

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
DEPARTAMENTO DE DIREITO

**ASPECTOS DA PROcriação ASSISTIDA  
NO DIREITO DE FAMÍLIA**

ANDREA SANTOS BENEDETTI  
ORIENTADA  
PROF. REINALDO PEREIRA E SILVA  
ORIENTADOR

**FLORIANÓPOLIS (SC), MARÇO DE 1999**

ANDREA SANTOS BENEDETTI

**ASPECTOS DA PROcriação ASSISTIDA  
NO DIREITO DE FAMÍLIA**

Trabalho de conclusão do Curso de  
Graduação em Direito, Centro de  
Ciências Jurídicas, Universidade  
Federal de Santa Catarina.

Orientador Professor Reinaldo  
Pereira e Silva.

**FLORIANÓPOLIS (SC)**

**MARÇO DE 1999**

## AGRADECIMENTOS

Aos meus pais e meus irmãos pelo amor e apoio ofertados ao longo de anos; ao meu orientador Reinaldo Pereira e Silva, pela dedicação, disponibilidade e amizade; aos meus amigos, que de alguma forma me encorajaram no decorrer da elaboração da pesquisa, à minha amiga Dulce de Queiroz Piacentini, que me auxiliou na revisões efetuadas.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	06
<b>CAPÍTULO I - A EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA</b> .....	08
a) A família no império romano.....	09
b) A família e a cristandade medieval.....	13
c) A família burguesa.....	15
d) A família nos dias atuais.....	17
e) As famílias tecnológicas.....	18
<b>CAPÍTULO II – MÉTODOS DE PROcriação ASSISTIDA</b> .....	20
a) Inseminação artificial.....	22
a.1) Inseminação artificial homóloga.....	23
a.2) Inseminação artificial heteróloga.....	23
b) Fertilização <i>in vitro</i> .....	24
c) Transferência intratubária de gametas.....	26
d) Transferência de zigoto nas trompas de falópio.....	27
e) Gestação de Substituição.....	27
<b>CAPÍTULO III – ASPECTOS ÉTICOS E RELIGIOSOS</b> .....	30
a) Aspectos éticos e bioéticos.....	30
a.1) Aspectos Éticos.....	31
a.2) Noções de bioética.....	33
a.2.1) Bioética de fronteira e bioética cotidiana.....	36
a.2.2) A bioética e a procriação assistida.....	37

b) O posicionamento da Igreja Católica.....	45
<b>CAPÍTULO IV – A PROCRIAÇÃO ASSISTIDA NO DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO.....</b>	<b>51</b>
a) Inseminação artificial homóloga.....	56
b) Inseminação artificial heteróloga.....	59
c) Fertilização <i>in vitro</i> homóloga.....	63
d) Fertilização <i>in vitro</i> heteróloga.....	64
e) Mãe substituta.....	65
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>70</b>
<b>ANEXO – Resolução n. ° 1358/92 do Conselho Federal de Medicina.....</b>	<b>72</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>77</b>

## INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas as técnicas de procriação assistida vieram revolucionar o conceito de procriação, visto que permitiram o ato de procriar desvincilhado do ato sexual. O que para muitos pode parecer uma maravilha do desenvolvimento científico, uma vez que abre as portas da filiação a casais que não podiam ter filhos, na verdade apresenta uma série de questionamentos não respondidos. Não se pode permitir que os progressos da biotecnologia ultrapassem o conceito de dignidade do ser humano, assegurado desde a sua concepção. Tendo em vista alguns desses questionamentos, elaborou-se o presente trabalho de conclusão de curso, que foi dividido em quatro capítulos .

No capítulo inicial far-se-á uma abordagem histórica da família monogâmica. Realizar-se-á uma breve análise da evolução das relações familiares desde a família romana até as famílias atuais, incluindo-se aí as novas famílias tecnológicas, frutos do avanço biotecnológico.

O capítulo subsequente trará uma breve explanação sobre as técnicas de procriação assistida, seus conceitos e classificações.

O terceiro capítulo discorrerá sobre alguns princípios éticos, bioéticos e religiosos, que são considerados fundamentais para se compreender a dimensão da problemática na qual as diversas técnicas de procriação assistida estão inseridas. São esses princípios em questão que procuram colocar a dignidade do homem à frente dos progressos da ciência e que devem servir como norteadores da conduta humana no tocante às ciências biomédicas. Ainda será feita no presente capítulo uma breve análise do posicionamento da Igreja Católica a respeito das mencionadas técnicas.

O quarto e último capítulo trará uma abordagem jurídica da matéria, particularmente no que tange ao Direito de Família e ao estatuto da filiação. Em decorrência da inseminação artificial e da fertilização *in vitro*, que são as técnicas mais difundidas, novas relações familiares têm se desenvolvido, relações estas que o

ordenamento civil não se encontra preparado para abranger e solucionar as controvérsias que em decorrência delas possam surgir.

Desta forma, o intuito deste trabalho é informar, sem a pretensão de esgotar o tema, sobre alguns dos inúmeros problemas decorrentes das modernas técnicas de procriação assistida, que são cada dia mais presentes e mais atuais na sociedade e que carecem de um posicionamento legislativo a respeito.

## CAPÍTULO I

### A EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA

Todo homem, durante a sua existência, está ligado desde o seu nascimento a um organismo familiar, em cujo seio permanecerá, muitas vezes, até o momento em que opte pela constituição de uma nova família pelo casamento. A família é a base mais sólida de uma sociedade. No entanto, basta uma análise da sociedade contemporânea para que se perceba a crise que ela vem atravessando. A missão do jurista é proteger esta instituição. O direito de família tem por objetivo tutelar, dentre os interesses do Estado, o grupo familiar, tendo na moral e na religião os princípios que a norteiam e regulam sua constituição e a relação entre seus membros. Entretanto, novas relações familiares vêm surgindo, dentre as quais muitas não possuem a tutela estatal.

Pode-se observar na família o reflexo de todas as mudanças sociais que ocorreram no passar do tempo, assim como a organização social se espelha também na organização familiar para gerir sua maneira de atuação e de funcionalidade.

Abordar-se-ão, de forma breve, algumas transformações sociais que ocorreram ao longo da História e conseqüentemente na família. A família que será tratada aqui é a família monogâmica, que teve sua origem com a propriedade privada e com a sistematização dos direitos legais que regulam sua transmissão hereditária.



### a) A Família no Império Romano

Pode-se dizer que o direito antigo não nasceu de um legislador, mas sim da família, impondo-se depois àquele. Quando se começou a estabelecer as leis por escrito, já se encontrou um direito vivo, enraizado nos costumes da sociedade.

Na família romana, o poder absoluto estava centralizado nas mãos do *pater-familias*, que dispunha sobre os bens e sobre as pessoas que constituíam a organização familiar de então, acumulando também funções econômicas, sociais, políticas, jurídicas e religiosas dentro desta, que era o centro da vida privada romana.

Na antiga Roma o nascimento de uma criança não era apenas um fato biológico, uma nova criança só viria ao mundo se esta fosse a vontade do chefe de família. Tanto que a contracepção, o aborto, o enjeitamento das crianças de nascimento livre e o infanticídio do filho de uma escrava não eram práticas ilegais.

**Em Roma um cidadão não “tem” um filho: ele o “toma”, “levanta” (*tollere*); o pai exerce essa prerrogativa, tão logo nasceu a criança, de levantá-la do chão onde a parteira a depositou, para tomá-la nos braços e assim manifestar que a reconhece e recusa a enjeitá-la (...). A criança que o pai não levantar será exposta diante da casa ou num monturo público; quem quiser que a recolha.<sup>1</sup>**

A principal razão do enjeitamento de um filho era a miséria de uns e a política patrimonial de outros. Geralmente eram os mais pobres que enjeitavam os filhos, mas mesmo os mais ricos poderiam rejeitar um filho cujo nascimento viesse a perturbar as disposições testamentárias já estabelecidas. Se houvesse desconfiança quanto à fidelidade da esposa, o enjeitamento tomava a aparência de uma manifestação de princípios. O pai era considerado o chefe supremo da religião doméstica e era seu dever cuidar do culto doméstico e da perpetuidade da

<sup>1</sup> VEYNE, Paul. Do ventre materno ao casamento. In: VEYNE, Paul (org.). Histórias da vida Privada: Do Império Romano ao ano mil. Trad. Hildegard Feist. São Paulo: Companhia das Letras, 1989, p. 23

família e daí decorria seu direito de decidir os rumos que a família deveria tomar. De toda a família, era apenas ele que poderia comparecer diante do tribunal, e como pai de família submetia-se apenas ao julgamento da cidade.

Em Roma o que falava mais alto era o nome da família e não a “voz do sangue”, o importante era que a criança fosse reconhecida pelo pai e levasse então o seu nome. Os bastardos levavam simplesmente o nome da mãe e dificilmente exerciam algum papel social ou político na aristocracia romana. Os libertos tomavam o sobrenome do amo que os libertava; continuavam o seu nome. A prática da adoção também era muito freqüente, uma vez que a criança adotada tomava o nome do novo pai.

Quanto ao nascituro, divergências há em se tratando de sua condição jurídica. Paul Veyne, em sua obra, afirma que o aborto e a contracepção eram práticas usuais e não se reconhecia ao feto o direito de viver<sup>2</sup>. Tal informação, no entanto, é contestada por Silmara Chinelato, que afirma que na época de Justiniano havia uma paridade jurídica e ontológica entre o nascituro e o nascido, pelo menos no tocante ao filho da mulher livre. A esse respeito, Silmara Chinelato cita as palavras do civilista colombiano Valencia Zea:

**Logo os juristas romanos consideravam o feto como um membro ou parte das vísceras da mãe, negando-se que o feto era simplesmente uma coisa. Concepção estrita, mas que em todo caso permitia certa proteção jurídica ao concebido. Com efeito, o concebido (*nasciturus*) gozava da proteção jurídica que se dava ao mesmo corpo de sua mãe, e assim podiam sancionar os feitos ilícitos provenientes de qualquer pessoa, que lesionavam ou impediam a gestação normal do concebido.<sup>3</sup>**

---

<sup>2</sup> VEYNE, Paul. Ob. Cit. p. 26

<sup>3</sup> Valencia Zea. *Apud*: ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinelato Direito do Nascituro à Alimentos: do Direito Romano ao Direito Civil. In: Revista PGE/SP, dez 1990. p.174 Tradução livre da acadêmica: “Ya los juristas romanos consideraban el feto como un miembro o porción de las vísceras de la madre, con lo cual se negaba que el feto fuera simplemente una cosa. Concepción estrecha, pero que en todo caso permitía dar cierta protección jurídica al concebido. En efecto, el concebido (*nasciturus*) gozaba de la protección jurídica que se le daba al mismo cuerpo de su madre, y así podían sancionarse los hechos ilícitos provenientes de cualquier persona, que lesionaban o impedían la gestación normal del concebido.”

A adoção era também um modo de impedir a extinção de uma estirpe ou adquirir a condição de pai de família que era exigida por lei aos candidatos de honra pública. Era comum se dar um filho em adoção, e uma vez adotado, o jovem bem escolhido se tornava um sucessor digno de seu adotante. Poderia se adotar mesmo tendo filhos, e os filhos adotados teriam as mesmas honras de um filho natural. No entanto, a adoção não possuía caráter assistencial, o que se vislumbrava era o controle do movimento patrimonial e a perpetuação do nome da família.

**A adoção, como as bodas, constituía um meio de controlar o movimento dos patrimônios; um sogro que aprecia no genro a deferência com que o trata, adota tal genro, quando este recebe uma herança: eis que o sogro se torna dono dessa herança, pois colocou sob seu poder o genro transformado em filho. Em troca, propiciará ao filho adotivo uma bela carreira no Senado: a adoção também regula a carreira.<sup>4</sup>**

O casamento em Roma, para os homens livres, se considerava ato privado, não sancionado pelo poder público. Era um ato não escrito e até informal. No caso de algum litígio, o juiz se baseava nos indícios para averiguar a existência do casamento, indícios como a constituição de um dote ou a publicidade da qualificação de esposa a uma mulher que vivia com seu marido. As justas núpcias precisavam ser determinadas, uma vez que era uma situação de fato que gerava efeitos de direito, principalmente no tocante aos filhos, uma vez sendo de tais núpcias estes eram considerados legítimos, tomavam o nome do pai, continuavam a linhagem e sucediam-no no seu patrimônio em caso de morte.

O divórcio, assim como o casamento, era fácil e informal, bastando que um dos cônjuges deixasse o lar com a intenção de não mais retornar. O casamento era um tanto quanto oportunista, e as pessoas se casavam para esposar um dote e para ter filhos legítimos hábeis à sucessão. O casamento era considerado como um dos deveres do cidadão, e a esposa era considerada como simples objeto do

---

<sup>4</sup>VEYNE, Paul. Ob. Cit. p.30

marido. A tarefa exigida pela velha moral para os esposos era que tivessem filhos e cuidassem da casa, e o amor conjugal era sorte e não a base do casamento.

**O casamento é apenas mais um dos atos da vida, e a esposa não passa de um dos elementos da casa, que compreende igualmente os filhos, os libertos, os clientes e os escravos(...). A mulher é uma criança grande a quem se devem cuidados por causa do dote e do nobre pai. Um marido é senhor de sua esposa como dos filhos e dos domésticos; sua mulher ser infiel não constitui um ridículo, e sim uma desgraça, nem maior nem menor do que se sua filha engravidasse ou se um de seus escravos faltasse ao dever.<sup>5</sup>**

A partir do século II, com a influência da moral estoica, de origem grega, esse quadro mudou de figura e se percebem famílias com um número bem maior de filhos. Com o estoicismo houve uma mudança no ideal conjugal, que começava a ser visto como um pacto de amizade e uma forma de ajuda mútua entre os cônjuges. No entanto, o sexo era admitido apenas como um meio de procriação. O homem deveria aprender a controlar seus desejos, pois ceder-se a eles era um tanto imoral. As idéias estoicistas acabaram influenciando a moral cristã.

A formação das cidades romanas não diminuiu a esfera do poder do chefe da família, de modo que as cidades eram, verdadeiramente, não uma reunião de indivíduos, mas uma “confederação” de famílias com antepassados comuns. O soberano pode ser considerado como alguém que era o líder na assembleia dos chefes de família. Deste modo pode-se perceber porque a cidade nunca alterou substancialmente a estrutura familiar, limitando-se apenas a reconhecer o que já era consagrado pelas práticas e pela religião doméstica.

Durante o período Clássico, Roma começou a se expandir territorialmente, conquistando toda a península e depois o Mediterrâneo. Isto levou a modificação do espírito do povo romano. Neste contexto, firmou-se o Direito Romano Clássico, de modo a atender os ideais do emergente Estado Romano. Durante a fase de conquistas romanas, vê-se o pátrio poder se modificar, perdendo a sua força. Não se

---

<sup>5</sup> VEYNE, Paul. O casamento. In: VEYNE, Paul (org.). Op. cit., p.50-51

reconhecia mais o direito de matar um filho, ou de o maltratar e o abandonar. A intenção legal era de salvaguardar a incolumidade física de seus futuros soldados e funcionários e diminuir o poder do “pater” na medida em que o Estado Romano crescia.

É no Baixo Império, já no período Bizantino, que se desenrola a última fase do Direito Romano. Esse período, marcado pelos Editos de Constantino e de Teodósio, tornou o Cristianismo a religião oficial do Estado Romano. Ele trouxe uma nova concepção entre o indivíduo e o Estado e seu papel residiu em dar uma nova interpretação às leis antigas, inclusive no tocante às relações familiares. A Igreja convidava a uma relação de amor mútuo entre pais e filhos, como também entre os esposos. Houve uma perfeita adaptação da Igreja com o pensamento político romano e o Cristianismo tornou-se a base de uma nova sociedade romana.

#### **b) A Família e a Cristandade Medieval**

Conhece-se por Idade Média o período que se sucede à queda do Império Romano no Ocidente. Durante esse período, várias modificações ocorreram no que tange à vida política, econômica e social da época e, portanto, ao que se refere à família medieval, que adaptou seus costumes romanos à tradição dos povos germânicos.

O sistema econômico vigente era o feudalismo, sistema que concentrava grandes propriedades de terra nas mãos de nobres senhores feudais. Os senhores feudais eram economicamente independentes e possuíam exércitos próprios, não se submetendo ao poder real, que se enfraquecia gradualmente. O rei não mais legislava e não impunha mais sua vontade aos nobres.

A Igreja Católica, utilizando-se de institutos do Direito Romano para basilar o seu Direito Eclesiástico, além de deter o monopólio da cultura, se solidificou como mediadora do poder divino, que se encontra muito acima de qualquer poder conferido a um homem. Seu Tribunal Eclesiástico ignorava a justiça

feudal e a justiça real. E ela, como autoridade atemporal, surge como porta-voz da justiça de Deus.

---

Dentro desse contexto, tratar-se-á a família medieval. Assim como a família romana, a família medieval era também patriarcal e vivia sob a hierarquia do chefe da família. Era caracterizada por sua extensão, por possuir diversos tipos de parentes reunidos sobre a hierarquia do patriarca da família:

**A família compreendia não só os pais e filhos, como na família moderna, mas também os cônjuges e descendentes dos filhos, os domésticos e agregados, os irmãos mais novos do “pater” etc. Isso se deveu em grande parte à desagregação do Império Romano no Oriente, restaurado por algum tempo por Carlos Magno, com a onda das invasões de vikings e normandos pelo norte e sarracenos e mouros pelo sul. Daí terem surgido as condições para o regime feudal; com a autoridade concentrada em patriarcas locais, ciosos de sua independência perante qualquer poder centralizador de um Estado.<sup>6</sup>**

Essa família visivelmente agregada era a base da sociedade medieval, sobressaindo-se ao indivíduo, sendo o bem familiar digno de maior proteção. A família na Idade Média é sinônimo de segurança e a autoridade do chefe da família se limita a considerá-lo como alguém que tende a organizar a família, privilegiando-a primeiramente como grupo.

O casamento era considerado tanto como contrato civil entre os cônjuges, como intitulado sacramento pela Igreja:

**Exatamente por se tratar de um sacramento para a igreja e para católicos, o importante era a validade do ato constituinte, constitutivo do casamento. Isto porque só os casamentos válidos eram sacramentados na Igreja, com as cláusulas de indissolubilidade, comunhão de bens, mútuos deveres entre esposos e poder sobre a prole eventual. Já para o Direito Civil, o que importava era a instituição de uma célula social nova, de uma família juridicamente constituída, capaz de produzir efeitos na ordem civil, como**

---

<sup>6</sup> CICCIO, Claudio de. Direito: Tradição e Modernidade. São Paulo: Ícone, 1993, p.44-45.

**filiação, adoção, herança, co-propriedade, composesse, doação, usufruto etc. Em que aqui destacamos o pátrio poder sobre os filhos.<sup>7</sup>**

Apesar de exaltado como matrimônio, o casamento na Idade Média não perdeu o caráter negocial, uma vez que era uma alternativa para os filhos privados de herança adquirirem um patrimônio, ou então, algumas famílias viam na união de seus filhos troca de acertos, possibilitando pactos interfamiliares para a conservação de seu patrimônio. As mulheres não eram herdeiras e, ao se casarem, recebiam um dote que seria administrado por seu marido.

### **c) A Família Burguesa**

A Revolução Francesa e a subsequente Revolução Industrial marcam o início da era contemporânea. Novas concepções foram trazidas pelos ideais burgueses. Observam-se a expansão comercial, a privatização da propriedade, reflexo da divisão social do trabalho, o êxodo rural, a descoberta do Novo Mundo, fatores que acabaram influenciando na formação da família burguesa.

**O desenvolvimento da sociedade capitalista, mais tarde sociedade industrial moderna, levou a uma redefinição não só das relações entre as classes, mas também das relações de gênero. A família privatizou-se e se transformou em família conjugal moderna, perdendo suas funções produtivas - segundo a concepção econômica que passou a representar como produtivas apenas as relações exercidas na esfera do trabalho. Construía-se um mundo feminino, privado, da casa, que passou a se colocar como oposto a um mundo público, da rua, que se tornou, no imaginário social e na ideologia oficial, um mundo masculino.**

**A família centrada nos filhos, na concepção de amor moderno e materno, na mulher rainha do lar e no pai provedor financeiro, dominaria então senão as práticas,**

---

<sup>7</sup> CICCIO, Claudio de. Ob. Cit. p.49.

**pelo menos a concepção burguesa de família a partir do século XVIII.<sup>8</sup>**

Era o homem, o pai, o chefe de família que se encarregava de sair de casa em busca de um trabalho remunerado visando ao sustento da casa. A mulher cuidava dos filhos e do trabalho doméstico e ainda se encontrava de certa forma subordinada ao marido, existindo, aqui, uma divisão sexual do trabalho. A relação econômica, mais uma vez, era espelho da vida social e, assim sendo, da sociedade conjugal.

Houve também uma diminuição gradual do parentesco. Diferentemente de sua família predecessora, a família moderna constituía-se apenas pelos cônjuges e por seus filhos.

A família deixa também de ser vista como célula econômica da sociedade, estruturada, então, sob uma economia de mercado e influenciada pelos pensamentos liberais dos filósofos iluministas. Não exerce mais sua função produtiva, deixando de ser auto-suficiente para depender de uma economia de trocas.

Uma idéia de individualidade passa a desenvolver-se juntamente com a sociedade moderna. Segundo Jeni Vaistsman, com essa concepção o homem rompeu uma série de barreiras ligadas a seu *status* social, à religião; obteve uma certa mobilidade geográfica e mesmo social e a autoridade paterna foi abrandada. Isso fez com que se ampliasse o círculo de pessoas passíveis de se tornarem parceiros no casamento, aumentando a liberdade de escolha. Assim sendo, o amor conjugal e a individualidade passaram a justificar o casamento moderno, os laços de afeto aumentaram e os filhos ganharam maior importância na vida sentimental familiar.

A partir do século XIX a educação deixa de ser transmitida no interior da família, sendo transferida para organizações especializadas, com o intuito de acompanhar as evoluções científicas e técnicas além de homogeneizar a população e submetê-la ao Estado.

---

<sup>8</sup> VAITSMAN, Jeni. Flexíveis e Plurais. Rio de Janeiro: Rocco, 1994, p.27-28.



#### d) A Família nos dias atuais

Percebe-se nos dias atuais uma mudança na estrutura familiar, uma quebra do modelo de família em que o pai é sempre visto como o provedor de recursos financeiros e a mãe, como dona-de-casa, e o casamento é dissolvido apenas com a morte de um dos cônjuges.

No Brasil, a lei do divórcio em 1977 levou a relações conjugais não formalizadas, com pessoas vivendo com parceiros que não são pai ou mãe de seus filhos, crianças que não moram com seu pai ou mãe e que convivem com outras crianças que são suas meio-irmãs. Também se vêem homossexuais conquistando seu espaço, mães solteiras e pessoas que simplesmente optaram por continuarem solteiras.

As normas e os valores que se encontravam presentes nas sociedades conjugais a partir do fim do século XIX se fragilizaram. Nas palavras de Jeni Vaitsman, a manutenção do casamento - e conseqüentemente da família - subordinou-se à satisfação emocional, princípio que passou a orientar comportamentos e estimular as pessoas a recusar relações íntimas sentidas como insatisfatórias.<sup>9</sup>

Com a modernização, a industrialização e a urbanização, as mulheres deixaram o ambiente privado da esfera doméstica e começaram a participar na esfera pública, passando a atuar em atividades educacionais, profissionais, científicas, políticas e culturais, o que abalou a estrutura patriarcal da família. Homens e mulheres passaram a se perceberem como iguais e autônomos, rompendo com a tradicional divisão social e sexual que era característica da família na sociedade burguesa moderna.

A família hoje se caracteriza pela heterogeneidade e pela falta de um modelo dominante:

**O casamento e a família caracteriza-se pelo fato de que, em circunstâncias contemporâneas, diferentes padrões de institucionalização das relações afetivo-sexuais passaram legitimamente 'a coexistir, a colidir, a interpenetrar-se'. Entre grupos sociais - como as classes médias urbanas - onde predominavam normas mais rígidas de**

<sup>9</sup> VAITSMAN, Jeni. Ob. Cit. p.13

**comportamentos, papéis sexuais dicotômicos, a heterogenidade e diversidade impuseram-se, como práticas e como discurso. O casamento e a família conjugal moderna, cada vez mais, passaram a conviver legitimamente com uma pluralidade de outros padrões de casamento e família.<sup>10</sup>**

A revolução etária, com a liberação dos jovens, juntamente com todos os outros fatores já apresentados, acabaram por conferir à idéia de família sua visão atual, de caráter nuclear e restrita a certo número de pessoas. Assim, a família de hoje é integrada apenas pelas pessoas que estão submetidas a uma comunhão de vida, de domicílio e de patrimônio, especialmente nos grandes centros urbanos.

#### **e) As famílias tecnológicas**

O desenvolvimento das ciências biomédicas, especialmente da engenharia genética, tem levado a uma alteração da organização familiar tradicional, modificando a própria trajetória do ser humano.

Houve um avanço revolucionário no campo da concepção humana. O homem hoje está adquirindo poder sobre a procriação, abrindo a possibilidade para que casais com problemas de fertilidade possam ter seus próprios filhos, com a participação de ambos ou de pelo menos um deles.

Observa-se o surgimento de novas práticas conceptivas, como a inseminação artificial nas formas homóloga e heteróloga, a fertilização *in vitro*, a locação de útero, a transferência intratubária de gametas ou de embriões, além de outras, que já vêm sendo utilizadas em vários países, incluindo Inglaterra, França, Portugal, Espanha, Austrália, Estados Unidos e Brasil, sem falar na clonagem. A clonagem é a possibilidade de se separar as primeiras células do embrião e transformá-las em novos embriões. Assim uma mulher poderia ter dois, quatro ou mais filhos de uma vez só, todos gêmeos, idênticos entre si. Essa técnica, até os dias atuais, só foi experimentada em animais, o que não impede que ela venha a ser testada com sucesso

---

<sup>10</sup> VAITSMAN, Jeni. Ob. Cit. p.52

em seres humanos, vindo a dar possibilidade a uma organização familiar como a sugerida por Aldous Huxley em seu Admirável Mundo Novo. Diante disto, crescentes indagações vêm surgindo no campo do Direito de Família, agora em face de uma nova relação familiar. Inúmeros são os problemas que as situações ensejadas por tais técnicas poderão levantar, e, assim sendo, haverão de merecer uma disciplina adequada do legislador.

Partindo das técnicas de reprodução artificial humana e da problemática que ela gera no Direito de Família introduzem-se os capítulos subseqüentes.

---

## CAPÍTULO II

### MÉTODOS DE PROcriação ASSISTIDA

A fecundidade humana é um tema que vem sendo abordado desde os tempos mais remotos. Já na época primitiva vê-se a preocupação do homem a respeito do dom da mulher de gerar a vida, o qual, através de suas manifestações artísticas, expressava a sua perplexidade diante da fecundidade. O nascimento de um filho sempre foi comemorado como uma dádiva divina, uma expressão de fortuna, riqueza, alegria e privilégio.

Contraopondo-se a isto, a esterilidade era vista como uma maldição, um fator negativo que levava à ruína muitas famílias; muitas vezes as mulheres eram abandonadas por não poderem conceber filhos. Os judeus consideravam-na como um castigo divino; os romanos condenavam a mulher infértil à mais trágica posição justificando até mesmo o repúdio do marido. Na própria Bíblia (Gênesis 15,16) há uma passagem segundo a qual a esposa de Abrão, Sarah, que não podia ter filhos, encorajou-o a ter Agar, sua escrava, como concubina, a fim de que pudesse gerar um descendente. E desta união nasce Ismael.

No século 4 a.C. o filósofo grego Aristóteles escreveu um tratado de embriologia no qual a mulher apenas colaborava com o seu sangue menstrual para a gestação do embrião, sendo que o princípio da vida ocorria graças à semente masculina.

Até o final do século XV era inadmissível a idéia de infertilidade masculina e foi somente com a invenção do microscópio por Leenwenhoek, no fim do século XVI, que o estudo da esterilidade ganhou caráter científico. Somente um século mais tarde, em 1677, a hipótese de esterilidade

masculina foi levantada pela ausência ou escassez de espermatozóides, por Johann Ham.

A partir de então, muitos estudos e descobertas foram realizados a respeito da fecundação e durante os séculos XVIII e XIX há um imenso impulso no tocante à inseminação e embriologia, graças aos estudos de grandes cientistas e pesquisadores da área médica. Estes avanços repulsaram as Igrejas Católica e Anglicana que se manifestaram contra o emprego de tais técnicas, que ainda assim continuaram sendo desenvolvidas.

O século XX, especialmente nos EUA, Inglaterra, Suécia e Rússia, trouxe grande contribuições aos estudos de genética e reprodução humana, especialmente após as descobertas de Ogino e Knauss sobre o ciclo menstrual, período de fertilidade e conservação do esperma. Só nos Estados Unidos, na década de 40, ocorrem mais de 20.000 nascimentos de inseminação artificial, sendo que todos os filhos foram considerados legítimos pela Corte Suprema de Nova York.<sup>11</sup>

Na década de 70 vários cientistas realizaram pesquisas sobre a fertilização *in vitro* com seres humanos e no final desta década a equipe do doutor Robert Edward juntamente com o doutor Patrick Steptoe anunciaram o nascimento de Louise Joy Brown, na cidade de Oldham, Inglaterra, o primeiro bebê de proveta do mundo.

Hoje está-se vivenciando um momento em que a procriação e a sexualidade não caminham necessariamente juntas. Esse liame natural outrora já foi rompido pelos métodos contraceptivos que possibilitaram ao homem a liberdade de escolher o momento de ter seus filhos. Com as técnicas de procriação assistida há a possibilidade da concepção prescindida do ato sexual como um meio de viabilizar que casais estéreis satisfaçam seu desejo afetivo de ter um filho.

---

<sup>11</sup> SANTOS, Maria Celeste C. L. dos. **Imaculada concepção. Nascendo *in vitro* e morrendo *in machina***. São Paulo: Editora Acadêmica, 1993.

### a) Inseminação artificial

Entende-se por inseminação artificial a fecundação não-natural que se realiza sem a comunicação sexual dos genitores, introduzindo-se o esperma previamente recolhido, por instrumentos adequados, na cavidade uterina ou no canal cervical da mulher durante o seu período fértil, geralmente entre o 8º e 16º dias do seu ciclo menstrual. A fecundação não implica na retirada do óvulo da mulher, ocorrendo portanto no próprio organismo feminino (intracorpórea).

Sua origem é remota, sendo que as primeiras notícias sobre inseminação artificial humana datam da Idade Média, quando Arnaud de Villeneuve, renomado médico de reis e papas, teria inseminado artificialmente e com êxito a esposa de Henrique IV de Castela, com o esperma deste.<sup>12</sup> Em seguida, atribuiu-se ao cirurgião inglês Juan Hunter, no ano de 1791, o primeiro relato de experiência de inseminação artificial bem-sucedida. Embora em princípio tenha sido mero objeto de curiosidade ou puro interesse teórico, sua prática se difundiu no princípio desse século, especialmente na Rússia, Estados Unidos, Inglaterra e Suécia.<sup>13</sup>

No ano de 1932, Ogino e Knauss fizeram uma descoberta fundamental para o desenvolvimento das técnicas de inseminação artificial: a determinação precisa do período fecundo da mulher. Em 1945, o biólogo Rostand observou que os espermatozoides poderiam ser submetidos ao frio com o emprego do glicerol, conservando-se por muito mais tempo, sem alterar suas propriedades. Isso fez com que surgissem os chamados bancos de esperma.<sup>14</sup> Essas duas descobertas foram essenciais ao sucesso da inseminação artificial.

A inseminação artificial possui duas modalidades:

---

<sup>12</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações Artificiais e o Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p.31.

<sup>13</sup> BARBOZA, Heloísa Helena. **A Filiação em face da Inseminação Artificial e da Fecundação "In Vitro"**. Rio de Janeiro: Renovar, 1993. p.33

<sup>14</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações Artificiais e o Direito**. cit. p. 31

### **a.1) Inseminação artificial homóloga**

Fala-se em inseminação artificial homóloga quando o sêmen utilizado para inseminar a mulher pertence ao seu marido ou companheiro, tendo em vista que ambos são aptos a procriar mas há impossibilidade da inseminação natural intravaginal. A impossibilidade de se manter a relação sexual se dá por uma anomalia física do marido ou da mulher, tais como: a) anomalias do conduto urinário (epispadia ou hipospadia); estenose da vagina; aresia; transtornos da ereção; b) impossibilidade de introdução do pênis: ejaculação precoce e vaginismo; c) impossibilidade no coito normal da ascensão natural do esperma: oligoastenospermia (diminuta penetração de espermatozoides) e estenose do colo do útero; d) ausência do marido (inseminação à distância).<sup>15</sup> Esta técnica é a que suscita menores problemas para o direito.

### **a.2) Inseminação artificial heteróloga**

Inseminação artificial heteróloga é aquela na qual o material genético utilizado é de terceiro e não o do marido, ou simplesmente de doador, no caso de mulher solteira. Utiliza-se o esperma de doador fértil que comumente se encontra depositado em um banco de sêmen.

Monica Sartori enumera alguns critérios a serem observados durante a seleção do doador, tais como o controle periódico do sêmen (teste da AIDS) e o anonimato do doador, bem como suas características morfológicas que devem ter, na medida do possível, o máximo de compatibilidade com as do casal<sup>16</sup>.

A Resolução do Conselho Federal de Medicina em seu artº6 da Seção IV- Doações de gametas ou pré-embriões- determina que “a escolha dos doadores é de responsabilidade da unidade. Dentro do possível deverá garantir que o doador tenha a maior semelhança fenotípica e a máxima possibilidade de compatibilidade com a receptora”. A mesma Resolução limita a duas gestações de sexos diferentes para cada doador, numa área de um milhão de habitantes:

<sup>15</sup> OLIVEIRA, Antônio de Pádua Leopoldo de. *Apud*: BARBOZA, Heloisa Helena. Op. cit., p. 46

<sup>16</sup> SCARPARO, Mônica Sartori. **Fertilização Assisitida: Questão Aberta**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993. p.10

**5 - Na região de localização da unidade, o registro das gestações evitará que um doador tenha produzido mais que 2 (duas) gestações, de sexos diferentes, numa área de um milhão de habitantes.<sup>17</sup>**

O objetivo desse dispositivo é evitar a ocorrência de casamentos incestuosos. No entanto, isso significa dizer que no Brasil, país de aproximadamente 150.000.000 de habitantes, um mesmo doador poderia gerar 300 gestações de cada sexo. Este é um número bastante elevado e não há como negar a possibilidade desses meio-irmãos virem a se conhecer e se casar um dia.

Esta técnica é indicada quando houver esterilidade masculina (azoospermia, aspermatismo), anomalias do pênis; doenças hereditárias graves do marido; incompatibilidade do tipo sanguíneo do casal que pode provocar a interrupção da gravidez.

#### **b) Fertilização *in vitro***

Também conhecida pela nomenclatura de “fecundação artificial”<sup>18</sup>, essa técnica consiste na reunião *in vitro* de gametas femininos e masculinos, em meio adequado, fertilizando-os em laboratório, para implantação na cavidade uterina materna após a sua reprodução celular. Esse tipo de fecundação é designado extra-corpórea por se dar fora do corpo da mulher, em tubos de proveta. Será dita homóloga se o material genético utilizado pertencer ao casal e heteróloga quando houver doação de um ou de ambos os gametas.

Nas palavras de Heloísa Helena Barboza, “distingue-se em sete grupos as atuais indicações para a fertilização *in vitro*: fracasso no tratamento do fator tubário; inaplicabilidade do tratamento do fator tubário; inaceitação do tratamento do

---

<sup>17</sup> Resolução 1.358/92, art5º, seção IV- Doação de Gametas ou Pré-Embrões.

<sup>18</sup> Ver BARBOZA, Heloísa Helena. Op. cit. p. 73



fator tubário; cervix hostil; esterilidade idiopática; impotência *coeundi* feminina, e esterilidade masculina”.<sup>19</sup>

Esse é um método bastante caro e nem sempre o resultado é o sucesso esperado, por isso os pacientes que serão submetidos à fertilização *in vitro* devem ser devidamente esclarecidos quanto à técnica a ser usada e aos índices de insucesso.

A primeira etapa da fecundação *in vitro* é a indução da ovulação. Nesta fase, remédios hormonais fazem com que se amadureça mais de um óvulo, o que aumenta as chances de concepção, aumentando o número de óvulos a serem coletados. Após verificado o momento preciso, numa segunda etapa, por meio de ultra-som ou exames físicos e de sangue, os óvulos são colhidos por laparoscopia (exame endoscópico da cavidade peritoneal) ou punção sob controle ecográfico (aspiração feita por uma agulha que atravessa o abdômem e a bexiga, o fundo da vagina ou a ureta). A anestesia nesse último método é local e a suas conseqüências são bem menos traumatizantes para a mulher.<sup>20</sup>

A terceira etapa é a fertilização dos óvulos. Os óvulos são classificados de acordo com o seu grau de desenvolvimento e posteriormente reunidos com espermatozoides previamente colhidos e selecionados. Em seguida são postos em incubadora que possui condições semelhantes às do útero materno e lá permanecerão por aproximadamente 16 horas. Após esse período ocorre a chamada singamia, que é a união dos gametas masculino e feminino, iniciando-se a reprodução celular, a formação de um novo ser humano.

A quarta etapa é a transferência dos embriões e ocorre quando os óvulos fecundados têm aproximadamente duas a quatro células, isto se dá cerca de 24 horas após a fecundação. Essa etapa é considerada a mais problemática da técnica, pois há de ser levado em consideração o número de embriões a serem transferidos: quanto maior o número de embriões, maior é a chance de se obter uma gestação e de nascimentos com vida. Essa transferência se dá pela introdução de um cateter na vagina, pelo meio do qual os embriões serão guiados até a cavidade uterina

---

<sup>19</sup> BARBOZA, Heloísa Helena. Op. cit. p.73

<sup>20</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações Artificiais e o Direito**. cit. p. 45

onde se alojarão. É comum que os embriões não transferidos sejam congelados com o intuito de se fazer novas tentativas caso a primeira não seja bem sucedida.

O primeiro caso bem sucedido de fecundação *in vitro* foi o de Louise Joy Brown, que nasceu em 5 de julho de 1978, sob os cuidados da equipe de Edward Stepoe, em Oldham, Inglaterra. No Brasil, a primeira criança nascida de FIV foi Ana Paula, em 7 de outubro de 1984 no Hospital Santa Catarina em São Paulo, assistida pela equipe do Dr. Nakamura.

### c) Transferência Intratubária de Gametas

Essa técnica consiste na transferência intratubária de gametas masculinos e femininos. Foi proposta pelo argentino Ricardo Asch em 1984 e possui percentual de sucesso de 30% e 40% e se apresenta eficaz no caso de esterilidade desconhecida ou esterilidade imunológica ou masculina.

Como vantagem, na transferência intratubária de gametas tem-se a fecundação ocorrendo não *in vitro*, mas *in vivo*, oferecendo ao embrião condições mais fisiológicas de desenvolvimento, migração e nidação. Como desvantagem, em relação à fertilização *in vitro*, tem-se que nessa técnica não é possível a visualização do embrião, em razão disso não há a possibilidade de se verificar a existência de um embrião euplóide (número de pró-nucleos) ou mesmo de detectar casos de polispermia.

A primeira fase da transferência intratubária de gametas é similar à fertilização *in vitro*, estimulando-se a superovulação e colhendo-se e preparando o esperma. A coleta dos óvulos é feita por laparoscopia. Em seguida, os óvulos serão carregados em um cateter especial juntamente com espermatozoides previamente preparados e transferidos para uma ou para as duas trompas. Os óvulos excedentes serão fecundados *in vitro* e armazenados para o caso do insucesso da tentativa, ou mesmo para uma futura criança que venha a ser de desejo do casal. Sendo a tentativa bem sucedida, os espermatozoides fertilizarão um ou mais óvulos e formarão o zigoto, que se alojará por si só no útero materno.

Para que esta técnica seja possível, imprescindível é a permeabilidade tubária da mulher, ao menos unilateral, ou seja, a mulher tem que possuir pelo menos uma das trompas de Falópio saudável.

#### **d) Transferência de Zigoto nas Trompas de Falópio**

Nesta técnica, assim como na fertilização *in vitro* e na transferência intratubária de gametas, o ovário é estimulado para que haja uma superovulação. Em seguida os óvulos são retirados por meio de ultra-som e fertilizados *in vitro*. A diferença entre essa técnica e a fertilização *in vitro* é que aqui ocorre a transferência do zigoto, por laparoscopia, para o terço distal da trompa.

A vantagem desse método é de se poder constatar a fertilização e sua qualidade antes de se realizar a transferência, além de se colocar os embriões no seu hábitat ideal, o meio ambiente tubário, e não o útero, diminuindo as chances de rejeição. Outra vantagem do método é sua eficácia, que tem sido considerada superior às da fertilização *in vitro*, com cerca de 45 a 50% de gestação por ciclo.<sup>21</sup>

A transferência de zigoto nas trompas de falópio é indicada nos casos de esterilidade sem causa aparente, fator imunológico, fator masculino e endometriose.

#### **e) Gestação de Substituição**

Esta técnica consiste em usar uma terceira pessoa para assegurar a gestação nos casos de esterilidade da mulher, quando o útero materno não permite o desenvolvimento normal do ovo fecundado ou quando a gravidez ensejar risco para a mãe.

Sobre a técnica expõe Eduardo de Oliveira Leite:

---

<sup>21</sup> SCARPARO, Monica Sartoti. Op. cit. p. 14

**As indicações do empréstimo de útero são essencialmente médicas: infertilidade vinculada a uma ausência (congenita ou adquirida) de útero, ou a uma patologia uterina de qualquer tratamento cirúrgico, ou contra-indicações médicas a uma eventual gravidez: insuficiência renal severa, ou diabete grave insulino-dependente. Quer se trate de uma anomalia de nascença, ou a consequência de um problema grave detectado na idade adulta e provocador de uma necessária ablação do útero (histeretomia), a sanção para a mulher é severa: absoluta impossibilidade de levar a termo uma gravidez.<sup>22</sup>**

A mãe substituta vem a ser, portanto, mulher que cede seu útero para a gestação de um filho que será concebido pelos gametas masculino e feminino de terceiros (pais biológicos), a quem se compromete a entregar tão logo nascido. A mulher fornecedora dos óvulos assumirá a condição de mãe.<sup>23</sup> São casos em que a mãe genética e a mãe gestacional são pessoas distintas. A mãe genética é aquela que produz os óvulos e também é conhecida por mãe biológica. A mãe gestacional é quem suporta a gravidez cedendo seu útero para o desenvolvimento do embrião. Neste procedimento a fertilização ocorre *in vitro* e quando ocorre a formação do embrião este é transplantado para o útero. Eduardo de Oliveira Leite considera ainda mãe de substituição aquela que é a genitora e a gestante, uma vez que além de “emprestar” o seu útero cede também seus óvulos, sendo inseminada com o esperma do marido da mulher que não pode conceber, sendo que, após o nascimento da criança, se compromete a entregar a criança ao casal.

Este procedimento, já em prática em vários países, traz muitas polêmicas nos planos jurídico e ético e muitas questões complexas de difícil resposta são não raro levantadas. No Brasil o aluguel de útero é uma prática ilícita e inconstitucional, por interpretação extensiva do art. 199, § 4º, da Constituição Federal de 1988, veda a comercialização do corpo humano. A Resolução 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina veda da mesma forma o caráter comercial e lucrativo da doação

---

<sup>22</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações Artificiais e o Direito**. cit. p. 67

<sup>23</sup> BARBOZA, Heloísa Helena. Op. cit. p. 88

temporária do útero e prevê também que “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”.<sup>24</sup>

---

<sup>24</sup> Resolução 1.358/92 art. 1º, seção VII – Sobre a gestação de substituição.

## CAPÍTULO III

### ASPECTOS ÉTICOS E RELIGIOSOS

#### a) Aspectos Éticos e Bioéticos

O surgimento de uma nova organização familiar, fruto dos métodos de procriação assistida e do rápido avanço tecnológico e científico, tem gerado uma preocupação geral com o distanciamento da doutrina jurídica em face às mutações no organismo familiar nesse fim de milênio. Com os métodos de procriação assistida, houve uma dissociação entre o corpo e a procriação, abrindo-se a possibilidade para que a procriação, que era até então ato íntimo e exclusivo do casal, tenha a participação de um terceiro estranho a essa relação, além da perda de sentido do ato sexual frente à dimensão humana de perpetuação da espécie.

Com a preocupação de resguardar a dignidade da vida humana em primeiro lugar, há de se analisar as implicações jurídicas e éticas das práticas em questão. Para tanto, os pesquisadores, juristas e médicos têm buscado auxílio na bioética e nas proposições éticas como alternativa para reequilibrar os valores que são indispensáveis à sobrevivência e ao relacionamento humano.

### a.1) Aspectos éticos

A palavra ética tem origem do grego, procedendo de *ethos* que quer dizer modo de ser, caráter e, desde a antigüidade, ela tem sido entendida como ciência da moral, a arte de dirigir a conduta do homem.

Nas palavras de Léo Pessini, “ética é o comportamento que visa, promove ou respeita a realização de si próprio, na relação constitutiva com e para os outros, no quadro de instituições justas”<sup>25</sup>. Nesse sentido, faz-se necessário liberdade para o exercício da ética. Não no sentido de uma escolha arbitrária, mas a possibilidade da ausência de coação externa e da liberação de pressões internas, revestidas de preconceitos ou de interesses econômicos, científicos, políticos ou religiosos. Essa liberdade é que possibilita a realização das potencialidades humanas, permitindo uma escolha responsável onde a futura mãe poderá conciliar o seu direito à autodeterminação e aos interesses do filho<sup>26</sup>.

A ética deve ser vista a partir da essência e do ser humano. Dentro desta perspectiva, Reinaldo Pereira e Silva dispõe sobre a ética:

**A ética é a ordenação destinada a conduzir o homem de acordo com uma hierarquia de bens, uma tábua de valores, um sistema lógico de referências, tornando-o cada vez mais homem, cada vez mais aquele que a natureza dotou de consciência e espiritualidade. A natureza é aqui considerada como a essência do ser humano, isto é, o princípio da criação que nele vive e confere atributos, faculdades e talentos que o distinguem das demais criaturas.**<sup>27</sup>

<sup>25</sup> BARCCHIFONTAINE, Christian de P. e PESSINI, Léo *Problemas Atuais de Bioética*, São Paulo: Loyola, 1996. p. 224

<sup>26</sup> BARCCHIFONTAINE, Christian de P. e PESSINI, Léo *Problemas Atuais de Bioética*, cit. p. 225

<sup>27</sup> SILVA, Reinaldo Pereira e. *Os Direitos Humanos do Concebido: Análise Biojurídica das Técnicas de Procriação Assistida*. In: *Direitos Humanos Como Educação para a Justiça*. Organizador: Reinaldo Pereira e Silva. São Paulo: LTr, 1998 p. 40

O homem deve ser visto com um fim em si mesmo, resguardando-se seus interesses e direitos. Léo Pessini e Christian Barchifontaine analisam a aplicação de princípios éticos às técnicas de procriação assistida, enumerando assim tais princípios:

a) A não-instrumentalização da pessoa humana

Deste princípio decorre que a vida de cada pessoa deve ser conseqüência de uma decisão de amor, deve haver uma harmonia entre a realização afetiva e o ato procriativo. Ainda que a criança seja fruto de procriação assistida, esta deve ser motivada pelo amor e, portanto, tal método deve ser apenas utilizado uma vez esgotada todas as outras possibilidades e terapias.

b) Liberdade ética

Dentro deste princípio se exige total informação aos casais que optarem pela utilização da procriação assistida por centros médicos idôneos a respeito dos métodos oferecidos, suas vantagens e desvantagens, além das outras opções sociais (adoção, iniciativas assistenciais) de superação da infertilidade. Após todos os esclarecimentos serem prestados, o casal estará pronto para tomar decisão livre e consciente.

c) Ética social

As técnicas de procriação assistida elevam substancialmente as despesas com a saúde pública. Segundo esse princípio, faz-se necessário um estabelecimento das prioridades, uma vez que deve haver justo equilíbrio entre os direitos individuais e os direitos coletivos. É injustiça social o fato de alguns países assumirem os custos da procriação assistida enquanto os da adoção não o são, além de não se poder negar



a existência de milhares de crianças abandonadas, sem lar e família<sup>28</sup>.

A ética difere do direito na medida em que o comportamento previsto por aquela não é compulsório como este, apenas é o desejável. No entanto, o direito procura inserir seu campo de atuação dentro da abrangência ética. Apenas a ética é insuficiente para regulamentar as novas situações que são advindas de experimentações das ciências biomédicas.

### a.2) Noções de bioética

A bioética<sup>29</sup>, como disciplina derivada especialmente da ética, com o intuito de promover um equilíbrio entre a vida e as ciências biomédicas, entre os avanços tecnológicos e a dignidade e qualidade da vida humana, surge na década de 70 nos EUA. Em seguida, em 1972, foi criado o primeiro instituto de bioética em Washington D. C.: ‘Joseph and Rose Kennedy Institute for Study of Human Reproduction and Bioethics’, com o fim de detectar e resolver os problemas éticos que surgem com o avanço da ciência, educar o público sobre a relevância ética dos descobrimentos científicos, elaborar diretrizes sobre os difíceis problemas morais entre outros. Enquanto isso, foram criados na Europa outros três institutos de bioética: em Sant Cugat del Valles, em Bruxelas e em Maastrich.<sup>30</sup>

A bioética pode ser definida como “o estudo interdisciplinar dos problemas criados pelo progresso biológico e médico, tanto a nível microssocial como a nível macrossocial, e sua repercussão na sociedade e no seu sistema de valores, tanto no momento atual como no futuro”<sup>31</sup>. Nasce da necessidade de que a ciência

<sup>28</sup> BARCCHIFONTAINE, Christian de P. e PESSINI, Léo. Ob. cit. p. 227-228

<sup>29</sup> Neologismo esse que surge de dois termos gregos: *bios-éthos* (vida-ética) e que nas palavras de Guy Durant refere-se...as questões colocadas pelo progresso biomédico. DURANT, Guy. **A Bioética**. Trad. Porphirio Figueira Aguiar Netto. São Paulo: Paulus, 1995, p. 9.

<sup>30</sup> SANTOS, Maria Celeste C. L. dos. Ob. cit. p. 93

<sup>31</sup> ABEL Frances. Apud Maria Celeste C. L. dos Santos. Ob. cit. p. 93

biológica se interrogue sobre a relevância moral de sua intervenção sobre a vida, isto é, da preocupação crítica ante o progresso da ciência e da sociedade.

É, portanto, fundamento da bioética uma ação multidisciplinar que inclui as ciências médicas e biológicas, a filosofia, o direito, a teologia, a antropologia, a ciência política, a sociologia e a economia, e cabe à bioética estudar a moralidade da conduta humana na área das ciências da vida, numa perspectiva democrática e humanitária, na qual a relação médico-paciente deve ser abordada sob uma perspectiva global, integrando o paciente num contexto físico, espiritual e social.

**A bioética quer considerar a pessoa em sua globalidade, incluindo a sociedade que a envolve. Ela se interessa pela decisão pessoal (a escolha do paciente), pelo diálogo interpessoal (diálogo paciente-médico); também pelas estruturas sociais legais e pelas regras e valores dados pela sociedade.<sup>32</sup>**

A bioética se insere no contexto dos direitos humanos, inclusive o do embrião, impondo o respeito à dignidade do ser humano e resgatando a “importância individual e social da noção de responsabilidade moral dos agentes biomédicos e dos pacientes”<sup>33</sup>. A bioética vem romper com a idéia de que todo desenvolvimento científico é benéfico ao homem. Ela não trata de uma ação dirigida contra os profissionais da saúde. Ao contrário: ela busca reintroduzir a ética no contexto da vida pública, repensando o conjunto das relações do homem com a vida, segundo o ponto de vista ético, ou seja, o da responsabilidade pelas escolhas boas ou más<sup>34</sup>. Ela possui também um compromisso inerente com a democracia, como bem reflete Reinaldo Pereira e Silva:

**...a democracia assume uma qualidade de primeira grandeza, porque a reflexão bioética, ao mesmo tempo em que demanda a participação social em relação ao destino**

<sup>32</sup> DURANT, Guy. Ob. cit. p. 21

<sup>33</sup> SILVA, Reinaldo Pereira e. Ob. cit. p. 40

<sup>34</sup> SPINSANTI, Sandro. **Ética Biomédica**. Trad. Benôni Lemos. São Paulo: Paulinas, 1990. p. 21

das ciências biomédicas, com vistas à promoção da dignidade da vida humana, também reatualiza a noção individual de responsabilidade moral. Como corolário da reflexão bioética no âmbito da responsabilidade moral, mais precisamente no que concerne à aproximação da ciência e da tecnologia da política de direitos humanos, sobressai a convicção dos profissionais de saúde de que, para efeito de aferição da qualidade ética da sua conduta, não basta bondade da intenção no plano individual, mas também se impõe a avaliação da sua repercussão social, bem como ressalta a certeza de que o fim das ciências biomédicas, por mais justificável que seja do ponto de vista ético, não autoriza a adoção de todo e qualquer meio, porque somente uma política científica de fins e meios éticos assegura aos profissionais de saúde efetiva contribuição à democracia e enérgica repulsa ao autoritarismo.<sup>35</sup>

A prof<sup>a</sup>. Maria Celeste Cordeiro dos Santos enumera alguns valores presentes e implicados nos dias de hoje na bioética:

- a) o respeito à vida como princípio fundamental, considerando como crime supremo na maioria das sociedades tirar a vida de outrem;
- b) a dignidade humana, que é uma das premissas básicas do jusnaturalismo. Condutas incompatíveis com tal condição devem ser portanto descartadas;
- c) a liberdade, que implica em valores tais como o consentimento informado e voluntário do paciente e a procriação dos incapazes. Algumas vezes o exercício dessas liberdades individuais colidem com valores socialmente prevalentes, gerando então uma série de dificuldades;
- d) a igualdade, que exige da prática cotidiana da medicina o estabelecimento de prioridades, como o que acontece nos países ricos com a utilização de aparatos custosos e complexos;

<sup>35</sup>SILVA, Reinaldo Pereira e. Ob. cit. p. 43-44

e) a segurança, para que se evitem situações de alto risco, ponderando-se fatores positivos e negativos, sobretudo com as experimentações genéticas humanas, onde não existe suficiente domínio ou previsão de suas conseqüências<sup>36</sup>.

### a.2.1) Bioética de Fronteira e Bioética Cotidiana

Giovanni Berlinger propõe a divisão da bioética em bioética de fronteira e bioética cotidiana.<sup>37</sup>

A bioética cotidiana trata das questões persistentes e busca a humanização da medicina e o resgate ético da saúde, levantando problemas como o aumento da medicalização da vida, a prioridade que se deve dar aos escassos recursos disponíveis para a assistência médica, a despersonalização dos cuidados no interior dos hospitais, a socialização da assistência sanitária etc.

Já a bioética de fronteira concerne às questões emergentes com as novas tecnologias biomédicas. Trata dos problemas suscitados pela modernidade no tocante à evolução da medicina, sobretudo no pertinente ao princípio e ao fim da vida humana. Possui como temas centrais: eutanásia, obstinação terapêutica, recuperação, verdade aos doentes, direito à morte, aborto, diagnóstico pré-natal, eutanásia fetal, esterilização dos deficientes, eugenismo, experimentação sobre o ser humano ainda embrião, manipulação genética, inseminação artificial, fecundação artificial, banco de esperma, bebê de proveta etc.

Ainda sendo de grande importância a bioética cotidiana, principalmente no terceiro mundo onde se enfrenta inúmeros problemas na área da saúde, é a bioética de fronteira que ora mais interessa e norteia a presente pesquisa.

---

<sup>36</sup> SANTOS, Maria Celeste C. L. dos. Ob. cit. p. 95-96

<sup>37</sup> BERLINGER, Giovanni. *Ética da Saúde*. Trad. Shirley Morales Monçalves. São Paulo: Ed. Hucitec, 1996. p. 13-20.

### a.2.2) A Bioética e a Procriação Assistida

No que concerne à procriação assistida, há a necessidade de se questionar a respeito de onde chegará o avanço científico para que o ser humano seja resguardado de se transformar de sujeito em objeto da ciência, atingindo, então, um estágio de coisificação. O que numa perspectiva humanista seria tratado como uma terapia de infertilidade é na verdade um pensamento preconceituoso, uma vez que trata da infertilidade, que acompanha o ser humano desde os tempos mais remotos, como doença, o que não seria correto pois inúmeras são as causas tanto do ponto de vista físico, como psicológico, que influenciam diretamente na impossibilidade de procriação de um casal. Além do mais, as técnicas de procriação assistida não curam a causa da infertilidade, somente possibilitam que casais que não poderiam ter filhos pelos métodos naturais o façam com o auxílio da ciência e da tecnologia.

Nos dias atuais, com o chamado diagnóstico genético<sup>38</sup>, é possível detectar “defeitos genéticos” nos embriões pré-implantados e desta forma selecionar apenas os melhores ou, então, selecionar o sexo do bebê que será implantado, dando um caráter eugênico<sup>39</sup> à procriação. Os embriões considerados imprestáveis são “abortados” ainda na proveta. Os bancos de sêmen e de embriões encontram-se em dilema, pois não sabem o que fazer com os seus “dejetos”: os congelados envelhecidos. Desconhecem-se também os efeitos do hormônio utilizado para induzir a ovulação na saúde da mulher e das pessoas que estes óvulos poderão criar<sup>40</sup>. Questões também como a vida gerada pós-morte, a possibilidade da existência de gêmeos idênticos com anos de diferença, mulheres na terceira idade sendo mães, mães tendo como pais de seus filhos seus sogros ou cunhados, entre outras, são suscitadas e devem ser amplamente discutidas no tocante ao caráter ético da procriação assistida.

---

<sup>38</sup> Segundo Fátima Oliveira, estima-se em 6.000 as doenças genéticas passíveis de diagnóstico; destas, mil já estão localizadas, os diagnósticos são possíveis para cerca de 500 e o tratamento apenas para algumas.

<sup>39</sup> A eugenia está baseada na ciência que investiga os métodos pelos quais a composição genética dos seres humanos pode ser aperfeiçoada. Fala-se em eugenia negativa quando se tenta extirpar os defeitos genéticos e em eugenia positiva quando se tenta criar traços desejáveis e produzir pessoas de “qualidade superior”. (VARGA, Andrew C. **Problemas de Bioética**. Trad. Pe. Guido Edgar Wenzel. Rio Grande do Sul: UNISINOS, 1990. p. 77-78)

<sup>40</sup> OLIVEIRA, Fátima. **Engenharia Genética: O Sétimo Dia da Criação**. In: **Fundamentos da Bioética**. Org. Léo Pessine e Christian Paul de Barchifontaine. São Paulo: Paulus, 1996. p. 151

O progresso científico se apresenta então como uma “faca de dois gumes”, como salienta o Prof. Volnei Garrafa:

Nos dias atuais, o desenvolvimento da ciência está sujeito a choques com diversas doutrinas e crenças existentes, ao mesmo tempo em que as opiniões pessoais também oscilam entre sentimentos e orientações diversas. Por outro lado, linhas de pesquisa se alargarão no futuro, alcançando resultados ainda imprevisíveis, enquanto diversos conhecimentos já adquiridos estão hoje somente na fase inicial de sua aplicação prática.

De acordo com essa ordem polarizada de coisas, o mundo moderno poderá desaguar em uma crescente “confusão diabólica”, ou na resolução de todos os problemas da espécie humana através do progresso científico. As duas hipóteses incorrem no risco de alimentar na esfera cultural o dogmatismo e na esfera prática a passividade. Se por um lado são inúmeros os caminhos a serem escolhidos para que a terra se transforme num verdadeiro inferno, são também infinitas as possibilidades de utilização positiva das descobertas científicas. O embate entre valores e interesses sobre cada uma das opções é um dado real, inextinguível e construtivo sob muitos aspectos. A adoção de normas e comportamentos moralmente aceitáveis e praticamente úteis requer tanto o confronto quanto a convergência das várias tendências e exigências.<sup>41</sup>

Ainda em relação à procriação assistida, há vários pontos controversos no que diz respeito aos aspectos éticos de sua aplicabilidade. Entre eles se pode citar a problemática dos bancos de sêmen, da procriação *post mortem*, das mães em substituição, da inseminação artificial em mulher solteira e dos embriões excedentários.

No que concerne aos bancos de sêmen, eles têm servido muitas vezes para propagar a eugenia positiva, possibilitando programação de novas gerações baseadas na seleção dos embriões; e como forma de comercialização de esperma. Mulheres que recorrem aos bancos de sêmen têm tido a oportunidade de

---

<sup>41</sup> GARRAFA, Volnei. *Bioética: Os Limites da Manipulação*. In: *Direitos Humanos Como Educação Para a Justiça*. Org. Reinaldo Pereira e Silva. São Paulo: LTr, 1998. p. 259

escolher as qualidades físicas e intelectuais do doador, que está arrolado e catalogado no banco. Em 1980 foi criado no estado da Califórnia, Estados Unidos, por Robert K. Graham, um banco de esperma para a superinteligência, onde se coletava esperma de cientistas ganhadores do Prêmio Nobel para se oferecer a jovens de alto QI. Em 1983, ainda nos Estados Unidos, outro banco de esperma bem incomum foi criado. Ele serve aos ideais femininos e é administrado por mulheres. “Sua finalidade é servir a todas as mulheres em relação a sua raça, estado genético ou orientação sexual. As lésbicas e as mulheres solteiras são encorajadas a participar”<sup>42</sup>. Sem dúvida, eticamente falando, não é sob essa orientação que os bancos de sêmen devam se propagar. Outro problema, fruto da utilização dos bancos de sêmen, é a possibilidade de futuros casamentos incestuosos:

**Um homem pode, em tese, originar milhares de fecundações e continuar sua capacidade de procriação por vários anos. Os gerados desse sêmen, ao chegar à idade adulta, ignorando totalmente sua origem e seus vínculos reais de parentesco, podem casar-se. O doador pode conviver com centenas de suas filhas, sem saber que o são, casar e procriar.**<sup>43</sup>

Quanto à inseminação *post mortem*, Eduardo de Oliveira Leite adverte que ela se desvia do sentido e da razão de ser da procriação assistida, que seria a de remediar as conseqüências da esterilidade e da hipofertilidade. Segundo ele, não seria papel da medicina contribuir para o nascimento de uma criança órfã, desejada como tal pela vontade dos pais<sup>44</sup>. Além do que, essa prática pode trazer perturbações psicológicas à criança e à própria mãe viúva, que poderá ver na possibilidade de ter um filho do falecido marido uma maneira de preencher o vazio e a solidão deixada pelo mesmo.

No tocante às mães em substituição, à elas se pode recorrer “para auxiliar a infertilidade de uma mulher que não possui útero ou sofre de outros

<sup>42</sup> VARGA, Andrew C. Ob. cit. p. 91

<sup>43</sup> BARBOZA, Heloisa Helena. *A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização “in vitro”*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993. p. 42

<sup>44</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações Artificiais e o Direito*. cit. p. 142

distúrbios. Outra é a situação daquela mulher que não quer ter um bebê porque a gravidez interferiria na sua carreira”.<sup>45</sup> Não parece eticamente aceitável o uso da mãe substituta por conveniência, uma vez que, nas palavras de Andrew Varga, “a mulher que não está disposta a fazer o sacrifício de dar à luz seus filhos, não fará, provavelmente, o sacrifício de educá-los e deles cuidar”.<sup>46</sup> Outra questão relevante é que se introduzirá uma terceira pessoa, através da mãe em substituição, ao matrimônio, que se trata de união exclusiva entre um homem e uma mulher.

A inseminação artificial em mulher solteira é outra questão controversa no campo ético. Toda criança tem o direito de nascer e ser educada dentro de uma entidade familiar. Aqui, mais uma vez, estaria afastado o objetivo da procriação artificial que é a possibilidade de dar filhos por meios artificiais ao casal estéril. Ainda nas palavras de Eduardo de Oliveira Leite:

**Tal aceitação redundaria em reconhecer à procriação artificial um modo de conveniência deixado à liberdade de cada um, uma alternativa pura e simples à procriação natural. Ora, é sabido que o recurso à procriação artificial não deita suas raízes no puro egoísmo mas é, antes de tudo, resultado de um projeto parental tendente a contornar problemas oriundos de um “handicap” de ordem natural.<sup>47</sup>**

A respeito ainda da mesma questão, adverte Andrew C.

Varga:

**É um sério problema ético que mulheres solteiras concebam deliberadamente e dêem à luz filhos e tentem aumentar sua prole sem os benefícios de um ambiente familiar normal. Seria irresponsabilidade por parte das mulheres gerar filhos sem os recursos para cuidar deles.<sup>48</sup>**

<sup>45</sup> SANTOS, Maria Celeste C. C. L dos. Ob. cit. p. 123-124

<sup>46</sup> VARGA, Andrew. Ob. cit. p. 107

<sup>47</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações Artificiais e o Direito**. cit. p. 153

<sup>48</sup> VARGA, Andrew C. Ob. cit. p. 91



Quanto aos embriões excedentários, estes serão congelados e terão procedência incerta, o que é um grande problema ético, visto que os embriões são vidas em potencial. O que acaba ocorrendo é que os bancos de embriões se transformam em um grande orfanato virtual. Outro problema delicado neste âmbito é a possibilidade da eliminação dos embriões não aproveitados ou com defeito. A discussão a ser levantada aqui seria a de quando tem início a vida humana, ou seja, se o embrião *in vitro* é ou não considerado nascituro.

Eduardo de Oliveira Leite cita duas teorias na determinação do que seja “concepto”. A primeira é a teoria genético-desenvolvimentista, segundo a qual o ser humano passa por fases: pré-embrião, embrião e feto. Na primeira fase, que se estende do 1º ao 14º dia, seria permitido que os embriões fossem usados em pesquisas desde que com o consentimento dos pais e com a garantia dos mesmos serem destruídos depois. É nesse sentido que dispõe o Relatório Warnock. A outra é a teoria concepcionista, que “admite ser o embrião, desde a sua fecundação, algo distinto da mãe com uma autonomia genético-biológica que não permite nenhuma mudança essencial em sua natureza até a idade adulta”.<sup>49</sup> Com a fecundação “fica formado um ser cujo código genético está completo: um ser único e irrepetível, como é básico em toda a personalidade”.<sup>50</sup> Essa teoria nos parece mais aceitável do ponto de vista ético e mesmo biológico, uma vez que a vida humana tem início desde o momento da fertilização. A respeito, consulte-se o parecer médico-legal de Nilson do Amaral Sant’Anna:

**A vida humana irrompe e inicia a sua estruturação somática no exato momento da fecundação, antes, portanto, de o ovo implantar-se no útero. A nidadação garante, apenas, o prosseguimento de um processo vital já em andamento, decorrente de seu próprio poder energético, e a continuidade evolutiva de uma complexa arquitetura citológica, cujas linhas prévias já lhes chegaram esboçadas no desenho das primeiras divisões mitóticas.<sup>51</sup>**

<sup>49</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações Artificiais e o Direito*. cit. p. 385

<sup>50</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. *Problemas Jurídicos da Procriação Assistida*. In: Arquivo do Ministério da Justiça de Brasília, vol 47, jan./jun. 1994. p. 100

<sup>51</sup> SANTA’ANNA Nilson do Amaral. *Apud* Heloisa Helena Barboza Ob. cit. . 77

Diante do acima exposto não há como negar que o embrião, mesmo que ainda não transferido ao útero da mulher, é pessoa e, portanto, não pode ser objeto de direito. A vida é um processo contínuo e está sempre em movimento: “concepto, embrião, feto, bebê, criança, adolescente, adulto. E os adultos fornecem ovos, espermatozóides, que irão fornecer outros embriões...”<sup>52</sup>. É neste sentido também que dispõe Heloísa Helena Barboza:

**Ilícitos, portanto, quaisquer atos que impliquem na sua “disponibilidade”, a qualquer título. Repugna a idéia de serem utilizados em pesquisas, do aproveitamento de suas células e tecidos para transplantes, pior se especialmente “cultivados” para tanto. Forçoso concluir-se não possam os que geram o embrião “autorizar” sua destruição ou seu emprego em pesquisa e experimentações.**<sup>53</sup>

Ainda a respeito da proteção da vida *in vitro*, argumenta Eduardo de Oliveira Leite:

**Do ponto de vista estritamente ético, em nenhum dos estágios de uma vida “in vitro”, o embrião pode ser tratado como uma coisa (como pretende as legislações mais liberais). Ao contrário, a partir do momento em que duas células se encontram e passam a se multiplicar, quer queiramos quer não, já nos encontramos diante de um novo ser, diante de uma nova vida. É esta vida que a ética pretende proteger; é esta vida que, independentemente de qualquer consideração meramente científica, o Direito sente vocação e obrigação de proteger.**<sup>54</sup>

Perante as razões apresentadas, há que se criticar a Resolução 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina nos artigos 2º e 3º de seu inciso V -

<sup>52</sup> EDWARDS, Robert. *Apud* SANTOS, Maria Celeste C. L. dos. Ob. cit. p. 84

<sup>53</sup> BARBOZA, Heloisa Helena Ob. cit. pp. 83

<sup>54</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações Assistidas e o Direito*. cit. p. 179

Criopreservação de Gametas ou Pré-Embriões, que parecem um tanto dúbios e contraditórios:

**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 falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los.**

Uma vez que não se permite a destruição ou o descarte dos pré-embriões, a expressão da vontade dos cônjuges poderia admitir a utilização dos mesmos para experimentações, o que não seria ético, uma vez que não podem dispor da integridade física ou da vida do conceito. A autorização por parte dos responsáveis legais não é suficiente para que o médico destrua ou faça experimentações com os seus embriões.<sup>55</sup>

Um outro ponto a ser discutido aqui é o que se refere ao sigilo sobre a identidade do doador de sêmen e pré-embriões. A esse respeito, dispõe da seguinte forma a Resolução 1.358/92 do Conselho Nacional de Medicina em seu inciso IV- Doação de Gametas ou Pré-embriões:

**2 - Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa.**

**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.**

<sup>55</sup> Ainda a respeito desta contradição na Resolução 1.538/92, ver LEITE, Eduardo de Oliveira. Da Bioética ao Biodireito. cit. p. 116 e 117.

A doação de esperma, de óvulo, ou mesmo de embrião tem sido vista como uma medida filantrópica, um ato de generosidade do doador. Justifica-se o princípio do anonimato pela “exclusão de qualquer vínculo de filiação entre o doador e a criança oriunda da procriação”.<sup>56</sup> Este pensamento fundamenta-se na chamada “verdade afetiva”, em contraposição à “verdade biológica” no tocante à filiação. No entanto, não há como se negar o vínculo biológico decorrente da filiação, principalmente nos dias atuais, com a possibilidade de se comprovar quase que absolutamente uma filiação biológica através de exames de DNA.

Dentro da procriação assistida tem se primado por priorizar a autonomia da vontade. A autonomia da vontade no tocante à escolha da técnica pelo casal, a autonomia da vontade no consentimento do marido na inseminação com esperma de terceiro; no entanto, a vontade da criança não é levada em consideração. Neste sentido dispõe Reinaldo Pereira e Silva:

**Não poucas vezes, a vontade do filho encontra-se em desacordo com a vontade do pai, se não originalmente, ao longo da convivência. Nesta hipótese, como manter a definição de paternidade com base no critério da afetividade? E nas hipóteses em que o conhecimento da ascendência biológica é querido pelo filho porque o afeto original transformou-se em desafeto, como negá-lo ao argumento da autonomia da vontade? Vontade de quem? Apenas do pai? E a vontade do filho? Os critérios biológicos e da afetividade não podem querer enfrentar as complexas questões que envolvem a sociedade familiar senão partindo da premissa de que a paternidade e a filiação são duas faces da mesma moeda: uma face pressupõe a outra e vice-versa.<sup>57</sup>**

---

<sup>56</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. Ob. cit. p. 145

<sup>57</sup> SILVA, Reinaldo Pereira e. **Ascendência Biológica e Descendência Afetiva**. Painel “Direitos da Criança e do Adolescente” do Encontro de Magistrados do Sul e Sudeste do Brasil, realizado na cidade de Florianópolis a 13 de novembro de 1998.

O que fazer quando, em respeito à dignidade humana, a pessoa pretenda conhecer a sua identidade genética? A esse respeito, argumenta ainda Reinaldo Pereira e Silva:

**...o conhecimento da ascendência biológica deve persistir como verdade jurídica, independentemente da natureza do liame filial, já o critério da afetividade, enquanto contribuição para o aprimoramento da sociedade familiar, deve priorizar mais a vontade do filho do que a vontade do pai. Dessa maneira, como consideração final, reafirma-se a proposta da ascendência sempre pelo critério biológico e a definição da descendência, nas hipóteses intranquias, pelo critério da afetividade.<sup>58</sup>**

Na Inglaterra e na Suécia alguns legisladores já vêm defendendo o direito das crianças geradas por meio da inseminação artificial com doador de conhecer sua ascendência biológica após os 18 anos.<sup>59</sup>

É nesse sentido que o mundo jurídico deve se manifestar, como “meio de garantir mais segurança e maior legalidade à audácia das novas práticas, evitando eventuais demandas diante dos tribunais”<sup>60</sup>, buscando garantir a dignidade e o valor da vida humana contrabalançadas com o progresso científico.

#### **b) O posicionamento da Igreja Católica**

As técnicas de procriação assistida sofrem inúmeras restrições de ordem religiosa.

<sup>58</sup> SILVA, Reinaldo Pereira e. **Ascendência Biológica e Descendência Afetiva**. Painel “Direitos da Criança e do Adolescente” do Encontro de Magistrados do Sul e Sudeste do Brasil, realizado na cidade de Florianópolis a 13 de novembro de 1998.

<sup>59</sup> EWERLÖF, Göran. A inseminação artificial: Debates e Legislação. Revista de Direito Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p.13

<sup>60</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. Da bioética ao Biodireito: Reflexões sobre a Necessidade e Emergência de uma Legislação. In: **Direitos Humanos Como Educação Para a Justiça**. Org. Reinaldo Pereira e Silva. São Paulo: LTr, 1998. p. 108

A Igreja Católica sempre reconheceu a procriação como ato intimamente ligado ao matrimônio e por conseguinte à união carnal dos cônjuges. Desta forma, tanto os métodos contraceptivos não-naturais que visam à exclusão procriadora como as técnicas de procriação assistida com participação de terceiro não são aceitas.

O atual Código Canônico dispõe no Cânone 1.055 que “a aliança matrimonial pela qual o homem e a mulher constituem entre si uma comunhão de vida toda é ordenada por sua índole natural ao bem dos cônjuges e à gestação e educação da prole, e foi elevado, entre os batizados, à dignidade do casamento.” Percebe-se aqui que, segundo a Igreja Católica, a procriação é um dos fins essenciais do casamento. No entanto, “a esterilidade não dirime nem impede o casamento”, de acordo com o Cânone 1068.

Para a Igreja Católica a procriação deve ser fruto do matrimônio, que é sacramento regido pelas leis divinas e destinado à perpetuidade. Resulta numa união corporal e espiritual dos cônjuges e é sagrado e inviolável. O dom da vida é dado por Deus ao homem e a procriação só será admissível se ocorrer dentro dos laços matrimoniais.

Dentro dessa ótica, a criança concebida fora dessas condições, por inseminação artificial, é considerada ilegítima, uma vez que uma nova vida só pode ser fruto do matrimônio e de acordo com a vontade de Deus. A inseminação heteróloga realizada em mulher solteira não é, portanto, prática aceitável pela Igreja Católica.

**Em razão do bem do filho, é necessário postular como exigência ética o âmbito do matrimônio como lugar adequado à procriação. Não se pode afirmar que qualquer indivíduo em qualquer estado (celibato, solteirismo, viuvez) tenha direito à procriação. Somente o matrimônio garante a coerência ética da procriação. E isto por duas razões: pela união indissolúvel entre doação conjugal e transmissão de vida humana, e por causa do bem do filho, cuja realização plena ocorre na família.<sup>61</sup>**

---

<sup>61</sup> VIDAL, Marciano. **Para Conhecer a Ética Cristã**. Trad. I. F. L. Ferreira. São Paulo: Paulinas, 1993. p. 229

O papa Pio XII, por ocasião do IV Congresso de Médicos Católicos, realizado em Roma em 29-9-1949, afirmou os seguintes princípios:

1º) A fecundação artificial fora do matrimônio deve ser considerada como imoral. De fato segundo a lei natural e a lei divina positiva, a procriação de uma nova vida não pode se dar fruto senão do matrimônio. Só o matrimônio salvaguarda a dignidade dos esposos (principalmente da mulher no presente caso), dignidade esta pessoal. Somente ele, o matrimônio, e por si só, provê o bem e a educação da prole. Por conseguinte, não cabe entre católicos divergência alguma de opiniões acerca da condenação da fecundação artificial fora da união conjugal. A prole concebida nestas condições será considerada como ilegítima.

2º) A fecundação artificial dentro do matrimônio, com a participação de elemento ativo e terceiro, é igualmente imoral e como tal deve ser reprovada sem apelo. Só os esposos têm direitos recíprocos sobre seus corpos para dar início a uma nova vida, direito exclusivo, intransferível e inalienável. E isto deve ser assim em consideração da prole. Quem dá a vida a um pequeno ser, a natureza impõe, em virtude deste vínculo, a obrigação de sua criação e educação. Ora, entre o esposo legítimo e a prole, fruto do elemento ativo de um terceiro (ainda que com o consentimento do esposo), não existe vínculo algum de origem e nenhum laço moral ou jurídico de procriação conjugal.<sup>62</sup>

A inseminação artificial heteróloga, assim como a fertilização *in vitro*, é puramente rejeitada e considera imoral pela Igreja Católica por ser uma técnica que interfere no ritmo natural da vida e por violar o compromisso recíproco entre os cônjuges. O contrato matrimonial não dá o direito a um filho, que não pode ser considerado como um objeto de propriedade. Um filho deve ser considerado com um dom do matrimônio, um fruto do “atos específicos do amor conjugal de seus pais e tem também o direito de ser respeitado como pessoa desde o momento de sua concepção”<sup>63</sup>.

<sup>62</sup> Pio XII *Apud*: Monica Sartori Scarparo. Ob. cit. p. 25

<sup>63</sup> BARCHIFONTAINE, Christian de P. Bioética e Reprodução Medicamente Assistida. In:

A inseminação artificial homóloga, que em princípio não deveria trazer maiores problemas de ordem moral, uma vez que quem participa da prática são os cônjuges e ela se trata apenas de uma “ajuda” à natureza, foi também condenada por Pio XII pelos recursos utilizados para a coleta do sêmen: a masturbação, que é abominada pela Igreja e é considerada contrária ao direito natural. É também condenada pelo fato da fecundação prescindir do contato sexual, que seria a maneira natural querida pelo Criador para o processo de procriação.

Nas palavras de Pio XII:

**“Seria errôneo pensar que a possibilidade de se recorrer a este meio tornaria válido o matrimônio entre pessoas inaptas para contraí-lo devido à impotência. No momento, é supérfluo observar que o elemento ativo não pode nunca ser obtido por meio de atos contra a natureza. Ainda que não se possam excluir, a priori, os novos métodos, pelo simples motivo de sua novidade, deve-se no entanto usar de extrema reserva ou mesmo descartá-los absolutamente. Ao assim se falar não se está rejeitando necessariamente o emprego de meios artificiais destinados unicamente com o fim de facilitar o ato natural, ou atingir seu fim se for o ato naturalmente realizado”<sup>64</sup>.**

Alguns teólogos não-conservadores já vêm considerando moralmente aceita a inseminação artificial homóloga. Perante o Cânone 1.055, que dispõe ser a aliança matrimonial ordenada à geração de crianças, percebe-se que não há indicação sobre qual modalidade a procriação pode ser legitimamente obtida. Neste sentido a afirmação de Pierre Alamigenon:

**...é de foro íntimo do casal e à luz dos sentimentos recíprocos que unem os cônjuges que deve ser tomada a decisão de utilizar ou não os meios artificiais homólogos. Se**

---

<sup>64</sup> Pio XII *Apud*: Monica Sartori Scarparo. Ob. cit. p. 25



eles decidirem recorrer a esse meio, na tentativa de obter uma criança engendrada por eles próprios, estão apenas procurando favorecer o desenvolvimento e o enriquecimento da sociedade conjugal constituída de conformidade com as disposições do Cânone 1.055. Sua iniciativa não poderia ser considerada contrária às disposições canônicas sobre o casamento.<sup>65</sup>

Ainda a esse respeito, argumenta Pedrinho A. Guareschi:

**O princípio fundamental que dá sentido à família, é que ela, à semelhança da Trindade (que também é uma família), procura a realização e complementação mútua de dois ou mais seres, através do amor. Essa relação de amor, que define, por assim dizer, a família de Deus (Deus é amor), é a que dá sentido ao matrimônio cristão.<sup>66</sup>**

Aplicando-se estas reflexões à inseminação artificial homóloga, pode-se dizer que, uma vez que o filho engendrado desta forma seja fruto do amor e da complementação mútua, está inserido nos princípios da moral cristã.

A inseminação heteróloga, por sua vez, é condenável, pois introduz nas veias do matrimônio elemento externo à intimidade do casal, o que constituiria uma violação ao dever de fidelidade recíproca e uma falta contra a unidade essencial do matrimônio, além de privar o filho de uma relação filial com suas origens parentais.

A Igreja Católica proíbe também a doação de gametas entre pessoas que não estejam ligadas legitimamente pelo matrimônio, os bancos de embriões e a inseminação *post mortem*.

A Igreja Católica também é contra o destino dado aos embriões excedentes nas práticas de reprodução artificial.

---

<sup>65</sup> ALAMIGEON, Paul. *Apud*: Eduardo de Oliveira Leite. Ob. cit. p. 80

<sup>66</sup> GUARESCHI, Pedrinho A. *Apud* Monica Sartori Scarpo. Ob. cit. p. 27-28

Também as várias *técnicas de reprodução artificial*, que pareceriam estar a serviço da vida e que, não raro, são praticadas com essa intenção, na realidade abrem a porta a novos atentados contra a vida. Para além do fato de serem moralmente inaceitáveis, porquanto separam a procriação do contexto integralmente humano do ato conjugal, essas técnicas registram altas porcentagens de insucesso: esse diz respeito não tanto à fecundação como sobretudo ao desenvolvimento posterior do embrião, sujeito ao risco de morte em tempos geralmente muito breves. Além disso, são produzidos às vezes embriões em número superior ao necessário para a implantação no útero da mulher e esses, chamados “embriões supranumerários”, são depois suprimidos ou utilizados para pesquisas que, a pretexto de progresso científico ou médico, na realidade reduzem a vida humana a simples “material biológico”, de que se pode livremente dispor.<sup>67</sup>

---

<sup>67</sup> João Paulo II *Evangelium Vitae*. São Paulo: Paulus, 1995. p. 21-22

## CAPÍTULO IV

### A PROCRIAÇÃO ASSISTIDA NO DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO

O Direito de Família possui características próprias e, embora ramo do Direito Privado, mais se aproxima do Direito Público, dado o caráter cogente da maioria de suas normas. Talvez por tal motivo venha sofrendo transformações mais céleres que outros ramos do Direito Civil, ajustando-se assim a uma nova realidade. Isso se dá porque o fato social chega primeiro e determina nova consciência.

Hoje, a possibilidade da procriação assistida é latente e tende a se tornar rotineira e a falta de normatização a respeito deixa o jurista atônito diante dos problemas por ela gerados. Há a necessidade de se revisar o Direito de Família, redefinindo os conceitos de maternidade e paternidade, visando a dirimir os inúmeros conflitos de ordem jurídica que possam despontar em decorrência do surgimento dessa nova relação familiar, harmonizando assim as relações sociais e preservando a integridade moral dos indivíduos.

O Anteprojeto do Código Civil brasileiro perdeu a oportunidade de preencher as lacunas advindas desta matéria, omitindo-se quanto à mesma. Perante esta omissão, critica Caio Mário da Silva Pereira:

**O Anteprojeto não toma conhecimento da inseminação artificial como técnica científica e não natural de procriação, a gerar um sem número de perguntas ao Direito Civil, no tocante à legitimidade do filho, à injúria de um ou outro cônjuge, quando efetuada na inciência do marido ou na surpresa da mulher. O feto existe, o**

**fenômeno biológico da concepção artificial ocorre sob nossos olhos, o Anteprojeto soberanamente o despreza.<sup>68</sup>**

Diante deste novo paradigma familiar, o Direito, nos seus mais distintos ramos, pode e deve se valer dos princípios norteadores da bioética como forma de operacionalizar e melhor responder às questões que tanto causam perplexidade à sociedade, buscando soluções justas e eticamente aceitáveis.

Um dos primeiros problemas decorrentes das técnicas de procriação assistida a ser analisado é se, dentre os direitos fundamentais do homem, existe o direito a se ter um filho. Tal definição regravará o rumo que será dado à matéria, uma vez que, “se entendido como direito fundamental, não há que se criar qualquer impedimento às técnicas que resultem na ausência de um dos genitores, como ocorre na inseminação artificial de mulheres solteiras, confrontando-se o direito individual do genitor e a proteção aos interesses da criança a ser gerada.”<sup>69</sup> A Constituição brasileira não vislumbra o direito de ter filhos, todavia, em seu artigo 1º, III, qualifica a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático e, em seu artigo 5º, caput, garante a todos a inviolabilidade do direito à vida. Em seu artigo 227, ela ainda prescreve:

**Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de todo o tipo de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.**

Não se pode recorrer às técnicas de procriação assistida por mero capricho de cada um ou movidos por puro egoísmo. As soluções apresentadas

---

<sup>68</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. Crítica ao Anteprojeto do Código Civil. In: Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros. n°20, p.72

<sup>69</sup> BARBOZA, Heloisa Helena. Ob. cit. p. 38

pela biomedicina só devem ser usadas em casos de efetiva necessidade. Desta forma, não se justifica o uso dessas técnicas por mulheres solteiras ou por pares homossexuais, uma vez que “a família que o legislador tem interesse em garantir à criança é formada por pai e mãe”<sup>70</sup>, assegurando-se, assim, o princípio da paternidade responsável, previsto na Constituição em seu artigo 226 parágrafo 7º.

Outra questão que merece ser levantada e analisada cuidadosamente pelo jurista é a possibilidade de que as experiências genéticas na procriação assistida possam ser uma ameaçadora forma de manipulação das características genéticas da humanidade, que poderá vir a se submeter a processos de seleção artificial. A possibilidade de um exame genético seguido de uma pré-seleção nos embriões, onde é possível escolher o sexo e outras características desejáveis na futura criança, poderia levar à categorização dos seres humanos, no sentido de criar uma raça especialmente desenvolvida para ser superior ao resto da humanidade. Sobre esse fato discorre a Prof<sup>a</sup> Renata Raupp Gomes:

**A falta de preceitos jurídicos que equilibrem o uso de tais avanços poderá significar o desaparecimento de muitas características da raça humana, oriundas da miscigenação, consideradas “menos nobres” pelos padrões de estética dominantes. Poderá igualmente, além de impor uma primazia étnica, resultar em grande desequilíbrio de gênero, caso a escolha da maioria dos casais recaia sobre determinado sexo, durante um período considerável de tempo.**

**Além de aflorar os preconceitos já existentes na sociedade, a manipulação de genes humanos e, especificamente, os novos testes de DNA (capazes de detectar predisposição a inúmeras doenças e síndromes), prometem inaugurar um tipo diferente de discriminação: a *genética*!<sup>71</sup>**

---

<sup>70</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. Da Bioética ao Biodireito. cit. p. 116

<sup>71</sup> GOMES, Renata Raupp. A Família Frente ao Desafio Bioético da Sociedade Contemporânea: uma Leitura a Partir dos Direitos Fundamentais do Homem. In: Direitos Humanos como Educação para a Justiça. Org. Reinaldo Pereira e Silva. São Paulo: LTr, 1998. p.193.

Faz-se essencial a preservação do patrimônio genético do homem, pois é ele quem garante a descoberta da identidade própria de cada indivíduo, e lhe assegura as condições de imutabilidade e unicidade.<sup>72</sup>

Há ainda que se analisar os direitos da personalidade<sup>73</sup> do nascituro, para que a ele possa ser garantido o preceito constitucional da dignidade da vida humana. Para isso há que se estabelecer quando se inicia a personalidade jurídica do indivíduo.

Deve-se distinguir, em primeiro plano, personalidade jurídica e capacidade de direito. Os civilistas classificam como pessoa natural todo ser humano capaz de ter direitos e obrigações. Personalidade jurídica é a aptidão reconhecida pela lei para tornar-se sujeito de direito e deveres. A capacidade jurídica vem a aptidão para exercitar direitos.

O artigo 4º do Código Civil Brasileiro condiciona a aquisição da personalidade ao nascimento com vida, mas assegura desde a concepção os direitos do nascituro.

Silmara Chinelato e Almeida apresenta três teorias fundamentais sobre o início da personalidade: a primeira é a natalista, que afirma que a personalidade civil se inicia com o nascimento com vida, conforme o disposto na primeira parte do Código Civil; a segunda é denominada personalidade condicional, que reconhece a personalidade desde a concepção, com a condição do nascimento com vida; a terceira é a concepcionista, que sustenta que a personalidade se inicia no momento da concepção, “considerando que muitos dos direitos e *status* do nascituro não dependem do nascimento com vida, como os Direitos da Personalidade, o direito a ser adotado, de ser reconhecido, atuando o nascimento sem vida como a morte, para os já nascidos”.<sup>74</sup>

---

<sup>72</sup> A esse respeito ver SALVIN, Gláucia. Crítica aos Conceitos de Maternidade e Paternidade Diante das Novas Técnicas de Reprodução Artificial. In: Revista dos Tribunais, vol. 659, 1990. p. 236

<sup>73</sup> Pontes de Miranda classifica os direitos da personalidade como: a) o direito à vida; b) o direito à integridade física; c) o direito à integridade psíquica; d) o direito à liberdade; e) o direito à verdade; f) o direito à igualdade formal (isonomia); g) o direito à igualdade material, que esteja na Constituição; h) o direito de ter um nome e o direito ao nome, aquele inato e este nato; i) o direito à honra; j) o autoral da personalidade. Eles destinam-se a resguardar a dignidade da pessoa humana e são à ela inerentes. MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Parte Especial. Tomo VII. Rio de Janeiro: 1971. p.

08

<sup>74</sup> ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato. Ob. cit. p. 170-171

O disposto no Código Civil apresenta-se contraditório a esse respeito uma vez que, segundo ele, o nascituro é titular de direito mas não é considerado pessoa, pois a personalidade está condicionada ao nascimento com vida.

Na verdade o que há aqui é uma confusão entre personalidade e capacidade.

**Havendo vida humana, haverá personalidade, gozando de toda a proteção que o direito lhe confere, especialmente no que concerne ao próprio direito à vida e à dignidade, que exige todo ser humano, e que se projeta, mesmo após a sua morte, no respeito aos mortos. Mas a capacidade de direito, esta, sim, poderá ficar submetida ao atendimento de outros requisitos, como a viabilidade e ao nascimento com vida.<sup>75</sup>**

O embrião é pessoa humana desde o momento de sua concepção e será um dia um ser humano completo, que já possui um destino biológico inscrito em seu DNA. Uma vez que há a fertilização e o óvulo fertilizado passa a se multiplicar, já se está diante de uma nova vida. Sendo os direitos do nascituro tutelados desde a concepção, o embrião, ainda que *in vitro*, está inserido nesta proteção. “O conceito é considerado sujeito de direito reconhecendo-se-lhe caráter de pessoa no exato momento da fecundação”.<sup>76</sup> Portanto, não há como se dispor dos direitos do embrião humano uma vez que são inerentes à própria pessoa e à natureza humana.

Após essas colocações, abordar-se-á adiante outras questões jurídicas, que são levantadas dentro do Direito de Família, a respeito das técnicas de procriação assistida. Para isso, distinguir-se-ão suas classificações e as possíveis repercussões:

---

<sup>75</sup> BARBOZA, Heloisa Helena. Ob. cit. p. 82

<sup>76</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. O Direito do Embrião: Mito ou Realidade. In: Revista de Direito Civil, vol 78. p. 23-39

### a) Inseminação artificial homóloga

A inseminação artificial homóloga é a que menos problemas traz no plano jurídico, já que a filiação biológica coincidirá com a filiação legal.

Uma vez realizada contemporaneamente à coleta do material genético, será enquadrada dentro dos parâmetros legais e se equipará à gestação convencional, sendo que “a simples mudança pela qual se opera a união das células procriadoras não pode ter influência na natureza da filiação”<sup>77</sup>, na forma do artigo 338 do Código Civil:

**Art. 338. Presumem-se concebidos na constância do casamento:**

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

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

Outra situação é aquela onde o marido, impossibilitado de coabitar com a mulher, efetua a coleta do sêmen e o deposita em um banco para futura inseminação. Há aqui o problema referente à presunção de legitimidade dos filhos e de sua contestação conforme o art. 340 do Código Civil:

**Art. 340. A legitimidade do filho concebido na constância do casamento, ou presumido como tal (arts. 337 e 338), só se pode contestar provando-se:**

**I – que o marido se achava fisicamente impossibilitado de coabitar com a mulher nos primeiros 121 (cento e vinte um) dias, ou mais, dos 300 (trezentos) que houveram precedido ao nascimento do filho;**

<sup>77</sup> MOURA, Mário Aguiar. **Tratado Prático de Filiação**. Rio de Janeiro: Ed. Aide, 1984. p. 191



**II – que a esse tempo estavam os cônjuges legalmente separados.**

Com efeito, a razão de ser desta norma se referia a impossibilidade de realização de relações íntimas entre o casal, ou seja, à impossibilidade de que o sêmen seja levado ao útero da mulher e que ocorra a fertilização do óvulo.

Hoje em dia, com a inseminação artificial, não existe mais esta fronteira entre sexualidade e fecundação. Portanto não há que se considerar a possibilidade de contestação de paternidade fundada no citado inciso I, uma vez que seria injusta a exclusão da paternidade já que há a certeza de que o marido é o pai biológico. Mesmo que a inseminação ocorra sem o consentimento do marido, não ilidiria a presunção da paternidade, pois “a situação equivaleria à do filho que fosse fruto de relações sexuais em que a mulher ocultasse do marido o fato de não estar fazendo uso de qualquer método contraceptivo”.<sup>78</sup>

Sobre essa questão, discorre José de Oliveira Ascensão:

**Diremos que, em casal, mesmo quando a presunção de paternidade não funcione, a prova científica da derivação biológica por procriação assistida tem significado equivalente. Essa prova, hoje possível, funciona como um sub-rogado, ou equivalente, da legalmente proposta derivação sexual. Respeita-se, assim, transposto embora para as realidades atuais, o equilíbrio estabelecido por lei.<sup>79</sup>**

No que se refere ao inciso II, poderá a mulher utilizar-se do sêmen congelado, ou mesmo subtraído do marido, para ser inseminada artificialmente após a separação. Ainda assim, por força da verdade biológica, o pai seria o ex-marido e a paternidade resultaria de um ato jurídico de reconhecimento, quer voluntário, quer judicial.<sup>80</sup>

<sup>78</sup> BARBOZA, Heloisa Helena. Ob. cit. p. 50

<sup>79</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. Ob. cit. p. 104

<sup>80</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. Ob. cit. p. 104

Neste ponto, devem prevalecer para o estabelecimento da identidade e da filiação, os dados biológicos, a despeito da inexistência de convivência entre os cônjuges, a fim de que não se fira direito intrínseco à personalidade do filho.<sup>81</sup>

Ainda dentro deste contexto enquadram-se os casos em que o sêmen é congelado e venha a ser utilizado pela mulher após a morte do cônjuge varão. A esse respeito se manifesta Heloisa Helena Barboza:

**Tendo em vista a imperatividade das normas do Direito de Família e, especialmente, a taxatividade dos casos em que se estabelece a presunção, geradora de tão graves e onerosas conseqüências, parece-nos, como antes assinalado, que não se pode cogitar da presunção de paternidade para o filho nascido após trezentos dias de rompida a sociedade conjugal. A afirmativa vale qualquer que seja a causa da solução do casamento, mesmo que por morte e se realizando a inseminação artificial homóloga *post mortem*. Aplicando-se o direito vigente, não havendo presunção, o reconhecimento da paternidade só poderia ser obtido por declaração de vontade do pai, à evidência sempre que possível, ou pela via judicial, no caso de o pai se recusar o reconhecimento ou se já falecido, na medida em que o nascido após o prazo legal não goza de presunção da paternidade.<sup>82</sup>**

Diverge desta opinião a advogada Glauca Salvin, que considera que a inseminação *post mortem*, não sendo uma situação contemplada pelo art. 338 do Código Civil., deva ser inserida na presunção de paternidade:

**Assim, entendemos ser possível um disciplinamento da matéria no sentido de adequar as regras do Código Civil a fim de que se permita a inseminação artificial homóloga,**

<sup>81</sup> SALVIN, Glauca. *Crítica ao Conceito de Maternidade e Paternidade diante das Novas Técnicas de Reprodução Artificial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.639, 1990. p.238

<sup>82</sup> BARBOZA, Heloisa Helena. Ob. cit. p. 53-54

**mesmo após a morte do cônjuge e expirada a presunção legal do art. 338, pois não é justo que se condene o filho, por amor ao formalismo, a que não tenha pai algum.**<sup>83</sup>

Para se evitar a ocorrência de tais problemas, seria conveniente que os sêmens depositados em bancos fossem inutilizados uma vez dissolvida a sociedade conjugal por qualquer que fosse o motivo.

#### **b) Inseminação artificial heteróloga**

Na inseminação artificial heteróloga a paternidade biológica será divergente daquela presumida juridicamente.

A questão levantada aqui é se caberia aplicar a presunção da paternidade mesmo se tendo a certeza de que o marido não é o pai biológico. Poderia ele contestar então essa paternidade, segundo o previsto no art. 340 do Código Civil?

No direito vigente, a presunção de paternidade recai sobre o marido da mãe e para que seja esta contestada a lei exige que o marido prove que estava impossibilitado fisicamente de coabitar com a mulher à época da concepção.

No entanto, a inseminação artificial dissocia a reprodução da sexualidade, portanto, “o vínculo natural e jurídico do filho com seu pai e mãe não pode mais depender exclusivamente da procriação nupcial ou matrimonial”.<sup>84</sup>

A esse respeito, versa a Resolução 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina no seu inciso II, 1 e 2, que para que ocorra a inseminação artificial deve haver o consentimento do marido “de maneira livre e consciente em documento de consentimento informado”. No entanto, seria o consentimento do marido suficiente para assumir uma situação que poderia ser biologicamente refutada?

O que se deve analisar aqui é o interesse da criança, já que veio ao mundo devido ao consentimento do pai. Ele não poderia, pois, refutar tal

<sup>83</sup> SALVIN, Gláucia. Ob. cit. p. 241

<sup>84</sup> LEITE, Eduardo. *Procriações Artificiais e o Direito*. cit. p. 360.

paternidade. A questão aqui não é somente de ordem ética, uma vez que, consentindo na inseminação, o marido está se comprometendo com a manutenção do filho. Neste sentido se posiciona Heloisa Helena Barboza:

**O consentimento do marido vem se revelando fator decisivo para a determinação da paternidade em face da inseminação artificial heteróloga, não prevalecendo em sentido estrito a presunção legal. Pelo menos tem sido determinante para a responsabilização do marido pelo sustento da criança.<sup>85</sup>**

Desta forma, o consentimento do pai na inseminação heteróloga deve assegurar um *status* jurídico para o filho, que não poderá vir a ser refutado perante uma posterior mudança de ânimo do pai.

No entanto, sendo a mulher inseminada com sêmen de terceiro, sem que haja a concordância do marido, caracterizaria então o adultério, de modo a ensejar a separação judicial?

Humberto Piragibe Magalhães e Christovão Piragibe Tostes Malta conceituam adultério como sendo “relação sexual extramatrimonial em que pelo menos uma das pessoas participantes é casada”.<sup>86</sup> Uma vez que na inseminação artificial não há qualquer intenção sexual, sendo um processo exclusivamente biológico, não há que se falar em adultério, considerando-se imprópria tal analogia. Nesta linha de argumento, esclarece Tomás Barbarena:

**O ato sexual, inserido no cerne da conjunção carnal, há de ser entendido, segundo a acepção comum da doutrina, como um ato destinado a satisfazer o instinto sexual (libido), prescindindo da fecundação, elemento eventual e insuficiente para configurar o ato sexual propriamente; ora, os novos inventos não podem alterar o campo de aplicação da lei em si já que, para fazê-lo, haveria de**

<sup>85</sup> BABOZA, Heloisa Helena. Ob. cit. p. 61

<sup>86</sup> MAGALHÃES, Humberto Piragibe. MALTA, Christovão Piragibe Tostes. **Dicionário Jurídico**. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1989. p.78

desnaturar a norma e dar-lhe outro conteúdo; a fecundação não pertence à sexualidade e sim à genitalidade; o fator biológico, desvinculado da libido, pois esta não se dá nem na mulher, nem no médico, nem no doador (ao menos em relação àquela mulher), não se enquadra nos objetivos da lei, a qual vincula o adultério à sexualidade.<sup>87</sup>

Neste mesmo sentido entende Orlando Gomes que não está configurada a figura do adultério por falta de tipicidade do ato, podendo-se falar então em injúria grave.<sup>88</sup> Clóvis Bevilaqua conceitua a injúria grave como sendo “toda ofensa à honra, à respeitabilidade, à dignidade do cônjuge, quer consista em atos, quer em palavras”.<sup>89</sup>

O art. 5º, *caput*, da Lei do Divórcio dispõe:

**Art. 5º A separação judicial pode ser pedida por um só dos cônjuges quando imputar a ao outro conduta desonrosa ou qualquer ato que importe em grave violação dos deveres do casamento e tornem insuportável a vida em comum.**

A mulher que se submete a uma inseminação artificial com espermatozoides de terceiros sem o consentimento do marido estaria de fato praticando uma conduta desonrosa, justificando-se portanto a separação judicial. Desta opinião é também o prof. Magalhães Noronha que adverte que o esposo “não pode ser obrigado a

<sup>87</sup> BARBARENA, Tomás G. *Apud*: Eduardo de Oliveira Leite. **Procriações Artificiais e o Direito**. cit. p. 372

<sup>88</sup> GOMES, Orlando. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p.140

<sup>89</sup> BEVILAQUA, Clóvis. *Apud*: Eduardo de Oliveira Leite. **Procriações Artificiais e o Direito**. cit. p. 373

aceitar, em seu lar, um filho que não é seu, a quem terá que educar, dar seu nome, etc.”<sup>90</sup>

Na mesma situação se enquadraria o homem casado que, sem o consentimento de sua mulher, viesse a doar seu sêmen para fecundar outra mulher, resultando na gravidez desta. Estaria também praticando ato de injúria contra sua mulher.

Quanto à possibilidade de uma ação negatória de paternidade, neste caso, invocando-se o art. 342 do Código Civil, não será difícil para o marido comprovar a impotência para a procriação, que está ali compreendida.<sup>91</sup> O marido deve ter o direito de contestar uma paternidade que não é biologicamente sua, mesmo mantendo relações sexuais com sua esposa, uma vez que ele não tenha a capacidade para gerar um filho e não houve o seu consentimento para a inseminação artificial heteróloga. Diante disto, poderá valer-se dos dispositivos legais, que são aqui, aplicáveis, para contestar a paternidade.

No entanto, se for aceita a impugnação da paternidade diante deste caso, outro problema surge: diante da paternidade negada pelo marido e em face do sigilo que se guarda quanto ao doador, restaria então o filho sem pai.

Outro problema que pode decorrer da inseminação artificial com doador é a possibilidade de casamentos incestuosos, que o legislador procura impedir no art. 183, I a V, do Código Civil. Mesmo não podendo o filho, sob aspecto jurídico, demandar a paternidade, do ponto de vista biológico ela existe e pode ser laboratorialmente comprovada. Mesmo diante da recomendação do Conselho Federal de Medicina de que só se produza duas gestações, de sexos diferentes, numa área de um milhão de habitantes<sup>92</sup>, o risco de se propiciar casamentos incestuosos é muito grande.

Perante tantas controvérsias, não parece conveniente a autorização de tal prática.

---

<sup>90</sup> NORONHA, Magalhães. **Fecundação Artificial e Adulterio**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol 306, p. 779

<sup>91</sup> BARBOZA, Heloisa Helena. Ob. cit. p. 65

<sup>92</sup> Resolução 1.358/92, IV, 5.

### c) Fertilização *in vitro* homóloga

Em se tratando de fertilização *in vitro* homóloga, ou seja, quando o gameta feminino pertencer à esposa e o masculino, ao marido, a presunção de paternidade é cabível, assim como na inseminação artificial homóloga. A filiação jurídica aqui coincidirá com a biológica.

Essas mesmas considerações devem ser aplicadas em se tratando de possibilidade de contestação de paternidade. Mesmo que o marido venha a provar a ausência de coabitação, em acordo com a art. 340, I, se demonstrada a fertilização *in vitro* homóloga, esta alegação deve ser rejeitada. No tocante ao inciso II do artigo supracitado (separação legal dos cônjuges), “a paternidade caberá ao pai biológico, no caso o marido, não mais por força da presunção legal, mas do fato biológico que não poderia ser pretendido em detrimento do filho. A paternidade haveria de resultar de um ato jurídico de reconhecimento, voluntário ou judicial”.<sup>93</sup>

Outra situação que pode ocorrer é a de que o pai venha a falecer após realizada a fertilização *in vitro*, porém, antes que o embrião seja transferido para o útero da mãe. Diante da presunção de legitimidade do art. 338, II, do Código Civil, a criança não seria legítima por ter sido concebida após o casamento. Contudo, o que deve ser levado em conta aqui é a vontade dos cônjuges, que já existia no momento da procriação, não importando o período que transcorreu do congelamento do embrião. Eduardo de Oliveira Leite afirma que “sob essa ótica é possível assimilar-se a fecundação “*in vitro*” à concepção”.<sup>94</sup>

Heloísa Helena Barboza vislumbra ainda a hipótese da ocorrência da “troca” de sêmen, e se uma vez constatado o “engano”, ou seja, que o sêmen utilizado não foi o fornecido pelo marido, se este poderá, sob essa alegação, contestar a paternidade. Segundo a autora, duas hipóteses de solução são possíveis:

**Acolhe-se a contestação e a criança será *filho de ninguém*,  
dadas as naturais dificuldades de se determinar a quem**

<sup>93</sup> BARBOZA, Heloisa Helena. Ob. cit. p.85

<sup>94</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações Artificiais e o Direito**. cit. p. 393.

**pertencia o sêmen efetivamente utilizado, não podendo sequer ser preterida a possibilidade de ter ocorrido mistura seminal; ou rejeita-se a negatória de paternidade, mantendo-se a presunção, sem prejuízo da apuração. A bem do filho e considerando que, ao consentirem na fertilização *in vitro*, assumem os pais todos os riscos que daí decorrem, a última solução afigura-se melhor.<sup>95</sup>**

Se ficar comprovado que a fertilização ocorreu com sêmen diverso do marido, a autora defende que se deve apurar a responsabilidade daqueles que contribuíram para a realização do procedimento, garantido-se, contudo, o estado de filiação ao filho.

#### **d) Fertilização *in vitro* heteróloga**

Três são as situações vislumbradas aqui: a primeira se dá quando o esperma que será utilizado para a fertilização não for o do marido; a segunda é quando ocorre a fertilização com o esperma do marido e óvulo doado, posteriormente implantado no útero da mulher; e a terceira é o caso de doação de embrião, quando o material genético não será de nenhum dos cônjuges em questão.

Na primeira hipótese, a situação é similar aos casos abordados pela inseminação artificial heteróloga, quando deve ser aplicada na solução jurídica da controvérsia “a tese da (re)definição da maternidade e paternidade”.<sup>96</sup>

A segunda e a terceira hipóteses vêm romper com o milenar postulado que *mater semper certa est*, uma vez que o filho gerado no ventre da mãe não é biologicamente seu.

Em ambas as hipóteses, ainda que o material genético utilizado não seja o seu, há a possibilidade da mãe registrar o filho como seu, visto que, no âmbito jurídico, a maternidade se demonstra pelo nascimento.<sup>97</sup> No caso da segunda

---

<sup>95</sup> BARBOZA, Heloísa Helena. Ob. cit. p. 85

<sup>96</sup> GOMES, Renata Raupp. Ob. cit. p. 204

<sup>97</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. Ob. cit. p. 239



hipótese, não haverá problemas em se demonstrar a paternidade, visto que o espermatozóide utilizado na fertilização é o do marido.

Na hipótese em que nenhum dos gametas utilizados seja proveniente dos cônjuges, que ocorre no caso de embriões excedentes criopreservados, o embrião será, geneticamente falando, do casal doador dos gametas. Contudo, no que concerne à filiação, ocorre que, como na doação de óvulo, o parto determina a mãe. E, no tocante à paternidade, a criança nascida de mulher casada é considerada como filho de seu marido, sendo beneficiária da presunção de paternidade. Gláucia Salvin prefere falar aqui em adoção de embrião, e vê nessa modalidade uma forma de amenizar o problema dos embriões excedentes:

**Abrir-se-ia, portanto, a possibilidade de adoção de um “ser humano em potência”, resolvendo-se, desta forma, inclusive, parcialmente o problema da destinação dos embriões supranumerários.<sup>98</sup>**

#### e) Mãe substituta

São duas as hipóteses sugeridas aqui. A primeira é quando o material genético utilizado é do casal contratante, servindo a mãe substituta então como “hospedeira” do embrião. A outra é quando a mãe substituta contribui com seu próprio óvulo para a fertilização.

Caberia indagar-se aqui sobre quem seria a mãe verdadeira: aquela que contribui com seu material genético ou aquela que gerou e deu à luz a criança? A questão por certo é um tanto complexa.

Particularmente polêmica é a questão que diz respeito aos contratos de empréstimo de útero.

---

<sup>98</sup> SALVIN, Gláucia. Ob. cit. p. 239

Há quem considere lícito este tipo de contrato, vendo-o como um contrato de locação de serviço, previsto pelo artigo 1.216 do Código Civil, quando versa que “toda espécie de serviço ou trabalho lícito ou imaterial, pode ser contratado mediante remuneração”. Neste caso, o serviço contratado seria o de viabilização da vida de um ser humano e deveria cumprir certos requisitos legais a saber: a capacidade jurídica das partes, pai biológico e mãe hospedeira; sendo o contrato bilateral, o consentimento das partes e o preço pelo serviço.<sup>99</sup>

Porém, o artigo 82 do Código Civil estipula que para o contrato ser válido, lícito deve ser o seu objeto. Por objeto lícito se deve compreender, também, aquele do qual o seu titular tenha o direito de dispor. Ora, com interpretação extensiva do artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal, a vida humana é coisa fora do comércio, é matéria de interesse público e é protegida pelo Estado.

Há ainda a questão da remuneração. O artigo 199, § 4º, da Constituição Federal assenta:

**§ 4º - A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.**

Mesmo que a lei não trate expressamente da hipótese do aluguel de útero, ele está inserido no “espírito da norma, que deve ser interpretada, pois, como uma vedação à comercialização do corpo”.<sup>100</sup>

Ainda a respeito da vedação comercial, versa a Resolução 1.358/92, do CFM, na sua seção VII (Sobre a gestação de substituição), incisos I e II:

<sup>99</sup> Vide a esse respeito MENEZES, Thereza Christina Bastos de. **Novas Técnicas de Reprodução Humana – O Útero de Aluguel**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 660. Out/1990 p. 254

<sup>100</sup> GOMES, Renata Raupp. Ob. cit. p. 207

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 de útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.**

Entretanto a situação de uma mulher ser mãe e avó ao mesmo tempo, ter como pai de seu filho, que também é seu neto, o seu genro, e como mãe biológica a irmã de seus filhos é um tanto problemática. A utilização, mesmo que gratuita, de órgãos de parentes compromete os laços familiares e não condiz com os princípios éticos vigentes, além de que seria inadequado enquadrar a situação civil desta criança pela nossa legislação.

Ainda neste contexto, questões podem ser levantadas que retomarão a dimensão patrimonial: a mãe uterina tem o direito de ter ressarcidos os seus gastos com médicos, gravidez e parto? É possível a compensação da mãe uterina pelos danos eventualmente causados pela gravidez, inclusive o estético? E se a mulher se recusasse a entregar a criança, caberia a conversão em perdas e danos?

Sendo a mulher incubadora casada, poderá o marido invocar a presunção de paternidade, ou requerer então a separação judicial? Outro problema sério que pode surgir em decorrência da mãe substituta é o caso em que a criança venha a nascer com algum tipo de doença ou debilidade física ou mental. Neste caso o que fazer se os pais biológicos se recusarem a receber a criança e a mãe portadora não considerar aquele seu filho? E se ambos vierem a falecer na decorrência do processo gestacional, quem caberia a posse e a guarda do recém-nascido?

Questão controversa surge também na determinação da maternidade, uma vez que há duas mães: a biológica e a gestacional. Toda a legislação brasileira tem entendido que a mãe é aquela que fica gestante e dá à luz o filho.

Quaisquer contratos que venham a ser celebrados em tais condições são despidos de eficácia jurídica, todavia, não há como impedir que ainda assim se realizem. Portanto, há que se procurarem soluções para os litígios decorrentes destes casos.

Em se tratando de a mãe gestacional ser também a doadora do óvulo, não haveria dificuldades do ponto de vista jurídico, visto que a mãe será quem concebeu, gerou e pariu o filho. Neste caso, o que alguns juristas e doutrinadores sugerem, além de ser possível em acordo com a lei, é a adoção do nascituro em concordância com o artigo 372 do Código Civil, conforme alteração promovida pela Lei 3.133/57. Entretanto, no caso de haver litígio, o magistrado deve primar pelo interesse da criança, e decidirá diante das provas apresentadas se a criança deve ficar com sua mãe biológica ou com o casal, cujo marido é o pai biológico e a esposa seria a mãe adotiva.<sup>101</sup>

No caso de a mãe biológica não ser quem ficou grávida e por conseguinte deu à luz, a relação que se estabelece é outra. Não há como se contestar as relações de parentesco advindas da consangüinidade. No entanto, em face de toda a legislação atual, a maternidade é atribuída à mulher que gerou e pariu. Ainda que não houvesse problemas quanto à mãe biológica estar de posse do seu filho, ela poderia incorrer em crime se viesse a registrar a criança como sua, em virtude do art. 242 do Código Penal, que tipifica as seguintes condutas: dar parto alheio como seu; registrar como seu filho de outrem. A legislação brasileira em nenhum momento considera a hipótese de filhos havidos por técnicas especiais de reprodução humana.<sup>102</sup>

No caso de controvérsias na justiça a respeito da guarda da criança, o que se deve atender primordialmente é o interesse da criança, uma vez que está é uma garantia assegurada pela Constituição Federal. Este raciocínio deve se dar tanto para solucionar conflitos positivos como negativos, onde ambas as mãe rejeitem a maternidade. Aqui, muitas vezes é mais conveniente que a guarda seja atribuída a uma terceira pessoa, todavia a filiação há que ser determinada. Na opinião de Heloisa Helena Barboza, a maternidade, nesse caso, deve ser atribuída à mãe biológica, já que não há motivos para que a realidade jurídica divirja da científica. Ao menos o patrimônio genético da criança estaria sendo resguardado.<sup>103</sup>

Ainda sobre a técnica em questão muito bem expõe a autora:

<sup>101</sup> MENEZES, Thereza Christina Bastos de. Ob. cit. p. 255

<sup>102</sup> MENEZES, Thereza Christina Bastos de. Ob. cit. p. 255

<sup>103</sup> BARBOZA, Heloisa Helena. Ob. cit. p. 96

Há de se estudar uma forma de melhor compor os interesses em conflito nesse tipo de prática, que é, como vimos, muito antiga. No estágio atual de nossa sociedade, entendemos ser de todo desaconselhável sua admissão. O atendimento de um casal ter filhos não justifica a gestação por uma estranha, *usando* seu corpo e ensejando um provável conflito que a todos fará sofrer e terá como maior prejudicado aquele que vier a nascer.<sup>104</sup>

---

<sup>104</sup> BARBOZA, Heloisa Helena. Ob. cit. p. 96

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

As técnicas de procriação assistida têm se mostrado cada vez mais presentes na esfera cotidiana. O número de casais que vêm se utilizando dessas técnicas como alternativa à impossibilidade de ter filhos de maneira natural é crescente a cada dia. Numa sociedade individualista e capitalista como a brasileira, faz-se de extrema urgência o controle sobre sua utilização. Não se pode deixar a gosto de cientistas fazer nascer crianças como e quando se quiser. Os progressos científicos não podem extrapolar os limites e valores morais do homem e da sociedade. A dignidade humana há de ser preservada!

Já se percebe que as regulamentações que existem a esse respeito no Brasil não possuem caráter cogente e só valem à medida que são respeitadas espontaneamente, o que, por si só, não pode garantir o seu cumprimento. O conhecimento científico e tecnológico necessita de controle, uma vez que vem modificando de maneira cada vez mais radical os seres humanos e seus ambientes.

É neste ponto que entra o Direito que, se valendo dos princípios norteadores da Bioética, deve se operacionalizar para melhor responder às questões que causam perplexidade à sociedade. Ele deve, o mais rápido possível, apresentar respostas satisfatórias a essas novas situações fáticas, procurando soluções jurídicas que melhor se adequem aos problemas suscitados pelo desenvolvimento da biotecnologia.

Uma alternativa que deve ser estimulada no caso de casais inférteis que gostariam de ter filhos é a adoção, instituto tão pouco desenvolvido no Brasil e que preencheria de maneira satisfatória e menos problemática o vazio causado por não se poder gerar um filho. Além do mais, no Brasil, onde a infância se encontra desvalida, tal medida possui acima de tudo um caráter ético.

Independentemente do caminho que os legisladores escolherem para dirimir tais problemas, o que se deve ter em mente é que o filho não é um bem que pode ser utilizado como meio para satisfazer as necessidades dos pais.

Uma criança é um bem em si, e, como tal, merece ser tratada com respeito. Nesse sentido é que a ela devem ser asseguradas, desde a sua concepção, condições para que se desenvolva de forma digna e num ambiente familiar que lhe possa proporcionar segurança moral e material.

## ANEXO

**RESOLUÇÃO CMF N° 1.358/92, DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA**

O Conselho Federal de Medicina, no uso das atribuições que lhe confere a Lei n° 3.268, de 30 de setembro de 1957, regulamentada pelo Decreto 44.045, de 19 de julho de 1958; Considerando a importância da infertilidade humana como um problema de saúde, com implicações médicas e psicológicas, e a legitimidade do anseio de superá-la; Considerando que o avanço do conhecimento científico já permite solucionar vários dos casos de infertilidade humana; Considerando que as técnicas de Reprodução Assistida têm possibilitado a procriação em diversas circunstâncias em que isto não era possível pelos procedimentos tradicionais; Considerando a necessidade de harmonizar o uso destas técnicas com os princípios da ética médica; Considerando, finalmente, o que ficou decidido na Sessão Plenária do Conselho Federal de Medicina realizada em 11 de novembro de 1992;

Resolve:

Art. 1° - Adotar as **NORMAS ÉTICAS PARA A UTILIZAÇÃO DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA**, anexas à presente Resolução, como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos.

Art. 2° - Esta Resolução entra em vigor na data da sua publicação.

São Paulo-SP, 11 de novembro de 1992. **IVAN DE ARAÚJO MOURA FÉ**, Presidente;  
**HERCULES SIDNEI PIRES LIBERAL**, Secretário Geral.



## **I- Princípios Gerais**

- 1 - As técnicas de Reprodução Assistida (RA) têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de infertilidade humana, facilitando o processo de procriação quando outras terapêuticas tenham sido ineficazes ou ineficientes para a solução da situação atual de infertilidade.
- 2 - As técnicas de RA podem ser utilizadas desde que exista probabilidade efetiva de sucesso e não se incorra em risco grave de saúde para a paciente ou o possível descendente.
- 3 - 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.
- 4 - As técnicas de RA não devem ser aplicadas com a intenção de selecionar o sexo ou qualquer outra característica biológica do futuro filho, exceto quando se trate de evitar doenças ligadas ao sexo do filho que venha a nascer.
- 5 - É proibida a fecundação de oócitos humanos, com qualquer outra finalidade que não seja a procriação humana.
- 6 - O número ideal de oócitos e pré-embriões a serem transferidos para a receptora não deve ser superior a quatro, com o intuito de não aumentar os riscos já existentes de multiparidade.
- 7 - Em caso de gravidez múltipla, decorrente do uso de técnicas de RA, é proibida a utilização de procedimentos que visem a redução embrionária.

## **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 Resolução, pode ser receptora das técnicas de RA, desde que

tenha concordado de maneira livre e consciente em documento de consentimento informado.

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

### **III – Referente às Clínicas, Centros ou Serviços que Aplicam Técnicas de RA**

As clínicas, centros ou serviços que aplicam técnicas de RA são responsáveis pelo controle de doenças infecto-contagiosas, coleta, manuseio, conservação, distribuição e transferência de material biológico humano para a usuária de técnicas de RA, devendo apresentar como requisitos mínimos:

1 - um responsável por todos os procedimentos médicos e laboratoriais executados, que será, obrigatoriamente, um médico.

2 - um registro permanente (obtido através de informações observadas ou relatadas por fonte competente) das gestações, nascimentos e mal-formações de fetos ou recém-nascidos, provenientes das diferentes técnicas de RA aplicadas na unidade em apreço, bem como dos procedimentos laboratoriais na manipulação de gametas e pré-embriões.

3 - um registro permanente das provas diagnósticas a que é submetido o material biológico humano que será transferido aos usuários das técnicas de RA, com a finalidade precípua de evitar a transmissão de doenças.

### **IV – Doação de Gametas ou Pré-Embriões**

1 - A doação nunca terá caráter lucrativo ou comercial.

2 - Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa.

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.

4 - As clínicas, centros ou serviços que empregam a doação devem manter, de forma permanente, um registro de dados clínicos de caráter geral, características fenotípicas e uma amostra de material celular dos doadores.

5 - Na região de localização da unidade, o registro das gestações evitará que um doador tenha produzido mais que 2 (duas) gestações, de sexos diferentes, numa área de um milhão de habitantes.

6 - A escolha dos doadores é de responsabilidade da unidade. Dentro do possível deverá garantir que o doador tenha a maior semelhança fenotípica e imunológica e a máxima possibilidade de compatibilidade com a receptora.

7 - Não será permitido ao médico responsável pelas clínicas, unidades ou serviços, nem aos integrantes da equipe multidisciplinar que nelas prestam serviços, participarem como doadores nos programas de RA.

#### **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.

#### **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.

#### **VI – 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.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinelato e. **Direito do Nascituro a Alimentos: Do Direito Romano ao Direito Civil**. Revista PGE/SP, dez. 1990. p. 169-185
- ASCENSÃO, José de Oliveira Problemas Jurídicos da Procriação Assistida. **Arquivo do Ministério da Justiça de Brasília**, 47(183):95-119, jan./jun. 1994. p. 95-119
- BARBOSA, Heloísa Helena. **A Filiação em Face da Inseminação Artificial e da Fertilização "in vitro"**. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.
- BARCHFONTAINE, Christian de Paul de. Bioética e Reprodução Medicamente Assistida. In: PESSINE, Léo; BARCHFONTAINE, Christian de Paul de. (orgs.) **Fundamentos da Bioética**. São Paulo: Paulus, 1996. p. 165-176
- BERLINGER, Giovanni. **Ética da Saúde**. Trad. Shirley Morales Gonçalves. São Paulo: Hucitec, 1996. p. 13-20
- \_\_\_\_\_. Bioética da Prevenção. **Anais da XVI Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil**. Fortaleza, 1996.
- BITTAR, Carlos Alberto. Problemas Ético-Jurídicos da Inseminação Artificial. **Revista dos Tribunais**. V.696. ano 82. Out. 1993. p. 277-278
- CICCO, Prof. Claudio de. **Direito: Tradição e Modernidade**. São Paulo: Ícone, 1993, p.42-54
- CÓDIGO DE DIREITO CANÔNICO. Trad. Oficial: CNBB, São Paulo: Loyola, 1983.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 1358, de 11 de outubro de 1992. Dispões sobre Normas Éticas para a Utilização de Técnicas de Reprodução Assistida. **Diário Oficial da União de 19/11/92, Sec. I, p. 16.053**.

- CORREIA, Francisco de Assis. Alguns Desafios Atuais da Bioética. In: PESSINI, Leo; BARCHINFONTAINE, Christian. (orgs) **Fundamentos da Bioética**. São Paulo: Paulus, 1996. p.31-50
- DINIZ, Maria Helena. **Questões Jurídicas em Torno da Inseminação Artificial**. São Paulo: RT, 1994. p. 07
- DURANT, Guy. **A bioética. Natureza, Princípios e Objetivos**. Trad.: Porphirio Figueira de Aguiar Lemos. São Paulo: Paulus, 1995. p. 5-56.
- EWERLÖF Göran **A Inseminação Artificial- debates e legislação**. Revista de Direito Civil- Imobiliário, Agrário e Empresarial. Ano 11. jul-set.1987. n. 41. p. 7-14
- GARRAFA, Volnei. **Bioética: os Limites da Manipulação**. In: Direitos Humanos como Educação para a Justiça. Org. Reinaldo Pereira e Silva. São Paulo: LTr, 1998. p. 255-261
- GOMES, Luiz Roldão de Freitas. **Questões Jurídicas em torno da Inseminação Artificial**. São Paulo: Revista dos Tribunais n. 678. Abr. 1992. p. 268-274
- GOMES, Orlando. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p.140
- GOMES, Renata Raupp. A Família Frente ao Desafio Bioético da Sociedade Contemporânea: uma Leitura a Partir dos Direitos Fundamentais do Homem. In: **Direitos Humanos como Educação para a Justiça**. Reinaldo Pereira e Silva (org.). São Paulo: LTr, 1998. p. 186-210
- JÃO PAULO II. **Evangelium Vitae**. São Paulo: Paulus, 1995 p. 13-40
- JUNIOR, Costa. Fecundação Artificial. **Enciclopédia Saraiva de Direito**. São Paulo: Saraiva, 1997, n.30. p. 407-411

- LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações Artificiais e o Direito. Aspectos Médicos, Religiosos, Psicológicos, Éticos e Jurídicos.** São Paulo: RT, 1995
- \_\_\_\_\_. O Direito do Embrião Humano: Mito ou Realidade? In: **Revista de Direito Civil.** São Paulo: ano 20, out. 1996, n.78. p.22 – 40
- \_\_\_\_\_. Da Bioética ao Biodireito: Reflexões sobre a Necessidade e Emergência de uma Legislação. In: **Direitos Humanos como Educação para a Justiça.** Reinaldo Pereira e Silva (org.). São Paulo: LTr, 1998. p. 105-122
- MACHADO, José Augusto de Abreu. **Direitos da Personalidade e Inseminação Artificial.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, vol.535. p. 33-35
- MAGALHÃES, Humberto Piragibe; MALTA, Chrsitvão Piragibe Tostes. **Dicionário Jurídico.** Rio de Janeiro: Ed. Trabalhistas. Vol. I
- MENEZES Thereza Christina Bastos de. **Novas Técnicas de Reprodução Humana.** São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 660. out.1990. p. 253-256
- MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado.** Parte Especial. Tomo VII. Rio de Janeiro: 1971. p. 08
- MONTEIRO Washigton de Barros. **Curso de Direito Civil. Direito de Família.** São Paulo: Saraiva, 1994. v.2. p. 193-222
- MOURA, Mário Aguiar. **Tratado Prático de Filiação.** Rio de Janeiro: Aide,1984. p.189-193
- NORONHA, Magalhães E. **Fecundação Artificial e Adultério.** São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 360. p. 778-780
- OLIVEIRA, Fátima. **Bioética.** São Paulo: Ed. Moderna, 1997. p. 144
- \_\_\_\_\_. Engenharia Genética: O Sétimo Dia da Criação.In: **Fundamentos da Bioética.** Léo Pessine e Christian Paul de Barchifontaine (orgs.). São Paulo: Paulus, 1996. p. 151

- PATARO, Osvaldo. Inseminação Artificial. In: **Enciclopédia Saraiva de Direito**. São Paulo: Saraiva, 1977. n.44. p. 409-415.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. Crítica ao Anteprojeto do Código Civil. In: **Revista do Instituto dos Advogado Brasileiros**. n.20, p.72
- PESSINI, Léo. O desenvolvimento da Bioética na América Latina. In: **Fundamentos da Bioética**. Léo Pessine e Christian Paul de Barchifontaine (orgs.). São Paulo: Paulus, 1996. p. 9-30
- \_\_\_\_\_. **Problemas Atuais de Bioética**. São Paulo: Edições Loyola, 1996. p.215-235
- RAPOSO, Mário. Procriação Assistida. Aspectos Éticos e Jurídicos In: **Direito da Saúde e Bioética**. Lisboa: Lex , 1991. p. 89-119
- SAMPAIO, José Celso de Camargo. **A Inseminação no Direito de Família**. São Paulo: RT n. 670: 1991. p. 15-18
- SANTOS, Maria Celeste C. L. **Imaculda Concepção: Nascendo in Vitro e Morrendo in Machina**. São Paulo: Acadêmica, 1993.
- SAVIN, Gláucia. **Crítica aos Conceitos de Maternidade e Paternidade diante das Novas Técnicas de Reprodução Artificial**. São Paulo: Revista dos Tribunais n. 659 : 1990. p. 234-242
- SCARPARO, Mônica Sartori. **Fertilização Assistida, Questão Aberta**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.
- SILVA, Reinaldo Pereira e. Os Direitos Humanos do Concebido: Análise Biojurídica das Técnicas de Procriação Assistida. In: **Direitos Humanos Como Educação para a Justiça**. Reinaldo Pereira e Silva (org.). São Paulo: LTr, 1998. p. 39-59



- \_\_\_\_\_. Ascendência Biológica e Descendência Afetiva. Painel “Direitos da Criança e do Adolescente”, Encontro de Magistrados do Sul e Sudeste do Brasil. Florianópolis: 13 de novembro de 1998.
- SINGER, Peter. **Ética Prática**. São Paulo: Martins fontes, 1994. p. 9-25, 145-185
- SPINSANTI, Sandro. **Ética Biomédica** Trad. Benôni Lemos. São Paulo: Paulinas, 1990.
- VAITSMAN, Jeni. **Flexíveis e Plurais**, Rio de Janeiro: Rocco, 1994. p.03-28
- VARGA Andrew C. **Problemas da Bioética**. Trad. Pe. Guido Edgar Wenzel. São Leopoldo- RS : UNISINOS, 1990. p. 78 a 109
- VEYNE, Paul. Do ventre materno ao casamento. In: **Histórias da vida Privada: Do Império Romano ao ano mil**. Paul Vayne (org.). Trad. Hildegard Feist. São Paulo: Companhia das Letras, 1989. p. 09-60
- VERCELLONE, Paolo. As Novas Famílias. In: **Direito de Família e do Menor. Inovações e Tendências**. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Belo horizonte: Del Rey, 1992. p.25-51
- VIDAL, Marciano. **Para Conhecer a Ética Cristã**. Trad. I. F. L. Ferreira. São Paulo: Paulinas, 1993. p. 188-224
- WARNOCK, Mary. **Os Usos da Filosofia**. Trad: Luíza Aparecida de Araújo. São Paulo: Papirus, 1994. p.71-104