

ISSN 3085-8658

CADERNOS ESMAPE



SÉRIE TESES E DISSERTAÇÕES



SÍLVIO ROMERO BELTRÃO

**REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA:
CONFLITOS ÉTICOS E LEGAIS.
LEGISLAR É NECESSÁRIO**

Recife
ano 1
número 25
2025

25

CADERNOS ESMAPE



SÉRIE TESES E DISSERTAÇÕES



REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA: Conflitos éticos e legais. Legislar é necessário

Silvio Romero Beltrão



Copyright by Escola Judicial de Pernambuco (Esmape)

Coordenação Técnica e Editorial: Msc. Joseane Ramos Duarte Soares

Capa: João Pessoa e Joseane R. Duarte Soares

Diagramação: Luciano Costa

Revisão: Autor

Copiar é crime. Lei do Direito Autoral n.9.610, de 19 de fevereiro de 1998.

Cadernos Esmape [recurso contínuo online] / Escola Judicial de Pernambuco (Esmape), a. 1, n. 1, 2025 – Recife: Esmape, 2025 - .

ISSN: 3085-8658

Série Teses e Dissertações, n. 25 – Reprodução Humana Assistida: Conflitos éticos e legais. Legislar é necessário, autoria de *Silvio Romero Beltrão*
162 p.

1. Responsabilidade Socio Ambiental. 2. Eficiência Judicial. 3. Tribunal de Justiça de Pernambuco. 4. Agenda 2030. I. Título

Elaboração: Biblioteca Jarbas Maranhão / Esmape

CDU 340.5

Correspondência:

Escola Judicial de Pernambuco (Esmape)

Rua Des. Otílio Neiva Coelho, s/n – Bairro Ilha Joana Bezerra

Recife – PE - CEP 50080-900

Sítio eletrônico: <https://portal.tjpe.jus.br/web/escolajudicial>

E-mail: cadernos.esmape@tjpe.jus.br



Biênio 2024-2026

***Desembargador* Ricardo de Oliveira Paes Barreto**
Presidente

***Desembargador* Fausto de Castro Campos**
1. Vice-Presidente

***Desembargador* Francisco Eduardo Gonçalves Sertório Canto**
2. Vice-Presidente

***Desembargador* Francisco José dos Anjos Bandeira de Mello**
Corregedor-Geral da Justiça



Biênio 2024-2026

Desembargador Jorge Américo Pereira de Lira
Diretor-Geral

Desembargadora Daisy Maria de Andrade Costa Pereira
Vice-Diretora Geral

Juiz de Direito Sílvia Romero Beltrão
Supervisor

Juíza de Direito Fernanda Pessoa Chuahy de Paula
Coordenadora da Diretoria de Formação e Aperfeiçoamento de Servidores (DFAS)

Juiz de Direito Edmilson Cruz Júnior
Coordenador da Diretoria de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (DFAM)

Juiz de Direito José Faustino Macêdo de Souza Ferreira
Coordenador do Instituto de Desenvolvimento de Inovações Aplicadas
ao Tribunal de Justiça de Pernambuco (Ideias Esmape/TJPE)

Juiz de Direito Haroldo Carneiro Leão
Coordenador dos Cursos de Informatização Jurídica



APRESENTAÇÃO DO AUTOR

A presente obra tem origem na Tese de Doutorado defendida em 2010 perante a Universidade Federal de Pernambuco, cujo objeto central é o estudo jurídico da Reprodução Humana Assistida sob a ótica do Direito Civil-Constitucional. Passados mais de quinze anos da sua defesa, constata-se que a pesquisa se mantém atual, necessária e, sobretudo, provocadora de debates ainda não resolvidos em nosso ordenamento jurídico.

À época, o estudo partia da constatação de que novos elementos estavam a compor a noção de família, em consonância com o desenho constitucional de um modelo jurídico plural, igualitário e aberto. Nesse contexto, a afetividade despontava como fundamento da família-cidadã, deslocando a análise da instituição familiar para além do casamento, em direção a um regime pautado pela dignidade da pessoa humana.

É nesse cenário que se insere a Reprodução Humana Assistida, fruto dos avanços científicos e tecnológicos que remodelam a composição familiar e impõem ao Direito novos desafios. O trabalho então apresentou a inquietante pergunta: **há um direito à reprodução medicamente assistida? Trata-se de um direito fundamental, de um direito da personalidade ou de mera faculdade individual?**

Apesar da relevância dessas indagações, o tema continua, até hoje, sem regulamentação legislativa específica no Brasil. O campo permanece restrito a resoluções administrativas, notadamente as do Conselho Federal de Medicina, que não alcançam os aspectos jurídicos centrais, tais como:

- a determinação da filiação;
- a maternidade de substituição;
- a inseminação post-mortem;
- os direitos do embrião;
- a colisão entre o direito ao anonimato do doador e o

direito à identidade pessoal.

Esse vazio normativo confirma a advertência de Jean Carbonnier: *“legiférer, c’est consacrer”*. A ausência de lei não apenas dificulta a solução dos conflitos, como transfere ao intérprete a árdua tarefa de criar parâmetros para situações cada vez mais frequentes na vida social.

O livro, portanto, reafirma sua pertinência ao tempo presente: mais de uma década depois, as mesmas perguntas permanecem em aberto, os mesmos dilemas éticos e jurídicos continuam desafiando doutrina e jurisprudência, e a necessidade de uma legislação específica se mostra ainda mais urgente.

Assim, este estudo não é apenas um registro acadêmico de 2010, mas um convite renovado à reflexão crítica e à construção de respostas normativas que assegurem a efetividade dos direitos fundamentais na era da biotecnologia e da pluralidade familiar.

Silvio Romero Beltrão

*Tese apresentada, em 2010, ao
Programa de Pós-Graduação em
Direito do Centro de Ciências Jurídicas
da Faculdade de Direito do Recife da
Universidade Federal de Pernambuco
como requisito parcial para obtenção
do título de Doutor em Direito*

*Área de Concentração: Direito Privado.
Linha de Pesquisa:
Neoconstitucionalismo
Orientadora: Dra. Fabíola Santos
Albuquerque.*

À minha mãe, Sonia Cahu Beltrão, médica ginecologista.

À Veruska Schettini, minha companheira.

RESUMO

A partir do estudo da reprodução humana assistida através de meios não naturais que, o presente trabalho busca encontrar respostas para as diversas questões que podem surgir, envolvendo desde a discussão do direito de ser mãe até a tutela dos direitos fundamentais que envolvem o novo ser concebido. O objeto de investigação da presente pesquisa é estudar os diversos aspectos jurídicos da reprodução humana assistida, diante do Direito Civil Constitucional e principalmente os conflitos que podem surgir em face dos direitos fundamentais. O estudo dos aspectos jurídicos da reprodução humana medicamente assistida tem por fim a análise do direito à saúde, da dignidade do nascido, do direito de fundar uma família, do direito ao anonimato do doador, do direito a reprodução assistida de mulher solteira, das relações jurídicas da maternidade de substituição, da inseminação post-mortem, da determinação da paternidade, do procedimento legal para reprodução assistida.

Palavras-chaves: Reprodução humana assistida; direito à saúde; direito ao anonimato do doador; direito a reprodução assistida da mulher solteira; maternidade de substituição; inseminação post-mortem; determinação da paternidade; filiação; inseminação.

ABSTRACT

From the study of human reproduction, assisted by unnatural means that this work seeks to find answers to various questions that may arise, ranging from discussion of the right to be mother to the protection of fundamental rights involving the new human being designed . The research object of this research is to study the various legal aspects of assisted human reproduction, in the Constitutional Law and Civil Law especially the conflicts that may arise in the face of fundamental rights. The study of legal aspects of medically assisted human reproduction is aimed at analyzing the right to health, dignity of the unborn, the right to found a family, the right to donor anonymity, the right to assisted reproduction for single women, relationships law of surrogate mother, insemination post-mortem determination of paternity, the legal procedure for assisted reproduction.

Keywords: Assisted human reproduction; right to health; right to donor anonymity; the right to assisted reproduction of single women; surrogate mother; insemination post-mortem; determination of paternity; filiation and insemination.

SUMÁRIO

1 - Introdução	19
2 - O Desejo de Ter Filhos	23
3 - Técnicas de Reprodução Humana Assistida	31
a) Infertilidade	31
b) Das Diversas Técnicas de Reprodução Humana Assistida	35
4 - O Direito à Reprodução Humana Assistida	39
a) O Direito Fundamental à Saúde	40
b) O Direito Fundamental ao Planejamento Familiar	44
c) O Direito da Personalidade à Autodeterminação em face da Reprodução Humana Assistida	48
d) Reprodução Humana Assistida e o Código Civil Brasileiro	52
5 - Limites ao Direito à Reprodução Humana Assistida	56
a) Das Diversas Situações de Conflito	57
6 - Condições Pessoais para a Aplicação das Técnicas de Reprodução Humana Assistida	63
a) Capacidade	65
b) Aspectos Pessoais Para Ser Beneficiária	69
7 - Tutela Jurídica do Embrião	87
a) O Início da Vida	90
b) O Destino dos Embriões Excedentes	95
c) Congelamento de embriões	99
d) Diagnóstico Pré-Implantação	101
8 - Reprodução Humana Assistida e Filiação	105
a) A Filiação nos Casos de Reprodução Humana Assistida	105
b) A Filiação nos Casos de Maternidade de Substituição	110
9 - O Conflito entre o Direito ao Anonimato do Doador e o Direito à Identidade Pessoal	117
10 - Maternidade de Substituição	127
11 - Inseminação Artificial “ <i>Post Mortem</i> ”	137
12 - Conclusão	145
13 - Referências	154

1 INTRODUÇÃO¹

Novos elementos são encontrados na atualidade para compor a noção de família, transcendendo os limites fixados na Constituição Federal.

Nasce uma diversa arquitetura jurídica com a nova Constituição Brasileira e leis posteriores, à luz das provocações e das perspectivas da família sem casamento e de um regime jurídico familiar aberto e fraterno, igualitário e plural, sob o preceito de igualdade ética e jurídica entre homem e mulher.²

Segundo Edson Fachin,³ com o surgimento do desenho do afeto no plano dos fatos, a família se inscreve numa trajetória de direitos subjetivos, dando uma maior liberdade à pessoa no terreno da cidadania.

O afeto ganha destaque na doutrina e na jurisprudência como forma de constituição da família-cidadã.⁴

As regras para a definição de família vêm de aspectos fundados nas relações passadas em contraposição às complexidades e contradições existentes no presente, assim o novo modelo determinará o estudo da família a partir da

¹ Esse trabalho foi concluído no ano de 2010, sendo publicado sem alterações, com base na legislação em vigor a época. Naquele ano estava em vigor a Resolução 1358/92 do CFM e atualmente, encontra-se em vigor a Resolução 2.013/2013 do CFM, a qual revogou a Resolução 1.957/10.

² Fachin, Luiz Edson. O impacto das mudanças sociais no direito de família. Separata. Coimbra Editora: Coimbra, 2000, (Apresentação de Trabalho/Conferência ou palestra). p. 20

³ Fachin, Luiz Edson. Direito de Família. 2ª. Ed. Renovar: Rio de Janeiro, 2003. p. 6.

⁴ RELAÇÃO HOMOSSEXUAL – UNIÃO ESTÁVEL – PARTILHA DE BENS – Mantém-se o reconhecimento proferido na sentença da união estável entre as partes, homossexuais, se extrai da prova contida nos autos, forma cristalina, que entre as litigantes existiu por quase dez anos forte relação de afeto com sentimentos e envolvimento emocionais, numa convivência more uxória, pública e notória, com comunhão de vida e mútua assistência econômica, sendo a partilha dos bens mera consequência. Exclui-se da partilha, contudo, os valores provenientes do FGTS da ré utilizados para a compra do imóvel, vez que "frutos civis", e, portanto, comunicáveis. Precedentes. Preliminar de não-conhecimento do apelo rejeitada. Apelação parcialmente provida, por maioria. (Segredo de justiça). (TJRS – APC 70007243140 – 8ª C.Cív. – Rel. Des. José Ataídes Siqueira Trindade – J. 06.11.2003)

análise da afetividade e da fundamentação histórica de família como os elementos principais para o estudo das novas relações familiares.⁵

Nesse contexto se insere a reprodução humana assistida, através de inovações de ordem científica, que vem influenciando a composição da nova família e a realização do projeto familiar.

Acrescenta-se um novo tempero na doutrina do direito de família, com a possibilidade de nascimento de filhos havidos com o uso de técnicas de reprodução humana assistida.

A reprodução humana assistida compreende toda manipulação dos elementos reprodutores humanos (células germinais, gametas, zigotos, embriões) encaminhada à procriação por meio não naturais.⁶

No processo de reprodução sexual é doado por cada indivíduo uma parte do seu material genético, para dar origem a novos indivíduos que diferem geneticamente, entre si, dos seus progenitores.

O ciclo vital do ser humano tem o seu início com uma célula única, chamada de zigoto, formada através da fecundação dos gametas masculinos e femininos. É nesse momento, que surge uma nova realidade de vida, distinta e com características próprias determinadas por uma autonomia genética.⁷

Por sua vez, para que uma vida humana possa ser considerada individualizada, do ponto de vista científico, com unicidade e unidade, que faz distinguir uma pessoa da outra, há ainda a necessidade da nidificação, com o desenvolvimento do embrião no ventre materno, pois, antes a vida humana não estaria definitivamente estabelecida segundo numerosas evidências.⁸

Contudo ainda assim, não é possível prevê e fixar o momento exato em que se dá o início da nova vida.

Nesse sentido, a partir do estudo da reprodução humana assistida através de meios não naturais que, o presente trabalho busca encontrar respostas para as diversas questões que podem surgir, envolvendo desde a

⁵ Pereira, Tânia da Silva. Famílias Possíveis: Novos paradigmas na convivência familiar. Del Rey: Belo Horizonte, 2004, p. 648.

⁶ Albornoz, Eduardo Osuna Carrillo, Técnicas de reproducción humana asistida. Comentarios a la Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Pamplona: Aranzadi, 2007, p. 32.

⁷ Idem, p. 32.

⁸ Não é pacífico na doutrina e na ciência o momento do surgimento da vida.

discussão do direito de ser mãe até a tutela dos direitos fundamentais que envolvem o novo ser concebido.

Assim, poderíamos perguntar se há um direito à reprodução medicamente assistida? Se este direito é um direito fundamental, ou até mesmo se é um direito da personalidade? Ou se toda mulher tem o direito de ser mãe?

Desta forma, o objeto de investigação da presente pesquisa é estudar os diversos aspectos jurídicos da reprodução humana assistida, diante do Direito Civil Constitucional e principalmente os conflitos que podem surgir em face dos direitos fundamentais.

O estudo dos aspectos jurídicos da reprodução humana medicamente assistida tem por fim a análise do direito à saúde, da dignidade do nascido, do direito de fundar uma família, do direito ao anonimato do doador, do direito a reprodução assistida de mulher solteira, das relações jurídicas da maternidade de substituição, da inseminação post-mortem, da determinação da paternidade, do procedimento legal para reprodução assistida.

Há uma evidente necessidade de discussões e fixações de normas que regulem a reprodução humana assistida, hoje limitada à resolução do Conselho Federal de Medicina, mas que não analisam os principais efeitos jurídicos do procedimento médico reprodutivo.

A reprodução humana assistida é uma lacuna em nosso ordenamento jurídico, que não se encontra capaz de resolver os vários problemas que tais técnicas podem suscitar.⁹

Segundo a máxima de Jean Carbonier de que *Legiférer c'est consacrer*¹⁰, a lei impõe, só por existir, efeitos simbólicos que impedem a interpretação das questões relativas à reprodução humana assistida pelo arbítrio de cada pessoa.

Assim, diante da falta de legislação a respeito dos efeitos jurídicos da reprodução humana assistida, cabe ao aplicador do direito o exercício da interpretação de modo a cumprir a sua obrigação de julgar.¹¹

Nesse mesmo sentido, tem a doutrina a missão de realizar a crítica ao estudo dos aspectos jurídicos da reprodução humana assistida, apontando as

⁹ Duarte, Tiago. *In Vitro Veritas?* Coimbra: Ed. Almedina, 2003, p. 24.

¹⁰ “a legislação é o foco” Raposo, Mario. *Procriação Assistida – Aspectos Éticos e Jurídicos. Direito a Saúde e Bioética*. Lisboa: Lex, 1991, p.93; Duarte, op. cit. p. 24.

¹¹ Duarte, op. cit. p. 28

atuais coordenadas dispostas pelo direito e demonstrando a solução para os conflitos de interesses.

O presente estudo se orientou por uma metodologia de aplicação do direito, tendo em vista a definição teórico-científica do Direito à reprodução humana assistida e a possibilidade efetiva da aplicação dos seus pressupostos nas questões jurídicas, de modo a obter soluções para os casos práticos que surgem na sociedade.

Todavia, devo enfatizar que o estudo do Direito à reprodução humana assistida é delimitado ao âmbito do Direito Civil Constitucional, determinando o encadeamento das questões práticas e as correspondentes respostas jurídicas normativas, fazendo com que o trabalho tenha utilidade nas soluções dos conflitos de interesses.

Daí que, o presente estudo da reprodução humana assistida é voltado à definição de sua categoria, como direito fundamental ou como direito subjetivo da pessoa, os seus limites, as condições pessoais para a aplicação das técnicas, dando especial relevo a legitimidade ou não da mulher solteira para ser beneficiária, assim como a defesa dos interesses do embrião, para em uma segunda etapa serem analisadas as questões decorrentes da determinação da filiação, envolvendo o conflito de interesses entre o direito ao anonimato do doador e o direito à identificação pessoal, e a legalidade ou não da maternidade de substituição, bem como da inseminação artificial “post mortem”, em face do atual Direito Civil Constitucional.

O estudo metodológico se utiliza, ainda, do recurso do direito comparado, haja vista o avançado estudo do direito à reprodução humana assistida em diversos países, tais como Espanha e Portugal, os quais já possuem legislação própria desde o ano de 2006.

Assim, o presente estudo busca resolver um problema que já é realidade em nossa sociedade, inspirado na busca de respostas que possam aprofundar a prática e contribuir para o avanço do conhecimento.

2 O DESEJO DE TER FILHOS

O casamento até bem pouco tempo atrás era o único fundamento legítimo da família¹², contudo hoje principalmente, a partir da interpretação aberta da Constituição Federal, vários podem ser os sentidos e os fundamentos dados à família diante da tentativa de chegar a sua definição.

Caio Mario da Silva Pereira expressa bem essa idéia ao destacar a plurivalência semântica que é própria no vocabulário jurídico e que não foge ao se tentar conceituar a família.¹³

A família, a princípio, destacava-se pelo conteúdo biológico, como o conjunto de pessoas que descendem de um tronco ancestral comum, incluindo-se nesse conceito aquelas pessoas ligadas pelo casamento, tais como, o cônjuge, os filhos do cônjuge, os cônjuges dos filhos.¹⁴

Segundo Messineo, o casamento como relacionamento ou vínculo, uma vez constituído, era o núcleo elementar e o fundamento da família, mesmo que dele viesse a nascer ou não um filho.¹⁵

Nessa mesma linha, Mazeud y Mazeud definiam a família como a coletividade formada por pessoas, que em face dos seus vínculos de parentesco ou de sua qualidade de cônjuge, estariam submetidas à mesma autoridade: a da cabeça da família. Em outras palavras, usando uma expressão mais precisa, a família compreendia não mais que o marido, a mulher e os filhos sujeitos a sua autoridade.¹⁶

Na presença de um conceito de família baseado no parentesco e no casamento, houve a necessidade de limitação da extensão dessa família, com o objetivo de lhe atribuir efeitos jurídicos, considerando-a para

¹² Pereira, Lafayette Rodrigues. *Direito de Família*. Campinas: Russel Editores, 2003, p. 35.

¹³ Pereira, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.23.

¹⁴ Idem.

¹⁵ Messineo, Francesco. *Manuale di Diritto Civile e Commerciale*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1950, p.31.

¹⁶ Mazeud, Henri y Leon; Mazeud, Jean. *Lecciones de Derecho Civil*, Traducción Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1959, p. 1.

fins de direitos a alimentos, direitos sucessórios, direitos previdenciários e fiscais, entre outros.

Mas, apesar do reconhecimento exclusivo da família oriunda do casamento, não desconheciam os autores a existência da família natural, fruto de um relacionamento baseado na afetividade, apesar de não lhe atribuírem efeitos jurídicos.¹⁷

Com a Constituição Federal de 1988, foi ampliado o conceito de família reconhecendo como entidade familiar, para além do casamento, o complexo de duas ou mais pessoas formadas pelos pais e seus descendentes, bem assim pelo complexo derivado da união afetiva entre homem e mulher, não advinda do casamento denominada de união estável.

A ideia de família evolui em sua constituição, utilizando fundamentos independentes dos pressupostos de parentesco, de consangüinidade e do senso de família natural, onde segundo Rodrigo da Cunha Pereira, a citar Jacques Lacan, a família passou a ter um sentido cultural:

Jacques Lacan, em 1938, escrevendo para o tomo VIII da *Encyclopédie Française*, em seu texto *A Família* (publicado no Brasil com o nome *complexos familiares*), vem exatamente marcar a diferença, mostrando que a família não é um grupo natural, mas cultural. Ela não se constitui apenas por homem, mulher e filhos. Ela é antes uma estruturação psíquica, onde cada um de seus membros ocupa um lugar, uma função. Lugar do pai, lugar da mãe, lugar dos filhos, sem, entretanto, estarem necessariamente ligados biologicamente. Tanto é assim, uma questão de lugar, que um indivíduo pode ocupar o lugar de pai sem que seja o pai biológico. Exatamente por ser uma questão de lugar e de função, que é possível no Direito, que se faça e que exista o instituto da adoção. Da mesma forma, o pai ou a mãe biológica podem ter dificuldade, ou até mesmo não ocupar o lugar, de pai ou de mãe, tão necessários (essenciais) a nossa

¹⁷ *“I rapporti fra coniugi e i rapporti fra genitori e figli (più in generale, fra parenti) sono regolati dall'affetto, dal senso dall'onore, dall'impulso altruistico (spirito di sacrificio, senso del dovere, disinteresse patrimoniale etc.) e da spirito di solidarietà, prima Che dall'ordinamento giuridico) Messineo, op. cit. P. 28.*

estruturação psíquica e formação como seres humanos.¹⁸

A família passou a ser construída a partir de elementos não exclusivamente jurídicos, mas de elementos sociais, onde Maria Berenice Dias destaca as Famílias Plurais, com o surgimento de novos modelos de família.

Agora o que identifica a família não é nem a celebração do casamento nem a diferença de sexo do par ou o envolvimento de caráter sexual. O elemento distintivo da família, que a coloca sob o manto da juridicidade, é a presença de um vínculo afetivo a unir as pessoas com identidade de projetos de vida e propósitos comuns, gerando comprometimento mútuo. Cada vez mais, a idéia de família se afasta da estrutura do casamento. A família de hoje já não se condiciona aos paradigmas originários, quais sejam, casamento, sexo e procriação.¹⁹

Mas, diante da nova concepção de família, destaca-se ainda o estudo das finalidades da família, que em termos doutrinários era matéria estudada no capítulo referente às características do casamento.

Caio Mario destaca que as finalidades das relações familiares, principalmente a do casamento, seguindo a concepção canônica, distribuem-se em dois blocos: o da procriação e educação dos filhos no primeiro bloco, e o da mútua assistência e satisfação sexual, no segundo bloco.²⁰

Tradicionalmente, a finalidade natural do casamento e da constituição de uma família é a procriação de filhos, com o objetivo de perpetuar a espécie, por seus descendentes, contudo, não é possível afirmar que para a constituição de uma família seja necessária a possibilidade de ter

¹⁸ Cunha pereira, Rodrigo da. Afeto, ética, família e o novo Código Civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.13

¹⁹ Dias, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 39.

²⁰ Pereira, op.cit. p. 77.

filhos, pois é natural a união de pessoas que não querem ou não podem ter filhos.

Em posição contrária, Eduardo de Oliveira Leite descarta das finalidades da família a procriação, declarando que hoje o amor e o companheirismo são as finalidades fundamentais determinantes de uma comunhão de vida.²¹

Coincide em parte com a idéia de Caio Mario, de que a mútua assistência e a satisfação sexual são finalidades do casamento, aparecendo em um segundo bloco, diante da comunhão de vida e de interesses, bem como diante da satisfação do amor recíproco.²²

Em destaque, Eduardo de Oliveira Leite, expõe:

A procriação e a educação da prole, bem como o remédio à concupiscência, (constantes na Encíclica Casti Connubii) deixaram de ser fins do casamento. Logo:

Intenção de viverem juntos: que os romanos chamavam, acertadamente, *affectio maritalis*, é o elemento decisivo na indissolubilidade do vínculo;

O amor: que independe da mera atração sexual e encontra sua manifestação mais veemente na afeição, solidariedade, cumplicidade, atração mútua e afinidades pessoais;

O companheirismo: calcado num projeto comum, capaz de atender e satisfazer ideais e interesses comuns.²³

Contudo, apesar da procriação não ser mais considerada em regra, como umas das finalidades da união familiar, destaco que em grande parte dos relacionamentos amorosos, a finalidade de ter filhos e educá-los é um dos desejos do casal.

É certo que, na união de pessoas idosas, ou até mesmo na união entre pessoas que não querem ter filhos, o fundamento principal para a vida em comum é o amor e o companheirismo, mas de certo modo não é possível descartar a finalidade de procriação como uma das finalidades da

²¹ Leite, Eduardo de Oliveira. *Direito Civil Aplicado. Direito de Família*. São Paulo: RT, 2005, p. 51.

²² Pereira, *op.cit.* p. 77.

²³ Leite, *idem*, p. 51.

constituição da família, apesar de não podermos apresentá-la como uma regra geral.

Tradicionalmente, a finalidade natural do casamento é a procriação de filhos, perpetuando a espécie. Natural, mas não essencial, pois não são raros os casais sem filhos, como as uniões de pessoas que pela idade ou estado de saúde não têm condições de os ter.²⁴

Dessa forma é que se apresenta a figura da reprodução humana assistida, diante da intenção de ter filhos, erigida como finalidade da união entre duas pessoas, mas que diante de problemas de saúde não têm condições de os ter por meios naturais.

A reprodução humana assistida evoluiu juntamente com o conceito de família, onde não foram poucas as discussões geradas a partir do primeiro bebê de proveta, desde o nascimento de Louise Brown, em 1978, na Inglaterra.

Mas antes da concepção do primeiro bebê de proveta, o mundo já experimentava diversas técnicas com o objetivo principal da procriação.

Segundo João Álvaro Dias, em 1911, um autor como Rohleder assinalava na literatura médica mundial 65 tentativas de inseminação artificial com apenas 21 resultados positivos, enquanto que no ano de 1924, em 138 casos registrava-se um percentual de 38% de êxitos, quando em 1934, num total de 157 casos foram assinalados 57 bem sucedidos.²⁵

Afirma ainda Álvaro Dias que, a partir dos anos 40 registra-se o início do período mais complexo da experimentação e realizações práticas dos médicos e biólogos no campo da genética e da reprodução. É na década de 40 que surge nos Estados Unidos os primeiros Bancos de Semém.²⁶

É sobretudo a partir de 1943-45 que se afirma decisivamente a inseminação artificial, concitando a pouco e pouco o beneplácito das sociedades médicas, sendo massivamente aplicado às mulheres dos soldados americanos combatentes no Pacífico, ao mesmo tempo

²⁴ Pereira, op. cit. p. 78.

²⁵ Dias, João Álvaro. *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*. Coimbra: Coimbra Editora. 1996.p.21.

²⁶ Idem.

que despertava o interesse da Igreja e motivava as preocupações de diferentes países.^{27 28}

Nos anos 50, continua Álvaro Dias, foram aperfeiçoadas as técnicas de congelamento de esperma, através de Polge e Rowson, enquanto por sua vez, os cientistas anglo-saxónicos se ocupavam do problema do transplante de ovos fecundados, fazendo experiências em gado vacum.²⁹

No ano de 1969, pela primeira vez os cientistas Beckwith, Shapiro e Eron conseguiram isolar um gene e torná-lo visível ao microscópio. Em 1970, o prêmio Nobel hindu Har Gabind Khorona conseguiu sintetizar um gene composto por 77 nucleótidos, gene que não era, todavia, funcional. Contudo, três anos mais tarde, o mesmo conseguiu sintetizar um gene de 126 nucleótidos que introduziu em uma bactéria, mostrando-se funcional e que se duplicou dentro da mesma bactéria.³⁰

Então, com o nascimento de Louise Brown, gerada através de técnicas de fecundação “in vitro”, não restou nenhuma dúvida sobre a possibilidade de transplante do embrião humano, depois de se obter através de um laboratório, a fecundação dos gametas masculinos e femininos.³¹

Essa busca pelo aperfeiçoamento das técnicas de reprodução assistida gerou na comunidade internacional uma enorme preocupação que culminou com o relatório sobre inseminação artificial humana, aprovado em 18 de setembro de 1981 pela Comissão Parlamentar do Conselho da Europa.

O relatório é composto por um projecto de recomendações e por uma exposição de motivos, cujo interesse justificaria porventura a sua integral transcrição, onde cumpre assinalar a afirmação solene

²⁷ Idem.

²⁸ Destaca-se em nota de João Álvaro Dias, que o esperma dos soldados americanos era levado para os Estados Unidos de avião, e sendo realizadas as inseminações artificiais, foi obtido um número considerável de gravidez, estimando-se em cerca de 20.000 nascimentos frutos de inseminação artificial. Destaca ainda, que o Supremo Tribunal do Estado de Nova Iorque declarou que todos os filhos eram legítimos, por decisão do Juiz H. Geemberg. Idem.

²⁹ Idem. p. 22

³⁰ Idem. p. 23

³¹ Idem. p. 24.

de que o modo normal da procriação humana é o da união física do homem e da mulher, de preferência no seio da unidade familiar, pelo que se considera, em conformidade, a inseminação medicamente assistida como uma solução excepcional, apenas tolerada para obviar às graves e insuperáveis conseqüências da esterilidade e às dificuldades impostas pelas diversas legislações em matérias de adoção.³²

Sendo a procriação umas das finalidades da união familiar, apesar de não ser regra geral como já dito antes, é possível encontrar através de dados estatísticos um índice, onde em cada cinco casais, ao menos, um apresenta dificuldades em ter filhos.³³

A infertilidade, tanto masculina quanto feminina, afeta um significado número de casais, contudo, hoje encontra soluções em face das descobertas e avanços científicos no âmbito da procriação medicamente assistida.³⁴

Se por um lado, os avanços no âmbito da contracepção fizeram com que se tenham apenas os filhos que se querem, por outro, as técnicas de procriação medicamente assistida, permitiram realizar o desejo de ter filhos de quem não tem capacidade para se reproduzir. É corrente afirmar-se que nada há de mais ‘inatural’ do que a falta de filhos num casamento. Daí a tentativa, tantas vezes desesperada, de os casais os obterem através dos recursos médicos e científicos disponíveis.³⁵

Assim, todo o estudo desenvolvido no campo da reprodução assistida busca superar o problema da infertilidade que atinge diversos casais, visando a possibilidade de procriação, eleita como umas das finalidades da união familiar. Nesse sentido, o estudo da reprodução

³² Idem. p. 29.

³³ Abdelmassih, Roger. *Avanços na Reprodução Humana Assistida*. São Paulo: Atheneu, 2007, p.3.

³⁴ Guimarães, Ana Paula. *Alguns Problemas Jurídico-Criminais da Procriação Medicamente Assistida*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999. p. 12.

³⁵ Idem.

assistida no presente trabalho irá se concentrar nas técnicas de reprodução assistida e suas repercussões jurídicas no direito da pessoa, desde a sua definição como direito da personalidade até seus efeitos de ordem sucessória.

Diante do desejo de ter filho e da impossibilidade da sua obtenção por meios naturais, busca-se no próximo capítulo esclarecer quanto às diversas técnicas de reprodução humana assistida.

3 TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

a) Infertilidade

Uma das ciências que mais se desenvolveu nos últimos 30 anos, desde o nascimento de Louise Brown, em 1978, foi a Medicina Reprodutiva, à qual diante dos avanços científicos, provocou enorme repercussão social, possibilitando a geração de filhos em relação àquelas pessoas que possuem dificuldades para conceber.

A frustração em não poder gerar um filho, sendo um dos objetivos comuns na vida dos casais *“torna-se uma doença da alma”*.³⁶

A infertilidade, segundo Roger Abdelmassih, *“é a incapacidade de concepção após um ano e meio de tentativa sem uso de método anticoncepcional em ritmo sexual adequado.”*^{37 38}

A função alterada na infertilidade é a reprodução. O objetivo da reprodução humana é a fecundação – união dos gametas masculino(espermatozóides) e feminino(oócitos) dentro da tuba uterina. Esse evento origina um embrião que irá se implantar e se diferenciar em um novo indivíduo dentro da cavidade uterina. Nesse contexto, o objetivo é que a mulher dê à luz um bebê saudável e a termo.³⁹

É interessante, de logo, destacar que a esterilidade é o termo utilizado para a incapacidade absoluta de procriar, onde a ideia de infertilidade divide-se em: infertilidade primária, se nunca ocorreu a gestação; e infertilidade secundária se já ocorreu gestação, mesmo que sucedida de aborto.⁴⁰

³⁶ Abdelmassih. Op.cit. p.3.

³⁷ Idem.

³⁸ Esta definição, segundo Abdelmassih, é aceita pela maioria dos médicos especialistas em reprodução assistida nos Estados Unidos.

³⁹ Idem.

⁴⁰ Ana Paula Guimaraes, esclarece em seu livro Alguns Problemas Jurídicos Criminais da Procriação Medicamente assistida que: “temos utilizado indistintamente os termos infertilidade e esterilidade. Contudo, na bibliografia da especialidade nem sempre o significado dos termos infertilidade e esterilidade é coincidente. Na verdade, José Antonio Usandizaga, catedrático de obstetrícia e ginecologia, define esterilidade como incapacidade para conceber e infertilidade como incapacidade de uma mulher, para conseguir, após ficar grávida, que a gestação termine com o nascimento de um filho

A infertilidade não é a impossibilidade irreversível de ter filhos, mas sim uma dificuldade em conceber.

Os casais considerados normais do ponto de vista reprodutivo são capazes de conceber com uma taxa que varia de 10% a 35% de chance ao mês. Estudos populacionais mostram que ao final de dois anos de tentativa para engravidar, 95% dos casais terão alcançado seu objetivo. Desse modo, uma outra forma de definir a infertilidade é como a dificuldade em conceber passados dois anos de tentativa, sem utilização de métodos contraceptivos, com número adequado de relações sexuais (pelo menos três relações mensais) no período fértil da mulher. Esse termo é mais aceito pelos especialistas em RA originários da Europa.⁴¹

Nota-se pela definição de infertilidade que a frequência a que o casal pratica relações sexuais, durante o período de ovulação, é determinante para que o mesmo, ou alguém seja considerado infértil. Além disso, deve-se levar em consideração a idade da mulher, pois, quanto mais velha maior será a dificuldade em conceber, devido a qualidade dos oócitos.

A definição de que um casal é infértil não exclui a possibilidade deste mesmo casal de ter filhos através de métodos não naturais.

O processo de reprodução sexual dos indivíduos surge com a doação, por cada um dos integrantes do casal, de seu material genético para dar origem a um novo indivíduo com uma genética diferente dos seus genitores. A concepção e o desenvolvimento de um novo indivíduo implica em uma complexa série de processos, que compreendem tanto à formação dos gametas masculinos e femininos, quanto a sua interação durante a fecundação e a ativação do processo embrionário. A fecundação é o processo através do qual interagem, unem-se e ativam-se mutuamente os gametas masculinos e femininos.⁴²

viável. Refere, contudo, que especialmente na bibliografia inglesa, esterilidade e infertilidade são considerados muitas vezes sinônimos (Los problemas de La esterilidad conyugal humana y su solución, Madrid: Edición de Marino Barbero Santos, 1989, p. 64).” Guimarães, op.cit. p. 20.

⁴¹ Abdelmassih. op. cit. p. 4

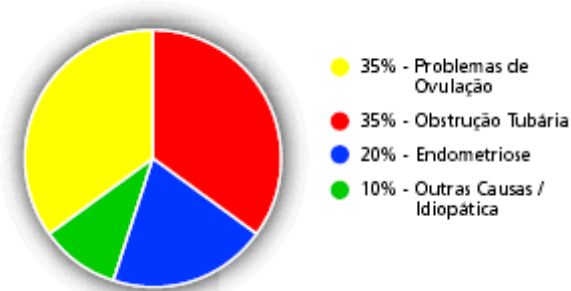
⁴² Albornoz, op. cit. p. 31.

A infertilidade, tanto masculina quanto feminina, pode ter vários motivos, e nesse sentido, é necessária uma análise médica para definir qual o melhor tratamento a ser realizado, bem como qual a técnica de reprodução humana assistida poderá produzir melhores resultados.

No site do Dr. Roger Adedelmassih, é possível verificar as causas mais frequentes de infertilidade, através de um gráfico específico:

Infertilidade Feminina ⁴³

Causas da Infertilidade Feminina



Causas de Infertilidade Feminina

- 1. Distúrbios hormonais que impeçam ou dificultem o crescimento e a liberação do óvulo.
- 2. Problemas nas trompas ou tubas uterinas provocados por infecções, cirurgias, ou
- 3. Endometriose. ⁴⁴
- 4. Ligadura das trompas.
- 5. Muco cervical que impede a passagem dos espermatozóides

⁴³ <http://www.infertilidadefeminina.com.br/>

⁴⁴ A endometriose é o crescimento de células que revestem internamente o útero (células endometriais, que descamam durante a menstruação) em outras locais do organismo. Nessa doença, células endometriais se ligam a outras regiões do organismo e formam os chamados implantes endometriais. É mais comum nos ovários, tubas uterinas e na superfície externa do útero e intestinos, bem como no tecido de revestimento da cavidade pélvica. Também pode ser encontrada no fígado, vagina, cicatrizes cirúrgicas e até mesmo nos pulmões ou cérebro. http://www.lincx.com.br/lincx/saude_a_z/

Infertilidade Masculina ⁴⁵

Causas de Infertilidade



- **30% - Fatores Femininos:**
Problema Ovulatório; Fator tubo-perit Endometriose; Problema uterino; Del fase lútea; Problema do muco.
- **30% - Fatores Masculinos:**
Ausência total ou parcial de esperma
Alteração na motilidade; Forma; Anti anti-espermáticos; Varicocele.
- **30% - Fatores Feminino e Masculino**
- **10% - Idiopático**
Infertilidade sem causa aparente.

Causas de Infertilidade Masculina

- 1. Diminuição do número de espermatozóides.
- 2. Pouca mobilidade dos espermatozóides.
- 3. Espermatozóides anormais.
- 4. Ausência da produção de espermatozóides.
- 5. Vasectomia.
- 6. Dificuldades na relação sexual.

É bastante extensa a relação dos fatores que podem causar a infertilidade, fatores esses que podem ser de origem masculina, feminina ou de ambos os sexos. Contudo, há um aparente aumento no diagnóstico da infertilidade nos últimos 20 anos, que tem dentre as suas causas, a postergação do casal em ter filhos, dando-se preferência à realização profissional e depois à realização familiar, alterando com o tempo, a qualidade do material a ser doado pelo casal.⁴⁶

Em face dos problemas de infertilidade, há uma enorme procura por assistência médica com a intenção de possibilitar a gestação, onde diversos tratamentos convencionais podem ser aconselhados para aquelas causas menos severas de infertilidade, onde uma orientação médica e até mesmo a prescrição de hormônios podem ser suficientes para gerar a gravidez.

⁴⁵ <http://www.masculinainfertilidade.com.br/>

⁴⁶ Abdelmassih, op. cit. p. 5

Diante do insucesso do tratamento convencional, é indicada a reprodução humana assistida, que tem como objeto solucionar as causas mais severas de infertilidade.

Podemos afirmar que mais de 50% dos casais que procuram assistência médica para tratar a infertilidade vão acabar utilizando algum tipo de técnica de reprodução assistida, como a inseminação intra-uterina de espermatozóides(IIU), fertilização in vitro convencional(FIV) ou injeção intracitoplasmática de espermatozóides (ICSI), para aliviar a dificuldade em conceber.⁴⁷

b) Das Diversas Técnicas de Reprodução Humana Assistida.

Atualmente, há uma lista de técnicas de reprodução sexual assistida reconhecida no meio científico e clínico, as quais não podem ser consideradas absolutas, pois, com o desenvolvimento da ciência reprodutiva podem surgir novas e mais eficazes técnicas de reprodução.

Nesse sentido, a Lei Espanhola 14/2006, discriminou as técnicas de reprodução assistida existentes, seguindo um critério aberto, que ao mesmo tempo em que as relaciona, também possibilita que novas técnicas possam surgir desde que sejam autorizadas pela Comissão Nacional de Reprodução Assistida, uma vez comprovado o seu reconhecimento científico e clínico.^{48 49}

De uma forma breve, passo a descrever cada uma das técnicas existentes:

⁴⁷ Idem .

⁴⁸ Albornoz, op. cit. p. 33.

⁴⁹ *Ley 14/2006. Artículo 2. Técnicas de reproducción humana asistida. 1. Las técnicas de reproducción humana asistida que, conforme a lo que se determina em El artículo 1, reúnen las condiciones de acreditación científica y clínica son las relacionadas em el anexo. 2. La aplicación de cualquier outra técnica no relacionada em el anexo requerirá La autorización de La autoridad sanitaria correspondiente, previo informe favorable de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, para su práctica provisional y tutela como técnica experimental. 3. El Gobierno, mediante real decreto y previo informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, podrá actualizar el anexo para su adaptación a los avances científicos y técnicos y para incorporar aquellas técnicas experimentales que hayan demostrado, mediante experiencia suficiente, reunir la condiciones de acreditación científica precisas para su aplicación generalizada.*

1) Inseminação artificial.

A inseminação artificial consiste no depósito de espermatozóide na cavidade uterina ou no orifício cervical uterino, com ou sem tratamento hormonal da mulher.⁵⁰

Segundo Ana Paula Guimarães, *“consiste na introdução de sêmen nos órgãos genitais da mulher de forma a facilitar o encontro dos gametas masculino e feminino essencial a fecundação”*.⁵¹

2) Fertilização “in vitro”.

A fertilização “in vitro” ou como alguns autores também denominam, fecundação “in vitro” consiste na fecundação, realizada em laboratório, de um ovócito extraído da mulher com um espermatozóide. Realiza-se através da estimulação hormonal da mulher, com a obtenção dos óvulos mediante aspiração do conteúdo dos folículos do ovário. Os óvulos são incubados “in vitro” junto com os espermatozóides procedentes do parceiro ou do doador, os quais são preparados em condições especiais para induzir uma ativação fisiológica necessária para a fecundação.⁵²

Em poucas palavras, a fertilização “in vitro” consiste na reprodução em laboratório do processo de fecundação, que normalmente aconteceria na cavidade uterina da mulher.

3) Injeção intracitoplasmática de espermatozóide.

A injeção intracitoplasmática de espermatozóide, conhecida pela sigla ICSI consiste na introdução de espermatozóides diretamente no citoplasma dos ovócitos, através de uma injeção.⁵³

A ICSI é particularmente utilizada nas situações onde a infertilidade tem como principal causa problemas de ordem masculina, ocorrendo quando os espermatozóides são escassos ou não possuem mobilidade suficiente para a realização da fecundação “in vitro”.

Segundo Amélia do Rosário Motta de Pádua, a ICSI tem como objetivo dar um impulso no espermatozóide com pouca força de locomoção e consiste em injetar um único espermatozóide no óvulo da mulher e em

⁵⁰ Albornoz, op. cit. p. 34.

⁵¹ Guimarães, op. cit. p. 23.

⁵² Albornoz, op. cit. p. 34.

⁵³ Guimarães, op. cit. 26.

uma incubadora, que simula a trompa, aguardar a fertilização e formação do embrião, para então, transferi-lo para a cavidade uterina.⁵⁴

A reprodução humana, em suas diversas técnicas, pode ser classificada quanto à origem do sêmen em homóloga, heteróloga ou mistura bisseminal.⁵⁵

Será homóloga a reprodução, quando a inseminação ou fecundação do óvulo é realizada com sêmen do marido ou companheiro da receptora.⁵⁶ É aquela realizada dentro ou fora do casamento, onde a mulher é inseminada com o espermatozóide do marido ou do companheiro, propiciando que a ascendência biológica do filho a nascer seja do casal.⁵⁷

A reprodução será heteróloga, quando o material que irá fecundar o óvulo da mulher é doado por um terceiro, que não é do marido ou do companheiro. Na maioria das vezes, a reprodução heteróloga é determinada em face da esterilidade do elemento masculino do casal, uma vez que para possibilitar o projeto de procriação daquela família, socorrem-se a doação do sêmen por um terceiro e sua inseminação no óvulo da mulher.⁵⁸

A reprodução com mistura bisseminal ocorre quando há uma insuficiência de espermatozóides do elemento masculino do casal e é realizada uma mistura, diluindo-se partes do esperma do marido ou companheiro com o esperma de um terceiro doador.⁵⁹ Nesses casos, cria-se um estado emocional de dúvida quanto à paternidade, dando uma certa esperança ao elemento masculino do casal da sua possibilidade de ser realmente o pai genético.

⁵⁴ Pádua, Amélia do Rosário Motta da. Responsabilidade Civil na Reprodução Assistida. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 75.

⁵⁵ “O sêmen em causa pode ser do marido ou da pessoa que viva com a mulher em união de facto e então designa-se por homóloga a inseminação artificial ou pode dar-se o caso de ter de se recorrer a um dador caso em que tal inseminação passa a denominar-se de heteróloga.” Duarte, op. cit. p. 32

⁵⁶ “o próprio processo de fecundação realiza-se ‘normalmente’; o que é atípico nesta modalidade é apenas a forma de introdução do liquido seminal nas vias genitais femininas que requer uma intervenção médica. Guimarães, op. cit. p. 30.

⁵⁷ Guimarães. Op. cit. 29.

⁵⁸ Idem . p. 41

⁵⁹ Pádua. Op. cit. p. 73

Em face da utilização das técnicas de reprodução assistida, são levantadas diversas questões de ordem jurídica, onde no caso da inseminação homóloga discute-se muito o problema da chamada inseminação artificial “post mortem”, na qual a pessoa que fornece o sêmen falece antes da realização da inseminação.⁶⁰

Por sua vez, na inseminação artificial heteróloga se apresentam diversas preocupações que envolvem o reconhecimento ou não do anonimato do doador; a determinação da paternidade, em caso de inseminação com ou sem o consentimento do elemento masculino do casal; o direito da personalidade do filho em investigar a sua identidade pessoal; o direito da mulher solteira em realizar a inseminação.

Vários são os efeitos que podem produzir a reprodução assistida no direito civil, em especial no direito de família e no direito das sucessões, os quais devem ser investigados.

O presente estudo da reprodução assistida é orientado por uma metodologia de aplicação do direito, possibilitando a efetiva solução dos problemas jurídicos, que possam surgir a partir da utilização de suas técnicas.

Neste sentido, o próximo capítulo busca estudar a existência ou não de um Direito à Reprodução Humana Assistida e qual o seu fundamento jurídico.

⁶⁰ Duarte. Op. cit.. p. 32.

4 O DIREITO À REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

As técnicas de reprodução humana assistida, além das questões e repercussões no direito de família e das sucessões, que envolvem como visto anteriormente o direito ao anonimato do doador, o direito à investigação de sua origem genética, a inseminação artificial post-mortem, entre outras preocupações do direito, levanta também a discussão quanto à existência propriamente dita de um direito à reprodução humana assistida e qual o seu fundamento jurídico.

Há um direito da pessoa à reprodução assistida? E qual o fundamento jurídico deste direito?

Atualmente, não existe no ordenamento jurídico brasileiro uma norma jurídica que discipline os procedimentos legais para a reprodução humana assistida, apesar de tramitar no Congresso Nacional vários projetos de lei com esse objetivo. Por sua vez, o Conselho Federal de Medicina regula através da Resolução 1358/92 tais procedimentos, tendo por fim *“auxiliar na resolução dos problemas de infertilidade humana, facilitando o processo de procriação, quanto outras terapêuticas tenham sido ineficazes ou ineficientes para a solução atual da infertilidade”*.⁶¹⁶²

As normas do Conselho Federal de Medicina têm conteúdo ético, e regulam os princípios gerais da reprodução assistida, os possíveis usuários das técnicas de reprodução assistida, as responsabilidades das clínicas e dos centros na aplicação das técnicas de reprodução assistida, a doação de gametas ou pré-embriões, a crio-preservação, o diagnóstico e o tratamento de gametas ou pré-embriões e a gestação de substituição.

Mas para além da existência de uma lei ou norma ética que regule a reprodução assistida, há a necessidade de uma investigação quanto a sua natureza jurídica, se de direito fundamental, de direito da personalidade, ou simplesmente um direito da pessoa, sem o fundamento ético da tutela da personalidade humana.

No tocante às Técnicas de Reprodução Humana Assistida, vislumbra-se um apanhado de normas e princípios constitucionais que podem fornecer respostas

⁶¹ Resolução 1358/92 CFM

⁶² Atualmente, encontra-se em vigor a Resolução 2.013/2013 do CFM, a qual revogou a Resolução 1.957/10 e a Resolução 1358/92 CFM.

jurídicas – possibilidade e limites – e ofertar respaldo legal para um possível direito à reprodução humana assistida. Como não há menção expressa do referido direito, ele deve ser construído através da interpretação sistemática dos direitos fundamentais à vida (art. 5º. Caput), à saúde e ao de constituir uma família, baseado no direito fundamental ao planejamento familiar, sempre amparados pelo princípio da dignidade humana, fundamento da República (art. 1º. , III).⁶³

a) O Direito Fundamental à Saúde.

A ideia de um direito fundamental à saúde para justificar a existência de um direito à reprodução humana assistida, parte do entendimento de que a finalidade principal da utilização das suas técnicas, é possibilitar a fecundação diante da existência de uma patologia da infertilidade.

A infertilidade é reconhecida como uma disfunção da pessoa que impede a sua reprodução.

Seria natural que todos os casais conseguissem ter filhos. Entretanto, um em cada cinco casais apresenta ou apresentará dificuldades em conceber. Esse fato é objeto de muita frustração e provoca no casal uma disfunção silenciosa e inexorável denominada infertilidade. Os casais inférteis sofrem pela ausência de filhos, um objetivo comum em suas vidas, que, quando não atingido, torna-se uma doença da alma.⁶⁴

O Conselho Federal de Medicina, ao regulamentar os procedimentos de reprodução humana assistida compreendeu que a infertilidade humana é um problema de saúde, com implicações médicas e psicológicas.

⁶³ Olga Jubert Gouveia Krell, *Reprodução Humana Assistida e Filiação Civil*. Juruá: Curitiba, 2006, p. 98.

⁶⁴ Abdelmassih. Op. cit. p. 3.

Por sua vez, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, expressa “... o direito de toda pessoa desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental.”

Entende Yolanda García Ruiz que a definição de direito à saúde, tratada no Pacto, possibilita a aplicação das técnicas de reprodução humana assistida, a partir de uma concepção terapêutica para enfrentar as consequências da infertilidade.⁶⁵

A possibilidade de concepção com a utilização de técnicas terapêuticas foi o principal impulso para os primeiros descobrimentos em matéria de reprodução assistida. O objetivo da medicina reprodutiva do século XVIII era descobrir formas de possibilitar a fecundação e conseqüente gravidez da mulher, que por questões de saúde eram consideradas inférteis.

Hoje, podemos crer que, com o avanço das descobertas no campo da reprodução humana e da decodificação do genoma humano, as perspectivas de investigações científicas são outras.

*No obstante, en un primer momento la pretensión fundamental consistió en la consecución de la reproducción de parejas que, por cualquier circunstancia, padecían algún tipo de esterilidad. Posteriormente, las posibilidades en materia de reproducción y de genética reproductiva se han desarrollado vertiginosamente dando lugar, en la actualidad, a debates más problemáticos que se centran no ya en el ámbito de la propia reproducción asistida sino en otros como el relativo a la clonación, tanto en su aplicación terapéutica como reproductiva.*⁶⁶

Apesar dos novos descobrimentos que surgiram a partir do estudo da reprodução humana assistida, é possível afirmar que o seu

⁶⁵ García Ruiz, Yolanda. Reproducción Humana Asistida. Comares: Editorial Comares. 2004, p. 245.

⁶⁶ García Ruiz, Yolanda, Reproducción Humana Asistida. Editora Comares: Granada, 2004, p. 246.

objetivo principal ainda é minorar as conseqüências da infertilidade humana, a partir de uma ideia de saúde reprodutiva.⁶⁷

Assim, essa nova dimensão do direito à saúde, através de uma concepção de saúde reprodutiva, foi reconhecida pela Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, que apresentou a sua definição em seu capítulo 7º:

Um estado de completo bem-estar físico, mental e social em todas as questões relacionadas com o sistema reprodutivo, e não apenas a ausência de doença ou enfermidade. A saúde reprodutiva implica, assim, que as pessoas são capazes de ter uma vida sexual segura e satisfatória e que possuem a capacidade de se reproduzir e a liberdade para decidir se, quando e com que frequência devem fazê-lo.⁶⁸

Nesse mesmo sentido, a Conferência Mundial sobre a Mulher, realizada em Pequim, em setembro de 1995, reconheceu a necessidade de proteção à saúde reprodutiva tanto do homem, quanto da mulher.⁶⁹

Desse modo, diante de um conceito de saúde reprodutiva, reconhecido internacionalmente, é possível concluir que o mesmo está diretamente ligado à construção de um direito à reprodução.

Souto Paz, citado por Garcia Ruiz, expõe que dito direito à reprodução, em seu sentido positivo, supõe *“la ordenación de la actividad sexual a la reproducción de acuerdo com las pautas de la naturaleza o bien acudir al recurso a las técnicas de reproducción humana asistida.”*⁷⁰

Diante da existência de técnicas de reprodução assistida com o objetivo de cura da infertilidade, pode-se concluir que, diante do

⁶⁷ Idem. p. 247

⁶⁸ “reproductive health is a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity, in all matters relating to the reproductive system and to its functions and processes. Reproductive health therefore implies that people are able to have a satisfying and safe sex life and that they have the capability to reproduce and the freedom to decide if, when and how often to do so.” Capítulo 7º. Do programa de ações da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento.

⁶⁹ “Ensure equal access to and equal treatment of women and men in education and health care and enhance women's sexual and reproductive health as well as education”. Art. 30 da Declaração da 4ª. Conferência Mundial da Mulher, em Pequim.

⁷⁰ Garcia Ruiz. Op. cit. p. 249.

reconhecimento do direito à saúde, haveria uma ramificação reprodutiva deste direito que ensinaria a noção de direito à reprodução.

Contudo, com a afirmação de que o conteúdo do direito à reprodução assistida é regulado pelo direito à saúde, em face da visão ética de tratamento de uma disfunção reprodutiva, como se justificaria o uso dos meios de reprodução assistida por aquelas pessoas que tem capacidade para uma reprodução natural?⁷¹

Daí, Paulo Otero explica que o alargamento do elenco dos direitos fundamentais no âmbito da procriação assistida pode criar circunstâncias de conflitos e incompatibilidade com outros valores fundamentais consagrados, tais como, um ambiente familiar normal e o princípio da dignidade da pessoa humana.⁷²

Assim, a título de exemplo, se o recurso à inseminação artificial homóloga se mostra perfeitamente enquadrável na tutela conferida pela Constituição ao direito de procriar, já mostra alguma dificuldade o reconhecimento liminar no artigo 36º, nº 1, de um eventual direito à inseminação artificial heteróloga, isto para não falar da criação de um direito à inseminação artificial homóloga “post mortem” ou mesmo à inseminação artificial homóloga por razões decorrentes da recusa de exercício de um direito à procriação natural (v.g., objecção à prática de quaisquer relações sexuais ou, especificamente, de relações heterossexuais).⁷³

Ora, como seria possível fundamentar o direito à reprodução assistida como direito fundamental à saúde àquelas pessoas que não possuem nenhum problema de saúde para a realização da procriação natural?

Mesmo diante de uma tipificação aberta dos direitos fundamentais, que possa incluir o direito à reprodução assistida, não se deve esquecer que esse direito não é absoluto e deve sofrer restrições

⁷¹ Krell, Olga Jubert Gouveia. Reprodução Assistida e Filiação Civil. Curitiba: Juruá, 2006, p. 110.

⁷² Otero, Paulo. Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do Ser Humano. Coimbra: Almedina, 1999, p. 22.

⁷³ Idem, p. 21.

determinadas pela própria lei que o regule, bem como restrições que possam ocorrer em conflito com outros direitos.

Admitir o direito à reprodução assistida baseado no direito fundamental à saúde limita automaticamente a sua utilização por pessoas fisicamente incapazes de gerar filhos, excluindo-se, portanto, as mulheres solteiras sadias e os casais homossexuais. Nessa linha, a fecundação artificial aparece menos como sistema de procriação e mais, como procedimento terapêutico, que deve trabalhar com indicações médicas, como a esterilidade ou a incidência de doenças hereditárias.⁷⁴

Dentro dos avanços científicos e tecnológicos, segundo Paulo Otero, *“o verdadeiro problema reside, por conseguinte, em saber se deve ser a biologia a conduzir arbitrária e desreguladamente o sentido do direito”*⁷⁵, ou cabe ao direito determinar os limites possíveis das investigações biológicas e conseqüentemente da reprodução assistida.

Apesar do avanço dos estudos biológicos no campo da reprodução assistida, deve-se julgar se há uma correspondência entre a possibilidade biológica e a possibilidade jurídica.

Vale ressaltar que, o Brasil é carente de lei que regule a reprodução humana assistida, onde a resolução do Conselho Federal de Medicina, por si só, não é suficiente para determinar os limites da reprodução humana assistida.

b) O Direito Fundamental ao Planejamento Familiar.

A partir da noção de planejamento familiar, busca-se a determinação da reprodução assistida como direito fundamental, baseado no artigo 226, parágrafo 7º. da Constituição Federal de 1988.

Parágrafo 7º. Art. 226, da Constituição Federal:

Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício

⁷⁴ Krell, op. cit. p. 111.

⁷⁵ Otero, op. cit. p. 26.

desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

A Constituição Federal determina que a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado, onde uma de suas formas de proteção está determinada na liberdade de planejamento familiar baseado no princípio da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável.

O planejamento familiar, conforme dispõe o art. 2º. da Lei 9.263/96 é: *“...o conjunto de ações de regulamentação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal.”*

O planejamento familiar se destaca pelo direito de procriar, e também, em face do mesmo princípio, pelo direito de não procriar, dentro da idéia de livre desenvolvimento da personalidade humana.⁷⁶

Apesar da procriação não ser mais considerada como finalidade do casamento e das uniões familiares, como foi visto no início do trabalho, não é possível excluí-la, ao todo, do interesse da maioria dos casais que se unem em família, e até mesmo em face da ideia de família monoparental, que tem por base a figura de qualquer dos pais e seus descendentes.

É evidente que não é requisito de existência do casamento e da união estável à existência de filhos, contudo, há ainda um forte sentimento de procriação nas pessoas, quando buscam se unirem umas com as outras.

Pode-se dizer, que a procriação é um elemento biológico natural de todo ser, que em busca da perpetuação da espécie, em face do caráter finito de todos os seres, consegue através da reprodução manter a sua espécie viva.

O direito à procriação, em particular sob a ótica religiosa, parece inerente ao casamento. Já se afirmou que, para os cristãos, o desejo de ter um filho próprio natural é “o fim do sacramento do Matrimônio”. Mesmo em termos jurídicos a procriação foi, durante tempo significativo, considerada como uma das finalidades do casamento, consequência natural da satisfação do “débito conjugal”. Contudo, a liberação dos costumes, que capitaneou a

⁷⁶ Barbosa, Heloisa Helena. Direito à Procriação e às Técnicas de Reprodução Assistida. In Grandes Temas da Atualidade de Bioética e Biodireito. Eduardo de Oliveira Leite. Rio de Janeiro: Forense, 2004. P. 161.

liberdade sexual, aliada ao advento da pílula anticoncepcional, incrementou o debate de que resultou o reconhecimento de novos direitos.⁷⁷

Não é possível atribuir a todas as uniões familiares a sua função procracional⁷⁸, contudo, está dentro do interesse do Estado a proteção da família em face do seu planejamento familiar, sendo sua obrigação propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício do direito de procriar.

Diante da existência de um direito à procriação, em face do direito ao planejamento familiar, deve ser esclarecido se diante da liberdade de reprodução, haveria um direito à reprodução humana assistida.

Para Romeo Casabona⁷⁹, o direito de fundar uma família não é senão uma concretização do livre desenvolvimento da personalidade, onde o direito de procriar se insere melhor no âmbito das liberdades do que dos direitos, em sentido estrito.

Para o citado autor, essa liberdade está presente na medida em que a pessoa toma decisões sobre reprodução e sobre a formação de uma família, compreendendo dentro desta liberdade, tanto a hipótese de reprodução natural quanto a hipótese de reprodução assistida.⁸⁰

Não obstante o reconhecimento de um direito à procriação, a inclusão de um direito à reprodução humana assistida depende de um outro direito, qual seja, o direito ao progresso científico e os benefícios que deles resultem, contido na Declaração Universal dos Direitos Humanos.⁸¹

Ora, diante dos avanços científicos relacionados à procriação assistida, deve o direito evoluir no sentido de propiciar ao ser humano a obtenção e utilização desses novos recursos como forma de atingir os seus objetivos, dentro do planejamento familiar, respeitando o princípio da dignidade da pessoa humana.

⁷⁷ Barbosa, op. cit. p. 161.

⁷⁸ Lôbo, Paulo. Direito Civil – Famílias. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 3.

⁷⁹ Citado por Garcia Ruiz, op. cit. p. 256.

⁸⁰ Idem. p. 257.

⁸¹ Declaração Universal dos Direitos Humanos. Art. 27.1 " Toda pessoa tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar do processo científico e de seus benefícios."

Assim, se há o direito à reprodução, derivado do direito ao planejamento familiar, a reprodução deve ser reconhecida em todas as suas formas, quer seja natural, quer seja assistida.

*Así pues, según el citado autor, el derecho a fundar una familia constituye el marco jurídico en el cual se inserta el derecho a procrear entendido como libertad. Este derecho-libertad, concretamente su ejercicio, comprendería tanto la reproducción natural como la reproducción artificial. Sin embargo, en relación con ésta última, junto a la libertad de procrear, conviene tener en cuenta también la relevancia del derecho a participar en los progresos científicos y en sus beneficios.*⁸²

Mas, diante do direito à procriação assistida, reconhecido constitucionalmente através do direito ao planejamento familiar, seria possível concluir que haveria um direito a todos os métodos de reprodução assistida, tais como a inseminação artificial heteróloga ou até mesmo a gestação através de mãe de aluguel?

Não é difícil reconhecer a existência de um direito fundamental à reprodução, baseado no direito ao planejamento familiar, contudo, é duvidoso que o direito à reprodução humana assistida possa atingir toda e qualquer forma de procriação artificial: *“o direito a constituir família, expressando o valor próprio da família como elemento natural e fundamental da sociedade, não compreende uma abertura constitucional a qualquer forma ou técnica de procriação artificial.”*⁸³

Ora, o fato de que a Constituição determina ao Estado a não intervenção no planejamento familiar, não significa dizer que em matéria de reprodução não poderá haver limites impostos pelo Estado.

O reconhecimento de um direito à reprodução natural e artificial, não significa dizer que todas as formas de reprodução assistida devem ser admitidas pelo Estado e até mesmo reguladas.⁸⁴

⁸² Garcia Ruiz, op. cit. p. 258.

⁸³ Otero, op. cit. p. 21.

⁸⁴ “Ou seja, A Constituição pode impor ao Estado o dever de regular a procriação artificial, isto não significa, porém, qualquer imperatividade de reconhecimento de todas as

Nesse sentido, seguindo o exemplo de Paulo Otero, a inseminação artificial homóloga poderá ser tutelada perfeitamente pela Constituição como direito de procriar, já por sua vez, a inseminação artificial heteróloga, além da inseminação artificial “post mortem” apresentam dificuldades em seu reconhecimento como direito fundamental à procriação.

Além do mais, o direito ao planejamento familiar encontra-se limitado pelo princípio da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o que por si só, já impõe limites constitucionais a um reconhecimento genérico de todas as formas de reprodução assistida.

Logo, deve ser reconhecido o direito à reprodução humana assistida, como direito fundamental ao planejamento familiar, impondo-se, contudo, limites que visem à preservação do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como, excluindo-se certas modalidades de procriação artificial da qualificação de direito fundamental, por não se adequarem aos valores tutelados pela Constituição Federal.

c) O Direito da Personalidade à Autodeterminação em face da Reprodução Humana Assistida.

Não há valor que supere o valor da pessoa humana. É nesse sentimento de valor que se fundamenta o direito da personalidade como projeção da personalidade humana.⁸⁵

Com os direitos da personalidade, quer-se fazer referência a um conjunto de bens que são tão próprios do indivíduo, que chegam a se confundir com ele mesmo e constituem as manifestações da personalidade do próprio sujeito.⁸⁶

A posição naturalista defende a ideia de que existem e merecem respeito, os direitos da personalidade mesmo não tipificados pelo

formas de procriação artificial, nem muito menos a sua elevação ao estatuto dos direitos fundamentais.” Otero, op. cit. p. 21.

⁸⁵ Santos, Fernando Ferreira. Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Fortaleza: Celso Bastos, 1999, p. 93.

⁸⁶ Motes, Carlos Maluquer de. Derecho de la persona y negocio juridico. Barcelona: Bosch, 1993, p. 29.

ordenamento jurídico, valendo-se do princípio geral da proteção da dignidade da pessoa humana.⁸⁷

Os Direitos da Personalidade vêm tradicionalmente definidos como direitos essenciais do ser humano, os quais funcionam como o conteúdo mínimo necessário e imprescindível da personalidade humana.⁸⁸ A justificativa teórica para atribuir o caráter de direitos inatos aos direitos da personalidade, volta-se à circunstância de se tratarem de direitos essenciais, naturais à pessoa humana que remetem a sua existência ao mesmo momento e ao mesmo fato da existência da própria pessoa.

Assim, pode-se definir os direitos da personalidade como categoria especial de direitos subjetivos que, fundados na dignidade da pessoa humana, garantem o gozo e o respeito ao seu próprio ser, em todas as suas manifestações espirituais ou físicas.⁸⁹

Dentro da classificação dos direitos da personalidade, podemos encontrar a categoria do direito à pessoalidade, como a qualidade do ser humano em relação com os outros serem humanos, com o mundo exterior, consigo mesmo e com os valores éticos, onde a partir desses relacionamentos o ser humano afirma e defende a sua individualidade e autonomia⁹⁰.

Segundo Oliveira Ascensão, essa categoria seria a dos direitos ao desenvolvimento da personalidade, como a garantia de um espaço de atuação de cada pessoa, que se concentra essencialmente na ideia de liberdade.⁹¹

A personalidade, garantida embora na sua existência e na sua individualidade, não é evento acabado. O homem

⁸⁷ Segundo Pontes de Miranda, os direitos da personalidade “são todos os direitos necessários à realização da personalidade, à sua inserção nas relações jurídicas”. Pontes de Miranda. Tratado de direito privado. Tomo 7. Campinas: Bookseller, 2000, p. 39.

⁸⁸ Para Antônio Chaves, os direitos da personalidade constituem o mínimo necessário do conteúdo da própria personalidade, definindo-os como aqueles direitos que, diferentemente dos patrimoniais, têm por objeto os modos de serem físicos ou morais da pessoa. Chaves, Antônio. Tratado de Direito Civil: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, tomo 1. p. 39.

⁸⁹ Pueche, José Enrique Bustos. Manual sobre bienes y derechos de la personalidad. Madri: Dykinson, 1997. p. 43.

⁹⁰ Heinrich Hubmann apud Souza, Rabindranath Capelo. O Direito Geral da Personalidade. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 144.

⁹¹ Ascensão, Teoria Geral do Direito Civil. Coimbra: Editora Coimbra, 1997, p.98.

é um projecto, com fins próprios: tende ilimitadamente a aperfeiçoar-se. Esse aperfeiçoamento é por outro lado um direito de cada um, que deve ser assegurado. Os direitos de personalidade tomam agora carácter dinâmico.⁹²

Nessa categoria, compreende-se a liberdade de ação em geral, a atividade da força de trabalho, a liberdade de associação, liberdade cultural, liberdade de expressão do pensamento, entre outras liberdades, que assegurem o exercício da autonomia necessário ao desenvolvimento humano. Contudo, nem todas as liberdades podem ser classificadas como direito ao desenvolvimento da personalidade, a liberdade de consciência é inserida como direito à individualidade, enquanto que a liberdade de locomoção é direito da personalidade à dignidade humana.⁹³

É importante que, a liberdade que tem a pessoa de tomar decisões quanto à formação de uma família, bem como à hipótese de ter um filho, através de uma reprodução natural ou através de uma reprodução assistida, é acima de tudo um direito da personalidade à pessoalidade, como elemento da autonomia que todo ser humano possui para desenvolver livremente a sua personalidade.

Olga Krell, fazendo referência a Yolanda Gomes Sanchez, argumenta que, o primeiro dos valores considerados fundamentais para a utilização das técnicas de reprodução assistida é a liberdade pessoal, que não pode ser interpretada restritivamente, pelo contrário, deve ter uma interpretação ampla, que implicaria na faculdade que toda pessoa possui de autodeterminar-se fisicamente, o que incluiria a sua própria reprodução.⁹⁴

Segundo Heloisa Helena Barbosa, a essência da liberdade de fundar uma família constituiu uma manifestação da privacidade determinada pelo livre desenvolvimento da personalidade.⁹⁵

Efectivamente, no parece que haya um derecho absoluto a ala reproducción em el sentido tradicional de la palabra, derecho a algo que se puede reclamar a alguien, por ejemplo, al Estado; el Estado no nos va a poder

⁹² Idem.

⁹³ Beltrão, Silvio Romero. Direitos da Personalidade. São Paulo: Atlas, 2005. p. 100.

⁹⁴ Krell, op. cit. p. 103.

⁹⁵ Barbosa, op. cit. 158.

*aportar um hijo si nosotros decidimos que queremos reproducirnos(...) esse derecho a la reproducción: no sería derecho, sino libertad.*⁹⁶

Apesar do direito à reprodução ser consagrado como direito da personalidade à pessoalidade, este direito não é absoluto.

O direito de proceder na sua vida privada segundo as suas próprias razões, denomina-se autonomia. Essa autonomia significa dizer, a liberdade que o ser humano tem para conduzir a sua vida. A Constituição Federal do Brasil, em seu artigo 5º, inc. II, dispõe que: “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.⁹⁷

Por outro lado, essa autonomia não é absoluta, pois a mesma está restrita aos termos da lei e aos princípios de ordem pública. Assim, o respeito à autonomia da vontade pode ser interpretado dentro de uma larga extensão, não podendo ser aplicado às pessoas que não estejam em condição de agir de maneira suficientemente autônoma.

Quanto à ideia de autonomia da vontade, a reprodução assistida aparece não somente como uma terapia clínica para os casos de infertilidade, mas também como um meio alternativo de reprodução, o que retoma o questionamento dos limites dessa liberdade.

A Constituição Federal garante que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei contudo, em nosso ordenamento jurídico, não há qualquer norma jurídica que discipline a reprodução humana assistida, com exceção de normas éticas dispostas pelo Conselho Federal de Medicina.

Pode-se então afirmar que todas as formas de reprodução assistida, inclusive a fecundação em mãe solteira e às barrigas de aluguel estariam autorizadas e seriam perfeitamente lícitas?

⁹⁶ García Ruiz, op. cit. p. 257

⁹⁷ “Não há grandes divergências, porém, no sentido de que o ‘right to procreate’ tem um conteúdo negativo, isto é, que atribui ao indivíduo uma defesa contra qualquer privação ou limitação, por parte do Estado, da liberdade de escolha quanto a procriar ou não. Certo é também que o conceito de ‘procriar’ compreende sobretudo o fato meramente genético. Acresceu-se posteriormente um conteúdo positivo ao direito de procriar, consistente no direito de desenvolver em concreto a função de genitor.”Heloisa Helena Barbosa, op. cit. p. 157.

A resposta é negativa. Apesar do caráter absoluto dos direitos da personalidade, a autonomia da vontade está limitada pela lei, onde o próprio direito que impõe a liberdade, cria limites em razão de outras situações juridicamente protegidas.⁹⁸

O direito à reprodução assistida pode encontrar limites no direito da criança que vai nascer, em respeito aos seus direitos da personalidade, como expressão do princípio da dignidade da pessoa humana, onde a lei se apresenta com uma forte limitação ao princípio da autonomia da vontade, através do princípio que defende o melhor interesse da criança.

Daí, a liberdade de fundar uma família como manifestação da pessoa no desenvolvimento de sua personalidade, está vinculada ao princípio da dignidade da pessoa humana e ao princípio da paternidade responsável, contidos no art. 226 da Constituição Federal e ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, contidos no art. 227 da Constituição Federal, restringindo o exercício da liberdade de procriar à proteção do respeito e da dignidade da criança que irá nascer.⁹⁹

d) Reprodução Humana Assistida e o Código Civil Brasileiro.

O Código Civil de 2002, não disciplina diretamente a procriação humana medicamente assistida, contudo, trata no artigo 1.597 da presunção de paternidade nos casos de filhos havidos através de fecundação ou inseminação artificial.

O inciso III do art. 1.597 do Código Civil trata da determinação da paternidade, por presunção, em face da fecundação artificial homóloga, mesmo que tenha ocorrido o falecimento do marido, enquanto que o inciso IV, dispõe sobre a presunção da paternidade em face da concepção artificial homóloga, havida a qualquer tempo, quando se tratar de embriões

⁹⁸ Ascensão, op.cit., p. 83.

⁹⁹ Art. 3º. Do Estatuto da Criança e do Adolescente: “A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e igualdade.”

excedentários, e por fim, o inciso V, dispõe da presunção da paternidade havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

A finalidade da norma contida no Código Civil a respeito da procriação medicamente assistida é a de preservar o direito da pessoa que virá a nascer através de fecundação ou inseminação artificial, garantindo ao mesmo o reconhecimento da paternidade em respeito à dignidade da pessoa humana.

Nos casos de fecundação e principalmente quanto à inseminação artificial heteróloga estaria o Código Civil admitindo estes métodos de reprodução assistida?

Entendo que não. O Código Civil não está reconhecendo ou rejeitando um direito à reprodução humana assistida, está na verdade regulando os casos de filiação por presunção.

Em se tratando da inseminação heteróloga, o legislador está declarando a impossibilidade do marido, que autorizou a inseminação com o sêmen de um doador, de voltar atrás em sua palavra, presumindo a lei a sua paternidade, não sendo esse dispositivo suficiente para determinar a admissão pelo ordenamento jurídico do direito a uma inseminação artificial heteróloga.

Pressupõe-se que o principal objetivo do Código Civil é admitir a presunção da paternidade nos casos de reprodução humana assistida, contudo, não se deve duvidar que o legislador conhece as técnicas de reprodução humana assistida, como também as reconhece diante da evolução medico-científica.

Por sua vez, para Heloísa Helena Barbosa, haveria um reconhecimento das técnicas contidas no Código Civil como autorizadas e lícitas.

Como antes assinalado, o novo Código Civil presume concebidos na constância do casamento os filhos havidos da inseminação artificial homóloga e heteróloga nos casos que especifica. Duvidas não devem restar, portanto, quanto à possibilidade de utilização desses meios de procriação pelos cônjuges. De acordo com sua

livre decisão, o casal exerce o direito à procriação, constituindo ou aumentando a prole.¹⁰⁰

Segundo Tiago Duarte, quando um legislador regula um instituto é porque o considera, juridicamente válido, a menos que faça uma referência especial a sua ilicitude ou que esta resulte do próprio instituto ou do modo como é regulado.¹⁰¹ Entende o mesmo, que o legislador aceitou a reprodução humana assistida e decidiu então lhe reconhecer efeitos jurídicos, priorizando-se como lícitas aquelas técnicas previstas no Código Civil português.

Defendo, contudo, que a disposição contida no Código Civil, por si só, não é suficiente para determinar que aquelas práticas ali inseridas sejam lícitas. No dispositivo contido na Lei Civil busca-se regular a filiação e a presunção da paternidade em face da utilização de técnicas de reprodução humana assistida, mas não há uma regulação quanto ao exercício do direito à reprodução humana assistida, sendo necessária a edição de uma norma que declare quais técnicas são lícitas ou ilícitas.

Nesse sentido, é a orientação de Oliveira Ascensão, em situação análoga existente no Código Civil português:

O Código Civil português, após a reforma de 1977, passou a considerar esta matéria no art. 1839/3, com referência aos actos de fecundação artificial heteróloga praticados na vigência do casamento. Dispõe-se: 'Não é permitida a impugnação de paternidade com fundamento em inseminação artificial ao cônjuge que nela consentiu'.

A previsão da inseminação artificial abrange, ao menos no seu espírito, a fecundação heteróloga. Isso não implica a licitude dessa prática. O direito tem de regular a fecundação artificial porque ela é possível. Toma-a como mero pressuposto de facto, resultante de acções praticadas no país ou no estrangeiro. São pois

¹⁰⁰ Barbosa, op. cit. 164.

¹⁰¹ Duarte, op. cit. 55.

necessárias previsões que cubram todos os fenômenos, lícitos e ilícitos, que se possam produzir.¹⁰²¹⁰³

Contudo, não é possível deixar de concluir que houve um reconhecimento no Código Civil do fenômeno da reprodução humana assistida, havendo por sua vez, uma grande lacuna para ser preenchida pela lei.

O próximo capítulo irá estudar, dentro do reconhecimento de um direito à reprodução humana assistida, a necessidade de imposição de limites aos usos das técnicas de reprodução, diante de conflitos com outros interesses protegidos pelo Direito.

¹⁰² Ascensão, José de Oliveira. *Direito e Bioética. Direito da Saúde e Bioética*. Lisboa: Lex. 1991, p. 33

¹⁰³ Este é o mesmo entendimento de Guilherme de Oliveira, citado por Duarte, op. cit. p. 56: “... embora esta norma preveja directamente o caso de inseminação heteróloga é obvio que ela não se destina a admitir ou a rejeitar esta modalidade de procriação assistida(...) O legislador civil não quis, em 1977, tomar partido na gravíssima discussão acerca da admissibilidade da inseminação heteróloga: ele limitou-se a estabelecer um certo aspecto do regime, no caso de vir a considerar-se admitida, e a praticar-se, tal modalidade de procriação assistida. O art. 1839, no. 3, não é argumento de peso em favor do reconhecimento das novas técnicas de fecundação.”

5 LIMITES AO DIREITO À REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

O reconhecimento de um direito à reprodução assistida, com base no direito fundamental à saúde, bem como no direito fundamental ao planejamento familiar, dentro de um espaço de autodeterminação que possui a pessoa para desenvolver a sua personalidade, como expressão de liberdade, não pode reconhecer um ilimitado direito à utilização das técnicas de reprodução humana assistida, sem que exista a intervenção do Estado e da lei.¹⁰⁴

O legislador não pode ficar longe da realidade ao fixar as normas relativas à reprodução assistida, pois, não seria seguro para as relações sociais deixar para cada indivíduo o poder de fixar o que é lícito e bom, segundo a sua própria consciência.¹⁰⁵

Nenhum direito é absoluto.

O direito à reprodução assistida, elevado a nível de direito fundamental, sofre limitações em seu exercício, isto porque a unidade normativa do direito à reprodução assistida deve necessariamente se integrar no ordenamento jurídico com outros direitos e poderes de conteúdo jurídico diverso, os quais possuem valores a serem ponderados.¹⁰⁶

Os limites à reprodução assistida podem ser intrínsecos ou extrínsecos. Será intrínseco quando demarcado pela própria lei que estabelece o seu conteúdo, como uma pré-delimitação do domínio de aplicação do respectivo direito. Será extrínseco, quando resultar da conjugação com outras situações protegidas, tendo em vista que os interesses protegidos pelo direito à reprodução assistida podem conflitar com outros direitos e poderes protegidos na ordem jurídica.¹⁰⁷

A imposição de limites à reprodução assistida é própria da dinâmica do direito, dentro do complexo normativo do sistema jurídico, onde o ser humano não deve ser visto como um ente isolado, e o exercício

¹⁰⁴ Dias, op. cit. p. 71.

¹⁰⁵ Idem. p. 72.

¹⁰⁶ Souza, op. cit. p. 515.

¹⁰⁷ Beltrão, op. cit. p. 30.

de direitos deve corresponder aos interesses e fins sociais. Dessa forma, o direito à reprodução assistida não pode significar uma liberdade arbitrária atribuída ao seu titular, devendo sofrer limitações dentro da própria lei e diante da dinâmica do direito em face da conjugação como outras situações protegidas, sofrendo assim limitações valoradas, com o objetivo de atender os interesses e fins sociais da ordem jurídica.¹⁰⁸

A própria Constituição ao conceder ao casal o direito ao planejamento familiar, como direito fundamental, impõe limites baseados na dignidade da pessoa humana e na paternidade responsável.

Daí, é possível concluir que mesmo diante da aceitação de um direito à reprodução humana assistida, nem todos os meios e técnicas de reprodução devem ser considerados lícitos.

Porém, diante da inexistência de uma norma jurídica especial no ordenamento jurídico brasileiro, fica o intérprete limitado ao Direito Constitucional, o qual também não revela o sentimento de admissibilidade ou não nas diversas técnicas de reprodução assistida.

Em jeito de conclusão, poderá apenas afirmar-se que o direito constitucional relevante não aponta caminhos claros no sentido da admissibilidade ou da rejeição global dos novos métodos da procriação assistida. Em todo o caso e no pressuposto que a consciência sociológica e ético-jurídica será complacente, se não mesmo cúmplice, no recurso à utilização de tais técnicas, é de prever que da Constituição acabe por desentranhar-se (quiza, emergir) uma interpretação favorável à admissão de tais processos, cerceada embora por limites mais ou menos acentuados, consoante o alcance que for dado às normas que tutelem o direito à vida e à identidade pessoal.¹⁰⁹

a) Das Diversas Situações de Conflito.

Deve-se ressaltar que, mesmo o Código Civil Brasileiro admitindo a presunção de paternidade em face de reprodução humana assistida, não significa dizer que tais técnicas sejam reconhecidamente admitidas ou repudiadas pelo nosso ordenamento jurídico.

¹⁰⁸ Idem. p. 31

¹⁰⁹ Dias, op. cit. p. 75

Vale destacar que o modo normal de procriação humana é aquele advindo da união física do homem e da mulher, e que a reprodução humana assistida é uma exceção, onde suas diversas técnicas foram desenvolvidas com o objetivo principal de possibilitar a procriação àquelas pessoas, que por qualquer motivo padeciam de algum tipo de infertilidade.¹¹⁰

Assim, em face do reconhecimento do direito à saúde, como direito fundamental, é possível encontrar limites ao direito à reprodução humana assistida, através do uso de suas técnicas por aquelas pessoas que possuam uma capacidade natural de procriação.¹¹¹

Ora, diante da demarcação e da categoria do Direito Fundamental à saúde, o Estado não pode intervir em favor da pessoa que pode gerar naturalmente um filho, pois, estando com sua saúde reprodutiva em condições de procriar naturalmente, não é possível encontrar o elemento ético que fundamente a tutela jurídica do Estado.

Partindo da ideia de que a incapacidade reprodutiva é uma doença, não há como justificar, dentro da lógica do direito à saúde, a possibilidade de se autorizar a reprodução humana assistida para aquelas pessoas que gozam de uma boa saúde reprodutiva, pois, falta o fundamento ético da dignidade da pessoa humana, como exigência natural para a proteção do Estado.

Admitir o direito à reprodução assistida baseado no direito fundamental à saúde limita automaticamente a sua utilização por pessoas fisicamente incapazes de gerar filhos, excluindo-se, portanto, as mulheres solteiras sadias e os casais homossexuais. Nessa linha, a fecundação artificial aparece menos como sistema de procriação e mais, como procedimento terapêutico, que deve trabalhar com indicações médicas, como a esterilidade ou a incidência de doenças hereditárias.¹¹²

¹¹⁰ Garcia Ruiz, op. cit, p 246

¹¹¹ O Estado pode não tutelar o direito à reprodução humana assistida àquelas pessoas sadias, as quais, por sua vez, poderiam buscar na ordem privada o reconhecimento de um direito subjetivo da pessoa, que não seja reconhecidamente demarcado como direito fundamental.

¹¹² Krell, op. cit. p. 111.

Por outro lado, parece saudável a possibilidade de utilização preventiva das técnicas de reprodução humana assistida nos casos de transmissão de doenças hereditárias para os filhos.

Nesse caso, afirmamos que o casal tem em vista a proteção da criança a ser gerada, e o respeito à sua dignidade com o objetivo de evitar a transmissão de doenças genéticas. Contudo, deve-se evitar ao máximo que tal possibilidade jurídica se transforme na autodireção da evolução humana, com o uso de técnicas de melhoramento genético, que venham a produzir uma discriminação genética

Diante da necessidade de imposição de limites, é imprescindível que se separe a ideia de utilização terapêutica da reprodução humana assistida, evitando-se a transmissão de doenças genéticas, da ideia de eugenia, com a seleção discriminatória dos embriões.¹¹³

Segundo o Conselho da Europa sobre Direitos Humanos e Biomedicina(CDHB):

Art. 12: Não se poderá proceder a testes predictivos de doenças genéticas ou que permitam quer a identificação do indivíduo como portador de um gene responsável por uma doença quer a detecção de uma predisposição ou de uma susceptibilidade genética a uma doença, salvo para fins médicos ou de investigação médica e sem prejuízo de um aconselhamento genético apropriado.¹¹⁴

Logo, o uso de técnicas de reprodução humana assistida para evitar doenças genéticas, deve ser autorizado de forma limitada como prevenção de enfermidades, e não como uma forma de seleção eugênica dos embriões.¹¹⁵¹¹⁶

¹¹³ A Declaração Universal da Unesco sobre o Genoma Humano é contrária a hipótese de discriminação genética: “Art.6º. Ninguém poderá ser objeto de discriminações fundadas em suas características genéticas, cujo objeto ou efeito seria atentar contra seus direitos humanos e liberdades fundamentais e o reconhecimento de sua dignidade.”

¹¹⁴<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/convbiologiaNOVO.html>

¹¹⁵ Krell, Olga. op. cit. p. 111.

¹¹⁶ “Neste sentido, sempre haverá a necessidade de se ponderar sobre os interesses que estão envolvidos e os riscos decorrentes de cada tipo de procedimento científico. Por exemplo, com relação aos procedimentos ligados à possibilidade de diagnóstico genético pré-implantatório e de intervenções sobre o embrião ou a sua criopreservação,

Em outro sentido, o direito à reprodução humana assistida também envolve outras questões bastante controversas, as quais apresentam a discussão quanto à possibilidade do uso das técnicas de reprodução por mulheres solteiras.

O reconhecimento das técnicas de reprodução humana assistida pelo Estado visa tutelar o direito à saúde e ao planejamento familiar, baseado na idéia de que a infertilidade é um problema de saúde, tendo o casal a liberdade de optar por uma reprodução medicamente assistida para viabilizar o seu projeto de gerar filhos.

No caso das mulheres solteiras, que pretendem realizar o seu projeto de ter filhos através de doações de espermatozóides, com a garantia do anonimato do doador, realizando uma produção independente do reconhecimento do ente paterno, com o objetivo de fundar uma família monoparental, é bastante discutível a existência de um direito à reprodução humana assistida.

A possibilidade de existência da família monoparental, bem como o princípio da liberdade humana, pautado no direito da personalidade à pessoalidade entra em conflito, nesse caso, com o princípio da dignidade humana da criança a ser concebida e com o princípio do melhor interesse da criança.

Ora, apesar da possibilidade jurídica da mulher solteira e sua descendência de formar uma família monoparental, seria justo que a criança a ser concebida seja privada da existência de um pai?

Há um direito à identidade pessoal, que envolve o conhecimento de sua ascendência, bem como para além desse direito, muitos autores entendem que a criança para realizar um desenvolvimento psicológico normal, necessita da figura paterna.

A esse respeito Olga Krell comenta que:

Os defensores da posição liberal alegam que a reconhecida importância psicológica de uma ‘figura

deve-se considerar que, se a intervenção visar a saúde e o desenvolvimento de uma gravidez com sucesso, poderão ser permitidas tais manipulações científicas. Do contrário, deverão ser proibidas as intervenções que se destinam a escolher características estéticas ou étnicas, tendo em vista os riscos de eugenia positiva.”
Brauner, Maria Claudia Crespo Brauner. Direito, Sexualidade e Reprodução Humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 70.

paterna' para o desenvolvimento da criança não levaria necessariamente à exigência de uma figura masculina e que a família monoparental não seria necessariamente um mal. No entanto, há muitos autores que rechaçam a idéia de que homossexuais e mulheres solteiras possam recorrer à reprodução assistida, tendo em vista a especial proteção constitucional assegurada às crianças, o que incluiria o seu direito de se desenvolverem num ambiente familiar 'normal'.¹¹⁷

Para Garcia Ruiz, o sujeito principal na reprodução assistida deve ser o filho e a sua necessidade de contar com uma referência paterna e materna, o que determinaria, conseqüentemente, que em matéria de reprodução humana assistida, o conceito de família deveria ter como marco a existência de um pai e uma mãe, e que o casal possuía algum problema de infertilidade.¹¹⁸

Questão semelhante acontece com a possibilidade de utilização de técnicas de reprodução humana assistida com o material de doador já falecido, como é o caso de inseminação artificial "post mortem", onde no mesmo sentido, a criança nasceria sem a referência de um pai, além de diversos outros problemas que podem surgir em face da questão sucessória.

Sobre este assunto, é importante ressaltar a opinião de Carlo Maria Romeo Casabona, para quem a inseminação post mortem apresenta dois inconvenientes: "em primeiro lugar, se sabe que antes de realizar a fecundação que a criança vai carecer de pai, que é a principal objeção, dificilmente superável a partir de uma perspectiva constitucional; em segundo lugar, os problemas sucessórios da criança, reconhecendo-se seus direitos de herdeiro do pai, podem os demais herdeiros se sentir prejudicados, em especial, se a concepção e o nascimento tiverem ocorrido muito depois do falecimento do pai."¹¹⁹

¹¹⁷ Krell, op. cit. p. 114.

¹¹⁸ Garcia Ruiz, op. cit. 264.

¹¹⁹ Crespo Brauner, op. cit. p. 72.

Assim, há uma verdadeira necessidade de impor limites ao direito à reprodução humana assistida, limites esses que estão dispostos na própria Constituição Federal, ao disciplinar o planejamento familiar baseado na dignidade da pessoa humana e na paternidade responsável.

A liberdade que tem a pessoa para planejar a sua família, como autodeterminação da personalidade, aliado ao avanço científico das técnicas de reprodução humana assistida não pode gerar a expressão “tudo que é possível será aceitável”¹²⁰, onde a omissão do direito em impor limites a reprodução assistida pode causar danos irreparáveis ao ser humano, criando direitos que violam diretamente a dignidade da pessoa humana.

O legislador tem a obrigação de determinar qual a finalidade das técnicas de reprodução humana assistida, bem como se a sua finalidade é simplesmente a de combater a infertilidade humana e se haveria alguma exceção a esta regra, possibilitando a sua utilização à margem do direito à saúde.^{121 122}

Deve-se ainda determinar quem são os beneficiários das técnicas de reprodução humana assistida e quais são os direitos das futuras crianças que irão nascer através das técnicas de reprodução humana assistida.

Conclui-se com isso, que a pessoa como fundamento e sujeito do direito, não é simplesmente uma entidade biológica, mas uma entidade ética, por ter conhecimento dos seus fins e responsabilidades, e assim, apesar da ciência permitir as diversas formas de reprodução assistida deve a sua utilização ser amparada pela dignidade da pessoa humana.

No próximo capítulo abre-se o estudo em relação às condições pessoais para aplicação das técnicas de reprodução humana assistida, diante da discussão do direito e seus limites.

¹²⁰ Fernando José Bronze, citado por Paulo Otero, op. cit. p. 26.

¹²¹ Garcia Ruiz, op. cit. p. 267.

¹²² “Essa omissão pode ser tanto mais grave quanto no domínio da bioética e da genética se pode alimentar a vã construção de alegados ‘direitos fundamentais’ contra natura, isto é, ‘direitos’ do homem, designadamente contra a vida, a dignidade do ser humano e a configuração da família como elemento natural da sociedade, demonstrando que na referida ‘encruzilhada existencial’ não é impossível uma opção que traduza a ‘coisificação’ do homem. Otero, op. cit. p. 27.

6 CONDIÇÕES PESSOAIS PARA A APLICAÇÃO DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

Com a evolução da ciência reprodutiva é possível conceber um filho pela utilização de técnicas de reprodução humana assistida, e não somente através da relação natural e física entre homem e mulher. Tal avanço científico, contudo, tem gerado diversas implicações éticas e jurídicas, produzindo discussões e perguntas sobre os pressupostos legais quanto à utilização dessas técnicas.

As discussões doutrinárias buscam as respostas para os pressupostos legais quanto à utilização das técnicas de reprodução humana assistida e quase sempre se encontram em uma bifurcação que pode levar a dois caminhos.

O primeiro caminho seria de uma liberdade de procriar, como representação da autonomia da vontade inerente a qualquer pessoa, e o segundo caminho, seria do direito à saúde, diante da atuação médica perante o problema de infertilidade.¹²³

Entendendo que a liberdade de procriar permite à pessoa o direito de se reproduzir da forma que entenda melhor, teríamos as técnicas de reprodução humana assistida como uma forma alternativa de reprodução, onde não seria necessária a existência de qualquer problema de saúde.

Por sua vez, a utilização das técnicas de reprodução humana assistida como direito à saúde, envolve o problema da infertilidade e, portanto, somente as pessoas que tenham dificuldades em procriar naturalmente poderiam ser usuárias das referidas técnicas.

Dependendo da opção do legislador, em tratar o direito à reprodução humana assistida de forma ampla, considerando uma liberdade de procriar, dentro da idéia de autodeterminação da pessoa, ou em tratar o direito à reprodução como um direito à saúde, restringindo o uso das técnicas pelas pessoas portadoras de infertilidade, teremos respostas

¹²³ Meroño, Encarna Serna. Usuários de las técnicas. Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Pamplona: Aranzadi, 2007. p. 180.

diferentes às questões que se apresentam quanto aos beneficiários das técnicas de reprodução humana assistida.

No Direito Português, com a edição da Lei 32/2006, ficou explícito o entendimento de que a reprodução humana assistida é um direito à saúde e somente pode ser utilizado por aquelas pessoas que tenham o diagnóstico de infertilidade, ou nos casos de tratamento de doença grave ou risco de transmissão de doença de origem genética.

Por sua vez, o Direito Espanhol, em face da lei 14/2006, entende que o direito à reprodução humana assistida é uma liberdade da mulher, que possua plena capacidade no ordenamento jurídico civil, tratando a utilização das técnicas como uma forma alternativa de procriação.

A decisão quanto ao melhor fundamento do direito à reprodução assistida, não pode ser vista de forma isolada, mas devidamente conjugada com outros valores fundamentais da pessoa, onde deve prevalecer o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento ético de sua proteção da pessoa, em todas as suas manifestações.

Menoño citando Perlingieri explica:

Por ello tal vez, como de manera acertada há mantenido Perlingieri para abordar los derechos que afectan a la persona sea conveniente superar las clasificaciones dogmáticas y las discusiones doctrinales porque ceñirse a esta cuestiones seria abordar el problema com um carácter reduccionista e incompleto, pues no siempre se puede compartir que la diversidad de los intereses fundamentales del hombre se traduzcan en uma pluralidade de derechos fundamentales diversificados con contenido y disciplinas distintas, lo relevante es el valor de la persona unitariamente entendida, pues em realidad el valor de la persona escapa de rígidas y unívocas caracterizaciones y asume configuraciones más diversas como elección técnica.

Esta opción metodológica, a mi juicio, es adecuada para no perderse em disquisiciones sobre derechos hoy no cuestionados, pero quizás otros que mañana también podrían ser reconocidos com relación a la utilización de las técnicas de reproducción asistida. Además, esta opción resulta ajustada a nuestro orden constitucional pues nuestra Constitución considera fundamento de

nuestro orden político y de la paz social la protección de 'la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás'.¹²⁴

Dessa forma, diante das duas vertentes passarei a analisar os pressupostos necessários para poder ser usuário das técnicas de reprodução humana assistida, tendo como valor fundamental em referência, o princípio da dignidade da pessoa humana.

a) Capacidade.

A ideia de capacidade está ligada à aptidão que tem a pessoa para adquirir direitos e exercê-los por si só ou com a assistência de outrem. Assim, a capacidade pode ser dividida em capacidade de direito, que é inerente à qualidade da pessoa de ser sujeito de direitos e obrigações e à capacidade de gozo, que é a aptidão que tem a pessoa para exercer os seus direitos, de acordo com condições materiais impostas pela lei, tais como idade e saúde.

Antes de qualquer discussão quanto aos requisitos pessoais para a realização das técnicas de reprodução humana assistida, é necessário discutir a capacidade de exercício desses direitos, impondo limites de idade e de saúde mental.

Inicialmente, é necessário destacar que a fixação de uma idade limite para a utilização das técnicas de reprodução humana assistida depende da vontade do legislador, dentro de uma construção natural do desenvolvimento físico e mental da pessoa humana.

A pessoa natural adquire capacidade absoluta no ordenamento jurídico brasileiro com 18 anos de idade, pelo casamento, pelo exercício de emprego público efetivo, pela colação de grau em curso de ensino superior, pelo estabelecimento civil ou comercial e por concessão dos pais.

Cabe ao legislador definir se a capacidade para a utilização de técnicas de reprodução deve coincidir com a capacidade em geral para a prática dos atos civis, determinada no art. 5º. do Código Civil Brasileiro, ou se para o caso, deve-se estabelecer requisitos especiais de capacidade.

¹²⁴ Meroño, op. cit. p. 182.

É interessante demonstrar que a procura por tratamentos de infertilidade ocorre a partir dos 30 anos de idade, quando há uma diminuição constante e gradual na fertilidade da mulher.

A idade da mulher influencia a chance de gravidez mensal de forma definitiva, como veremos mais adiante, de tal forma que quanto maior a idade materna, menor a taxa de nascimento. A incidência de aborto também aumenta com a idade da mãe. Dito de uma outra maneira, a capacidade mental em conceber (ou seja, a fertilidade) diminui progressivamente após os 35 anos e um profundo declínio ocorre entre os 40 e 45 anos. Desse modo, quanto maior a idade, menor a chance de engravidar e maior a chance de abortar. Um dos principais fatores determinantes dessa influência da idade nas chances de gravidez é a qualidade do oócito, particularmente a presença de aberrações cromossômicas nos oócitos das pacientes com mais de 38 anos.¹²⁵

Pode-se dizer que a melhor idade para gestação é inversamente proporcional ao envelhecimento da pessoa, a se justificar o reconhecimento do direito à procriação para as mulheres a partir da sua capacidade plena ou de sua idade núbil.

Nesse sentido, a idade núbil incorpora elementos biológicos da aptidão para procriar, que são levados em consideração para a fixação da idade para contrair casamento.¹²⁶

Esta aptidão diz respeito ao discernimento (condições psíquicas) e à puberdade (condições fisiológicas). O discernimento vem da experiência que o tempo propicia, associa-se à autonomia do espírito. A puberdade vem com o desenvolvimento dos órgãos e glândulas que permitem conceber, e varia de indivíduo a indivíduo, com as condições de meio, de sexo, de saúde, de educação e de alimentação.¹²⁷

¹²⁵ Abdelmassih, op. Cit. p. 4.

¹²⁶ Lôbo. op. cit. p. 81.

¹²⁷ Pereira. op. cit. p. 83.

De acordo com o Direito Espanhol e o Direito Português a mulher com 18 anos de idade adquire plena capacidade para ser usuária das técnicas de reprodução humana assistida, desde que não possua nenhuma inabilidade psíquica que possa limitar o exercício de sua capacidade.

Verifica-se, no presente caso, que há uma coincidência entre o exercício da capacidade plena e a capacidade para ser usuária das técnicas de reprodução humana assistida, como demonstração do necessário discernimento e o desenvolvimento biológico natural exigido para a procriação.

Por outro lado, pode-se indagar da existência de uma idade limite para a reprodução humana assistida.

É reconhecido pela ciência reprodutiva, como já visto acima, uma maior dificuldade em procriar para as mulheres com idade avançada, contudo, também são reconhecidos casos em que mulheres com mais de 50 anos de idade chegaram a gestação. A título de ilustração, pode-se citar o caso da espanhola Carmem Bousada que com 67 anos foi mãe de duas crianças.¹²⁸

O caso de Carmem Bousada teve repercussão na Espanha em razão da mesma ter se submetido ao tratamento de fertilização nos Estados Unidos da América, quando possuía 67 anos de idade, concebendo duas crianças. A mesma somente conseguiu realizar o tratamento de fertilização, por ter mentido sobre sua verdadeira idade, ao alegar que possuía 55 anos de idade. A sua atitude foi bastante criticada, por ser uma manifestação egoísta de sua vontade, tendo a mesma declarado em uma entrevista que sua mãe havia vivido até os 101 anos de idade e que não existia nenhuma razão para ela não viver este mesmo tempo, contudo, após três anos do nascimento dos gêmeos Carmem Bousada faleceu de câncer, levantando novamente a discussão quanto à idade limite, para se submeter a técnicas de reprodução humana assistida.¹²⁹

É evidente que, com as diversas técnicas de reprodução humana assistida, principalmente com fertilização “in vitro” com óvulos de um terceiro doador, é possível que a idade da mulher não seja mais um empecilho para a gestação. O termo mãe-avó é utilizado para denominar

¹²⁸ Meroño, op. cit. p. 186.

¹²⁹ www.bebesymas.com

aquelas mulheres, com idade avançada, que tem filhos através de reprodução humana assistida.

A limitação da idade para a reprodução humana assistida gera no direito diversas dúvidas, onde alguns autores entendem que essa prática não protege os legítimos interesses das crianças, onde uma grande diferença de idade entre pais e filhos produziria um claro prejuízo para os filhos.¹³⁰

Encarna Serna Meroño não acredita que a diferença de idade por si só, como um critério geral, seja suficiente para demonstrar que os interesses da criança não estarão resguardados pelo pai e pela mãe, uma vez que, por outro lado, pode-se afirmar também que com uma mãe muito jovem a criança não estaria protegida. Em todo caso é difícil solucionar problemas tão complexos, onde ao seu juízo, a alegação de diferença de idade é muito fraca, pois dependerá de cada caso e das medidas estabelecidas para resguardar os interesses da criança, onde a casuística pode ser bastante variada. Pode acontecer que a mãe tenha uma idade avançada e o pai seja jovem e comparando com o caso em contrário, um pai com idade avançada e uma mãe jovem, como é possível o fato da mãe com idade avançada ser prejudicial ao filho, e o contrário não, onde o pai tem idade avançada e a mãe é jovem.

Com certeza, a determinação da idade limite para a reprodução assistida não deve ser vista isoladamente, mas tendo por principal fundamento, o melhor interesse da criança. É muito difícil para o legislador acertar qual idade limite seria aceitável, contudo, tendo por base o fim natural da capacidade reprodutiva para as pessoas sadias, é equilibrada a idéia de que a reprodução humana assistida não possa ser realizada em mulher com idade avançada.

É função do legislador determinar a idade limite, mas, se assim não o fizer diretamente à lei, conforme é possível compreender pelo Projeto de Lei nº 90 de 1999, que tramita no Congresso Nacional, caberá à equipe médica, responsável pela reprodução humana assistida, o poder de decidir, levando em consideração aspectos relacionados à saúde da mulher e à

¹³⁰ Meroño. op. cit. p. 186.

proteção da dignidade da criança a ser concebida, diante das circunstâncias que envolvam o caso.¹³¹

En mi opinión, la fijación de uma edad limite, solo la puede imponer el legislador, pues es quien está legitimado para fijar restricciones a las posibilidades de actuación de la persona, en este caso, ser usuária de las técnicas de reproducción asistida, pues una prohibición, solo por cuestiones de edad, acaso podría interpretarse como una vulneración del derecho constitucional a um adecuado y libre desarrollo de la personalidad que tiene toda persona.¹³²

Es comprensible que el equipo médico tenga un importante poder de decisión sobre a quién y cómo lleva a cabo la utilización de las técnicas. Parece evidente, que para la practica de las técnicas de reproducción asistida, no solo debe existir la voluntariedad de la mujer a someterse a uma fecundación asistida, sino que también, y en todo caso, se deben valorar la condiciones de salud de la usuária en su conjunto y junto con la edad de la mujer, decidir si es inadecuada la práctica de las técnicas, y solo se podra llegar a esta situación una vez examinado cada caso en concreto y nunca porque a priori y solo Poe el dato de la edad, se decida que uma mujer ya no es apta para ser usuária.

b) Aspectos Pessoais Para Ser Beneficiária.

A definição das pessoas que podem ser beneficiárias das técnicas de reprodução humana assistida gera um enorme debate no meio jurídico, principalmente, em face da discussão da condição da mulher solteira como usuária das referidas técnicas.

A Resolução do Conselho Federal de Medicina, norma ética médica, compreende que toda mulher, independente de seu estado civil, poderá ser receptora das técnicas de reprodução humana assistida.¹³³No

¹³¹ Art. 2º., III: “a receptora da técnica seja apta, física e psicologicamente, após avaliação que leve em conta sua idade e outros critérios estabelecidos em regulamento”.

¹³² Meroño, op. cit. p. 187.

¹³³ Resolução CFM 1.258/92, “II- Usuários das técnicas de RA. 1- Toda mulher, capaz nos termos da lei, que tenha solicitado e cuja indicação não se afaste dos limites desta

caso, para o Conselho Federal de Medicina é indiferente qual seja o estado civil da mulher que irá se submeter às técnicas de reprodução humana assistida, podendo a mulher estar solteira, casada, divorciada ou viúva.

O fato de a mulher solteira poder ser usuária das técnicas de reprodução humana assistida não é pacífico na doutrina, bem como nas legislações estrangeiras.

Em Portugal, somente as pessoas casadas que não se encontrem separadas judicialmente ou de fato e as pessoas de sexo diferente, que vivam em união estável a pelo menos dois anos, podem se submeter às técnicas de reprodução assistida.

Por sua vez, no Direito Espanhol de maneira bastante flexível não se leva em conta o estado civil da mulher, podendo inclusive através de uma interpretação extensiva, ser usuária das técnicas a mulher que viva em parceria com outra mulher.¹³⁴

Contudo, a análise jurídica do direito ou não da mulher solteira em ser beneficiária das técnicas de reprodução humana assistida não pode ser feita de forma isolada, mas dentro da sistemática do direito civil constitucional, onde diversos valores fundamentais da pessoa humana estão em conflito com o próprio direito à reprodução.

Daí que a primeira questão a ser discutida, é saber se o direito à reprodução assistida é um direito à saúde ou uma liberdade derivada do princípio da livre determinação da pessoa.

É evidente que o direito à reprodução assistida é um direito à saúde, diante da compreensão de que a disfunção denominada infertilidade, que apresenta na pessoa dificuldades em conceber, gera um defeito no sistema reprodutivo que impede a procriação, considerando uma doença.¹³⁵

Mas, também, não deixa de ser um direito à livre determinação da pessoa, pois, envolve a utilização do seu próprio corpo autorizando que, com a assistência médica se obtenha a gravidez.

Resolução, pode ser receptora das técnicas de RA, desde que tenha concordado de maneira livre e consciente em documento de consentimento informado.” Atualmente, encontra-se em vigor a Resolução 2.013/2013 do CFM, a qual revogou a Resolução 1.957/10 e a Resolução 1358/92 CFM.

¹³⁴ Meroño, op. cit. p. 187.

¹³⁵ Abdelmassih, op. cit. p. 3.

Tal liberdade de procriar se expressa também pelo direito fundamental ao planejamento familiar, liberdade que tem a pessoa em desejar autonomamente procriar ou não.

Caso o legislador entenda que o direito à reprodução assistida seja exclusivamente um direito à saúde, impede-se, desde logo, a utilização dessas técnicas por pessoas sadias, inclusive por mulheres solteiras e por casais homossexuais.

Por outro lado, se o legislador entender que o direito à reprodução assistida compreende uma liberdade da mulher independente de seu estado de saúde e do seu estado civil, as técnicas de reprodução assistida poderão ser utilizadas por todas as mulheres, sem qualquer discriminação.

Contudo, entendo que a adoção de um ou outro fundamento não deixaria de esbarrar no direito da criança, como principal obstáculo jurídico para limitar o direito à reprodução humana assistida.

Embora, mesmo que venha a prevalecer o entendimento de que o direito à reprodução é um direito à livre determinação da pessoa no desenvolvimento de sua personalidade, estaria o mesmo ainda limitado pela dignidade da criança a ser gerada, pois este direito não seria de exercício individual, mas conjugado com os direitos da pessoa a ser concebida.

A determinação de qual será o fundamento do ordenamento jurídico brasileiro, para as condições de admissibilidade do uso das técnicas de reprodução humana assistida, quer como direito à saúde, quer como liberdade da pessoa para determinar o seu desenvolvimento, dependerá de um necessário estudo pelo legislador.

Diante dos elementos constantes na Constituição Federal, estaria garantido à pessoa, através do Estado, o direito à reprodução assistida como direito à saúde, entendendo que os direitos fundamentais são direitos garantidos para a pessoa, que se impõe a todas as entidades públicas e privadas e que incorporam os valores básicos da sociedade.

Nesse sentido, com o reconhecimento do direito à procriação como um direito à saúde, pode-se exigir do Estado, medidas necessárias para a realização desse direito através de projetos sociais que possibilitem o acesso às pessoas que possuam infertilidade quanto às técnicas de reprodução humana assistida, contudo, isto não implicaria em um direito a ter filhos, pois, o Estado não estaria obrigado a conceber um filho para a

pessoa, mas tão somente o de prover meios para que a pessoa possa realizar o seu planejamento familiar.

Quando se quer dizer que, somente em face do direito fundamental à saúde, tem a pessoa garantido perante o Estado o direito à reprodução humana assistida, leva-se em consideração a tutela dos direitos fundamentais que garante ao cidadão o exercício do referido direito perante o Estado, que estaria vinculado à norma constitucional.¹³⁶

Assim, com o reconhecimento do direito à reprodução humana assistida, como direito fundamental à saúde, destinado àquelas pessoas que sejam diagnosticadas como inférteis, caberá ao Estado a realização de medidas sociais que visem, dentro do planejamento familiar, os meios necessários para a concepção.

Contudo, a hipótese de reconhecer o direito à reprodução humana assistida como um direito fundamental, não exclui a possibilidade do exercício deste mesmo direito, como atributo da livre determinação da pessoa no desenvolvimento de sua personalidade.

Ou seja, pode-se utilizar e qualificar a reprodução humana assistida dentro de um quadro que não seja de direito fundamental, sem a garantia do Estado, mas que respeite os interesses individuais da pessoa, como um direito próprio ao desenvolvimento de sua personalidade.

Neste sentido, sem prejuízo de o princípio da não tipicidade dos direitos fundamentais poder ser utilizado no sentido de alargar o elenco de direitos fundamentais no âmbito da procriação assistida – circunstância esta que, por outro lado, se mostra susceptível de colocar problemas de compatibilidade e de operatividade delimitada com outros valores fundamentais consagrados expressamente na Constituição, tal sucede

¹³⁶ “Em correlação com a aplicabilidade imediata dos preceitos respeitantes aos direitos, liberdades e garantias, a 2ª. Parte do art. 18, no. 1, da Constituição(portuguesa) estabelece quais são os seus destinatários. São destinatários dessas normas, estão vinculados aos direitos, liberdades e garantias, antes de mais, as entidades públicas, todas as entidades públicas, e não apenas o Estado; e todos os órgãos do poder, e não apenas um dos poderes do Estado, o poder legislativo (até porque, ao contrário do que se supunha no século XIX, não é a lei o único acto que revela para o cumprimento dos preceitos constitucionais sobre direitos, liberdades e garantias). Miranda, Jorge. Manual de Direito Constitucional, Direitos Fundamentais. Coimbra Editora: Coimbra, 1993, p. 278.

com a tutela conferida à adopção, a “um ambiente familiar normal” e, naturalmente, à dignidade da pessoa humana –, o certo é que existem limites constitucionais a um reconhecimento genérico de todas as formas ou técnicas de procriação artificial, tal como existem valores que excluem em absoluto que a utilização de certas modalidades de procriação artificial seja qualificada como sendo um direito fundamental.¹³⁷

Assim, é possível destacar que dentro da hipótese de direito pessoal, tanto a mulher quanto o homem poderiam se socorrer das técnicas de reprodução assistida, como meio alternativo de reprodução.

Dessa forma, diante da inexistência de norma constitucional ou legal, que determine o fundamento do direito à reprodução humana assistida, e imponha restrições¹³⁸ a esse direito, há uma liberdade que somente possui limites nos sentimentos éticos e morais daqueles que realizam tais técnicas.

Por sua vez, como bem leciona Paulo Otero, diante da textura aberta da moral, que não representa uma realidade unitária e indiferenciada, sua ordem normativa ética é dotada de uma considerável imprecisão, o que permite diversas interpretações quanto às condições para a utilização das técnicas de reprodução humana assistida.¹³⁹

Aqueles que defendem a possibilidade de utilização das técnicas de reprodução humana assistida somente por casais, designadamente aquelas pessoas casadas, que não se encontrem separadas judicialmente ou de fato, ou ainda que vivam, sendo de sexo diferente, em união estável, têm em mente a proteção da criança, que deverá nascer em um ambiente familiar normal, com a representação das figuras paternas e maternas.

A atual noção de vida familiar ‘normal’ está vinculada àquilo que é socialmente predominante segundo as regras de comportamento familiar. Leite afirma que, se

¹³⁷ Otero, op. Cit. p. 22.

¹³⁸ “a restrição afecta certo direito (em geral ou quanto a certa categoria de pessoas ou situações), envolvendo a sua compressão ou, douto prisma, a amputação de faculdades que a priori estariam nele compreendidas.” Miranda, op. Cit. p. 297.

¹³⁹ Otero, Paulo. Lições de Introdução ao Estudo do Direito, Pedro Ferreira Artes Gráficas: Lisboa, 1998, p. 267.

a noção de ‘família normal’ já não pode ser entendida como referência ao matrimônio, visto que a CF de 1988 rejeitou o modelo familiar único, ela continuaria valendo à relação pais e filhos. Para ele, ‘toda criança tem direito ao convívio familiar (de pai e de mãe) e a psiquiatria sempre afirmou de forma taxativa que a identificação paterna e materna é fundamental ao desenvolvimento normal dos seres humanos. Nessa linha de entendimento, a proteção constitucional aferida às crianças abarcaria o seu direito de se desenvolverem num ambiente propício ao desenvolvimento de suas potencialidades enquanto seres humanos, o que somente poderia ser garantido numa família biparental.¹⁴⁰

Afirmam que, a determinação de quem pode ser usuário das técnicas de reprodução humana assistida deve atender, em primeiro lugar, aos interesses da criança a ser gerada, principalmente quanto ao seu direito da personalidade à identidade, o que necessariamente inclui o reconhecimento de uma figura paterna.

Defende-se que, o direito ao planejamento familiar disposto no art. 226, parágrafo 7º. da Constituição Federal, ao mesmo tempo em que concede à pessoa, a liberdade para planejar a sua família, em face da liberdade em procriar ou não, também exige que tal procedimento respeite os princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável.

Nesse sentido, Maria Claudia Crespo Brauner comenta:

Pode-se afirmar, e parece plenamente razoável, a idéia de que o direito de gerar não é absoluto, ou que o direito ao filho não pode ser um argumento que abra as portas a todas as possibilidades de reproduzir artificialmente. Entretanto, os motivos evocados para restringir-se o acesso ilimitado às técnicas, ora referidas, fundamentam-se em rejeitar o tratamento da criança como uma ‘coisa’, ‘um objeto-devido’, negando irresponsavelmente a sua dignidade de pessoa.¹⁴¹

¹⁴⁰ Krell, op. Cit. p. 115.

¹⁴¹ Brauner. Op. cit. p. 79.

Segundo afirma Paulo Otero, o direito que tem a mulher solteira de não constituir família através do casamento ou da união estável, não reconhece para a mesma, um eventual direito de deliberadamente privar outro ser humano de ter um pai e uma mãe biológico-genéticos, onde possa neste ambiente desenvolver a sua personalidade.¹⁴²

A hipótese de adoção unilateral não justificaria a possibilidade de reprodução unilateral, vez que a referida adoção é um ato excepcional, onde a criança se encontra em situação de risco, sendo tal atitude um remédio para a situação lesiva em que a mesma se encontra, possibilitando com a sua colocação em família substituta, o respeito a sua dignidade.

Para aqueles que defendem a possibilidade da mulher solteira ser usuária das técnicas de reprodução humana assistida, o reconhecimento da figura paterna como elemento necessário para o desenvolvimento da criança, não importaria absolutamente na exigência de uma figura masculina, onde a família monoparental não pode ser vista como um mal.¹⁴³

Diante do exposto, alegam que havendo a possibilidade de adoção unilateral, onde a criança passaria a conviver em uma família monoparental, poderia também ser admitida a procriação unilateral, com o mesmo caráter excepcional, diante da análise de circunstâncias específicas.¹⁴⁴

A lei espanhola 14/2006 que trata da reprodução humana assistida determina que as técnicas devam ser aplicadas na mulher maior de idade, com plena capacidade, independente do seu estado civil, se casada, solteira ou companheira, e independente de sua orientação sexual, concedendo a proteção jurídica do direito à reprodução, à capacidade legal da mulher suficiente para compreender a amplitude das responsabilidades, que derivam da concepção através do uso de técnicas de reprodução humana assistida.

A evolução trazida pela lei espanhola reflete o novo desenho da família, a qual não é mais simplesmente demonstrada pela idéia do casamento entre pessoas de sexo diferentes.

¹⁴² Otero, op. cit. p. 79.

¹⁴³ Krell, op. cit. p. 114.

¹⁴⁴ Idem. p. 118.

No sistema jurídico brasileiro, novos elementos são encontrados na atualidade para compor a noção de relações familiares, transcendendo aos limites fixados na Constituição Federal.¹⁴⁵

Segundo as lições de Edson Fachin,¹⁴⁶ a partir da incidência do elemento afetivo no plano dos fatos, a família adquire um novo traçado, com o surgimento de novos direitos subjetivos.

O sentido clássico de família se assentava num aspecto tripartite que une sexo, sangue e família¹⁴⁷, propiciando a modelação das relações familiares em normas jurídicas baseadas nesse modelo. Contudo, a atual realidade aponta algumas mudanças, possibilitando a tutela jurídica à orientação sexual, alterando o alicerce da família, que passa agora a ter origem nas relações de afeto, solidariedade e mútua constituição de uma história comum.¹⁴⁸

Humanismo e solidariedade constituem, quando menos, duas ferramentas para compreender esse desafio que bate às portas do terceiro milênio com mais intensidade. Reacender o significado de projeto de vida em comum é uma tarefa que incumbe a todos, num processo sacudido pelos fatos e pela velocidade das transformações.¹⁴⁹

O reconhecimento da família monoparental na Constituição Federal confere o direito à realização das técnicas de reprodução humana assistida às mulheres solteiras, fazendo surgir como bem explanado por Julieta Quayle, uma nova forma de monoparentalidade.

Assistimos ao crescimento de uma nova forma de monoparentalidade: aquela decorrente de opções reprodutivas de mulheres que recorrem à RHA para constituição de seu núcleo familiar, independentemente da existência de qualquer laço afetivo, civil ou financeiro com um genitor potencial. Essa figura em discussão no direito brasileiro (Abrahão, 2003) refere-se inicialmente

¹⁴⁵ Fachin, O Impacto das Mudanças Sociais no Direito de Família, op. cit. p. 20

¹⁴⁶ Fachin, Direito de Família, op. cit. p. 6.

¹⁴⁷ Fachin, O Impacto das Mudanças Sociais no Direito de Família, op. cit. p. 35.

¹⁴⁸ Idem.

¹⁴⁹ Idem. P. 37.

à mulher sem companheiro (legal) que utiliza a RHA para conseguir engravidar e ter filhos. Herdeira ideológica da (antiga) “mãe solteira”, descendente da “produção independente” dos anos 90, a maternidade monoparental decorrente da utilização de diferentes técnicas de reprodução assistida está longe de ser um consenso, embora seja um fato consumado. Todavia, longe está de ser vista com naturalidade.”¹⁵⁰

Apesar das diversas correntes contrárias, a possibilidade da mulher solteira ser beneficiária das técnicas de reprodução humana assistida, sob o fundamento da dignidade da criança a ser concebida e de que o nascimento de uma criança fora do casamento, traria grande sofrimento à mesma, entende-se de forma minoritária, mas contundente, que não é a estrutura da família que trará felicidade à criança, mas sim a dinâmica que será estabelecida.¹⁵¹

Atualmente, como já foi referido, o Conselho Federal de Medicina, não discrimina a utilização das técnicas de reprodução humana assistida por mulheres solteiras.¹⁵² E para além disso, de fato, hoje já se realizam no Brasil inseminações em mulheres solteiras, independentemente das questões de ordem pública quanto à dignidade da criança.

Nessa linha de ideia, Juleta Quayle relata que estudos realizados nos Estados Unidos demonstram que não existiria na realidade danos à dignidade da criança.

Estudos sobre as repercussões dessas decisões apontam, em outras culturas, que a adequação parental (ou monoparental) não é ditada pela união estável;

¹⁵⁰ Quayle, Julieta, Conceitos e “Pré-conceitos”. A Condição da Criança na Família Monoparental. In Psicologia e Reprodução Humana Assistida. Coordenadores Rose Massaro Melamed, Liliana Seger e Edson Borges Jr. Santos Editora: São Paulo, 2009, p.127.

¹⁵¹ Idem. P. 128.

¹⁵² Capítulo II, item 1: “Toda mulher, capaz nos termos da lei, que tenha solicitado e cuja indicação não se afaste dos limites desta Resolução, pode ser receptora das técnicas de RA, desde que tenha concordado de maneira livre e consciente em documento de consentimento informado.” Resolução do CFM 1.358/92. Atualmente, encontra-se em vigor a Resolução 2.013/2013 do CFM, a qual revogou a Resolução 1.957/10 e a Resolução 1358/92 CFM.

estudo de Murray e Golombock (2005) comparou 21 mães solteiras e 47 casadas e seus filhos concebidos por inseminação artificial e concluiu que as solteiras tinham mais prazer em sua relação com os filhos, com menos reações de raiva e frustração. Seus filhos apresentavam, comparativamente, menos dificuldades comportamentais e emocionais do que os das mães casadas. Esses dados são confirmados por estudos longitudinais – com acompanhamento de até 12 anos (Colpin Soenen, 2002; Murray et al., 2006) a partir das técnicas como a ovoduação, p. ex, sem que se observassem problemas de desenvolvimento físico ou psicológico nessas crianças. Ao comparar as relações familiares em situação de FIV, ovoduação e inseminação artificial, observou-se maior sensibilidade nas respostas das últimas, que tendiam a ser, comparativamente às de ovoduação, mais envolvidas com seus filhos. Não foram observadas diferenças entre as famílias constituídas por ovoduação e FIV, e as crianças se mostraram bem adaptadas do ponto de vista de seu desenvolvimento social e psicológico (quayle, 2006)¹⁵³

Ainda se discute juridicamente, a possibilidade da lei discriminar as pessoas que podem e não podem utilizar as técnicas de reprodução humana assistida, diante da violação do princípio da igualdade perante a lei, onde o Estado não poderia diferenciar o filho da mulher solteira nascido naturalmente, com o filho gerado através de técnicas de reprodução.

Vera Lúcia Raposo, em sua Obra de Mãe para Mãe, expõe:

A única explicação para estas duas acusações de discriminação será a de considerar que as pessoas referidas são, em abstracto, titulares do direito à reprodução. Porém este direito só pode ser livremente exercido quando a natureza, isto é, a biologia, o permita. Se uma mulher só, viúva ou lésbica, engravidar pelos métodos ditos “naturais” (por relação sexual com um ser humano do sexo masculino) o Estado não tem legitimidade para se imiscuir nesta opção de vida. Não

¹⁵³ Quayle, p. 128.

lhe pode retirar a criança, nem forçá-la a abortar, nem sancioná-la de qualquer modo. Isto é, não pode proibir este comportamento. Mas quando assim não seja, e se sinta a necessidade de recorrer aos avanços da ciência, já o direito à reprodução não pode ser exercido, pois embate no direito ao bem-estar do novo ser, que logo ao nascer se veria privado de uma parcela substancial da sua integração humana, qual seja, o direito de nascer numa família nuclear, supostamente funcional (este “supostamente” visa apenas sublinhar o caráter tautológico da consideração das novas famílias como coligações humanas mais ou menos desviantes, mas sempre perniciosas e, concomitantemente, o erro de considerar as famílias tradicionais como a perfeita trindade)¹⁵⁴

Pode-se dizer ainda que não existe um estudo psicossociológico, que demonstre perfeitamente que as famílias monoparentais, advindas das técnicas de reprodução humana assistida, causem um efetivo prejuízo ao crescimento da criança. As especulações, nesses casos, levam em consideração princípios morais, com uma enorme carga protetiva da criança, baseados em elementos que interessam ao conceito clássico de família.¹⁵⁵

Aqueles que criticam o uso de técnicas de reprodução humana assistida por mulher solteira, alegam que tais técnicas não podem ser utilizadas pelas mesmas para atender a um projeto pessoal, uma vez que revelaria um egoísmo da genitora, e não estaria preocupada com as repercussões no âmbito da personalidade da criança.

Contudo, concluo que mesmo diante de um projeto unilateral, a formação de uma família monoparental através da reprodução assistida, representa um projeto de amor e carinho para com o ser que irá nascer, não permitindo considerá-lo um projeto egoísta ou impessoal.¹⁵⁶

¹⁵⁴ Raposo, Vera Lúcia, *De Mãe para Mãe*, Coimbra Editora: Coimbra, 2005, p. 70.

¹⁵⁵ *Idem*, p. 71.

¹⁵⁶ “Como considerar tal afirmação à luz de tantas evidências empíricas de que não é a estrutura, mas a dinâmica que se estabelece na família, que pode associar-se à chamada ‘felicidade’ individual? Como considerar a vacinação de tantos desastres e agruras?”

Diante da inexistência de evidências que demonstrem a possibilidade de dano à pessoa concebida a partir de uma mãe solteira, e em face da atual arquitetura jurídica que apresenta um regime familiar aberto e fraterno, igualitário e plural¹⁵⁷, compreendo que é juridicamente possível a constituição de uma família monoparental a partir das técnicas de reprodução humana assistida.

O consentimento.

Por último, como condição pessoal para a aplicação das técnicas de reprodução humana assistida está o consentimento informado.

A resolução do Conselho Federal de Medicina estabelece no capítulo II que *"toda mulher, capaz nos termos da lei, que tenha solicitado e cuja indicação não se afaste dos limites desta Resolução, pode ser receptora das técnicas de RA, desde que tenha concordado de maneira livre e consciente em documento de consentimento informado"*¹⁵⁸

Ora, o consentimento para a utilização das técnicas de reprodução assistida deve ser realizado através de documento escrito, onde deve constar expressamente todas as condições concretas de cada caso.

A lei espanhola, a lei italiana, assim como a lei portuguesa determinam que somente é admissível a utilização das técnicas de reprodução assistida, a partir da obtenção do consentimento informado.

O consentimento informado de forma geral, é um requisito essencial para todo tratamento médico e no caso de reprodução assistida, além da produção de efeitos no corpo da mulher, há também a produção de efeitos morais, jurídicos, sociais e econômicos.

Como considerá-la senão como o requisito de uma superstição, a voz do preconceito que não se cala? Entende-se aqui que a criança assim concebida e criada está sendo privada de seu direito e que '... a inseminação artificial não foi desenvolvida para atender interesses egoísticos de particulares, muito menos de grupos ou segmentos de conduta excepcional na sociedade; a legitimidade deste recurso repousa na natural intenção de ter prole, própria de casais, como decorrência natural da relação matrimonial, ou, da entidade familiar (...). A inseminação deve atender a um projeto parental e nunca um projeto impessoal. (Leite, 1995: 336, apud Abrahão, 2003) conforme Juleta Quayle, op. cit. p. 128.

¹⁵⁷ Fachin, Luiz Edson. O impacto das mudanças sociais no direito de família. Op. cit. p. 20

¹⁵⁸ Não está grifado no original.

Si è già accenato (e si ritornerà spesso su questo caposaldo della legge) Che ogni intervento medico o di istituzioni pubbliche in matéria di procreazione assistida trova fondamentale giustificazione nel consenso dei soggetti richiedenti; consenso Che presuppone adeguate informazioni e determina uma serie di conseguenze morali, giuridiche, sociali ed economiche.¹⁵⁹

Ora, tratando-se de uma intervenção médica, a necessidade de um consentimento livre e inequívoco, conforme explica Eduardo Oliveira Leite, decorre do princípio da inviolabilidade do corpo.¹⁶⁰

Contudo, no caso de reprodução assistida, os efeitos da intervenção médica vão mais além do que as modificações no corpo da mulher e os riscos de uma gravidez.

Nos casos de mulheres casadas ou em união estável, haverá também a necessidade do consentimento do marido ou companheiro, pois a procriação deve ser um projeto comum, independente se a reprodução for homóloga ou heteróloga.

O consentimento informado, necessário para a realização da reprodução humana assistida deriva do princípio da autonomia da vontade, como a liberdade que o ser humano tem para conduzir a sua vida privada.

Segundo as lições de Marco Segre e Claudio Cohen, a compreensão de autonomia na relação médico-paciente, entende que ambos devem ser competentes e, portanto, livres para poderem avaliar as opções possíveis, permitindo uma escolha consciente e conseqüente.

Para que uma ação possa considerar-se autônoma, poderíamos exigir uma substancial satisfação dessas condições, um completo ou quase completo entendimento da situação e/ou uma completa ausência de influência. Levando estas questões a um último grau, e colocando-as num mundo prático, observaremos o quão serão as ações pessoais autônomas, até mesmo nunca o sendo. O objeto

¹⁵⁹ Santosuosso, Fernando. *La Procreazine Medicalmente Assistita*, Giuffrè: Milano, 2004, p. 32.

¹⁶⁰ Leite, op. cit. p. 31.

realista é, apenas, que uma decisão conseqüente seja substancialmente autônoma.¹⁶¹

Nesse sentido, a autonomia é um conceito que está ligado à escolha reflexiva individual.

Assim, o respeito à autonomia da vontade pode ser interpretado dentro de uma larga extensão, não podendo ser aplicado às pessoas que não estejam em condições de agir de maneira suficientemente autônoma. As pessoas incapazes, ignorantes, débeis, criança, dependentes de drogas, não estão em condições de manifestar de forma livre e refletida a sua vontade.

Inicialmente, antes que o paciente tenha condições de decidir se um tratamento médico lhe é aceitável, segundo seu próprio plano de vida, ou projeto familiar, deve o mesmo ser informado das possibilidades médicas de intervenção, suas recomendações, além da visão do próprio médico e como as recomendações afetam os valores do seu paciente.

Segundo Segre, o *“consentimento esclarecido (ou informado) é uma expressão do ato autônomo. Este ato é caracterizado como “uma decisão, e um ato, sem restrições internas ou externas, com tanta informação quanto o caso exige, e de acordo com a avaliação feita por uma pessoa no momento de tomar a decisão.”*¹⁶²

Em relação ao consentimento para a utilização das técnicas de reprodução humana assistida pela mulher, diversos podem ser os efeitos e os pressupostos, segundo o seu estado civil, no caso em que a mulher possui um companheiro ou é solteira.

Partindo do princípio que o Conselho Federal de Medicina autoriza a utilização das técnicas de reprodução humana assistida por mulheres solteiras, através da doação do material reprodutivo masculino por um terceiro, que esteja depositado em algum banco, vai ser necessário

¹⁶¹ Segre, Marco; Cohen, Claudio. Bioética, Editora da Universidade de São Paulo: São Paulo, 1995, p. 88.

¹⁶² Marco Segre, Situação ético-jurídica da Testemunha de Jeová e do médico e /ou instituição hospitalar que lhe presta atenções de saúde, face à recusa do paciente-religioso na aceitação de transfusões de sangue(parecer), citado por Zelita da Silva Souza e Maria Isabel Dias Miorim de Moraes, no Simpósio de Bioética, in <http://www.portalmedico.org.br/revista/bio1v6/eticmedica.htm>

o seu consentimento livre e informado, feito de forma escrita para que a utilização das referidas técnicas sejam autorizadas.¹⁶³

Diante disso, encontraremos crianças sem pais, o que é bastante discutível, principalmente quando o direito de família tem como princípio a proteção e o bem estar da criança.¹⁶⁴ Sendo relevante, diante da possibilidade de danos à criança, que esta circunstância seja esclarecida e informada à mulher, para que em sua manifestação de vontade possa a mesma ter consciência de todos os aspectos que resultam da utilização das técnicas de reprodução humana.

Nessa linha de entendimento, nada impede que um casal de mulheres homoafetivas possam se socorrer das técnicas de reprodução humana assistida, surgindo uma situação própria na qual o legislador brasileiro ainda não se aventurou em legislar.¹⁶⁵

Nos casos de mulheres casadas ou em união estável, o consentimento do marido ou companheiro é necessário, uma vez que a reprodução passa a ser um projeto familiar, comum, conforme capítulo II, item 2 da Resolução do Conselho Federal de Medicina: *“Estando, casada ou em união estável, será necessária a aprovação do cônjuge ou do companheiro, após processo semelhante de consentimento informado.”*

Dentro da perspectiva da utilização das técnicas pela mulher casada, podem surgir duas situações:

a) a utilização do sêmen do marido ou companheiro, no caso de fecundação homóloga.

b) a utilização do sêmen de um doador, no caso de fecundação heteróloga.

Na primeira situação, justifica-se a autorização do marido para a utilização das técnicas com fundamento no próprio casamento, que

¹⁶³ “ toda mulher, capaz nos termos da lei, que tenha solicitado e cuja indicação não se afaste dos limites desta Resolução, pode ser receptora das técnicas de RA, desde que tenha concordado de maneira livre e consciente em documento de consentimento informado” atualmente, encontra-se em vigor a Resolução 2.013/2013 do CFM, a qual revogou a Resolução 1.957/10 e a Resolução 1358/92 CFM.

¹⁶⁴ Hernández, Angel Sánchez. Técnicas de Reproducción Humana Asistida, in Comentários a La Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, Aranzadi: Navarra, 2007, p. 50

¹⁶⁵ Idem.

determina uma comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.¹⁶⁶

Assim, a necessidade de autorização e consentimento informado do marido, é determinada pela igualdade de direitos e deveres, dentro das responsabilidades impostas ao casal para o planejamento familiar.

Além do mais, conforme determina o Código Civil Brasileiro, atribui-se ao marido a filiação havida por fecundação artificial homóloga.¹⁶⁷

Por sua vez, no segundo caso, diante da utilização de sêmen de doador, o consentimento é necessário como fundamento da paternidade,¹⁶⁸ pois, somente o consentimento do marido criará obrigações perante a criança que irá nascer.

O Código Civil presume a filiação, na constância do casamento, dos filhos havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.¹⁶⁹

Assim, o consentimento do marido para que a esposa receba o material doado por terceiro, obriga-lo-á de maneira irrevogável a paternidade, não podendo futuramente impugnar aquela filiação. A presunção de paternidade nesse caso, impede a impugnação da filiação, sendo o filho considerado como nascido na constância do casamento, responsabilizando o marido como pai, para todos os efeitos legais.

Por outro lado, em sentido contrário, caso não haja o consentimento do marido nas situações acima determinadas, duas são as possibilidade que podem ocorrer e suas conseqüências.

Inicialmente, se o material genético implantado na mulher for do próprio marido, apesar de não possuir o seu consentimento, aplica-se no caso o critério biológico, atribuindo a paternidade ao marido, diante do princípio da proteção da criança, bem como pela aplicação do artigo 1.597 do Código Civil, que não exige o consentimento do marido para presumir a filiação, nos casos de fecundação homóloga.

Por sua vez, no segundo caso, se o material genético implantado na mulher for de um terceiro doador, não há como atribuir a paternidade

¹⁶⁶ Art. 1.511 do Código Civil.

¹⁶⁷ Art. 1.597, III, do Código Civil.

¹⁶⁸ Hernández, op. cit. p. 53.

¹⁶⁹ Art. 1.597, V do Código Civil.

ao marido, que não consentiu o tratamento, não sendo possível aplicar a presunção legal determinada pelo Código Civil. Assim, poderá o marido impugnar a filiação, que não possui a sua descendência biológica e não foi pelo mesmo autorizado.

Como é sabido, o consentimento do futuro ‘pai’ tem efeitos jurídicos consideráveis no que toca à filiação(art. 1839, no. 3, do Código Civil) e à obrigação de alimentos(arts. 2003 e segs. do Código Civil e art. 197 do Código Penal), mas do que aqui se trata é de saber se para o processo médico propriamente dito de inseminação medicamente assistida, fecundação in vitro com posterior implantação ou de fecundação intra tubária, a falta de consentimento do cônjuge pode afectar a validade do consentimento que o médico obteve da mulher. A orientação prevalecente é a de que tendo o marido meios civis de reacção (v.g., divórcio) nos casos em que discorda da atitude da mulher que pretende doar gametas ou recebê-los e acrescentando que na generalidade dos sistemas jurídicos o consentimento do marido não é exigido para a realização de um aborto ou para uma esterilização, não faria sentido exigir tal consentimento para técnicas de procriação assistida. Todavia, é preciso ter presente que ‘a obtenção de um óvulo duma dadora exige uma intervenção cirúrgica’ e que ‘uma gestacional carrega com a criança nove meses e tem um parto’. Daí que em todos os casos que exigem mais que uma simples doação de esperma a questão da autorização ou da opinião do marido deva ser tida em conta.¹⁷⁰

Assim, a manifestação de vontade é elemento essencial para a validade do processo de reprodução humana assistida, impondo-se ao médico a obrigação de obter de todos os intervenientes o consentimento.

171

¹⁷⁰ Dias, op. cit. p. 293.

¹⁷¹ “Sendo vários os intervenientes no processo, impõe-se que o médico de todos obtenha o consentimento; não apenas da doente (a mulher afectada por problemas, próprios ou do marido, de infertilidade) mas também do dador de sêmen, ou se, for caso disso, da

Por muito tempo, discutiu-se a existência de um adultério ginecológico, nos casos de falta de consentimento do marido para o processo de reprodução humana assistida, tendo Fernando Santosuosso, declarado em sua Obra “La fecondazione Artificiale Umana” que em face da enorme carga negativa do adultério quanto ao ponto de vista social e pessoal, a gravidez sem autorização do marido, obtida por inseminação artificial heteróloga, justifica a intolerância da manutenção da convivência conjugal.¹⁷²

Conclui-se dessa forma, que o consentimento informado é requisito de validade para a utilização das técnicas de reprodução humana assistida, principalmente quando da utilização de material estranho ao casal, diante das diversas repercussões jurídicas e sociais, que podem resultar do tratamento. Além do mais, a reprodução humana assistida deve ser objeto de informação com todos os riscos à saúde e possibilidades de resultados, em cada caso concreto, de forma a exaurir todas as possibilidades de sucesso e de fracasso.

No próximo capítulo será abordada a tutela jurídica do embrião como estudo necessário para a compreensão dos direitos que possuem o embrião, em face das técnicas de reprodução humana assistida.

dadora de gametas femininos e quiçá do cônjuge (ou companheiro) da doente e do dador ou da dadora. Não que o cônjuge goze de um qualquer direito de veto sobre a autonomia decisória da mulher, mas porque tal solução servirá para expressar o respeito pelo “outro” e só poderá estimular a harmoniosa vivência conjugal.” Dias, op. Cit. p. 293.

¹⁷² Citado por Dias, op. Cit. p. 295.

7 TUTELA JURÍDICA DO EMBRIÃO

A proteção do embrião é determinada a partir do estudo do início da vida humana, diante da necessidade de proteção à vida consagrada na Constituição Federal.

A utilização das técnicas de reprodução humana assistida, possibilita a obtenção de embriões “in vitro”, com sua manipulação extracorporal, para posterior implantação na mulher.

Contudo, a problemática da proteção do embrião parte da possibilidade fática de não implantar os embriões na mulher, em face da fertilização de óvulos em excesso.

Ana Paula Guimarães, diante de tal problemática encontra três caminhos possíveis para os embriões: a sua destruição, a sua utilização para fins de investigação e o seu congelamento.¹⁷³

Daí, que é necessário o estudo da personalidade jurídica do embrião, com a determinação do início da vida humana, objetivando solucionar as principais controvérsias relativas à manipulação dos embriões.

A problemática sobre o início da personalidade humana, a partir da concepção, é própria do pensamento científico, onde o embrião desde o momento da concepção, traz consigo de forma demarcada, os seus genes e cromossomos, com as características que o individualiza como um ser único e irrepetível.¹⁷⁴

A concepção tradicional sobre o início da personalidade(humana) - pessoa é todo o ser(humano) nascido vivo e viável - está dominada pela concepção aristotélica da alma vegetativa ou nutritiva, faculdade de crescimento e de reprodução; da alma animal ou sensitiva, faculdade de sentir, de desejar e de se mover;

¹⁷³ Dissemos já que, para que se obtenha uma percentagem elevada de sucesso, é necessária a fertilização de vários óvulos de cada vez. Dos óvulos fecundados in vitro nem todos são implantados. Tal facto coloca-nos perante a específica problemática da seleção pré-implantatória e dos embriões excedentários. É o que vamos agora estudar. Relativamente a esta última encontramos três caminhos possíveis: destruição, utilização para fins de investigação e congelamento. Guimarães, op. cit. p. 169.

¹⁷⁴ Beltrão, op. cit. p. 72

e da alma razoável ou pensante, faculdade de humanidade, esta sendo adquirida com o nascimento.¹⁷⁵

A ideia de que somente a criança nascida tem proteção jurídica é pré-científica fundada na ignorância da vida pré-natal. Hoje não há dúvidas que o ser humano concebido é capaz de sensações e sentimentos, e que a partir da concepção já é possível determinar a existência de uma vida em evolução.¹⁷⁶

A formatação da ideia do início da personalidade humana, deve-se à necessidade de defesa da vida intra-uterina em relação ao exterior, como uma tradução da realidade da pessoa à qual necessita ser protegida desde o momento da sua concepção.

Parece, assim, inegável a existência de vida humana no nascituro concebido, uma vez que ele, desde a concepção emerge como um ser dotado de uma estrutura e de uma dinâmica humana autônomas, embora funcionalmente dependente da mãe.¹⁷⁷

Sendo assim, a tutela do direito à vida consagrado na Constituição Federal não protege exclusivamente àqueles seres dotados de personalidade jurídica, segundo o ordenamento civil, mas na verdade à vida humana, aplicável ao ser humano, também, antes do nascimento, independente da noção jurídico-civilista de personalidade jurídica.¹⁷⁸

Daí que, pode se dizer que não é a personalidade jurídica que justifica a titularidade de direitos por parte do ser humano, mas sim a qualidade de ser humano que desperta a titularidade de certos direitos e conseqüentemente envolve o reconhecimento da personalidade jurídica.

Partindo de novas evidências é possível ao direito, a abertura de novos questionamentos.¹⁷⁹

¹⁷⁵ Campos, Diogo Leite. *Lições de Direito da Personalidade*. Coimbra: Editora Coimbra, 1995, p. 40.

¹⁷⁶ Beltrão, op. Cit. p. 73.

¹⁷⁷ Souza, op.cit., p. 158.

¹⁷⁸ Idem, p. 36.

¹⁷⁹ Ferraz Jr., Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: Atlas, 1994, p. 44.

A personalidade humana pré-natal atribuída ao nascituro é apresentada através de um enfoque atual da ciência, em face do avanço tecnológico, da proteção natural da vida e da atribuição de direitos para períodos em que não se reconhecia a pessoa, tudo em face da aplicação abrangente do princípio da dignidade humana.

Gabriel Del Estal expõe o seguinte:

En segundo lugar, hablemos de la independencia del ser concebido con respecto de su propia madre. Esta es una independencia genética (...) el nuevo ser así engendrado en nada se parece al padre o a la madre, tiene rasgos de uno e de otro(...) todolo que tiene personalidad es ya por definición una persona. Ningún biólogo duda hoy día de que en el momento mismo de la reunión de los gametas se ha engendrado ya una vida nueva e divisoria, ninguna solución de continuidad, entre vida pristina apenas esbozada, en un grupito está en plenitud de sus potencias(....) Pero su cualidad biológica, su definición, será la misma desde el ser unicelular hasta el individuo adulto.¹⁸⁰

A partir do momento em que há a formação do embrião com a concepção, não se pode duvidar, do ponto de vista biológico, que a vida se inicia e que a ordem jurídica protege o direito de nascer, sancionando como crime o aborto.

Assim, pode-se concluir que o nascituro passa a ser uma entidade parcialmente dotada de força jurídica, em face da possibilidade de tutela jurídica contra lesões e ilícitos praticados antes do nascimento,

¹⁸⁰ “Em segundo lugar, falemos da independência do ser concebido em relação a sua própria mãe. Esta é uma independência genética(...) o novo ser assim engendrado em nada se parece ao pai e a mãe, tem traços de um e de outro(...) Todos que têm personalidade é por definição uma pessoa. Nenhum biólogo duvida hoje em dia de que no mesmo momento da reunião dos gametas se tem engendrada uma nova vida e dividida, nenhuma solução de continuidade entre a vida primitiva e apenas esboçada, em um pequeno grupo está em plenitude de suas potências(....) por sua qualidade biológica, sua definição, será a mesma desde o ser uninuclear até o indivíduo adulto”. Estal, Gabriel Del. *Derecho a la vida e institución Familiar*. Madrid: Apostolado de la Prensa, 1979, p. 18.(tradução nossa)

demonstrando-se adequada à ideia defendida por Hubmann, Karl Larenz e Oliveira Ascensão da existência de uma personalidade jurídica parcial, com a atribuição de uma esfera própria para o nascituro.¹⁸¹

Contudo, as coisas não se parecem tão simples como se apresentam.

a) O Início da Vida.¹⁸²

Apesar do reconhecimento de vida humana ao nascituro, há ainda discussões quanto ao momento exato do início da vida, o que poderá determinar de forma diferente, a abrangência do direito principalmente diante das técnicas de reprodução “in vitro”.

Inicialmente, há uma corrente doutrinária, derivada da linha interpretativa da Igreja Católica, que defende a ideia de que a partir da fecundação do óvulo pelo espermatozóide começa a vida humana, distinta em relação a de seus genitores.¹⁸³

Diante da fusão do espermatozóide com o óvulo, se origina o novo ser dando início ao processo da vida, em uma sucessão gradual e continua que fará nascer uma pessoa humana.¹⁸⁴

A vida humana, segundo essa corrente, tem início com a concepção a partir da formação do novo corpo genético.¹⁸⁵

¹⁸¹ apud Souza, op.cit., p.364.

¹⁸² O STF designou audiência pública para discutir o início da vida, em face da lei de Biossegurança que permite a realização de pesquisas a partir da utilização de embriões inviáveis. Em decisão proferida em 29 de maio de 2008, o STF decidiu julgar improcedente a ADI 3510: “Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, por maioria e nos termos do voto do relator, julgou improcedente a ação direta, vencidos, parcialmente, em diferentes extensões, os Senhores Ministros Menezes Direito, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cezar Peluso e o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. - Plenário, 29.05.2008” <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=3510&processo=3510>.

¹⁸³ Guimarães, op. cit. p. 152.

¹⁸⁴ Idem, p. 153.

¹⁸⁵ “A ontogenia humana, isto é, o aparecimento de um novo ser humano, ocorre com a fusão dos gametas feminino e masculino, dando origem ao zigoto, com um código genético distinto do óvulo e do espermatozóide. A fetologia e as modernas técnicas de medicina comprovam que a vida inicia-se no ato da concepção, ou seja, da fecundação do óvulo pelo espermatozóide, dentro ou fora do útero. A partir daí tudo é

Na verdade, embora condicionado ao organismo materno, o ser humano em formação possui um dinamismo próprio, uma vida própria e actual que se vai desenvolvendo e aperfeiçoando. Não vive por si, mas vive para si. É já um ser e não uma parte da mãe que o gera. Um dia, este ser, encontrando-se capaz de se autonomizar do corpo da mãe, nascerá, crescerá, envelhecerá e, um outro dia morrerá.¹⁸⁶

Por outro lado, diante do processo natural de desenvolvimento do embrião, há quem defenda que a vida humana realmente somente se inicia a partir da nidação.

A nidação ocorre quando o embrião fixa-se no útero.

Segundo Ana Paula Guimarães¹⁸⁷, diante do processo de seleção natural o organismo da mulher encarrega-se de eliminar cerca da metade dos óvulos fecundados, onde a vida humana em gestação até a nidação é particularmente instável e frágil.

Nesse mesmo sentido, antes da nidação *“não se pode falar em individualização pois existe um momento do processo embrionário conhecido por ‘segmentação’ que ocorre até o 14º. dia após a fecundação, em que há a possibilidade de se formarem gêmeos”*.¹⁸⁸

Aqueles que defendem a teoria da nidação declaram que antes das primeiras trocas entre a mãe e o feto, somente existiria um amontoado de células, que isoladamente não permitiriam a determinação da vida, pois não teriam condições de desenvolvimento fora do útero materno.

transformação morfológico-temporal, que passará pelo nascimento e alcançará a morte, sem que haja qualquer alteração do código genético, que é singular, tornando a vida humana irrepitível e, com isso, cada ser humano único. Jerome Lejeune, geneticista francês e autoridade mundial em biologia genética, asseverou: ‘Não quero repetir o óbvio mas, na verdade, a vida começa na fecundação. Quando os 23 cromossomos masculinos se encontram com os 23 cromossomos da mulher, todos os dados genéticos que definem o novo ser humano já estão presentes. A fecundação é o marco do início da vida. Daí para frente, qualquer método artificial para destruí-lo é um assassinato.’” Diniz, Maria Helena, O Estado Atual do Biodireito, Saraiva: São Paulo, 2007, p. 25.

¹⁸⁶ Guimarães, op. Cit. p. 154.

¹⁸⁷ Idem.. p. 154.

¹⁸⁸ Idem, p. 155.

Esta teoria apregoa que somente a partir da nidação (fixação) do ovo no útero materno é que começa, de fato, a vida. 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. Assim, para os defensores desta teoria, é a partir da nidificação (ligação do blastocisto a mucosa uterina) que a mulher pode ser considerada grávida. Antes disso, o conceito humano não pode ser considerado nascituro, não obstante (e aí vem o que parece um contra-senso) reclamar o dever de proteção jurídica enquanto pessoa virtual, com carga genética própria.¹⁸⁹

Assim, com a nidação poder-se-ia falar na obtenção de uma identidade individual, que não se confundiria com a figura da identidade genética.¹⁹⁰ Ora, independente do reconhecimento de que biologicamente a vida humana começa com o encontro do espermatozóide com o óvulo, somente com a nidação o novo ser se identifica como nascituro, obtendo do sistema jurídico a devida proteção.¹⁹¹

O Direito Penal alemão dispõe, que não pode ser considerada interrupção voluntária da gravidez, qualquer ato praticado antes da nidação.¹⁹²

¹⁸⁹ Vasconcelos, Cristiane Beuren, *A Proteção Jurídica do Ser Humano In vitro na Era da Biotecnologia*. Atlas: São Paulo, 2006, p. 44

¹⁹⁰ Guimarães, op. Cit. p. 156.

¹⁹¹ A vida, no sentido da existência histórica de um ser humano, ocorre segundo os conhecimentos biológicos e fisiológicos pelo menos a partir do 14º. dia a seguir à concepção (nidação, individualização). O desenvolvimento que posteriormente se opera é contínuo, se bem que não se possa fazer uma divisão precisa, nem uma distinção exacta entre as diferentes fases do desenvolvimento da vida humana. Dias, op. cit. p. 161.

¹⁹² “Por outro lado, parece-me igualmente inquestionável que o embrião seja somente uma forma prévia, ainda muito pouco desenvolvida, do homem, que não pode gozar da mesma proteção que o homem nascido – ainda mais enquanto o embrião se

Por sua vez, uma terceira corrente entende que somente a partir da formação dos rudimentos do sistema nervoso central, poder-se-ia falar em vida humana.

A teoria da formação do sistema nervoso no embrião leva em consideração, os mesmos fundamentos para o término da vida humana, onde o fim da vida é determinado pela morte encefálica, e que o início da vida seria formado a partir do desenvolvimento do sistema nervoso no embrião.¹⁹³

Apesar da existência dessas diversas teorias, é certo que o direito penal brasileiro protege o embrião a partir da nidação, pois, enquanto o embrião estiver “*in vitro*”, fora do organismo da mulher, não há como imputar à sua morte o crime de aborto, pois, não existe ainda a gravidez, e conseqüentemente a sua interrupção.

Atualmente, no ordenamento jurídico brasileiro não existem normas que imponham uma sanção pelo descarte de embriões, não sendo possível determinar a existência do crime de aborto.

Pode-se até afirmar que não existe proteção legal, em face da falta de previsão, contudo, não é possível declarar que não tenha ocorrido a destruição de uma vida embrionária, dentro de um processo vital do novo ser.

encontrar fora do corpo da mãe. Uma corrente fundamentalista relativamente grande na Alemanha e também, por ex., na Ásia oriental, nega esta posição, numa postura que, contudo, não é sustentável, face aos demais limites admitidos à proteção à vida. O impedimento intencional da nidação, através de pílulas ou espirais, é impune segundo o Direito Alemão (§ 218, I, 2 StGB), de modo que, antes da implantação no útero o embrião carece de qualquer tutela. Face ao Código Penal brasileiro, que não toma posição expressa a respeito do momento inicial da proteção penal, é igualmente possível sustentar este posicionamento, o que é mesmo feito por um setor aparentemente minoritário da doutrina”. Roxin, Claus. A proteção da vida humana através do Direito Penal. Conferência realizada no dia 07 de março de 2002, no encerramento do Congresso de Direito Penal em Homenagem a Claus Roxin, Rio de Janeiro. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 23 de janeiro de 2010.

¹⁹³ “Esta teoria apóia-se no critério que coincidir o fim da vida com a falta irreversível de atividade cerebral. Afirma-se que assim como a morte do homem se determina com a morte cerebral, também antes da formação do córtex cerebral não existe pessoa humana. A partir daí, diz-se, o embrião possui vida humana digna de proteção”. Guimarães, op. cit. p. 158.

A partir do momento em que é possível destruir a vida contida numa proveta fertilizada, interromper o processo vital deste novo ser ou, por outras palavras, provocar a morte do novo ser cuja vida começou no momento da fecundação *in vitro*, antes de implantado no corpo materno, deparamo-nos com uma forma de lesão à vida. Há uns anos atrás, conceber uma vida humana era apenas possível no interior do organismo materno. Mas se outras formas de concepção da vida humana são agora possíveis, seguramente, surgem novas formas, ou pelo menos, formas diferentes de lesão à vida: a lesão da vida extra-uterina pré-implantatária que merece ser tutelada penalmente, à semelhança do que se passa com a norma que incrimina e pune o aborto.¹⁹⁴

O embrião possui uma vida em desenvolvimento e merece proteção do direito, em respeito à dignidade da pessoa humana.

Se, de acordo com a teoria conceptualista, a personalidade jurídica da pessoa tem início a partir da concepção, não interessa o momento e a fase do desenvolvimento do embrião para determinar que a vida deve ser protegida a partir do seu início.

Independente daqueles que teorizam a existência da vida humana, somente a partir da nidação, com o objetivo de estabelecer a possibilidade de destruição do embrião *“in vitro”*, não podemos considerar o embrião como uma coisa juridicamente falando, pois, o embrião é parte da evolução de um ser humano e deve ser respeitado a partir do princípio da dignidade da pessoa humana.

Mas a nossa questão é prévia em relação a essa; consiste em saber se o embrião é ou não dotado de personalidade – no sentido de humanidade – mesmo sendo certo que isso não resulta indiscutivelmente da sua aparência externa, da sua independência e da individualidade. Se chegarmos à conclusão que o embrião é uma pessoa humana em potência (*in fieri*)

¹⁹⁴ Guimarães, op. cit. 184.

haveremos de concluir necessariamente pela necessidade da sua proteção jurídica.¹⁹⁵

Ora, a vida humana deve ser protegida em qualquer de suas fases, em respeito à dignidade da pessoa humana, contudo, algumas perguntas são difíceis de serem respondidas, principalmente em relação à destinação dos embriões excedentes.

b) O Destino dos Embriões Excedentes.

A Resolução do Conselho Federal de Medicina no. 1.358/92 que trata de reprodução assistida dispõe que caberá ao casal a disponibilidade dos embriões não utilizados e criopreservados, esclarecendo que eles não poderão ser destruídos.¹⁹⁶

Por sua vez, o art. 5º. da Lei de Biossegurança¹⁹⁷ dispõe que os embriões não utilizados no respectivo procedimento e que estejam congelados há mais de três anos, podem ser utilizados em pesquisa científica.¹⁹⁸

¹⁹⁵ Dias, op. cit. p. 163.

¹⁹⁶ V - CRIOPRESERVAÇÃO DE GAMETAS OU PRÉ-EMBRIÕES

1 - As clínicas, centros ou serviços podem criopreservar espermatozóides, óvulos e pré-embriões.

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

3 - No momento da criopreservação, os cônjuges ou companheiros devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos pré-embriões criopreservados, em caso de divórcio, doenças graves ou de falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los.

¹⁹⁷ Ver julgamento da ADI 3510 no STF:

<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=3510&processo=3510>.

¹⁹⁸ Lei 11.105/05 - Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

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

A partir da Lei de Biossegurança exige-se que os embriões não sejam viáveis, e que estejam congelados há três anos ou mais da data da publicação da lei.¹⁹⁹

Nesses casos, a utilização dos embriões em pesquisa científica requer obrigatoriamente o consentimento dos genitores e a aprovação do projeto científico pelo Comitê Ético.

A Lei espanhola 14/2006²⁰⁰, permite o término da conservação do embrião, sem sua cessão para outra pessoa, desde que tenha finalizado o prazo máximo de conservação, estabelecido em lei, sem que outro destino

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

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

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

¹⁹⁹ A lei foi omissa em relação aos embriões congelados após a publicação da lei.

²⁰⁰ *Artículo 11. Crioconservación de gametos y preembriones.*

1. *El semen podrá crioconservarse en bancos de gametos autorizados durante la vida del varón de quien procede.*
2. *La utilización de ovocitos y tejido ovárico crioconservados requerirá previa autorización de la autoridad sanitaria correspondiente.*
3. *Los preembriones sobrantes de la aplicación de las técnicas de fecundación in vitro que no sean transferidos a la mujer en un ciclo reproductivo podrán ser crioconservados en los bancos autorizados para ello. La crioconservación de los ovocitos, del tejido ovárico y de los preembriones sobrantes se podrá prolongar hasta el momento en que se considere por los responsables médicos, con el dictamen favorable de especialistas independientes y ajenos al centro correspondiente, que la receptora no reúne los requisitos clínicamente adecuados para la práctica de la técnica de reproducción asistida.*
4. *Los diferentes destinos posibles que podrán darse a los preembriones crioconservados, así como, en los casos que proceda, al semen, ovocitos y tejido ovárico crioconservados, son:*
 - a. *Su utilización por la propia mujer o su cónyuge.*
 - b. *La donación con fines reproductivos.*
 - c. *La donación con fines de investigación.*
 - d. *El cese de su conservación sin otra utilización. En el caso de los preembriones y los ovocitos crioconservados, esta última opción sólo será aplicable una vez finalizado el plazo máximo de conservación establecido en esta Ley sin que se haya optado por alguno de los destinos mencionados en los apartados anteriores.*

possa ser dado ao embrião, onde a Lei portuguesa permite a utilização dos embriões que não estejam envolvidos em um projeto parental para fins de investigação científica, após decorridos o prazo de três anos.

Segundo o Professor Oliveira Ascensão o único argumento utilizável em abono à entrega dos embriões, para serem destruídos através da sua utilização científica, é o argumento do mal menor.

Como esses embriões estariam destinados a perecer de qualquer modo, o argumento do mal menor consiste em realçar a superioridade de uma destruição útil à ciência sobre o perecimento a que estão condenados, sem qualquer proveito.²⁰¹

A doutrina espanhola, sem deixar de lado a compreensão da enorme discussão que envolve a destinação dos embriões excedentes, entende que a Lei não resolve o problema ético, mas somente esclarece as situações jurídicas quanto à destinação dos embriões.

Boa parte da doutrina não vê na Lei a necessária proteção jurídica do embrião, em face do princípio da dignidade humana e do direito à vida contida na Constituição espanhola.

Sem a proteção da Lei, a ciência médica justifica a produção de embriões em número maior do que àqueles que serão transmitidos, ao tratamento médico de fecundação *"in vitro"*, onde se obtém uma quantidade de óvulos superior à necessária para implantação, com o objetivo de não ser repetido o tratamento de extração, no caso de insucesso do procedimento, com o fim de evitar traumas à mulher, que teria que repetir todo o tratamento.²⁰²

A razão que eticamente pode sustentar que os embriões inviáveis ou os que estão congelados há mais de três anos possam ser utilizados na pesquisa é

²⁰¹ José de Oliveira Ascensão, A lei no. 32/06, Sobre Procriação Medicamente Assistida, Separata, Revista da Ordem dos Advogados, ano 67, III: Lisboa, 2007, p. 994.

²⁰² "Os embriões excedentários resultam normalmente da produção de embriões num número superior ao que se prevê utilizar, dadas as elevadas taxas de frustração. Ficariam já de reserva para tentativas futuras. Aproveita-se a estimulação ovária que precede o processo e que conduz a produção de vários óvulos – evitando-se assim o trauma que a repetição dessa estimulação, em caso de falha de anteriores tentativas, provoca na mulher." Ascensão, op. cit. p. 990.

uma razão de moral utilitária. Esses embriões não poderiam de qualquer modo ser implantados em condições medicamente indicadas e pereceriam de toda a sorte. Mais vale então que sejam aproveitados para pesquisa ou terapia, tornando-se assim úteis.²⁰³

Diante disso, a possibilidade de produção de embriões em número maior do que o utilizável para a reprodução in vitro, permite a abertura do referido procedimento às críticas, por considerar o embrião uma coisa, em flagrante atentado à dignidade humana e o respeito ao próprio embrião como um ser humano em potencial. Contudo, aqueles que defendem a utilização e o descarte do embrião excedente, prendem-se à valorização das fases do seu desenvolvimento, e a possibilidade de diferentes tipos de intervenção para cada fase, onde antes da nidação não haveria violação à vida.²⁰⁴

Daí, busca-se proteger o embrião, desde o momento da fecundação, através da tentativa de equilibrar e harmonizar a dignidade humana com a liberdade de investigação.

*Este mismo criterio se estableció en la Recomendación 1100, de 2 de febrero de 1989, sobre utilización de embriones y fetos humanos en la investigación científica. En ella se anima a los Estados a profundizar en los conocimientos relativos a la reproducción asistida en general y en la investigación del desarrollo embrionario desde una perspectiva básicamente diagnóstica y terapéutica. Además, se reitera que los embriones y los fetos humanos deben ser en todo caso tratados con el respeto propio de la dignidad humana, respeto que condiciona el mantenimiento de un necesario equilibrio entre la libertad de investigación y el respeto a la vida humana y a los derechos humanos.*²⁰⁵

²⁰³ José de Oliveira Ascensão, “O Início da Vida”. Revista do Tribunal Regional Federal – 3ª Região. Separata.Thomson-IOB: São Paulo, 2007, p. 104.

²⁰⁴ Garcia Ruiz, op. cit. p. 280.

²⁰⁵ Idem, p. 282.

Por sua vez, a formação dos embriões não pode ter como objetivo principal a sua experimentação, pois, a manipulação com a exclusiva intenção de investigação científica não respeita a dignidade da pessoa humana. A utilização do embrião para fins científicos deve ser a última hipótese prevista, dentre outras, que beneficiem o direito à vida.²⁰⁶

c) Congelamento de embriões.

Outra questão bastante discutível é o congelamento de embriões, principalmente quanto ao seu prazo de congelamento.

Ana Paula Guimarães apresenta diversas questões a respeito do congelamento dos embriões, principalmente quanto à possibilidade de os embriões virem a nascer após dezenas de anos do seu congelamento, sem que nesse momento tenha a mínima relação com a geração e a família em que será inserida.²⁰⁷

A Lei portuguesa determina que após o prazo de três anos de criopreservação, o embrião pode ser utilizado em investigações científicas, desde que exista o consentimento dos beneficiários originários.²⁰⁸

Por sua vez, a Lei espanhola disciplina que, em relação aos embriões congelados, será solicitado à mulher e ao seu companheiro que a cada dois anos renove ou modifique o seu consentimento quanto ao congelamento dos embriões, ficando a responsabilidade pelo destino dos embriões sujeita à vontade dos beneficiários, e aos limites médicos que possibilitem a sua utilização, renovável a cada biênio.²⁰⁹

A Lei de Biossegurança, como foi visto, estabelece um prazo de 03 anos para o congelamento de embriões, permitindo a sua utilização em pesquisas científicas, caso não seja do interesse do casal a sua implantação.

²⁰⁶ “Conceber embriões in vitro com a finalidade exclusiva de investigação constitui um atentado à vida humana, uma ignóbil desconsideração pela vida. Entende-se que a experimentação efectuada também para o bem do embrião é em regra permitida; que a experimentação em benefício da ciência em geral, destinada à obtenção de conhecimentos científicos de que poderão vir a beneficiar as gerações futuras, é permitida em embriões não viáveis; que a experimentação em embriões obtidos com fins distintos da procriação, ou seja, pré-ordenadamente criados para fins de experimentação, está excluída.” Guimarães, op. cit. p. 185.

²⁰⁷ Guimarães, op. cit. p. 186.

²⁰⁸ Artigo 25 da Lei portuguesa 32/2006.

²⁰⁹ Artigo 11 da Lei espanhola 14/2006.

Contudo, não há nenhuma obrigatoriedade para que os beneficiários dos embriões congelados realizem a sua implantação, sujeitando, como consequência final, o seu descarte ou a utilização em investigações científicas, daí as reiteradas críticas contrárias ao congelamento.²¹⁰

As críticas ao descarte dos embriões, com a sua entrega para a morte, mesmo que através de uma experimentação científica, fundamenta que a legislação não respeita a natureza do embrião como uma pessoa em potencial, com traços genéticos que o individualizam.

O embrião é reconhecido como um ser humano em potencial, possuindo material genético próprio, devendo ser protegido e reconhecido como pertencente à ordem das pessoas, e não pode ser tratado de forma indiferente como uma coisa.²¹¹

Como forma alternativa para a defesa da dignidade dos embriões, existe a possibilidade de utilização de técnica já encontrada em alguns países da Europa, que consiste em interromper o processo de formação do embrião, através do congelamento em momento anterior à singamia.

A singamia é caracterizada como o processo em que duas células se juntam durante a fertilização, onde as duas células perdem a sua identidade e criam o novo ser com identidade própria e irrepetível.

No caso, com a utilização da nova técnica, é suspensa a singamia através do congelamento, criando-se um pré-embrião que poderá se descongelado, quando houver interesse dos beneficiários em sua implantação.

A técnica utilizada em vários países, como a Alemanha e a Áustria, e entre nós pelo menos nos Hospitais da Universidade de Coimbra, consiste em levar o processo de fecundação a desenvolver-se até ao momento anterior à singamia e suspendê-lo então, por meio da criopreservação: temos aí um pré-embrião, na

²¹⁰ “que compromisso é este? Onde se estabelece a obrigatoriedade de utilizar durante esse período? Não consta de lugar nenhum nem, evidentemente, há qualquer tipo de sanção se o não fizerem. Nem sequer se dispõe que se o casal, dentro do prazo de três anos, pretender nova gravidez deve recorrer a estes embriões remanescentes.” Ascensão, op. cit. p. 988.

²¹¹ Ascensão, op. cit. p. 989.

verdadeira acepção do termo, mas ainda não um embrião.

Se amanhã se quiser prosseguir, em nova tentativa de gravidez com vista a procriação, a singamia completa-se por si após descongelamento. Isto significa que só se produzem os embriões que realmente irão ser implantados; e significaria também que se superam as questões éticas ligadas aos embriões excedentários.²¹²

d) Diagnóstico pré-implantação.

Nessa mesma linha de conflitos, encontra-se a figura do diagnóstico pré-implantação, o qual consiste na análise genética do embrião, com o objetivo de detectar alterações genéticas ou anomalias que possam ter os embriões, e ao final serem transferidos para o útero materno somente aqueles que se encontram sadios e viáveis.²¹³

A Resolução do Conselho Federal de Medicina autoriza a realização do diagnóstico pré-implantação, quando tiver por objetivo o tratamento de doenças genéticas ou hereditárias, com a finalidade terapêutica.²¹⁴

O procedimento para o diagnóstico pré-implantação se desenvolve de acordo com algumas etapas:

²¹² Ascensão. op. cit. p. 990.

²¹³ Albornoz, op. cit. p. 436.

²¹⁴ Resolução 1352/92: " VI - DIAGNÓSTICO E TRATAMENTO DE PRÉ-EMBRIÕES

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

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

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

3 - O tempo máximo de desenvolvimento de pré-embriões "in vitro" será de 14 dias." Atualmente, encontra-se em vigor a Resolução 2.013/2013 do CFM, a qual revogou a Resolução 1.957/10 e a Resolução 1358/92 CFM.

a) primeiro é realizada uma biopsia embrionária no terceiro dia de desenvolvimento do embrião, extraído-se uma das células individuais ou blastômero²¹⁵.

b) segundo, analisam-se as células obtidas, num prazo máximo de 48 horas;²¹⁶

c) terceiro, do resultado são transferidos para o útero os embriões sadios, até o quinto dia de desenvolvimento embrionário.

O procedimento de diagnóstico de pré-implantação gera, de imediato, uma questão polêmica, similar à figura dos embriões excedentes, uma vez que para a realização do referido tratamento é necessária a produção de uma grande quantidade de embriões, onde aqueles considerados não sadios serão descartados.

Segundo Oliveira Ascensão, *“o problema ético só surge praticamente se o DGPI for a antecâmara da rejeição, levando-se então a problemática do destino do embrião.”*²¹⁷

Contudo, o fundamento legal que é dado ao diagnóstico pré-implantação é de um tratamento terapêutico que visa identificar os embriões portadores de uma anomalia grave, com a avaliação da sua viabilidade ou detecção de doenças hereditárias.

Uma outra questão que se suscita é a de que o diagnóstico pré-implantação não traz um problema de infertilidade em si, pois sua finalidade não é a reprodução humana propriamente, mas sim a seleção de embriões sadios, tratando-se na verdade de uma técnica complementar da reprodução humana assistida.

*Como señala la Exposición de Motivos de la LTRHA(apdo. II), se ha producido una notable evolución en la utilización y aplicación de las técnicas de reproducción asistida en su vertiente de solución de problemas de esterilidad, al extender su ámbito al desarrollo de otras técnicas complementarias que permiten evitar la transmisión de enfermedades incurables.*²¹⁸

²¹⁵ As células-filhas originárias do ovo fecundado são denominadas blastómeros. In <http://pt.wikipedia.org/wiki/Blast%C3%B3mero>

²¹⁶ Albornoz, op. cit. p. 437.

²¹⁷ Ascensão, op. cit. p. 1000.

²¹⁸ Albornoz, op. cit. p. 439.

Por outro lado, apesar do diagnóstico pré-implantação ser uma técnica autorizada, não é superada a possibilidade de utilização dessas técnicas para selecionar as características da criança a nascer, tendo um caráter eugênico, ou seja, com o objetivo exclusivo de melhorar os aspectos genéticos da pessoa.

A potencialidade da utilização do diagnóstico pré-implantação com caráter eugênico é evidente, sendo necessária a intervenção do estado na fiscalização e na imposição de limites próprios, que impeça o desvio da finalidade terapêutica do tratamento.

À semelhança do que acontece com o diagnóstico pré-natal devemos concluir pela licitude da seleção dos embriões a implantar sempre que orientada pela finalidade terapêutica, ou seja, sempre que vise prevenir ou corrigir certas anomalias, com exclusão de qualquer manipulação genética na tentativa de unificar a humanidade.²¹⁹

Diante da grande quantidade de doenças hereditárias detectáveis no embrião, e diante da finalidade terapêutica do diagnóstico pré-implantação, deve o mesmo ser autorizado, devendo por sua vez, o Estado estar vigilante quanto aos limites desses tratamentos, coibindo e punindo a sua utilização com interesses egoístas, meramente para a escolha de características genéticas da pessoa.

Assim, a proteção e tutela da dignidade humana devem ser estendidas ao embrião, por representar como já foi dito, um ser humano em potencial e por possuir traços genéticos que identificam e determinam a existência de uma vida em evolução.

Não há mais dúvida, em face do desenvolvimento da ciência, que a união do óvulo com o espermatozóide faz surgir uma nova vida, com todos os elementos genéticos que identificam uma pessoa, e que não permite considerá-lo, nem tratá-lo como uma coisa, objeto dos interesses individuais da pessoa.

Logo, é o embrião sujeito de direitos próprios, em face de sua natureza de ser humano em potencial, que deve ser tutelado e protegido

²¹⁹ Guimarães, op. cit. 173.

pelo Estado, em um âmbito próprio, em defesa do interesse maior da dignidade da pessoa humana.

A partir do próximo capítulo será estudada a reprodução humana assistida em relação a sua dinâmica na ordem jurídica-social, iniciando-se com os aspectos relativos à determinação da filiação.

8 REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E FILIAÇÃO

a) A filiação nos Casos de Reprodução Humana Assistida.

A filiação obtida, através da utilização de técnicas de reprodução humana assistida suscita, na ordem jurídica diversas discussões, principalmente quanto ao aspecto relativo à determinação da paternidade e sua repercussão no direito de família. E em outros casos, típico de maternidade de substituição, polemiza-se a determinação da maternidade.

Ora, a partir da utilização de técnicas de reprodução humana assistida, iniciou-se um período de crise em relação ao modelo tradicional de reprodução e a determinação da filiação.²²⁰

A forma natural de procriação, resultado de relações sexuais entre o homem e a mulher, desenvolvia-se exclusivamente no útero materno até o momento do nascimento, onde a maternidade era reconhecida pelo fato de dar a luz, enquanto a paternidade era presumida em razão da relação matrimonial.

Surge na teoria clássica o brocardo: *mater semper certa est et pater is est quem nuptiae demonstrant*.

Tal regra é, ainda hoje utilizada no Código Civil brasileiro para determinar a filiação, onde prevalece a família constituída através do casamento e que viva em função dos filhos, apesar da Constituição Federal expandir o conceito de família.²²¹

A paternidade, assim, fruto de presunção, é estabelecida através de uma série de elementos naturais e outras vezes por ficção jurídica.²²²

Embora a ciência moderna disponha de meios para determinar com precisão de poucos dias de diferença a data em que se deu a concepção, o direito se vale ainda aqui de um jogo de presunções.

²²⁰ José de Oliveira Ascensão, Procriação Medicamente Assistida e Relação de Paternidade. Separata. Direito de Família e das Sucessões. Método: São Paulo, p. 01.

²²¹ Basta realizar a leitura do artigo 1.597 do Código Civil para verificar que apesar da existência de outras famílias, o Código Civil ainda dá prevalência a família advinda do casamento.

²²² Pereira, Caio Mario da Silva. op. cit. p. 326.

Por isso, já foi dito que, colocado o problema no plano social, por muito tempo vigorou como verdade que “a filiação é objeto de crença e não de ciência”. Admitindo como filho aquele concebido na constância do matrimônio, a lei estabelece, com base na observação e nas probabilidades, os termos máximo e mínimo de uma gestação: trezentos dias e cento e oitenta dias, respectivamente.²²³

Toda a construção da determinação da paternidade baseava-se assim, na idéia do relacionamento sexual, a qual era atribuída ao marido, na constância do casamento. Contudo, a crise na determinação da filiação se inicia a partir da revolução nas formas de reprodução humana, através da assistência médica, que possibilitou a quebra dos modelos reconhecidos no direito civil.

Com a possibilidade de fertilização “*in vitro*” surge a possibilidade de se utilizar o material doado por um terceiro, quer com a doação de sêmen, quer a doação do óvulo.

Institui-se a crise verdadeiramente, segundo José de Oliveira Ascensão, quando diante da utilização de técnicas de reprodução humana assistida surge a possibilidade fática daquele que é o genitor ou genitora não ser necessariamente o pai ou a mãe da criança concebida.²²⁴

²²³ Idem, p. 326.

²²⁴ Isto provoca uma mudança de plano essencial. Biologicamente, o genitor (e mais tarde a genitora) será quem fornece esse material genético. Mas são juridicamente os pais? Traria as maiores dificuldades transpor o vínculo de paternidade para um mero dador de gametas, em virtude da mera derivação biológica. De fato, o mero dador estará divorciado de qualquer projeto de paternidade. É até normalmente um mercenário, embora as leis prefiram um silêncio cúmplice neste domínio. Se os dadores fossem juridicamente os pais, surgiria imediatamente o inconveniente da intromissão do dador na família de destino; como surgiria o inconveniente de se atribuírem logo ao dador responsabilidades, antes de mais por alimentos, quando ele está espiritualmente divorciado daquela procriação. A necessidade de arredar o mero dador levou a falar-se em *desbiologização da paternidade*: ficou particularmente conhecido o estudo que João Baptista Villela publicou sobre este tema ²²⁴. A tendência é naturalmente a de procurar desligar a filiação do processo biológico. Não porque este não seja normal, mas porque não seria suficiente. Porém, com isto entrava-se em conflito com a lei. O Código Civil (1916) tinha o elemento biológico como a base da filiação: o que era natural, porque ao tempo da aprovação não se conhecia outro processo. Uma vez porém confrontados

Nos casos de reprodução humana assistida, a origem genética do genitor não determinará, obrigatoriamente, o reconhecimento da paternidade civil, surgindo uma desvinculação do DNA como elemento essencial para a verificação da filiação.

O avanço da biotecnologia permite, por exemplo, a inseminação artificial heteróloga, autorizada pelo marido (art. 1.597, V, do Código Civil), o que reforça a tese de não depender a filiação da relação genética do filho e do pai. Nesse caso, o filho pode vindicar os dados genéticos de dador anônimo de sêmen que constem dos arquivos da instituição que o armazenou, para fins de direito da personalidade, mas não poderá fazê-lo com escopo de atribuição de paternidade. Conseqüentemente, é inadequado o uso da ação de investigação de paternidade, para tal fim.²²⁵

A filiação não estará obrigatoriamente vinculada à origem genética.

O Código Civil Brasileiro a esse respeito, previu a presunção de paternidade dos filhos havidos na constância do casamento em três hipóteses:

- 1) havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;
- 2) havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;
- 3) havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Na primeira e na segunda hipótese, de fecundação artificial homóloga não existirão muitos problemas.

A fecundação artificial homóloga, consiste na fecundação, realizada em laboratório, de um ovócito extraído da mulher, com um espermatozóide. Os óvulos são incubados “*in vitro*” junto com os

agora com esta discrepância, como proceder? José de Oliveira Ascensão, Procriação Medicamente Assistida e Relação de Paternidade. Separata. Direito de Família e das Sucessões. Método: São Paulo, p. 02.

²²⁵ Paulo Luiz Netto Lôbo, Direito ao Estado de Filiação e Direito à Origem Genética. <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4752&p=2>

espermatozóides procedentes do parceiro, os quais são preparados em condições especiais para induzir uma ativação fisiológica necessária para a fecundação.²²⁶

Na fecundação homóloga utiliza-se o material do próprio casal, que intenta a procriação, não existindo grandes discussões, apesar de que a fecundação ocorra fora do corpo da mulher, pois nesses casos há uma coincidência entre os doadores do material genético e os pais.

Mesmo que o tratamento seja feito através de inseminação artificial, fertilização “*in vitro*”, injeção intracitoplasmática ou qualquer outra modalidade, tratando-se de procriação assistida homóloga, esses casos seguirão a ordem natural já estabelecida, em face do material empregado ser dos próprios pais.²²⁷

Consideram-se filhos os havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido (inciso III do art. 1.597). Neste caso o óvulo e o sêmen pertencem ao marido e à mulher. Este procedimento pressupõe o consentimento de ambos. Deve-se admitir, no entanto, a presunção de paternidade do marido falecido, se utilizado o material genético do falecido e estando a mulher na condição de viúva, devendo haver ainda autorização escrita do marido.²²⁸

Apesar da coincidência daqueles que são os genitores e pais da criança que for concebida por meio de técnica de reprodução humana assistida, esses casos podem suscitar controvérsias quanto à figura da fecundação artificial “*post mortem*”, diante da existência ou não de direitos sucessórios. Controvérsia esta que será estudada em capítulo próprio.

Por sua vez, quanto à da reprodução humana heteróloga, em que o material genético é de um doador, não havendo coincidência entre os genitores biológicos e os pais, o direito civil atribui a filiação a uma presunção legal, em face da autorização dos pais em se submeterem ao procedimento médico.

²²⁶ Albornoz, op. cit. p. 34.

²²⁷ José de Oliveira Ascensão, op. cit. 02

²²⁸ Pereira, Caio Mario da Silva, op. cit. p. 328.

Porém, apesar do Direito Civil solucionar o problema através da utilização de uma presunção legal, não resolveu com exatidão o critério da filiação.

Com a disposição do Direito Civil, a paternidade e a maternidade são determinadas pelo critério presuntivo, sendo pai aquele que consentiu e mãe aquela que deu a luz.

Qual será a responsabilidade do doador do material genético?

Segundo o direito de família e as regras do Conselho Federal de Medicina, o doador de material genético não tem nenhuma responsabilidade parental sobre o ser gerado, mesmo que o nascimento ocorra dentro de um projeto de monoparentalidade.

No mesmo sentido, apesar de não explicitamente previsto no Código Civil, se o óvulo fecundado for de uma doadora, teremos biologicamente o DNA da mãe doadora, mas a maternidade será da mãe que realizar a gestação, dentro da figura da reprodução humana heteróloga, diante dos mesmos argumentos que excluem a paternidade do doador.

Daí, a Lei Portuguesa de Procriação Medicamente Assistida estabeleceu os critérios para a determinação da paternidade e da maternidade, excluindo explicitamente os doadores da possibilidade de serem considerados os progenitores da criança.

Artigo 10, Lei 32/2006.

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

2- Os doadores não podem ser havidos como progenitores da criança que vai nascer.

Assim, nos casos de fecundação artificial heteróloga, será pai o marido ou companheiro da mulher que consenti na realização do tratamento de fertilização, sem nenhuma responsabilidade para o doador do material genético.

b) A Filiação Nos Casos De Maternidade De Substituição.

Há uma complicação na determinação da maternidade, quando o procedimento adotado for o da barriga de aluguel, ou da mãe substituta, procedimento este previsto pela Resolução 1.358/92, uma vez que não há nenhuma previsão legal que estabeleça critérios para determinação de quem será a mãe.²²⁹

Em caso de conflito de interesses, quem será a mãe? A mãe biológica? A mãe que emprestou o útero(gestacional)? Ou a mãe social, que contratou o processo de reprodução humana assistida?

A regra adotada pelo Código Civil, de forma clássica, baseia-se que a mãe é aquela que dá a luz, utilizando-se a presunção de relacionamento sexual, e partindo daí a idéia de que a maternidade é sempre certa.²³⁰

Porém, tal regra não pode ser considerada de maneira absoluta, pois, não há uma disposição legal no Código Civil Brasileiro, nem na Resolução do CFM que disciplinem os critérios para a determinação da maternidade.

A solução encontrada pelo direito português, através da lei 32/2006, foi a de proibir a realização da maternidade de substituição e posteriormente a que determina que a *“mulher que suportar uma gravidez de substituição de outrem é havida para todos os efeitos legais, como a mãe da criança que vier a nascer”*.

²²⁹ VII - SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO (DOAÇÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO)
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 que impeça ou contra-indique a gestação na doadora genética.

1 - As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família da doadora genética, num parentesco até o segundo grau, sendo os demais casos sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina.

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

²³⁰ “Antes da emergência destas técnicas não se suscitava nenhuma dificuldade na determinação da mãe: mãe era quem dava à luz, porque não havia alternativa. Quem dava à luz era necessariamente a mãe biológica. Poderia uma mulher celebrar contratos de gestação para outrem, mas esses contratos padeciam de nulidade por ofensa aos bons costumes. Por isso era incontestável o aforisma: *mater semper certa est*. O pai é que era incerto”. José de Oliveira Ascensão, op. cit. p. 10.

Ora, para o caso, o Direito Português determinou a prevalência do critério gestacional sobre o critério biológico e social, para dispor que a mãe portadora será considerada a mãe legal no caso de maternidade de substituição.

Nesse mesmo sentido, o Direito Espanhol, através da Lei 14/2006, dispôs que o contrato de maternidade de substituição é nulo, e que a maternidade deverá ser determinada pelo parto.

Además el motivo que impulsa a la madre comitente a emplear esta práctica es, precisamente, una maternidad de deseo y en la que es frecuente que coincida con una maternidad biológica, sin embargo la Ley ante el eventual conflicto de intereses y de voluntades que pudiera generarse opta, como ya hemos dicho, por la solución tradicional y más sencilla, el de atribuir la maternidad a la madre sustituta por el hecho de ser la que pare (la razón que en su momento dio la Exposición de Motivos de la Ley de 1988 fue el de “la estrecha relación psicofísica con el futuro descendiente durante los nueve meses de embarazo”), aunque previamente advertía que “sin cuestionar el alcance de otras variantes”, lo que permite averiguar cuál sea el alcance de dicha expresión y si podría suponer autorizar, en determinados casos excepcionales, que la maternidad fuese atribuida no a la madre gestante, sino a la social y/o genética.²³¹

Em comentário à lei portuguesa, Oliveira Ascensão condena a atribuição da maternidade à mãe de gestação, entendendo que a escolha recai como uma forma de sanção, para dissuadir a prática do contrato de maternidade de substituição, quando a escolha deveria recair naquela mãe que fosse de melhor interesse para a criança.

A Lei portuguesa n.º 32/06, sobre PMA, consagra a orientação dominante, ao estabelecer que na “maternidade de substituição” a gestante é sempre considerada a mãe da criança – portanto, mesmo

²³¹ Carmem García Pérez. Gestación por Sustitución. In Comentarios a la Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Aranzadi: Pamplona, 2007, p. 384.

quando o material genético é da mulher a quem a criança se destinava por contrato de gestação. A lei cederá ao peso da tradição, que todavia só resultava de circunstâncias passadas; e incorre noutro vício mais grave, a nosso parecer, pois atribui a maternidade a título de sanção, para dissuadir da prática destes negócios. É muito grave: a filiação deve ser determinada no interesse da criança, nunca como sanção dum comportamento que a lei reprova.²³²

Para o Oliveira Ascensão, a questão não é de fácil solução e pode obter diversas respostas de acordo com cada caso em concreto e de acordo com as pessoas que estão envolvidas no contrato de maternidade de substituição.

Inicialmente, se no contrato de gestação é a própria mãe a quem se destina a criança, que faz a doação do óvulo o qual será implantado na mãe de aluguel, a melhor solução para o problema será atribuir a maternidade à mãe biológica.

A mãe biológica é a mesma para quem se destina a criança obtida em maternidade de substituição, onde deverá prevalecer o caráter genético da procriação.²³³

Contudo, explica Oliveira Ascensão, em face do caráter artificial da maternidade de substituição, frequentemente ocorrerão conflitos, pois é comum a mãe de gestação se afeiçoar à criança que cresce dentro de si.²³⁴

²³² José de Oliveira Ascensão, op. cit. p. 14.

²³³ “No entanto, julgado recente da 2ª. Vara de Registro Público de São Paulo determinou o registro de trigêmeos nascidos por via de gestação de substituição em nome da doadora do óvulo. Trata-se de processo não contencioso (a portadora era sobrinha da doadora), suscitado pelo Cartório de Registro de Nascimento, cujo oficial não sabia em nome de quem registrar as crianças, visto que a mãe genética se apresentava como tal e o documento da maternidade apontava que o parto fora realizado pela mãe gestante. Como não foi o caso de um “Comercio carnal”, o juiz concedeu tutela àquela “paternidade de intenção”, o que Lima Neto chama de “adoção brasileira por via judicial”, um procedimento cuja técnica pode ser criticada, pois, o mais correto seria considerar mãe a parturiente.” Krell, op. cit. p. 195.

²³⁴ Ascensão, op. cit. p. 15

Por outro lado, no caso do embrião ser formado pelo óvulo de uma doadora, com o espermatozóide do pai de destino, a ser implantado em uma mãe de substituição, para atender a um projeto de uma mãe social, a maternidade não poderá ser atribuída à mãe biológica, uma vez que a mesma está ausente do projeto de filiação.

Por sua vez, o pai que doou o espermatozóide, para quem se destinava o filho a ser produzido, poderá reivindicar a paternidade, tanto pelo caráter biológico quanto pelo caráter social.

Há no caso conflito entre a mãe de gestação e a mãe social, embora respeitado o anonimato da mãe biológica, sendo que a mãe de gestação foi inseminada com o sêmen do marido da mãe social. Neste caso, como será definida a maternidade?

Se for observada a determinação legal, de que a mãe é aquela que dá a luz, haverá uma separação entre aqueles que poderão ser determinados como os pais, pois tanto o pai biológico, quanto a mãe de gestação poderão reivindicar a guarda da criança.

E qual seria o melhor interesse da criança nesses casos?

Permanecer com o pai biológico e a mãe social, que contratou o projeto de maternidade de substituição, ou permanecer com a mãe de gestação, separada da figura do pai biológico? Eis a questão?

Assim, é possível verificar que a determinação neutra da lei em atribuir a maternidade à mãe de gestação, sem uma análise do melhor interesse da criança, não é a melhor solução jurídica para o problema.

Por sua vez, se o material empregado na maternidade de substituição, tanto o óvulo quanto o espermatozóide forem fruto de doadores, a serem implantados em uma mãe substituta, onde ao final a criança seja destinada ao casal que realizou todo o projeto de maternidade de substituição, qual será a melhor solução?

No caso, pode-se chegar a surpreendente conclusão, segundo a doutrina do Professor Oliveira Ascensão, de que não haverá verdadeiramente uma mãe.²³⁵

Inicialmente, tal como ocorre no Direito Português e no Direito Espanhol, o contrato de maternidade de substituição deve ser declarado nulo, assim, o nascimento não poderá produzir efeitos em relação àquelas

²³⁵ “ Ascensão, op. cit. p. 17.

peçoas que não participaram da gestação, nem como doadores do material genético, nem com barriga de aluguel.

Assim, aqueles que celebraram o contrato, e são considerados os pais sociais não podem reclamar a paternidade/maternidade da criança.²³⁶

Por outro lado, seguindo a regra geral, não poderá ser atribuída a paternidade/maternidade ao doador de material genético, que não esteja envolvido no projeto de filiação, como forma de proteção tanto aos doadores quanto para os receptores do material genético.

A Resolução do Conselho Federal de Medicina impõe o anonimato do doador, não podendo ser considerada a mãe biológica para atribuição da maternidade.

Por fim, a mãe de substituição será a única a quem se atribuir a maternidade, diante do critério natural da gestação, apesar da mesma não ter nenhum interesse na criança, pois se submeteu ao tratamento de gravidez, com a condição de entregar a criança ao final, com o seu nascimento.

Assim, apesar da possibilidade de se atribuir a maternidade à mãe substituta, a mesma não tem o sentimento materno, participando do projeto de filiação, em face de um contrato nulo.

Nesse sentido, Oliveira Ascensão prefere concluir que a criança não tem mãe nenhuma, apesar da intervenção de três mães.²³⁷

O ordenamento jurídico brasileiro não possui uma lei específica para o caso, mantendo a interpretação do Código Civil de que mãe é aquela que dá a luz.

Nessa linha de disposição, também se encontra o direito alemão, que também atribui a maternidade à mulher que deu a luz, ao tempo em que proíbe a maternidade de substituição.²³⁸

Por sua vez, Olga Krell entende que em face da lacuna da lei, a respeito da determinação da maternidade de substituição, devem ser

²³⁶ “A destinação social não é critério de filiação. Os contratos celebrados são nulos, porque se não pode dispor do estado das pessoas e iriam contra os bons costumes. A “mãe social” nenhum direito tem: se algo puder reclamar, nunca será com base no Direito da Família”. Ascensão, op. cit. P. 19

²³⁷ “Chegamos assim à conclusão paradoxal que nestas manipulações intervêm três “mães” – mas afinal de contas traz-se à vida uma criança que não tem mãe nenhuma!” Ascensão, op. cit. p. 17.

²³⁸ Art. 1.591 do Código Civil Alemão: “A mãe do filho é a mulher que lhe dê a luz”.

aplicados os princípios da Lei de Introdução ao Código Civil, atentando para os fins sociais e as exigências do bem comum.²³⁹

A esse raciocínio poderá ainda ser adicionada a necessidade de proteção da criança, determinada pelo artigo 227 da Constituição Federal, com o objetivo da maternidade ser atribuída da forma menos prejudicial para a criança, de acordo com o caso em concreto.

A proteção do melhor interesse da criança e de seu bem-estar emocional deve prevalecer, para a determinação da maternidade, quando surgirem situações de conflito.

O princípio inverte a ordem de prioridade: antes no conflito entre a filiação biológica e a não-biológica ou socioafetiva, resultante de posse de estado de filiação, a prática do direito tendia para a primeira, enxergando o interesse dos pais biológicos como determinantes, e raramente contemplando os do filho. De certa forma, condizia com a idéia de poder dos pais sobre os filhos e da hegemonia da consangüinidade-legitimidade. Menos que sujeito, o filho era objeto da disputa. O princípio impõe a predominância do interesse do filho, que norteará o julgador, o qual, ante o caso concreto, decidirá se a realização pessoal do menor estará assegurada entre os pais biológicos ou entre os pais não-biológicos. De toda forma, deve ser ponderada a convivência familiar, constitutiva da posse do estado de filiação, pois ela é prioridade absoluta da criança e do adolescente (art. 227, da Constituição Federal).²⁴⁰

Por outro lado, a alegação de uma maternidade sócio-afetiva em favor da mãe social, que realizou todo o projeto de maternidade de substituição não tem como prosperar, uma vez que afetividade ainda não existe, o que existe verdadeiramente é um projeto, um desejo de se obter um filho através das técnicas de reprodução humana assistida.

²³⁹ Krell, op. cit. p. 195.

²⁴⁰ Lôbo, op. cit. <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4752&p=1>

A afetividade necessitaria de um estágio de convivência, pois estaria representada por um vínculo de reciprocidade entre pais e filhos, o que não ocorre em relação à maternidade de substituição.

A invocação do afeto só tem sentido como uma proposta pré-legislativa: em caso de uma criança ter crescido com família de acolhimento, mas sem regularização da situação, o vínculo criado resguardaria os “pais”, se o afeto se desenvolveu reciprocamente, de os “filhos” lhes virem a ser retirados por invocação da lei. Estaríamos de acordo com semelhante proposta, conhecendo a situação brasileira, mas sabendo também de dramas semelhantes que se desenrolam noutros países. Porém, como critério de constituição originária do vínculo, não vemos como possa funcionar.²⁴¹

Em conclusão, o legislador brasileiro não deve pender para uma única forma de determinação da paternidade ou da maternidade, pois, diante da existência natural de dúvidas e uma tendência a variação de opiniões, deve-se ter respeito e prudência para progredir nessa zona de relevância humana.²⁴²

É necessário ter cautela para que se possa fazer justiça, buscando diante das diversas possibilidades jurídicas, a garantia e o respeito ao melhor interesse da criança.

Ainda no campo da filiação, o próximo capítulo estuda o conflito entre o direito ao anonimato do doador e o direito à identidade pessoal, como questão legal a ser dirimida.

²⁴¹ Ascensão, op. cit. p. 23.

²⁴² Idem, p. 27.

9 O CONFLITO ENTRE O DIREITO AO ANONIMATO DO DOADOR E O DIREITO À IDENTIDADE PESSOAL

Na inseminação artificial heteróloga, em que o material a ser fecundado na mulher é doado por um terceiro, que não é o seu marido, nem o seu companheiro, suscitam-se várias questões, dentre elas, a problemática do anonimato ou não do doador.²⁴³

Essa questão envolve o direito da personalidade à identidade pessoal do ser humano, ou seja, o seu direito de conhecer a sua origem genética, os seus progenitores, em conflito com o direito ao anonimato daquele que por um sentimento altruísta doa seu sêmen para que outrem possa ter um filho.

A figura da inseminação artificial heteróloga envolve a existência de um vínculo biológico fictício, pois o genitor não transmitiu para a criança nenhuma das suas características genéticas, apesar de possuir laços de paternidade afetiva.

O Código Civil Brasileiro no artigo 1.597, V, prevê a hipótese de inseminação artificial heteróloga, desde que exista a prévia autorização do marido, regulando a presunção de paternidade, à qual é atribuída a ele que autorizou a utilização da técnica com material doado por um terceiro.

Com a reforma da Lei da adoção, há no ordenamento jurídico brasileiro norma especial que permite ao adotado conhecer a sua origem biológica, instituída no artigo 48 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A Lei n. 12.010/09 alterou radicalmente a redação do art. 48, não mais mencionando a irrevogabilidade da adoção. Em seu lugar estipulou o direito à identidade genética. Consiste em o adotado maior de 18 anos de: (1) conhecer os seus genitores biológicos. Não compartilhamos do posicionamento de que exista ainda um direito à ação investigatória de ascendência genética (conforme Rossato e Lépre, Comentários à Lei Nacional de Adoção, p. 48).²⁴⁴

²⁴³ Ascensão, op. cit. p. 984.

²⁴⁴ Valter Kenji Ishida, Estatuto da Criança e do Adolescente, Doutrina e Jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2010, p. 102.

Apesar da citação constante no Estatuto da Criança do Adolescente, o Direito à identidade pessoal não é tipificado no Brasil, pois, a referida disposição é específica para os casos de adoção, sem mencionar aspectos da reprodução humana assistida, que envolve dinâmica diversa.

O direito à identidade pessoal, envolve uma dimensão absoluta ou individual, tornando cada pessoa um ser único, dotado de uma individualidade própria e exclusiva, sendo facultado o direito de conhecer a forma como foi gerado, a identidade dos seus progenitores e o conhecimento do seu patrimônio genético.²⁴⁵

Apesar do Direito Brasileiro somente dispor sobre o Direito à Identidade genética no procedimento da adoção, e não tratar genericamente do Direito à identidade pessoal, a Constituição Portuguesa em seu artigo 26, inc. 3, dispõe expressamente que *“a lei garantirá a dignidade pessoal e a identidade genética do ser humano, nomeadamente na criação, desenvolvimento e utilização das tecnologias e na experimentação científica”*.²⁴⁶

A intenção do Direito Português é propriamente de defesa da identidade genética do ser humano, à qual pode se desdobrar em diversas realidades, sendo contudo, a que nos interessa no presente estudo, a sua realidade em relação à verdade biológica.²⁴⁷

²⁴⁵ Otero, op. cit. p. 65.

²⁴⁶ Art. 26 da Constituição Portuguesa:

1. A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação.
2. A lei estabelecerá garantias efectivas contra a utilização abusiva, ou contrária à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias.
3. A lei garantirá a dignidade pessoal e a identidade genética do ser humano, nomeadamente na criação, desenvolvimento e utilização das tecnologias e na experimentação científica.
4. A privação da cidadania e as restrições à capacidade civil só podem efectuar-se nos casos e termos previstos na lei, não podendo ter como fundamento motivos políticos.

²⁴⁷ Otero, op. cit. p. 87.

Para Leila Donizetti, *“o que se almeja do conhecimento da origem genética – e aqui a redundância é proposital – é tão-somente o conhecimento da origem genética. Nada mais”*²⁴⁸.

Todavia, ao lado do direito ao conhecimento de sua origem genética, encontra-se o direito ao anonimato do doador, que é determinado através de um termo de confidencialidade.

O Conselho Federal de Medicina, através da resolução 1.358/92, dispõe sobre o anonimato do doador, impondo a obrigatoriedade de ser mantido o sigilo da identidade do doador e do receptor dos gametas ou embriões sujeitos à reprodução humana assistida.

Observa-se que o anonimato, em face das diversas esferas da personalidade humana, quanto ao tratamento da reprodução humana assistida, tem um caráter interno e externo, de acordo com as pessoas envolvidas nas relações jurídicas.

Esse caráter confidencial dos dados e da identidade do doador, do receptor e do filho tem por objeto resguardar o direito à intimidade, impedindo que pessoas alheias ao procedimento de reprodução humana assistida, tenham acesso aos aspectos pessoais à vida daqueles que se submetem ao tratamento, representando então uma confidencialidade externa.²⁴⁹

Por sua vez, a confidencialidade interna objetiva assegura a confidencialidade do tratamento entre as pessoas envolvidas, em relação a elas próprias, na medida em que a identidade do doador não é acessível ao receptor e vice-versa.

Pero esta confidencialidad, que podríamos llamar externa, en cuanto salvaguarda la intimidad de donantes, receptoras e hijos impidiendo que personas ajenas al proceso de reproducción asistida accedan a um ámbito estrictamente reservado de sus vidas, se complementa com una espécie de confidencialidad interna. La confidencialidad interna desvica a los sujetos que intervienen en un mismo procedimiento de

²⁴⁸ Donizetti, Leila, *Filiação Sócioafetiva e Direito à Identidade Genética*. Luem Júris: Rio de Janeiro, 2007, p. 126

²⁴⁹ Juan José Iniesta Delgado, *Donantes y contratos de donación*, in *Comentários a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Aranzadi: Pamplona, 2007, p. 143.

*reproducción asistida heteróloga, puesto que la identidad del donante es inaccesible para los usuarios de las técnicas y viceversa. Es respecto a este último tipo de confidencialidad que procede hablar de anonimato en la donación de gametos y preembriones: el donante es desconocido para la mujer que va a recibir el gameto o el embrión concebido con gametos ajenos, así como también resulta desconocido para su pareja y para la criatura que acabe naciendo y desarrollándose como persona.*²⁵⁰

A importância do anonimato é evidente quando tenta evitar que o doador, a receptora e o filho cheguem a se conhecer, impedindo que, entre eles possa surgir uma relação pessoal que possa causar danos ao desenvolvimento do filho.

O anonimato do doador visa assim, evitar um conflito na determinação da paternidade, garantindo que a paternidade do marido ou companheiro que autorizou a sua esposa a realizar o tratamento, não possa ser impugnada, impedindo a conexão entre o filho havido por inseminação heteróloga e o doador do material.

Nesse sentido, a doutrina e a jurisprudência brasileira determinam que nos casos em que seja necessária a revelação da identidade do doador, tal fato não possibilitará a alteração da paternidade, buscando com a regra do anonimato que impeça o reconhecimento da paternidade do doador em relação ao filho gerado em inseminação heteróloga.²⁵¹

²⁵⁰ Idem, op. cit. p. 143.

²⁵¹ "A ação negatória de paternidade é imprescritível, na esteira do entendimento consagrado na Súmula nº 149/STF, já que a demanda versa sobre o estado da pessoa, que é emanção do direito da personalidade. 2. No confronto entre a verdade biológica, atestada em exame de DNA, e a verdade socioafetiva, decorrente da denominada "adoção à brasileira" (isto é, da situação de um casal ter registrado, com outro nome, menor, como se deles filho fosse) e que perdura por quase quarenta anos, há de prevalecer a solução que melhor tutele a dignidade da pessoa humana. 3. A paternidade sócio-afetiva, estando baseada na tendência de personificação do direito civil, vê a família como instrumento de realização do ser humano; aniquilar a pessoa do apelante, apagando-lhe todo o histórico de vida e condição social, em razão de aspectos formais inerentes à irregular "adoção à brasileira", não tutelaria a dignidade humana, nem faria justiça ao caso concreto, mas, ao contrário, por critérios meramente formais, proteger-

Nessa mesma linha de pensamento, com o anonimato do doador se evita problemas afetivos, tanto por parte do doador em relação ao filho havido por inseminação heteróloga, quanto por parte do filho em relação ao doador do material genético. Tais problemas afetivos podem causar traumas psicológicos que interfiram no desenvolvimento da personalidade do filho e ainda uma insegurança no casal que se submete ao tratamento em relação às reações que possam surgir a partir do filho, inclusive o temor de rejeição.²⁵²

Enfim, a possibilidade de se realizar a inseminação artificial heteróloga está diretamente vinculada à garantia do anonimato do doador, pois do contrário, não será possível obter um grande número de doações, uma vez que os doadores não estarão livres das conseqüências indesejáveis que poderão ser produzidas a partir do nascimento de um filho biológico.²⁵³

254

Contudo, apesar de diversos posicionamentos favoráveis ao anonimato do doador, persiste o conflito de interesses em relação ao direito à identidade pessoal do ser, gerada em inseminação artificial, pois, cada pessoa tem uma individualidade que deriva de uma história do passado, que passa obrigatoriamente pela sua origem biológica.

se-iam as artimanhas, os ilícitos e as negligências utilizadas em benefício do próprio apelado. AC 108.417-9 - 2ª C.Civ. - Ac. 20.110 - Rel. Des. Accácio Cambi - unân. - J. 12.12.2001

²⁵² Delgado, op. cit. p. 145.

²⁵³ Idem.

²⁵⁴ A esse respeito, Stela Marcos de Almeida Neves Barbas, *Direito ao Patrimônio Genético*, Almedina: Coimbra, 1988, p. 171. “Os defensores do anonimato alegam, entre outras razões, que: - Garante o valor da defesa da intimidade da vida privada. - Promove um “eventual bem estar da criança (forma de poupar de um possível conjunto de traumas resultantes da descoberta de uma terceira pessoa na sua procriação) - É uma forma de encorajar a doação. - Representa um meio de desresponsabilização da paternidade do dador anônimo. - É uma garantia para o país sociais da impossibilidade do dador anônimo reclamar qualquer tipo de direito sobre o filho biológico. - A revelação de determinados elementos de origem biológica da criança pode fazer com que alguns doadores ocultem características essenciais para os diagnósticos pré-natais. - O conhecimento da identidade do dador pode pôr em causa a atribuição da paternidade ao cônjuge da mulher inseminada.”

Podemos, ainda, alegar que o segredo pode estar, em termos gerais, em profunda contradição com direitos humanos fundamentais.

O espaço familiar e mais circunstâncias sociais são indispensáveis, mas não nos dão o total conhecimento de nós próprios, se for escondida a nossa origem genómica.

Assegurar o anonimato aos dadores implica negar à criança uma parte das suas raízes, da sua história, em suma da sua própria identidade.

Sem sabermos de onde provimos não é possível descobrir para onde vamos ou para onde pretendemos ir. Precisamos de ter consciência da nossa própria identidade; necessitamos da certeza da nossa proveniência genómica até para podermos ter dúvidas acerca de nós próprios.²⁵⁵

Assim, a proteção à identidade pessoal e o direito ao conhecimento de sua origem genética deve ser garantida à pessoa, sempre que a tutela da dignidade da pessoa humana se mostrar necessária para assegurar direitos essenciais.

Desse modo, a própria resolução do Conselho Federal de Medicina determina as circunstâncias em que o sigilo do anonimato pode ser quebrado, facultando inicialmente que tal informação seja fornecida ao médico da pessoa gerada por inseminação heteróloga, se a pretensão for exclusivamente de conhecer aspectos médicos do doador.²⁵⁶

Inicialmente, a regra do Conselho Federal de Medicina determina a permanência do sigilo, somente sendo facultados dados pessoais do doador de maneira anônima, que visem a preservação da saúde da pessoa gerada por inseminação heteróloga.

Contudo, quando o interesse for próprio de investigação de sua origem genética, com o conhecimento dos seus progenitores, e

²⁵⁵ Stela Marcos de Almeida Neves Barbas, *Direito do Genoma Humano*, Almedina: Coimbra, 2007, p. 522.

²⁵⁶ CFM, Res. 1.358/92, IV, 3: Obrigatoriamente será mantido o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e pré-embriões, assim como dos receptores. Em situações especiais, as informações sobre doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do doador.

necessário ao desenvolvimento da sua personalidade, deverá ou não ser autorizado a revelação da identidade do doador?

A resposta a esta pergunta importa em uma ponderação de valores, observando dentro do conflito de interesses, aquele que preserva com maior potencialidade o princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesse caso, afirmou-se que deve haver uma ponderação individual no plano do próprio Direito de Família, e não somente no plano constitucional, o que significa que o próprio juiz civil deve analisar e sopesar os interesses envolvidos em cada caso concreto. Canaris afirma que esta “ponderação individual de interesses” caberia, com mais razão ainda, no caso da análise da revelação da identidade civil do doador de espermatozoides, para que seja possibilitada uma solução “intermediária”, no sentido da concorrência prática, pela qual os interesses de ambas as partes sejam respeitados.²⁵⁷

A lei portuguesa estabelece que podem ser obtidas informações sobre a identidade do doador por “razões ponderosas” reconhecidas em sentença judicial, o que se assemelha com a prática jurídica brasileira, que utilizando o princípio da ponderação dos valores, faculta ao juiz solucionar o conflito entre o anonimato do doador e o direito ao conhecimento de sua origem genética.

Ora, apesar do direito à origem genética ser um direito da personalidade, o mesmo não é absoluto sendo limitado pelo direito ao anonimato do doador. O conhecimento dos seus antecedentes genéticos vai depender da análise do pedido e dos fundamentos da pessoa gerada por inseminação heteróloga, onde deve superar os valores para a manutenção do sigilo e do anonimato do doador.²⁵⁸

²⁵⁷ Krell, op. cit. p. 182.

²⁵⁸ No entanto, há, é verdade, um ideal de coincidência entre a biologia e a filiação, que se vislumbra, por exemplo, na aproximação entre filiação não adotiva e os laços de sangue (artigo 1586º do Código Civil) ou quando se permite o uso dos exames de sangue como meios de prova nas ações relativas à filiação (artigo 1801º). Isto aponta para o carácter subsidiário dos processos heterólogos no que toca aos processos homólogos: a utilização daqueles só deve ser permitida quando a procriação por processos

Por outro lado, o direito de conhecer a sua origem genética, como direito da personalidade, não obriga necessariamente o reconhecimento da paternidade.

O Professor Paulo Luiz Netto Lobo a esse respeito ensina que:

A origem biológica presume o estado de filiação, ainda não constituído, independentemente de comprovação de convivência familiar. Neste sentido, a investigação da origem biológica exerce papel fundamental para atribuição da paternidade ou maternidade e, *a fortiori*, do estado de filiação, quando

homólogos não seja possível ou quando implique elevados riscos para a saúde dos beneficiários ou do nascituro. A admissibilidade subsidiária dos processos heterólogos suscita, porém, dois problemas: o da contrapartida económica da dação de espermatozoides, ovócitos e embriões, e o do anonimato do dador.

No que respeita à contrapartida da dação, o princípio da dignidade da pessoa humana afasta a licitude da venda de material biológico destinado à procriação. No que respeita à contrapartida da dação, o princípio da dignidade da pessoa humana afasta a licitude da venda de material biológico destinado à procriação. No que toca ao anonimato do dador, parece-nos seguro que o mesmo não pode ser absoluto. É preciso garantir que a pessoa nascida mediante o recurso a técnica heteróloga de procriação medicamente assistida não venha, futuramente, a casar com a pessoa que fez a dação ou com os descendentes do dador. Há um forte interesse público contrário ao casamento consanguíneo. Neste sentido, registre-se o disposto nos artigos 1603º e 1986º, nº1, do Código Civil. A identidade do dador deve ser conhecida no âmbito do processo preliminar de publicações. Mas será que o dador deve beneficiar de um segredo de identidade oponível aos beneficiários da procriação e à pessoa nascida graças à dádiva? Por vezes, responde-se afirmativamente, com o argumento de que, sem o anonimato, haveria uma redução do número de dadores de gametas ou de que o conhecimento da identidade do dador, por parte da pessoa nascida graças à dação, acabaria por prejudicar a relação de filiação legalmente estabelecida. Abstraindo do impacto que a identificação dos dadores tenha sobre o universo de dádivas, supomos que é constitucionalmente muito duvidosa a defesa do anonimato do dador⁴⁷. A pessoa nascida graças à dação tem direito à sua identidade pessoal genética. Nesse direito cabe, parece-nos, o direito de conhecer a pessoa que lhe transmitiu os genes. Quanto ao argumento da eventual lesão da relação afectiva existente entre o filho e os pais jurídicos, convém ter presente que, como escreve certo autor, não é bom que uma relação de filiação se baseie numa mentira, num segredo ou numa ocultação. PROCRIAÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA, Jorge Duarte Pinheiro. <http://www.apdi.pt/APDI/DOUTRINA/procria%C3%A7%C3%A3o%20medicamente%20assistida.pdf>

ainda não constituído. Todavia, na hipótese de estado de filiação não biológica já constituído na convivência familiar duradoura, comprovado no caso concreto, a origem biológica não prevalecerá. Em outras palavras, a origem biológica não se poderá contrapor ao estado de filiação já constituído por outras causas e consolidado na convivência familiar (Constituição, art. 227).²⁵⁹

Maria Berenice Dias, a esse respeito destaca que o filho pode ingressar com ação de investigação de paternidade, mesmo que esteja registrado em nome de outrem, visando com isto à perquirição da verdade biológica, embora, o reconhecimento da paternidade não autorizará a alteração no assento de nascimento do investigante.²⁶⁰

NEGATORIA DE PATERNIDADE. Não obstante ter o exame de DNA afastado a paternidade, deve prevalecer a realidade socioafetiva sobre a biológica, diante da relação formada entre pai e filha ao longo dos anos. (TJRGS – AC 70007706799 – 8ª. C. Civ – Rel. Des. Alfredo Guilherme Englert – DOERS 17/04/2004)

Quanto aos casos de inseminação artificial em mulher solteira, verdadeiro problema pode ser ocasionado diante da impossibilidade de se determinar a filiação, quando a pessoa concebida através de técnicas de reprodução humana assistida não possua um pai, e tenha sido fruto de inseminação artificial.

Diante da ausência de um pai sócio afetivo, poderia a pessoa investigar a sua filiação biológica, para fins de registro, violando o anonimato do doador?

Como a intenção do doador não foi a de gerar uma criança para si, com o reconhecimento da paternidade, mas sim a doação altruísta do material genético, acredito que a identidade biológica do genitor poderia ser revelada, mas não possibilitaria a alteração do registro civil.

Verdadeiramente, a crítica é apresentada sobre a possibilidade de que a mulher solteira possa realizar tratamento de

²⁵⁹ Lôbo, op. cit. <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4752&p=2>

²⁶⁰ Dias, op. cit. p. 362.

reprodução humana assistida, pois na mesma linha de raciocínio diante do princípio do anonimato do doador, não será possível atribuir ao mesmo, a paternidade para fins de registro civil.²⁶¹

Assim, em conclusão, somente circunstâncias extraordinárias podem justificar a violação do anonimato do doador, uma vez que tal revelação não poderá influir no registro civil do investigante, nem tampouco produzir efeitos patrimoniais. Daí, diante da existência de conflitos de interesses, deve-se ponderar qual direito deve ser restringido, buscando-se sempre que possível a manutenção do termo de confidencialidade e facultando ao investigante o conhecimento de aspectos que visem solucionar seus problemas de perigo de vida e danos à saúde, sem a violação do anonimato.

É evidente que, conforme explica Oliveira Ascensão, o direito à identidade genética implica também no direito ao conhecimento de sua origem genética, e muitas vezes não se limita pela simples indicação de dados genéticos do doador, o que permite dizer que a questão ainda continua em aberto, sem uma solução pacífica, diante da permanente existência de conflitos e ponderações de valores.²⁶²

Diante da busca e do desejo em ter filhos, o próximo capítulo estuda a legalidade da maternidade de substituição, diante dos conflitos com interesses protegidos na Constituição Federal.

²⁶¹ Toda pessoa tem direito fundamental, na espécie direito da personalidade, de vindicar sua origem biológica para que, identificando seus ascendentes genéticos, possa adotar medidas preventivas para preservação da saúde e, *a fortiori*, da vida. Esse direito é individual, personalíssimo, não dependendo de ser inserido em relação de família para ser tutelado ou protegido. Uma coisa é vindicar a origem genética, outra a investigação da paternidade. A paternidade deriva do estado de filiação, independentemente da origem (biológica ou não). O avanço da biotecnologia permite, por exemplo, a inseminação artificial heteróloga, autorizada pelo marido (art. 1.597, V, do Código Civil), o que reforça a tese de não depender a filiação da relação genética do filho e do pai. Nesse caso, o filho pode vindicar os dados genéticos de dador anônimo de sêmen que constem dos arquivos da instituição que o armazenou, para fins de direito da personalidade, mas não poderá fazê-lo com escopo de atribuição de paternidade. Conseqüentemente, é inadequado o uso da ação de investigação de paternidade, para tal fim. Paulo Luiz Netto Lôbo, Direito ao Estado de Filiação e Direito à Origem Genética. <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4752&p=2>

²⁶² Ascensão, op. cit. p. 987.

10 MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO

Como antes mencionado, a frustração em não poder conceber um filho gera para a vida dos casais uma doença da alma²⁶³.

A infertilidade, tanto masculina quanto feminina, pode ter vários motivos, sendo necessária uma análise médica para definir qual o melhor tratamento a ser realizado, bem como qual técnica de reprodução assistida poderá produzir melhores resultados.

Assim, devido à existência de problemas de infertilidade há uma enorme procura por assistência médica, com a intenção de possibilitar a gestação. Contudo, diante do insucesso do tratamento convencional, é indicada a reprodução humana assistida, que tem como objeto solucionar as causas mais severas de infertilidade.

É interessante, relembrar que a esterilidade é o termo utilizado para a incapacidade absoluta de procriar, onde a idéia de infertilidade divide-se em: infertilidade primária, se nunca ocorreu a gestação; e infertilidade secundária se já ocorreu gestação, mesmo que sucedida de aborto.

Atualmente, há uma lista de técnicas de reprodução medicamente assistida, reconhecida no meio científico e clínico, e entre elas polemiza-se a figura da maternidade de substituição.

Tecnicamente se define a maternidade de substituição pela fertilização “*in vitro*” do óvulo de um mãe biológica com sêmen de um pai biológico, com implantação em uma mãe substituta (mãe de gestação), para posteriormente, com o nascimento da criança, entregá-la aos progenitores biológicos ou aos pais sociais que contrataram o procedimento.²⁶⁴

É possível também ocorrer a maternidade de substituição, com a inseminação artificial do sêmen de um doador conhecido em uma mãe portadora (mãe de gestação), para que em razão do contrato de gestação, a criança gerada seja entregue ao doador e a sua esposa ou companheira.²⁶⁵

Em síntese, entende-se por maternidade de substituição, o contrato em que uma mulher se compromete a gerar um filho, submetendo-

²⁶³ Abdelmassih. Op.cit. p.3.

²⁶⁴ Araujo, Fernando. A procriação assistida e o problema da santidade da vida. Almedina: Coimbra, 1999. p. 27.

²⁶⁵ Idem p. 26.

se a todo o processo de gestação, e com o nascimento da criança entregá-lo para outra mulher, abdicando de todos os direitos sobre a criança, principalmente a sua qualificação jurídica como mãe.²⁶⁶

Diante da definição de maternidade de substituição, costuma-se qualificar a mãe substituta com diversas designações, de acordo com o modo em que exerce a substituição.

Fernando Araujo denomina de “mãe hospedeira” aquela que recebe o sêmen de um doador, por inseminação artificial, sendo seu o óvulo a ser fecundado, qualificando-se ainda como mãe genética. Enquanto que se denomina “mãe portadora” aquela que tem implantado em seu útero o óvulo já fecundado, pertencentes a doadores, deixando, neste caso de ser qualificada como mãe genética.²⁶⁷

Em razão disso, Olga Krell faz a distinção entre “mãe portadora” e “mãe substituta”, sendo a primeira aquela que recebe o óvulo do casal já fecundado, enquanto que na segunda há a inseminação com o sêmen do marido da contratante, no óvulo da substituta.

No presente trabalho será utilizada a denominação mãe substituta, para ambos os casos, pois melhor se adapta a denominação empregada pelo Conselho Federal de Medicina, diante da possibilidade de diversas outras denominações.²⁶⁸

A maternidade de substituição apesar de reconhecida e autorizada pelo Conselho Federal de Medicina, ainda não é pacificamente aceita pela doutrina, além de ser proibida em diversos países.

O Conselho Federal de Medicina, através da Resolução 1358/92, dispôs:

VII - SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO (DOAÇÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO)

²⁶⁶ Raposo, op. cit. p. 13.

²⁶⁷ Araujo, op. cit. p. 26.

²⁶⁸ “O presente trabalho intitula-se “mãe portadora”, socorrendo-se de uma terminologia que é usada no direito francês para designar uma realidade que também é conhecida pelas expressões “mãe hospedeira”, “mãe de aluguer” e “mãe de substituição”. O termo “mãe de aluguer” é especialmente popular no Brasil, enquanto a expressão “mãe de substituição” tem origem no direito anglo-americano. Pinheiro, Jorge Duarte. Mãe Portadora – A Problemática da Maternidade de Substituição. In Estudos de Direito da Bioética. Almedina: Coimbra. 2008. p. 323.

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 que impeça ou contra-indique a gestação na doadora genética.

1 - As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família da doadora genética, num parentesco até o segundo grau, sendo os demais casos sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina.

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

Ora, apesar de medicamento e cientificamente ser possível a maternidade de substituição, discute-se a sua possibilidade jurídica, em face da violação dos princípios da dignidade humana, e por tratar como objeto o corpo da gestante e a vida da criança a ser fecundada.

A esse respeito a Lei portuguesa n. 32/06, sobre Procriação Medicamente Assistida, a proíbe expressamente, considerando nulos os negócios jurídicos que têm por fim a maternidade de substituição, punindo com pena de 2(dois) anos de prisão aquele que concretiza a maternidade de substituição ou a promove, por qualquer meio.²⁶⁹

Nesse mesmo sentido, dispõe a Lei Espanhola n. 14/2006, que é nulo de pleno direito o contrato em que seja aprovada a gestação por uma mulher que renuncie a filiação materna em favor de um contratante ou de um terceiro.

A doutrina enumera diversos motivos para a não aceitação da maternidade de substituição, tendo como exemplo clássico o caso “Baby

²⁶⁹ Art. 39, da Lei Portuguesa n. 32/2006:

Maternidade de Substituição

- 1 - Quem concretizar contratos de maternidade de substituição a título oneroso é punido com pena de prisão até 2 anos ou pena de multa até 240 dias.
- 2 - Quem promover, por qualquer meio, designadamente através de convite directo ou por interposta pessoa, ou de anúncio público, a maternidade de substituição a título oneroso é punido com pena de prisão até 2 anos ou pena de multa até 240 dias.

M”, ocorrido nos Estados Unidos da America, em que a mãe substituta (portadora) recusou-se a entregar a criança ao pai biológico, em cumprimento do contrato celebrado, tendo o caso se resolvido nos Tribunais.²⁷⁰

Além da própria violação do principio da dignidade da pessoa humana, declaram-se como argumentos contrários à maternidade de substituição, entre outros²⁷¹:

1- Instrumentalização da criança: em face da criança ser utilizada para satisfazer os fins pessoais da mãe, relegando-se os interesses, os quais é titular a criança.

2- Instrumentalização da mãe de substituição: pois a mãe de substituição é utilizada como mero instrumento para a gestação, violando a sua dignidade e tratando-a como mera incubadora dos filhos de terceiros.

²⁷⁰ “um dos mais famosos bebês nascidos com recurso a mães portadoras foi Melissa, mais conhecida por “Baby M”. Em 1987 o casal Stern dirigiu-se ao New York City Infertility Center para tentar encontrar uma solução viável para o seu problema de infertilidade. Elisabeth Stern (quarenta e um anos) foi aconselhada a não engravidar por sofrer de esclerose múltipla. Simultaneamente Mary Beth Whitehead (vinte e nove anos) ofereceu-se como mãe hospedeira nesse mesmo centro. Após ter sido submetida a um rigoroso exame por um grupo de ginecologistas e psicólogos, Mary Whitehead foi considerada apta para receber o sêmen de Willian Stern. No contrato celebrado (com acordos de todos – Mary Whitehead e o seu marido Richard, Elisabeth e Willian Stern -) Mary Whitehead renunciava a todo e qualquer direito de mãe sobre a criança e comprometia-se a, logo após a inseminação artificial, não fumar, não beber, nem consumir drogas durante a gravidez e a abortar caso fosse detectada qualquer anomalia no feto. Por seu turno o casal Stern responsabilizava-se por todas as despesas médicas e legais, assim como por pagar à mãe portadora a quantia acordada (dez mil dólares). Num outro contrato estipulou-se o pagamento de sete mil e quinhentos dólares ao New York Infertility Center. Contudo, depois do parto, Mary Whitehead pediu a Elisabeth e Willian Stern para ficar mais alguns dias com a bebê, alegando estar a atravessar grave crise depressiva. Todavia, alguns meses depois recusou a entrega definitiva da criança (a quem tinha dado o nome de Sarah). Dada a situação o casal Stern recorreu aos Tribunais. O Tribunal de New Jersey reconheceu a força vinculativa do contrato ao ponto de satisfazer a pretensão de execução específica, decidindo que a bebê fosse entregue ao casal Stern, devendo Elisabeth Stern adoptá-la. In Barbas, op. cit. p. 147.

²⁷¹ Raposo, op. cit. p. 47.

3- Contraturalização da maternidade: sendo a filiação matéria de ordem pública necessita da intervenção do Estado, não sendo a situação das pessoas matéria disponível por contrato.

4- Exploração da pobreza: com a coisificação da pessoa humana, possibilita-se a exploração daqueles mais pobres, os quais são utilizados como mães de substituição.

5- Comercialização da vida humana: o princípio da dignidade da pessoa humana impede que a vida seja objeto de comércio.

6- A indeterminação da maternidade: a confusão quanto a maternidade biológica, gestacional ou social, onde o parto por si só não é elemento determinante da maternidade.²⁷²

Diversos são os argumentos para a proibição da maternidade de substituição, inclusive a possibilidade de sua utilização com fins lucrativos, e o surgimento de um mercado de aluguel de úteros, transformando as crianças em um bem de consumo.²⁷³

A utilização da maternidade de substituição com fins lucrativos ou onerosos é condenável, onde a gestação valeria um preço, em frontal desacordo com os princípios de ordem pública e os bons costumes.

Quaisquer que sejam os argumentos para a proibição da maternidade de substituição, é possível encontrar quem defenda a sua legalização, já sendo comum na Inglaterra o reconhecimento ao direito de contratar uma maternidade de substituição, como elemento inerente à autonomia da vontade.²⁷⁴

A mesma liberdade que deve proteger a mulher de intromissões estaduais nas suas decisões

²⁷² Idem.

²⁷³ Araujo, op. cit. p. 28.

²⁷⁴ “O direito inglês, que regula a maternidade de substituição desde 1990, superou estes problemas exigindo que todas as partes envolvidas estejam de acordo, e fazendo um controle semelhante ao que se pratica antes de um adoção.” Francisco Pereira Coelho, Guilherme de Oliveira. Curso de Direito de Família. Coimbra Editora: Coimbra, 2006, p. 61.

reprodutivas (tais como o livre acesso ao aborto ou a contraceptivos, segundo o slogan “women’s body, women’s rights”) deve permitir-lhe nestes termos . “When the contract between the gestacional mother and the commissioning parents reflects the procreative intentions of both parties, enforcement of the contract is the only way to give force to the desire and commitment of those who seek to raise a child and to recognize the autonomy of the gestational mother.

Esta posição tem particular acolhimento no seio das correntes feministas, propugnadoras do direito à livre escolha da mulher e do direito de dispor sobre o próprio corpo. Pois se as mulheres são seres racionais, têm o direito de impor ao Estado que se abstenha de intervir (exercício de um direito, liberdade e garantia, isto é, de um direito à abstenção do Estado), ainda que seja para as proteger das suas próprias escolhas, numa clara vocação paternalista, tão própria de certo tipo de Estado.²⁷⁵

Nesse mesmo sentido, no direito norte-americano é possível encontrar no art. 8º. do Uniform Parentage Act a admissibilidade do contrato de maternidade de substituição, vinculado a sua homologação judicial, de forma semelhante ao procedimento de adoção.²⁷⁶

Outros argumentos defendem que a utilização da maternidade de substituição, pode significar a única forma para que uma pessoa com problemas de infertilidade ultrapasse esta barreira gerando uma criança,

²⁷⁵ Raposo, op. cit. p. 64.

²⁷⁶ *A gestational agreement is one between a woman and a couple that obligates the woman to carry the child for the intended parents, often times referred to as a surrogate mother. The conception must be an assisted conception and the woman who gives birth is not the legal mother. If she is a married woman, her husband must consent to the agreement and he has no parental rights or legal obligations with respect to the child.*

Gestational agreements are controlled under the act because they must be approved by the court. The court must verify the birth mother's qualifications to carry the child and the intended parents' qualifications to be parents. The procedure is similar to those for adoptions. The birth mother may be compensated, and she has the power to terminate the agreement. In <http://family-law.lawyers.com/paternity/The-Uniform-Parentage-Act-of-2002.html>

onde a gravidez certamente poderia causar riscos a sua saúde e risco à saúde do ser humano a gerar.²⁷⁷

E ainda, baseado no princípio da igualdade de procriar, somente através da maternidade de substituição seria facultado o acesso à maternidade, aquelas mulheres que não têm possibilidade de levar até um termo final a gravidez, evitando-se uma discriminação em relação a outras mulheres que podem utilizar das técnicas de reprodução humana assistida com sucesso.²⁷⁸

Contudo, apesar da existência de um direito fundamental à reprodução, baseado no direito ao planejamento familiar, não significa dizer que toda e qualquer forma de reprodução assistida estará autorizada pelo direito.²⁷⁹

E, concretamente sobre o argumento que invoca uma exigência de igualdade no acesso a maternidade, sublinhe-se que o direito de procriar está sujeito a limites intrínsecos, que correspondem ao fim do direito, fim que não é meramente egoísta nem imediatista. O direito de procriar está concebido para a formação de um grupo familiar composto por filho e progenitor; neste grupo, o interesse mais ponderoso é o da criança.²⁸⁰

Através da Resolução n. 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina permite-se no Brasil, a utilização da maternidade de substituição, para fins de procriação.

Mas, diante dos fatos acima elencados, será que é juridicamente possível a realização da maternidade de substituição diante do ordenamento jurídico brasileiro?

A Resolução do Conselho Federal de Medicina autoriza a utilização da maternidade de substituição desde que não tenham caráter lucrativo ou comercial.

Ora, é evidente, como já foi declarado anteriormente, que a maternidade de substituição a título oneroso, atenta contra o princípio da dignidade da pessoa humana, pois passa a tratar a mãe substituta e a criança a ser gerada como uma mercadoria, um objeto.

²⁷⁷ Araujo, op. cit. p. 35.

²⁷⁸ Pinheiro, op. cit. p. 332.

²⁷⁹ Otero, op. cit. p. 21.

²⁸⁰ Pinheiro, op. cit. p. 333.

Mas independente do contrato ser gratuito, haverá sempre o intuito de lucro pelas clínicas autorizadas para a utilização das técnicas de reprodução humana assistida, onde a mãe substituta carregará o ônus de uma gravidez, sem qualquer compensação, em um contrato desequilibrado, que lhe impõe unicamente obrigações, em contraposição aos benefícios aferidos pelos beneficiários da criança a ser gerada.

A gratuidade do tratamento demonstra-se injusta para a mãe substituta, daí somente aqueles parentes mais próximos da beneficiária se submetem, por reais fins altruístas, à maternidade de substituição, sendo este o fim da Resolução do Conselho Federal de Medicina quando determina que as doadoras temporárias do útero devam pertencer à família da doadora genética, num parentesco até o segundo grau.

Mas dentro de um contexto geral, segundo Fernando Araujo, a onerosidade não é um mal que invalide o contrato de maternidade substituta.

Correndo o risco deliberado de chocarmos algumas consciências, seja-nos permitido temperarmos o moralismo dominante com duas ressalvas relativizadoras, uma pragmática e uma ressalva feminista. Em primeiro lugar, todo o trabalho subordinado é um aluguer da nossa força corporal, ou da nossa energia mental (como ficava exemplarmente consagrado na expressão latina “*locatio operis*”); há exploração, decerto, no “aluguer de útero”: mas fica por demonstrar que essa exploração seja unilateral ou danosa, ou que não se faça com vantagens para ambas as partes. Em segundo lugar, a idéia de que o “aluguer de útero” só é consentido pela “portadora” por força de um estado de necessidade é uma idéia que pode alastrar a todo o desempenho de tarefas que as pessoas apenas aceitam por não serem mais ricas do que são. Em terceiro lugar, a proscrição do “aluguer de útero” criará uma pressão crescente para multiplicação de “gestações altruístas”, o que não raro redundará no recurso a “mães portadoras” que são parentes da mãe biológica – da dadora de ovócitos -, com todas as complicações de ordem familiar que esse expediente pode acarretar. Por último, a idéia de que é mais condenável “alugar o útero” do que vender esperma não deixa de introduzir um elemento de discriminação sexista, sobretudo na medida em que sugere que uma mulher,

porque é a única que suporta a gestação e porque é culturalmente condicionada a assumir a parte principal no cuidado da prole, é menos capaz de dispor racionalmente das suas determinações biológicas, ou tem ao menos um dever moral de considerar essas determinações como os aspectos centrais da sua identidade e da sua vida, como o próprio cerne da sua existência.²⁸¹

Entendo que a questão não é de fácil solução. A perspectiva é por assim dizer de ordem ética e filosófica, em que diante do princípio da dignidade da pessoa humana estará em discussão valores e ponderações.

A questão da nulidade do contrato, por si só, não soluciona a questão, uma vez que no plano da existência, a maternidade de substituição produzirá efeitos práticos.

A tendência em determinar a ilegalidade da maternidade de substituição é bastante promissora, principalmente em face dos antecedentes jurídicos de países como Portugal, Espanha, Alemanha e França, onde a infertilidade não é justificativa para a utilização de outras pessoas para suprir o desejo de ter filhos.²⁸²

No Brasil, em face dos direitos da personalidade, de acordo com o artigo 13 do Código Civil, a maternidade de substituição não poderá ser autorizada por violar direito à integridade física da mulher.

Ora, mesmo que a mãe substituta autorize a intervenção em seu próprio corpo, tal medida não poderá ser aceita, pois viola os bons costumes, com possibilidade de risco à sua saúde.

Art. 13 do Código Civil

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.

Parágrafo único: O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.

²⁸¹ Araujo, op. cit. p. 29.

²⁸² Raposo, op. cit. p. 139.

O direito à integridade física compreende, ainda, por sua amplitude, o direito ao corpo vivo e às suas partes integrantes, sendo direito indisponível da personalidade.

O corpo da pessoa é inalienável como projeção da dignidade da pessoa humana, apesar de ser admissível a disposição de suas partes, em vida, ou após a morte, desde que não atente contra os bons costumes.

É evidente que existem diversos argumentos jurídicos lógicos para a proibição da maternidade de substituição, os quais foram descritos acima. Além do mais, a maternidade de substituição envolve diversos riscos e perigos, tanto emocionais, quanto financeiros e sociais.²⁸³

Entendo que a prática da maternidade de substituição deve ser considerada ilegítima atualmente no Direito Brasileiro.

Diante da ausência de uma lei especial, não é possível argumentar somente com ideias e valores morais.²⁸⁴

Uma regulamentação adequada poderá garantir o exercício do direito à reprodução e impedir a realização da maternidade de substituição, uma vez que atualmente, a regra do Conselho Federal de Medicina autoriza a realização do referido procedimento, sem qualquer reflexão na órbita do Direito.

Encerrando o estudo das questões legais e éticas envolvendo a filiação fruto de reprodução humana assistida, será estudado no próximo capítulo a problemática da inseminação artificial “post mortem”.

²⁸³ Idem.

²⁸⁴ “O direito assume uma função protectora e, neste sentido, cabe-lhe prevenir danos cuja ocorrência, embora não estando provada, assumam fortes probabilidades. Resta saber se a maternidade de substituição é efectivamente susceptível de provocar tais danos, ou se a sua proibição não se estriba antes numa ordem diferente de motivos, mormente de carácter moral. Efectivamente, poderão existir (existem certamente) opiniões que considerem a maternidade de substituição imoral. Porém, este argumento, isoladamente considerado, não é suficiente para afastar, sob pena de tomarmos a lei como a guardiã da moralidade. As escolhas morais de cada um hão-de revelar-se no facto de participarem ou não num contrato nestes termos. “Certainly the individual has the right to participate or not to participate in a practise they find immoral, but they do not have the right to force their morality into society’s laws.” Raposo, op. cit. p. 142.

11 INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL “POST MORTEM”

Uma das questões mais intrigantes quanto ao direito de família e ao direito das sucessões envolve a questão relativa à inseminação artificial “post mortem” e seus efeitos jurídicos.

A problemática inicia-se a partir do momento em que o Código Civil Brasileiro dispôs em seu artigo 1.597 que: *“Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: III- havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido.”*

Ora, o Código Civil Brasileiro presume que o filho havido, mesmo após a morte de seu genitor, fora concebido na constância do casamento, com o objetivo de conferir àquele genitor premoriente a paternidade.

Trata-se como declara Caio Mario da Silva Pereira de uma ficção jurídica, pois verdadeiramente não há uma presunção, uma vez que diante da certeza da morte, não há como determinar que o nascimento ocorresse na constância do casamento.

Em disposição infeliz, o Código de 2002(art. 1.597) afirma que se presumem “concebidos na constância do casamento” os filhos “havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido”(n. III). Em realidade, ocorrendo a concepção, por processo artificial, depois da morte do pai, não há que presumir sua contemporaneidade com um casamento sabidamente dissolvido por aquele óbito anterior: a hipótese é, claramente, de ficção jurídica, e não de verdadeira presunção.²⁸⁵

A presunção de paternidade impõe duas questões relevantes a serem resolvidas pelo direito: a) A criança havida por inseminação artificial “post mortem” pode ser registrada como filho do genitor premoriente? E

²⁸⁵ Caio Mario da Silva Pereira, instituições de Direito Civil, Direito das Sucessões. Forense: Rio de Janeiro, 2007. p. 34.

em face do reconhecimento da paternidade, terá essa criança direitos sucessórios sobre os bens do seu genitor premoriente?

Inicialmente, antes de resolver tais questões, faz-se necessária uma análise da legalidade da reprodução humana assistida, com material genético de doador morto.

O Conselho Federal de Medicina não tratou a inseminação artificial “*post mortem*” na resolução n. 1.358, existindo em nosso ordenamento jurídico, unicamente, a referência contida no artigo 1.597 do Código Civil a respeito do reconhecimento da filiação.

Não existem regras próprias que autorizem ou não autorizem a reprodução humana “*post mortem*”, sendo relevante destacar que a referência contida no Código Civil não é suficiente para determinar a legalidade do referido tratamento.

Por sua vez, o Direito Português, através da Lei 32/2006 proíbe a inseminação “*post mortem*”, mesmo que haja o consentimento do marido, exceto no caso em que a morte tenha ocorrido durante a realização do projeto parental.²⁸⁶

Nesse mesmo sentido, o Direito Espanhol, na Ley 14/2006, veda a utilização das técnicas de reprodução humana assistida com o material do genitor já falecido, excluindo os casos onde o material já estiver implantado no útero da mulher, no momento da morte, ou, quando o marido declarar de forma expressa que o seu material reprodutivo possa ser utilizado em até 12 meses após a sua morte.²⁸⁷

²⁸⁶ Lei portuguesa 32/2006. Art. 22º. Inseminação *post mortem*

- 1—Após a morte do marido ou do homem com quem vivia em união de facto, não é lícito à mulher ser inseminada com sémen do falecido, ainda que este haja consentido no acto de inseminação.
- 2—O sémen que, com fundado receio de futura esterilidade, seja recolhido para fins de inseminação do cônjuge ou da mulher com quem o homem viva em união de facto é destruído se aquele vier a falecer durante o período estabelecido para a conservação do sémen.
- 3—É, porém, lícita a transferência *post mortem* de embrião para permitir a realização de um projecto parental claramente estabelecido por escrito antes do falecimento do pai, decorrido que seja o prazo considerado ajustado à adequada ponderação da decisão.

²⁸⁷ Lei espanhola 14/2006. *Premoriencia del marido*.

1. No podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en esta Ley y

Dentre os argumentos contrários a inseminação artificial “*post mortem*” está o fato de a criança nascer de um pai já morto, privando-a da companhia paterna, cujo o interesse maior da criança estaria em risco, pois o mesmo teria o direito de ser criado em uma estrutura bi parental.

Independentemente dos complexos problemas jurídicos que a aceitação da inseminação “*post-mortem*”, necessariamente, equaciona, o grande argumento para a sua proibição baseia-se no direito inderrogável da criança beneficiar da estrutura biparental da filiação. É de condenar a criação, a fundação voluntária de uma família unilinear póstuma.²⁸⁸²⁸⁹

el marido fallecido cuando el material reproductor de éste no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón.

2. *No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el marido podrá prestar su consentimiento, en el documento a que se hace referencia en el artículo 6.3, en escritura pública, en testamento o documento de instrucciones previas, para que su material reproductor pueda ser utilizado en los 12 meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer. Tal generación producirá los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial. El consentimiento para la aplicación de las técnicas en dichas circunstancias podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquéllas.*

Se presume otorgado el consentimiento a que se refiere el párrafo anterior cuando el cónyuge superviviente hubiera estado sometido a un proceso de reproducción asistida ya iniciado para la transferencia de preembriones constituidos con anterioridad al fallecimiento del marido.

3. *El varón no unido por vínculo matrimonial podrá hacer uso de la posibilidad prevista en el apartado anterior; dicho consentimiento servirá como título para iniciar el expediente del artículo 49 de la Ley del Registro Civil, sin perjuicio de la acción judicial de reclamación de paternidad.*

²⁸⁸ Barbas, op. cit. p. 133.

²⁸⁹ Neste mesmo sentido: “Pode-se argumentar que é perfeitamente válida a vontade inequívoca do marido de querer dar à esposa, mesmo depois de sua morte, o poder de conceber um filho, através do esperma depositado e congelado durante sua vida. Por outro lado, se questiona, do ponto de vista psicológico, o porquê de se gerar um filho de um pai morto, senão o desejo de perpetuar o falecido nessa criança, que, desde o início, seria privada do direito de ter dois pais. Deve ser lembrado também que a permissão incondicional da fecundação artificial “*post mortem*” implicaria, necessariamente, a possibilidade de mulher viúvas perseguirem fins econômicos, querendo “fabricar” possíveis herdeiros.” Krell. op. cit. p. 188

Ora, a questão relativa ao nascimento da criança em uma família monoparental, não é por si só, suficiente para impedir a realização da inseminação “*post mortem*”, uma vez que o direito brasileiro prevê constitucionalmente a existência da família monoparental.

A defesa quanto à possibilidade de inseminação artificial na mulher solteira, já foi apresentada em capítulo anterior, sendo relevante destacar que o reconhecimento da família monoparental na Constituição Federal confere o direito à realização das técnicas de reprodução humana assistida às mulheres solteiras.

Mantenho-me coerente com os argumentos apresentados anteriormente, quanto à possibilidade de utilização das técnicas de reprodução assistida pela mulher solteira, não é o argumento de que a criança deva necessariamente nascer em uma estrutura bi parental suficiente para questionar a possibilidade jurídica da inseminação artificial “*post mortem*”.

As questões que mais se revelam conflitantes, para autorizar a inseminação artificial “*post-mortem*”, dizem respeito à indefinição dos aspectos relativos à paternidade e ao direito sucessório.

Embora, em face da necessidade de proteção e defesa dos interesses da criança, e à proibição de qualquer designação discriminatória, contidos no artigo 227 da Constituição Federal, qualquer tratamento desigual em relação à filiação e aos direitos sucessórios impede a legalização da inseminação artificial “*post mortem*”.

Resolvida essa questão, estará resolvida a legalidade ou não da inseminação “*post-mortem*”.

Para tanto, um elemento essencial para a solução do problema é a figura do consentimento esclarecido do genitor, autorizando a utilização do seu material genético após a sua morte.

A resolução do Conselho Federal de Medicina estabelece:

O consentimento informado será obrigatório e extensivo aos pacientes inférteis e doadores. Os aspectos médicos envolvendo todas as circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, assim como os resultados já obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico, ético e econômico. O

documento de consentimento informado será em formulário especial, e estará completo com a concordância, por escrito, da paciente ou do casal infértil.²⁹⁰

Ora, o consentimento para a utilização das técnicas de reprodução assistida deve ser realizado através de documento escrito, onde devam constar expressamente todas as condições concretas de cada caso, inclusive, a possibilidade de utilização do material “*post mortem*” e o prazo para a sua utilização.

Dentro do princípio da autonomia privada, o consentimento informado é necessário para qualquer projeto de reprodução humana assistida.

Assim, a validade da inseminação “*post mortem*” passará obrigatoriamente pelo consentimento refletido do genitor.

A legislação espanhola, apesar de vedar a realização de inseminações “*post mortem*” autoriza a sua realização, excepcionalmente, se for demonstrada a vontade do genitor de forma escrita e válida pelo prazo de 12 meses.

*No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el marido podrá prestar su consentimiento, en el documento a que se hace referencia en el artículo 6.3, en escritura pública, en testamento o documento de instrucciones previas, para que su material reproductor pueda ser utilizado en los 12 meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer. Tal generación producirá los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial. El consentimiento para la aplicación de las técnicas en dichas circunstancias podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquéllas.*²⁹¹

²⁹⁰ Resolução 1.358 do CFM. Atualmente, encontra-se em vigor a Resolução 2.013/2013 do CFM, a qual revogou a Resolução 1.957/10 e a Resolução 1358/92 CFM.

²⁹¹ Lei espanhola 14/2006.

Ora, a principal relevância do dispositivo legal espanhol é que, diante da manifestação de vontade do genitor, serão atribuídos os efeitos legais relacionados à filiação, em face do nascimento da criança. Efeitos esses relativos ao reconhecimento da paternidade e a incidência de direitos sucessórios.

Por outro lado, em caso de inexistência de autorização, aplicam-se as mesmas regras relativas ao doador anônimo, não podendo ser atribuído ao mesmo a paternidade e conseqüentemente os seus efeitos legais.

No podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en esta Ley y el marido fallecido cuando el material reproductor de éste no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón.²⁹²

Acredito que a melhor solução para o caso é esta empregada pelo Direito Espanhol, onde exige o consentimento informado para a validade da técnica utilizada.

Importante também que a lei determine que a procriação assistida somente seja permitida com expreso consentimento dos cônjuges e mediante a comprovação da necessidade, oportunidade e conveniência.²⁹³

Assim, a legalidade da inseminação artificial “post mortem” deve está vinculada à manifestação de vontade para que seja possível a atribuição da paternidade e conseqüentemente os seus efeitos legais, inclusive no âmbito sucessório.

Não encontro razões para a atribuição da paternidade “post mortem”, ausente da manifestação de vontade, quando as realidades dos fatos demonstram que o morto não poderá exercer as obrigações relativas à paternidade, diante da atual conceituação de paternidade que vai além do caráter biológico.

²⁹² Lei espanhola 14/2006.

²⁹³ Venosa, Silvio Salvo, Direito Civil. Direito de Família. Atlas: São Paulo, 2008, p. 227.

Concluindo, trago os ensinamentos de Paulo Luiz Netto Lobo, citando diversos autores, que expõe:

“Nem sempre o ascendente biológico será o pai jurídico. Essa diferenciação é um processo ainda em construção. Diferença incômoda, propositadamente, desassossegada, *noise* epistemológico”.(Fachin, Luiz Edson) Guilherme de Oliveira confessa que, ao começar a estudar o direito da filiação, aderiu, sem reservas, ao mandamento do respeito pela verdade biológica do parentesco, mas teve de concluir que nos sistemas jurídicos atuais “o pater não é determinado pelo critério da progenitura, mas sim pela função social de pai, pelo ofício familiar da paternidade, em homenagem ao interesse concreto do filho, à paz de um certo agregado familiar” e portanto, a paternidade jurídica “não foi, nem é, forçosamente determinada pela verdade biológica do parentesco”(Oliveira, Guilherme).²⁹⁴

Em se tratando da determinação inicial da paternidade, o entendimento majoritário é ainda o da determinação biológica dessa paternidade.

Apesar disso, persisto no entendimento de que para fins de determinação da paternidade nos casos de reprodução humana assistida, é essencial e necessária a manifestação de vontade.

Mesmo que o genitor tenha participado do tratamento de infertilidade, com a coleta de seu material genético e posterior fecundação, a implantação do óvulo fecundado na mulher exige a sua manifestação de vontade e autorização. E estando o doador do material morto, a vontade antes manifestada perde os seus efeitos legais, salvo se houver disposição expressa em contrário.

Em caso de morte do genitor, não é possível encontrar uma manifestação de vontade válida, principalmente quando a inseminação ocorre em um período de tempo bem posterior ao falecimento.

Nessa situação, devem ser aplicadas ao caso, as mesmas regras do doador anônimo, onde a sua identidade biológica pode ser revelada, mas sem a possibilidade de lhe ser atribuída a paternidade.

²⁹⁴ Lôbo, op cit. p. 196.

A resposta então, às indagações, no início realizadas, vão depender da existência ou não do consentimento refletido do genitor premoriente.

Assim, em caso positivo, restaria que sejam respeitados os direitos provenientes da filiação, e diante do artigo 227, parágrafo 6º. da Constituição Federal, que proíbe qualquer tratamento discriminatório relativos à filiação, o filho havido por inseminação artificial *“post mortem”* teria os mesmos direitos sucessórios que os demais.

Por sua vez, em caso negativo, sem que haja o consentimento do genitor premoriente para a realização da inseminação *“post mortem”*, não será possível lhe atribuir a filiação, aplicando-se ao caso as mesmas regras do doador anônimo.

Por fim, deve o legislador atribuir um prazo máximo para a implantação do óvulo fecundado ou do espermatozóide, a exemplo do prazo estabelecido no Código Civil para a prole eventual que é de 02(dois) anos a partir do falecimento, respeitando o caráter imediatista da sucessão.²⁹⁵

²⁹⁵ “Se decorridos 2(dois) anos após a abertura da sucessão, não for concebido o herdeiro esperado, os bens reservados, salvo disposição em contrário do testador, caberão aos herdeiros legítimos.” Parágrafo 4º., art. 1.799 do Código Civil brasileiro.

12 CONCLUSÃO

Diante da evolução da ciência, em face da utilização das técnicas de reprodução humana assistida, tem a doutrina à missão de descrever seus principais efeitos na ordem jurídica e realizar as críticas necessárias a solução dos conflitos de interesses que possam surgir.

O presente trabalho delimitou, assim, o estudo dos efeitos jurídicos da reprodução humana assistida apontando o caminho que o interprete deve utilizar para a aplicação do direito ao caso concreto.

Desta forma, pelo presente estudo, é possível verificar que para a maioria das pessoas gerar um filho talvez seja uma tarefa simples, algo que ocorre naturalmente.

Contudo, uma minoria representativa da população tem dificuldades para conceber, onde essa frustração em não poder gerar um filho, causa à pessoa uma diminuição em sua estima, tornando-se uma verdadeira doença da alma.²⁹⁶

Do ponto de vista médico, os membros deste grupo podem ter pouco em comum. Alguns ficaram inférteis por doenças manifestamente diferentes. Uma mulher pode ter sido submetida a tratamentos oncológicos, por exemplo, que tenham implicado a ablação dos seus ovários; um homem pode ter estado exposto a substâncias químicas tóxicas. Outros sofrem de problemas genéticos nos seus sistemas reprodutivos ou de doenças acidentalmente contraídas. Alguns homens têm baixas contagens de espermatozóides ou uma mobilidade espermática deficiente. Algumas mulheres são alérgicas ao sêmen dos maridos, ou simplesmente demasiado velhas para produzir óvulos viáveis. E há alguns casais inférteis que não têm, aparentemente, nenhum problema médico. O que une, pois, esta comunidade heterogênea é apenas a sua incapacidade comum: querem ter filhos e não conseguem.²⁹⁷

²⁹⁶ Abdelmassih. Op.cit. p.3.

²⁹⁷ Spar, Débora L. O Negócio de Bebés. Almedina, Tradução Benedita Bettencourt: Coimbra. 2007, p. 24.

Não é possível dizer que a infertilidade seja uma doença que ponha a vida da pessoa em risco, mas, é reconhecida como uma doença do aparelho reprodutivo.

A Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento reconheceu a existência de um direito à saúde reprodutiva, dispondo que a pessoa tem o direito ao bem-estar físico, mental e social em todas as questões relacionadas com o sistema reprodutivo.²⁹⁸ A Conferência Mundial sobre a Mulher, realizada em Pequim, também reconheceu a necessidade de proteção da saúde reprodutiva da mulher e do homem.²⁹⁹

Assim, diante do reconhecimento internacional de um conceito de saúde reprodutiva, é possível concluir que o mesmo está diretamente ligado a construção de um direito à reprodução.

Este direito à reprodução pode ser estabelecido de forma natural ou através do recurso as técnicas de reprodução humana assistida.³⁰⁰

Neste sentido, reconhecendo a existência de um problema de saúde, com implicações médicas e psicológicas, o Conselho Federal de Medicina editou através da Resolução no. 1.358, normas de caráter ético com o objetivo de disciplinar a utilização das técnicas de reprodução humana assistida.

²⁹⁸ *“reproductive health is a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity, in all matters relating to the reproductive system and to its functions and processes. Reproductive health therefore implies that people are able to have a satisfying and safe sex life and that they have the capability to reproduce and the freedom to decide if, when and how often to do so.”* Capítulo 7º. Do programa de ações da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento.

²⁹⁹ *“Ensure equal access to and equal treatment of women and men in education and health care and enhance women's sexual and reproductive health as well as education”*. Art. 30 da Declaração da 4ª. Conferência Mundial da Mulher, em Pequim.

³⁰⁰ Souto Paz, citado por Garcia Ruiz, expõe que dito direito a reprodução, em seu sentido positivo, supõe *‘la ordenación de la actividad sexual a la reproducción de acuerdo com las pautas de la naturaleza o bien acudir al recurso a las técnicas de reproducción humana asistida.’* Garcia Ruiz. op. cit. p. 249.

Nesta medida, o reconhecimento das técnicas de reprodução humana assistida pelo Estado tem por objeto tutelar o direito à saúde e ao planejamento familiar, a partir de uma interpretação constitucional.

Embora exista um reconhecimento a este direito à saúde, não há ainda em nosso ordenamento jurídico uma norma legal que determine os limites para a utilização das técnicas de reprodução humana assistida.

Alguns projetos de Lei estão em tramitação, com o objetivo de regular a utilização das técnicas de reprodução humana assistida, contudo, as únicas normas em vigor são aquelas relativas ao Conselho Federal de Medicina, que trata a matéria de ordem ética.

Diante da ausência de normas específicas, o exercício do direito à saúde reprodutiva somente encontra limites na resolução do Conselho Federal de Medicina, o qual não apresenta respostas às principais questões que surgem nas relações jurídicas humanas, principalmente, quanto à determinação da filiação e as pessoas que podem ser beneficiadas pelo uso das referidas técnicas.

Assim, relembro os pontos fundamentais do presente estudo, que foram postos em destaque, a fim de concluir a presente intervenção.

I

Considerando, o direito à reprodução humana assistida como direito fundamental à saúde e ao planejamento familiar.

Considerando, que o direito a reprodução humana assistida, mesmo dentro da categoria dos direitos fundamentais, sofre necessariamente restrições, diante da sua integração com outros direitos e poderes de conteúdo jurídico diverso, os quais possuem valores a serem ponderados.

Concluo, que mesmo diante do reconhecimento de um direito à reprodução humana assistida, nem todas as técnicas devem ser consideradas lícitas, devendo a lei impor limites próprios para a proteção da vida a ser gerada

Assim, o legislador tem a obrigação de determinar qual a finalidade das técnicas de reprodução humana assistida, quem são as pessoas beneficiárias, e quais são os direitos das futuras crianças que irão nascer através das técnicas de reprodução humana assistida.

II

Considerando, que o Conselho Federal de Medicina não apresenta nenhuma determinação de idade, sexo ou estado civil para a utilização das técnicas de reprodução humana assistida.

Considerando, que com a fertilização “*in vitro*” com óvulos de um terceiro doador, é possível que a idade da mulher não seja mais um empecilho para a gestação.

Considerando, que a resposta para essa questão pode vir do próprio legislador, através da imposição de uma idade limite, mas também pode ser considerada em relação ao caso concreto, diante da análise médica das condições pessoais.

Concluo, que a determinação da idade limite para a reprodução assistida não deve ser vista isoladamente, mas, tendo por principal fundamento o melhor interesse da criança.

Onde, para além da função do legislador em determinar a idade limite para a utilização das técnicas de reprodução humana assistida, caberá a equipe médica responsável o poder de decidir, levando em consideração aspectos relacionados à saúde da mulher e a proteção da dignidade da criança a ser concebida, diante das circunstâncias que envolvam o caso.

III

Considerando, que a Resolução do Conselho Federal de Medicina, norma ética médica, compreende que toda mulher, independente do seu estado civil, poderá ser receptora das técnicas de reprodução assistida.

Considerando, a possibilidade de adoção unilateral, onde a criança passaria a conviver em uma família monoparental.

Considerando, que a dinâmica que será estabelecida na família, é mais importante para estabelecer a felicidade da criança do que a estrutura familiar em si.

Considerando, que não há um estudo psicossociológico que demonstre cabalmente que as famílias monoparentais, causem um efetivo prejuízo ao crescimento das crianças.

Concluo, que o reconhecimento da família monoparental na Constituição Federal confere o direito a realização das técnicas de

reprodução humana assistida às mulheres solteiras, fazendo surgir uma nova forma de monoparentalidade.

Diante de um projeto unilateral, a formação de uma família monoparental, mesmo através da reprodução assistida, representa um projeto de amor e carinho.

IV

Considerando, que a resolução do Conselho Federal de Medicina estabelece que a legitimidade do uso das técnicas de reprodução humana assistida depende do consentimento informado do beneficiário.

Considerando, que o consentimento informado é um requisito essencial para todo tratamento médico, onde além de produzir efeitos no corpo e na saúde da mulher, produz efeitos morais, jurídicos, sociais e econômicos.

Concluo, que o consentimento informado é requisito de validade para a utilização das técnicas de reprodução humana assistida, principalmente, quando da utilização de material estranho ao casal.

Além do mais, no tratamento deve ser objeto de informação todos os riscos à saúde e possibilidades de resultados, em cada caso concreto, de forma a exaurir todas as possibilidades de sucesso e de fracasso.

V

Considerando, que não é a personalidade jurídica que justifica a titularidade de direitos por parte do ser humano, mas sim a qualidade de ser humano que desperta a titularidade de certos direitos e conseqüentemente envolve o reconhecimento da personalidade jurídica.

Considerando, que a partir do momento em que há a formação do embrião, com a concepção, não se pode duvidar, do ponto de vista biológico, que a vida se inicia e que a ordem jurídica protege o direito de nascer, sancionando como crime o aborto.

Concluo, que o nascituro passa a ser uma entidade parcialmente dotada de força jurídica, em face da possibilidade de tutela jurídica contra lesões e ilícitos praticados antes do nascimento, demonstrando a existência de uma personalidade jurídica parcial, com a atribuição de uma esfera própria para o nascituro.

Desta forma, é o embrião sujeito de direitos próprios, em face de sua natureza de ser humano em potencial, que devem ser tutelado e protegido pelo Estado, em um âmbito típico, em defesa do interesse maior da dignidade da pessoa humana.

Neste sentido, a formação de embriões não pode ter como objetivo principal a sua experimentação ou a manipulação com a exclusiva intenção de investigação científica, pois, não respeita a dignidade humana.

VI

Considerando, que nos casos de reprodução humana assistida, a origem genética do genitor, não determinará, obrigatoriamente, o reconhecimento da paternidade civil, surgindo uma desvinculação do DNA como elemento essencial para a verificação da filiação.

Considerando, que segundo o direito de família e as regras do Conselho Federal de Medicina, o doador de material genético não tem nenhuma responsabilidade parental sobre o ser gerado, mesmo que o nascimento ocorra dentro de um projeto de monoparentalidade.

Considerando, que o ordenamento jurídico brasileiro não possui uma lei específica para o caso, matendo a interpretação do Código Civil de que mãe é aquela que dá a luz.

Considerando, que a proteção do melhor interesse da criança e de seu bem-estar emocional deve prevalecer para a determinação da maternidade.

Concluo, que o legislador brasileiro não deve pender para uma única forma de determinação da paternidade ou da maternidade, pois, diante da existência natural de dúvidas e de uma tendência a variação de opiniões, deve-se ter respeito e prudência para progredir nesta zona de relevância humana.

É necessário ter cautela para que possa fazer justiça, buscando diante das diversas possibilidades jurídicas a garantia e o respeito ao melhor interesse da criança.

VII

Considerando, que o anonimato do doador visa assim, evitar um conflito na determinação da paternidade, garantindo que a paternidade do marido ou companheiro que autorizou a sua esposa a realizar o

tratamento não possa ser impugnada, impedito à conexão entre o filho havido por inseminação heteróloga e o doador do material.

Considerando, que o Conselho Federal de Medicina determina as circunstâncias em que o sigilo do anonimato pode ser quebrado, facultando inicialmente que tal informação seja fornecida ao médico da pessoa gerada por inseminação heteróloga, se a pretensão for exclusivamente de conhecer aspectos médicos do doador.

Concluo, que somente circunstâncias extraordinárias podem justificar a violação do anonimato do doador, uma vez que tal revelação não poderá influir no registro civil do investigante, nem tampouco produzir efeitos patrimoniais.

Desta forma, diante da existência de conflitos de interesses, deve-se ponderar qual direito deve ser restringido, buscando-se sempre que possível a manutenção do termo de confidencialidade e facultando ao investigante o conhecimento de aspectos que visem solucionar seus problemas de perigo de vida e danos a saúde, sem a violação do anonimato.

VIII

Considerando, que se entende por maternidade de substituição, o contrato em que uma mulher se compromete a gerar um filho, submetendo-se a todo o processo de gestação, para com o nascimento da criança, entregá-lo para outra mulher, abdicando de todos os direitos sobre a criança, principalmente a sua qualificação jurídica como mãe.

Considerando, que a maternidade de substituição apesar de reconhecida e autorizada pelo Conselho Federal de Medicina, ainda não é pacificamente aceita pela doutrina, além de ser proibida em diversos países.

Considerando, que apesar de medicamente e cientificamente ser possível a maternidade de substituição, a sua validade jurídica é discutível, em face da violação dos princípios da dignidade humana, e por tratar como objeto o corpo da gestante e a vida da criança a ser fecundada.

Concluo, que a maternidade de substituição é ilegal, pois, a infertilidade não é justificativa para a utilização do corpo de outras pessoas para suprir o desejo de ter filhos, além dos diversos riscos e perigos, tanto emocionais, quanto financeiros e sociais que este tipo de tratamento pode produzir.

Não é possível considerar legítima a prática da maternidade de substituição, no atual direito brasileiro, pois, não se permite a disposição do corpo humano em face da doutrina dos direitos da personalidade, contida no art. 13 do Código Civil.

IX

Considerando, que o Conselho Federal de Medicina não tratou a inseminação artificial “post mortem” na resolução n. 1.358, existindo em nosso ordenamento jurídico, unicamente, a referência contida no artigo 1.597 do Código Civil a respeito do reconhecimento da filiação.

Considerando, que o consentimento para a utilização das técnicas de reprodução assistida deve ser realizado através de documento escrito, aonde devam constar expressamente todas as condições concretas de cada caso, inclusive, a possibilidade de utilização do material “post mortem” e o prazo para a sua utilização.

Considerando, que dentro do princípio da autonomia privada, o consentimento informado é necessário para qualquer projeto de reprodução humana assistida.

Concluo, que não existe razões para a atribuição da paternidade “post mortem”, ausente da manifestação de vontade, quando as realidades dos fatos demonstram que o morto não poderá exercer as obrigações relativas à paternidade, diante da atual conceituação de paternidade que vai além do caráter biológico.

Neste sentido, em caso de fecundação “post mortem” será utilizada a mesma doutrina relativa ao anonimato do doador, não tendo a criança a ser gerada direitos sucessórios, salvo nos casos, de manifestação de vontade dirigida ao projeto de filiação “post mortem”.

Terá, por sua vez, a pessoa o direito a investigação de sua origem genética, sem que necessariamente haja a atribuição da paternidade.

X

Considerando por fim, a possibilidade científica da utilização das diversas formas de reprodução humana assistida e o dever da mesma ser amparada pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

Considerando, a já presente utilização das técnicas de reprodução humana assistida na sociedade brasileira.

Concluo, pela urgente necessidade do legislador aprovar uma lei que aborde todos os aspectos da reprodução humana assistida, impondo regras amparadas pelo princípio da dignidade da pessoa humana, que possam indicar os limites do direito à reprodução humana assistida.

13 REFERÊNCIAS

ABDELMASSIH, Roger. **Avanços na Reprodução Humana Assistida**. São Paulo: Atheneu, 2007.

ALBORNOZ, Eduardo Osuna Carrillo de, Maria Belén Andreu Martinez, in **Comentários a la Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida**, Editora Aranzadi: Pamplona, 2007.

ARAUJO, Fernando. **A procriação assistida e o problema da santidade da vida**. Almedina: Coimbra, 1999.

ASCENSÃO, José de Oliveira, **“O Início da Vida”**. Revista do Tribunal Regional Federal – 3ª. Região. Separata.Thomson-IOB: São Paulo, 2007.

____ **A lei no. 32/06, Sobre Procriação Medicamente Assistida**, Separata, Revista da Ordem dos Advogados, ano 67, III: Lisboa, 2007.

____ **Procriação Medicamente Assistida e Relação de Paternidade**. Separata. Direito de Família e das Sucessões. Método: São Paulo, 2009.

____ **Direito e Bioética**. Direito da Saúde e Bioética. Lisboa: Lex. 1991.

____ **Teoria Geral do Direito Civil**. Coimbra: Editora Coimbra, 1997.

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

BARBOSA, Heloisa Helena. **Direito à Procriação e às Técnicas de Reprodução Assistida**. Grandes Temas da Atualidade de Bioética e Biodireito. Eduardo de Oliveira Leite. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas, 2005.

BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. **Direito, Sexualidade e Reprodução Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CAMPOS, Diogo Leite. **Lições de Direito da Personalidade**. Coimbra: Editora Coimbra, 1995.

CHAVES, Antônio. **Tratado de Direito Civil: parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, tomo 1.

Coelho, Francisco Pereira, Oliveira, Guilherme de. **Curso de Direito de Família**. Coimbra Editora: Coimbra, 2006.

DELGADO, Juan José Iniesta, **Donantes y contratos de donación**, in Comentários a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, Aranzadi: Pamplona, 2007.

DIAS, João Álvaro, **Procriação Assistida e Responsabilidade Médica**, Coimbra Editora: Coimbra, 1996.

DIAS, Maria Berenice, **Manual de Direito das Famílias**, Livraria do Advogado Editora: Porto Alegre, 2005.

DINIZ, Maria Helena, **O Estado Atual do Biodireito**, Saraiva: São Paulo, 2007.

DONIZETTI, Leila, **Filiação Sócioafetiva e Direito à Identidade Genética**. Lumem Júris: Rio de Janeiro, 2007.

DUARTE, Tiago. **In vitro Veritas? A Procriação Medicamente Assistida na Constituição e na Lei**. Coimba: Almedina, 2003.

ESTAL, Gabriel Del. **Derecho a la vida e institución Familiar**. Madrid: Apostolado de la Prensa, 1979.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito de Família**. 2. Ed. Renovar: Rio de Janeiro, 2003.

____. **O impacto das mudanças sociais no direito de família**. Coimbra Editora: Coimbra, 2000.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. São Paulo: Atlas, 1994.

GUIMARÃES, Ana Paula. **Alguns Problemas Jurídico-Criminais da Procriação Medicamente Assistida**. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

HERNÁNDEZ, Angel Sánchez, **Técnicas de Reproducción Humana Asistida**, in Comentários a La Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, Aranzadi: Navarra, 2007.

KRELL, Olga Jubert Gouveia, **Reprodução Humana Assistida e Filiação Civil**. Juruá: Curitiba, 2006.

ISHIDA, Valter Kenji, **Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo : Atlas, 2010.

LEITE, Eduardo de Oliveira, **Bioética e Presunção de Paternidade(considerações em torno do art. 1.597 do Código Civil)**, in Grandes Temas da Atualidade – Bioética e biodireito, Forense: Rio de Janeiro, 2004.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito Civil Aplicado**. Direito de Família. São Paulo: RT, 2005.

LÔBO, Paulo Luiz Netto, **Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária**,
<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4752&p=1>

_____. **Direito Civil. Famílias**. Saraiva: São Paulo, 2009.

MAZEUD, Henri y Leon; Mazeud, Jean. **Lecciones de Derecho Civil**, Traducción Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1959.

MEROÑO, Encarna Serna. **Usuários de las técnicas**. Comentários a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Pamplona: Aranzadi, 2007.

MESSINEO, Francesco. **Manuale di Diritto Civile e Commerciale**. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1950.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional, Direitos Fundamentais**. Coimbra Editora: Coimbra, 1993.

MOTES, Carlos Maluquer de. **Derecho de la persona y negocio juridico**. Barcelona: Bosch, 1993.

OTERO, Paulo, **Lições de Introdução ao Estudo do Direito**, Pedro Ferreira Artes Gráficas: Lisboa, 1998.

____ **Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do Ser Humano**. Coimbra: Almedina, 1999.

PÁDUA, Amélia do Rosário Motta da. **Responsabilidade Civil na Reprodução Assistida**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PEREIRA, Caio Mario da Silva, **Instituições de Direito Civil, Direito das Sucessões**. Forense: Rio de Janeiro, 2009.

____ **Instituições de Direito Civil. Direito de Família**. Forense: Rio de Janeiro, 2009.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direito de Família**. Campinas: Russel Editores, 2003.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Afeto, ética, família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PEREIRA, Tânia da Silva. **Famílias Possíveis: Novos paradigmas na convivência familiar**. Del Rey: Belo Horizonte, 2004.

PÉREZ, Carmem Garcia. **Gestación por Sustitución**. In Coméntarios a la Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Aranzadi: Pamplona, 2007.

PINHEIRO, Jorge Duarte, **Procriação Medicamente Assistida**, <http://www.apdi.pt/APDI/DOUTRINA/procria%C3%A7%C3%A3o%20medicamente%20assistida.pdf>

____ **Mãe Portadora – A Problemática da Maternidade de Substituição**. In Estudos de Direito da Bioética. Almedina: Coimbra. 2008.

PONTES DE MIRANDA. **Tratado de direito privado**. Tomo 7. Campinas: Bookseller, 2000.

PUECHE, José Enrique Bustos. **Manual sobre bienes y derechos de la personalidad**. Madri: Dykinson, 1997.

QUAYLE, Julieta, **Conceitos e “Pré-conceitos”. A Condição da Criança na Família Monoparental**. In Psicologia e Reprodução Humana Assistida. Coordenadores Rose Massaro Melamed, Liliana Seger e Borges Jr., Edson. Santos Editora: São Paulo, 2009.

RAPOSO, Mario. **Procriação Assistida – Aspectos Éticos e Jurídicos. Direito a Saúde e Bioética**. Lisboa: Lex, 1991.

RAPOSO, Vera Lúcia, **De Mãe para Mãe**, Coimbra Editora: Coimbra, 2005.

ROXIN, Claus. **A proteção da vida humana através do Direito Penal**. Conferência realizada no dia 07 de março de 2002, no encerramento do **Congresso de Direito Penal em Homenagem a Claus Roxin**, Rio de Janeiro. <<http://www.mundojuridico.adv.br>>.

RUIZ, Yolanda Garcia, **Reproducción Humana Asistida**. Editora Comares: Granada, 2004.

SANTOS, Fernando Ferreira. **Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. Fortaleza: Celso Bastos, 1999.

SANTOSUOSSO, Fernando, **La Procreazine Medicalmente Assistita**, Giuffrè: Milano, 2004

SEGRE, Marco; Cohen, Claudio, **Bioética**, Editora da Universidade de São Paulo: São Paulo, 1995.

SOUZA, Rabindranath Capelo. **O Direito Geral da Personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

SOUZA, Zelita da Silva; Moraes, Maria Isabel Dias Miorim de, **Ética Médica e Respeito as Crenças Religiosas**, no Simpósio de Bioética, in <http://www.portalmedico.org.br/revista/bio1v6/eticmedica.htm>

SPAR, Débora L.. **O Negócio de Bebés**. Almedina, Tradução Benedita Bettencourt: Coimbra. 2007, p. 24.

VASCONCELOS, Cristiane Beuren, **A Proteção Jurídica do Ser Humano In vitro na Era da Biotecnologia**. Atlas: São Paulo, 2006.

VENOSA, Silvio Salvo, **Direito Civil. Direito de Família**. Atlas: São Paulo, 2008.

SITES PESQUISADOS

<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=3510&processo=3510>

<http://www.bebesymas.com>

<http://family-law.lawyers.com/paternity/The-Uniform-Parentage-Act-of-2002.html>

<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4752&p=2>

<http://pt.wikipedia.org/wiki/Blast%C3%B3mero>

<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/convbiologiaNOVO.html>

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

http://www.lincx.com.br/lincx/saude_a_z/

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

