexo diferente, vivam em condições análogas às dos cônjuges há pelo menos dois anos podem recorrer a técnicas de PMA.

2 – 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.”

A lei em questão também proíbe a clonagem humana com o fim de se criem seres humanos geneticamente idênticos, autorizando-a caso esta seja necessária à aplicação das técnicas de procriação admitidas na lei, vedando ainda a criação de quimeras ou híbridos.

Conforme dispõe o artigo 7º da Lei, salvo “os casos em que haja risco elevado de doença genética ligada ao sexo e para a qual não seja possível a detecção directa por diagnóstico pré-natal ou diagnóstico pré-implantação, ou quando seja ponderosa a necessidade de obter grupo HLA (human leukocyte antigen) compatível para efeitos de tratamento de doença grave”, vedam-se as técnicas procriativas com o fim de aprimoramento das características do ser a ser gerado, considerado pela lei como nascituro e para escolha do sexo deste.

Relativamente à “maternidade de substituição” declara expressamente a lei que a mulher que suportar a gestação será tida, para todos os efeitos legais, como a mãe da criança, tendo-se havido como nulos quaisquer negócios jurídicos em sentido contrário, sejam gratuitos ou onerosos.

Desta forma, a Lei Portuguesa acaba por vedar a gestação de substituição, pois em qualquer hipótese, a mãe será a gestatriz.

Também proíbe à lei a criação de embriões com o único fim de serem utilizados em pesquisas científicas, permitindo-as somente, tratando-se de prevenção, diagnóstico ou terapia de embriões, de aperfeiçoamento das próprias técnicas, de constituição de bancos de células estaminais para programas de transplantação ou finalidade terapêutica e desde que observadas às restrições, dispostas nos itens 3 e 4 da Lei, a seguir transcritas:

“3 - O recurso a embriões para investigação científica só pode ser permitido desde que seja razoável esperar que daí possa resultar benefício para a humanidade, dependendo cada projecto científico de apreciação e decisão do Conselho Nacional de Procriação medicamente Assistida.

4 – Para efeitos de investigação científica só podem ser utilizados:

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

E ainda, exige-se, nas hipóteses das alíneas “a” e “c” o prévio consentimento expresso, informado e consciente dos beneficiários aos quais se destinavam.

Já a doação de material genético feminino, masculino ou de embriões, desde que assegurada à qualidade dos gametas pode ser obtida também de forma subsidiária, impedindo-se os doadores de serem considerados progenitores.

O Capítulo II da Lei Portuguesa refere-se à utilização das técnicas de Procriação medicamente assistida, abordando acerca da decisão médica e objeção de consciência deste, dos direitos e deveres dos beneficiários, da exigência do consentimento livre, esclarecido, expresso e por escrito, bem como a possibilidade de revogação deste até o início dos processos terapêuticos de procriação.

Referido capítulo também aborda a questão a respeito da confidencialidade da identidade dos envolvidos e da própria técnica utilizada, muito embora seja possível obter

as informações genéticas e relativas à identidade do doador, se este expressamente o permitir ou por se houverem razões para tanto reconhecidas por sentença judicial.

Neste Capítulo, a lei também é expressa quanto à vedação do comércio de material genético ou biológico decorrente da aplicação das técnicas de procriação medicamente assistida.

Dispõe-se no Capítulo III da Lei Portuguesa especificamente acerca da Inseminação Artificial, onde nota-se ser também subsidiária a permissão da utilização de sêmen de terceiro doador, devendo este ser criopreservado, entretanto, a lei é silente quanto à possibilidade de utilização de óvulos de terceira doadora, embora pareça, pelo menos por equidade, possível.

Relativamente à paternidade, deixa claro a lei, neste capítulo III, que o beneficiário será considerado como pai se este for marido ou convivente da mulher inseminada e desde que tenha havido consentimento para tanto, podendo este, do contrário, impugnar a paternidade.

Aliás, o Código Civil Português, em seu artigo 1826, dispõe que se o filho for nascido ou mesmo concebido na constância do casamento, presumir-se-á a paternidade em favor do marido da sua mãe, entendendo a lei civil que o casamento só estará dissolvido, pondo fim à referida presunção, com o trânsito em julgado da sentença de divórcio ou de anulação do casamento. Tratando-se de casamento católico, cessa a presunção, a partir da dispensa do registro da sentença proferida pelas autoridades eclesiásticas.

Anda bem a lei portuguesa ao proibir expressamente a inseminação “post mortem”, mesmo com o consentimento prévio do marido ou convivente nesse sentido, obrigando a destruição do sêmen quando do falecimento daquele, mas se esta vier a ocorrer, a criança nascida será havida como filha do falecido.

Todavia, autoriza a lei a implantação “post mortem” de embrião “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”, conforme dispõe o artigo 22, item 3 da lei.

Não há prazo estipulado nesse sentido, mas se à data da inseminação, a mulher tiver contraído casamento ou viver há pelo menos dois anos em união de fato com homem que tiver dado consentimento a tal ato, não será permitida a impugnação da paternidade por este, que passará a ser considerado o pai da criança gerada, nos termos do que dispõe o artigo 1839, 3 do Código Civil Português.

Já o capítulo IV da Lei Portuguesa destina-se especificamente a fertilização *in vitro*, impondo a limitação da criação de embriões, que só pode ser em número necessário para o êxito do processo, embora não limite a quantidade de embriões transferidos.

Os embriões excedentários, deverão ser crioconservados. A lei impõe aos beneficiários a implantar esses embriões, desde que viáveis, no prazo máximo de 3 anos, ou, após esse prazo, mediante o consentimento daqueles, estes poderão ser doados para outro casal. Do contrário serão destinados às pesquisas científicas.

Tanto a inseminação quanto a fertilização *in vitro* recebem o mesmo tratamento da lei relativamente à questão da paternidade e destino do material genético, estendendo-se na fertilização o depósito não só do sêmen como também do ovócito.

O capítulo V da Lei Portuguesa trata do Diagnóstico genético pré-implantação, destinando-o “a pessoas provenientes de famílias com alterações que causam morte precoce ou doença grave, quando exista risco elevado de transmissão à sua ascendência” (Artigo 29º, 1 da lei Portuguesa).

Por sua vez, o Capítulo VI da Lei Portuguesa do Conselho Nacional de Procriação medicamente assistida, determinando suas competências, atribuições, composição e mandatos, funcionamento e dever de colaboração das entidades públicas, sociais e privadas para o exercício de suas competências.

Já o Capítulo VII da Lei Portuguesa dispõe acerca da responsabilidade criminal daqueles que infringirem o disposto na Lei.

Finalmente, o Capítulo VIII da Lei Portuguesa, traz as disposições finais da lei.

18.2 Lei Francesa

As Leis Francesas nº 94-654 de 29 de julho de 1994 relativa à doação e a utilização de elementos e produtos do corpo humano, a assistência médica a procriação e o diagnóstico pré-natal, bem como a Lei 2004-800 de 6 de agosto de 2004, relativa à bioética alteram o código de saúde pública Francês, o qual passa a dispor no que se refere à procriação humana e a pesquisa científica o que segue.

O Título IV do código de saúde pública Francês dispõe acerca da assistência médica à procriação, nos seguintes termos:

Segundo o artigo L2141-1 entende-se por assistência médica à procriação, as práticas clínicas e biológicas que permitam a concepção in vitro, a conservação dos gametas, dos tecidos germinais e dos embriões.

Cita o código em questão que está autorizado o congelamento ultrarrápido dos ovócitos.

A realização da assistência médica à procriação privilegia as práticas e procedimentos que permitam limitar o número de embriões congelados, entretanto não proíbe a criação destes.

O artigo L2141-2 dispõe que a assistência médica à procriação tem por objeto remediar a infertilidade de um casal ou evitar a transmissão à criança ou a um membro do casal uma doença com particular gravidade. O caráter patológico de infertilidade deve estar medicamente diagnosticado.

Sendo assim, também a Lei Francesa denota caráter subsidiário de admissibilidade.

O homem e a mulher que formam o casal devem estar vivos, em idade de procriar e consentir previamente a transefêndia dos embriões ou à inseminação.

São obstáculos à inseminação ou a transferência dos embriões:

- 1) A morte de um dos membros do casal; Sendo assim, resta clara a proibição da inseminação “post mortem”.
- 2) O depósito de pedido de divórcio ou de separação de corpos ou a cessação da comunidade de vida;
- 3) A revogação, por escrito, do consentimento pelo homem ou pela mulher junto ao médico encarregado de realizar a assistência médica à procriação.

O código de saúde pública Francês determina que um embrião só pode ser concebido in vitro com gametas que não provenham ao menos de um dos membros do casal.

Os membros do casal podem consentir por escrito a que seja tentada a fecundação de número de ovócitos que possam ser necessários à conservação dos embriões, com a intenção de realizar ulteriormente o projeto parental deles. Neste caso, o número é limitado ao estritamente necessário ao êxito da assistência médica à procriação em razão do procedimento posto em prática. Uma informação detalhada é entregue pelos membros do casal sobre o destino dos embriões congelados que não serão mais objeto do projeto parental.

Os membros do casal poderão consentir por escrito a que esses embriões, não suscetíveis de serem transferidos ou conservados sejam objeto de pesquisa nos termos do que dispõe o artigo L2151-5.

Importante ressaltar que pelo código em questão, um casal cujos embriões tenham sido congelados, não podem se beneficiar de uma nova tentativa de fecundação in vitro antes de transferir aqueles, salvo se um problema de qualidade afetar esses embriões.

Os dois membros do casal cujos embriões estão congelados são consultados cada ano, por escrito, para saber se eles mantêm o projeto parental deles.

Se eles não quiserem mais o projeto parental ou no caso do falecimento de um dos dois, dos dois ou o membro sobrevivente podem consentir a que:

1º Os embriões deles sejam acolhidos por um outro casal;

2º Os embriões deles sejam objeto de pesquisa ou que as células derivadas a partir destes sejam submetidas à preparação de terapia celular com fins exclusivamente terapêuticos.

3º Eles queiram pôr fim ao congelamento de seus embriões.

Em todos esses casos, o consentimento ou o pedido será expresso por escrito e será objeto de confirmação por escrito depois de um tempo de reflexão de três meses. Em caso de morte de um dos membros do casal, o membro sobrevivente não será consultado antes de expirar o prazo de um ano a contar do falecimento, salvo iniciativa antecipada de sua parte.

No caso de um dos dois membros do casal consultados várias vezes não responderem sobre eles quererem manter seu projeto parental, é posto fim ao congelamento dos embriões se este tempo for pelo menos de 5 anos. O mesmo ocorre no caso do casal discordar sobre a manutenção do projeto parental ou sobre o destino dos embriões.

Quando ambos os membros do casal, ou o membro sobrevivente, consentirem em acolherem seus embriões, mas estes não forem acolhidos no prazo de 5 anos a contar do dia em que este consentimento foi expresso por escrito, será posto fim ao congelamento dos seus embriões.

O artigo L.2141-5 permite que ambos os membros do casal consintam por escrito acerca da doação dos embriões congelados para um outro casal.

No caso de falecimento de um dos membros do casal, o membro sobrevivente é consultado por escrito sobre se ele consente a que os embriões congelados sejam acolhidos por outro casal.

Curioso notar que pela Lei Francesa, um casal só pode realizar a fertilização in vitro, desde que pelo menos um dos gametas pertença a um dos membros do casal, entretanto, no caso de adoção de embriões, por óbvio, o mesmo não se exige.

Já os demais requisitos para a adoção do embrião devem ser preenchidos da mesma forma como se fossem os pais biológicos, com a exceção da condição do embrião não poder ser gerado com material genético de nenhum deles e a exigência da possibilidade de transmissão de doença grave a criança ou ao outro membro do casal para autorizar a inseminação.

Outra particularidade do código de saúde pública francês refere-se à exigência de haver uma decisão judicial reconhecendo o consentimento prévio e por escrito do casal dos doadores do embrião, bem como o preenchimento dos requisitos impostos pelo código pelos pais que pretender adotá-lo e a realização de todas as investigações que permitam apreciar as condições de acolhimento que possa ser oferecida à criança que nascerá nos planos familiar, educativo e psicológico. E ainda, a autorização concedida pelo juiz que permite a adoção do embrião terá duração de 3 anos, renovável.

O casal doador bem como o que adotará o embrião não podem conhecer as identidades respectivas, que só poderão ser reconhecidas por um médico, relativamente aos doadores, e de forma não identificadora destes, em caso de necessidade terapêutica.

Como o código fala que as informações não poderão ser identificadoras, resta à possibilidade de futuramente ocorrer, sem que se saiba, o casamento de parentes, com o risco de eugenia.

Ressalva o código que não é permitido qualquer tipo de pagamento ao casal que renunciou o embrião.

Aduz ainda que um embrião humano não poderá ser concebido nem utilizado para fins comerciais ou industriais.

O artigo L2141-10 do código dispõe acerca da exigência pelos membros da equipe médica clinicobiológica pluridisciplinária relativamente aos requerentes da assistência médica à procriação, os quais deverão notadamente:

1º Verificar a motivação do homem e da mulher que formam o casal e lhes avisar das possibilidades de adoção;

2º Informar as possibilidades de sucesso e de fracasso das técnicas de assistência médica à procriação, de seus efeitos secundários e dos riscos a curto e longo prazo, assim como a penosidade e constrangimentos que poderão provocar;

3º Lhes entregar um guia que contenha particularmente:

- a) O aviso das disposições legislativas e regulamentares relativas à assistência médica à procriação;
- b) Um descritivo dessas técnicas;
- c) O aviso dos dispositivos legislativos e regulamentares relativos à adoção, assim como o endereço das associações e órgãos suscetíveis de completar as informações sobre o assunto.

O pedido não pode ser confirmado antes do prazo de um mês de reflexão da última conversa. Referida confirmação deverá ser realizada por escrito.

Poderá ocorrer de a equipe médica estimar um prazo suplementar de reflexão aos requerentes pelo interesse da criança que irá nascer.

Pode se beneficiar do congelamento de gametas ou de tecidos germinais, aqueles que puderem ter sua fertilidade alterada, para poder se utilizar destes futuramente, em benefício próprio, seja para restaurar sua fertilidade, seja para fins de assistência médica à procriação.

O código também permite, mediante autorização da Agência de biomedicina e, observadas as regras nele dispostas, a importação e exportação de gametas ou tecidos germinais procedentes do corpo humano para fins de assistência médica à procriação.

Relativamente à pesquisa em embriões e em células tronco embrionárias, dispõe o código de saúde pública francês, em seu título V e capítulo único que:

É proibida toda intervenção que tem por objetivo fazer nascer uma criança geneticamente idêntica a outra pessoa viva ou falecida;

É proibida a concepção em vitro de embrião ou a constituição por clonagem de embrião humano com fins de pesquisa;

É proibida a criação de embriões transgênicos ou quimeras;

Um embrião humano não pode ser concebido, nem constituído por clonagem, nem utilizado para fins comerciais ou industriais;

É igualmente proibida qualquer constituição por clonagem de embrião humano com fins terapêuticos;

Nenhuma pesquisa em embrião humano nem em células tronco embrionárias podem ser empreendidas sem autorização. Um protocolo de pesquisa conduzido em um embrião humano ou em células tronco embrionárias decorrentes de um embrião humano só podem ser autorizadas se:

1º Esteja estabelecida a pertinência científica da pesquisa;

2º A pesquisa, fundamental ou aplicada, seja inscrita numa finalidade médica;

3º No estado de conhecimento científico, esta pesquisa não pode ser conduzida sem se recorrer a estes embriões ou células tronco embrionárias;

4º O projeto e as condições de se por em prática o protocolo devem respeitar os princípios éticos relativos à pesquisa em embrião e em células tronco embrionárias;

Uma pesquisa não pode ser conduzida senão a partir de embriões concebidos em vitro no âmbito de uma assistência médica à procriação e que não seja mais de um projeto parental. A pesquisa só pode ser realizada com o consentimento escrito prévio do casal de onde os embriões provém, ou do membro sobrevivente do casal, devidamente informados sobre as possibilidades da adoção destes por outro casal ou de interromperem o congelamento.

Os embriões que foram objeto de pesquisa não poderão ser transferidos com o fim de gestação.

O Título VI do código de saúde pública francês traz as disposições penais relativas a infração do diagnóstico prenatal, assistência médica à procriação, pesquisas em embriões ou em células tronco embrionárias, além de disposições comuns ao final.

O Código de Saúde Pública Francês dispõe na segunda parte de seu texto sobre a saúde da família, da mãe e da criança.

Referido código dispõe que o diagnóstico préimplantatório só é permitido, a título excepcional, nos seguintes casos (artigo L 2131-4):

1 – Quando o médico que exerça sua atividade dentro de um centro pluridisciplinar de diagnóstico pré-natal atestar que o casal, em razão da situação familiar deste, tem uma forte probabilidade de ter um filho com uma doença genética de uma gravidade particular reconhecida como incurável no momento do diagnóstico, e;

2 – Se for previamente e precisamente identificado em um dos pais ou em um de seus ascendentes imediatos uma doença gravemente invalidante, de conhecimento tardio e que coloque prematuramente em risco o prognóstico vital, anomalia ou anomalias responsáveis por tal doença.

Neste caso, ambos os pais deverão consentir por escrito acerca da realização do diagnóstico.

Se ambos os pais não quiserem prosseguir com o projeto parental em razão dessas anomalias mencionadas anteriormente, poderão consentir que referidos embriões se tornem objeto de pesquisa nos termos do que permite o código de saúde pública.

O código de saúde pública Francês complementa ainda que a realização de diagnóstico préimplantatório só será possível, desde que as condições seguintes estejam reunidas (artigo L2131-4-1):

- o casal gere um filho com uma doença genética e que não sobreviva mais que os primeiros anos de vida e que esta seja reconhecida como incurável no momento do diagnóstico;

- o prognóstico vital desta criança possa melhorar, de maneira decisiva, pela aplicação sobre ela de uma terapia que não atinja a integridade do corpo desta criança nascida de transferência do embrião para o útero, nos termos do artigo 16-3 do código civil francês;

- o diagnóstico mencionado tenha por único objetivo pesquisar a doença genética assim como os meios de preveni-la ou tratá-la, de um lado, e de permitir a aplicação da terapia mencionada, de outro lado.

Finalmente, aduz a lei que o diagnóstico deve ter por fim prevenir e tratar a anomalia.

18.3 Lei Italiana

A Lei Italiana n. 40 de 19 de fevereiro de 2004 relativa à procriação medicamente assistida contém 7 capítulos e 18 artigos.

O capítulo I traz os princípios gerais, garantindo direitos aos envolvidos, incluindo expressamente o nascituro.

Na Itália, a procriação medicamente assistida é subsidiária, visto que o recurso a esta só é permitido se não existirem outros métodos eficazes de tratamento para remover as causas da esterilidade ou infertilidade.

O capítulo II da Lei trata do acesso às técnicas de reprodução medicamente assistida, que deverão ser aplicadas com base nos seguintes princípios:

- a) Gradualmente, para evitar o uso de intervenções invasivas com uma carga psicológicamente negativa para as partes aplicando-se o princípio de menor capacidade de invasão;
- b) Consentimento das partes devidamente esclarecidas sobre os procedimentos a serem realizados em conformidade com a lei.

A lei em questão proíbe a utilização de técnicas de procriação medicamente assistida do tipo heterólogo.

De outro lado, limita o acesso às técnicas de procriação medicamente assistida a casais maiores de idade, de sexos diferentes, casados ou em união estável, em idade potencialmente fértil e desde que ambos estejam vivos, ou seja, impede-se a inseminação “post mortem”.

Segundo a Lei Italiana, antes do recurso e em cada fase da aplicação de técnicas de procriação medicamente assistida, o médico deve informar detalhadamente às pessoas que podem ter acesso a estas técnicas, os métodos, os aspectos bioéticos e possíveis efeitos colaterais psicológicos e de saúde provocados pela aplicação das técnicas, as

probabilidades de sucesso e os riscos decorrentes da mesma, bem como sobre as implicações legais para a mulher, para o homem e para o nascituro. O casal deve ser esclarecido sobre as possibilidades de guarda ou de adoção (lei n. 184 de 4 de maio de 1983), como uma alternativa à tecnologia de reprodução assistida.

Dispõe ainda a Lei que as informações acima referidas e o grau de invasividade das técnicas utilizadas devem ser perfeitamente esclarecidos para cada uma das partes e de uma forma que garanta a formação de uma vontade consciente e conscientemente expressa.

O casal também deve ser informado sobre os custos do procedimento, em instituições públicas ou particulares.

A vontade de ambos do casal ao acesso às técnicas de procriação medicamente assistida deverá ser expressa por escrito, em conjunto com o médico responsável da instituição. Entre a manifestação da vontade e a aplicação da técnica deve decorrer um período de no mínimo sete dias, podendo a manifestação de a vontade ser revogada por cada uma das partes, até o momento da fecundação.

O médico da instituição poderá recusar ao acesso pelo casal à procriação medicamente assistida somente por razões de saúde, desde que justificadamente e por escrito.

O capítulo III da Lei trata das disposições relativas à proteção dos nascituros e dispõe a igualdade entre filhos, independentemente de terem sido gerados pela procriação medicamente assistida.

Dispõe ainda que na hipótese da procriação medicamente assistida for heteróloga, contrariamente a permissão da lei, não será permitida a recusa da paternidade, bem como o doador de gametas não poderá adquirir qualquer relação jurídica como pai do nascituro, nem ser titular de quaisquer direitos e obrigações em relação a ele.

E ainda, não será possível à mãe da criança que nasceu em razão da procriação medicamente assistida declarar a vontade de ficar no anonimato.

O Capítulo IV da Lei Italiana regulamenta as instituições públicas e privadas que realizam aplicação de técnicas de reprodução assistida e o Capítulo V traz as proibições e penalidades.

A Lei proíbe expressamente a utilização de gametas para fins de procriação de pessoas estranhas ao casal requerente, bem como a aplicação das técnicas de reprodução assistida em casais em que não estejam ambos vivos, que um dos membros do casal seja menor de idade, de casal formado por indivíduos do mesmo sexo ou que não sejam casados ou mantenham união estável.

Dentre outras proibições, merece atenção a de quem, de qualquer forma, produz, organiza ou que anuncie a venda de gametas ou embriões ou de sub-rogação de maternidade.

A clonagem com fim de obter ser humano descendente de uma única célula inicial, possivelmente idêntico, à herança genética nuclear, para outro ser humano, vivo ou morto também é proibida, punindo-se, neste caso, inclusive o médico, com a interdição perpétua do exercício da profissão.

O Capítulo VI trata das medidas de tutela para o embrião humano, proibindo a experimentação em embriões humanos, permitindo tão-somente a pesquisa clínica e experimental de embrião humano, com fins terapêuticos e de diagnóstico exclusivamente relacionados a ela para a proteção da saúde e desenvolvimento do próprio embrião e, onde não há metodologias alternativas disponíveis.

Proíbe-se ainda (art. 13):

- 1) Qualquer forma de seleção eugênica de embriões e gametas através de técnicas de seleção, manipulação, ou por processos artificiais com o objetivo de alterar o patrimônio genético do embrião ou gametas exceto para intervenções diagnósticas e terapêuticas;
- 2) A clonagem por transferência nuclear de intervenções ou cisão de embriões ou octogênese seja para fins de procriação ou de pesquisa; e

- 3) A fertilização de um gameta humano com gameta de diferentes espécies e a produção de híbridos ou quimeras.

Limita a Lei Italiana o número de embriões criados, que não pode ser restrito ao absolutamente necessário para cada instituição e não superior a três por instituição. (art. 14,2 da lei).

Na hipótese de não ser possível à transferência desses embriões para o “útero da requerente, por motivos de saúde desta, não previsível no momento da fertilização, é permitida a crioconservação do embrião até a próxima data de transferência, a ser implementada o mais rápido possível (art. 14,3 da lei)

Proíbe-se ainda a redução embrionária de gestações múltiplas, salvo hipóteses previstas em lei.

A lei citada é a Lei n. 194 de 22 de maio de 1978 que trata da tutela social da maternidade e da interrupção voluntária da gravidez, que só é possível quando esta comportar grave perigo de vida para a mãe ou quando são estabelecidos processos patológicos, incluindo os relacionados com anomalias significativas ou de malformações, que possam acarretar perigo grave para a saúde física ou mental da mulher.

Finalmente o Capítulo VII da Lei Italiana traz as disposições finais e transitórias, e em especial permite a objeção de consciência do médico e operadores de saúde envolvidos além da criação, pelo ministério de Saúde Italiano, de um fundo a fim de facilitar o acesso às técnicas de reprodução assistida por parte das entidades indicadas na própria lei.

18.4 Lei Alemã

A Lei de Proteção aos embriões (ESchG) de 13 de dezembro de 1990, alterada pelo artigo 1 da Lei de 21 de novembro de 2011 (BGBl. I. S. 2228) é composta de 13 parágrafos que dispõe acerca das proibições e penalidades pela violação de suas normas relativas à proteção dos embriões humanos.

Relativamente à aplicação das técnicas de reprodução artificial, a Lei Alemã considera abusiva e proíbe:

- 1) Implantar na requerente óvulo diverso do seu;
- 2) Fertilizar óvulo para outro propósito que não o de engravidar a mulher de quem este pertence;
- 3) Implantar dentro de um mesmo ciclo mais que três embriões em uma mulher;
- 4) Fertilizar dentro de um ciclo mais de três óvulos por meio de gameta intrafalopiana;
- 5) Fertilizar mais óvulos do que pode ser transferido num mesmo ciclo numa mulher;
- 6) Retirar um embrião de uma mulher antes da conclusão do implante no útero desta com o fim de transferi-lo para outra mulher ou usá-lo para outro fim que não a sua conservação, ou;
- 7) Realizar uma inseminação artificial ou transferir um embrião em uma mulher que está disposta a deixar seu filho após o seu nascimento. (gestação de substituição)

Proíbe ainda a Lei Alemã a fertilização de um óvulo que não se pretende implantar na mulher a quem o óvulo pertence. Pune-se inclusive a tentativa de desenvolver embrião humano fora do corpo humano se não for com o fim de estabelecer a gravidez.

Dispõe ainda a Lei Alemã a penalização daquele que fertilizar artificialmente um óvulo com um espermatozóide, que foi escolhido pelo seu cromossomo sexual, salvo para evitar a distrofia muscular do tipo Duchenne ou para evitar doenças parecidas ligadas ao sexo.

Também proíbe-se o diagnóstico genético pré-implantacional salvo em casos de poder ocorrer uma doença genética grave na criança ou para determinar uma lesão grave com alta probabilidade de morte ou aborto desta.

A lei exige o consentimento do pai e da mãe para a realização da fertilização artificial, bem como para a inseminação.

Proíbe ainda a fertilização de um óvulo por um espermatozóide “post mortem”.

A lei Alemã pune, ainda que na forma de tentativa:

- 1) Quem modificar artificialmente informações genéticas de uma célula germinativa humana, salvo se não puder mais ser realizada a fertilização, ou se foi obtida a partir de um embrião morto, ser humano ou de uma pessoa morta, tendo sido descartada a possibilidade de ser transferida para um embrião, feto ou ser humano ou que uma célula germinativa vá se originar dela a fertilização e para vacinas, radioterapia, quimioterapia ou outros tratamentos, que não têm a intenção de alterar a informação genética de células germinativas; ou
- 2) Quem se utilizar de célula germinativa que estiver com suas informações genéticas alteradas.

A lei Alemã também proíbe e pune, mesmo que na forma de tentativa, quem artificialmente faz ou transfere para uma mulher um embrião humano com a mesma informação genética que outro embrião, feto, pessoa viva ou falecida (Clonagem).

Pune ainda a Lei aquele que criar ou transferir para embrião humano ou animal quimeras e híbridos.

Somente o parágrafo 8 da Lei traz como definições:

- 1) Que o embrião é assim considerado pela Lei se o óvulo fecundado for capaz de se desenvolver, a partir da fusão dos núcleos, e ainda, cada célula totipotente removida de um embrião é assumida como sendo capaz de se dividir e se desenvolver num indivíduo sob as condições apropriadas para esse;
- 2) Nas primeiras vinte e quatro horas após a fusão considera-se o óvulo humano fertilizado capaz de se desenvolver, a não ser que já antes do término deste período fique determinado que ele não será capaz de se desenvolver para além do estágio de uma célula;
- 3) Células germinativas, para efeito da presente lei, são todas as células que levam os óvulos e espermatozóides para o ser humano resultante e, além disso, a célula do ovo desde a captura ou penetração do espermatozóide até o final da fertilização por fusão dos núcleos.

Dispõe ainda a Lei que somente um médico pode realizar fertilização e inseminação artificiais, o diagnóstico de pré-implantação, a preservação de embrião ou óvulo humano fertilizado, podendo se recusar a executar ou participar qualquer deles.

18.5 Conclusão

Tanto Portugal, quanto França, Itália e Alemanha detêm leis específicas regulamentadoras das técnicas de reprodução artificial.

Todas as leis analisadas demonstram grande preocupação com a criação de embriões que não sejam destinados especificamente para o fim de gerar, por meio da gestação, uma criança, vedando-se expressamente a criação destes para fins de pesquisa.

Da mesma forma, demonstra-se, em todas elas, a preocupação em limitar a criação de embriões, ainda que não expressa em números máximos pré-definidos, mas pelo menos para o número necessário para o êxito do procedimento, com o fim de se evitar, ao máximo, os excedentários e congelamento destes.

Ou seja, há grande preocupação dessas legislações com o destino dos embriões. Em todas elas, a pesquisa é sempre possível, mediante regras específicas e consentimento dos genitores, como hipótese última e em razão de um critério utilitarista.

A Lei Francesa determina que não é admitida nova tentativa de fecundação “in vitro”, enquanto ainda existirem embriões congelados do casal, salvo na hipótese relativa à falta de qualidade destes para o implante.

Melhor seria que se proibisse expressamente a criação de embriões excedentários, possibilitando-se tão somente a fusão dos gametas, ainda que congelados separadamente em épocas anteriores, quando da imediata inseminação.

A Lei Italiana chega a determinar que a revogação da autorização dos genitores, relativamente à utilização das técnicas de reprodução assistida, só é possível até a fecundação.

Aliás, a Lei Italiana, a Portuguesa andam muito bem ao vedar a inseminação heteróloga. A Lei Francesa a permite em caráter subsidiário, mas exige que pelo menos um dos gametas seja pertencente a algum dos componentes do casal. Por sua vez a Alemã, preocupada com a questão da atribuição da maternidade, veda a utilização de óvulos por pessoa diversa da mãe biológica. Melhor seria que proibisse a reprodução heteróloga como as demais leis.

A Lei Francesa proíbe a inseminação “post mortem”, a Lei Portuguesa também a proíbe, salvo no caso de cumprimento de projeto parental, a lei Italiana limita a aplicação das técnicas de reprodução assistida em casais em que não estejam ambos vivos, o que acaba por impedir a inseminação “post mortem” e a Lei Alemã proíbe a fertilização “post mortem”, de forma que, tecnicamente, se a fertilização tiver se dado enquanto o casal

estiver vivo, nada impediria que se viabilizasse a inseminação depois da morte do homem, já que a Lei Alemã exige que o óvulo seja implantado necessariamente em sua geratriz.

De qualquer forma, melhor seria que todas elas, vedassem expressamente não só a fertilização como também a inseminação “post mortem”.

Todas as leis pesquisadas acertadamente proíbem a clonagem com o fim de se criarem seres humanos idênticos e admitem o diagnóstico genético pré-implantacional somente em situações específicas.

A maioria delas apresenta, corretamente, condição subsidiária de admissibilidade da utilização das técnicas de reprodução artificial.

E a maioria das leis pesquisadas limita a utilização das técnicas de reprodução artificial por pessoas casadas ou com vida em comum, de sexos diferentes, maiores e capazes e em idade de procriar.

Também parece acertada a limitação, visto que toda criança tem direito a uma dupla genitorial e que tenham condições de lhe prover, física, material e espiritualmente, responsabilizando-se diretamente por estas e por seus atos.

Já relativamente à gestação de substituição, tanto a Lei portuguesa quanto a Alemã se mostram contrárias.

Nesse ponto deve-se observar que a via da adoção mostra-se sempre mais lógica e socialmente aceita.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ABDELMASSIH, Roger. *Aspectos Gerais da Reprodução Assistida*. Revista de Bioética e Ética Médica. v. 9, n.2, Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2001.

ALMEIDA, José Luiz Gavião de. AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord.). *Código Civil Comentado. Direito das Sucessões em Geral. Sucessão Legítima*. São Paulo: Atlas, 2003. Tomo XVIII

ANDORNO, Roberto (Org.). *El derecho frente a la procreación artificial: el derecho argentino ante los riesgos de coisificación de la persona en la fecundación in vitro*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1997.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Negócio Jurídico. Atos Jurídicos Lícitos. Atos Ilícitos*. Código Civil comentado, vol. II. São Paulo: Atlas, 2003.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria Geral das Obrigações e Responsabilidade Civil*. 11^a Ed. São Paulo: Atlas, 2008.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria Geral dos Contratos Típicos e Atípicos*. São Paulo: Atlas, 2002.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Cessão temporária e gratuita de útero*. Disponível em: <<http://www.iabnacional.org/img/pdf/doc-4370.pdf>>.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana*. Revista dos Tribunais. São Paulo, n. 797, p. 11-26, Março 2002.

BADALOTTI, Mariângela; PETRACCO, Álvaro; TELÖKEN, Cláudio (Coord). *Fertilidade e infertilidade humana*. Rio de Janeiro: Medsi, 1997.

BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. *Direito ao patrimônio genético*. Coimbra: Almedina, 1998.

BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Bioética e início da vida: alguns desafios*. São Paulo: Centro Universitário São Camilo, 2004.

BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de; PESSINI, Leo. *Problemas atuais de bioética*. 9^a Ed. Revista e Ampliada, São Paulo: Centro Universitário São Camilo, Loyola, 2010.

BARNI, Mauro. *Diritti-Doveri responsabilità Del médico dalla bioética al biodiritto*. Milano: Giuffrè Editore, 1999.

BAÚ, Marilise Kostelnaki. *Capacidade jurídica e consentimento informado*. Revista Bioética, vol. 8. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2000

BEAUCHAMP, Tom L. e CHILDRESS, James F. *Principles of Biomedical Ethics*, 5.ed. New York: Oxford University, 2001.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

BLANCO, Luis Guillermo. *Bioética y bioderecho*. Buenos Aires: Universidad.

BOTTELLA, J. *Esterilidad e infertilidad humanas*. 2. Ed. Barcelona: Editorial Científico-Médica, 1971.

BRANDÃO, Denirval et al. *A vida dos direitos humanos: bioética médica e jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.

CARLIN, Volnei Ivo (Org.). *Ética e bioética*. Florianópolis: Terceiro Milênio s. d.

CARLSON, Bruce M. *Embriologia humana e biologia do desenvolvimento*. Tradução de Ithamar Vugnam. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1996.

CASABONA, Carlos María Romeo. *El derecho y la bioética ante los limites de la vida humana*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1994.

_____ (Org.). *Biotecnologia, direito e bioética*. Belo Horizonte: Del Rey: PUC Minas, 2002.

CASSAN, Adolfo. *El milagro de la vida*. Barcelona: Parramón, 2005.

CHAVES, Benedita Inêz Lopes. *A tutela jurídica do nascituro*. São Paulo: Ltr, 2000.

CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. Estatuto jurídico do nascituro: a evolução do direito do nascituro. In: CAMPOS, Diogo Leite de; CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu (Coord.). *A pessoa humana e o direito*. Coimbra: Almedina, 2009.

CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. *Adoção de nascituro e a quarta era dos direitos: razão para se alterar o caput do art. 1621 do Novo Código Civil*. In: ALVES, Jones Figueiredo; DELGADO, Mario Luiz (Coord.). São Paulo: Método, 2003. V.1.

CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. *Reprodução humana assistida: aspectos civis e bioéticos*. Tese de livre docência do departamento de Direito Civil da Faculdade de direito da Universidade de São Paulo, 2000.

CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. *Tutela civil do nascituro*. São Paulo: Saraiva, 2000.

CLOTET, Joaquim. *O consentimento informado nos comitês de ética em pesquisa e na prática médica: conceituação, origens e atualidade*. Revista Bioética, vol. 3, Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1995.

CORTÉS, Júlío César Galán. *Responsabilidad médica y consentimiento informado*. Madrid: Civitas, 2001.

COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira da; OSELKA, Gabriel; GARRAFA, Volnei (Coord.). *Iniciação à bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998.

CRUZ, Ivelise Fonseca da Cruz. *Efeitos da reprodução humana assistida*. São Paulo: SRS, 2008.

DE CUPIS, Adriano. *I diritto della personalità*. Milano: Giuffré, 1950.

DELGADO, Mario Luiz. DIAS, Maria Berenice (org.). In: *Direito das Famílias contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira*. São Paulo: RT, 2009.

DELMANTO, Celso. *Código penal comentado*. 3. Ed. Atual. E ampl. Por Roberto Delmanto, Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 8ª Ed. Revista, Atualizada e Ampliada. São Paulo: RT, 2011.

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 6ª ed. Revista, aumentada e atualizada, São Paulo: Saraiva, 2001.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil. Teoria Geral das Obrigações*. V.2. 23^a Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DUARTE, Geraldo e FONTES, José Américo Silva, *O Nascituro Visão Interdisciplinar*. 1^a ed. Belo Horizonte: Atheneu, 2009.

ENDE, Shamai. Inseminação Artificial e Fertilização In Vitro – Qual é a visão do judaísmo?. Disponível em:
<http://www.pt.chabad.org/library/article_cdo/AID/2252680/jewish/Inseminacao-Artificial.html>.

ENGELHARDT JR., Hugo Tristram. *Fundamentos da bioética*. Tradução de José A. Ceschin. São Paulo: Loyola, 1998.

EUROPEAN SOCIETY OF HUMAN REPRODUCTION AND EMBRIOLOGY. *The moral status of the pre-implantation embryo*. *Human Reproduction*, v. 16, n^o 5, p. 1046-1048, 2001.

FABRIZ, Daury Cesar. *Bioética e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

FIUZA, Ricardo (Coord.) *Novo Código Civil Comentado*. 1^a ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

FORTES, Paulo Antonio de Carvalho. *O consentimento informado na atividade médica e a resposta dos tribunais*. *Justiça e Democracia*, n^o 2, Publicação Oficial da Associação Juízes para a Democracia, 2^o semestre de 1996.

FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito Médico*. 10^a. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Manual de Direito Civil*. vol. 1, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Instituições de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1988.

FUJITA, Jorge Shiguemitsu Fujita. *Filiação*. 2^a ed. São Paulo: Atlas, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil- Parte geral*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

HUMBER, James M. e ALMEDER, Robert F. (editores). *Human Cloning*. Biomedical Ethics Reviews. New Jersey: Totowa. Human Press, 1998.

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: Revinter, 2005.

JUNGES, José Roque. *Bioética: perspectivas e desafios*. São Leopoldo: Unisinos, 1999.

KAVALCO, Karine. *Desenvolvimento Embrionário Humano*. Disponível em: <<http://www.portalsaofrancisco.com.br/alfa/desenvolvimento-embrionario-humano.php>>.

KFOURI NETO, Miguel. *Culpa médica e ônus da prova: presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado: responsabilidade civil em pediatria, responsabilidade civil em gineco-obstetrícia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

KRAUT, Alfredo Jorge. *Los derechos de los pacientes*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.

KRIGER Filho, Domingos Afonso. *Considerações acerca dos efeitos jurídicos do uso indevido de material genético*. Revista Forense, vol. 397. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *O direito do embrião humano: mito ou realidade?* Revista de Ciências Jurídicas, ano 1, nº 1, p. 31-52, 1997.

_____, *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. (Coord.). *Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito – aspectos jurídicos e metajurídicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

LEITE SANTOS, Maria Celeste Cordeiro (Org.). *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LIMA, Celso Piedemonte. *Genética humana*. 3ª ed. São Paulo: Harbra, 1996.

LIMA, Marina Araguaia de Castro Sá. *Fases do desenvolvimento embrionário*. Disponível em; <<http://www.mundoeducacao.com/biologia/fases-desenvolvimento-embrionario.html>>.

LISBOA, Roberto Senise. *Manual elementar de direito civil*. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord.). *Direito de Família. Relações de Parentesco. Direito Patrimonial*. Código Civil Comentado. Vol. XVI. São Paulo: Atlas, 2003.

LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da Precaução e Evolução da Responsabilidade Civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

LOPEZ, Teresa Ancona. *O Dano Estético. Responsabilidade Civil*. 3ª Ed. São Paulo: RT, 2004.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas. *Novas modalidades de família na Pós-modernidade*. São Paulo: Atlas, 2010.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas. *Curso de bioética e biodireito*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MALUF, Carlos Alberto Dabus Maluf. MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas. *Curso de direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MALUF, Carlos Alberto Dabus Maluf. MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas. *Curso de direito das sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MALUF, Carlos Alberto Dabus Maluf. *Prescrição, decadência e prova*. Código Civil comentado, vol. III. São Paulo: Atlas, 2009.

MANTOVNI, Flávia. *Gravidez fora do útero tem sucesso e bebê nasce saudável no ES*. Disponível em:

<<http://www1.folha.uol.com.br/folha/equilibrio/noticias/ult263u542769.shtml>>.

MARGOTTO, Paulo. Crescimento e desenvolvimento fetal. Disponível em: <http://www.paulomargotto.com.br/documentos/crescimento_desenvolvimento_fetal.ppt>.

MARTINS, Ives Gandra da Silva et al. *A vida dos direitos humanos: bioética médica e jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.

MARTINS, Elisa. *Desenvolvimento Embrionário Humano*. Disponível em: <<http://www.infoescola.com/embriologia/desenvolvimento-embrionario-humano.html>>.

MARTINS-COSTA, Judith; MÜLLER, Letícia Ludwig. (orgs.). *Bioética e responsabilidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. *A vida embrionária e sua proteção jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MESTIERI, João. *Embrião*. Revista Jurídica Consulex, Brasília: Consulex, nº 32, p. 43, ago. 1999.

MIGLIORE, Alfredo Domingues Barbosa, SCALQUETTE, Ana Cláudia, PEREIRA DE LIMA, Cíntia Rosa e BERGSTEIN, Gilberto (Coordenadores). *Dignidade da Vida Humana*. São Paulo: Ltr, 2010.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. Vol.2. 6.ed.. São Paulo: Atlas, 1992.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. Parte Geral. Vol. 1. 39ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MOORE, Keith L.; PERSAUD, T. V. N. *Embriologia básica*. Tradução de Ithamar Vugman e Mira de Casrilevitz Engelhardt. 5. Ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2000.

MOORE, Keith L. *Embriologia clínica*. Tradução de Fernando Simão Vugman. 5. Ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1994.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 12.ed.. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. *Direitos humanos fundamentais*. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MOSCHETTA, Sílvia Ozelane Rigo. *Homoparentalidade. Direito à adoção e reprodução humana assistida por casais homoafetivos*. Curitiba: Juruá, 2009.

OLIVEIRA, Fátima. *Bioética: uma face da cidadania*. São Paulo: Moderna, 1997.

OSELKA, Gabriel (coord.). *Bioética clínica. Reflexões e discussões sobre casos selecionados*, 2ª Ed. São Paulo: Cremesp, 2009.

OSELKA, Gabriel Wolf; Oliveira, Reynaldo Ayer (coords.). *Doente terminal. Destino de Pré-embriões. Clonagem. Meio-ambiente*. Caderno de bioética do Cremesp. São Paulo: Cremesp, 2005.

OSELKA, Gabriel Wolf; Oliveira, Reynaldo Ayer (coords.). *Conflitos de interesses em pesquisa clínica*. Caderno de bioética do Cremesp. São Paulo: Cremesp, 2007.

PÁDUA, Amélia do Rosário Motta de. *Responsabilidade civil na reprodução assistida*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PATINHO, Ana Paula Corrêa. *Limitações ao direito de recusar tratamento médico ou intervenção cirúrgica*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2005.

PELIZZOLI, Marcelo (org.). *Bioética como novo paradigma*. Por um novo modelo biomédico e biotecnológico. Petrópolis: Vozes, 2007.

PENTEADO, Jacques de Camargo et al. (Org.). *A vida dos direitos humanos: bioética médica e bioética jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1999.

PEREIRA, André Gonçalo Dias. *O consentimento informado na relação médico-paciente*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

PEREIRA, Anna Kleine Neves. *A proteção constitucional do embrião. Uma leitura a partir do princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Curitiba: Juruá, 2012.

QUEIROZ, Juliana Fernandes. Embriões humanos no limbo do esquecimento. *Del Rey Revista Jurídica*, Belo Horizonte: Del Rey, ano 5, nº 10, p. 22-23, jan./fev./mar. 2003.

QUEIROZ, Juliane Fernandes. *Paternidade: Aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial. Doutrina e Jurisprudência*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo. *Responsabilidad del médico*. Buenos Aires: Astrea, 1999.

_____. *Actos jurídicos y documentos biomédicos*. Buenos Aires: La Ley, 2004.

RAFFUL, Ana Cristina. *A reprodução artificial e os direitos da personalidade*. São Paulo: Themis, 2000.

RESTREPO, Maria Patrícia Castaño. *El consentimiento informado Del paciente em La responsabilidad médica*. Bogotá: Temis, 1997.

RESTREPO, Maria Patrícia Castaño; WEINGARTEN, Celia; LOVECE, Graciela e GUERSI, Carlos A. *Contrato médico y consentimiento informado*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2001.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. Vol. 6, 27^a Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ROSPIGLIOSI, Enrique Varsi. *Filiación, Derecho y Genética*. Universidad de Lima. Fondo de Cultura Económica. Perú: Lima, 1999.

SÁ, Maria de Fátima . *Biodireito e direito ao próprio corpo*. 2^a Ed.rev., atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

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: Revinter, 2005.

SAUWEN, Regina Fiuza e HRYNIEWICZ, Severo. *O direito “in vitro” da bioética ao biodireito*. 2.ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SCALQUETE, Ana Cláudia Silva. *Estatuto da Reprodução Assistida*. São Paulo: Saraiva, 2010.

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

SEMIÃO, Sérgio Abdalla. *Os direitos do nascituro: aspectos cíveis, criminais e do biodireito*. 2. Ed. Rev. Atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

SERRA, ângelo. Chi o Che cosa è l’embrione umano? I dati della scienza. In: DI PIETRO, Maria Luiza; SGRECCIA, Elio (Org.). *Bioetica ed educazione*. Milano: La Scuola, 1997.

SÈVE, Lucien. *Para uma crítica da razão bioética*. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

SGRECCIA, Elio. *Manual de bioética: fundamentos e ética biomédica*. Tradução de Orlando Soares Moreira. São Paulo: Loyola, 1996. V. 1.

SILVA, Reinaldo Pereira e. *Os direitos humanos do embrião: análise bioética das técnicas de procriação assistida*. RT, São Paulo, v. 768, p. 76-91, 1999.

SOARES, André Marcelo M.; PIÑEIRO, Walter Esteves. *Bioética e Biodireito*. Rio de Janeiro: Loyola e São Camilo, 2002.

SOUSA, Lorivaldo Rodrigues de; BONIELA-MUSOLES, Fernando; PELLICER, Antônio, SIMÓN, Carlos; REMOHI, José. *Manual práctico de reproducción humana*. Tijuca: Revinter, 1998.

SZTAJN, Raquel. *Consentimento informado e o projeto de código civil*. Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo, n. 109, Janeiro-Março 1988.

TEPEDINO, Gustavo. *A parte geral do novo código civil*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

TYLER, Edward T. *Current status of oral contraception*. Separata em português do JAMA – 189:562/565, 1994.

VARGAS, Maricruz Gomes de La Torre. *La fecundacion in vitro y La filiacion*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1993.

VARGAS, Maricruz Gomes de La Torre. *El sistema filiativo Chileno: Filiacion biologica*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2007.

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

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: Parte Geral*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 9 Ed. São Paulo: Atlas, 2009.

VERCELLONE, Paolo. *As novas famílias*. Curitiba: Jurisprudência: civil e comércio, n. 156, 1990.

VIEIRA, Tereza Rodrigues, *Bioética e direito*. 2.ed. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2003.

VIEIRA, Oilton Liberati. *As primeiras experiências de inseminação artificial foram no século XIV*. Disponível em: <http://www.inseminacaoreproduction.blogspot.com.br/2013/09/historia.html>.

WALD, Arnoldo, *Direito civil –Introdução e parte geral*. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

WATSON, James D. *DNA O segredo da vida*. São Paulo: Companhia das Artes, 2005.

Referências bibliográficas da internet:

Disponível em: <http://www.deremmundi.blogspot.com.br>.

Disponível em: <http://www.saude.gov.br>.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>.

Disponível em: <http://www.portalanvisa.gov.br>.

Disponível em: <http://www.laboratoriodebiologiaunb.blogspot.com.br>.

Disponível em: <http://www.stf.jus.br>.

Disponível em: <http://www.vidaconcebida.com.br>.

Disponível em: <http://www.executivaipb.com.br>.

Disponível em: <http://www.metodista.org.br>.

Disponível em: <http://www.conjur.com.br>.

Disponível em: <http://www.dci.com.br>.

Disponível em: <http://www.domtotal.com.br>.

Disponível em: <http://www.ncbi.nlm.nih.gov>.

Disponível em: <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/eschg/gesamt.pdf>.

Disponível em: <<http://www.camera.it/parlam/leggi/04040I.html>>.

Disponívelem:

<http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=903&tabela=leis>.

Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr>>.