

**CONTROVÉRSIAS ÉTICAS E JURÍDICAS NA
REPRODUÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA.**

Maria Helena Machado

**Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito da
Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito à obtenção
do título de Mestre em Ciências Humanas – Especialidade em
Direito.**

Orientador: Prof. Dr. José Alcebiades de Oliveira Jr.

Florianópolis, SC, BRASIL.

1999

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

**A BANCA EXAMINADORA, ABAIXO-ASSINADA, APROVA A
DISSERTAÇÃO: AS CONTROVÉRSIAS ÉTICAS E JURÍDICAS NA
REPRODUÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA**

ELABORADA POR

MARIA HELENA MACHADO

**COMO REQUISITO PARA OBTENÇÃO DO GRAU DE MESTRE EM
DIREITO**

Florianópolis-SC, 08 de Outubro de 1999.

Comissão Examinadora:


Prof. Dr. José Alcebiades de Oliveira Jr. - Presidente


Prof. Dr. Volnei Ivo Carlin - Membro

Prof. Dr. Ademar de Souza - Membro

Prof. M. Reinaldo Pereira E Silva - Suplente

Professor Orientador:  **Prof. Dr. José Alcebiades de Oliveira Jr.**

Coordenador do CPGD:  **Prof. Ubaldo Cesar Baltazar.**

AGRADECIMENTOS

A Reinaldo Pereira e Silva, amigo e incentivador de todos os momentos.

Ao Dr. José Alcebiades de Oliveira Jr., pela compreensão e estímulo dedicados.

Ao Dr. Ademar de Souza, pela atenção, amizade e colaboração recebidas.

Ao Prof. Dr. Volnei Ivo Carlin, pela honra da participação na Banca Examinadora deste trabalho.

Em especial, à Carolina e Augusta, pelo carinho e compreensão durante todo o tempo dedicado a este trabalho.

A aprovação do presente trabalho acadêmico, não significará o endosso do Professor Orientador, da Banca Examinadora e do CPGD/UFSC a pesquisa que o fundamenta ou aos posicionamentos que nele se encontram expostos.

SUMÁRIO

RESUMO.....	06
RESUMEN.....	07
INTRODUÇÃO.....	08

CAPÍTULO I - REPRODUÇÃO NATURAL E ARTIFICIAL HUMANA..... 12

1	Esterilidade masculina e feminina.....	15
1.1	Conseqüências da esterilidade e da infertilidade.....	16
1.2	Causas da esterilidade.....	18
1.2.1	Causas da esterilidade feminina.....	21
1.2.2	Causas de esterilidade masculina.....	21
1.2.3	Fatores mistos ou comuns de esterilidade.....	22
1.3	Solução médica para a infertilidade ou esterilidade.....	22
2	Inseminação artificial humana – Perspectiva histórica.....	22
2.1	Origem do vocábulo.....	25
2.2	Técnicas de procriação humana assistida.....	26
2.3	Fecundação medicamente assistida homóloga e heteróloga.....	27
2.4	Inseminação artificial intraconjugal.....	30
2.4.1	Tipos de inseminação artificial intraconjugal.....	31
2.5	Inseminação artificial com esperma de doadores (I. A. D.).....	31
2.6	Fertilização <i>in vitro</i>	33
2.6.1	Etapas de desenvolvimento da FIV ou FIVETE.....	34
2.7	Outras modalidades de procriação assistida.....	40
2.7.1	Transferência uterina de zigoto (Z.U.T).....	41
2.7.2	Transferência intrauterina de gametas(G.I.F.T).....	41
2.7.3	Técnicas de micromanipulação.....	42
2.8	Formas de utilização da FIVETE.....	44
2.8.1	Doação de óvulos.....	44
2.8.2	Empréstimo do útero.....	46
2.9	Possíveis desvios da FIVETE.....	52

CAPÍTULO II - QUESTIONAMENTOS EM RELAÇÃO AO EMBRIÃO FORA DO CORPO HUMANO..... 61

1	Paradoxo entre o <i>status</i> do nascituro e o embrião fora do corpo.....	63
1.1	Início da personalidade civil do homem.....	68
2	Critérios de valoração ética de fecundação <i>in vitro</i>	77
2.1	Qualidade humana do embrião.....	79
2.2	Riscos de seu uso para o novo ser fecundado.....	82

**CAPÍTULO III - ASPECTOS ÉTICOS E JURÍDICOS DA FERTILIZAÇÃO
ARTIFICIAL HOMÓLOGA E HETERÓLOGA..... 89**

1	Questões éticas e jurídicas na reprodução humana homóloga.....	93
1.1	Inseminação artificial <i>post mortem</i>	100
1.2	Questões éticas na fecundação homóloga.....	104
2	Conseqüências éticas e jurídicas da procriação assistida heteróloga.....	105
2.1	Questões éticas e jurídicas na inseminação heteróloga de mulheres solteiras.....	116
2.2	Adoção de embriões.....	120
3	Ocorrência da intervenção legislativa.....	126
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....		135
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....		138
GLOSSÁRIO.....		143
ANEXOS.....		144

RESUMO

O presente trabalho é um estudo sobre a reprodução natural do homem, as causas e as conseqüências da esterilidade através dos tempos, até evoluir-se para a forma de solução da infertilidade decorrente da possibilidade da fecundação humana em laboratório.

O desenvolvimento das várias maneiras de fertilização artificial, possibilitou descrever as formas, atualmente, possíveis, de fecundação medicamente assistida, bem como as conseqüências provocadas pelos desvios na utilização dessas técnicas.

Em nível jurídico, procura-se demonstrar o descompasso surgido com a utilização das fecundações homólogas e heterólogas, principalmente no Direito de Família em relação à filiação e à sucessão.

Faz-se também uma análise sobre as questões éticas resultantes do uso desses modos de procriação humana, tendo em vista o interesse primeiro no resguardo dos direitos e bemestar do concebido.

Arremata-se o trabalho com a adoção de um posicionamento favorável a uma legislação específica sobre as formas e os meios de utilização e desenvolvimento das técnicas de procriação em laboratório em nosso país, para que fiquem assegurados e resguardados os interesses das pessoas que necessitam da sua utilização, bem como dos fecundados mas não nascidos e, ainda, dos concebidos através desses inusitados meios de reprodução humana.

RESUMEN

El presente trabajo es un estudio acerca de la reproducción natural del hombre, las causas y derivaciones de la esterilidad tras los tiempos hasta la evolución para la forma de solucionar la infertilidad frente a la posibilidad de fecundación humana en laboratorio.

Con el surgimiento de las diversas maneras de fertilización artificial son descritas las formas posibles de fecundación asistida por la medicina, actualmente, así como los resultados creados por los desvíos en la utilización de estas técnicas.

Jurídicamente inténtase demostrar la desconexión creada con la utilización de las fecundaciones homólogas y heterólogas, principalmente en el Derecho de Familia con relación a la filiación y la sucesión.

Una análisis acerca de las cuestiones éticas resultantes del uso de estos modos de procreación humana teniendo en vista el interés primero en el resguardo de los derechos y bienestar del concebido.

El trabajo es conclusivo con la posición favorable a una legislación específica y desarrollo de las técnicas de procreación humana en laboratorios en el país para que asegurese el resguardo y el interés de las personas que necesitan de su utilización así como de los fecundados y no nacidos y además los concebidos tras los inusitados medios de reproducción humana.

INTRODUÇÃO

A - Objeto

Esta dissertação objetiva analisar os questionamentos éticos e jurídicos surgidos com o desenvolvimento das técnicas de procriação humana em laboratório, tanto em relação às fecundações homólogas quanto às heterólogas.

As técnicas de reprodução humana, ao mesmo tempo que vêm realizar o sonho de um número cada vez maior de pessoas estéreis ou inférteis, geram preocupantes problemas em várias áreas do conhecimento.

O rápido progresso da ciência no campo da procriação criou um descompasso entre ele e as regras juridicamente estabelecidas, demonstrando a lacuna no ordenamento jurídico diante das novas descobertas.

As várias técnicas de fertilização artificial, que atingiram uma sociedade surpresa e despreparada para as transformações de um processo que sempre pareceu imutável, desestruturou as seculares formas previstas na constituição da filiação e abalou, além do Direito de Família e do Sucessório, também o Obrigacional.

Enquanto, na área jurídica e filosófica, pesquisadores se agitam na busca de novos conceitos e respostas, na tentativa de resolverem as intrigantes questões, na área médica, com a rapidez do desenvolvimento científico, surgem, como "mágica", novas técnicas que envelhecem no nascedouro as soluções encontradas.

Tendo em vista a rapidez com que a área biomédica vem se desenvolvendo neste campo da reprodução humana, bem como, a falta de regulamento, em nosso país, da utilização dessas técnicas, procura-se demonstrar a necessidade urgente de uma legislação específica sobre a matéria, a fim de serem garantidos e respeitados os direitos inalienáveis, tanto das pessoas que se utilizarão desses meios para procriarem, quanto das

peessoas resultantes de todos esses métodos possíveis de serem utilizados atualmente.

B - Métodos e técnicas adotadas

O método e a técnica, estão presentes consciente ou inconscientemente, no esforço humano para alcançar o conhecimento. Neste estudo, empregam-se de modo deliberado: o método de abordagem indutivo, com vistas à apreensão da realidade externa da técnicas de procriação medicamente assistida, e o método de abordagem dedutivo, na construção de parâmetros teóricos de base, ou seja, na idealização das impressões apreendidas, essenciais para a posterior elaboração de inferências críticas. A técnica utilizada é a bibliográfica.

C - Justificativa

O desenvolvimento deste trabalho justifica-se, em virtude do grande interesse que vem sendo demonstrado, no campo jurídico e nos meios acadêmicos, em relação às fecundações consideradas como artificiais, tendo em vista os graves questionamentos éticos e jurídicos delas decorrentes, diante das ambigüidades e das contradições surgidas com a utilização das inovadoras técnicas de reprodução humana.

D - Estrutura Geral.

O presente estudo, muito embora esteja longe de ser considerado conclusivo, pelo contrário, deixa persistirem inúmeras indagações, desenvolve-se em três capítulos, cada um dos quais trata de um aspecto específico do amplo e complexo tema em causa.

O primeiro, " Reprodução natural e artificial humana", consiste num estudo sobre a fecundação natural, o qual abrange as conseqüências de ordem psicológica provocadas no homem e na mulher pela impossibilidade de procriar e relaciona as causas consideradas como responsáveis pela esterilidade humana, tanto feminina quanto masculina. Apresenta, ainda, um relato histórico da inseminação humana medicamente assistida, descrevendo as variadas técnicas de procriação artificial, tanto a homóloga quanto a heteróloga, além das etapas que compõem a fertilização *in vitro* e as

modalidades de procriação artificial (transferência uterina de zigoto, transferência intratubária de gametas, técnicas de micromanipulação) e suas conseqüências.

Dadas as várias possibilidades atuais de alguém se tornar pai ou mãe através da fecundação artificial, apontam-se as formas alternativas para solucionar o problema de infertilidade, como a doação de óvulos e o empréstimo do útero.

Os desvios na utilização das técnicas de concepção em laboratório, cujas conseqüências de ordem psicológica, ética e jurídica são imprevisíveis, para o ser humano, desencaminhando a FIVETE do seu objetivo principal, tornam-se, cada dia mais, possíveis de serem utilizados. A fecundação de um óvulo por outro, a autoprocriação, a gestação em animais, a transgênese do animal, a técnica de celuloterapia ou genoterapia, a implantação de embrião na mulher em estado vegetativo, a transferência nuclear, a constituição de banco pessoal de tecidos, o aparecimento e a possibilidade da clonagem em seres humanos, além de outros métodos da FIVETE, constituem tópicos deste capítulo.

No segundo, “controvérsias das técnicas de reprodução assistida”, procura-se analisar os problemas surgidos das inusitadas técnicas de reprodução, notadamente em relação ao embrião congelado ou criopreservado. Através do posicionamento de alguns estudiosos, ressaltam-se os dilemas e os conflitos quanto à definição e à situação jurídica do embrião fora do corpo, bem como o destino desses embriões abandonados ou órfãos. No paradoxo entre o *status* do nascituro e do embrião extracorpóreo, as lacunas jurídicas existentes em relação à proteção dos embriões congelados, às qualidades especificamente humanas do embrião e aos riscos de perigo para o novo ser fecundado, são tratadas com certa preocupação. No caso dos embriões excedentes, propõe-se a adoção embrionária, o que enaltece a maternidade civil.

Em “aspectos éticos e jurídicos na fertilização artificial homóloga e heteróloga”, tema do terceiro capítulo, examinam-se as controvérsias éticas e jurídicas surgidas na inseminação assistida homóloga, incluindo uma das questões mais polêmicas, a que diz respeito à fecundação artificial *post*

mortem, com conseqüências éticas e jurídicas sem precedentes, principalmente, no Direito, em relação à filiação e à sucessão.

A necessidade de redefinição da maternidade e da paternidade, bem como a modificação no estatuto da filiação, demonstrando profunda alteração no Direito de Família, constituem os questionamentos apresentados na inseminação artificial heteróloga. O anonimato do doador, a validade do consentimento do marido no reconhecimento da paternidade, o direito de o filho conhecer sua origem biológica, além de considerações sobre a fecundação de mulheres solteiras, viúvas ou homossexuais, fazem parte dos problemas inseridos nas críticas éticas e jurídicas relativas à fecundação com a participação de terceira pessoa. A possibilidade de adoção dos embriões criopreservados, como forma de resolver o grave problema dos excedentários, constitui o penúltimo tema do terceiro capítulo.

Diante da falta de legislação específica em nosso país, procura-se demonstrar através dos posicionamentos de vários juristas brasileiros, favoráveis a uma regulamentação sobre a utilização da fecundação medicamente assistida, em que medida e extensão deve ocorrer a intervenção legislativa, conforme vem sendo adotada nos países que se utilizam das novas técnicas de reprodução humana.

Em arremate, apresentam-se de forma sintetizada, os pontos básicos que serviram de desenvolvimento dos temas apresentados, destacando-se a necessidade no Brasil, de uma legislação específica, para que os angustiantes conflitos éticos e jurídicos, resultantes da utilização de todas as técnicas permitidas, possam ser, se não solucionados, pelo menos amenizados.

Finalmente, com intuito de reforçar a demonstração do vazio legislativo no Brasil, juntam-se ao presente trabalho os anexos 1 e 2. O primeiro prevê administrativamente, através do Conselho Federal de Medicina, as normas éticas para utilização das técnicas de reprodução artificial; o segundo constitui-se no Projeto de Lei mais recentemente apresentado, para regulamentar a fecundação humana medicamente assistida.

CAPÍTULO I

REPRODUÇÃO NATURAL E ARTIFICIAL HUMANA

“Uma das pedras da filosofia desde que ela medita consiste na definição do homem. Jamais uma descrição proposta a satisfizes, nem precisa nem correta, controvertida: o homem não se põe de acordo sobre o homem, provavelmente por ter dificuldade em aceitá-lo como tal.”
J. Testart.

A fecundação humana, que significa a criação de um novo ser ou de um novo indivíduo, quando ocorre, é sinônimo de procriação.

O homem como ser biológico, produto da natureza, além de um ser social, nasce composto por bilhões de células que, multiplicando-se formam esse complexo indivíduo, capaz de pensar e sentir.

O organismo do ser humano compõe-se de duas classes de células: as células somáticas e as células germinais.¹ Somáticas são todas as células corporais não pertencentes à linha germinal. As células somáticas que constituem o corpo humano trazem em seu núcleo as informações genéticas distribuídas em quarenta e seis pares de cromossomos. Germinais são as células relacionadas com a formação de gametos, portanto, as células responsáveis pela reprodução que se compõem na mulher dos óvulos² e dos espermatozóides no homem. As células germinais possuem em seu núcleo a metade do número de cromossomos existentes nas células somáticas, ou seja, apenas vinte e três.

¹ LOYARTE, Dolores – Rotonda, E. Adriana, Procriación Humana Artificial: Un Desafío Bioético, Buenos Aires, Ed. Depalma 1995, p. 62.

² “Óvulo: gameta feminino apto a ser fecundado. Expulso do folículo na metade de cada ciclo menstrual, resulta da maturação de um ovócito, algumas horas antes da ovulação.” TESTART, J, O Ovo Transparente, Trad. Mary Amazonas Leite de Barros, São Paulo, Ed. da USP., 1995, p. 120.

A reprodução humana, natural ou normal, ocorre com a fecundação interna pela fusão dessas células germinais ou reprodutoras, resultando no *ovo* ou *zigoto*. “ É uma observação comum a de que o primeiro evento na formação de um indivíduo humano é a fusão de duas células altamente especializadas, o oócito e o espermatozóide, por meio do processo de fertilização.”³

A partir do momento da fecundação, que se constitui na união do óvulo e do espermatozóide, formada a primeira célula ovo ou zigoto, inicia-se um processo mitótico, no qual os cromossomos⁴ e a informação genética continuam sendo iguais, de maneira que não haverá alteração de qualquer tipo, e a programação genética necessária para a formação de um novo ser humano adulto se conduzirá inexoravelmente.⁵ O primeiro dado incontestável, esclarecido pela genética, é o seguinte: no momento da fertilização, ou seja, da penetração do espermatozóide no óvulo, os dois gametos dos genitores formam uma nova entidade biológica, o zigoto, que carrega em si um novo projeto-programa individualizado, uma nova vida individual.”⁶

Com a fecundação, o zigoto, formado, em sua metade com cromossomos⁷ da mãe e, em sua outra metade, com os do pai, determinando no momento da fecundação, inclusive, o sexo do novo ser, passa a constituir uma diferente combinação de cromossomos que o diferencia dos seus progenitores, ou seja, passa a ter seu ADN ou DNA próprio. Evidencia-se, dessa maneira, a formação de um novo sistema que começa a operar como uma unidade denominada de *zigoto* ou *embrião*.⁸

A reprodução humana somente poderá ocorrer de forma normal ou natural se existirem no homem e na mulher certas circunstâncias para que a fecundação se efetue, tais como: a mulher deverá produzir um óvulo maduro dentre os aproximadamente 200.000 (folicúlos (foliculo de Graaf) de qualquer um dos seus dois ovários. O homem terá que produzir, em seus testículos,

³ SGRECCIA, Elio, Manual de Bioética, Vol. I, São Paulo, Edições Loyola, 1996, p. 342.

⁴ TESTART, J., “ cromossomos: elementos do núcleo celular de estrutura individualmente determinada e de número constante para todas as células da mesma espécie (23 pares para o homem). Os cromossomos são o suporte do patrimônio hereditário. “ Op. cit., p. 120.

⁵ DOLÓRES, Loyarte - ROTONDA, E. Adriana, Na definição das autoras, a esterilidade se constitui como “ la falta de concepción después de un año de relaciones sin protección.” Op. cit., p. 63.

⁶ SGRECCIA, Elio. Op. cit., p. 342.

⁷ “ os cromossomos, elementos do núcleo celular de estrutura individualmente determinada e de número constante para todas as células.” TESTART, J., op. cit., p. 69.

sêmen, com as propriedades adequadas para a fecundação. No coito, os espermatozoides devem alcançar a quantidade de no mínimo 20 milhões, vez que, cada ejaculação contém entre 20 a 300 milhões de gametos masculinos. Destes, um número de 65 por cento deverão ter mobilidade normal e capacidade de penetração suficiente para ascender pelo interior do colo do útero e da trompa de Falópio. Encontrando-se com o óvulo, que, por sua vez, tendo sido expulso do ovário, deu início à sua caminhada pela trompa em direção ao útero, efetuam a fecundação.

A fertilização normal verifica-se quando o espermatozóide, conseguindo alcançar a trompa e penetrando no óvulo encontrado, faz surgir uma nova célula ou zigoto, composto de 46 cromossomos característicos da espécie humana, resultado dos 23 cromossomos de cada um dos gametos (óvulo e espermatozóide).

O desenvolvimento desse ovo ou zigoto prossegue através do processo de divisão celular. O embrião formado deverá chegar ao interior do útero depois de três a seis dias da fecundação.

No útero, o ovo instalado, em forma de blastocisto,⁹ deposita-se sobre a mucosa ou endométrio durante aproximadamente três dias. Passado esse tempo, efetua-se a implantação dele na mucosa. A gravidez está em marcha e dentro de duas ou três semanas mais tarde, o embrião já evidencia tecido cerebral.¹⁰

A fecundação origina-se dessa união dos núcleos das células reprodutoras masculina e feminina, os quais são diferentes entre si, diferentes das células somáticas do organismo dos pais, mas complementares entre si. Esses núcleos, uma vez unidos, ativam um novo projeto-programa, pelo qual o recém-concebido fica determinado e individuado,¹¹ possuindo uma organização exclusivamente humana, diferente estruturalmente das demais espécies animais.

Por não se constituir num ato meramente biológico do homem, mas em um ato pessoal, a procriação humana exige envolvimento livre e

⁸ SGRECCIA, Élio, op. cit., p. 342.

⁹ "Blastocisto é o embrião com cerca de cinco a dez dias, que, inicialmente, fica livre no interior do útero, depois se fixa na parede, a partir do sétimo dia." TESTART, J., op. cit., p. 120.

¹⁰ VIDAL, Marciano, *Bioética, Estudios de Bioética Racional*, Ed. Tecnos SA., Madrid, Espanha, 1994, p. 92-93.

¹¹ SGRECCIA, Elio. Op. cit. p., 342.

responsável de cada uma das pessoas na sua totalidade, ou seja, corpo, coração e espírito.

Transmitir a vida constitui um dos maiores valores da humanidade, visto não se tratar de obra exclusivamente técnica, mas de obra de humanidade. "O ato procriador não pode ser um ato puramente biológico, como a mistura de elementos bioquímicos, nem uma atividade de tipo produtivo própria da produção dos objetos, mas, para ficar num nível personalista, próprio de uma sexualidade responsável e de reciprocidade interpessoal, deverá se realizar por meio do dom das pessoas, um dom que transcende e transfigura o fato biológico, uma dimensão espiritual que não pode se igualar a uma técnica de tipo produtivista ou a uma combinação de gametas."¹²

No entanto, como obstáculo à realização do profundo desejo de filiação que é inato ao homem, apresentam-se a esterilidade e a infertilidade, que frustram essa necessidade humana de se multiplicar e se perpetuar pela procriação.

1 Esterilidade Feminina e Masculina

Muito embora não seja correto, os termos esterilidade e infertilidade são usados indistintamente para designar a incapacidade de reprodução.

A esterilidade caracteriza-se pela impossibilidade de ocorrer a fecundação numa situação irreversível. É a incapacidade definitiva para conceber. Estéril se constitui o matrimônio ou casal que, depois de um ano de relacionamento sexual com uma frequência adequada e sem qualquer medida contraceptiva, não consegue a gravidez.¹³ A infertilidade, por sua vez, é a incapacidade de ter filhos vivos, sendo possível a fecundação e o desenvolvimento do embrião ou feto, o que equivale a hipofertilidade.¹⁴

¹² SGRECCIA, Ello. *Op. cit.*, p. 409.

¹³ PESSINI, Léo, *Problemas Atuais de Bioética*, Edições Loyola, São Paulo, 1997, p. 217.

¹⁴ PESSINI, Léo. *Op. cit.*, p. 83.

Para a Organização Mundial da Saúde, a infertilidade se constitui na ausência de concepção depois de, pelo menos, dois anos de relações sexuais sem proteção.¹⁵

A hipofertilidade ou baixa fertilidade é determinada pela ausência de uma quantidade mínima de espermatozóides por ml, além da insuficiência de mobilidade e normalidade em índices necessários que determinam a fertilidade ou não do homem.¹⁶

Os índices de constatação da infertilidade masculina começaram a ser avaliados somente a partir de 1955, com Hinglais (índice de Hinglais), quando passaram a ser considerados férteis os homens com o equivalente ao índice superior a 2,5% por ml. Porém, mais tarde, foram encontrados pacientes férteis com índice de Hinglais abaixo de 2,0%. Em 1956, Farris e seus colaboradores definiram outro índice denominado de " índice de motilidade absoluta," hoje índice de Farris. Muitos outros índices surgiram, sendo o mais utilizado pela praticidade apresentada o índice de Girola-Casares.¹⁷

Atualmente, é considerado fértil, segundo os parâmetros da Organização Mundial da Saúde (O.M.S.), o homem que apresenta um índice de produção de 10 milhões/ml, de espermatozóides ou mais.¹⁸

1.1 Conseqüências da Esterilidade

A história da humanidade sempre revelou grande preocupação com a questão da esterilidade, considerada desde os mais remotos tempos como motivo de degradação no grupo familiar e social.¹⁹

A esterilidade, foi sempre considerada já pelos povos antigos, como fator negativo, até porque a procriação se constituía, para os gregos, romanos e hindus, a forma de perpetuação da imortalidade, tanto assim que o casamento era obrigatório e tinha como objetivo único o nascimento de filhos, para a perpetuação do culto aos mortos. O celibato, por sua vez, era

¹⁵ PESSINI, Léo. Op. cit., p. 217.

¹⁶ LEITE, Eduardo de Oliveira. Op. cit. p. 30.

¹⁷ LEITE, Eduardo de Oliveira, op. cit. p. 30.

¹⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira, op. cit. 30.

¹⁹ LEITE, Eduardo de Oliveira, op. cit. 17.

considerado “ grande impiedade e desgraça”, sendo questão de justiça a anulação do casamento em caso de esterilidade.”²⁰

As mulheres estéreis eram encaradas como seres malditos que precisavam ser banidos do convívio da sociedade. A esterilidade atribuída tanto à influência das bruxas quanto aos desígnios divinos ou considerada castigo de Deus para os judeus, a esterilidade, ganhou foro de autenticidade e legitimidade, servindo, em Roma, como elemento de rejeição institucionalizada.²¹

A situação da mulher estéril, já que, até o final do século XV, não se admitia a possibilidade de ocorrência da esterilidade masculina, não mudou muito na Idade Média. Com a descoberta de novos elementos terapêuticos, procurou curar o mal através de rudimentares fórmulas como: chás, ervas, uso de metais ou pedras preciosas, invocações religiosas, rituais, flagelações etc.

A impossibilidade de procriar atinge psicologicamente não só o indivíduo, mas também atinge diretamente o casal. A mulher, priva-a da insubstituível sensação do estado de mãe, enquanto o homem, atinge-o no que ele tem de mais profundo, causando-lhe graves desordens psicológicas e transtornos emocionais. Conforme diz LEITE “ a esterilidade não coloca em cheque só a organização psíquica do indivíduo, mas atinge também o casal. Se a esterilidade é difícil de viver individualmente para o homem solteiro, ela é mais ofensiva para o homem casado que sofre em não conseguir proporcionar à sua mulher o sonho da gravidez e a alegria de ter um filho. Com efeito, a esterilidade priva-a de três sensações insubstituíveis: a gravidez, a criança e o estado de mãe.”²²

Mas, a angústia pelo fracasso no projeto de paternidade não se restringe ao ambiente íntimo do casal. Numa sociedade como a que se vive, extremamente centrada nas noções de virilidade e do papel reprodutor, a esterilidade, repercute não só no ambiente familiar, mas também no meio social, visto ser a sociedade quem determina tanto os padrões de

²⁰ “ Em Atenas, a lei encarregava o primeiro magistrado da cidade de zelar para que nenhuma família se extinguisse. De idêntica forma, a lei romana permanecia atenta para que não se extinguisse nenhum culto doméstico. Lê-se em discurso de um orador ateniense: “ Não há homem que, sabendo que deve morrer, tenha tão pouco cuidado consigo a ponto de deixar sua família sem descendentes; porque então não teria ninguém para prestar-lhe o culto devido aos mortos.” Na Índia, a religião prescrevia que a mulher estéril fosse substituída ao fim de oito anos.” COULANGES, Fustel de, A Cidade Antiga, Ed. Ediouro, p. 36/37.

²¹ LEITE, Eduardo de Oliveira, Procriações Artificiais e o Direito, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1995, p. 18.

comportamentos, quanto as posturas a serem vivenciadas num relacionamento conjugal.

Originária dessa herança recebida, a mulher estéril, na maioria das vezes, sente-se culpada e busca solucionar a sua infertilidade através de todos os meios nem sempre gerando resultados positivos. A desilusão diante da impossibilidade de gerar filhos pode acabar causando, para a infértil, as mais diversas conseqüências, chegando, com o passar do tempo, por efeito do sentimento de impotência, a desenvolver uma autêntica patologia psíquica, que poderá culminar numa desintegração psicológica, social e familiar dessa mulher estéril.

A impossibilidade para gerar, constitui-se tanto no casal quanto na mulher, em frustração e desencanto vital. O sentimento de derrota do casal é muito intenso, uma vez que, diante da interrupção da cadeia familiar, desaparecem os projetos, os sonhos e o sentido de perpetuação da vida. Como assinala Marciano Vidal, *"a descendência e os filhos, constituem sempre uma esperança humana, junto com a frutificação de um projeto, a perpetuação de si próprio, e sua falta corta uma ilusão fundamental."*²³ *"A imagem mais ou menos dramática que eles têm de seu estado de infertilidade é então determinada, não pela extensão de seus conhecimentos de Biologia, mas, principalmente, por sua imaginação, crenças antigas e tradições que geraram o infame mito da esterilidade."*²⁴

1.2 Causas da esterilidade

A infertilidade ou a esterilidade podem originar-se tanto de causas femininas quanto masculinas, mistas, sem causa aparente ou de origem desconhecida.

Normalmente a esterilidade é conceituada como sendo um problema de ordem física (orgânico) ou psicológica (mental), detectado na mulher ou no homem.

²² LEITE, Eduardo de Oliveira, p. 22-25.

²³ VIDAL, Marciano, "La descendencia, los hijos, constituyen siempre una esperanza humana, la fructificación de un proyecto junto, la perpetuación de lo propio, y su falta trunca una ilusión fundamental." Op. cit. p. 92.

²⁴ LEITE, Eduardo de Oliveira, op. cit. p. 22-25.

Conforme informações da Sociedade Americana de Fertilidade, até os anos 60, o índice de infertilidade no mundo oscilava entre 10% e 15% da população. Atualmente, o índice de pessoas inférteis situa-se entre 25% e 30%²⁵. Na França, a taxa de infertilidade absoluta foi calculada em 3% dos casais, e a hipofertilidade em 10%.²⁶

No Brasil, dentre os casais inférteis que procuram ajuda para engravidar, 77% sofrem de depressão, 70% de tristeza, 73% têm raiva e frustração e 68% sentem-se culpados, sendo que um em cada seis casais apresentam o problema da infertilidade ou dificuldades para engravidar.²⁷ Entre os casais jovens é hoje maior o índice de infertilidade, chegando alcançar os 16%.

Esse obstáculo para procriar, como diz Maria Celeste Cordeiro Leite Dos Santos, não é reconhecível com facilidade, uma vez que pertence aos dois e se insere num campo de forças positivas e negativas e emergentes das três áreas dominantes da conduta humana: o biológico, o psicológico e o social. “ Se corpo e mente se desenvolvem dentro de um mundo circundante, como falamos em atribuir a esterilidade a um “ *fator* “ desta ou daquela área como se não estivessem intimamente ligadas?”²⁸

Destaca-se atualmente, dentre as razões mais conhecidas de infertilidade entre as mulheres, a procura tardia da gravidez em proveito da realização profissional. O interesse pelo desenvolvimento profissional em primeiro plano, no seu projeto de vida, tem levado a mulher a adiar o momento de ter um filho. Mas, ao mesmo tempo que adia a gravidez, fica, nesse espaço de tempo, sujeita a uma série de infecções e viroses sexualmente transmissíveis, que, conseqüentemente, dificultarão a fecundação, aumentando, dessa forma, o índice de infertilidade entre as mulheres.²⁹

Entre os homens, além do retardamento pela opção de ter um filho estar relacionado à realização de vida profissional, o *stresse* constitui-se na maioria das causas de infertilidade masculina.

²⁵ Revista ÉPOCA, Ed. Globo, Nº 9, 20/07/98, p. 42.

²⁶ SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos, Imaculada Conceção, São Paulo, Editora Acadêmica, 1993, p. 23.

²⁷ PINHEIRO, Alra e MITCHELL, José, Jornal do Brasil, Rio de Janeiro, 15/11/98, seção Vida, p. 1.

²⁸ SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos, Imaculada Conceção, São Paulo, Editora Acadêmica, 1993, p. 23.

²⁹ SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos, op. cit. p. 23.

Muitas outras causas podem ser relacionadas entre os motivos causadores da infertilidade tanto masculina como feminina. Destacam-se o uso prolongado dos contraceptivos, as práticas de abortos clandestinos, as doenças sexualmente transmissíveis, juntando-se às demais, resultantes da má qualidade de vida, como o consumo de drogas e medicamentos, o uso excessivo de bebidas alcóolicas, as carências vitamínicas, as quais constituem motivo de infertilidade absoluta ou relativa.

O Brasil, as pesquisas realizadas constaram que metade dos casos de esterilidade deriva de seqüelas dos processos infecciosos ou doenças venéreas aliados ao *stress*.³⁰

A impossibilidade para procriar originada desses males maiores do nosso século, certamente se encaixam dentre as causas intituladas como esterilidade " sem causa aparente" ou " inexplicáveis " ou de " origem desconhecida ".³¹

A prática da fecundação artificial, seja a homóloga seja a heteróloga, como forma de contornar o problema de esterilidade produz alterações de ordem psicológica no casal.

Mesmo que se trate de fertilização homóloga e que o casal incorra nos riscos de ordem psicofísica, a procriação medicamente assistida não deixa de ser uma situação nova e antinatural para a mulher conceber, podendo acarretar-lhe seqüelas em nível psicológico.

O sentimento de frustração e rejeição experimentados, diante das expectativas alimentadas durante toda a sua vida no preparo e na espera da realização do sonho de ser mãe ou pai, é inevitável. Os recursos dessas técnicas de fertilização assistida a que se vêem obrigados a se submeterem para terem um filho, não deixa de criar um sentimento de impotência, frustração, culpa e inferioridade em relação aos outros homens e mulheres.³²

³⁰ Op. cit. p. 24.

³¹ Op. cit. p. 24.

³² LEITE, Eduardo de Oliveira, op. cit. p. 112-114.

1.2.3 Fatores mistos ou comuns:

O fator imunológico, que é considerado misto de esterilidade ou infertilidade.

A esterilidade idiopática ou sem causa aparente.³⁶

1.3 Solução médica para a infertilidade ou esterilidade

A procriação medicamente assistida surgiu como forma legítima de resolver os problemas criados pela infertilidade, trazendo a esperança de realização do desejo de ser pai ou mãe ao casal infértil.

A fecundação sempre foi considerada como ato íntimo do casal. A reprodução medicamente assistida tornou possível uma procriação humana sem relacionamento sexual entre o casal. Através dessa forma de procriar a realização de ter um filho passa obrigatoriamente do ato íntimo do casal para um ambiente de ampla participação de terceiros, com o encontro do espermatozóide e do óvulo ocorrendo em laboratório.

No entanto, ao mesmo tempo que surge como esperança e em benefício de um casal que deseja realizar o sonho de ter um filho, provoca grande diversidade de opiniões não somente no campo da ética, mas, também, e principalmente no mundo jurídico.

2 Inseminação Artificial Humana – Perspectiva Histórica

Relatos históricos demonstram, em todas as gerações, fatos que revelam a grande preocupação do homem diante da necessidade de garantir a perpetuação da sua espécie.

Os mitos³⁷ a respeito da esterilidade surgidos através dos povos antigos, bem como as citações sobre a infertilidade constantes dos textos

³⁶ DOLORES, Loyarte – ROTONDA, E. Adriana. Op. Cit. p. 86/89.

³⁷ Acrisio, rei de Argos,, encarcerara sua filha Dânae numa torre de bronze, a fim de evitar a morte da jovem pelas mãos de seu neto, como previsão do oráculo. Ocorre que, Zeus se enamora de Dânea e transforma seu sêmen em uma chuva de ouro que insemina Dânea, nascendo Perseu. SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos, Imaculada Conceição, São Paulo, Editora Acadêmica, 1993, p. 29.

1.2.1 Causas de esterilidade feminina:

Causas ováricas: a) ausência de gônadas: seja congênita, seja adquirida (tumores, extração cirúrgica, inflamações), b) anomalias da ovulação, c) alterações da fase lútea, d) endometrioses, e) tendência letal do óvulo.³³

Causas tubáricas: sendo a obstrução tubárica considerada a principal causa.

Causas uterinas: a) por lesões do endométrio, b) por falta de permeabilidade, c) por fator mecânico.

Causas cervicais: a) alterações congênitas, b) posições anormais, c) alterações morfológicas ou na dimensão do colo, d) miomas e pólipos cervicais, e) cervicites, f) lesões traumáticas, g) alterações funcionais.

Causas vaginais: devido à má formação congênita, além de outras.

Causas Psíquicas.

Outras causas: como a obesidade, alteração das glândulas renais, ou tireóides, carências vitamínicas importantes, drogas, etc.³⁴

1.2.2 Causas da esterilidade masculina:

1. Em nível testicular podem ser consideradas como causa de infertilidade ou esterilidade masculina: a) alteração congênita por inexistência de espermatogonias por anomalias cromossômicas; b) ausência de espermatogonia por destruição ou por imaturidade.

Anomalias nas vias excretoras.

Alterações das glândulas acessórias.

Anomalias diversas na ejaculação ou na inseminação.

Defeitos estruturais ou morfológicos dos espermatozoides.³⁵

³³ DOLORES, Loyarte – ROTONDA, E. Adriana. Op. Cit. p. 86-89.

³⁴ DOLORES, Loyarte – ROTONDA, E. Adriana. Op. Cit. p. 86-89.

³⁵ DOLORES, Loyarte – ROTONDA, E. Adriana. Op. Cit. p. 86-89.

bíblicos,³⁸ deixam claro que a esterilidade teve sempre muita importância para a humanidade, sendo, por isso, motivo de investigação e questionamento, ao longo de toda a história da humanidade.

No século 5º a. C., já os povos gregos contribuíram para as pesquisas embriológicas.³⁹

No século 4º a. C., Aristóteles escreveu um tratado de embriologia. Galeno, no século 2º d. C., escreveu um livro sobre a formação do feto em que discorre sobre o desenvolvimento dos embriões.⁴⁰

O Alcorão, livro sagrado dos muçumanos (século 7º a C.) registra que os seres humanos se originam da mistura de secreções do homem e da mulher. Refere-se, ainda, à criação do homem a partir de uma *nufta* (pequena gota), afirmando que o organismo resultante dessa mistura de secreções se aloja no útero como semente, depois de seis dias do início da sua existência. Hoje, encontra-se cientificamente provado que o blastocisto⁴¹ leva esse tempo para instalar-se no útero, depois da fertilização.⁴²

Na Idade Média, os avanços da ciência se deram de forma lenta. Em 1672, Graaf detecta, no útero de coelhas pequenas câmaras, tratadas hoje, nos meios científicos, como blastocistos, concluindo que estes provinham dos órgãos denominados, pelo cientista, de ovários.

Em 1776, o abade naturalista Lazzaro Spallanzani realizou a primeira inseminação artificial em uma cadela, da qual nasceram três crias. Prosseguindo com a inseminação em animais de outros gêneros, estudou os efeitos do congelamento sobre os espermatozóides.

Em 1778, Heller afirmou que os espermatozóides se encontravam no líquido testicular. As investigações sobre as inseminações artificiais na espécie humana tiveram seu início por volta dos anos de 1790, através de Cary, baseadas nas formas utilizadas para a reprodução bovina.

³⁸ A Bíblia, relata o fato da esterilidade da mulher de Abrão, Sarai, que propõe ao marido tomar a escrava Agar como amante, para através dela terem filhos. Assim nasceu Ismael filho da Agar e Abraão. GÊNESES 15.16.

³⁹ "Os primeiros registros desses estudos estão nos livros de Hipócrates, o famoso médico grego do século 5º a C, considerado por muitos como o Pai da medicina." SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos, op. cit. p. 86/89.

⁴⁰ SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos, Op. cit. p. 29.

⁴¹ Blastocisto: embrião com cerca de cinco a dez dias[...] O blastocisto é, inicialmente, livre no interior do útero, depois se fixa na parede a partir do sétimo dia. TESTART, J., O Ovo transparente. Op. cit. Glossário p. 120.

⁴² SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos, Op. cit., p. 29.

Mas foi através de J. Marion Sims, em 1866, depois de ter realizado 55 inseminações em 6 mulheres, que a concretização da primeira gravidez, se realizou, através dos meios artificiais, terminada em aborto.

Com a descoberta de Dogues, em 1883, de que os ovários têm participação no processo de fecundação, nos anos de 1875 e 1890, - final do século XIX – os pesquisadores concluem que a fertilização se constitui através da união do núcleo de um espermatozóide com o núcleo de um óvulo.

A partir de então, as pesquisas passaram a se difundir, ocupando lugar importante na terapêutica para a esterilidade.

Em 1886, Montegazza propôs a criação de bancos de sêmen congelado.

Em 1889 Dickinson realizou nos Estados Unidos inseminação artificial com sêmen de doador. Mas foi somente nos anos 60 que a técnica passou a firmar-se e começou a ser amplamente utilizada nos anos 60, com as descobertas de Whittingham e Wilmut,⁴³ dando início a uma série de questões jurídicas e éticas envolvendo embriões e bancos de sêmen.⁴⁴

No ano de 1945, o biólogo Jean Rostand descobre que os espermatozóides submetidos ao frio e envolvidos em glicerol podiam conservar-se durante longo período, sem alteração na sua viabilidade de uso.

Assim, em 1947, Chang realizou a primeira transferência de ovo fertilizado e congelado. Dez anos depois, trouxe inequívocas do sucesso da fertilização *in vitro*, através de técnicas aplicadas em coelhas.

Em 1953, Smith conseguiu congelar embriões em fase de pré-implantação, provando a compatibilidade do resfriamento com o desenvolvimento normal dos ovos de mamíferos, passando-se, desde então, a se conhecer inseminações de humanos através de sêmen congelado.

Somente a partir da década de 70 é que surgiram as descobertas decisivas que garantem a possibilidade e evolução das procriações artificiais.

⁴³ LEITE, Eduardo de Oliveira, p. 19.

⁴⁴ "Até 1927 contam-se no mundo 88 casos. A partir de então, principalmente nos países anglo-saxões, este procedimento vai-se estendendo(em 1941, nos EUA, foram fecundadas artificialmente umas 10.000 mulheres). A fecundação *in vitro* seguida de transferência do embrião no útero passa a tomar consistência só na década de 60, pela atividade de várias equipes médicas: um grupo inglês (R.G.Edwards, P.C.Steptoe e B. Basister) e dois grupos australianos (dirigidos por C. Wood e A. Lopato). A 25.7.78 nasce na Inglaterra Louise Brown, o primeiro "bebê de proveta". Em 1984, já havia outros 140 bebês nascidos também da fecundação de um óvulo em laboratório." CALLIOLI, Eugênio Carlos, Aspectos da Fecundação Artificial *In Vitro*, Revista de Direito Civil, Vol 44, Ano 12, Abril/Junho de 1988, p. 71.

Em 1971, pela primeira vez, através de Mastroiani, é filmado um óvulo. No mesmo ano, Hayashi, da Universidade de Toho, apresenta seu filme “Começo de vida”, mostrando todo o processo de reprodução dos seres humanos.⁴⁵

Nos anos de 1970 a 1975 são realizados, de forma destacada nos Estados Unidos, Inglaterra, Suécia e Austrália, estudos sobre a fertilização “in vitro” com óvulos humanos, formação de embriões com transferência para o útero e coleta de óvulos.

Mas foi em 25 de Julho de 1978 que o mundo assistiu ao que jamais conseguira imaginar possível. Nascia na cidade de Oldham, Inglaterra, através do trabalho dos pesquisadores britânicos Drs. Patrick Steptoe e Robert Edwards, Louise Joy Brown, o primeiro bebê concebido pela fecundação *in vitro*, através dos gametos de seus pais legais, John e Lesley.

No mesmo ano nasceu na Índia, através do Dr. Saroj Kanti Bhattacharya, o segundo “bebê de proveta”. Nascendo ainda, em 14 de janeiro de 1979, na Escócia, Alastair Montgomery, através do trabalho dos médicos que concretizaram o primeiro nascimento humano através de inseminação em laboratório. (Steptoe e Edwards).⁴⁶

A partir de 1980, o nascimento dos bebês inseminados artificialmente deixou de constituir acontecimento raro e passou a fazer parte, normalmente, da forma terapêutica no tratamento dos problemas de esterilidade.

2. 1 Origem do vocábulo.

O vocábulo *inseminação*, derivado do latim e originado no verbo “inseminare”, formado pela proposição “in”(em) mais “seminare”, que significa “semente”, “grão”, “princípio”, “origem”, “fonte”, é definido, como sendo a forma de fecundação do óvulo pela união do sêmen, por meios não naturais de cópula.

O adjetivo “artificial”, que também deriva do latim, “artificialis” significa “feito com arte”, resultou do substantivo “artificium”, palavra que serve

⁴⁵ LEITE, Eduardo de Oliveira. Op. cit., p. 19.

⁴⁶ LEITE, Eduardo de Oliveira. Op. cit., p. 19.

para designar atividades entendidas como arte, técnica, habilidade, e outras no mesmo sentido.

A inseminação artificial, também denominada “concepção artificial,” “ fertilização artificial,” ou “ fecundação assistida,” além de outras denominações utilizadas, consiste no procedimento técnico-científico de levar o óvulo ao encontro do espermatozóide, sem a ocorrência do coito. Constitui-se, portanto, na prática, do conjunto de técnicas, que objetivam provocar a geração de um ser humano, através de outros meios que não a do relacionamento sexual.

2.2 Técnicas de procriação humana medicamente assistida.

Desde muito tempo, a sexualidade começou a ser crescentemente afastada por métodos artificiais da sua aptidão para a reprodução. Mas, a grande transformação surgida nesse século consiste em ter-se quebrado a derivação necessária de reprodução e sexualidade.

Esse desenvolvimento na área da fecundação humana tem causado perplexidade, tendo inúmeras indagações, uma vez que, como se sabe, a gestação sempre se originou normalmente, ou seja, de contatos sexuais dos genitores, criando o vínculo de filiação, nascida da relação de paternidade, maternidade, regulado pelo Direito, para a proteção dos valores estabelecidos.

Com o rápido desenvolvimento de novas técnicas de procriação medicamente assistida, os casais inférteis já dispõem de variadas formas para resolverem o problema da esterilidade tanto masculina quanto feminina.

Podem classificar-se atualmente as técnicas de procriação assistida, em três categorias: baixa, média e alta complexidade.⁴⁷

A fertilização de baixa complexidade, consiste na inseminação artificial.

A de mediana complexidade corresponde à GIFT, que consiste em inseminação artificial realizada na trompa, através de meios mais complexos.

⁴⁷ DOLORES, LOYARTE, ROTONDA E. Adriana, *op. cit.*, p. 108-111.

A fertilização artificial de alta complexidade se constitui na fertilização *in vitro* (FIV ou FIVETE) e exige a sua realização em laboratórios altamente especializados.⁴⁸

2.3 Inseminação medicamente assistida homóloga e heteróloga.

Durante muitos séculos, a tarefa das parteiras, médicos e ginecologistas constituiu-se em acompanhar clinicamente a gravidez, uma vez que a reprodução humana sempre resultou do relacionamento sexual, que era regulado atendendo à sua potencialidade natural para ocasionar a reprodução.

Atualmente, esses profissionais podem desencadear a própria gravidez, substituindo o processo normal de procriação, afastando, através de métodos artificiais, a aptidão da sexualidade para a reprodução. Ocorreu uma transferência de responsabilidade conjugal para o corpo médico, que já não tem somente a função de garantir a saúde, mas, também, o poder de criar, transformar e até de ser constringido a destruir a vida. A fecundação artificial é o primeiro exemplo de procriação medicamente assistida, de intervenção do médico na reprodução humana. Trata-se de uma verdadeira revolução biológica, ética e social.⁴⁹

A reprodução humana, sempre considerada como o elo mais íntimo do casal, foi trazida com a procriação artificial, para um ambiente de ampla participação, uma vez que tanto os óvulos quanto os espermatozóides passaram a ser tratados fora do corpo humano.

O cônjuge ou companheiro que não produz espermatozóides ou que os produz em número inferior ao necessário para que ocorra a fertilização, poderá resolver o seu problema de infertilidade, utilizando-se de espermatozóides de doadores, através dos bancos de sêmen. Nesse caso, tem-se uma *inseminação artificial heteróloga*.

A mulher, por sua vez, quando vier a sofrer qualquer espécie de anomalia tubária que impeça a fecundação através dos meios naturais, poderá valer-se da fecundação *in vitro*. Neste caso, o encontro do espermatozóide

⁴⁸ Op. cit. p. 107.

⁴⁹ BERNARD, Jean, *Da biologia à ética*, São Paulo, Editorial PSY II, 1994, p. 73 e 81.

com o sêmen não ocorrerá na trompa, mas no laboratório, através de um tubo ou em cultura laboratorial.

Se o problema de infertilidade da mulher ocorrer por falta ou ausência de óvulos, ela pode recorrer a óvulos de doadoras, que serão fertilizados *in vitro*, pelo esperma do marido ou companheiro da mulher infértil, e implantado, posteriormente, no útero da mulher solicitante, ocorrendo então, a doação de óvulos.

Ainda, se a esterilidade ocorrer no casal, ou seja, originar-se tanto do homem como da mulher, impossibilitando-os de gerarem filhos, estes poderão socorrer-se da doação de embriões que são os excedentes congelados e não utilizados por outros casais inférteis.

Finalmente, quando a esterilidade for da mulher em virtude de seu útero não possuir condições de exercer a sua função, esta poderá optar pela mãe substituta, portadora, ou vulgarmente conhecida como "mãe de aluguel". Assim, a inseminação artificial pode ocorrer: no útero da futura mãe, *in vitro* ou em uma hospedeira.

Se a introdução do sêmen é feita na futura mãe, pode-se distinguir a inseminação em: homóloga e heteróloga. A inseminação é *homóloga* se existe um casal na iniciativa da procriação e se o sêmen provém do varão. Sempre que o sêmen for de um doador, ocorre a inseminação *heteróloga*.

Quando *in vitro*, é necessário implantar-se o embrião no útero da mãe, ou de uma hospedeira.

Se for implantado no útero da mãe, poderá ocorrer a inseminação homóloga(quando o sêmen é do varão) ou heteróloga(quando o sêmen é de um doador). Se for implantado no útero de uma hospedeira, ocorrerá a inseminação *heteróloga*, visto que tanto o sêmen quanto o sêmen e óvulo podem originar-se de terceiro.

Tanto o esperma quanto os óvulos utilizados na fecundação artificial podem ser frescos ou congelados. A fecundação poderá ocorrer somente muito tempo depois ou mesmo depois de falecer o progenitor biológico. Surgem daí problemas tanto na ordem da filiação quanto da sucessão, sem falar na condenação do nascido à orfandade. Os casos de inseminação *post mortem* proliferam e as decisões dos Tribunais divergem

diante da falta ou das diferentes formas de legislação a respeito da matéria. Na Inglaterra, é proibida a inseminação *post mortem*, que é permitida na Bélgica. No entanto, a inglesa Diana Blood, depois de requerer judicialmente, conseguiu ser inseminada com sêmen de seu marido, falecido em 1995, cujo esperma fora colhido por determinação da mulher, pouco antes da morte do marido. Caso semelhante, noticiado pela *New Scientist*, ocorreu com uma americana, que se preparou para dar à luz através de fecundação com sêmen de seu marido falecido.⁵⁰

No Brasil, estima-se existirem atualmente, sessenta clínicas de reprodução humana, onde são utilizados todos os métodos de fertilização, as quais dispõem das técnicas mais modernas proporcionados pela ciência biomédica em nível internacional, encontradas em países como Bélgica, França, Austrália e Estados Unidos.⁵¹

Na medida em que o uso das técnicas de reprodução humana em laboratório foi se tornando comum, surgiram além de outros problemas, também os questionamentos nas mais diversas áreas, sobre os direitos de propriedade dos “ subprodutos”, que, a partir de então, passaram a aparecer como “peças” separadas no processo da fecundação: esperma, óvulo, embriões criopreservados.

Esses procedimentos apresentam, além de complexos problemas técnicos, também problemas éticos e jurídicos da maior gravidade, provocando debates que estão muito longe de culminarem com uma definição harmônica e consensual.

Gametos, embrião, feto, pertencem a que ordem: das pessoas ou das coisas? Podem constitui-se em elementos coisificados ao separarem-se do corpo humano, como o cabelo, que é passível de comércio?

⁵⁰ Na Inglaterra duas mulheres(lésbicas) da cidade de Winchester compraram, através da internet, sêmen, tendo pago o equivalente a US\$ 450,00, para que uma delas viesse a ser inseminada e pudesse gerar o filho desejado. Revista ÉPOCA, Ed. Globo, nº 9, 20/07/98, p. 43.

⁵¹ ÉPOCA Revista da Editora Globo, nº 9, 20/07/98, p. 42.

2.4 Inseminação Artificial Intraconjugal (I. A. C.)

A inseminação artificial com espermatozoides do cônjuge denominada pela sigla I.A.C. (também conhecida pelas siglas I. A., e P.M. A.), além de não modificar a hereditariedade biológica da criança, constitui-se na técnica mais antiga de fertilização. Consiste no depósito de espermatozoides na vagina, no colo do útero ou no próprio útero. Essa técnica tem ocupado um lugar importante na terapêutica da infertilidade, muito embora as opiniões sobre o seu uso sejam divergentes tanto pela variabilidade de seus resultados (de 0 a 62%) quanto pela não definição de sua indicação (seu uso é empírico em alguns casos). O índice de fecundação é de 94% ocorrendo nos primeiros quatro ciclos do tratamento, não sendo aconselhada a tentativa da aplicação deste método por mais de seis vezes. O sucesso do método requer, entre outros fatores, que a mulher ovule normalmente e que as trompas de Falópio não apresentem anomalias. Quanto ao homem, que produza sêmen numa quantidade adequada e apto para a fecundação.⁵²

A inseminação artificial intraconjugal é indicada nos casos de anomalias masculinas, como: disfunções sexuais que impedem a ejaculação no lugar adequado, anomalias de plasma seminal (escasso ou excessivo volume de espermatozóide), ou impossibilidade de fertilidade pelos tratamentos esterilizantes recebidos, como: vasectomias, cirurgias, esterilizações por radioterapias e quimioterapias, tendo o varão a possibilidade de fecundar através do sêmen congelado anteriormente. É indicada nos casos de alterações orgânicas femininas, como: esterilidade cervical, vaginismo, malformação do aparelho genital. Sendo uma técnica de inseminação considerada de baixa complexidade, o seu uso dentro dos tratamentos terapêuticos de infertilidade é considerado o mais comum.⁵³

⁵² DOLORES, Loyarte - ROTONDA, E. Adriana. Op. Cit. p. 108-111.

⁵³ DOLORES, Loyarte - ROTONDA, E. Adriana. Op. Cit. p. 108-111.

2.4.1 Tipos de Inseminação Artificial Intraconjugal (I. A.)

São variadas as técnicas utilizadas na inseminação artificial. Dentre as que são realizadas diretamente no aparelho reprodutor feminino sobressaem estas:⁵⁴

a) (I. A.) Inseminação artificial intrauterina - os espermatozóides são depositados diretamente dentro da cavidade uterina.

b) (I. A.) Inseminação artificial intravaginal - o esperma é injetado fresco no fundo da vagina através de uma seringa plástica.

c) (I. A.) Inseminação artificial intracervical – constitui-se no depósito de pequena quantidade de esperma contido em um capilar, no interior do colo do útero. O capilar é retirado do azoto líquido um pouco antes da inseminação e reaquecido rapidamente. O restante do esperma é aplicado através de um “ tampão cervical ” que é retirado posteriormente.

d) (I. I. P.) Inseminação artificial intraperitonal – os espermatozóides são introduzidos diretamente no líquido intraperitonal através de uma injeção aplicada na cavidade abdominal para que as próprias trompas capturem os espermatozóides, fazendo-os seguirem um caminho inverso ao natural, chegando às trompas de Falópio diretamente.

2.5 Inseminação artificial com esperma de doadores.(I. A. D.)

A primeira inseminação artificial com doador data de 1884, tendo sido realizada pelo ginecologista americano Pancoast, na Filadélfia, Pensilvânia, e indicada num caso de azoospermia.

As descobertas sobre o ciclo menstrual feminino, bem como a possibilidade de congelamento de esperma, possibilitaram o maior uso dessa técnica.

Diante da comprovada possibilidade de os espermatozóides resistirem muito bem a baixas temperaturas e de, mediante certos cuidados dispensados, serem capazes de suportar os choques térmicos de congelamento e descongelamento para a sua utilização sem grandes prejuízos,

⁵⁴ DOLORES, Loyarte - ROTONDA, E. Adriana. Op. cit. p. 109.

permitiu-se o alargamento da utilização dessa técnica de inseminação humana.

A inseminação artificial com sêmen de doador veio desvincular o momento da doação do sêmen, do instante da sua utilização, através da criação dos *bancos de esperma*.

O momento da realização da inseminação com sêmen de doador é clinicamente determinado, mediante a utilização de várias técnicas, como: curva de temperatura pela qual se detecta o dia da ovulação, como também o seguimento técnico do ciclo mediante aplicação de medicamentos (hormônios).

Diante dessa possibilidade de inseminação artificial com sêmen de doador, surgiram críticas de vários setores, principalmente da Igreja Católica.

As objeções quanto à utilização dessa forma de fertilização são muitas e provêm das mais variadas autoridades, começando pela própria área médica, além de ser motivo de reflexão e preocupante questionamento no mundo do Direito, onde são formuladas muitas perguntas ainda sem resposta.⁵⁵

A inseminação artificial com sêmen de doador (I.A.D.) é utilizada por vários motivos de esterilidade masculina, tais como: azoospermia (ausência completa de espermatozóides por causas definitivas e irreparáveis); obstruções nas vias excretoras dos testículos (denominada por azoospermia excretora); por hipofertilidade (ou baixa fertilidade, determinada pela ausência de um número mínimo de espermatozóide por ml). É utilizada também nos casos em que o homem produz espermatozóides sem a mobilidade necessária ou em que estão afetados por anomalias morfológicas, bem como por

⁵⁵ - *En primer lugar, se daría una asimetría frente al niño; éste es hijo genético de uno de los dos cónyuges, y adoptivo del otro.[...]. Otro punto: uno es dueño absoluto de sus gametos? Para donarlos, requerirá de la autorización de su esposo o esposa, de sus hijos, de sus hermanos, con los que comparte sus códigos ? Es aceptable el anonimato? No tiene derecho el niño a los 18 años a conocer su origen genético, a dialogar con su familia genética?* como as que são colocadas por Loyarte e Rotonda. "En primer lugar, se daría una asimetría frente al niño; éste es hijo genético de uno de los dos cónyuges, y adoptivo del otro.[...]. Otro punto: uno es dueño absoluto de sus gametos? Para donarlos, requerirá de la autorización de su esposo o esposa, de sus hijos, de sus hermanos, con los que comparte sus códigos ? Es aceptable el anonimato? No tiene derecho el niño a los 18 años a conocer su origen genético, a dialogar con su familia genética?" DÓLORES, Loyarte - ROTONDA, E. Adriana. Op. cit., p. 114.

motivações genéticas (casos de anomalias transmissíveis de forma dominante que afetará um dos cromossomos do pai ou da mãe) e ainda pela AIDS (a soropositividade em relação ao vírus HIV no homem ou cônjuge).

2.6 Fertilização “in vitro”

A FIVETE consiste, essencialmente, em permitir o encontro entre o óvulo e os espermatozóides fora do corpo da mulher, e depois de um a três dias mais tarde, em colocar no útero dessa mesma mulher o embrião obtido, para que ele possa ali se desenvolver.⁵⁶

Relatos históricos trazem como início da fertilização *in vitro* – FIV-humana, o ano de 1944, quando Rock e Menkin obtiveram quatro embriões, aparentemente normais, conseguidos a partir de mais de cem óvulos humanos extraídos de ovários e colocados na presença de espermatozóides.

Em 1947, Chang conseguiu transferir um ovo fertilizado e congelado entre 5º e 10º. Em 1953, Smith, teve sucesso no congelamento de embriões em fase de pré-implantação, provando, dessa forma, que o congelamento não é incompatível com o desenvolvimento do ovo de mamíferos.⁵⁷

Em 1969, Robert Edwards aplicou um procedimento pautado no objetivo de obter embriões, detectando, de forma adequada, o melhor momento de maturação das células germinais humanas (óvulos e espermatozóides). Através das experiências anteriormente realizadas com animais, Edwards e Steptoe fizeram com que ficasse devidamente comprovado, que a maturação do óvulo, e a transformação do espermatozóide, a fim deste se tornar apto para a inseminação, são fundamentais para o sucesso da fertilização em laboratório.

A partir de 1971 surge, especialmente através do trabalho dos pesquisadores ingleses Edwards, Steptoe, Taylor e Collins, a idéia de um

⁵⁶ TESTART, J., Op. cit., p. 103.

⁵⁷ LEITE, Eduardo de Oliveira. Op. cit., p. 41.

tratamento hormonal para obtenção de mais de um óvulo, a fim de se conseguir melhores resultados. Esse procedimento representou um progresso decisivo na FIV, uma vez que, com um número maior de óvulos colhidos em cada ciclo, aumentava a possibilidade de óvulos fertilizados.

No Brasil, os primeiros resultados da FIVETE foram discutidos no mês de maio de 1984, através da equipe do Dr. Nilson Donadio, no Simpósio Nacional de Reprodução Humana.

O primeiro caso registrado com sucesso ocorreu em 7 de outubro de 1984, através de Nakamura e sua equipe, com o nascimento de Ana Paula, realizado pelo laboratório de FIV do Hospital Santa Catarina em São Paulo. A possibilidade de congelamento dos embriões é que proporcionou grande salto quantitativo na eficiência e utilização da FIVETE.⁵⁸

Não existe limite biológico conhecido para o tempo de duração da conservação de um embrião. O embrião congelado poderá permanecer por cinco, dez anos ou séculos em hibernação.

Muito embora não exista problema em relação ao tempo de criopreservação, o embrião ainda parece diante dessa prova. Assim de cada quatro embriões humanos, um deles não resiste ao congelamento.

A questão em relação ao tempo de congelamento do embrião está na condição jurídica do ovo congelado ou criopreservado. A possibilidade de o homem poder dispor do ovo humano fora do corpo abre um novo campo de pesquisas com conseqüências sociais consideráveis, em que o conceito fica sujeito a uma série de apreciações que vão desde o padrão de normalidade ao desejo de uma escolha que ultrapassa o desejo do concebido.

2.6.1 As Etapas de Desenvolvimento da FIV ou FIVETE

A FIVETE⁵⁹ é utilizada nos casais estéreis, em conseqüência, na sua maioria, de esterilidade da mulher (em virtude do obstáculo que impossibilita o encontro dos gametas⁶⁰, definida como *esterilidade tubária*), ou, no caso de os espermatozóides serem destruídos no organismo feminino

⁵⁸ TESTARD, J., Op. cit., p. 72.

⁵⁹ FIVETE ou FIV, fertilização *in vitro*.

⁶⁰ TESTARD, J., Op. cit., p. 120.

(esterilidade *imunológica*, que ocorre raramente), bem como, nos casos em que o número ou a sobrevivência dos espermatozoides normais são insuficientes e, ainda, nos casos de esterilidade de origem desconhecida.

A avaliação da fertilidade de um casal é de natureza anátomo-fisiológica para mulher (controle da morfologia do aparelho genital e dos parâmetros indiretos de ovulação, curva de temperatura, hormonologia), enquanto que, para o homem, é de natureza citológica (controle da qualidade do esperma), sendo essa diferença consequência de singularidades sexuais, de vez que, enquanto o funcionamento genital da mulher ocorre de forma cíclica, no homem é contínuo.⁶¹

A utilização da FIV ou FIVETE requer a realização de uma série de exames a serem feitos pelo casal, que são comuns, em geral, a todos os centros especializados nesse tipo de fertilização.

Em primeiro lugar é indispensável a verificação da normalidade do útero e a acessibilidade dos ovários. É examinada a cavidade uterina para saber se existe possibilidade de recepção e implante do embrião. A mulher se submete ao controle dos ciclos menstruais, através da obtenção da curva de temperatura, elaborados à base de dados diários, além de exames efetuados com o sangue coletado pela manhã, que revelam a dosagem hormonal.

O homem se submete ao controle da qualidade do esperma, devendo também realizar exames bacteriológicos (espermocultura), a fim de detectar possível presença de germes e, ainda, a exame para constatação da soropositividade do HIV.

Enquanto o sucesso da técnica da fertilização *in vitro* aumenta em decorrência do aprimoramento metodológico, diminui a quantidade necessária de esperma para realização da FIVETE, passando de 1 milhão para 40 mil por cm^3 . Atualmente são utilizados apenas 20 mil espermatozoides para fecundar um óvulo, colocado em $0,5\text{cm}^3$ de meio de cultura.⁶²

A FIV compreende o desenvolvimento de várias etapas como: a indução da ovulação (desenvolvimento dos folículos⁶³ ovarianos sob estimulação hormonal), a punção folicular e cultura dos óvulos, a coleta e

⁶¹ TESTARD, J., Op. cit., p. 104.

⁶² TESTARD, J., Op. cit., p. 113.

preparação do esperma, completando-se com a inseminação e a cultura dos embriões.

Na primeira fase induz-se nas mulheres uma superovulação através do tratamento feito a partir do segundo-quinto dia até o nono dia do ciclo menstrual, com medicamentos de atividade estimuladora da maturação ovular ou com hormônios (tais como gonadotropinas coriônicas humanas HCG) ou, ainda, induz-se a maturação mais ou menos simultânea de um número maior de óvulos. A estimulação ovárica é um recurso utilizado com freqüência, com objetivo de obtenção de um maior número de óvulos. Na segunda etapa, faz-se a retirada laparoscópica por via transabdominal ou, também, por via transvaginal, aspirando, após furar com agulha adequada, os oócitos mais próximos da ovulação juntamente com o próprio líquido folicular.

Na ovulação normal ocorre a liberação de somente um óvulo. Com a indução da ovulação conseguida através da administração de hormônios que provocam o crescimento de vários folículos contendo óvulos, procura-se aumentar o número de óvulos, a fim de se conseguir maiores chances na obtenção de embriões. A indução da ovulação possui como vantagem, em primeiro lugar, uma comodidade maior para a mulher, com a extração de vários folículos, de vez que ela evita a necessidade de a mulher se submeter a constantes exames, para determinar o momento em que deve atuar a equipe médica, além de evitar riscos com doenças que poderão surgir em consequência dos repetidos procedimentos em cada um dos ciclos, se forem colhidos de forma natural. Em segundo lugar, com a obtenção de maior quantidade de óvulos, aumenta a possibilidade de se conseguir embriões para serem implantados.

A utilização da técnica de FIV resulta, em contrapartida, numa série de desvantagens, tendo em vista os riscos que poderá trazer à vida e à saúde da mulher, diante das complicações que poderão surgir e o risco de vida, durante a estimulação da ovulação, ou das tentativas de fecundação *in vitro*, como: colapsos cárdio-vasculares, ascite (presença de líquido intra-abdominal), anemia e outras conseqüências. Além disso, esse tratamento, baseado na aplicação de hormônios, deve rodear-se de estudos necessários a

⁶³ "Folículo, formação de células ovarianas em volta de cada ovócito. Algumas semanas antes da ovulação, o folículo cresce rapidamente e adquire uma cavidade de conteúdo líquido." TESTAR, J., Op. cit., p. 120.

fim de serem evitados efeitos colaterais e transtornos não desejados, a curto, médio e longo prazo.

Outro inconveniente na fertilização *in vitro* é a ocorrência de gravidez múltipla. A fim de controlar a possibilidade de gravidez múltipla, encontram-se determinados, mundialmente, um número limitado de embriões a serem transferidos. Esse número varia entre três e quatro embriões. A Organização Mundial da Saúde (O.M.S.), divulgou relatório denunciando a quantidade cada vez maior de nascimentos múltiplos de bebês, cujo peso é muito baixo, além de a capacidade de sobrevivência ser muito limitada.

No início da utilização da técnica de fertilização em laboratório, a situação era de assassinato de fetos em massa. Tal é a denominação que se pode dar à atitude dos médicos que implantavam até dez embriões no útero. A fim de resolverem o problema de excesso, os especialistas em medicina fetal localizavam, no útero, os embriões ou os fetos. Através de uma injeção de cloreto de potássio no coração, matavam três dos cinco, ou quatro dos seis fetos. Com o tratamento hormonal à base de drogas, torna-se difícil prever o número de embriões. A solução ainda continua sendo a morte dos fetos excedentes.

Nos casos de gravidez pelos meios normais, a possibilidade de nascerem gêmeos é de 1%; os trigêmeos surgem a cada 10 mil gestações, e os quadrigêmeos, a cada 100 mil; daí em diante, é raríssimo acontecer. Com a fertilização assistida, segundo o médico carioca Luiz Fernando Dale, especialista em reprodução humana, pelas estatísticas norte-americanas, a incidência de nascimento de gêmeos é de 20%, de trigêmeos de 4%, e de quadrigêmeos de 1%.⁶⁴

As gestações múltiplas proliferam e as polêmicas notícias sobre nascimentos de gêmeos, trigêmeos, sêxtuplos e até sétuplos, se tornam cada vez mais freqüentes, como ocorreu nos Estados Unidos, em 19 de novembro de 1997, com Bobby McCaughey, que, de uma gravidez de alto risco, deu à luz a quatro meninos e três meninas, no Centro Médico Metodista, em Des Moines, Iowa. No mesmo período, na Arábia Saudita, uma mulher também teve sétuplos, dos quais seis nasceram mortos. No Brasil, muito embora o

⁶⁴ Revista Manchete, nº 2.382, Ano 16, 29/11/97, p. 10.

Conselho Federal de Medicina estipule em quatro o número máximo de embriões a serem implantados, a regulamentação nem sempre é obedecida, como no caso da jornalista Patrícia Calazans, que, através de uma renomada clínica de São Paulo, teve oito embriões implantados em seu útero.⁶⁵

As notícias sobre o nascimento de gêmeos, trigêmeos, quadrigêmeos, tornaram-se uma constante. Conforme depoimento do médico Roger Abdelmassih⁶⁶, de São Paulo, especialista em inseminação artificial, e responsável pelo nascimento de 1/3 dos bebês nascidos no Brasil através de inseminação, dos 1.500 bebês inseminados artificialmente e nascidos sob sua responsabilidade, 27% são gêmeos (enquanto pelos meios naturais é cerca de 1%), e 5% são trigêmeos, além de quatro casos de quadrigêmeos. Convém assinalar sendo que, um desses quartetos se constituía, inicialmente, de cinco bebês, morrendo o quinto (o mais pesado dentre eles) na maternidade, muito embora, afirme ele ser contra a redução por eliminação de fetos no útero (morte através de injeção de cloreto de potássio), até para os casos de gestações quádruplas ou quántuplas.

A coleta de óvulos é realizada através de punção, antes feita pela laparotomia (incisão cirúrgica do abdômen) ou por laparoscopia (exame endoscópico da cavidade peritoneal) sob anestesia geral.

Com os problemas decorrentes do uso da anestesia geral, passaram os médicos a procurar um método menos agressivo. Atualmente, quase na sua totalidade, as punções são realizadas através do controle ecográfico (a agulha de aspiração atravessa o abdômem e a bexiga, o fundo da vagina ou a uretra e a parede posterior da bexiga). A ecografia permitiu a punção folicular ecoguiada, um modo menos traumatizante, com leve anestesia (local ou geral) de curta duração e perfeitamente suportável pela paciente. O conteúdo dos folículos (cerca de 5 cm³ de líquido, que traz o óvulo) é aspirado com ajuda de uma bomba a vácuo, e imediatamente levado para o laboratório, onde são colocados em um tubo, que contém os meios adequados para cultivo dos ovócitos.⁶⁷

⁶⁵ Revista Manchete, nº 2.382, Ano 46, 29/11/9, p. 10.

⁶⁶ Revista Manchete, "O Milagre da Multiplicação", nº 2.382, Ano 46, de 29/11/97, p. 10.

⁶⁷ "Ovócitos: células germinais femininas, presentes nos ovários antes mesmo do nascimento, e das quais um número reduzido (cerca de trezentas) se transformará em óvulos, entre o momento da puberdade e o da menopausa." TESTAR, J., Op. cit. p. 120.

A fecundação externa do óvulo humano e a cultura do embrião devem se efetuar em condições e ambiente físico tão próximos quanto possível daquelas existentes no aparelho genital. Extraídos os folículos, três regras básicas devem ser respeitadas no seu tratamento: o lugar deve ser absolutamente esterilizado a fim de evitar-se contaminação; o trabalho deve ser realizado em ambiente com temperatura constante de 37° C; e a iluminação do laboratório deverá ser pouca, e devem evitar-se prolongadas observações debaixo de microscópios. O líquido folicular é examinado aos poucos, a fim de constatar-se a existência de óvulos. Não se constatando a presença de óvulo no líquido folicular examinado, ainda dentro da câmara do fluxo laminar (onde toda a manipulação deve ser feita a fim de evitar contaminação), transfere-se nova quantidade do líquido folicular para outro recipiente, até que se esgote toda a quantidade do líquido colhido. O óvulo encontrado no líquido folicular é colocado num recipiente para ser lavado e, posteriormente, transferido para um tubo que contém 1 ml. de meio de cultura. Esse tubo deverá ser colocado numa incubadora pelo tempo de quatro a cinco horas, a fim de que ocorra a sua maturação.

O espermatozoide obtido através de masturbação ou com a utilização de profiláticos especiais, por sua vez, será colocado, para liquefazer-se durante o tempo de 15 a 20 minutos, em temperatura ambiente, no contato com o ar. Posteriormente, será submetido ao tratamento, que compreende duas etapas: primeiro, a lavagem dos gametas; em seguida, a seleção dos espermatozoides vivos (verifica-se a quantidade, mobilidade e aspecto morfológico). Pode-se, então, proceder à inseminação do óvulo em espera.

Cada óvulo é depositado em um tubo de inseminação contendo de 10.000 a 100.000 espermatozoides, que serão mantidos assim, até o dia seguinte, na incubadora com temperatura de 37° C., começando daí o processo de fusão dos gametas. Decorridas entre 17 e 18 horas desde a junção dos gametas, processa-se a observação do ovócito, a fim de verificar a fertilização. A fecundação ocorre, com a constatação através de observação, de que os pronúcleos⁶⁸ se acham no centro do ovo, o núcleo do óvulo e o do espermatozoide.

⁶⁸ "Pronúcleos: núcleos masculino e feminino do ovo logo após a sua fecundação. Cada pronúcleo contém cromossomos, de origem paterna e materna, que conferirão ao indivíduo características únicas." TESTART, J., Op. cit., p. 140.

Ocorrida a fecundação, são descartados os zigotos que não pareceram regulares; os considerados perfeitos, porém, serão transferidos para um novo tubo com cultura, chamada "cultura de crescimento", em minúsculas provetas de plástico e desprovidas de espermatozoides. Nesse novo ambiente, o ovo fecundado permanece na mesma temperatura, luz e condições, pelo prazo de 48 horas desde a punção folicular, e, então, realiza-se a transferência embrionária.

A transferência do embrião faz-se por meio indolor, através de cateter (especial) muito fino. Quando não for possível efetivar-se a transferência desse modo, devido a algum defeito orgânico (o acesso ao colo do útero não é reto, ou existe obstáculo e o ingresso pelo colo do útero é difícil), será utilizado um cateter rígido e, excepcionalmente, é feita pequena incisão cirúrgica com anestesia suave, que permita a colocação do embrião no útero. Efetuada, pela maioria das equipes, dois dias depois da coleta dos óvulos, pode se dar após três ou quatro dias de cultura, bem como, pode ser implantado o ovo no útero, um dia depois, isto é, antes de ocorrer a primeira divisão do embrião. Essa transferência depois de dois dias, ou seja, entre o terceiro e quinto dia, prolonga as condições artificiais de cultivo; esta situação compromete comprovadamente as possibilidades de implantação.

Iniciada a gravidez, é realizado, semanalmente, o controle da secreção hormonal. A sua verificação através de ecografia é realizada até em torno do segundo mês. Depois desse período, o acompanhamento médico passa a ser o mesmo dispensado para os casos de gravidez obtida pelos meios naturais.

2.7 Outras modalidades de procriação artificial

Com o desenvolvimento das pesquisas científicas na área médica e com a prática da fertilização medicamente assistida cada vez mais comum, como meio de resolver a esterilidade ou a infecundidade de um casal, surgiram outras formas de inseminação artificial ainda mais ousadas e, ao mesmo tempo, simplificadas. Algumas dessas modalidades de fertilização dependem do país, e são mais ou menos utilizadas. Dentre as várias técnicas

desenvolvidas no campo da procriação humana medicamente assistida, tanto homólogas como heterólogas, passa-se a descrever sobre algumas delas:

2.7.1 Transferência uterina de zigoto. (Z.U.T.).

É possível a realização da transferência do zigoto para o útero depois de 24 horas contados do início da fecundação. Esta técnica é denominada de Z.U. T. (zygote uterine transfer).

O resultado da utilização da técnica denominada Z.U.T., é menos satisfatório, uma vez que o embrião deverá permanecer no útero materno, no estágio em que deveria encontrar-se na trompa de Falópio.

2.7.2 Transferência intratubária de gametas(G.I.F.T.)

A GIFT se constitui na aspiração do ovócito e na sua transferência para as trompas juntamente com os espermatozóides.⁶⁹ A transferência intratubária de gametas possibilita a fecundação *in vivo* e destina-se somente às mulheres cuja trompas de Falópio são saudáveis. A técnica desenvolvida pelo argentino Roberto Asch, em 1984, consiste na transferência dos gametos para as trompas de Falópio, através de laparoscopia. O procedimento inicial é o mesmo utilizado na F.I.V., com a estimulação da ovulação e a preparação do esperma. Sua alta taxa de êxito (30 – 40%) deve-se ao fato de encontro do óvulo com o espermatozóide ocorrer de forma natural. A vantagem, na utilização dessa técnica, é a de que os gametos são transferidos diretamente para a trompa e não diretamente para o útero, tornando mais natural o processo de fecundação, proporcionando ao embrião condições de desenvolvimento, migração e nidação mais fisiológicos, além de as chances de rejeição serem menores. A desvantagem do uso da GIFT está na punção folicular, que se realiza através de celioscopia,⁷⁰ para a qual se faz necessário uma incisão abdominal, utilizando-se anestesia geral.

⁶⁹ RUSSO, Giovanni, Educar para a Bioética, São Paulo, Ed. Universidade de São Paulo, 1997, p. 194.

2.7.3 Técnicas de micromanipulação

A I.C.S.I. consiste na inseminação intracitoplasmática, que é a injeção de espermatozóide diretamente dentro do citoplasma do óvulo, através de uma agulha. Trata-se do mais importante avanço em termos de técnica de fecundação assistida, sendo indicada, principalmente, para os casos de hipofertilidade masculina. Através dessa técnica, homens que, praticamente, não produziam espermatozóides, até há pouco tempo, sendo, por isso, considerados irreversivelmente estéreis, passaram a ter chance de serem pais. Essa técnica aperfeiçoada na Bélgica revolucionou no mundo a maneira de conceber artificialmente.

A grande dificuldade ainda existente no sucesso da fecundação artificial encontra-se na fixação dos embriões no útero da mãe, para dar início efetivo a uma gestação. Mas, para melhorar a taxa de fixação de embriões no útero, tornou-se possível, utilizando-se a ICSI, outra técnica, denominada *assisted hatching a laser*. O *hatching a laser* consiste em, através do uso do laser, abrir um minúsculo orifício no embrião, para que o miolo embrionário se libere mais facilmente, aninhando-se na parede uterina. Os primeiros números já disponíveis atestam um aumento de até 25% nas chances de sucesso na gravidez.⁷¹ O ICSI foi utilizado de forma pioneira na América Latina, pelo médico Franco Júnior, em Ribeirão Preto, São Paulo, em março de 1997, que resultou na gravidez de Fátima Bernardes, inseminada com espermatozóides de seu marido Willian Bonner. Dos quatro óvulos fertilizados, três se fixaram no útero, nascendo os trigêmeos em 21 de outubro de 1997 (depois de 7 meses e 25 dias) .⁷²

A manipulação de gametas como meio de injetar espermatozóides selecionados do homem no interior dos óvulos, já se tornou operação de rotina nas clínicas de reprodução humana, em que se utiliza a ICSI. Destaca-se, dessa forma, a nova finalidade eugênica, que vai adquirindo, passo a passo, a fecundação *in vitro*. Esta técnica, inicialmente apresentada

⁷⁰ CELIOSCOPIA, exame endoscópico da cavidade abdominal depois de insuflada.

⁷¹ Revista Manchete, nº 2413, , Rio de Janeiro, Ed. Bloch, 4/7/98, p. 10.

⁷² Revista Manchete nº 2.382, 29/11/97, p. 8.

como solução para os casais inférteis, parece estar desviando seus objetivos, diante de certos procedimentos, como a manipulação de gametas.

TIALS, GIAT e POST são três técnicas que, como na GIFT, a fecundação do óvulo ocorre no interior da mulher, possibilitando uma maior aproximação com o meio natural de reprodução humana.

A **T.I.A.L.S.** consiste na transferência intraabdominal, através de punção vaginal (no fundo do saco de Douglas), do líquido folicular pré-ovulatório e do sêmen. O líquido folicular é obtido através de punção praticada no 12º dia do ciclo feminino, por ser considerado o momento de melhor desenvolvimento dos folículos, dos quais se desprendem os óvulos.

G.I.A .T. é técnica que consiste na transferência intráabdominal de gametas, no fundo do saco de Douglas e na cavidade peritoneal.

P.O.S.T. é a técnica utilizada para a recuperação de óvulos que são transferidos logo, juntamente com o sêmen, ao peritônio.

DIFI - inseminação direta intrafolicular é a mais economicamente vantajosa técnica, que consiste na injeção de espermatozóides selecionados, no interior dos folículos ovarianos, apanhando os óvulos antes da sua explosão de maturidade. Nesse caso, óvulo e espermatozóide se encontram ainda no ovário e não na trompa segundo a forma natural de fecundação. É indicada principalmente para os casos de baixa qualidade e quantidade de esperma. A técnica DIFI, criada pelo especialista de Bogotá, Colômbia, Elkin Lucena, foi pelo mesmo apresentada no Congresso Brasileiro de Ginecologia e Obstetrícia, em Brasília, ocorrido em dezembro de 1991. Possui como vantagem a rapidez no uso, de vez que não demora mais de cinco minutos para a aplicação, além de não necessitar de anestesia, para a sua realização.

A **S.U.Z.I.**(ou *Subzonal insemination*) consiste em “ inocular ”, através de micropipeta, uma quantidade determinada de espermatozóides selecionados, debaixo da zona pelúcida⁷³ no denominado *espaço perivitelino*.

P.Z.D., técnica de micromanipulação, consiste em perfurar a zona pelúcida que recobre o óvulo humano, para que o espermatozóide tenha fácil acesso ao ovócito. Praticada a incisão na zona pelúcida sem tocar no óvulo (usando técnica laboratorial para a criação do espaço entre a zona

⁷³ “Zona pelúcida : invólucro não-celular constituído em torno do ovócito e que persiste depois da fecundação até o quinto-sexto dia (estágio do blatocisto).” TESTART, J., Op. cit., p. 120.

pelúcida e óvulo), transportam-se os ovócitos no meio de cultivo com sêmen, deixando transcorrer vinte e quatro horas, para se verificar se ocorreu a fecundação. Existe no caso da utilização desta técnica o risco de fertilização anormal, pela possibilidade do ingresso de vários espermatozóides.

2.8 Formas de utilização da FIVETE

As formas em epígrafe podem ser consideradas como formas variantes de utilização da FIVETE outras maneiras de levar ao nascimento de um ser humano.

Através da fertilização *in vitro* com a transferência de embriões, é possível a utilização de várias técnicas para que ocorra a fecundação humana. A FIVETE proporciona a realização de um elevado número de combinações.

Dispondo-se de uma mulher ou de um casal estranhos, pode ser engendrado de variadas formas, o nascimento de uma criança, utilizando-se, ao mesmo tempo, a sua origem genética e a sua origem uterina. Assim, na família social dessa criança pode englobar o casal (pai e mãe), um só ou nenhum dos genitores. A mãe social pode ter levado ou não a criança no seu ventre.

2.8.1 Doação do óvulo

A mulher impossibilitada de gerar por efeito de qualquer dos motivos que impeçam a obtenção do óvulo, como nos casos de distúrbios do crescimento folicular, ausência de ovários, impossibilidade de abordagem do ovário através de cirurgia ou por ela ser portadora de grave anomalia hereditária, poderá receber o óvulo de outra mulher, ou seja, de uma doadora.

O procedimento ajuda as mulheres impossibilitadas de produzirem óvulos por si mesmas, bem como favorece as mulheres que já não ovulam ou que perderam a capacidade de procriar, mesmo sendo portadoras de útero funcional. Os óvulos doados, após a sua colheita, serão fecundados com o esperma do cônjuge da mulher receptora, dando-lhe condições de gerar uma criança que, muito embora não possua herança genética, será abrigada

em seu ventre, onde receberá todas as informações emocionais e afetivas, servindo a gestação e o parto como definição para a filiação materna.

A coleta do óvulo é bem mais complexa e constrangedora do que a colheita dos espermatozóides, de vez que sujeita a doadora a todos os riscos e complicações da paciente da FIVETE. A doadora deverá, em favor de outra mulher, submeter-se a todos os exames e tratamentos necessários, próprios para a obtenção da fertilização *in vitro*, até chegar ao momento da punção folicular. O sofrimento e os riscos de vida e da saúde da doadora são as causas da dificuldade de se encontrar maior número de mulheres dispostas à doação de óvulos, além das considerações éticas e culturais enfrentadas pela doadora.

No caso da doação de óvulos, a questão do anonimato da doadora é considerada da maior importância, ao mesmo tempo em que é muito difícil mantê-lo. O casal, ao procurar solucionar o problema de infertilidade através da doação de óvulo, deseja também, " ter o seu filho", mas sem a participação de uma outra "mãe", o que se torna difícil se essa criança nascer de óvulo doado. Todo o procedimento cirúrgico necessário para a coleta dos óvulos torna praticamente impossível o anonimato.

Outro problema surgido na doação do óvulo é o da impossibilidade de seu congelamento. Esta técnica, muito embora em vias de aperfeiçoamento, ainda apresenta dificuldades quanto ao congelamento dos óvulos, obrigando a fecundação imediata dos mesmos, após o seu colhimento. Os problemas práticos desencadeados com a impossibilidade de congelar óvulos humanos só obriga a uma programação para a coleta, que deve ocorrer no momento adequado, como também exige disposição da paciente receptora para receber o óvulo após a sua fecundação. As dificuldades práticas para efetivar dessa programação exigida pela técnica, limitam o seu uso.

Em relação aos questionamentos éticos e jurídicos, a doação de óvulos levanta os mesmos argumentados ocorrentes na inseminação artificial heteróloga. "A doação de óvulo é a versão feminina da doação de sêmen. Aqui a mãe uterina não é a mãe biológica e o pai civil é o pai biológico."⁷⁴

⁷⁴ SILVA, Reinaldo Pereira e, *Ética & Bioética, Análise Bioética das Técnicas de Procriação Assistida*, Florianópolis/SC., Ed. Terceiro Milênio, 1998, p. 128.

Enquanto eticamente a utilização da doação de óvulos é questionada pelos riscos de vida que oferece à mulher doadora, durante a colheita dos óvulos, juridicamente, a doação de óvulos levanta questões ainda mais complexas.

A doação de óvulos faz surgir, no Direito, uma situação inusitada, desmontando a sólida estrutura na determinação da maternidade (*mater semper certa est*), de vez que a mãe genética (ou doadora) não é a mãe que gera (gestora).

O mundo jurídico, perplexo diante das novas questões, encontra-se totalmente desarmado para responder a muitas questões tais como: qual delas deve ser considerada a mãe; a gestora, a doadora ou a mãe social? a determinação ou não do anonimato da doadora; o direito do nascido de ser informado da doação e das circunstâncias de seu nascimento; a possibilidade do casal conhecer a origem e o perfil da doadora.

2.8.2 Empréstimo do útero.

O empréstimo do útero pode ocorrer quando o útero da pretensa mãe é malformado ou quando a mulher não o possui, ou ainda, quando a gravidez apresenta risco de vida para essa mulher.

Diante da absoluta impossibilidade de levar a termo uma gravidez por efeito de qualquer anomalia grave ou em consequência de ablação do útero, a mulher incapaz de suportar a gravidez recorre a uma outra, que, voluntariamente, receberá o ovo fecundado *in vitro*. Esta nova forma de procriar, apelando para uma terceira pessoa desenvolver a gestação, tem sido objeto de questionamentos éticos, psicológicos, jurídicos e, mesmo, financeiros pela diversidade de soluções que origina.

Os primeiros casos clínicos relativos ao empréstimo de útero datam de 1963, no Japão, e de 1975, nos Estados Unidos, sendo que, em 1988, tomou-se conhecimento da existência de uma associação americana de mães de substituição.⁷⁵

⁷⁵ LEITE, Eduardo de Oliveira. Op. cit., p. 66.

A técnica do empréstimo do útero ou “mãe de substituição” ou, ainda, a vulgarmente conhecida “barriga de aluguel” ou, ainda, “mães de aluguel” (“surrogacy motter”), implica a intervenção de uma terceira pessoa na gestação, para garantir o seu desenvolvimento completo e a devolução da criança aos pais, depois do nascimento, criando uma nova espécie de maternidade.

No procedimento de empréstimo de útero, em relação à determinação da maternidade, pode-se ter: a) a mulher que cedeu o óvulo; b) a mulher a quem o nascido se destina; c) a terceira mulher, que surge como portadora.⁷⁶

Na primeira hipótese, “mãe substituta” será inseminada com o esperma do marido da mulher impossibilitada de conceber. O compromisso da mãe substituta para com o casal solicitante é, além de doar o seu óvulo para ser inseminado com espermatozóide do marido da mulher estéril, desenvolver a gravidez no seu ventre e, após o nascimento da criança, que é geneticamente também sua, entregá-la ao casal solicitante. Portanto, a mãe substituta, além de ser gestante, é também genitora.

No caso da mãe substituta, a situação diverge da mãe portadora e de aluguel, porque, além de emprestar o seu útero, também doará o seu óvulo. A criança é filha dos seus óvulos e do seu útero. Reúnem-se na mãe substituta a derivação biológica e a gestação, sendo essa mulher a mãe.

Na segunda hipótese, tem-se a “mãe portadora”, aquela que poderá emprestar o útero. O embrião fecundado *in vitro* e implantado na mãe portadora é, geneticamente, do casal interessado. A gestante é apenas portadora do embrião fecundado em laboratório, com espermatozóide e óvulo do casal solicitante. Diante da situação da mãe portadora, levanta-se o grave problema de estabelecer quem é a mãe: se a mãe biológica ou a mãe portadora.

Na verdade, a criança nascida da mãe portadora possui duas mães: uma mãe ovular e uma mãe uterina. Da mãe ovular, o nascido recebeu a metade do seu patrimônio genético, e, da mãe que o carregou durante os nove meses em seu ventre, recebeu todas as informações nervosas, hormonais e

⁷⁶ ASCENSÃO, José de Oliveira, Problemas Jurídicos da Procriação Assistida, Revista Forense, vol. 328, n. 90, 1994, p. 76.

humorais, muito importantes na sua constituição e desenvolvimento intra-uterino.

No terceiro caso, considerado o de maior complexidade, o embrião é implantado em terceira mulher. Surge daí uma pergunta: diante da possibilidade de existirem três mães, quem é a verdadeira mãe: a mãe social? a mãe biológica? ou a mãe portadora? Com o uso desta técnica de procriação, teríamos três categorias de mães: a mãe genética, que é a mãe que produz os óvulos (biológica); a mãe portadora ou gestora, que carrega a criança no ventre até o nascimento, e a mãe que ficará com a criança.

É possível, dessa forma, a efetivação de técnicas variadas, envolvendo inseminação artificial, doação de ovos ou transferência de embriões.⁷⁷

No que tange à maternidade, que sempre foi determinada pelo parto, diante da máxima “ mater semper certa est ”, atualmente, a afirmativa é de que “mães só há três”, ou então nenhuma.

Dado que as funções da maternidade são desenvolvidas e desempenhadas de forma distribuída entre várias pessoas, concluí-se, diante das lacunas da lei, que a criança estará diante de três mães ou de nenhuma. Pode ainda haver criança sem mãe e também sem pai, se tiver ocorrido mera doação de gametas. Poderão existir também seres sem mãe, visto que a mãe social não é a mãe por não se beneficiar de nenhum critério de atribuição de maternidade; a mãe biológica não é mãe, porque se constitui em mera doadora de gametas; e a mãe portadora não é mãe, visto não se constituir a gestação em título de atribuição de maternidade.

Para LEITE “ o processo cria um problema ético desde a sua origem: a reprodução fica, aqui, completamente dissociada da gestação e do nascimento.” A reprodução dessa forma, pode deixar de ser decidida em conjunto e ao mesmo tempo pelo casal, ou pode ser decidida pelo marido e mulher, mais adiada no tempo. Além disso, os pais genéticos podem não ter nenhuma obrigação em relação à criança que vai nascer, e a mãe substituta poderá limitar sua responsabilidade à gestação. Dessa forma, a criança, além

⁷⁷ “ Com um pouco de jeito, poderíamos até imaginar quatro mães. Bastaria que gametas alheios fossem objeto de transferência intratubária, donde resultasse a fertilização, mas o embrião fosse afinal retirado, para ser de gestação por sua mãe portadora. A mãe social seria então a quarta mãe, diferente da mãe de concepção.” ASCENSÃO José de Oliveira., Op. cit., p. 76.

de nascer somente com pai, ainda, pode nascer muito tempo após a sua morte.⁷⁸

O caso das mães de substituição, para Jean Bernard, é mais um dos falsos problemas a serem tratados pela bioética porque, na verdade, não se encontra ligado à evolução do conhecimento, mas, apenas, provocado pelo apetite financeiro e de lucro, ambicionado pelos médicos. Os verdadeiros responsáveis não são as mulheres, muitas vezes de condições humildes, que vendem ou alugam seu útero, mas os médicos, que se constituem nos intermediários e organizadores desse curioso tráfico.⁷⁹

Portanto, nada de científico nem de novo existe nesse empreendimento. Apenas um comércio realizado pelo médico que recebe também a sua remuneração pela intermediação no “negócio” denominado “aluguel” de útero.

A maternidade, que sempre se teve como certa, no antigo aforismo romano, hoje, diante da possibilidade de gerar o próprio filho, através de terceira pessoa, suscita questionamentos jurídicos, e éticos, que têm dificultado a prática dessa técnica, nos centros de fertilização em geral, muito embora a sua utilização venha aumentando em todos os países onde são admitidas.

Muitas são as perguntas sem respostas, decorrentes do desarmamento jurídico a respeito dessa técnica: qual o estatuto legal da criança ao nascer? Quais são os direitos e obrigações da mãe substituta durante a gestação? Quais são os direitos e as obrigações dos pais naturais e de sua esposa (se houver), durante a gravidez? Como seriam resolvidos os casos de contracepção e interrupção da gravidez, perante, também, a doadora do óvulo ou a mulher que solicitou a gravidez ? Quais os direitos e obrigações das respectivas partes após o nascimento com vida? Como seria resolvida a situação, no caso do nascimento sem vida? Poderá a mãe de aluguel receber recompensa financeira? Seria lícito considerar a gravidez como bem de trabalho? Poderia pressupor-se a locação de gravidez? Que medidas deve a mãe substituta tomar para abdicar de seus direitos como mãe? Quais as medidas cabíveis para o pai natural adotar, garantir ou reivindicar seus direitos

⁷⁸ Op. cit. p. 188.

⁷⁹ BERNARD, Jean, op. cit., p. 77.

como pai? Em que medida e extensão deve ocorrer a regulamentação dessa prática?⁸⁰

Todos essas interrogações servem para demonstrar a grave e profunda dimensão do problema, tendo em vista os vários aspectos decisivos para a vida do homem concernentes à personalidade, ao estado civil, à filiação, com repercussão em outras searas do Direito, surgidas com a utilização dessa forma de procriação humana.

No Brasil não existe, até o momento, qualquer direito, inclusive constitucional, proibindo ou regulando esse tipo de recurso utilizado para a reprodução. O critério para estabelecer a maternidade nas gestações por meio de terceira pessoa continua sendo o parto, conforme previsto na legislação civil. Mas, a questão crucial diz respeito aos procedimentos que deveriam ser adotados pela legislação com a legalização e regulamentação, caso viesse a ser a solução escolhida. A complexidade das questões a serem estabelecidas entre mãe substituta, mãe doadora, mãe social, mãe de aluguel, o anonimato, a exploração econômica dos médicos e das contratadas, a compensação financeira da mãe de substituição ou de aluguel, os requisitos a serem exigidos da mãe substituta, a determinação do tempo de aluguel do útero, demonstram que, qualquer que seja a posição assumida, dúvidas sérias e profundas continuarão a persistir.

Além de todas as cruciais questões levantadas, a colaboração de duas mulheres no nascimento de uma criança não só abala a determinação da maternidade, mas também todo o estabelecimento da filiação. Por exemplo: se a “mãe hospedeira” casada é tomada por mãe jurídica e se o seu nome é inscrito no registro de nascimento, tal inscrição faz desencadear a presunção de paternidade do marido. Por outro lado, se a “mãe social” casada em nada contribuiu para a geração da criança concebida com sêmen do seu marido e o óvulo da “mãe portadora”, só dispõe do recurso da adoção (na maioria dos países nega-se a maternidade de substituição) e o seu marido, pai biológico indiscutível, não se beneficia da presunção de paternidade porque a sua

⁸⁰ GOMES, Luiz Roldão de Freitas, *Questões Jurídicas em Torno da Inseminação Artificial*, RT- 678 – Abril de 1992, Ano 81, p. 268-269.

mulher não é considerada mãe jurídica. O questionamento nesse caso é este: deverá o pai adotar o próprio filho? ⁸¹

Os vários países com dispositivos legais para estabelecer a maternidade na gestação através de outrem, na sua maioria, considera o fator parto como prioridade ao componente genético derivado da titularidade do gameta feminino. São exemplos as legislações adotadas na Austrália, Espanha, Itália, Nova Zelândia, bem como o Código Civil Búlgaro. ⁸²

A Resolução nº 1.358, de 11/11/1992, do Conselho Federal de Medicina, que se constitui no único ato normativo de critérios éticos para a atuação dos profissionais das técnicas de fertilização assistida, não prevê qualquer dispositivo sobre a maternidade de aluguel. Mas, mesmo que contivesse algum dispositivo sobre essa forma de maternidade, seria mera orientação sem força de lei, visto tratar-se de resolução administrativa. Portanto, faz-se necessário a constituição de um critério único para estabelecer a maternidade pela gestação através de terceiros.

Os questionamentos não dizem respeito somente aos pais da criança gerada através de mãe substituta. A pergunta que também deve ser feita é a que se relaciona ao desejo dessa criança nascida de mãe de aluguel. Sabe-se que o filho estabelece, durante a gestação, naturalmente, com a mãe uma ligação emocional muito importante para seu desenvolvimento. Seria eticamente concebível e legitimamente justificável que, sob a fachada de qualquer sacrifício para ter um filho, este fosse programado através de um procedimento que, ao nascer, vai separá-lo de sua mãe natural? As conseqüências psicológicas e emocionais dessa separação na vida da criança nascida através de "mãe substituta" ainda não puderam ser detectados. LEITE diz que, "até o presente momento, ainda não foi possível determinar com precisão – por falta de dados estatísticos – quais os reais efeitos sobre a psiquê da criança, do rompimento integral com a mãe que lhe gerou e a passagem, igualmente brusca, para a mãe que lhe deseja ardentemente, mas que, certamente, não a gerou, nem carregou, nem alimentou, nem estabeleceu contatos de ordem psico-afetiva." ⁸³

⁸¹ MEIRELLES, Jussara, *Gestação por outrem e determinação da maternidade*, Ed. Genesis, Curitiba, 1998, p. 94.

⁸² MEIRELLES, Jussara. Op. cit. p. 95.

⁸³ LEITE, Eduardo de Oliveira. Op. cit. p. 189-190.

Outra questão que coloca em dúvida a viabilidade da gestação através de mãe substituta é o afastamento do pai durante a gestação, o que deve também ser considerado pelas imprevisíveis resultados na relação afetiva entre pai e filho, com possibilidade de conseqüências tanto psicológicas quanto emocionais ainda imprevisíveis na vida dessa criança.

Conforme se percebe, não entrando no mérito a respeito da validade jurídica dos contratos ou pactos estabelecidos entre os pais contratantes e a mãe hospedeira ou substituta, são muitos os questionamentos que envolvem essa forma de procriação humana, além da insegurança dos pais interessados e a mãe hospedeira ou de aluguel inviabilizando esse tipo de gestação.

2.9 Possíveis desvios da FIVETE

O ovo humano disponível representa o alvo ideal para se conseguir, desde a correção de uma doença genética, até a erradicação dessa doença na descendência da pessoa dessa forma modificada e o domínio completo da transferência de gene que poderá resultar, mais numa substituição, do que na sua adição.

Como dizem Loyarte e Rotonda, a bondade dos descobrimentos científicos vão-se incorporando lentamente na vida do homem, sem que se perceba a cara oculta do progresso. "Sem contestação, a bomba ecológica, silenciosa estará instalada entre nós."⁸⁴

A disposição do ovo fora do corpo permite a possibilidade de uma análise cromossômica do embrião, antes de sua transferência para o útero, através da retirada de uma ou de várias células. Esse procedimento poderá se transformar numa oportunidade de seleção dentre os ovos a serem transplantados, possibilitando a escolha desde o sexo desejado até a sua eliminação nas constatações de anomalias hereditárias.

A FIVETE oferece a oportunidade de manipulações genéticas destinadas a modificarem a própria identidade do ovo, como a de injetar uma

⁸⁴ "Lentamente las bondades de los descubrimientos científicos se van incorporando a la vida del hombre, sin que se perciba la cara oculta del progreso. Sin embargo, la bomba ecológica - silenciosa - ya há estallado entre nosotros. El problema está instalado.

informação genética diretamente na célula original, ou seja, no ovo fecundado, a fim de que ela se incorpore ao material genético comum a todas as células do organismo em desenvolvimento.

A manipulação genética se constitui no conjunto de intervenções do homem, em relação aos fenômenos de reprodução, podendo se desenvolver para fins terapêuticos (cura de doenças genéticas), com fins meramente investigatórios (para conhecer o mapa do genoma) ou com finalidade de experimentação e comércio (cosmetologia, produtos farmacêuticos) .

Constituindo-se numa das maiores descobertas deste século, visto incidir diretamente sobre a vida e o futuro do homem, a manipulação dos genes apresenta-se como uma " faca de dois gumes". Ao mesmo tempo que contribui para melhorar a vida, o seu desvio poderá se constituir numa catástrofe com conseqüências imprevisíveis para a espécie humana.

Essas intervenções genéticas ocorrem de duas formas: as efetuadas sobre as células somáticas (células não reprodutoras) e as efetuadas com células germinais (óvulos e espermatozóides). A modificação genética sobre as células somáticas, como prática terapêutica, constitui-se na esperança de cura para várias doenças hereditárias (hemofilia, mucoviscidose, câncer, mal de Alzheimer), revolucionando, de forma benéfica, a medicina.

Além de ser promessa de solução para muitos problemas graves de saúde, a intervenção genética nas células somáticas não acarreta grandes conseqüências na modificação do patrimônio genético, visto afetar somente o paciente, pois a transformação de seu genoma, não se tratando de células germinais ou reprodutoras, é intransmissível para a sua descendência.⁸⁵

A grave questão ética e jurídica diz respeito à alteração dos genes nas células germinais. A alteração do patrimônio genético de um gameta se integra com um novo código na descendência, provocando a troca genética irreversível para as sucessivas gerações de descendentes.⁸⁶ Esses

De nosotros depende el uso que en el futuro le demos a esta arma." LOYARTE, Dolores, e ROTONDA, Adriana E., Procreación Humana Artificial, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1995, p. 348.

⁸⁵ LOYARTE Dolores e Adriana E. ROTONDA. Op. cit., p. 349/350.

⁸⁶ " Esto último há merecido una enérgica condena de la comunidad mundial. Encierra consigo el riesgo de la alteración irreparable del patrimonio genético de la humanidad, y puede afectar en el futuro la tan saludable y necesaria biodiversidad de la especie." LOYARTE, Dolores, e ROTONDA, Adriana E., op. cit. p. 350.

experimentos são realizados com embriões vivos, o que causa maior indignação nos meios éticos e jurídicos. Alguns centros de investigações utilizam-se somente de embriões vivos para as pesquisas. Considerados como sendo “inviáveis”, ou de “baixa qualidade”, “ou que dificilmente chegariam a homem,” como diz LEITE, tentam dessa forma justificar um menor conflito ético-social. Ainda que resulte menos questionável, “o certo é que são os centros biomédicos que determinam quais são os embriões aptos para implante na mulher, e quais terminarão sua sorte numa plaqueta de laboratório. O processo seletivo – incontrolável – transforma a instituição em dadora de vida ou de morte, outorgando um poderoso domínio sobre o destino da humanidade”.⁸⁷

A FIVETE permite, através do diagnóstico pré-implantatário, selecionar os ovos que serão transplantados, possibilitando a escolha do sexo da criança. Esse exame, que torna possível a exclusão dos embriões portadores de doenças (como a hemofilia, por exemplo) antes de serem transferidos para o útero, foi utilizado pela primeira vez, através da equipe britânica de Handy-side, em casais com risco de transmitirem graves anomalias para seus filhos.⁸⁸

Como se pode perceber, a FIVETE é utilizada para solucionar problemas de casais férteis, desviando a fecundação *in vitro*, do que deveria ser seu objetivo inicial e único, ou seja, permitir e ajudar o casal estéril a ter seu filho.

Com a FIVETE vislumbra-se, nos meios científicos, a possibilidade da gravidez masculina. Não se trata de fantasia, visto existirem possibilidades fisiológicas para que possa ocorrer a gravidez masculina. A primeira oportunidade diz respeito à possibilidade de o embrião humano se desenvolver fora do útero, ou seja, na cavidade abdominal, nascendo a criança através de cesariana. A segunda é que as regulações hormonais durante a gravidez ficam garantidas mesmo sem a presença dos ovários, graças a injeções apropriadas de hormônios. O tratamento hormonal seria realizado para manter a gravidez, com conseqüências nos caracteres sexuais

⁸⁷ Op. cit., p. 352.

⁸⁸ SANTOS, Maria Celeste. Op. cit., p. 85.

secundários, como o desenvolvimento dos seios.⁸⁹ Além de absurdo e eticamente inaceitável, tal gravidez consistiria grave risco de vida, tanto para o homem como para o novo ser.

A fecundação de um óvulo por outro óvulo é possível através da FIVETE. O casal homossexual (feminino) que desejar ter um filho com o produto genético das duas parceiras, poderá recolher um óvulo maduro de cada uma das mulheres e fundir esses dois gametos *in vitro*, da mesma forma que um óvulo se funde com o espermatozóide. A figura do pai, como participante fundamental no processo da procriação humana, ficaria eliminada. O óvulo dispõe das reservas necessárias e do equipamento metabólico para dar início ao desenvolvimento da vida. O ovo fecundado pela fusão dos dois óvulos, seria transplantado para o útero de uma das mulheres. Esse tipo de fecundação, até o momento, somente foi realizado com camundongos fêmeas, por P. Soupart, em 1977.

A autoprocriação é outra forma de fertilização possível pela FIVETE. Atualmente a mulher pode desejar ter um filho exclusivamente seu. Bastaria para isso apenas que um espermatozóide anônimo fizesse o papel de ativador e seu núcleo fosse retirado do ovo, logo depois da fecundação (ginogênese). O número normal de cromossomos (diploidia) seria restaurado, impedindo temporariamente a primeira divisão do ovo através da ação de uma substância química utilizada. O embrião seria transplantado para o útero da mãe, de onde nasceria uma menina, que não seria de maneira alguma cópia idêntica de sua mãe. A experiência desse tipo de fecundação foi realizada em 1977, por P.C. Hoppe e K. Ilmensee, com camundongos fêmeas, tendo nascido várias ratinhas.⁹⁰

A transferência nuclear constitui-se na mais nova e revolucionária forma de reprodução humana realizada somente com óvulos de duas mulheres, realizada pelo médico Jaime Grifo da Universidade de Nova Iorque e levada ao conhecimento público no mês de outubro de 1998. Consiste na retirada do núcleo de um óvulo, que é transferido para um óvulo doado e do qual foi retirado o núcleo original. O óvulo misto é fertilizado *in vitro* como se fosse um óvulo comum e posteriormente é implantado no útero da mulher que

⁸⁹ TESTARD, J. Op. cit. p. 88.

⁹⁰ TESTART, J. Op. cit. p. 89.

doou o núcleo. Como o núcleo e o citoplasma do óvulo misto provêm de mulheres diferentes, o bebê que nascer geneticamente terá duas mães.⁹¹

O desenvolvimento da FIVETE fez surgir, nos meios científicos, a idéia da constituição “do banco pessoal de tecidos”. A “proposta” partiu do cientista Edwards. A constituição de uma reserva de tecidos humanos seria destinada à reposição de órgãos do indivíduo nascido através dessa técnica. Assim, a partir do cultivo, pelo período de duas ou três semanas, de um hemiembrião obtido através da duplicação artificial, cujos órgãos seriam dissecados antes de serem congelados em condições propícias e adaptadas para cada tipo de tecido, possibilitaria ao outro semi-embrião gêmeo a reposição, para amenizar as falhas de seus órgãos essenciais. Dessa forma, seriam evitadas rejeições nos enxertos, uma vez que se trataria de suas próprias células. Apesar de essa proposta de Edwards ser considerada escandalosa e imoral, nada existe proibindo ou impossibilitando, num futuro próximo, a existência desses bancos de tecidos para reposição dos órgãos humanos.⁹²

A técnica de “celuloterapia” ou “genoterapia”⁹³ traz grandes benefícios para portadores de doenças incuráveis e garante maior compatibilidade orgânica do que as realizadas com materiais de seres de outras espécies, pelo que vem sendo utilizada desde muito tempo, em alguns países.⁹⁴

A gestação em animais é mais um dos meios de reprodução possível através da FIVETE. A possibilidade do desenvolvimento normal de um embrião de uma espécie animal, transplantado, para o útero de uma outra espécie, foi recentemente comprovada. Foi dessa forma que nasceu o cabrito da ovelha, em 1984, através de S. Mainecke. Embora a experiência somente tenha dado certo em espécie vizinhas, o ser humano possui parentes muito próximos. Além disso, o útero animal poderia tornar-se uma forma alternativa eficaz para a cultura prolongada do hemiembrião humano, a fim de alcançar

⁹¹ PINHEIRO, Aura, MITCHELL, José, Nova técnica lembra clonagem, *Jornal do Brasil*, Seção Vida, 15/11/98, p. 5.

⁹² TESTARD, J, *Op. cit.* p. 87.

⁹³ “El descarte de cigotos, y la fabricación de embriones “por encargo”, son prácticas habituales – aunque no normales – en muchos países, incluso en el nuestro; las industrias cosmética y farmacéutica ofrecen una variedad asombrosa de productos con esas “bondades.” LOYARTE e ROTONDA, *op. cit.* p. 355.

⁹⁴ Sabe-se que há vários anos são utilizados tecidos nervosos de fetos, para implantes em cérebros de doentes do mal de Parkinson. Na Califórnia, nasceu Anisa, concebida para a realização do transplante de medula óssea em sua irmã Marisa Eve, que sofria de leucemia crônica,

um estágio de desenvolvimento suficiente para a produção de órgãos avulsos, que serão conservados nos bancos de tecidos para reposição.

O animal transgênico já existe, ou seja, a clonagem de animal com material genético humano. Trata-se da ovelha Polly, desenvolvida no laboratório escocês PPI Therapeutics (o mesmo responsável pela clonagem da ovelha Dolly). Os biólogos noticiaram, em 24-07-97, o nascimento de Polly, depois de cinco meses do anúncio da clonagem da ovelha Dolly, além de haverem noticiado o nascimento de outras nove ovelhas. Polly foi desenvolvida através de uma célula retirada de um feto de ovelha, em cujo núcleo foi enxertado um gene humano. No óvulo de outra ovelha, depois de retirado o seu núcleo, colocaram no lugar dele o núcleo da célula geneticamente modificada, criando uma célula clonada do feto original, que foi introduzido no útero da mãe hospedeira, conforme explica o diretor do PPI, Ron James.⁹⁵

Na cadeia dos horrores possíveis através da FIVETE, existe ainda a possibilidade da implantação de embrião em mulheres em estado vegetativo. Reduzindo a mãe cerebralmente morta a uma incubadora involuntária, as conseqüências serão maiores para o novo ser, vez que, se desenvolverá num organismo sem qualquer estímulo afetivo, com conseqüências psicológicas imprevisíveis para o nascido.

Clone, que no grego significa *broto*, é a cópia idêntica de outro ser vivo produzido pelos meios artificiais e assexuadamente. Clonagem significa multiplicação: produção de organismos de idêntica constituição genética, que procedem de um único indivíduo. Em julho de 1997, o mundo assistiu incrédulo à espantosa notícia da existência de animal clonado, ou seja, originado das células de um mesmo organismo. A notícia espantou não somente pela descoberta da possibilidade de clonagem, mas pelo abalo total na cadeia da formação da filiação, até então consagrada no tripé de constituição: mãe, pai e filho.

Diante da possibilidade da clonagem humana, as definições de filiação como a de Mário Aguiar Moura⁹⁶ “ conceito triangular irreduzível”, e a frase “ nem sequer os audaciosos avanços da ciência médica obtendo a

e a irmã nascida, se constituía numa doadora compatível com sua irmã maior. O transplante foi realizado quando a doadora tinha apenas 14 meses de idade. Revista Manchete n° 2.382, 29/11/97, p. 8.

⁹⁵ Revista ISTO É, n° 1452, 30/7/97 “A Ovelha Humana”, Ciência, p. 42.

concepção em laboratório, fogem dessa triangularidade “, caíram por terra. O filho pode descender de uma só das partes que compõem a base geradora da vida, ou seja, o filho pode descender somente da fêmea.

A criação do clone se origina de uma “receita simples,” como refere Eurípedes Alcântara, para explicar o nascimento de Dolly.⁹⁷ O embriologista escocês Ian Wilmut, do Instituto Roslin em Edimburgo, capital da Escócia⁹⁸, rompeu uma barreira ética e científica, ao conseguir fundir um óvulo não fecundado, de onde foi retirado o miolo genético, com uma célula doada pela ovelha que queria copiar. Depois implantou o resultado da fusão no útero de uma terceira ovelha, onde foi gestada. Assim nasceu Dolly em julho de 1997, gerada através de uma única célula da mama de uma ovelha adulta (ou seja, sem cruzamento ou inseminação artificial).

Conforme diz ELIDA SÁ, “Pelos problemas patrimoniais e éticos que pode acarretar, a clonagem é a descoberta científica que mais suscita desconfiança no mundo jurídico. Pressupõe-se que os indivíduos resultantes deste processo terão as mesmas características genéticas do doador dos cromossomos, repugnando a idéia de produzir pessoa por encomenda. Essa possibilidade fere a dignidade humana pela instrumentalização e coisificação do homem, sendo contrária aos princípios que regem os direitos Humanos.”⁹⁹

Em 09.07.97, através da Instrução Normativa nº 8/97, a Comissão Técnica Nacional da Biossegurança (CTNBio)¹⁰⁰ resolveu proibir atividades com humanos, tanto em relação à manipulação genética de células germinais quanto em quaisquer experimentos de clonagem. (art. 2º).

Outra possibilidade de criação através do uso das células de um mesmo organismo ocorre quando, com as células do mesmo ser, contendo núcleos com a mesma bagagem genética, pode proporcionar, através de

⁹⁶ MOURA, Mário Aguiar, Tratado Prático da filiação, vol. 1, Aide Editora, Rio de Janeiro, 1984, p. 86.

⁹⁷ Revista VEJA, Eurípedes Alcântara: “Dolly, a revolução dos clones”, Ed. Abril, de 5/3/97, p. 92.

⁹⁸ “Criou um laboratório de clonagem em Bagdá, o presidente do Iraque, Saddam Hussein, [...] Segundo o jornal inglês The Sunday Telegraph, um médico iraquiano, em visita à Grã-Bretanha, revelou que o ditador quer fazer uma clonagem de si mesmo.” MANCHETE, Revista de 03/05/97, Ed. Bloch, p. 95.

⁹⁹ Revista ISTO É, nº 1452, de 30/7/97 “A Ovelha Humana”, Ciência, p. 42.

¹⁰⁰ “A tendência é que no futuro o País comece a desregular o uso dessas tecnologias, mas nossa Comissão de Biossegurança nasceu com dez anos de atraso e, enquanto os outros países criam normas mais flexíveis, estamos ainda definindo nossas primeiras regras”, diz o pesquisador Ribeiro de Paiva, ao comentar a pesquisa sobre clone para reprodução de vacas brasileira. Revista Isto É, nº 1450, 16/7/97, p. 57.

injeção desses núcleos, a transformação de igual número de ovos em embriões gêmeos univitelinos.

Jerry Hall foi o primeiro cientista a demonstrar que os embriões humanos podem ser divididos e replicados em múltiplas cópias idênticas. Esse pesquisador do programa de fertilização *in vitro*, do Centro Médico Universitário George Washington, anunciou, em outubro de 1993, a divisão dos embriões em gêmeos idênticos, utilizando uma técnica similar, antes incorporada, para a reprodução de animais.¹⁰¹

O catálogo não é exaustivo, mas já contém bom número de horrores possíveis, mesmo em relação ao que seria viável a curto prazo. Quando se trata de criar a vida ou de fazê-la durar, o horror é um sentimento passageiro que cede lentamente dando lugar á atração permanente do artifício utilitário ou caprichoso.¹⁰²

Como se pode verificar, o encadeamento inexorável das técnicas de reprodução criadas unicamente para a realização da procriação, quando impedida por uma anomalia anatômica ou funcional do homem ou da mulher, possibilitam, com seu desvirtuamento, o engendramento de tantas outras, estúpidas e repugnantes, as quais vêm atingir o que se julgaria imutável na espécie humana.

No Brasil, vislumbra-se um começo de legalização. A Lei nº 8.974/95, através dos arts. 8º, II, III, IV, e 13, que veio em proteção ao embrião, previne a possibilidade da prática desse arsenal de horrores contra a vida do homem ao vedar a) manipulação genética de células germinais humanas, b) intervenção em material genético humano *in vivo*, salvo para o tratamento de defeitos genéticos, c) produção, armazenamento ou manipulação de embriões humanos destinados a servir de material biológico disponível, como também, ao considerar tais atos criminosos, punindo-os severamente.

Preocupados com as perversidades que poderão ocorrer contra a raça humana sob o escudo do aperfeiçoamento e bemestar da espécie, profissionais das mais diversificadas áreas do conhecimento deixam transparecer grande ansiedade por um maior controle na utilização das

¹⁰¹ LOYARTE e ROTONDA, *op. cit.* p. 357.

¹⁰² TESTART, J. *Op. cit.*, p. 89.

variadas técnicas de fertilização assistida, através da regularização positiva dos pontos fundamentais da questão, sob a referência de direitos do homem.

Nada justifica seja o homem transformado em objeto de uso, ou coisificado, sem direito a nascer ou viver, para a proteção de uns ou para benefícios econômicos de outros. Conforme ensina Antonio Meneghetti, "tudo o que é uma contribuição à melhoria do homem deve ser feito, mas é preciso proceder com muita cautela porque, se variarmos a natureza do homem para pior, é um ato impuro, antes de tudo contra nós mesmos e, depois, contra o humano."¹⁰³ Diante de todas essas possibilidades que podem vir em detrimento da própria espécie, os inusitados avanços alcançados pela ciência médica interferindo diretamente na vida do homem, obrigam a uma reflexão ética e jurídica.

¹⁰³ MENEGHETTI, Antonio, Sistema e Personalidade, Trad. Alécio Vidor e Maria Tereza Albiero, Associação Brasileira de Ontopsicologia, Porto Alegre, 1994, p. 156.

CAPÍTULO II

QUESTIONAMENTOS EM RELAÇÃO AO EMBRIÃO FORA DO CORPO HUMANO

“Dia virá em que o saldo de humanidade estará contido inteiramente na lembrança do homem.” Jacques Testart.”

Não se pode, em nenhum momento, condescender com a utilização das técnicas para além do que a Ética e a Moral, no resguardo daqueles valores superiores, permitem. Neste campo, qualquer transgressão, mesmo não regulada a matéria em Lei, afigura-se igualmente ilícita, por ofender bens que simultaneamente são jurídicos na medida em que o Direito constitui o mínimo ético fecundado pelos princípios da Ética e da Moral. “A ética”, como diz Volnei Ivo Carlin, “ é uma exigência necessária a qualquer atividade humana, máxime quando vai de encontro à tomada de decisões que repercutem nos interesses de outra pessoa ou da coletividade.”¹⁰⁴

O progresso científico não implica sempre valia ética nem licitude jurídica e, portanto, “ nem tudo o que não é punido é lícito.”[...] “nem tudo o que não é proibido é lícito”[...] “nem tudo o que não é ilícito é eticamente fundado.”[...] diz José de Oliveira Ascensão.¹⁰⁵

O rápido desenvolvimento científico conforme vem ocorrendo na engenharia genética e na prática da fertilização medicamente assistida, fez surgir questionamentos éticos que tiveram como resposta um demonstrado interesse das consultas éticas na área biomédica. A preocupação diante de questões tais como o modo de determinar o início da vida ou de conceituar o seu fim, são exemplos que servem para ilustrar a transcendência dos problemas éticos proporcionadores do surgimento da Bioética como disciplina. Essa

¹⁰⁴ CARLIN, Volnei Ivo, Deontologia Jurídica Ética e Justiça, Florianópolis/SC, Editora Obra Jurídica, p. 41.

¹⁰⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira, Problemas Jurídicos da procriação assistida, Revista Forense, Vol. 328, Ano 90, outubro a dezembro de 1994, p. 69.

preocupação, presente em nível mundial, tornou obrigatória a matéria de ética médica em quase todas as Faculdades de Medicina, como é hoje ensinada nos Estados Unidos, e disciplina obrigatória em todas as escolas da área biomédica de nosso país.¹⁰⁶

A Bioética, fundamentada em três princípios (da autonomia, da beneficência e da justiça), utilizando um discurso pluralista em que deverão estar presentes todos os elos da corrente do pensamento humano (a Filosofia, a Teologia, o Direito, a Sociologia, a Psicologia, a Biologia), procura desenvolver e compreender estes princípios, norteando sua forma de aplicação e, através deles, questionar as relações da conduta humana na área das ciências naturais. "Assim, a bioética não se constitui em código de deontologia do exercício da medicina e das demais ciências biomédicas, mas pretende ser uma reflexão ética também voltada para a esfera médica, mas para além do âmbito de interesse dos profissionais da saúde, hospedando tanto a promoção ativa e passiva da vida em sua inteireza (doença e saúde) quanto o resguardo de todas as formas de manifestação do viver humano."¹⁰⁷

Essa parte da Ética, ramo da Filosofia, apresentando um enfoque não só normativo, como o caso dos códigos de moral, mas também uma visão de pesquisa, a fim de que os aspectos da moral padronizada possam ser reavaliados através de estudos multidisciplinares, tem levantado os maiores questionamentos, demonstrando grande preocupação ética em relação ao uso das inusitadas técnicas de reprodução humana.

O desarmamento da ordem jurídica positivada diante das inovadoras possibilidades criadas pela ciência biomédica, obriga o mundo jurídico a avaliar essas conquistas científicas, trazendo-as para o campo do Direito, a fim de verificar até onde a pessoa é beneficiada e até que ponto pode ser prejudicada pelas novas técnicas. Juntamente com as importantes descobertas científicas consideradas como positivas e favoráveis à preservação e bemestar do homem, escondem-se realidades preocupantes,

¹⁰⁶ "El origen de la vida, el concepto de muerte, la capacidad de tomar racionalmente decisiones difíciles, el valor del principio de autonomía, o el papel cada vez más preponderante del Estado en la política sanitaria, son buenos ejemplos para ilustrar la trascendencia de la problemática que há propiciado la aparición de la Bioética como disciplina y el enorme florecimiento que en las dos últimas décadas han experimentado las relaciones entre biología, medicina, ética y derecho." CASADO, María, La Bioética, Materiales de Bioética e Derecho, Barcelona, Cedecs Editorial, 1996, p. 34.

como a interferência sobre as células germinais, que colocam em risco as próprias características de forma permanente da espécie humana.

A questão efetiva sobre a proteção do embrião constitui-se em um dos temas geradores dos maiores conflitos éticos, mesmo nos países em que existe legislação específica sobre a fertilização assistida. Pelo que se percebe, essa contrariedade encontra-se manifestada nos pareceres das mais diversas áreas, e a dificuldade de um consenso sobre a questão não se estabelece somente no terreno jurídico, mas também e principalmente, no campo da bioética, diante da impossibilidade em determinar eticamente o momento do início da vida humana.

São questões em aberto, ainda sem respostas convincentes nos procedimentos a serem adotados quanto à fertilização assistida, à situação jurídica, à definição da natureza do ser humano ou à integridade física do embrião na sua condição extracorpórea. No Brasil, o embrião fecundado *in vitro* e criopreservado não é alvo de qualquer tutela, já que se encontra fora do corpo da mãe, que é condição para o reconhecimento e a proteção legal. Surgem daí as perguntas ainda sem respostas, como, o que fazer com os embriões excedentes? poderão os mesmos ser utilizados para pesquisas, cosmetologia ou simplesmente eliminados, ou doados para outros casais? quanto tempo poderão permanecer congelados?

1 Paradoxo entre o *status* do nascituro e o embrião fora do corpo

A definição de embrião varia de país para país. Alguns o fazem de forma escalonada, classificando o fecundado nestes termos: ovo fecundado, pré-embrião e embrião. A palavra *feto* é utilizada para o concebido depois dos principais órgãos já se encontrarem formados (após a oitava semana de gravidez).

Controvérsias muito sérias envolvem a definição de embrião. Mas o ponto central da questão é precisamente o próprio embrião. Todas as perguntas se resumem em se saber quando começa a existir um sujeito

¹⁰⁷ SILVA, Reinaldo Pereira e, *Ética & Bioética, Análise Bioética das técnicas de Procriação Assistida*, Ed. Terceiro Milênio, Florianópolis/SC., 1998, p. 120.

humano, ou seja, a partir de quando um indivíduo pode ser considerado homem.

A pergunta feita com cada vez maior insistência e maiores resistências, justifica-se, tendo em vista que a sua resposta determina a liceidade ou iliceidade das intervenções no embrião, além da manipulação, congelamento, eliminação e demais atos possíveis com o concebido através de fertilização *in vitro*.

Para Jacques Testart, “a teoria que faz deslizar o objeto do respeito da pessoa constituída em direção à pessoa em germe é, no mínimo, contestável.”¹⁰⁸ Diz, o citado cientista, que, na opinião dos biólogos, somente se constitui um novo ser por ocasião da “última fase”, ou seja, quando o masculino se confunde intimamente, de modo indissociável, com o feminino. Somente a partir daí se inicia uma nova entidade, com qualidades genéticas próprias que a diferenciam de seus genitores. Esse novo ser só existiria, dois ou três dias após a penetração do espermatozóide no óvulo. E a prova de que o ovo constituído de dois núcleos não é um novo ser consiste em que se pode trocar um ou outro desses núcleos por um núcleo estranho do mesmo sexo e criar, assim, um indivíduo diferente daquele que seria formado.

Desse modo, o “projeto de criança” se encontra na substância do ovo fecundado quando o binômio (masculino e feminino) é constituído, podendo a realização de um novo ser humano ser protelada por algumas horas ou muitos anos, através do congelamento. É, portanto, o projeto, e não uma pessoa, que nessas circunstâncias se encontra congelado, devendo ser tratado como pré-embrião (considerado aliança possível de dois germes, que é o ovo com dois núcleos).

Contra-argumentando, Maria Celeste Cordeiro I. dos Santos diz que a palavra pré-embrião é assim deliberadamente criada, revelando uma demanda utilitarista e servindo de argumentação para reduzir o ponto afetivo e crucial de que existe, desde os primeiros instantes da fecundação, vida humana. Assim, sob a aparência de uma simples descrição, o vocábulo facilita a aceitação popular e científica de manipulações, intervenções eugênicas e até mesmo destruições. A vida humana passa a ser um mero conceito operacional.

¹⁰⁸ TESTART, Jacques. Op. cit. p. 76.

Através do termo, procuram os embrilogistas justificar um ponto de vista extracientífico que lhes convém.¹⁰⁹

Segundo outros estudiosos do tema, o momento do desenvolvimento do embrião que configura o começo de um novo ser humano é aquele que corresponde ao estágio de “estria primitiva”, estágio em que milhões de células já se encontram, plena e definitivamente, canalizadas para formar o organismo que, até então, estava em potencial. Assim, o termo préembrião serviria para indicar a fase precoce do embrião, ou seja, o período que vai desde a constituição do zigoto até o momento em que aparece a estria embrionária primitiva.¹¹⁰

Nesse caso, pode-se considerar que o início da vida se daria em dois processos descontínuos, sem correlação entre si: da formação do zigoto até a “estria primitiva” e o desta em diante.

Para Giovanni Russo¹¹¹, “ é difícil compreender, de um ponto de vista lógico, como a entidade da primeira fase, que “ inclui e dá origem ao embrião, não é extensiva” ao embrião, que prosseguiria no seu desenvolvimento, da estria primitiva em diante, tornando difícil compreender-se como uma estrutura possa ser indivíduo geneticamente e não morfológicamente.

Surgem, ainda, os defensores da inexistência do embrião até o 14º dia, fundamentados na constatação de que, até esse período, não existe qualquer esboço de estrutura nervosa, ou ainda, não surgiu durante esses primeiros quatorze dias, a constituição de eixo longitudinal definitivo (linha primitiva). Para essa corrente, a vida tem seu início no 15º dia da fecundação, quando se torna visível a “estria primitiva” e quando já não poderá acontecer uma separação gemelar.

A estria embrionária primitiva, argumenta Giovanni Russo, “representa apenas o ponto de chegada de um processo ordenado de forma seqüencial, sem solução de continuidade, que teve início no momento em que se formou o zigoto. No período de preparação dos sistemas nutritivos e protetores, já estão sempre presentes as células progenitoras das quais se

¹⁰⁹ TESTART, Jacques. Op. cit. p. 79-80.

¹¹⁰ RUSSO, Giovanni, Educar para a Bioética, trad. Attilio Brunetta, , Petrópolis, Ed. Vozes1997, p. 182.

¹¹¹ RUSSO, Giovanni. Op. cit. p. 182.

originam os folhetos que constituem a estria embrionária primitiva. “¹¹² Para o referido autor, não se pode, portanto, conceber existências diferentes e sucessivas do mesmo embrião vivo, e isto está plenamente conforme ao dado experimental e embriológico. “Se isto é verdadeiro, deve-se concluir, de um ponto de vista lógico e racional, que, ontologicamente, há uma identidade em todo o percurso do desenvolvimento da única individualidade que, uma vez nascida, todos reconhecem estar de posse da qualidade e da dignidade de pessoa humana.”¹¹³

Para a corrente defensora do início da vida a partir do momento da separação gemelar, o processo ocorre quando um ou mais blastômeros se separam do conjunto dos outros ou quando a região do disco embrionário se fragmenta, ocorrendo a degenerescência das células, e de partes separadas (ainda totipotenciais), enquanto o grupo restante das células reparada a perda, continuam a evoluir, ou, dependendo das condições, são capazes de retomar o próprio desenvolvimento, dando começo a um novo ser humano com um projeto genético igual ao daquele do qual se separou.

Assim, o fenômeno da gemelidade monozigótica é considerado o argumento mais consistente a favor da opinião de que, até o décimo quinto dia, o embrião não é um indivíduo humano.

Entretanto, sustenta Giovanni Russo, que “esta eventualidade não implica nem significa que o conjunto de células dos estágios primitivos do desenvolvimento seja um mero agregado de múltiplas unidades não organicamente correlatas num todo. Logicamente, pode-se somente afirmar que do primeiro sistema “teve origem” um outro sistema semelhante. Não que o primeiro sistema “se tenha tornado “um outro sistema, ou que “incluía” um outro sistema. Somente a potencialidade de “tornar-se” um outro sistema, e não a potencialidade de “dar origem” a um outro sistema ou a um maior número de sistemas, suprimiria a determinação e, portanto, a individualidade do primeiro sistema.” ¹¹⁴

Outros asseguram que, enquanto não existirem estruturas nervosas centrais, o embrião não poderá ser considerado indivíduo humano.

¹¹² Op. cit. p. 183.

¹¹³ Op. cit. p. 183.

¹¹⁴ Op. cit. p. 184.

Dessa forma, até a oitava semana, quando fica evidenciada, mesmo em miniatura, a forma completa do organismo, não se pode considerar o embrião como sendo humano. Existem ainda, os defensores do início da vida humana um pouco mais adiante, ou seja, quando já suficientemente formado o córtex cerebral. Prescindindo de um cérebro humano funcional e, portanto, não dotado de consciência desenvolvida, não poderia o embrião ser considerado indivíduo humano.

A complexidade do tema, com suas implicações ético-jurídicas, fez surgir, na Inglaterra, o relatório Warnock, que autoriza a realização de experiências com embriões até o 14º dia, defendendo, dessa forma, a teoria de que, no embrião, existe um *antes* e um *depois*, para aquisição da dignidade humana, contrapondo-se à teoria concepcionista que admite ser o embrião, desde o momento da fecundação, algo distinto da mãe, com autonomia genético-biológico.¹¹⁵

Biológicamente, a partir do momento em que se encontram óvulo e espermatozóide e se fundem seus núcleos, começa uma nova entidade que se diferencia do corpo materno, possuindo qualidades genéticas próprias e únicas.¹¹⁶ Desde a fecundação, sabe-se que este novo ser da espécie humana diferencia-se do corpo materno, de vez que possui características próprias, únicas, irrepetíveis e insubstituíveis.

Muitas são as correntes defensoras do momento em que pode se considerar como iniciada a vida do homem. Intensas discussões se sucedem em todo o mundo, principalmente nos países em que a evolução científica vem provocando a tomada de consciência para a significação dessa questão, tendo em vista a necessidade de se reconhecer as suas conseqüências no campo jurídico.

A contraditória polêmica biomédica sobre o momento em que se pode considerar como iniciada a vida humana, levou o Conselho da Europa, através da Recomendação n. 1.046/86, e, mais tarde, da Recomendação nº 1.100/1989, dirigida aos países membros, mas desejando ser respeitado pelos demais países, a regulamentar o uso de embriões e fetos humanos na

¹¹⁵ SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos, *Imaculada Conceção*, São Paulo, Ed. Acadêmica, 1993, p. 109.

pesquisa científica, destacando a necessidade do estabelecimento do equilíbrio que deverá existir entre o princípio da liberdade de pesquisa e o respeito à dignidade inerente a toda forma de vida gerada pelo homem, assegurando também, como forma correta, a tutela jurídica do embrião desde o momento da fecundação. Prevêem, ainda, as referidas Recomendações, que a engenharia genética não deverá ser aplicada nas pesquisas com material humano, sem que tenha autorização das autoridades competentes, vedando toda e qualquer conotação comercial que possa existir sobre os embriões(aquisição e venda pelos pais ou por terceiros). Regulando, ainda, a doação ou uso de material embrionário para fabricação de armas biológicas, proíbe, também, a criação de seres em laboratório (ectogênese) .

Regulamentar a atividade de todos aqueles que estão, ou possam vir a estar, envolvidos com o processo da procriação artificial, para que se proteja o embrião ainda não implantado, ou seja, enquanto *in vitro* ou crioconservado, seria a forma de proteger o ser humano em relação aos interesses da ciência, até porque a ciência somente tem sentido na medida em que esteja a serviço do homem.

O vazio legislativo e as deficiências jurídicas nesse sentido abrem caminho para que o embrião venha a ser reduzido, em seu próprio direito de preservação, ao desenvolvimento e à vida, podendo, inclusive, ser coisificado e utilizado para quaisquer fins.¹¹⁷

1.1 Início da personalidade civil do homem

No direito civil brasileiro, que afastou as questões relativas à viabilidade e à forma humana, bastando a vitalidade, a criança nascida de mulher, é considerada pessoa, independentemente das anomalias ou deformidades que apresentar. Posiciona-se ao contrário do antigo Código Civil português, que, perseguindo reminiscência do direito romano, previa a forma

¹¹⁶ "Desde una perspectiva biológica, si nos apoyamos en el potencial que su caudal genético determina que sea desde el momento de la fecundación (fusión nuclear de gametos o singamia), podemos afirmar que su A .D.N. determinará que sea ser humano y no otra cosa." DOLORES, Loyarte, ROTONDA, E. Adriana. Op. cit., p. 206.

¹¹⁷ SCARPARO, Mônica Sartori, Fertilização Assistida, Ed. Forense Universitária Ltda., Rio de Janeiro, 1991, p. 39.

humana como condição para o nascido ser considerado como humano.¹¹⁸ Não se considera, portanto, como ser humano, para os efeitos conferidos pela legislação civil brasileira, criatura que não promane de mulher, ainda que tenha características humanas.

Adotou o nosso direito civil, a exemplo do Código Civil alemão (art. 1º), do Código suíço (art. 31), do português (art. 66) e do italiano (art. 1º), como início da personalidade civil do homem o fato do nascimento, ao contrário do Código Civil argentino (art. 70), que considera o início da personalidade civil a partir da concepção e do Código Civil Espanhol (art. 30), que exige a forma humana do recém-nascido e fixa um prazo de vinte e quatro horas para que venha a adquirir personalidade. Para o Código Civil francês, que preserva uma reminiscência do antigo direito italiano, não basta o nascimento com vida, fazendo-se necessário que o recém-nascido seja "viável", isto é, apto para a vida (qualidade que não possuem aqueles a quem faltam órgãos essenciais ou, nos fenômenos teratológicos, como os que sofrem de acefalia etc.). Na prática, isso gera incertezas, tendo em vista que a constatação da viabilidade depende de perícia médica, além de que essa viabilidade, diante das espantosas descobertas científicas, é passível de correção.

Segundo Caio Mário da Silva Pereira,¹¹⁹ no direito romano a personalidade jurídica coincidia com o nascimento, antes do qual não havia como se falar em sujeito ou em objeto de direito. O feto nas entranhas maternas era considerado como parte da mãe (*portio mulieris vel viscerum*) e não pessoa ou corpo, não possuindo direitos, nem os atributos reconhecidos ao homem. A fim de proteger o direito do nascituro, muito embora fosse o nascimento, o requisito para aquisição do direito, enunciava-se a regra da antecipação presumida de seu nascimento, declarando-se que "*nasciturus pro iam nato habetur quoties de eius commodis agitur*", operando-se, dessa forma, uma equiparação do *infantulus conceptus* ao já nascido, não para considerá-lo como pessoa, mas, para o propósito de assegurar os seus interesses dele, inclusive, contra terceiros.

¹¹⁸ "A exigência de guardar o recém-nascido forma humana é uma reminiscência romana: "Non sunt liberi, qui contra formam humani generis converso more procreantur, veluti si mulier monstruosum aliquid aut prodigiosum enixa sit" (Digesto, Livro I, tit. V, fr. 14). "PEREIRA, Caio Mário da Silva, Instituições de Direito Civil, vol. I, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1997, p. 144.

A controvertida questão, reacendeu no Brasil, o debate em torno do art. 4º do Código Civil, segundo o qual “a personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.”

Para o direito civil brasileiro, o nascimento com vida é o ponto de partida da personalidade, que ocorre quando o feto se separa do corpo materno, formando um ente organicamente independente, sendo, a partir desse momento, objeto de proteção jurídica, independente da proteção jurídica que diz respeito à gestora.

Mas, não basta que ocorra o nascimento; é preciso provar que o nascido viveu. A constatação da vida do nascido ocorre com a primeira troca ox carbônica no meio ambiente, ou seja, desde que tenha respirado, viveu, mesmo que pereça em seguida. A prova de que o recém-nascido tenha inalado ar atmosférico dar-se-á por qualquer movimento próprio ou choro. A respiração pode ser constatada, também, através de processos técnicos usados pela medicina legal ou pela docimasia hidrostática de Galeno.¹²⁰

O começo da personalidade, que se constitui ponto inicial de todos os direitos e obrigações inicia no nascimento com vida, como atributo da pessoa humana, está a ela indissolúvelmente ligado, sendo sua duração a da vida. Desde que viva, e enquanto vive o ser humano é dotado de personalidade.

A palavra pessoa, originou-se do latim *persona* e primitivamente significava máscara, adaptada pelos atores ao rosto para dar eco às suas palavras. *Personare* queria dizer ecoar, ressoar, sendo, então, a máscara uma *persona*, porque fazia ressoar a voz da pessoa. O vocábulo, transformado fonética e semanticamente, passou a significar o papel que cada ator representava e, mais tarde, a exprimir a atuação de cada indivíduo no cenário jurídico. Completando a evolução, a palavra passou a expressar o próprio indivíduo que representa esses papéis. Nesse sentido é que se emprega atualmente.

¹¹⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit., 144.

¹²⁰ “Baseia-se essa prova no princípio de que o feto, depois de haver respirado, tem os pulmões cheios de ar. Assim, imersos em água, eles sobrenadam, o que não sucede com os pulmões que não respiram (Nuovo Digesto Italiano, voc. “Dicimasia”).” MONTEIRO, Washington de Barros, Curso de Direito Civil, 2º Vol., Ed. Saraiva, São Paulo, p. 51.

A palavra pessoa pode ser tomada em três sentidos diferentes: o vulgar (como sinônimo de ente humano), o filosófico (ente que pratica seu fim moral e que age de forma consciente) e jurídico. No conceito jurídico, a pessoa se constitui no ente físico ou moral suscetível de direitos e obrigações. Portanto, pessoa é sinônimo de sujeito de direito ou sujeito de relação jurídica. No direito moderno, todo ser humano é pessoa no sentido jurídico. A capacidade é elemento da personalidade. Como tal projeta-se no campo do direito e se expressa pela idéia de pessoa, juridicamente considerada ente de direitos e obrigações.¹²¹

Dessa definição escapam os inanimados e os irracionais, uma vez que o ordenamento jurídico não confere personalidade a outros seres vivos, muito embora existam leis que os protegem, em atenção ao homem, que deles necessita, ou, no caso dos animais, a fim de evitarem-se perversão e brutalidade desnecessárias. Essa proteção legal, não lhes confere, porém, direitos ou semidireitos; nem podem ser considerados semipessoas ou portadores de personalidade. O direito é relação estabelecida exclusivamente entre homens; constituído *hominum causa*, ele não existe senão de homem para homem.¹²²

Como argumenta Heloísa Helena Barboza,¹²³ a polêmica gerada em torno do art. 4º do Código Civil brasileiro, encontra-se no final, visto que a ciência trouxe os elementos necessários a fim de que se possa fazer a distinção entre a personalidade jurídica e a capacidade de direito, conceitos próximos e, não raro, confundidos. Segundo essa autora, TRABUCCHI esclarece ser hoje usada a expressão *persona* para indicar o homem como ator do mundo jurídico. Dela deriva uma qualidade do sujeito, a saber, a personalidade, quer dizer, o sujeito de direito, com aptidão para tornar-se titular de qualquer situação de direito ou dever jurídico. Para ela, personalidade em sentido jurídico é, portanto, a aptidão reconhecida pela lei a alguém para tornar-se sujeito de direito e deveres. Como pressuposto da concreta titularidade das relações, a personalidade corresponde à *capacidade jurídica*.

¹²¹ "Capacidade exprime poderes ou faculdades; personalidade é a resultante desses poderes; pessoa é o ente a que a ordem jurídica outorga esses poderes." MONTEIRO, Washington de Barros. Op. cit., p. 58.

¹²² MONTEIRO, Washington de Barros. Op. cit., p. 57.

¹²³ BARBOZA, Heloísa Helena, A Filiação em face da inseminação artificial e da fertilização "in vitro", Rio de Janeiro, Ed. RENOVAR, 1993, p. 80.

Para uma sutil distinção entre os dois conceitos, a personalidade (como sinônimo de subjetividade) é a abstrata idoneidade de tornar-se titular de relações: é a titularidade potencial de uma série indeterminada de relações. A capacidade jurídica é a medida de tal idoneidade que define os contornos da personalidade.

No entanto, o direito civil pátrio, mesmo considerando o início da personalidade civil do nascimento com vida, " põe a salvo", desde a concepção, os direitos do nascituro, salvaguardando, ao apenas concebido, direito aos alimentos, à vida, a um curador (para o casos de incapacidade de seus genitores), à herança, ao recebimento de doação e ao reconhecimento como filho, além de outros,¹²⁴ conforme prevê o Código Civil (arts. 353, 357, parágrafo único, 372, 377, 458, 462 e 1.718) ; Código de Processo Civil, (arts. 877 e 878); e Código Penal, (arts. 124 a 127, 128), podendo esta situação ser considerada como antecipação da personalidade.

Para Maria Helena Diniz,¹²⁵ poderia até se afirmar que, na vida intra-uterina, o nascituro possui personalidade jurídica formal, no que diz respeito aos direitos da personalidade e aos personalíssimos, passando a ter personalidade jurídica material que alcança os direitos patrimoniais permanecidos em estado potencial, com o nascimento com vida.

Já que é o nascituro a pessoa por nascer, já concebida no ventre materno, então, diante das técnicas de fertilização assistida, como poderia ser tratado juridicamente o embrião, antes de ser implantado no útero ou enquanto criopreservado ou, até mesmo, podendo jamais ser implantado, quando rejeitado pelo casal solicitante(os chamados excedentários), permanecendo dessa forma, no aguardo de sua destinação?

As leis brasileiras protegem apenas o nascituro como ser em vida intra-uterina. Não configuraram a hipótese de um embrião existir fora do corpo da mãe.

Os embriões humanos existentes fora do corpo não podem ser tratados como coisas, pela potencialidade de vida que eles contêm. São pessoas, não devendo se constituir em mero objeto, tampouco servir para satisfação de finalidades alheias.

¹²⁴ DINIZ, Maria Helena, Código Civil Anotado, São Paulo Ed. Saraiva, 1995, p. 8.

¹²⁵ DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 8.

Com o domínio da ciência na reprodução humana, através das técnicas de fertilização *in vitro* e da criopreservação dos embriões, reacenderam-se os debates sobre o momento em que se deve considerar juridicamente o nascituro, levando-se em conta que a vida sempre foi considerada como iniciada, com a fecundação pela fusão interna dos gametos, ou seja, no ventre materno.

Embora a técnica de fertilização humana em laboratório, se constitua na fecundação do óvulo pelo espermatozóide extracorporeamente, dando início à vida, sabe-se que é a nidação do ovo que possibilitará ao embrião o seu desenvolvimento e, conseqüentemente, garantirá o seu nascimento.

Diante dessa constatação, para grande número de juristas, o embrião humano criopreservado ou congelado não pode ser considerado como nascituro, mesmo levando-se em conta a sua carga genética própria.

Assim, o embrião somente poderá ser considerado "pessoa" a partir do momento em que for implantado no útero materno. O embrião humano criopreservado, até ser transplantado para o útero materno, não pode ser considerado como nascituro, visto ser o nascituro aquele que está para nascer. Nessas condições, o embrião não é protegido nem tutelado juridicamente.

São inúmeras as teorias surgidas na defesa do início da personalidade e da condição jurídica do nascituro. No Brasil, segundo Silmara J. A. Chinelato e Almeida,¹²⁶ podem ser reduzidas a três correntes: a natalista, a da personalidade condicional e a concepcionista.

A corrente *natalista*, que possui grande número de adeptos, defende, amparada na primeira parte do artigo 4º do Código Civil, que a personalidade civil do nascituro começa do nascimento com vida. Todavia, a referida corrente não explica a razão de o artigo 4º reconhecer direitos e não somente expectativa de direitos ao nascituro, conforme se pode constatar pelos diversos artigos do Código Civil brasileiro.¹²⁷

Diante dos argumentos da corrente natalista em relação à situação jurídica do embrião, deve-se então admitir que, entre pessoa e não-

¹²⁶ ALMEIDA, Silmara Chinelato, Direitos de Personalidade do nascituro, Revista do Advogado, nº 38, AASP, Dezembro/92, p. 22.

¹²⁷ "[...]como, por exemplo, "status" de filho (artigo 458)...direito à curatela (458 e 462)...direito de ser adotado (372)..." ALMEIDA, Silmara Chinelato. Op. cit., p. 22.

pessoa (embrião), existe um vazio, que intermedeia o ser e o não ser (o embrião seria considerado juridicamente o quê? simples coisa?).¹²⁸

Nesse sentido Caio Mário da Silva Pereira defende que “ pelo nosso direito, portanto, antes do nascimento não há personalidade.” Para o citado jurista, situações existem em que se reconhece a existência de um direito potencial ao concebido, mas, em qualquer desses casos, não se pode falar em “pessoa” do nascituro, a quem é assegurado, apenas, um direito potencial.¹²⁹ O nascimento que ocorre quando o feto é separado do ventre materno, desfazendo-se a unidade biológica, de maneira a constituírem mãe e filho dois corpos independentes, o que existe até esse momento, diz o citado autor, são direitos meramente potenciais, para cuja constituição dever-se-á aguardar o fato do nascimento com vida, para a aquisição da personalidade.¹³⁰

A corrente denominada da *personalidade condicional*, por sua vez, defende o início da personalidade do nascituro desde a sua concepção, mas, com a condição de nascer com vida.

Seguindo esse pensamento, diz Washington de Barros Monteiro que se discute “ se o nascituro é pessoa virtual, cidadão em germe, homem *in spe*.[...]” Para o autor, o nascituro é pessoa condicional. A aquisição da personalidade acha-se sob dependência de condição suspensiva, o nascimento com vida.¹³¹

Em contrapartida, a *corrente concepcionista* ou *verdadeiramente concepcionista*, sustenta o início da personalidade do nascituro a partir da sua concepção e não do nascimento com vida, considerando que muitos dos direitos e “status “ do nascituro, reconhecidos no Código Civil brasileiro, não dependem de seu nascimento com vida.

Adepta da corrente verdadeiramente concepcionista, Silmara Chinelato e Almeida,¹³² sustenta que apenas certos efeitos de certos direitos, isto é, os direitos patrimoniais materiais como a herança e a doação, dependem do nascimento com vida, sendo que a plenitude da eficácia desses

¹²⁸ BARBOZA, Heloisa Helena. Op. cit., p. 80.

¹²⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva, Instituições de Direito Civil, vol. I, Rio de Janeiro Ed. Forense, 1997, p. 145.

¹³⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit., p. 147.

¹³¹ MONTEIRO, Washington de Barros. Op. cit., p. 59.

¹³² ALMEIDA, Silmara Chinelato. Op. cit., p. 23.

direitos fica condicionada ao nascimento sem vida. Assim, o nascimento com vida, enunciado positivo de condição suspensiva, deve ser entendido, ao reverso, como enunciado negativo de uma condição resolutiva, isto é, o nascimento sem vida, porque a segunda parte do artigo 4º do Código Civil, bem como outros de seus dispositivos, reconhecem direitos e não expectativa de direitos, e estados ao nascituro, não desde o nascimento com vida, mas desde a concepção.

Na mesma linha de pensamento, Maria Helena Diniz argumenta “ embora a vida se inicie com a fecundação, e a vida viável com a gravidez, que se dá com a nidação, entendemos que na verdade o início legal da consideração jurídica da personalidade é o momento da penetração do espermatozóide no óvulo, mesmo fora do corpo da mulher.”¹³³

Para Heloísa Helena Barboza, não seria razoável considerar-se o embrião como nascituro, antes de ser transferido para o ventre materno, mas, se negada a sua qualidade de pessoa, como deverá ser qualificado? como coisa? O embrião, ainda que não transferido, é pessoa e, como tal, mesmo que ainda não investido da capacidade jurídica, não pode ser objeto de direito. Ilícitos são, portanto, quaisquer atos que impliquem na sua “disponibilidade”, a qualquer título.”¹³⁴

Eugênio Carlos Callioli¹³⁵ considera o embrião como pessoa, pelas seguintes verdades científicas fundamentais constatadas: desde o momento da fusão do espermatozóide com o óvulo, existe um novo organismo com todas as características que fazem dele um indivíduo único, distinto do organismo da mãe; desde a concepção até a morte, trata-se sempre do mesmo ser humano, cujo desenvolvimento se realiza de modo perfeitamente continuado, não tendo, em momento algum, qualquer modificação fundamental que atinja o *status* de ser humano; a natureza do embrião é sempre a mesma, quer sua concepção tenha sido realizada no interior, quer no exterior do organismo da mãe. Para o mencionado autor, diante dessas três premissas

¹³³ DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 9.

¹³⁴ BARBOZA, Heloisa Helena. Op. cit., p. 83.

¹³⁵ CALLIOLI, Eugênio Carlos, Revista do Direito Civil, Vol. 44, Ano 12, abril/junho de 1988. p. 75.

cientificamente certas, somente a ignorância de elementares leis biológicas pode negar que o embrião é um ser humano.¹³⁶

Considerando que o nascituro é protegido pela lei civil (art. 4º do Código Civil *in fine*), por que o embrião fora do corpo, cuja constituição humana não se diferencia do embrião fecundado naturalmente, ou mesmo do embrião transplantado para o útero, não merece a mesma proteção jurídica?

Diz Maria Dolores Barrachina " no que se refere a si deve assimilar-se à condição de nascituro o embrião que está no laboratório, faço minhas as palavras de Zannoni: 'se biologicamente a fecundação extra-uterina implica na fusão genética do espermatozóide e do óvulo e se essa fusão de células germinais masculina e feminina constitui a primeira célula do novo ser, é certo que a proteção jurídica deve alcançá-lo do mesmo modo que se essa fusão houvesse ocorrido no seio materno."¹³⁷

A vida humana, por si só, como pelo seu "valor de vida humana" deve ser constitucionalmente protegida. A proteção jurídica deve dar-se ao nascituro, não só pelo seu "direito `a vida", mas, pelo "valor de vida humana", independente de presente ou futura. Pelo seu caráter fundamental, a vida humana deve ser defendida através de um sistema legal, com o objetivo primeiro de resguardar o princípio da dignidade humana em todas as etapas.

A esse respeito, o texto da Recomendação nº 1.100 do Conselho da Europa, dirigida aos vinte e um países que o compõem, afirma: " desde o momento em que o espermatozóide fecunda o óvulo, aquela diminuta célula (ovo humano) já é uma pessoa e, portanto, deve ser intocável aos engenheiros genéticos e pesquisadores biogenéticos."

"Não tem sentido diferenciar entre embrião aninhado no útero feminino ou embrião sem aninhar. Sua situação é posicional, porém não essencial e não afeta a sua qualidade ou condição. A única diferença é a maior

¹³⁶ CALLIOLI, Eugênio Carlos. Op. cit., p. 75.

¹³⁷ "En lo que se refiere a si debe asimilarse a la condición de "nasciturus"el embrión que está en el laboratorio, hago mías las palabras de Zannoni: "Si biologicamente la fecundación estrauterina implica la fusión genética del espermatozoide y del óvulo y si esa fusión de células germinales masculina y femenina constituye la primera célula del nuevo ser, es indudable que la protección jurídica debe alcanzarle del mismo modo que si esa fusión hubiese ocurrido en el seno materno."BARRACHINA, María Dolores Vila-Coro, Introducción a la Biojurídica, , Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 1995, p. 122.

viabilidade que tem, atualmente, aquele que se acha alojado na matriz: no ponto de partida está já, embrionariamente, tudo o que é o homem.”¹³⁸

2 Critérios de valoração ética da fecundação *in vitro*

As diversas fases que se seguem durante o desenvolvimento da vida (ovo, embrião, feto) formam simples elos necessários até chegar ao nascimento. Diante desta realidade, deve prevalecer o critério de humanidade e dignidade do embrião, não se permitindo a sua utilização em investigações ou experimentações.

Com o objetivo de buscar uma forma de vida inspirada no respeito ao ser humano, a ética no comportamento tem constituído, nos últimos anos, um dos temas mais debatidos. O impacto negativo, causado pelas dificuldades socioeconômicas, dificultam, ainda mais, as relações entre pessoas, camadas sociais e até entre países, gerando guerras e conflitos, justificando a atual preocupação, na busca da paz e na construção de uma sociedade mais harmoniosa. O desejado modelo de vida inspirado no respeito ao homem passa, fundamentalmente, pela ética no uso do conhecimento.

O desenvolvimento biológico, no campo da engenharia genética, biologia molecular e bioquímica, representam hoje um grande fator de desenvolvimento e enriquecimento para vários países. O interesse econômico desses países, principalmente do Primeiro Mundo, poderá fazer com que cientistas destas áreas participem e promovam grandes injustiças, trazendo ainda maiores problemas sociais e econômicos contra a humanidade, como as que já foram presenciados no mundo em várias épocas. Não é difícil de se recordar que vários cientistas, se envolveram, direta ou indiretamente, na promoção de guerras, desrespeitando, de forma clara, os princípios da ética e da moral na conduta profissional.¹³⁹

O assustador domínio da ciência sobre a reprodução humana suscita múltiplas interrogações. Diante desse número de intervenções médicas

¹³⁸ “No tiene sentido diferenciar entre embrión anidado en el útero femenino o embrión sin anidar. Su situación es posicional pero no esencial y no afecta a su cualidad o condición. La única diferencia es la mayor viabilidad que tiene, hoy por hoy, el que se halla alojado en la matriz: en el punto de partida está ya, embrionariamente, todo lo que es el hombre.” BARRACHINA, Maria Dolores Vila-Coro. Op. cit., p. 101.

¹³⁹ BERNARD, Jean, Da biologia à ética, Workshop, São Paulo, Livraria e Editora de Eventos, 1994, p. 2.

que existem atualmente, justificadas como sendo para favorecer a transmissão da vida humana, são inevitáveis as perguntas: vale a pena apoiar tais intervenções? será a ciência o único critério no progresso humano? tudo o que pode fazer-se é conveniente que se faça? até onde irá a ciência com essas intervenções na reprodução humana?

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

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

A partir do momento da concepção, o que se acha em jogo é a vida de um novo ser humano, mesmo que numa forma incipiente de desenvolvimento mas com vida humana. O mais grave inconveniente de ordem moral e ética em relação à fertilização *in vitro*, é o que diz respeito ao fato de o embrião ser manuseado e tratado como coisa, congelado e armazenado da mesma forma aplicada ao restante de um produto qualquer; eliminado, caso já não seja necessária a sua utilização; pode ser aproveitado (os embriões sobrantes) para experiências científicas ou outros experimentos; os embriões com anomalias são descartados e eliminados como produtos defeituosos que devam ser colocados fora de mercado.¹⁴⁰

Torna-se cada vez mais assombroso o poder do homem através das pesquisas empreendidas na ciência da vida que avançam para descerrar

¹⁴⁰ CALIOLLI, Eugênio Carlos, *Op. cit.*, p. 76.

um novo tipo de humanidade, através do controle do início da vida, doenças e até da própria morte, que já não se tem certeza se ocorrerá, tendo em vista o congelamento de pessoas para futuro ressurgimento. Além disso, existe a possibilidade do surgimento de nova espécie de criaturas ditas humanas, resultantes da mistura de genes de homem com outros animais, ou tipos superiores, através da utilização de genes de pessoas superdotadas, ou a eliminação do sexo masculino na procriação e outras perversidades possíveis diante do poder conferido à ciência. “É o homem através da ciência, desejando ser seu próprio Deus. “

A prática da fertilização *in vitro* implica, pelo menos na atualidade, num conjunto de aspectos de valoração ética que se dirigem para: a) a perda deliberada ou prevista de embriões precoces; b) a utilização do embrião nas pesquisas; c) o risco do aborto do embrião, tanto antes como depois da sua transferência para o útero; d) as diversas intervenções necessárias na realização da FIVETE, tendo em vista que toda a condução do processo, desde a maturidade do óvulo, são discutidos a nível técnico; e) a falta de naturalidade visível no uso da técnica.

Mas os maiores questionamentos éticos, em relação à técnica da FIVETE, se resumem nestes que se passa a analisar.

2.1 A qualidade humana do embrião

Independentemente do questionamento que persiste sobre o momento em que o embrião passa a merecer a dignidade de ser humano, se desde a fecundação ou a partir e depois da nidação, o critério de humanidade do embrião, de maneira mais concreta, deve servir como referência normativa para o congelamento, a manipulação, a seleção (em fecundação múltipla) e a perda (rejeição na implantação e aborto depois dela) desses embriões humanos.

Sabe-se dos muitos laboratórios em que são criados embriões excedentes, até de forma propositada, para serem cedidos a outros centros de reprodução, onde são utilizados de forma mais conveniente. O comércio de embriões, com espécies classificadas de acordo com os genes característicos e determinado tipo de pele, olhos, cabelos, já é uma realidade. Os doadores

que deram origem aos embriões disponíveis, são expostos em álbuns de amostras, para que sejam escolhidos segundo os padrões e a vontade ou as características que mais se assemelhem com as dos adquirentes desse novo ser. Basta aos interessados passarem no estabelecimento e adquirirem o futuro filho, segundo suas preferências. Talvez nem isso, uma vez que, dependendo do laboratório (que fornecerá o " serviço"), poderão receber o álbum com as fotos e a descrição das características dos doadores, para escolha na própria residência.

No entanto, por um princípio de moral universal, não se pode admitir o tráfico da forma inicial de vida humana sob pena de cair na forma equivalente ao tráfico de escravos.¹⁴¹ Além disso, basicamente, a oposição à compra e venda de embrião está na razão de que não se pode considerar qualquer pessoa como proprietária do embrião. Aí está o fundamento ontológico que proíbe a livre disposição. Não se admite falar em um direito de propriedade por idêntico motivo que não se é dono dos filhos ou de outras pessoas.¹⁴²

De acordo com os padrões jurídicos atuais e dominantes, não há que se convalidar qualquer prática de comercialização de embriões, visto não se tratar de coisa, mas, sim, de vida humana, ainda que no seu início, porém com todos os caracteres que identificam um ser humano, único e irrepetível.

Existe, atualmente, grande número de embriões congelados, ou seja, de vidas humanas em potencial, sendo deixado aos operadores da ciência o poder de decidirem os seus destinos. Milhares deles se tornarão homens e outros milhares serão manipulados em experiências ou experimentos, conforme a técnica, por ora ainda em fase de aperfeiçoamento, às custas de muitas dessas vidas iniciadas, outros apenas destruídos. A destruição desses embriões é imoral, independentemente da discussão ou dos argumentos filosóficos a esse respeito e a partir de que momento se pode considerar o começo da vida humana. O fato é que, no embrião, se acham fundidas as células germinais humanas, responsáveis pelo início de uma vida, cujo novo ser possui, a partir da fecundação, caracteres genéticos indiscutivelmente humanos, próprios, irrepetíveis e insubstituíveis, com

¹⁴¹ RIZZARDO, Arnaldo, *AJURIS* nº 52, v.18, 1991, p. 72.

¹⁴² RIZZARDO, Arnaldo. *Op. cit.*, p. 72.

capacidade de se desenvolverem até converterem-se em um ser humano. Produzir vidas humanas, com possibilidade e probabilidade de virem a ser destruídas, qualquer que seja o seu grau de desenvolvimento, não pode ser juridicamente admissível e moralmente concebido.

O direito à vida, o primeiro dentre as magnas garantias constitucionais, em sua mais alta expressão, não permite que, antes de nascido, o ser humano decaia à condição de objeto de manipulação e investigação científica. Não se compadece com sua origem, natureza e fim, resguardados constitucionalmente, como expressão primeira dos direitos do homem, a inviolabilidade do direito à vida, deve a vida humana ser defendida e protegida em qualquer de seus estágios.

Segundo Giovanni Russo,¹⁴³ “é preciso ter em conta com mais seriedade o princípio moral no qual se apóia a exigência de respeitar a vida humana desde o começo. O princípio é o seguinte: suprimir aquele que “provavelmente” é um ser humano não é provavelmente um mal, mas é “certamente” um mal, porque se está na disposição de suprimi-lo mesmo na hipótese de que seja um ser humano. Para o comportamento ético não é necessária a certeza de estar diante de um ser humano, basta a probabilidade; pois, assumir o risco, e assumi-lo conscientemente, já significa pôr-se em contradição com a ordem moral, e, portanto, violá-la, porque se está disposto para o pior.”

A vida do embrião, como a do homem já nascido, precisa ser tratada como inviolável, devendo ser proibida a sua instrumentalização, com finalidades de pesquisas e experimentos científicos, fornecimento de células, tecidos ou órgãos para transplantes de outros seres humanos.

Para que seja respeitado o direito à dignidade do embrião e evitados abusos praticados contra a vida humana em potencial, faz-se necessário proibir a constituição de embriões com a única finalidade de pesquisa, independentemente de qualquer intervenção terapêutica. É preciso igualmente proibir as pesquisas capazes de resultar em uma modificação artificial do genoma humano, transmissível à descendência. Deveriam igualmente ser proibidas as pesquisas que, no estado atual de ciência, não são

¹⁴³ RUSSO, Giovanni. Op. cit., p. 190.

justificadas, tais como a produção de quimeras. À mesma categoria pertencem, pelo menos hoje, as pesquisas sobre a partenogênese ou sobre a ectogênese (realização da gestação *in vitro*). Devem ser proibidas pesquisas que visam, por métodos variados, permitir a realização de um diagnóstico de sexo antes da transplantação.

Outras situações se colocam ainda sem resposta, levantando questionamentos éticos e jurídicos, como: Que fazer ao embrião, se ambos os pais morrem? Ou, se apenas se separam? E, neste caso, se nenhum deles quer a criança? Ou, se ambos separados, quiserem o filho? Não será de cortar o embrião em dois, já que cada uma das metades se torna um novo embrião vivo? E se, os parentes (e herdeiros) dos pais falecidos dos embriões, pretendem a destruição dos mesmos?

2.2 Riscos de seu uso para o novo ser fecundado.

Toda intervenção humana tem um limite e um critério orientativo, sendo o bem estar do indivíduo humano o que deve justificar a dita intervenção.

Também há de ser considerado para colocar limites a fecundação múltipla de óvulos, assim como para valorar a rejeição na implantação de embriões e os abortos depois dela.

A realidade é que, na fertilização *in vitro*, os abortamentos "espontâneos", ocorrem em maior número do que na gestação natural. O fato se credita às deficiências existentes ainda na utilização da técnica. Os argumentos dos meios científicos são de que o número de abortamentos tende a diminuir na mesma proporção do aperfeiçoamento científico das técnicas utilizadas, até atingirem os parâmetros dos abortos ocorridos na fecundação natural.

Os métodos atualmente utilizados na fecundação *in vitro*, prevendo a disponibilidade de mais embriões fecundados (até 5), a fim de possibilitar a repetição da tentativa da transferência do embrião para o útero materno, em caso de insucesso, comportam uma perda de embriões até superior a 90% do total. A fecundação assistida expõe o embrião a riscos, tanto individualmente como socialmente. Os riscos individuais dizem respeito às

malformações e ao possível aborto. Os riscos no campo social são os reproduzidos pela manipulação em seu êxito último de técnica industrial para construir filhos “sob medidas” e filhos “de ninguém”.¹⁴⁴

O fato é que, para cada criança nascida viva graças à FIV, pode-se assegurar que faleceram muitas mais por falhas “previstas” desta técnica. Basta a mera hipótese de ser afetado o natural desenvolvimento da vida humana, ainda que seja só uma, para que todo o procedimento seja imoral, diz Eugênio Callioli.¹⁴⁵

A morte dos fetos excedentes, através de injeção de cloreto de potássio injetada no coração, aplicada pelo médico, a fim de eliminar dois ou três fetos (escolhidos para morrer), diante das gestações de quíntuplos ou sêxtuplos, depois da implantação de um número elevado de embriões (até 10 embriões), ainda é a solução para resolver o problema da gestação múltipla causada pelas falhas técnicas da fertilização *in vitro*. Essa situação (ocultada pelos canais de informações) revela a mentalidade, viciada que transparece em muitos dos defensores da FIV, visto que, caso se admita que o feto pode ser abortado, com maior razão se admite a eliminação do embrião implantado no útero.

O desejo da maternidade ou da paternidade realizada não justifica o perigo de morte ou a morte de um terceiro. Este desejo, por legítimo que possa ser, considerado de modo abstrato, torna-se eticamente irracional quando assume os perigos para a vida de um terceiro. Só o fato de se prever o perigo de vida de um neoconcebido é suficiente para estabelecer um limite insuperável para a realização dessa metodologia. Não é eticamente admissível que a vida de outra pessoa se conte entre os recursos disponíveis para satisfazer o desejo de paternidade, por mais justificável que este possa ser.¹⁴⁶

Não existe causa capaz de justificar a produção, em laboratório, de um ser humano cujas possibilidades de sobrevivência são de fato bastante limitadas e que implicam, em todo o caso, a morte de vários irmãos seus. A

¹⁴⁴ RUSSO, Giovanni, Op. cit., p. 206.

¹⁴⁵ CALLIOLI Eugênio, Aspectos da fecundação Artificial “In Vitro”, Rev. do Direito Civil, Vol. 44, n.12, abril à junho/88, p. 76.

¹⁴⁶ CALLIOLI, Eugênio Carlos. Op. cit., p. 77.

vida de um ser humano não é um recurso disponível para a satisfação das pretensões de outro.¹⁴⁷

No Brasil, em janeiro de 1995, com a promulgação da Lei n. 8.974, conhecida como Lei da Biossegurança, que introduz um modelo legalista no país, ficaram reguladas várias áreas compreendidas na bioética. Ela considera como crimes os casos de: manipulação genética de células germinais humanas; intervenção em material genético humano *in vivo*, exceto para o tratamento de defeitos genéticos, respeitando-se os princípios éticos e com a aprovação prévia da CTNBio; a produção, armazenamento ou manipulação de embriões humanos destinados a servirem como material biológico disponível, com sanções previstas de detenção, para o caso de descumprimento da Lei, que variam de três meses a vinte anos, além de multa e paralisação das atividades do laboratório, empresa ou instituição, responsável pelo delito.

Mas, independente da forma de regras adotadas, pode-se dizer atualmente, que, em todos os países, a ética da pesquisa biomédica é inspirada em conjunto de textos internacionais, obtendo-se, desse modo, regras mais ou menos comparáveis, variando apenas os processos de enquadramento.

Verifica-se, pelo Código de Nüremberg de 1947, a enfãse na absoluta necessidade do consentimento informado do indivíduo submetido às experiências biomédicas. A declaração de Helsinque, revista em Tóquio em 1975, trouxe três avanços significativos: o primeiro estabelece que, em relação aos riscos, os interesses do indivíduo devem prevalecer sobre os interesses da ciência e da sociedade; o segundo diz respeito ao princípio da obrigatoriedade do consentimento informado; e o terceiro, estabelece a obrigatoriedade de que todo protocolo de pesquisa deve se submeter a uma comissão de ética independente, prevendo, ainda, que, desobedecidos esses princípios éticos, fica impedida a publicação dos resultados da pesquisa. A Declaração de Manila de 1981, elaborada pela Organização Mundial da Saúde e pelo Conselho das Organizações Internacionais das Ciências Médicas, faz uma importante indicação na relação ciência-ética: não é possível estabelecer clara

¹⁴⁷ CALLIOLI, Eugênio Carlos. Op. cit., p. 78.

demarcação entre apreciação científica e apreciação ética, pois uma experiência com seres humanos que não tenha valor científico é contrária à ética.¹⁴⁸

Muitos países não consideram importante legislar, nem consideram esse o meio apropriado para o tratamento na área de bioética. Entretanto, em outros países, a regulamentação é parcial, como no caso do Japão, Inglaterra, e Alemanha, que recorrem à normas éticas formuladas pelas corporações médicas e científicas, as quais se auto-aplicam, enquanto outros países optaram por legislar sobre a questão da bioética.

Dessa forma, temos três modelos fundamentais de onde deflui o modo de dispor dos países sobre a questão : o modelo repressivo, que estabelece proibições com sanções; o liberal, que deixa a decisão sobre a forma de utilização da técnica à liberdade da pessoa e à autonomia do indivíduo; e o intervencionista, que é favorável ao controle social sobre as escolhas individuais para a tutela de interesses superiores.¹⁴⁹

Na Austrália, por exemplo, a regulamentação sobre os aspectos éticos da pesquisa em seres humanos é realizada através de um colegiado nacional, patrocinado por um departamento comparável ao Ministério da Saúde, denominado *Ethics Committe of the National Health da Medical Research Council* (Comissão de Ética em Pesquisa Médica, do Conselho Nacional de Saúde de Pesquisa Médica).¹⁵⁰

A França, adotando um modelo legalista, foi a pioneira na Europa, criando, em 1983, um colegiado nacional (o *National Consultative Committee on Ethics for the Life Sciences and Health*), e também pioneira na adoção de uma legislação nacional ampla, abrangendo todos os aspectos da pesquisa biomédica, através da denominada Lei Huriot, de 20 de dezembro de 1988, que, embora criticada por ter sido votada por apenas alguns deputados, visa regulamentar todos os ensaios experimentais praticados em seres humanos.¹⁵¹

O Canadá, sem legislação sobre bioética, tem desenvolvido foros em diversos níveis (locais, distrital e nacional), para discutir questões relacionadas a bioética, existindo alguns foros nacionais com mandados

¹⁴⁸ MARQUES, Marília Bernardes, *A Bioética na Política Pública do Brasil*, Rio de Janeiro, Fundação Oswaldo Cruz, 1996, p. 8.

¹⁴⁹ GOMES, Luiz Roldão de Freitas, *A ética, o legítimo e o legal*, Revista Forense, vol. 335, p.128.

¹⁵⁰ MARQUES, Marília Bernardes. *Op. cit.*, p. 11.

específicos, para questionamentos sobre aspectos legais, éticos e sociais em seres humanos. Além disso, as associações de profissionais da área médica possuem comissões de ética, as quais têm produzido documentos com posicionamentos sobre temas específicos, resultando num efetivo número de recomendações.¹⁵²

Na Suíça, o art. 256 do Código Civil, bem como os arts. 586 e 588 do Código Civil de Québec, regulamentaram as conseqüências das novas técnicas de fecundação em relação ao *status* pessoal.¹⁵³

A Alemanha, optando pelo modelo repressivo, dispõe de legislação que limita a utilização de novas técnicas de reprodução e engenharia genética. Proíbe a chamada "barriga de aluguel", penalizando a mulher que colocar seu útero à disposição para receber óvulos de outra. Não autoriza a inseminação artificial com espermatozoides de homem morto, a clonagem humana, a criação dos híbridos com animais, o enxerto de germes hereditários, a produção de embriões para pesquisas e fecundações *in vitro*, somente podendo ser utilizados os óvulos na quantidade necessária para a intervenção.¹⁵⁴

Nos Estados Unidos, a partir de 1988, deixou de funcionar a última das três comissões nacionais instituídas pelo Congresso Americano em 1968 e dedicadas exclusivamente a bioética: Comissão Nacional para proteção dos Seres Humanos Sujeitos às Pesquisas Biomédicas e Comportamentais (1974 a 1978); Comissão do Presidente para o Estudo dos problemas Éticos da Pesquisa em Medicina Bioética e Comportamental (1980 a 1983); e Comissão Assessora em Ética Biomédica (1988). Então passou a inexistir qualquer mecanismo federal dedicado ao debate dos problemas biomédicos. Mas o vazio legislativo teve seu término em outubro de 1995, quando o Presidente dos Estados Unidos, Bill Clinton, criou a *National Advisory Commission* (NBAC), para estudo dos aspectos éticos da pesquisa e o gerenciamento e uso da informação genética, que fará assessoria e recomendações ao *President's National Science and Technology Council* e

¹⁵¹ MARQUES, Marília Bernardes. Op. cit., p. 14.

¹⁵² MARQUES, Marília Bernardes. Op. cit., p. 11.

¹⁵³ GOMES, Luiz Roldão de Freitas. Op. cit., p. 128.

¹⁵⁴ GOMES, Luiz Roldão de Freitas. Op. cit., p. 128.

outras entidades governamentais nos assuntos referentes à ética da pesquisa biológica e comportamental em seres humanos.

Em relação à inseminação artificial especificamente, nos Estados Unidos, a regulamentação é de competência dos Estados, encontrando-se vinte e nove deles com legislação própria, com matéria sem grandes disparidades, tendo sido a Geórgia o primeiro a legislar sobre a procriação assistida, o que ocorreu em 1964.¹⁵⁵

Em Portugal, o Decreto-Lei de nº 319, de 25.9.86, dispõe sobre os bancos de esperma, regulamentando a colheita, manipulação, conservação e demais atos exigidos para utilização da técnica de fecundação assistida.

A regulamentação bioética e os seus limites variam muito entre os países. Diversos países europeus e a União Européia estão considerando a possibilidade de introdução de leis para regulamentação de determinadas práticas genéticas.

Para Marília Bernardes Marques, "é preciso não perder de vista que, internacionalmente, sobretudo nos Estados Unidos e nos países da União Européia, ainda está havendo um amadurecimento da ciência regulatória deste domínio, que é uma junção da experiência científica com a experiência da política pública. Nessas experiências, existe um crescente reconhecimento de que a apreciação ética preventiva é um recurso para ser utilizado caso a caso, projeto a projeto, para que os limites entre a ciência e a política possam ser delineados, usando-se o bom senso em situações particularmente complexas para a tomada de decisão."¹⁵⁶

No Brasil, a promulgação da Lei n. 8974/95, ao regulamentar os incisos II e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, depois da deliberação por longo período foiser realizada somente através de entidade corporativa, no caso, o Conselho Federal de Medicina (Resolução nº 1358/92), deu início a um modelo legalista, conferindo tratamento paralelo à engenharia genética. No entanto, os artigos previstos estabelecem normas que adentram no complexo campo da bioética e que dizem respeito aos seres humanos, muito embora sem cuidar de suas repercussões no Direito Privado em geral, sobretudo no

¹⁵⁵ MARQUES, Marília Bernardes. Op. cit., p. 129.

¹⁵⁶ MARQUES, Marília Bernardes. Op. cit., p. 22.

que diz respeito às consequências no Direito de Família, principalmente em relação à nova constituição de parentesco na filiação.

CAPÍTULO III

ASPECTOS ÉTICOS E JURÍDICOS NA FERTILIZAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA E HETERÓLOGA

Em decorrência dessa acelerada evolução das técnicas e métodos hoje disponíveis, destinados à procriação, surgem novas formas de concepção da vida humana, que implicam em perturbadora inovação nos vários campos das ciências, criando um linguajar próprio, além de novos conceitos, principalmente no campo da Ética e o Direito.

Desvinculando a sexualidade da procriação, as novas formas de concepção humana desmontaram os sólidos princípios instituídos na filiação, e os laços que uniam os pais ao filho concebido foram totalmente alterados.

Na inseminação artificial homóloga, ou seja, a realizada com sêmen do marido ou companheiro, os questionamentos existem diante da possibilidade de a fecundação ocorrer depois da morte do marido ou companheiro e, até mesmo, encontrando-se separado ou divorciado o casal, depois do prazo estabelecido pela lei civil para atribuição da filiação pela presunção legalmente estabelecida.

Nos casos de fertilização heteróloga, ou aquela realizada com sêmen de terceiro, os questionamentos no campo da ética e no mundo do Direito se fazem mais gritantes e complexos, demonstrando, de forma concreta que as regras tidas como definitivas e sólidas caíram por terra, deixando o mundo jurídico sem respostas para as questões relativas à filiação, à sucessão, ao direito do filho aos alimentos, ao reconhecimento da paternidade e à sua própria proteção na condição de nascituro.

O nascimento de uma criança como fruto da ajuda médica na sua fecundação envolve, além das questões de ordem científica e moral, também o estatuto das pessoas, porque, inserida no contexto familiar e de toda a sociedade, deverá, obrigatoriamente, ser inscrita num modelo de filiação, que, segundo os parâmetros legais atuais, se acham fundamentados na verdade biológica. E, dependendo da espécie de técnica e dos meios utilizados para

inseminação e desenvolvimento desse novo ser, a verdade biológica, positivada para derivar a sua filiação, está pautada numa mentira avalizada pelo Direito. A criança concebida através da fertilização heteróloga é filho de pai anônimo ou desconhecido, ou seja, do doador do sêmen, mas passa a constar, no seu registro civil, como sendo filho do marido ou companheiro da mulher inseminada. Ao mesmo tempo, essa criança corre o risco de ter três pais: o doador do esperma, o pai adotivo, o marido da mãe.

Mas o nascido pode também vir a possuir três mães: a mãe biológica, a mãe portadora e a mãe social. Diante dessas novas formas de fecundação assistida humana, o brocardo *mater semper certa est* já não compõe nos dias atuais, princípio repetido pela doutrina jurídica, com os vários sentidos que, atualmente, se podem auferir da palavra *mãe* (mãe social, mãe portadora, mãe substituta, mãe biológica, mãe de aluguel).

A filiação, que se constitui na forma de parentesco mais importante para o homem, diante da fecundação medicamente assistida, encontra-se sem saber o rumo, ou seja, sem saber qual das verdades deverá prevalecer na determinação da filiação. O teor dos adágios *mater semper certa est e pater semper incertus est*, tornou-se relativo, obrigando o jurista a interrogar-se sobre a validade dos princípios tidos como adquiridos.¹⁵⁷

“Produzir o homem de que direito?,” pergunta Eduardo de Oliveira Leite, atribuindo o questionamento a Labrusse-Riou e Badouin, para demonstrar o caos instalado no nosso mundo jurídico em relação à determinação da filiação frente às novas formas de fecundação humana.¹⁵⁸

Com razão Luiz Edson Fachin sustenta que “ a construção de um novo sistema de filiação emerge como imperativo, posto que a alteração da concepção jurídica de família conduz necessariamente à mudança da ordenação jurídica da filiação.”¹⁵⁹

eticamente, as questões apresentadas na utilização da fertilização heteróloga são angustiantes diante das várias possibilidades de desvios no uso da FIVETE, com conseqüências imprevisíveis, que podem colocar em risco a própria espécie humana. Tanto na fecundação homóloga

¹⁵⁷ LEITE, Eduardo de Oliveira, op. cit. , p. 201

¹⁵⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira. Op. cit., p. 202.

¹⁵⁹ FACHIN, Luiz Edson, Da Paternidade – Relação Biológica e Afetiva, Belo horizonte, Ed. Del Rey 1996, p. 55.

quanto na heteróloga, outras perguntas surgem diante da possibilidade de o filho nascer sem um dos genitores, quando se tem conhecimento que a criança, para seu desenvolvimento completo, deve crescer em um ambiente familiar, acompanhada pelo pai e pela mãe.

Além disso, as técnicas de fertilização medicamente assistida, não se constituem em um remédio para corrigir o problema da esterilidade. As formas de inseminação humana apresentadas servem apenas como meio de satisfazer o desejo do casal ou somente da mulher de ter um filho. Terminado o processo de procriação, a esterilidade permanece.

A questão que daí decorre é a de saber se existe, e em que medida, o direito de ter um filho e se este direito pode ser comparado aos direitos fundamentais do ser humano, como a vida e a liberdade. A resposta conduzirá ao caminho que deve ser dado à questão da fecundação artificial. Se considerada como garantia constitucional, não poderão ser criadas quaisquer barreiras para a utilização das técnicas de fertilização de mulheres solteiras ou inseminadas após a morte do marido ou companheiro (*post mortem*), ou outra qualquer das situações em que a criança venha nascer sem um dos progenitores. Se considerado como direito absoluto, todos os meios oferecidos através da fertilização artificial poderão ser utilizados para ter um filho, não sendo levados em conta, nesse caso, os interesses do nascido, mas somente o direito do genitor de ter seu filho.

Para Heloisa Helena Barboza, considerando-se que a causa principal da inseminação artificial e da fertilização *in vitro*, é a esterilidade e, levando-se em conta que não há cura efetiva para a mesma, conclui-se que, no caso da utilização de fecundação *in vitro*, a satisfação do desejo de ser pai ou mãe é o objeto principal. No entanto, para a referida autora, "não parece ético, especialmente no caso de fertilização *in vitro*, que a vida de um ser humano se conte entre os recursos disponíveis para satisfazer o desejo de outra, por mais justificável que esse possa ser.¹⁶⁰ Ela conclui afirmando que a "nossa Constituição igualmente não é expressa quanto ao direito a se ter filhos. Contudo, a dignidade da pessoa constitui-se fundamento do Estado Democrático (art. 1º), sendo garantida a todos a inviolabilidade do direito à vida

¹⁶⁰ BARBOZA, Heloisa Helena. Op. cit., p. 39

(artigo 5º). Elegeu-se como dever do Estado (artigo 227) assegurar à criança, com absoluta prioridade, o direito à convivência familiar, colocando-a a salvo se qualquer forma de discriminação.”¹⁶¹

Segundo Eduardo De Oliveira Leite, “do direito dos pais decorre, necessariamente, o direito da criança; o direito a ter dois pais, de ter pai e mãe, de acordo com a ordem natural das coisas.”¹⁶² Para o citado autor, “o interesse da criança, que não pode, nem deve ser subestimado, impõe seu nascimento num lar, onde existe uma relação heterossexual estável e afetuosa; em conseqüência, a concepção deliberada de uma criança por uma mulher ou homem que não participa de tal relação é moralmente e psicologicamente condenável.”¹⁶³

Argumentando a respeito, diz Eugênio Carlos Callioli: “O problema real é que não existe uma causa capaz de justificar a produção no laboratório de um ser humano cujas possibilidades de sobrevivência são de fato bastante limitadas, e que implicam, em todo caso, a morte de vários irmãos seus, porque a vida de um ser humano não é um recurso disponível para a satisfação das pretensões de outro.”¹⁶⁴

Conforme Marciano Vidal, tanto na Declaração Universal dos Direitos Humanos, quanto na Declaração dos Direitos da Criança, no Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos, bem como na Carta Social da Europa, ainda na Encíclica “Pacem in terris” de João XXIII ou na Carta dos Direitos da Família, portanto, nas principais Declarações dos Direitos Humanos, tanto no âmbito internacional como no europeu e na dimensão eclesiástica católica, não existe qualquer referência explícita quanto ao direito de procriar. Nesses documentos, são apenas formuladas questões que dizem respeito unicamente ao direito de se fundar uma família.¹⁶⁵

¹⁶¹ BARBOZA, Heloisa Helena. Op. cit., p. 39.

¹⁶² LEITE, Eduardo De Oliveira. Op. cit., p. 139/140.

¹⁶³ LEITE, Eduardo De Oliveira. Op. cit., p. 140.

¹⁶⁴ CALLIOLI, Eugênio Carlos. Op. cit., p. 78.

¹⁶⁵ “Declaración Universal de los Derechos Humanos(adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 217 A (III) de 10 de diciembre de 1948); Declaración de los Derechos del Niño (proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la resolución 1368(XIV) dei 20 de noviembre de 1959); Pacto Internacional de Derechos Cíviles y Políticos (Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1996 en su resolución 2200 A(XXI). Entró en vigor el 23 de marzo de 1976); Carta Social de Europa (Adoptada por el Consejo de Europa el 18 de octubre de 1961, entrando en vigor el 26 de febrero de 1965); Encíclica “Pacem in terris”(Jean XXIII de 11 de abril de 1963); Carta de los Derechos de la Familia (Presentada por la Santa Sede a todas las personas, instituciones y

O filho não é um bem que deva servir para satisfazer as necessidades dos indivíduos. As inusitadas técnicas de procriação humana devem ter como objetivo único, a solução dos casos de esterilidade. Não se justifica o direito ilimitado de se poder ter um filho através de qualquer meio ou a qualquer preço. O principal limite ético é o valor que tem em si o filho que se deseja.

1 Questões éticas e jurídicas na reprodução humana homóloga.

A família, na sua formação, estabelece três ordens de vínculos: o parentesco, o conjugal e o de afinidade. Os cônjuges formam e pertencem à mesma família mas não são parentes entre si. Tampouco os afins são parentes, uma vez que a afinidade se constitui numa ficção criada pelo direito.

Distinguindo-se do vínculo conjugal formado entre as pessoas casadas e o vínculo de afinidade que junta cada cônjuge aos parentes do outro, o parentesco é a relação constituída entre indivíduos descendentes do mesmo tronco ancestral. O relacionamento entre duas pessoas estabelecido em consequência da procriação, uma das quais nascida da outra e que se constitui na mais importante forma de relacionamento de natureza pessoal, encontra-se, em nossa lei civil, disposta nas linhas e graus do parentesco fundados na igualdade de sangue, denominado de *consanguíneo ou natural*, distinguindo-o do parentesco civil, oriundo da adoção, portanto, de um ato jurídico, por conseguinte, artificial, constituindo-se numa ficção jurídica.

Considerada, desde remotos tempos, a forma mais importante de parentesco, a filiação, constituindo uma das bases do direito privado, distinguia-se legalmente em: legítima (originada do casamento), natural (originada de progenitores não casados) e adotiva (de origem legal ou meramente civil). Essas denominações históricas presentes no direito brasileiro, perderam sua razão de existir a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, que, através de seu art. 227, § 6º, eliminou toda e qualquer discriminação terminológica em relação à filiação¹⁶⁶, tendo sido

autoridades interesadas en la misión de la familia en el mundo contemporáneo el 22 de octubre de 1983)." VIDAL, Marciano, *Bioética, Estudios de Bioética Racional*, Madrid, Ed. Tecnos, 1994, p. 84-85.

¹⁶⁶ A Lei nº 8.560, de 29/12/92, art. 10, revogou o disposto nos arts. 332 e 337 do Código Civil.

revogado então, o artigo 337 do Código Civil, pelo artigo 10 da Lei nº 8.560, de 29/12/1992.

O vocábulo filiação, derivado do latim (*filiu*: filho), serve para determinar o vínculo jurídico existente entre os progenitores e seus filhos. O efeito jurídico da filiação, consequência natural da procriação, atualmente já não faz distinção entre os filhos biologicamente concebidos que não podiam ser considerados como tais, e a filiação civil, resultante da adoção, a qual passou a ter as mesmas condições de filhos biológicos, inclusive para efeitos sucessórios.

Já que, em nosso Direito, a maternidade é provada pelo parto, e a paternidade, por presunções estabelecidas em lei, podem ser derrubadas as filiações originadas durante o casamento somente em casos específicos. Visto que não é admitida confissão em contrário da mulher ou prova do seu adultério o direito de negar a paternidade limita-se exclusivamente ao pai, o qual deve ser exercido nos dois meses a partir do nascimento, se estava presente, ou em três meses após a data em que tomou conhecimento do nascimento se a este não esteve presente . Para contestar a paternidade, é preciso provar que o marido, nos primeiros 120 dias dos 300 que precederam o nascimento do filho, não teve relações sexuais com a esposa. Tal prova pode ser feita quando os cônjuges estavam em lugares diversos ou separados, ainda quando um deles estava preso e quando havia, por parte do marido, impotência *coeundi* ou *generandi* devendo a alegada impotência se constituir em absoluta. Quando o filho nasce após o casamento, ou seja, decorridos menos de 180 dias após a celebração do matrimônio, o pai pode contestar a paternidade livremente, salvo se tinha ciência da gravidez da mulher quando ela convolou núpcias ou se assistiu à lavratura do termo de nascimento do filho no registro civil. Dissolvida a sociedade conjugal pela morte, separação, anulação ou declaração de nulidade do casamento, presume-se a paternidade dos filhos nascidos nos trezentos dias seguintes ao ato ou fato que dissolveu a sociedade, admitindo-se a contestação da paternidade nos casos expressos e já mencionados.

Diante da impossibilidade de prova absoluta, o Direito, para determinar a paternidade, recorreu ao sistema de presunções, de probabilidade ou verossimilhança, que diferem conforme a filiação advenha ou não de casamento.

A maternidade, ao contrário da paternidade, sendo passível de provas diretas, pelas evidências dos sinais exteriores (a gestação e o parto), o direito a positivou, como sendo sempre de certeza absoluta. A gestação e o parto determinam a maternidade.

Mas a filiação, que pode ter seu lugar por imposição da natureza (matrimonial ou extramatrimonial) ou por adoção (civil ou legal), teve suas formas estruturais e seculares abaladas com o surgimento da fecundação humana em laboratório.

No início, a fertilização humana em laboratório, destinava-se ao uso restrito de uma minoria, mas, diante do aumento de casais inférteis, previsto, atualmente, entre 10% e 15% , passou a servir de recurso para um número cada vez maior de pessoas.

Na fecundação assistida homóloga, isto é, a intraconjugal ou aquela que se realiza havendo casamento ou união estável, os questionamentos éticos e jurídicos são de menores proporções. A inseminação artificial com sêmen fresco é admitida na inseminação homóloga, mesmo perante as leis mais restritivas.

Realizada a inseminação artificial com material genético do casal, a reprodução ocorrerá conforme os parâmetros legais e na mesma forma que uma gestação convencional. A lei civil brasileira determina serem do marido os filhos nascidos na constância do matrimônio. A fim de evitar especulações doutrinárias, cuidou de dizer o que se deve entender por " constância " do matrimônio. Havendo casamento, existe, pois, a presunção de que o filho da mulher é filho do marido, portanto, que o filho havido da mulher é havido do casamento, e não fora dele.

Nada permite, assim, afirmar que a utilização de métodos de procriação assistida exclui a presunção de derivação do casamento, porque a utilização dessa técnica dentro do casamento não é considerada pela lei como relevante para afastar.

O marido é o pai dos filhos concebidos na constância do casamento, aplicando-se a presunção legal, mesmo nos casos de inseminação artificial. A hipótese não caía na previsão do legislador histórico, que só imaginava a fecundação proveniente de relações sexuais. Partindo-se do que comumente ocorre, presume o legislador que filho da mulher casada foi

engendrado por seu marido. É a regra geral, por aplicação do disposto no artigo 340 do Código Civil brasileiro, que diz: filho de mulher casada presume-se de seu marido.

Pressupõe-se, pois, a derivação biológica do marido, embora não haja relacionamento sexual. O mesmo acontecerá nos processos homólogos de fertilização *in vitro*. Verifica-se, dessa forma, o suprimento de um pressuposto da procriação constante das leis atuais – o relacionamento sexual.

Abrangidos pela presunção estabelecida no art. 338 do Código Civil brasileiro, em relação à época do nascimento, nenhuma indagação deve haver quanto ao nascimento originado através de inseminação artificial homóloga. A criança nascida através de fecundação assistida, no prazo de 180 dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal, previstos no artigo 338, I do Código Civil por presunção, considera-se concebida na constância do casamento.

No caso de inseminação artificial homóloga levada a efeito antes do casamento, tendo em vista o disposto no artigo 339, I e II, da lei civil, mesmo que a inseminação se faça sem o consentimento do marido, se casou, conhecendo a gravidez da mulher, ou tendo assistido pessoalmente ou através de procurador a lavratura do assento de nascimento do filho, sem impugná-lo, assumiu a paternidade.

Nos casos dos filhos nascidos há mais de 300 dias após o termo de coabitação, hipótese possível pelo congelamento do sêmen, deixa de funcionar a presunção da paternidade prevista no art. 340 do Código Civil. A hipótese prevista no inciso II do artigo 338 do Código Civil, que presume concebidos na constância do casamento os filhos nascidos nos trezentos dias subseqüentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial ou anulação, deixa de existir. O nascimento nesse período, originado através de fecundação artificial, faz presumir que a concepção tenha ocorrido quando ainda vigente a sociedade conjugal. A inseminação artificial tornou irrelevante a impossibilidade de coabitação, se o que se quer negar é a possibilidade de manter relações íntimas. Não havendo presunção, visto ter nascido fora do prazo legal, o reconhecimento do filho faz-se por declaração de vontade do pai ou pela via judicial, diante da recusa do pai de reconhecer ou se já falecido.

Desta forma, o artigo 338 do Código Civil torna-se inaplicável para os casos de inseminação artificial, uma vez que esta implica situações novas e impossíveis de serem previstas no tempo da sua elaboração.

Na inseminação artificial homóloga com sêmen congelado, o afastamento do esquema legal é mais profundo. Nesse caso, existe uma verdadeira lacuna da lei. A impossibilidade de coabitação, prevista no artigo 340, I, da lei civil, deixa transparecer uma situação mais grave do que a ausência de relacionamento sexual, não podendo ser prevista.

No caso de o marido ausentar-se do lar conjugal, encontrando-se impossibilitado de coabitar com sua mulher, e de aceitar ter com esta um filho inseminado com seu próprio sêmen, a impossibilidade física de coabitação, a evidência, não militará a favor da contestação da paternidade. Não houve coabitação, mas o filho é, indubitavelmente, do marido.¹⁶⁷

Diante da possibilidade da fertilização humana com sêmen congelado, a coabitação deixou de ser um fator impeditivo para a fecundação pelo marido. No caso de vir a propor ação negatória de paternidade, fundamentada na ausência de coabitação, tendo ocorrido a inseminação assistida, a improcedência do pedido se impõe, ficando provado que o nascimento resultou da inseminação artificial homóloga. Atualmente, através de exames, como o de DNA, por exemplo, o fato poderá ser facilmente demonstrado. Essa prova científica, facilmente conseguida, funciona como um sub-rogado, ou um equivalente da legalmente pressuposta derivação sexual. Dessa forma, pode-se dizer, então, que, entre casal, mesmo quando a presunção da paternidade não funciona, a prova científica da derivação biológica por procriação assistida tem significado equivalente. Respeita-se, assim, transposto para as realidades atuais, o equilíbrio estabelecido por lei. Conforme se verifica, a inseminação artificial também diminuiu a incerteza quanto à origem da concepção.

Em relação ao inciso II, do artigo 340 do Código Civil, mesmo que o nascimento ocorra após os trezentos dias que se seguirem à dissolução da sociedade conjugal, tendo a mulher utilizado sêmen congelado, será então possível estabelecer o nexo de filiação com o ex-marido? Pode-se dizer que

¹⁶⁷ SAMPAIO, José Celso de Camargo, *A Inseminação Artificial no Direito de Família*, Revista dos Tribunais, n. 670, v. 80, agosto/1991, p. 16.

sim. Nesse caso, a filiação se estabelece não mais por força da presunção, uma vez que não ocorreu a cópula e que esgotado estaria o prazo estabelecido no artigo 338, II do Código Civil, mas por força da verdade biológica. A paternidade, no caso, não resultaria do casamento, a essa altura inexistente, mas de um ato jurídico, significando que, embora sem apoio na presunção, o filho acabará por ser imputado àquele casamento, embora este estabelecimento do nexo de filiação não signifique a identidade do regime jurídico.

Haverá que relacionar estas hipóteses com a previsão da impotência. Poderá, numa hipótese destas, negar a paternidade? Pode-se afirmar que sim. Ao marido restará, para desconstituir a paternidade, fundamentado no artigo 342, provar que é estéril ou que o sêmen utilizado na inseminação artificial não é dele. O problema pode ocorrer perante aquelas situações em que o marido não logra o coito, e, não obstante isso, está em condições de produzir o sêmen. Provada a impossibilidade de procriar, do marido ou do ex-marido, não deverá ser mantida a paternidade, não pela impossibilidade de coabitação, mas, sim, pela impossibilidade de procriação.

Conforme se pode verificar, os dispositivos existentes no Código Civil que permitem a contestação da paternidade legalmente presumida, não se constituem nos meios adequados para os casos em que ocorrer inseminação artificial homóloga.

Verifica-se, portanto, que “os pressupostos em que se basearam não são atualmente, os únicos existentes; necessária se faz a regulamentação da matéria, através de normas adequadas e eficientes para a harmonização dos altos interesses em jogo, em particular os do marido, visto não estar afastada a possibilidade de fraude ou erro que resulte em troca dolosa ou culposa de sêmen.”¹⁶⁸

Nesse contexto, a situação mais difícil seria a do filho, no caso de ser procedente a negatória de paternidade, porque ilegítimo, visto não ser reconhecido, mas, também, não natural; porque nascido de doador anônimo, seria um verdadeiro filho de ninguém.¹⁶⁹

¹⁶⁸ BARBOZA, Heloisa Helena. Op. cit., p. 51.

¹⁶⁹ BARBOZA, Heloisa Helena. Op. cit., p. 52.

Na falta de qualquer previsão legal, poderia tomar-se como parâmetro, para solução das questões, o consentimento do marido. Aqui levanta-se outro grande problema enunciado, que é o de saber qual a relevância do consentimento para a determinação da relação de filiação. E, na hipótese de quase impossível verificação prática, de o marido não ter consentido na inseminação artificial com o seu próprio sêmen? Ou, o que acontecerá, por exemplo, se o marido consentiu na inseminação artificial da mulher e contesta depois a paternidade?

Mesmo já havendo autorizadas manifestações no sentido de ser considerado o consentimento do marido para que seja negado o seu direito de contestar a paternidade, não cabe concordar, em virtude do princípio geral de que os estados naturais não são disponíveis.

No Brasil, a Constituição de 1988, ao trazer para si a tutela dos direitos da personalidade, provocou a ruptura de conceitos clássicos, em face da necessidade de amparar mais significativamente vários anseios da sociedade, configurando-se assim o que se pode chamar de “nova ordem” social.

A utilização da técnica de procriação assistida, pela mulher, sem o consentimento do marido, poderá ter repercussões sobre o vínculo conjugal, mas não tem nenhuma sobre o vínculo de filiação. O consentimento ou não consentimento do marido, são irrelevantes. Dessa forma, pode-se dizer que qualquer vínculo de filiação estabelecida na procriação assistida derivará de outras causas, mas não do consentimento, que é irrelevante.

Em princípio, verifica-se que o recurso a métodos homólogos de procriação assistida não se constitui em obstáculo para imputação ao casal dos filhos dessa relação nascidos, durante a vida do marido ou companheiro de mulher inseminada. O que existe são necessidades de ajustes no sistema legal de filiação. Tal situação é contrária à da fecundação *post mortem*, ou seja, do nascimento originado por inseminação artificial com sêmen ou embrião congelado e somente gestado depois da morte do marido ou companheiro. Na inseminação homóloga, podem surgir problemas com graves conseqüências jurídicas nesse tipo de inseminação.

1.1 Inseminação artificial *post mortem*

A questão da inseminação artificial *post mortem*, que diz respeito ao sêmen extraído do marido em vida, mas usado somente após o seu falecimento, é uma das situações mais polêmicas originadas na área de fertilização artificial, não somente no campo da ética, mas principalmente, nos meios jurídicos.¹⁷⁰

Conhecida como intermediária porque, como diz Eduardo de Oliveira Leite, “não é homóloga nem heteróloga”, a inseminação *post mortem* possibilita preservar a fertilidade de um homem que corre sério risco de tornar-se estéril diante de uma grave enfermidade.

A primeira pergunta que surge, nesse tipo de fecundação, é a de que, se o nascido através da inseminação com sêmen ou embrião congelado do marido ou companheiro e utilizado após a sua morte, pode ser considerado filho. Portanto, qual é a incidência deste método sobre a relação de paternidade?

Se o considerarmos pela forma estabelecida em nosso Direito, encontrando-se o pai morto e o nascimento ocorrer depois do prazo legalmente estabelecido(artigo 338,II), ele não poderá ser considerado como filho. Dessa forma, já nascerá órfão e privado do direito de conhecer seu pai e, conseqüentemente, sem um lar constituído para que possa ter uma formação completa. Ele, além de sofrer os reflexos dessa condição na formação da sua personalidade e integração social, não poderá ser registrado e ter um nome ligado a seus progenitores.

Mesmo que o marido ou companheiro tenha, antecipadamente, consentido na utilização do esperma para inseminação depois da sua morte, a conveniência dessa inseminação deve ser seriamente questionada diante das desvantagens apresentadas para o nascido.

Mas, para além da problemática familiar, a fecundação artificial *post mortem* também vem trazer graves conseqüências no domínio sucessório.

¹⁷⁰ “Em dezembro de 1983, a viúva de Alain, Corine Parpalaix, ingressou judicialmente contra o banco de sêmen CECOS, para requerer o sêmen de seu marido falecido. No mês de agosto de 1984, o juiz de Creteil autorizou a inseminação *post-mortem*,

Suponhamos que o nascimento tenha ocorrido após os 300 dias do falecimento do doador e que tenha sido realizada a prova científica, fica comprovada a derivação biológica. Sendo considerado o caso da sucessão legítima, o nascido é filho do falecido, mas essa criança poderá ser seu herdeiro?

De acordo com as normas estabelecidas, são consideradas capazes de suceder as pessoas concebidas ao tempo da abertura da sucessão, o que, conseqüentemente, exclui aqueles que somente depois venham a existir, pelos meios de fecundação realizada com espermatozoides congelados. Em contrapartida, a lei admite a sucessão de nascituros, desde que o nascimento venha a ocorrer dentro dos 300 dias previstos no artigo 340 na lei civil. Isso quer dizer que o nascido de embrião já existente não pode suceder, se o nascimento ocorrer depois dos 300 dias após a abertura da sucessão. Isto porque a lei, sempre baseada nos processos naturais de reprodução, não poderia prever a hipótese de sucessão legítima de filhos nascidos posteriormente.

A pergunta que é feita diante dessa possibilidade de nascimento, algum tempo depois da morte do pai, é: deverá estender-se ainda a esses casos a sucessão legítima?

Para José de Oliveira Ascensão, a resposta é negativa porque " toda a estrutura da sucessão está arquitetada tendo em vista um desenlace da situação a curto prazo. Se se admitisse a relevância sucessória dessas situações, nunca seria praticamente possível a fixação dos herdeiros e o esclarecimento das situações sucessórias. E a partilha que porventura se fizesse estaria indefinitivamente sujeita a ser alterada." ¹⁷¹

Na forma em que se encontra estruturada atualmente a relação sucessória, não é possível permitir, na sucessão legítima, a filiação surgida *post mortem* decorrido o prazo legalmente previsto. Diante da impossibilidade sucessória do nascido do esperma ou embrião criopreservado depois da morte do progenitor, a fixação da filiação tem um significado limitado, não constituindo um vínculo familiar que tenha como conteúdo o poder paterno.

dando início aos graves questionamentos sobre a paternidade e a sucessão." WARAT, Alberto L. e RUSSO, Eduardo E., *Interpretacion de La Ley, Volumen I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1986, p. 80.*

¹⁷¹ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Op. cit.*, p. 79.

Em relação aos outros parentes em linha reta ou colateral, o vínculo seria relevante, não se negando uma verdadeira relação parental. Isso conseqüentemente, provocaria uma revolução nas relações familiares, visto que os filhos poderiam ser mais novos que os bisnetos. Dessa forma, todos os pressupostos da relação de parentesco estariam invertidos, e a relação sucessória seria alterada, não existindo nenhuma relação com os pais, quando a lei prevê como os continuadores naturais destes.¹⁷²

Mas esta previsão abrangerá o ser nascido posteriormente em conseqüência de crio-preservação de gametas do próprio testador? Pode-se afirmar que não abrange porque a lei civil brasileira prevê apenas a designação de filhos de outras pessoas, existentes ao abrir-se a sucessão e não de filhos do testador. Conforme se verifica, essa lacuna na lei requer a intervenção legislativa.

Considerando a forma prevista legalmente nesse sentido, também não seria possível a criança nascida através dessa forma de inseminação ser considerada herdeira porque, conforme o previsto no artigo 1.717 do Código Civil brasileiro, só podem suceder por testamento as pessoas existentes ao tempo da morte do testador, muito embora se encontrem, entre essas pessoas, os nascituros já concebidos. Podem, também, suceder por testamento os nascituros ainda não concebidos, conforme prevê o artigo 1.718 da lei civil, se a disposição do testador se referir à prole eventual de pessoas por ele designadas e existentes ao abrir-se a sucessão.

O testador poderia, dispondo do benefício de prole eventual, testar em favor do futuro concebido, mas para se recorrer a esse benefício, teria que indicar qual a pessoa que seria a mãe do beneficiário. Permaneceria, no entanto, para ser resolvida a questão do tempo do nascimento. No entanto, "a lei, na sucessão testamentária, permite uma dilação no esclarecimento da situação sucessória em benefício de nascituros não concebidos, mas fá-lo porque os pressupostos estão precisamente determinados e há a remissão necessária para o limite natural, consistente na capacidade de reprodução das pessoas que foram designadas como progenitoras do sucessor. Mas aqui esse limite falha. A crio-preservação estende-se, em teoria, para além desse

¹⁷² ASCENSÃO, José de Oliveira. Op. cit. , p. 79.

domínio. A limitação só poderá resultar da designação da pessoa que funcionará como mãe havendo congelamento de espermatozóides. Mas esse limite não aparece quando houver criopreservação de embriões.”¹⁷³ Pelas conseqüências apontadas, além de outras resultantes dessa prática de inseminação para a criança superveniente, conclui-se que, mais do que solução, essa prática proporciona incontáveis efeitos negativos e resultados imprevisíveis para a prole.

Na realização da inseminação *post mortem* conforme se percebe, nenhuma vantagem resulta para o concebido. Além de nascer órfã, a criança também seria considerada apenas como filha de sua mãe, não podendo receber o nome de seu pai. O nascido nessas circunstâncias não poderia, ainda, constituir-se herdeiro dos bens deixados por seu progenitor, visto não possuir capacidade para a sucessão legítima.

Já que a procriação não se constitui um direito, existem algumas exigências éticas que precisam ser respeitadas para se poder gerar. O bem-estar e a segurança do filho devem ser o sentido principal de todos os que procuram as técnicas de procriação oferecidas para solucionar o problema da infertilidade.

“O interesse da criança a gerar deve sempre prevalecer sobre a satisfação dos pais de terem um filho.”¹⁷⁴ Não se pode conceber, dessa forma, que um meio de procriar contrário aos interesses e à realização completa da criança e que sirva apenas para realizar o desejo de ser mãe, seja legitimado.

Ao manifestar-se de forma veemente contrário a essa prática de inseminação, diz Carlos Alberto Bittar: “ O homem deve respeitar a natureza, a vida humana e seus limites e os valores que, ínsitos em sua personalidade, lhes possibilitam uma existência normal e compatível em sociedade. Daí, a satisfação de caprichos pessoais e de anseios egoísticos deve, sempre, ceder à prudência, à cautela e ao respeito aos valores maiores do Homem e da Sociedade, que a tanto custo pode o ser humano detectar e alcançar na presente quadra de sua evolução.”¹⁷⁵

¹⁷³ ASCENSÃO, José de Oliveira. Op. cit., p. 80

¹⁷⁴ SANTOS, Maria celeste C. Leite, Imaculada Conceção, São Paulo, Editora Acadêmica, 1993, p. 231.

¹⁷⁵ BITTAR, Carlos Alberto, *Revista dos Tribunais* n. 696, outubro de 1993, p. 277-278.

1.2 Questões éticas na fecundação homóloga

No campo ético, a inseminação homóloga, em si, não gera maiores questionamentos, visto tratar-se simplesmente da forma de reunir as células germinais da mulher ou companheira ao do marido ou companheiro a fim de possibilitar a fecundação. Trata-se de uma indicação médica aos casais que se encontram impossibilitados de gerar pelas vias naturais.

Não se justificam as alegações de que a inseminação homóloga configura um desvio do processo natural do relacionamento sexual, quando se tem conhecimento que a vontade e o desejo maior do casal impossibilitado de procriar pelos meios naturais do relacionamento sexual é ter o seu próprio filho.

A alegação de que a prática da fertilização assistida implicaria na deteriorização do relacionamento conjugal, uma vez que, separa o aspecto procriativo do aspecto unitivo da relação sexual, também não merece acolhida. Na fecundação intraconjugal, a intenção unitiva e a procriativa se encontram integradas na maioria das vezes, de uma forma mais perfeita do que no relacionamento natural. O sentimento de impotência, a frustração e a angústia diante da impossibilidade de não conseguir realizar o desejo de ser pai ou mãe, une o casal infértil em seu todo num desejo maior, o que muitas vezes não ocorre entre casais que não conhecem o sofrimento da esterilidade. E, como diz Marciano Vidal, “ o filho nasce em um contexto de amor de onde a procriação e a união conjugal constituem, senão uma unidade temporal, ao menos um todo realmente humano.”¹⁷⁶

Quanto à qualidade humana dos gametos, seria exagero atribuir qualificação pessoal aos óvulos e aos espermatozoides que se constituem apenas em células germinais. Seria “ uma extrapolação indevida o projetar sobre os gametos humanos a categoria de dignidade pessoal, ” diz Marciano Vidal.¹⁷⁷

Quando se trata da vida em desenvolvimento, fala-se sempre em embrião ou feto. Inclusive a legislação, ao prever as penalidades para o

¹⁷⁶ “El hijo nace en un contexto de amor donde la procreación y la unión conyugal constituyen, si no una unidad temporal, sí un todo realmente humano.” VIDAL, Marciano. Op. cit., p. 119.

aborto, refere-se somente ao feto. Não se justifica a busca de um direito de vida humana ao espermatozóide e ao óvulo.

Essas células germinais antes da sua união, que resulta na fecundação, são apenas gametos humanos que devem ser protegidos por leis contra seu uso indiscriminado nas pesquisas ou experiências ou contra as manipulações que possam alterá-los, colocando em risco a própria espécie humana.

O questionamento ético de maior repercussão na fecundação artificial homóloga diz respeito à qualidade humana dos embriões. Os embriões excedentários, conforme foi tratado no capítulo segundo, traduz-se no problema ético mais angustiante das técnicas de fertilização assistida, tanto homóloga quanto heteróloga. Nessa questão se inclui a fecundação e a implantação de um número maior de óvulos acima do necessário, o que resulta em gravidez múltipla, nos abortos espontâneos ou provocados, nos embriões congelados e abandonados pelas partes interessadas, bem como no destino incerto desses embriões.

2 Conseqüências éticas e jurídicas da procriação assistida heteróloga

A possibilidade de vivenciar o sexo sem risco de procriação constitui-se numa das conquistas do século e, como diz João Batista Villela, "o impacto dessa ruptura sobre as ciências do comportamento talvez só encontre equivalente, dentro da cultura contemporânea, ao produzido pela fusão nuclear nas ciências da natureza."¹⁷⁸ O desenvolvimento tecnológico das últimas décadas na área médico-científica, notadamente aquela direcionada à reprodução humana, ultrapassando "as raias da ficção," permitiu ao homem dominar setor até então regido somente pelas leis da natureza, deixando a fecundação humana de ser um fato natural para sujeitar-se à vontade do homem.

¹⁷⁷ "Consideramos como una extrapolación indebida el proyectar sobre los gametos humanos la categoría e dignidad personal." VIDAL, Marciano. Op. cit., p. 119.

¹⁷⁸ VILLELA, João Batista, Desbiologização da Paternidade, Revista Forense, vol. 271, p. 49.

O conhecimento da fisiologia da reprodução, fazendo desaparecer o estreito nexos existente entre sexualidade e procriação, abalou fortemente muitos alicerces do conhecimento (ético, psicológico, filosófico) considerados certos e inquestionáveis, como o jurídico, obrigando a revisão de muitos conceitos, principalmente no Direito de Família em relação à filiação que se constitui no seu cerne.

Evidencia-se a conexão entre o mundo jurídico e os métodos de procriação artificial quando se questiona qual a filiação do nascido através de sêmen do doador e não do marido ou, quando se pergunta como pode ser determinada a filiação materna de uma criança gerada pelo óvulo de uma doadora, ou, ainda, sobre o que restou dos artigos dispondo que as ações relativas à filiação não podem ser objeto de renúncia se, precisamente, o pai que consentiu na inseminação de sua mulher renunciou, a partir desta concordância, à ação de contestação de paternidade.

A inseminação artificial, além dos novos e cruciantes problemas, criou um vocabulário próprio. Fala-se, com a maior naturalidade, em doadores de sêmen e de óvulos, banco de embriões, mãe de aluguel, substituta ou gestora, embriões congelados, excenditários, criopreservados, fecundação *post mortem*, além de outros termos não menos surpreendentes, deixando perceber como ficam profundamente alterados os conceitos de paternidade e maternidade biológica.

Encontrando-se o mundo jurídico totalmente despreparado para enfrentar as inusitadas e conflitantes transformações, observa-se que as descobertas científicas na área de procriação humana assistida, se processam em duas direções contrárias: enquanto, através dos exames, como os de DNA, se desvenda hoje, facilmente, o mistério da paternidade, demonstrando-se satisfatoriamente a proveniência biológica, as certezas jurídicas sobre a dependência entre sexualidade e reprodução são totalmente destruídas. A filiação sempre se processou de forma natural, uma vez que a fecundação resultante de um ato sexual se prolongaria nos processos biológicos da gestação e do nascimento. Independente das dificuldades na constituição das provas ou o obscurecimento trazido pelo jogo das presunções, a lei era orientada pela correspondência da filiação à sexualidade." Agora, é tudo isto

que vai ser posto em causa pela evolução científica, ficando o direito numa situação de desarmamento quase completo.”¹⁷⁹

A primeira questão jurídica que se levanta diz respeito à contestação da paternidade do filho inseminado com sêmen de doador. Considerando-se as hipóteses de o marido não se encontrar fisicamente impossibilitado de se relacionar sexualmente com sua mulher, ou de não ter havido separação dos cônjuges, poderá intentar –se a ação negatória de paternidade, a fim de provar que o filho concebido com sêmen de outro homem não é seu?

A lei civil brasileira permite ao marido contestar a paternidade do filho somente diante da impossibilidade física de coabitar com a mulher nos primeiros 121 dias ou mais, dos 300 que precederam ao nascimento do filho, ou se, a esse tempo, estavam os cônjuges legalmente separados.

Diante da falta de uma legislação brasileira específica para dirimir as questões relativas às inseminações medicamente assistidas, as orientações doutrinárias são divergentes, inexistindo uniformidade entre os juristas estudiosos do assunto. Conforme diz Mônica Scarparo “Para uns, não cabe negatória de paternidade, pois será o filho havido na constância do casamento (art. 338, Código Civil), incluindo-se nesta corrente Sílvio Rodrigues, quando afirma que “a concordância do marido retira-lhe o direito de impugnar a legitimidade do filho havido pela esposa”, embora saliente o conhecimento do ponto de vista contrário, que permite a contestação da paternidade. Para outros, a lei viabiliza essa contestação se o marido provar que, ao mesmo tempo da concepção, estava legalmente separado de sua mulher ou fisicamente impossibilitado de coabitar de acordo com o art. 340, incisos I e II do Código Civil. Assim sendo, uma vez realizada a inseminação heteróloga, a negatória de paternidade milita a seu favor, havendo, no entanto, juristas que contestam o restrito prazo do artigo 178, §§ 3º e 4º do CCB, propondo sua revogação pelo preceito igualitarista da Constituição.”¹⁸⁰

Mas, considerando-se que a lei, ao permitir a contestação da paternidade, exige que o marido prove a impossibilidade física de coabitação à época da concepção, não fazendo prova dessa impossibilidade física, mas

¹⁷⁹ ROLDÃO, Luiz Gomes. Op. cit., p. 72.

¹⁸⁰ SCARPARO, Mônica. Op. cit., p. 50-51.

comprovando que sua mulher foi inseminada artificialmente, deve ser procedente a ação negatória intentada? E o filho assim gerado pode ser considerado do casal?

Com o vazio legislativo, as respostas são contraditórias. Surgem posicionamentos fundamentados no consentimento do marido na inseminação, para excluir a possibilidade de impugnação da legitimidade ao cônjuge que nela consentiu. Dentre eles, está Eduardo de Oliveira Leite, que afirma ser o consentimento a “manifestação inequívoca de que” o casal “não abriu mão da procriação no casamento.” Sendo assim, “quer se trate de inseminação homóloga (entre os cônjuges), quer heteróloga (com a participação de um terceiro doador), o consentimento reafirma a idéia – cara na sociedade conjugal – que ambos, marido e mulher, estão associados na vontade de procriar.”¹⁸¹

Segundo entendimento de José Celso de Camargo Sampaio, “mesmo se comprovando a impotência do marido, ou mesmo comprovada a sua impossibilidade física de coabitar (ausência prolongada, recolhimento à prisão fechada etc.), se houve concordância do marido autorizando a inseminação em sua mulher, com esperma de terceiro, não terá ele direito de contestar a paternidade do filho gerado por sua mulher”. Entretanto, acrescenta o autor “caso o marido não tenha dado autorização para a inseminação artificial, já então, parece que lhe assistirá o direito de negar a paternidade.”¹⁸²

O consentimento dado para a inseminação artificial heteróloga, para alguns juristas, constitui-se como irrelevante no que respeita ao estabelecimento do vínculo de filiação. Para os estudiosos que defendem esse posicionamento, o fato de a inseminação ser ou não consentida, somente tem relevância, para outros efeitos, como para valorar a repercussão sobre o vínculo conjugal. Pelo motivo de que não é possível dispor de um estado natural, o argumento de que, se o marido consentir na inseminação artificial heteróloga da mulher, não poderá, mais tarde, recusar o reconhecimento da

¹⁸¹ “Na França, a proposta relativa à filiação de crianças nascidas de reprodução assistida é bastante detalhada. Assim, depois de se dirigir ao Centro de reprodução, o casal é enviado diante do juiz (como ocorre no caso de adoção no Brasil) que é encarregado de acolher o consentimento do casal beneficiário. O juiz ouve separadamente os membros do casal, casados ou não, depois os reúne (a escuta individual é realizada com vistas a afastar qualquer possibilidade de pressão e para ter certeza que a intenção de cada um é inequívoca). O juiz informa o casal sobre as consequências jurídicas de seu consentimento, que só será confirmado após o prazo de uma semana de reflexão (como também ocorre no caso do direito brasileiro, obrigatoriamente, em matéria de separação judicial). Esgotado o prazo e manifestado o consentimento, o juiz libera ao casal o documento atestando o consentimento.” LEITE, Eduardo de Oliveira. Op. cit., p. 347.

paternidade, uma vez que cometeria abuso do direito, a esses juristas parece incorreto.

A nível mundial, muitos países (como os europeus), ao contrário do Brasil, já legitimaram, através de leis claras e definidas, proporcionando segurança e um sentido de maior responsabilidade ética, na utilização e desenvolvimento dessas várias técnicas de reprodução humana, pelos centros capacitados. O que se pode concluir, diante dessas legislações mundialmente adotadas, é que existe uma concordância em conferir a paternidade do filho ao marido que consentiu na inseminação heteróloga da mulher, sem direito a negatória.

“O consentimento do marido vem se revelando fator decisivo para a determinação da paternidade em face da inseminação artificial heteróloga, não prevalecendo sentido estrito a presunção legal,”¹⁸³ diz Heloísa Helena Barboza.

Na Espanha, a lei que dispõe (Lei nº 35/88) sobre a fertilização assistida proíbe a impugnação da paternidade do marido que nela consentiu (prévia e expressamente).¹⁸⁴ Em Portugal, a exemplo de França¹⁸⁵ (Lei nº 94.653/94), foi incluída disposição considerando inadmissível a contestação da paternidade do marido que consentiu na fecundação. Também na Austrália, o marido que consentiu expressamente na fecundação da mulher, com sêmen de terceiro, é o pai do filho nascido dessa fertilização, sendo a presunção absoluta. Se o consentimento não for expresso, a presunção é relativa. Nos Estados Unidos, de modo geral, também o consentimento expresso atribui ao marido a paternidade. Na Inglaterra, Nova Zelândia, Suécia, Noruega e Venezuela, Filipinas, para exemplificar, o consentimento do marido na

¹⁸² SAMPAIO, José Celso de Camargo. Op. cit., p. 14.

¹⁸³ BARBOZA, Heloísa Helena. Op. cit., p. 60.

¹⁸⁴ Lei Espanhola nº 35 de 22/11/1988, “artículo 8º 1. Ni el marido ni la mujer, cuando hayan prestado su consentimiento, previa y expresamente, a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido por consecuencia de tal fecundación.” MEIRELLES, Juçara, *Gestação por Outrem e Determinação da Maternidade*, Curitiba/PR., Ed. Gênese., 1998, p. 119/120.

¹⁸⁵ “Código Civil Francês art. 311-20, modificado pela Lei nº 94.653 de 24/07/1994, e Código Civil Português, art. 1839, nº3: “Não é permitida a impugnação de paternidade com fundamento em inseminação artificial ao cônjuge que nela consentiu.” MEIRELLES, Juçara. Op. cit. p. 164

inseminação da mulher com sêmen de terceiro, determina a paternidade da criança comprovadamente nascida através da fecundação artificial.¹⁸⁶

Se considerada a possibilidade de ação negatória de paternidade, a dificuldade, nesse caso, está na fundamentação do pedido da ação, visto que ele pode enquadrar-se em nenhuma das hipóteses previstas legalmente no art. 340 do Código Civil, devendo ser improcedente em virtude da falta de legitimidade jurídica do pedido.

Também, quanto ao direito do filho, fruto da inseminação heteróloga, no caso de se promover ação de investigação de paternidade, não há como vislumbrar-se a procedência do pedido, em virtude das hipóteses previstas para a interposição desse tipo de ação. Como diz José Celso Sampaio, " o Código Civil só admitiu a investigatória de paternidade em quatro hipóteses, a saber: a) em caso de concubinato, ao tempo da concepção, da mãe do investigante, com o investigado; b) em caso de raptó da mãe do investigante, pelo suposto pai, coincidente com à época da concepção; c) em caso de se comprovarem relações sexuais entre a mãe do investigante e o pretendido pai, à época da concepção; d) em caso de existir escrito daquele a quem se atribui a paternidade, reconhecendo-a expressamente. Pelo que se deduz dos termos expressos da lei, as três primeiras hipóteses são inviáveis em se cuidando de ação de investigação de paternidade movida por filho de mulher que foi inseminada artificialmente. Não houve concubinato, não houve raptó e não houve relações sexuais".¹⁸⁷ Em relação à última hipótese, é possível que a ação investigatória seja viável, mesmo porque, neste inciso, se está diante do reconhecimento voluntário, constante de um escrito emanado do pretenso pai.

O questionamento também se faz sobre a validade desse consentimento, quando a mulher é inseminada sem o consentimento do marido. Poderia ser considerado adultério cometido pela mulher que realizou a inseminação heteróloga, sem o consentimento do marido?

Analisando-se as formas previstas legalmente para caracterização do adultério, conclui-se que a inseminação artificial heteróloga praticada pela mulher sem o consentimento do marido, não pode ser equiparada ao adultério,

¹⁸⁶ MEIRELLES, Juçara. Op. cit., p. 163.

¹⁸⁷ SAMPAIO, José Celso de Camargo. Op. cit. p. 16.

visto se encontrar assentada num relacionamento sexual inexistente por natureza.

O adultério (do vocábulo latino *adulterium*) definido como sendo o “crime contra o casamento tipificado quando qualquer do cônjuges mantém conjunção carnal com um terceiro,”¹⁸⁸ não ocorre na fecundação heteróloga. Para se caracterizar o adultério, há necessidade de que ocorra a consumação do ato sexual de uma pessoa casada, com uma terceira pessoa do sexo oposto. As fecundações heterólogas, além de prescindirem do conhecimento pessoal entre o doador e a futura mãe, são realizadas em laboratório, através de sofisticada tecnologia.

Portanto, não configura adultério a inseminação heteróloga de mulher casada, sem a autorização do marido. “Está descaracterizado, portanto, o pressuposto do art. 240 do Código Penal brasileiro sobre a tipificação de crime de adultério. Nesse sentido, posiciona-se Orlando Gomes, em sua obra sobre o Direito de Família, ao afirmar que o adultério “se configura por cópula perfeita com estranho de outro sexo, e que na fecundação artificial não há a configuração, pois nesta não ocorre, rigorosamente a *divisio carnis*,” diz Mônica Scarparo.¹⁸⁹

Mas, diante da impossibilidade de ser considerada adultério, a inseminação artificial de mulher casada com sêmen de outro homem, sem o consentimento do marido, caracterizaria então, “conduta desonrosa”, de modo a ensejar a separação judicial?

As opiniões dos juristas se dividem também neste assunto. Tal inseminação poderia, em princípio, ser considerada conduta desonrosa. Mas, se ficasse demonstrado que a mulher realizou a fecundação movida por nobres propósitos? Esse caso, então, poderia ser considerado violação dos deveres do casamento? Mas, quais deveres, se o Código Civil, no seu artigo 231, prevê serem eles: 1) fidelidade recíproca; 2) vida em comum; 3) mútua assistência; 4) sustento guarda e educação dos filhos? A mulher fecundada pelos meios artificiais não cometeu infidelidade, nem deixou de ter com seu marido vida em comum. Portanto, não estaria configurado em nenhum desses requisitos, que confere direito de separação por violação dos deveres do casamento.

¹⁸⁸ ACQUAVIVA, Marcus Cláudio, Dicionário Jurídico Brasileiro, São Paulo, Ed. Jurídica Brasileira Ltda., 1993, p. 112.

Poderia, então, a inseminação artificial heteróloga praticada sem o consentimento do marido, enquadrar-se numa dessas hipóteses que configura a quebra dos deveres conjugais, devendo ser aceito o pedido de separação judicial, fundamentado nesse motivo?

Para a maioria dos autores, a inseminação heteróloga sem o consentimento do marido caracterizaria injúria grave, que se constitui na ofensa à honra, ao respeito e à dignidade do cônjuge.

José Celso de Camargo Sampaio é favorável à consideração de "injúria grave", para fundamentar o pedido de separação do cônjuge que doou sêmen ou se deixou inseminar sem o consentimento da mulher ou do marido.¹⁹⁰ No mesmo sentido, Eduardo de Oliveira Leite argumenta que, na inseminação heteróloga, "a mulher casada recebe o esperma de um doador anônimo que substitui o marido estéril. Mas "substitui" com a anuência do marido, que, certamente, também é partícipe ativo desta proposta parental, razão pela qual não há que se falar em adultério, nem tampouco em "adultério branco" ou "infidelidade científica". O ato se praticado contra a vontade ou na ignorância do marido, poder-se-ia qualificar o ato como injurioso, como também é injurioso à mulher procedimento do marido que lhe provoque a gravidez por este processo, contra a vontade dela, ou lhe ocultando este propósito, na procedente apreciação de Caio Mário da Silva Pereira."¹⁹¹

Segundo Gláucia Savin, no Brasil, sob a vigência do antigo Código de Deontologia Médica (art. 53), só se previa a possibilidade de realização de inseminação artificial homóloga. A realização desta outra espécie de inseminação poderia, até mesmo, configurar injúria grave, apta à dissolução da sociedade conjugal por justa causa, muito embora, havendo quem a equiparasse ao adultério.¹⁹²

O anonimato do doador é outra questão discutida também em ordem ética e jurídica. Deve ser assegurado, quando não mesmo imposto, o anonimato do doador?

¹⁸⁹ SCARPARO, Mônica. Op. cit., p. 51.

¹⁹⁰ SAMPAIO, José Celso de Camargo. Op. cit., p. 17.

¹⁹¹ LEITE, Eduardo de Oliveira. Op. cit., p. 336-337.

¹⁹² SAVIN, Gláucia, Crítica aos Conceitos de Maternidade e Paternidade diante das Novas Técnicas de Reprodução Artificial, *Revista dos Tribunais*, n. 659, setembro de 1990, p. 239.

As posições majoritárias inclinam-se, primeiramente, no sentido do anonimato diante da possibilidade de perturbação que este estranho poderia trazer à família do nascido.

Além disso, os argumentos se baseiam também na alegação de que seria necessário o estabelecimento de um registro exaustivo e rigoroso do doador, tornando esse processo dispendioso e muito difícil de ser montado. Portanto, na área médica, pouco interesse existe na elaboração desse registro de identificação do doador, porque, além dessas dificuldades, com o conhecimento dos antecedentes genéticos do doador, ficaria, conseqüentemente, inviável a mistura de esperma de diferentes doadores.

No Brasil, diante da falta de legislação nesse sentido, a Resolução nº 1358/92 do Conselho Federal de Medicina(IV-3), que norteia esse tipo de reprodução humana, embora administrativamente, prevê sobre a obrigatoriedade do sigilo do doador.

Dentre os vários juristas nacionais favoráveis ao anonimato do doador, manifesta-se Eduardo de Oliveira Leite. Sustenta que o anonimato se constitui na “garantia da autonomia e do desenvolvimento normal da família assim fundada e também a proteção leal do desinteresse daquele que contribui na sua formação. Na hierarquia dos valores, estas considerações sobrepujam o pretendido “direito” de conhecimento de sua origem.”¹⁹³ O citado autor argumenta que, “se o anonimato é suprido, instala-se uma situação ambivalente e altamente perigosa contra a própria criança: garante-se o direito da criança de conhecer sua origem, mas a ruptura do sigilo pode gerar o estabelecimento de relações de fato ou de direito com o doador. O caos se instauraria. Assim, a criança herdaria do pai biológico ou só do pai afetivo? Ela poderia demandar alimentos a qual dos pais? Ou, qual deles, na velhice ou em caso de necessidade, estaria habilitado a solicitar ajuda ao filho? Que nome de família a criança adotaria? A do pai biológico ou o do pai afetivo? Além disso, diz o autor, “o anonimato evita que, tanto o doador quanto a criança, procurem estabelecer relações com vistas à obtenção de meras vantagens pecuniárias. Exclui-se o estabelecimento de uma filiação que conduziria a ações de investigação de paternidade ou outras ações de responsabilidade.”¹⁹⁴

¹⁹³ LEITE, Eduardo de Oliveira, op. cit., p. 33.

¹⁹⁴ Ibidem. Op. cit. p. 340-341

Mesmo diante de uma concordância universal na inseminação heteróloga que o anonimato do doador deva prevalecer, não há como negar-se a ligação do fornecedor do sêmen ao filho, pelos laços de sangue. Ainda que, pelo aspecto jurídico, o filho não possa demandar a paternidade, o parentesco jamais poderá ser negado entre o doador e o concebido. Diante dessa realidade laboratorialmente comprovada, o risco de ocorrerem casamentos incestuosos torna-se evidente, inclusive porque o sigilo usado pelos bancos de sêmen a respeito do doador é guardado, também, sobre a identidade da mulher inseminada. A Resolução nº 1.358/92 (IV, 2 e 3), do Conselho Federal de Medicina, prevê que os doadores “não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa. Muito embora, a Resolução do CFM (IV, 5)¹⁹⁵ estabeleça uma quantia certa de fecundações com sêmen do mesmo doador, mesmo assim, o risco de ocorrer incesto sempre existe.¹⁹⁶ Até porque, não existindo medidas legais de controle e sendo a Resolução oriunda da própria corporação, não se pode garantir que uma fiscalização rigorosa ocorra em todas as clínicas particulares especializadas em fecundação assistida, a fim de exigir o cumprimento dessa previsão administrativa.¹⁹⁷

Analisando-se juridicamente, a questão do anonimato do doador pode-se considerar, ao mesmo tempo, que a citada Resolução, ao prever o sigilo na sua identificação, está violando o direito da personalidade do fecundado pelos meios artificiais. Assim, mesmo não tendo participado e, portanto, não tendo escolhido a sua forma de nascimento, o filho nascido da inseminação heteróloga fica tolhido de saber sobre a origem de sua filiação, sendo-lhe negado o direito à identidade. Diante do princípio de que não são disponíveis estados pessoais naturais e nomeadamente o vínculo de filiação, ao filho deveria ser reservado “como direito inerente à sua personalidade, a possibilidade de conhecer a identidade do doador. Isto se dá, em primeiro

¹⁹⁵ IV-5. “Na região de localização da unidade, o registro das gestações evitará que um doador tenha produzido mais de 2(duas) gestações, de sexos diferentes, numa área de um milhão de habitantes.” Resolução 1358/92-CFM.

“Nos Estados Unidos, essa atividade, transformou-se numa verdadeira prática comercial, chegando a tabelar-se em US\$ 20.000 para cada contratação, sendo pagos US\$ 10.000, para a mãe de aluguel, US\$ 6.000, para o advogado realizar a respectivo processo e US\$ 4.000, pagos para o médico. AZEVEDO, Álvaro Viliça, Ética, Direito e Reprodução Humana Assistida, Revista da OAB, nº 58, Abril/Agosto de 1994, p. 51.

¹⁹⁷ O jornal Zero Hora, de Porto Alegre, do dia 11.02.92, publicou o escândalo que envolveu o médico norte-americano Cecil B. Jacobson, dono de uma clínica particular que inseminou, com seu próprio sêmen, centenas de mulheres, sendo considerado pai de 72 dessas crianças.

lugar, por se tratar de direito à identidade, de um direito personalíssimo, e, portanto, insuscetível de obstacularização. De outra parte, o filho deve ter acesso aos dados biológicos do doador para a descoberta de possível impedimento matrimonial. O conhecimento da sua origem é direito personalíssimo que deve ser assegurado a todas as pessoas que desejam conhecer seus antecedentes, porque trata-se da história de vida de cada um. Mesmo que a criança esteja perfeitamente inserida em determinado contexto familiar, o direito de conhecer a sua história não lhe pode ser tirado.¹⁹⁸

O ordenamento jurídico pátrio permite a investigação biológica da hereditariedade, tanto a requerimento do pai, quanto do filho que pretender esclarecer a sua origem. O objetivo dessa busca da identidade biológica da hereditariedade tem por fim, acima dos sentimentos envolvidos, a descoberta da própria identificação. Essa identidade é que proporciona, a cada pessoa, as condições de imutabilidade, uma vez que o patrimônio genético de um ser humano, encontrado nas moléculas de DNA integrante do ovo onde os caracteres de origem materna e paterna, compondo o patrimônio genético de um ser, serão transmitidos para aqueles que a sucederem através de centenas de gerações. Não pode, tal realidade, em virtude de sua imperiosidade, ser subtraída dos conceitos de maternidade e paternidade, mesmo que em parte. O Direito civil pátrio em vigor exige, em relação à determinação da maternidade e da paternidade, uma correspondência hereditária ou biológica entre os pais e os filhos, constituindo crime (art. 242 do CP) a declaração falsa quanto a tais dados.

Mas, diante desses questionamentos surgidos com a utilização da inseminação heteróloga, como poderíamos definir a posição jurídica do mero dador?

A situação do doador, diante da falta de legislação, pode ser analisada sob dois ângulos. No caso de ser considerada a ligação biológica como elemento necessário e suficiente da filiação, o dador seria conseqüentemente, o pai. Entretanto, se fosse assim considerado, teríamos, como resultado, várias situações bastante absurdas. Dessa forma, alguém que

¹⁹⁸ Exemplo da importância do conhecimento da sua descendência ficou demonstrado, no caso apresentado pelo programa de televisão "Fantástico" em Julho/99, trazendo americano que, depois de quarenta anos descobriu a sua condição, após a morte de

é completamente estranho ao projeto de paternidade desejada poderia obter: o reconhecimento da paternidade; o poder paternal ; a expectativa sucessória. Se o doador não for encontrando, numa situação regulamentada legalmente, a criança arrisca-se a ficar sem pai, porque pode não ser reconhecida pelo marido da mãe e, sendo o doador anônimo, nunca terá pai, será um filho de “ninguém”. Mas, mesmo não havendo qualquer obstáculo jurídico ao reconhecimento da paternidade, deve ser considerado que, aqui, não há um análogo da relação sexual. O que ocorre é a mera entrega de um elemento que foi separado do próprio corpo e que, valorativamente, não é abrangida pelo critério legal de atribuição da paternidade.¹⁹⁹

A adoção do nascido através de inseminação heteróloga pelo cônjuge que não forneceu o gameta e, se a fecundação se der em outra mulher(mãe substituta), pela mulher que cuidará do nascido (mãe social), pode resolver precariamente o problema da filiação, muito embora essa solução não resolva, de forma abrangente, a nova realidade que surgiu.

2.1 Questões éticas e jurídicas na inseminação heteróloga em mulheres solteiras

Pode-se também alcançar outra modalidade de maternidade artificial, quando o desejo de se tornar mãe parte de uma mulher solteira ou viúva. Neste caso, a parte interessada poderá perfeitamente fazer uso de um embrião congelado, utilizando-o dentro de seu útero através da inseminação artificial. Ocorrerá uma maternidade artificial celibatária, sem qualquer relacionamento de ordem sexual, simplesmente suprimindo uma vontade feminina incontida de ser mãe, recorrendo aos métodos proporcionados através do avanço da tecnologia médico-científica.²⁰⁰ A aplicação dessa forma de concepção daria origem à gestação vulgarmente denominada, nos dias atuais, como “produção independente”, que passou a configurar os filhos nascidos de pai juridicamente não identificáveis.

seus pais adotivos em um acidente. A partir de então, começou a sua busca pela família biológica, que descobriu ser brasileira e com a qual, depois de muitas buscas, o adotado conseguiu encontrar-se.

¹⁹⁹ ASCENSÃO, José de oliveira, op. cit., p. 21.

²⁰⁰ CHAVES, Antônio, Op. cit., p. 9.

A questão ética constitui-se em saber se, numa época de consumismo em que todos podem tudo desde que possuam poder aquisitivo, as novas tecnologias de reprodução humana devem ser utilizadas por pessoas que convivem sem vínculo matrimonial, como mulheres solteiras, viúvas ou homossexuais.

O tratamento da esterilidade é direito permitido a todos os interessados, não podendo apoiar-se somente sobre as formas legais do casamento ou da união estável, até porque a Constituição Federal brasileira não permite tal discriminação.

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

Torna-se impossível a concordância com a postura da Resolução 1358/92, do Conselho Federal de Medicina, única regulamentação brasileira, embora de caráter administrativo, em relação à procriação assistida em nosso país, a qual admite, como usuária da fecundação assistida, "Toda mulher capaz nos termos da lei."

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

Procura-se justificar essa forma de inseminação heteróloga, sob o argumento de que as famílias monoparentais se encontram, através de dispositivo constitucional(art. 226, § 4º), protegidas pelo Estado. No entanto, o texto constitucional não previu essa proteção com vistas à procriação e, além disso, essas famílias assim protegidas pela Constituição Federal tornaram-se "monoparentais por força das circunstâncias (separação, divórcio, abandono, etc.), mas eram, inicialmente, famílias normais,"²⁰¹ ou seja, formadas pelo pai, mãe e filhos. "Ademais, a constituição brasileira silenciou quanto ao direito a se

²⁰¹ LEITE, Eduardo de Oliveira, op. cit. , p. 354.

ter filhos. Mas garantiu a inviolabilidade do direito à vida (art. 5º), elegendo como dever do Estado assegurar à criança, com absoluta prioridade, o direito à convivência familiar, colocando-a a salvo de qualquer forma de discriminação (art. 227). O direito à convivência familiar, certamente, não ocorrerá junto a uma mulher solteira, nem, tampouco, junto a casais homossexuais.”²⁰²

Argumenta-se também, para favorecer esse tipo de inseminação heteróloga, o fato de o Estatuto da Criança e do Adolescente permitir e até incentivar a adoção de crianças por pessoas solteiras. Ocorre que, no caso da adoção de crianças por pessoas solteiras ou viúvas, a situação apresenta-se de forma diferente, visto tratar-se de crianças já nascidas e sem quem os crie ou se responsabilize por sua educação, necessitando, portanto, de amparo familiar. A adoção se constitui “num instituto de solidariedade social, de auxílio mútuo, um meio de repartir por um número de famílias os encargos de proles numerosas.”²⁰³

Visto que o desenvolvimento científico da procriação medicamente assistida unicamente, se constitui só como forma de resolver “um projeto parental e nunca um projeto impessoal”,²⁰⁴ não se justifica que a criança possuidora do direito fundamental de ter um pai e uma mãe, nasça órfã ou condenada a uma não identificação paterna, “amputando sua ascendência pela metade”, simplesmente para atender interesses egoisticamente particulares, “muito menos de grupos ou segmentos de conduta excepcional na sociedade.”²⁰⁵

”As conclusões apresentadas pelo Relatório Warnock são procedentes e merecem nossa atenção. Mesmo reconhecendo o direito de homens e mulheres solteiros recorrerem à procriação artificial, com base no princípio da igualdade dos sexos, o Relatório acaba concluindo que “é preferível, para as crianças, nascerem em uma família composta de dois pais, o pai e a mãe, mesmo admitindo ser impossível prever com certeza a duração desta relação, assinala” Eduardo de Oliveira Leite.²⁰⁶

²⁰² Ibidem. Op. cit. p. 354.

²⁰³ WALD, Arnoldo, *Direito de família*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 176.

²⁰⁴ LEITE, Eduardo de Oliveira, op. cit., p.336.

²⁰⁵ LEITE, Eduardo de Oliveira, Op. cit., p. 337.

²⁰⁶ LEITE, Eduardo de Oliveira, op. cit., p. 140.

Tendo como interesse primeiro o desenvolvimento integral da criança, os psicólogos e demais estudiosos da maioria dos países que se ocupam do problema são unânimes em defender esse direito absoluto de o filho nascer através de um casal, ou seja, um pai e uma mãe. Além do mais, o interesse da mãe solteira em ter um filho planejado desde o início sem a figura paterna, contrapõe-se ao direito de o filho de nascer e conviver em um ambiente familiar, sem o risco de ter que sujeitar-se aos constrangimentos e às discriminações a que poderá ficar exposto.

Por isso, para Marciano Vidal, "Nossa postura ética é contrária à FIV fora do matrimônio. O recurso à FIV não pode ser admitido moralmente nos seguintes casos: no caso de mulheres sozinhas(solteiras ou viúvas); no caso de mulheres não casadas(homossexuais ou heterossexuais)." "Ademais, o filho não é um bem útil que está a serviço e desejos ou interesse do progenitor; pelo contrário, é um valor por ele mesmo e a maternidade/paternidade está em função do filho."²⁰⁷

Diante dos muitos argumentos de diversos civilistas, o parecer do francês Gérard Cornu, estudioso da questão, serve para desestimular qualquer motivo que se apresente para justificar a inseminação de mulheres solteiras conforme transcrito por Eduardo de Oliveira Leite: "1. Ela transforma toda a finalidade da procriação assistida. Esta deixa de ser um modo subsidiário destinado a contornar o obstáculo de uma incapacidade natural de procriação. Torna-se um modo de procriação autônomo, na mesma posição da procriação natural. 2. A mãe se encontra destituída de direito para determinar a criança que é sempre uma pessoa e não uma posse materna. A liberdade da mãe sobre seu corpo não inclui o direito de mutilar a ascendência de outro ser e de o privar do direito de investigar seu pai (de o privar de uma ação de investigação). 3. A mulher recebeu da natureza o poder de atingir o mesmo resultado. Mas a natureza é um freio (há a união sexual). A ciência atribuiria à mulher um poder desenfreado."²⁰⁸

²⁰⁷ VIDAL, Marciano, "Además, el hijo no es un bien útil que está al servicio de los deseos o intereses del progenitor; por el contrario, es un valor por él mismo y la maternidad/paternidad está en función del hijo." Op. cit. , p. 122.

²⁰⁸ Op. cit., p. 357.

2.2 Adoção de embriões

A coleta dos óvulos, sendo um processo que necessita de intervenção cirúrgica com uso de anestesia colocando em risco a vida da mulher, não pode ser realizada com freqüência. Também, não foi possível, ainda, ser desenvolvida pelos meios científicos, uma forma de conservar e congelar os óvulos em baixa temperatura. Diante desses dois obstáculos, resulta a necessidade de serem colhidos, de uma só vez, vários óvulos, e fecundados de imediato, já que sua conservação se torna inviável.

Devido á possibilidade de insucesso no desenvolvimento dos embriões implantados, faz-se necessário o preparo simultâneo de vários embriões para serem utilizados todas as vezes em que as tentativas de implantação e desenvolvimento resultarem negativas. "A produção de embriões supranumerários é a conseqüência de uma ignorância. Não sabemos congelar os óvulos," diz o cientista Jean Bernard²⁰⁹

Abandonados por parte do casal interessado ou órfãos de projeto parental, aqueles são rejeitados pela separação do casal ou por morte de um deles. O destino desses embriões supranumerários, além de se constituir numa das questões mais angustiantes para as clínicas de reprodução humana, diante da dificuldade de um consenso sobre o que fazer em relação a esses embriões criopreservados, vem causando preocupantes questionamentos éticos e jurídicos.

Desprotegido juridicamente, o embrião congelado e conseqüentemente, os excedentários, não existem no mundo do Direito. Diante da indefinição da sua qualificação como nascituro, pessoa, germe, encontram-se vulneráveis á utilização nas pesquisas ou aproveitadas suas células em transplantes, para cosmetologia e outros tipos de experimentos, bem como simplesmente destruídos.²¹⁰

A aceitação de todas as formas de experiências com os embriões vivos, resultaria no domínio total da reprodução, passando a serem

²⁰⁹ BERNARDT, Jean, *op. cit.*, p. 86.

²¹⁰ Em França, no mês de maio/99, foram destruídos cinco mil embriões abandonados nos bancos de sêmen do país.

considerados não mais como um processo de vida humana em desenvolvimento, mas uma coisa, ou seja, seriam “coisificados”.

“Do ponto de vista estritamente ético” diz EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE, “em nenhum dos estágios de uma vida *in vitro*, o embrião pode ser tratado como coisa (conforme pretendem 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.²¹¹

O embrião criopreservado e extracorporeamente existente, por não se encontrar legalmente amparado, como poderia ser definida a situação jurídica de tais tubos?

O controle legal na utilização do congelamento e das finalidades desses embriões criopreservados, enquanto os meios científicos não conseguiram, ainda, dominar a técnica para congelar óvulos, poderia evitar excessos e abusos contra a vida humana.

Para Léo Pessini, os embriões excedentes criam o mais grave dos problemas da FIVETE e da ZIFT. Calcula-se que, só na França, existem atualmente 10.000 embriões excedentes congelados. Os possíveis destinos são: destruição, doação a outro casal infértil ou uso para experiências de pesquisa não em seu benefício.²¹²

O aumento do número de embriões transferidos para o útero materno, por sua vez, aumenta a possibilidade de gravidez e, na mesma proporção, cresce também a possibilidade de gravidez múltipla, propiciando os abortos espontâneos ou provocados.

O que se deve fazer com os embriões excedentários? Guardá-los para outra gravidez do mesmo casal? Essa solução é, com certeza, a melhor. Mas, nem ela resolveria totalmente o questão. Fazer doação dos embriões supranumerários a outros casais? Uma espécie de adoção seria, assim, realizada. Em contrapartida, levantaria problemas na área do Direito.

Diante dessa impossibilidade da inexistência de embriões supranumerários, a grande maioria dos estudiosos do problema concluem que a adoção por outros casais seria a solução melhor e mais digna. A doação de

²¹¹ LEITE, Eduardo de Oliveira, *op. cit.*, p. 179.

²¹² PESSINI, Léo, *Problemas Atuais da bioética*, São Paulo, Edições Loyola, 1997, p. 223.

embrião tem como vantagem a criopreservação, porque permite fazer coincidir a idade do embrião com o período adequado do ciclo menstrual da receptora, que decidirá o momento do reaquecimento de embrião a partir do qual o seu desenvolvimento será retomado. Além disso, o anonimato da adoção é favorecido, uma vez que os doadores e receptores ficarão separados pelo tempo, não havendo a possibilidade de se encontrarem. Essa forma de adoção permitiria inserir a criança na sua família adotiva, nove meses antes de seu nascimento, além de evitar a destruição desse embrião ou que ele viesse servir para outras finalidades. Impossibilitaria também que países pobres continuassem como produtores de crianças adotáveis, suprimindo a crescente demanda de pedidos de adoção dos países desenvolvidos. Estaríamos diante de uma " ATOU" (Adoção por Transferência do Ovo ao Útero) sugerida por J. Testart.²¹³

A possibilidade de ocorrência desse tipo de fertilização deverá polemizar a sociedade humana, pelos vários questionamentos que produzirá. Não se trata, no caso, de mera inseminação heteróloga, mas do aproveitamento integral de um embrião de origem diversa das partes que o utilizarão para o gerarem como filho. Portanto, o casal usará o embrião de origem duplamente estranha, para redundar numa filiação legítima dos interessados. Seria considerada como sendo, dentro de todas as soluções previsíveis para solucionar o problema dos embriões excedentários, como diz J. Testart, a única com " virtudes morais indiscutíveis."²¹⁴

Nesse sentido, LOYARTE e ROTONDA, embora contrárias à crioconservação de embriões, defendem que, se decorrido o lapso de tempo para a mulher requerer o implante, em não o fazendo ou em rejeitando expressamente os embriões, estes deverão ser adotados. E, para viabilizar o seu desenvolvimento normal, a lei civil deverá proibir toda outra utilização que não seja o implante no útero de mulher.²¹⁵

A criança nascida dessa adoção não carregaria qualquer característica genética do casal adotivo, mas receberia da receptora (mãe

²¹³ Ibidem, Op. cit., p. 80.

²¹⁴ Op. cit., p. 80.

²¹⁵ Loyarte e Rotonda, op. cit., p. 405.

social) todas as informações emocionais e nervosas transmitidas durante a gestação.

Marciano Vidal, embora discorde da produção de embriões excedentários, argumentando que, por exigência ética, os profissionais dessa área devem acelerar o aperfeiçoamento da técnica empregada a fim de eliminar a produção de embriões excedentes, mostra-se favorável à doação de embriões. Com a finalidade de resolver a questão, sugere aos cientistas moderação na obtenção da quantidade de óvulos e a não produção de mais embriões do que são necessários para obtenção de um razoável êxito na implantação, bem como a transferência, para a paciente, de todos os embriões produzidos. Mas, diz que, no caso de existirem embriões excedentes, é preferível, eticamente, a doação dos mesmos pelas mulheres necessitadas do que destruí-los, utilizá-los para fins comerciais, de experimentação ou congelá-los.²¹⁶

Para Heloisa Helena Barboza²¹⁷, “a solução, sem dúvida, mais digna e adequada, sugerida pelo *Comité National d'Éthique* (CNE) da França, em 1989, é permitir a adoção dos embriões congelados por pessoas que os queiram como filhos.”

Porém, para que seja admitida uma adoção deve existir a formação da personalidade do adotado. Já que o embrião não é considerado nascituro ou pessoa, torna-se impossível, juridicamente, a constituição desse tipo de adoção. No caso, surgiria uma nova forma de adoção. Tratar-se-ia da adoção de embrião, figura inexistente no mundo jurídico. Neste somente se conhece o instituto da adoção aplicado em seres nascidos, com personalidade jurídica formada. Para o Direito e suas regulamentações normativas, a viabilidade de doação a terceiros através dos titulares de um tubo onde se encontra um embrião, a fim de que ocorra a inseminação direta no útero, constitui-se ainda em um mistério.²¹⁸

²¹⁶ Marciano Vidal ²¹⁶ expressa-se contrário “a la producción de embriones “sobrantes”. Hacemos nuestra la alternativa que ofrecen los bispos de Gran Bretaña a las recomendaciones 13 y 14 del Informe Warnock: “No debieran existir embriones sobrantes. Comprendemos los motivos que han llevado a la Comisión a aceptar la teoría y la práctica actualmente casi universales de producir embriones en número mayor del que se requiere clínicamente para la transferencia inmediata a la matriz. Pero esos motivos no son suficientes para justificar el menosprecio de la dignidad humana y de los derechos que tal práctica conlleva inevitablemente.”

²¹⁷ Op. cit., p. 83.

²¹⁸ CHAVES, Antônio, *Novas e Inesperadas Modalidades de Adoção*, Revista de direito Civil, nº 43, v. 12- jan/mar/1988, p. 08.

Portanto, conforme se verifica, a questão do destino a ser atribuído aos embriões excedentes está diretamente relacionado com a determinação, ou não, da sua qualidade de nascituro. Daí a necessidade fundamental de que seja estabelecida juridicamente a qualidade de nascituro ao embrião criopreservado.

Ocorreria, dentro da condição heteróloga, a utilização direta, por um casal, de embrião advindo de terceiras origens e que seria implantado no útero da esposa para ser gestado. Trata-se do direito sobre tais embriões que teriam sido desprezados ou abandonados numa inseminação artificial anterior por seus titulares e detentores, os quais estariam abdicando dos seus direitos sobre os tubos contendo os embriões, ou seja, seres em sua primeira formação, ainda fora do útero, mas preservados através de congelamento.

Esta solução seria considerada como uma forma de adoção de um embrião ou de um nascituro, adoção de um pré-nascituro ainda em fase embrionária.

Apesar de tudo isso achar-se muito vago, necessitando de uma apreciação formal do Direito, para fins da harmonização social com conseqüência familiar, deverá existir, por parte dos titulares dos embriões depositados em bancos, a renúncia expressa aos mesmos, passando ao critério dos médicos a cessão para efeitos inseminatórios das partes interessadas.

Os aspectos legais da adoção embrionária, ou seja, do nascituro, advindo do útero da esposa ou de terceira mulher cujo útero fora emprestado, demonstra que a temática reprodução *in vitro* passou a criar, em relação à maternidade, duas espécies de mães. A primeira, impossibilitada de gerar por problemas clínicos, tem seu óvulo retirado para ser fecundado em tubos, juntamente com o sêmen de seu marido e implantado em uma segunda mulher que o gestará e da qual nascerá.

Nessa forma de adoção, inclusive, “ o direito reconhecerá seu relacionamento de parentesco nas mesmas condições que na maternidade biológica, até mesmo quanto ao aspecto sucessório. A maternidade civil aqui enaltecida, é a que não fora submetida aos efeitos naturais de uma anterioridade fisiológica, mas for criada através dos préstimos de um

ordenamento jurídico que a reconhecerá e a fará mãe, oficialmente, como as já citadas.”²¹⁹

A ética médica, nestas circunstâncias, não cria obstáculos nem reprime, pois a inseminação fora feita em decorrência de uma deficiência ginecológica da mulher, possibilitando, através da técnica artificial, transformá-la em mãe.

A paternidade, em si mesma, não é um fato da natureza, mas um fato cultural. São inúmeras as situações previstas em lei nas quais a paternidade é atribuída a quem bem pode não ser o pai biológico ou a quem manifestamente não o é, como a presunção de ilegitimidade da prole nascida da mulher casada, admitida nos arts. 339 e seguintes do Código Civil brasileiro. Nesse caso, a lei não favorece em nada a verdade biológica. Pelo contrário, ante o favor de legitimidade, sacrifica a apuração da primeira. Além, sobretudo, dos institutos da adoção e da legitimação adotiva, cuja evolução mais recente, tomados em seu conjunto, está fortemente marcada pelos propósitos da crescente assimilação com a paternidade de origem biológica.²²⁰

Sob o ponto de vista jurídico, moral e afetivo, entre o filho adotivo e o filho concebido por uma fecundação assistida, existem profundas diferenças, visto que o filho adotivo, mesmo sendo biologicamente estranho aos pais, é amparado legalmente por ser a adoção um ato oficial e público, enquanto que o reconhecimento de um filho gerado por um processo de fecundação artificial heteróloga supõe a falsificação consciente e oficial, por parte dos pais, numa certidão de nascimento.²²¹

Por isso, a situação jurídica do embrião crioconservado precisa ser regulamentada, uma vez que se trata de vida humana já em andamento, a qual necessita do reconhecimento dos seus direitos, a fim de que seja facultado o surgimento, no mundo jurídico, dessa nova forma de adoção.

²¹⁹ Op. cit., p. 9.

²²⁰ VILLELA, João Batista, op. cit., p. 46/47.

²²¹ CHAVES, Antônio, Op. cit. P. 10.

3 Ocorrência da intervenção legislativa

Como todos os direitos inalienáveis da pessoa devem ser respeitados e tutelados pela legislação, constitui-se como necessária a hipótese de se adotar medidas coativas de comportamento, para regular especificamente as condutas na área de procriação humana.

As transformações constantes, que vão desde a ciência, até as exigências sociais, as quais requerem amparo jurídico para harmonizar e viabilizar as relações humanas, constituem o direito vivo, que, em contraposição ao direito posto, vão se alastrando pelo tecido social. O recurso incontrolado das novas possibilidades técnicas abertas no campo da biologia, principalmente em relação à reprodução assistida, poderão levar a conseqüências altamente prejudiciais para a sociedade e ao próprio homem. Por isso a necessidade da intervenção dos legisladores nacionais. A legislação brasileira não regula, de forma específica, a matéria relativa à reprodução humana assistida, ficando para os Tribunais a solução dos conflitos diante de uma jurisprudência paupérrima a respeito das inusitadas questões.

Na área das descobertas biomédicas, sabe-se que a fertilização assistida não é o único campo a exigir regulamentação no Brasil. Muito embora exista a compreensão de que, por tratar-se de um tema, além de muito novo, e, sem dúvida, complexo e controvertido, mesmo assim, o Direito deve enfrentá-lo.

A função do Direito é o de criar condições para prevenção e preservação da saúde moral e social dos indivíduos.

Durante esses vários anos, em que vêm sendo aplicadas, em nosso país, as revolucionárias técnicas de procriação, a maioria dos estudiosos sobre o assunto, tem-se manifestado sobre a necessidade e a urgência na elaboração de regulamento específico, visando disciplinar o procedimento da fertilização assistida, como vem ocorrendo na quase totalidade dos países que utilizam as técnicas de reprodução humana.

Através dos vários projetos encaminhados(exemplos: Projeto de Lei nº 2.855/97, de Confúcio Moura; Anteprojeto da Deputada Sandra Cavalcanti, do Deputado Virgílio da Távora, do Deputado Ervin Bonkoski, do

Deputado Francisco Rollenberg), conclui-se que existe uma preocupação em relação à necessidade da elaboração de uma legislação específica, para disciplinar a reprodução humana no Brasil.

Mesmo que muitos desses projetos se encontrem ultrapassados, inclusive, com a promulgação da Constituição Federal/88 e tenham sido realizados de forma a não contentar a maioria dos estudiosos sobre o assunto, contribuem para construir uma legislação que abranja, de maneira mais ampla, segura e cuidadosa, esse complexo tema.

As regras que norteiam o corpo médico em relação à matéria são elaboradas pela própria corporação, que, em muitos aspectos, conflitam com o ordenamento jurídico. O sistema de norma de cunho administrativo regulando o tema, compõe-se até o presente, do Código de Ética Médica, de 30 de setembro de 1957, revogado em 1984, o qual proibia, através do artigo 53, a prática de inseminação artificial heteróloga, permitindo a homóloga desde que fosse realizada com o consentimento dos cônjuges. Em 13 de abril de 1984 foi criado o Código Brasileiro de Deontologia Médica, através da Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.154, que, revogando o anterior, não tratou, de forma específica, da matéria. A I Conferência Nacional de Ética Médica, realizada no mês de novembro de 1987, elaborou o Código de Ética Médica, aprovado pelo Conselho Federal de Medicina, em 1988. Diante da insuficiência das normas até então elaboradas, o Conselho Federal de Medicina aprovou, em 11 de novembro de 1992, a Resolução nº 1.358/92.²²² O Código de Deontologia Médica do Brasil, de 1988, limita-se a enunciar, em seu art. 43, ser vedado ao médico descumprir a legislação específica “ nos casos de transplantes de órgãos ou tecidos, esterilização, fecundação artificial e abortamento.” No seu art. 68, proíbe a prática de “fecundação artificial, sem que os participantes estejam de inteiro acordo e esclarecidos sobre o procedimento.” Já o Código de Deontologia Médica de 30/09/57, em seu art. 53, proibia a realização de inseminação artificial heteróloga, permitindo a homóloga, desde que houvesse o consentimento dos cônjuges. Portanto, diante dessa nova redação, verifica-se inexistir qualquer impedimento, exceto

em relação à ausência de conhecimento das partes envolvidas, quanto aos métodos utilizados na prática dos métodos artificiais de procriação humana.

Diante dessa ausência de regulamentação adequada, a auto-regulamentação emanada do próprio corpo médico, a qual serve de orientação na conduta dos profissionais dessa área, pode comprometer a ordem social e privada. “Esses comportamentos comprometem a ordem social quando colocam a prática clandestina do método, podendo gerar riscos de consangüinidade praticamente nulos nos centros autorizados e na ordem privada, na medida em que o sêmen coletado sem controle oficial pode esconder taras ou defeitos genéticos de efeitos imprevisíveis”,²²³ colocando em risco a vida do concebido e das pessoas que se utilizam da fecundação. Além disso, existe a possibilidade da “ falta de garantia do anonimato do doador que se expõe, mais tarde, a responder a uma investigação de paternidade. Como se isso não bastasse, a falta de uma legislação pode provocar a comercialização de substâncias humanas que podem conduzir ao eugenismo.”²²⁴ Assim, mesmo os casos previstos como proibidos em órgãos legais do governo, podem ser utilizados de forma clandestina através dos médicos de clínicas particulares, como os de inseminação das mulheres solteiras ou homossexuais.

Para Eduardo de Oliveira Leite, no Brasil, tendo em vista que os centros de reprodução humana se desenvolveram em dois sentidos, um deles vinculado a um hospital e outro com entidades privadas, a Resolução nº 1358/92 ao invés de optar por uma forma exclusiva de atuação médica, apenas generaliza a responsabilidade “pelo controle de doenças infecto-contagiosas, coleta, manuseio, conservação, distribuição e transferência de material biológico humano para a usuária de técnica de RA.” A disposição legislativa se faz necessária, porque “embarga a criação anárquica de centros de reprodução (como ocorreu na França, num primeiro momento), evitando a criação de bancos de esperma, por exemplo, de acordo com esquemas de funcionamento

²²³ LEITE, Eduardo de oliveira, op. cit., p. 332

²²⁴ LEITE, Eduardo de Oliveira, “Tanto os projetos de lei(na França e na Itália) como as leis atualmente em vigor(Suécia e Espanha) refutam o caráter comercial da atividade e a prática do eugenismo provocativo. A tendência universal – ao menos é o que se verifica nos países que se preocupam com a questão- tem se direcionado no sentido de somente autorizar, para este tipo de atividade, os centros de caráter público(estabelecimentos públicos ou estabelecimentos privados, sem fim lucrativo e associados ao serviço público).” op. cit. p. 333.

diferentes”²²⁵ Argumenta, o citado autor, que, diante das dimensões continentais, como é o caso do nosso país, a liberdade de criação, sem a ocorrência de um princípio unitário que determinasse um padrão de normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, geraria um verdadeiro caos.²²⁶

A matéria desfecha repercussões imediatas no Direito Civil, relativas ao estado civil, repercutindo efeitos no Registro Civil das pessoas naturais. Eis perguntas ainda sem respostas, que dizem respeito à paternidade do nascido: em nome de quem deve ser registrado o nascido da inseminação heteróloga? Presume-se a paternidade do marido da mãe, se não constou do assento? Pode este ser retificado para nele inscreverem-se os nomes dos pais aos quais se vincula a filiação? E os nomes dos avós?²²⁷ Trata-se de questões que traduzem a grave e profunda dimensão do problema e que diz em respeito diretamente à vida do homem, à sua essência, seu começo e seu fim, compreendendo, em última análise, a sexualidade, o desejo, o amor e a morte, e que não podem ser analisadas, sem a contribuição da Ética, da Religião, da Filosofia e do Direito.

O Anteprojeto do Código Civil, também não tomou conhecimento do nascimento por fertilização assistida, apesar das implicações trazidas, principalmente no campo de direito de família. Não enfrentado o problema da inseminação artificial, o novo Código Civil, deixou a solução ao critério dos Tribunais, ao estabelecer como limite ao direito de dispor do próprio corpo os bons costumes, fazendo, portanto, a permissão depender da evolução da mentalidade.

São questões sem respostas, ainda em aberto no nosso direito pátrio: a legitimidade do filho; a necessidade da autorização da mulher do doador; o consentimento do marido da inseminada; o registro de nascimento do fecundado artificialmente; a necessidade de reconhecimento ou declaração de paternidade; a realização da inseminação artificial contra a vontade de qualquer um dos cônjuges; a presunção de legitimidade do filho quando a inseminação ocorreu com prévia autorização do marido; o anonimato do

²²⁵ LEITE, Eduardo de Oliveira, op. cit., p. 331.

²²⁶ Op. cit., p. 331.

doador, o direito de filiação e sucessório do nascido *post mortem* do marido, da mulher ou de ambos, o destino dos embriões excedentários.

Por outro lado, à parte as indagações levantadas acima, outras surgem no Direito de Família em relação à maternidade tais: deve a criança ser adotada pela mãe que forneceu o óvulo para a gestação por outra mulher? No direito obrigacional, como podem ser estabelecidos e quais as características dos contratos realizados entre partes interessadas e mãe gestora ou de aluguel? Em relação à contestação da paternidade, pode o marido da mulher inseminada artificialmente com sêmen de doador, contestar a paternidade? Mas se o marido consentiu na inseminação?

Diante destas questões já vivenciadas, os problemas são inúmeros pelas alterações provocadas em todo o Direito, uma vez que é permitida, em nosso país, a utilização de todas as formas de inseminação artificial, enquanto não temos legislação, a doutrina ainda é modesta, e a jurisprudência é paupérrima. Bem esclarece Eduardo de Oliveira Leite: " É chegado o momento de rever a legislação: não sobre princípios tradicionalmente estabelecidos pela evolução jurídica, mas a partir de uma revisão dos conceitos e princípios tradicionais sobre a paternidade e maternidade." ²²⁸

No campo da bioética começam a delinear-se os primeiros passos em direção ao amadurecimento da ciência regulatória. No entanto, a escolha de procedimentos legalistas deverá ter em conta as implicações a curto, a médio e a longo prazo, para o desenvolvimento da ciência no País e para um conjunto de opções estratégicas do Estado no campo da Saúde, sobretudo considerando as velozes transformações, neste final de século, experimentadas nas áreas da biotecnologia.

Os profissionais do Direito timidamente se posicionam a respeito da matéria, fazendo aparecer sugestões como a de José Augusto de Abreu Machado,²²⁹ segundo o qual se faz necessária a regulamentação segura para o bom equacionamento do problema, devendo ser autorizada " a inseminação

²²⁷ GOMES, Luiz Roldão de Freitas, *Questões Jurídicas em Torno da Inseminação Artificial*, Revista dos Tribunais n. 678, Ano 81, abril/92, p. 269.

²²⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira, *op. cit.*, p. 213.

²²⁹ MACHADO, José Augusto de Abreu, *Direitos da personalidade e Inseminação Artificial*, Revista dos Tribunais – Vol. 535 – Maio/80, p. 33-35.

heteróloga de mulher casada, com material fornecido por “bancos” regularmente constituídos e rigidamente fiscalizados, com o consentimento do marido, não devendo ser permitida a fecundação artificial de mulher não casada ou que não seja para constituição de prole própria do casal.

Para Carlos Alberto Bittar,²³⁰ por sua vez, a inseminação artificial deve depender de autorização expressa dos interessados, mas somente dos casais ligados por vínculos conjugais, devendo ser realizada somente com materiais extraídos dos próprios casais, que devem estar vivos quando realizada a operação.

O consentimento para a inseminação artificial deve ser previsto legalmente, de forma, a que não dê condições de o cônjuge arrependido negar a paternidade. O sistema utilizado na França de levar o casal diante do juiz para a homologação desse consentimento depois de ouvir separadamente as partes e depois de conceder-lhes uma semana para reflexão, é uma forma bastante detalhada, que faz com que o casal tome a decisão com muita reflexão e responsabilidade, não podendo manifestar arrependimento nem acusar o outro cônjuge ou companheiro. A revogação da concordância poderia ser permitida, conforme também é utilizada pela lei francesa, mas somente até o momento da concepção. Como prevê a lei francesa, na inseminação homóloga o consentimento é subordinado ao casal, ficando excluída a inseminação da mulher com esperma de marido falecido (*post mortem*), mesmo se o marido tivesse consentido. Realizado, o consentimento, o marido não poderia contestar a paternidade, salvo se conseguisse provar que o filho não nasceu de fecundação heteróloga, mas de infidelidade de sua mulher. Nos caso de união estável, a regra não deveria ser diferente, por encontrar-se prevista no texto constitucional como entidade familiar. “Frente, porém, ao novo texto constitucional (art. 226, § 3º) e à Resolução 1358/92, do CFM, seção II, incisos 1 e 2 (“Toda mulher, capaz nos termos da lei(...) Estando casada ou em união estável...”), dúvida não há que o casal organizado sem o aval da lei, tem igual acesso à reprodução assistida. Mesmo se reconhecendo a fragilidade da filiação na união livre.”²³¹

²³⁰ BITTAR, Carlos Alberto, Problemas Ético-Jurídicos da inseminação Artificial, *Revista dos Tribunais*, Vol. 696- Ano 82, outubro/93, p. 278.

²³¹ LEITE, Eduardo de Oliveira, op. cit., p. 340.

Concluindo pela conveniência e até necessidade de legislação entre nós, Luiz Roldão de Freitas Gomes²³² sugere dever a matéria “ subsumir-se à sistemática de nosso Direito e à sua matriz constitucional”, adotando a legislação brasileira as seguintes sugestões: “a) o acolhimento da inseminação artificial homóloga, tanto à mulher casada, como a companheira; b) a inseminação deve ser permitida também à mulher solteira, como manifestação de seu direito de procriar; c) a proibição de experimentação e pesquisas com embriões ou fetos humanos; d) Não deve ser permitida a destruição dos embriões excedentes; e) Não deve ser permitida a inseminação artificial heteróloga, ainda que não sendo por fecundação *in vitro* e transferência de embriões, por introduzir terceiro na relação de filiação, que se deve ater a pais e filhos; f) Não deverá ser consentida a maternidade substituta; “

José Celso Camargo de Sampaio propõe a ampliação dos “ casos ensejadores da ação negatória de paternidade, de modo a se permitir sua propositura na hipótese de inseminação artificial por parte da mulher casada, sem o consentimento (ou mesmo oposição) do marido. Ampliar os casos de investigação de paternidade, alargando o elenco das hipóteses já previstas no Código Civil. Disciplinar as causas que autorizam a separação judicial, de modo a se prever, de expresso, a inseminação da mulher, consentida por ela, mas não pelo marido, como, também, pressuposto para o “desquite”. Haver uma disciplinação mais rigorosa nas bancas de sêmen, de modo a se evitar, dentro do possível, casamentos incestuosos”.²³³

“Está claro que chegar a um acordo para regular legalmente as técnicas de procriação artificial é uma tarefa sumamente árdua, pela transcendência das questões que entram em jogo.”²³⁴

Afinal, qual deve ser a base da filiação? A verdade biológica, a genética ou a vontade das pessoas envolvidas? Compadecem-se todas as hipóteses com o princípio da indisponibilidade do estado civil, de ordem pública?

²³² Op. cit., p. 273-274.

²³³ SAMPAIO, José Celso de Camargo, A Inseminação Artificial no Direito de Família, *Revista dos Tribunais*, n. 670, Ano 80, agosto. 1991, p. 14-18.

²³⁴ Adorno, Roberto L., “ está claro que chegar a un acuerdo para regular legalmente las técnicas de procreación artificial es una tarea sumamente ardua, por la transcendencia de las cuestiones que entran en juego. La aceptación o no de la selección

Em relação aos alimentos como direito do nascido, outra questão pode ser levantada com a inseminação artificial heteróloga: Poderia a criança pedir alimentos ao doador, seu pai biológico?

Para Gláucia Savin, deve "ser necessário que se proceda à colheita de uma declaração escrita acorde com a utilização do sêmen e que a legislação preveja, nesses casos, a impossibilidade de contestação da paternidade. Tanto em um como outro caso, passível a conservação ativo do material genético, através de congelamento, até o período de cinco anos, deve-se exigir do cônjuge, já que este forneceu o material, a consequente autorização para sua utilização durante determinado espaço de tempo. Como em qualquer contrato de depósito, o material guardado nos bancos de sêmen continuaria pertencendo a ele, podendo exigir a sua inutilização a qualquer tempo. Inexistente manifestação contrária durante a vigência da sociedade conjugal, a utilidade restaria comprovada, e finda a união, a legislação não poderia subtrair do nascituro ou do filho os direitos de reconhecimento que lhe seriam inerentes às condições normais, máxime porque, quando a legislação em seu art. 340, I e, refere-se à impossibilidade de "coabitação" ou "separação."²³⁵

Quanto à fecundação artificial, a maternidade continuaria, de acordo com nosso Direito, a ser determinada pelo nascimento, mas, nos casos em que a gestação em útero alheio fosse necessária, como, por exemplo, para se evitar o aborto, com a consequente morte do embrião ou feto, tal prática deveria ser permitida com outorga judicial diante de diagnóstico médico?

Dever-se-ia, ainda, discutir quanto à impossibilidade de investigação da paternidade em tais casos, quer pelo doador, quer pelo cônjuge ou companheiro da mulher, bem como deveriam ser estatuídas regras que preservassem a não identificação do doador e o acesso a tais informes somente pela pessoa do filho, como desdobramentos do direito à personalidade?

Por outro lado, os embriões supranumerários poderiam ser objeto de adoção por parte de casais inférteis mas capazes de procriar, a fim de que

preimplantatoria de embriones es una de las cuestiones clave." *Doctrina, El Derecho Frente a La Selección de Embriones In Vitro*, p. 22.

²³⁵Savin, Gláucia, *op. cit.*, p. 237.

não fossem destruídos ou utilizados para fins moralmente reprováveis (indústria de cosméticos, experiências científicas, etc.). Mas, qual lei embasaria esse novo tipo de filiação civil?

Deveria ficar legalmente prevista também a utilização de esperma de um mesmo doador a um número limitado de casais estabelecidos, dependendo do número de habitantes, a fim de evitar o perigo do incesto

Muito embora de forma desigual e superando diversas resistências, a reprodução medicamente assistida, convertida em atividade médica comum, começa a ser legalmente regulada, como forma de controle para evitar abusos no seu exercício, na maioria dos países. Atualmente, no Brasil, diante das manifestações de vários juristas e estudiosos, a tendência que predomina é a da aceitação da regulamentação legal, conforme se vem confirmando mundialmente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O conjunto do material apresentado demonstra a diversidade e a complexidade das questões que envolvem as técnicas de fertilização assistida, cujas soluções, relativamente ao uso e a normatização têm sido e continuarão sendo fonte de permanentes divergências, mesmo em países em que já foi estabelecida disciplina específica.

No Brasil, apenas nos últimos anos, o problema começou a despertar interesse, passando, de imediato, a requerer solução jurídica. Não causam surpresa, portanto, as discordâncias de opiniões em todos os segmentos envolvidos. Mas, o que se percebe, atualmente, é a tendência predominante no sentido de uma regulamentação legal, conforme se deduz dos posicionamentos dos juristas consultados.

A fertilização medicamente assistida veio resolver uma das preocupações da humanidade de todos os tempos: a infertilidade. Representando não somente a continuidade da família, mas, instintivamente por constituir-se como forma de perpetuação da própria espécie, a esterilidade sempre foi causa de angústia entre os casais. A impossibilidade para procriar foi analisada de diferentes maneiras de acordo com cada época. Atualmente, as conseqüências da infertilidade, surgem na maioria dos casos, por motivos bastante diferenciados dos causadores da esterilidade em séculos passados. A liberação sexual feminina com o surgimento do contraceptivo e a participação no mercado de trabalho, fez com que a busca pela maternidade fosse adiada, deixando as mulheres, nesse período, expostas a doenças sexualmente transmissíveis (como hoje temos o HPV). Tais doenças podem causar a esterilidade e são conhecidas como *causas de origem desconhecida* ou *sem causa aparente*, doenças consideradas como responsáveis pela infertilidade, tais como *stress*, doenças venéreas, processos infecciosos, consumo de drogas e medicamentos, o uso de contraceptivo, a procura tardia da gravidez em virtude da prioridade na realização profissional. Elas colocam nesse período, a mulher em grande risco de vários processos infecciosos e as levam

a adquirir viroses que trouxeram um índice maior de infertilidade tanto masculina como feminina.

Mas, a fertilização artificial ao mesmo tempo que surge para contornar o problema da esterilidade, constitui-se numa revolução biológica, ética e social, uma vez que, tanto os óvulos quanto os espermatozóides passaram a ser tratados fora do corpo humano, ocorrendo uma transferência de responsabilidade conjugal para o corpo médico. Esse procedimento técnico-científico, que consiste em levar o óvulo ao encontro do espermatozóide sem a ocorrência do coito, trouxe conseqüências de várias ordens como a psicológica, a ética e, principalmente, a jurídica.

A fertilização assistida homóloga, que se constitui na técnica de inseminação da mulher com o sêmen do marido ou companheiro, não resulta em grandes questionamentos éticos nem jurídicos, visto não trazer conseqüências na ordem da filiação, muito embora os casos de inseminação artificial homóloga *post mortem* ensejem uma série de questionamentos tanto éticos, uma vez que ela condena o nascido à orfandade, quanto jurídicos em relação à filiação, bem como à ordem na sucessão.

Em contrapartida, a fertilização artificial heteróloga, ou seja, a realizada com sêmen de terceiro que não o do casal, além de exigir, para sua realização laboratórios mais especializados e processo mais complexo, cria questionamentos de várias ordens. Atualmente, casos ocorrem em que se ignora quem seja a mãe. Outros nascidos podem ser filhos de "ninguém" diante da possibilidade de ser contestada a paternidade.

Atribuir a filiação através de qual derivação: a biológica ou a afetiva? O mundo jurídico está sem resposta. A filiação resultante da inseminação heteróloga constitui-se numa farsa avalizada pelo Direito. O pai que concede o nome ao nascido da fecundação heteróloga, e o registra, autorizou fecundação de sua mulher com sêmen de terceiro. Encontra-se totalmente desmontada a estrutura da filiação baseada na derivação biológica. Mas, mesmo que prevaleça a filiação afetiva diante das incontestadas circunstâncias, o direito de o filho conhecer a sua história não lhe pode ser negado. Constitui-se num direito personalíssimo.

A gestação através de terceira pessoa, rejeitada pela Igreja, também deve ser rejeitada eticamente e juridicamente diante das

conseqüências . A maternidade não pode orientar-se pelo direito obrigacional ou como ato negocial. Mesmo que ela venha a ser instituída legalmente de forma gratuita, o que deve ser primeiro levado em conta é o interesse do concebido. A criança não pode ser tratada e levada à categoria de coisa, para ser manipulada desde a sua concepção, como mero instrumento de direito de outrem.

Como “compensar ”a enorme perda de embriões sacrificados em nome de um? O ovo da pesquisa científica é precioso porque é vida humana. Os embriões devem ser protegidos pelo Direito em qualquer circunstância. Mesmo fora do corpo, trata-se de vida humana. Do ponto de vista ético, em nenhum momento o embrião pode ser tratado como coisa. A doação de embriões, enquanto não for possível o congelamento dos óvulos, é a solução viável para solucionar o problema dos excedentários. O controle legal na utilização e congelamento desses embriões faz-se urgente, a fim de que possam ser evitados os abusos contra a vida humana.

Corre-se o risco de uma discriminação genética, que já existe discretamente. Trata-se de uma nova forma de eugenia silenciosa diante do controle coletivo sobre a qualidade do produto humano. A seleção dos ovos, identificada pela sociedade como sendo de seus “melhores e mais aptos indivíduos”, concentra a espécie humana do futuro.

Como todos os direitos inalienáveis da pessoa devem ser respeitados e tutelados, constitui-se como necessária uma legislação específica, a fim de regular o comportamento dos artífices da procriação humana em laboratório.

Diante da lacuna legal, o recurso encontrado das novas possibilidades abertas à ciência na área da reprodução, poderá resultar em conseqüências ainda imprevisíveis para toda a sociedade e ao próprio o ser humano.

Referências Bibliográficas:

- ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. Dicionário jurídico brasileiro. São Paulo: Ed. Jurídica Brasileira, 1993.
- ALMEIDA, Silmara J. A . Chinelato. Direitos de personalidade do nascituro. Revista do Advogado, São Paulo, Associação dos Advogados de São Paulo, n. 38, dez.1992.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. Problemas jurídicos da procriação assistida. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 328, n. 90, 1994.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. Ética, direito e reprodução humana assistida. Revista da OAB, Brasília, n. 58, (p.45-52), abr./ago. 1994.
- BARBOZA, Heloísa Helena. A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização "In Vitro". Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1993.
- BARRACHINA, Maria Dolores Vila-Coro. Introducción a la Biojurídica. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, Publicaciones Facultad Derecho, 1995.
- BERISTAIN, Antônio. Bioética y nuevos "deberes"- Derechos humanos. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Rio de Janeiro, nº 13, p. 21-31, , jan./mar.1996.
- BERNARD, Jean. Da biologia à ética. São Paulo: Editorial Psy II, 1994.
- BITTAR, Carlos Alberto. Problemas ético-jurídicos da Inseminação artificial. Revista dos Tribunais, São Paulo, vol. 696, n. 82, p 277-278, out. 1993.
- BOTTALLO, Marcelo de Carvalho. Os direitos da personalidade e a Constituição de 1988. Revista do Advogado, São Paulo, Associação dos Advogados de São Paulo, n. 38, dez. 1992.
- BRASIL, Ministério da Saúde. Resolução n. 196/96 Sobre Pesquisa Envolvendo Seres Humanos. Ministério da Saúde. Brasília. 1996.
- BRISSAC, Chantal. Meu reino por um bebê.Isto É, São Paulo, p.76-83, mai.1999.
- CALLIOLI, Eugênio Carlos. Aspectos da fecundação artificial "in vitro". Revista de Direito Civil Imobiliário, Agrário e Empresarial, São Paulo, vol. 12, n. 44, p. 71-95, abr./jun.1988.

- CARLIN, Volnei Ivo. Deontologia jurídica –ética e justiça. Florianópolis: Ed. Obra Jurídica, 1996.
- _____. Ética & Bioética, Florianópolis: Ed. Terceiro Milênio, 1998.
- CARVALHO, Volnei de Batista. Alimentos ao nascituro. Itajaí: Ed. da UNIVALI, 1994.
- CASADO, María. Materiales de Bioética y Derecho. Barcelona, Cedecs Editorial, 1996.
- CHAVES, Antônio. Direito à vida e ao próprio corpo. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.
- _____. Novas e inesperadas modalidades de adoção. Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial, São Paulo: v. 12, nº 43, p.07 -10, jan./mar.1988.
- CUNHA, Paulo Ferreira da. Da Modernidade à Postmodernidade. Vol. II. Coimbra: Editora Almadine, 1991.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Iniciação à Bioética. Brasília, 1998.
- COULANGES, Fustel de. A cidade antiga. Trad. de Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. São Paulo, Ediouro, 1993.
- D'ASSUMPÇÃO, Evaldo Alves. Comportar-se fazendo Bioética. Petrópolis, Vozes, 1998.
- DELMANTO, Celso. Exercício e abuso de Direito no crime de estupro. Revista dos Tribunais, São Paulo, Vol.536, p. 257 - 259, jun.1980.
- DINIZ, Maria Helena. Código Civil Anotado. São Paulo, Saraiva, 1997.
- _____. A responsabilidade civil por dano moral. Revista Literária de Direito, São Paulo, n. 9, p.9 –12, jan./fev.1996.
- DURANT, Guy. A Bioética: natureza, princípios, objetivos. Trad. de Porphírio Figueira de Aguiar Netto. São Paulo: Ed. Paulus, 1995.
- ELIZARI, Francisco Javier. Questões de Bioética. São Paulo: Ed. Santuário, 1996.
- ENGELHARDT, Tristram H. Jr. Fundamentos da Bioética. Trad. de José A. Ceschin. São Paulo: Ed. Loyola, 1998.
- ENGELS, Friedrich. A origem da família, da propriedade privada e do estado. Tradução de José Silveira Paes. São Paulo: Ed. Global,1991.
- FACHIN, Luiz Edson. Da Paternidade Relação Biológica e Afetiva. Belo Horizonte, Ed. Del Rey, 1996.

- FRANÇA, Limongi R. Direitos da Personalidade Coordenadas Fundamentais. Revista do Advogado. São Paulo, Associação dos Advogados de São Paulo, nº 38, dez. 1992.
- FARDIN, Noemia Alves. Concubinato, aspectos sociojurídicos da união estável. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1995.
- FRIGINI, Ronaldo. O concubinato e a nova ordem constitucional. Revista dos Tribunais, São Paulo, vol. 686, n. 81, dez. 1992.
- GARRAFA, Volnei. Os limites da manipulação. Folha de São Paulo, São Paulo, Caderno Ciência. 1º de dezembro de 1996, p. 6.
- GOMES, Luiz Roldão de Freitas. Questões jurídicas em torno da inseminação artificial. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 678, Ano 81, p. 268 - 274, abr. 1992.
- _____. A ética, o legítimo e o legal. Revista Forense, Rio de Janeiro, vol. 335, p.121-131. jul./set. 1996.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. Procriações artificiais e o Direito. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1995 .
- LOYARTE Dolores, ROTONDA, Adriana E. Procreación humana artificial: un desafío bioético. Buenos Aires, Ed. Depalma, 1995.
- MACHADO, José Augusto de Abreu. Direitos da personalidade e inseminação artificial. Revista dos Tribunais, São Paulo, nº 535, p. 33-35, Mai. 1980.
- MALHEIROS, Fernando Filho. União Estável. Porto Alegre: Ed. Síntese. 1998.
- MARQUES, Marília Bernardes. A bioética na política pública do Brasil. Revista da Fiocruz, Rio de Janeiro, Fundação Osvaldo Cruz, p. 08-122. 1996.
- MEDICINA, CONSELHO FEDERAL DE, Brasília, Resolução nº 1.358/92.
- MEIRA, Clóvis. A fecundação e a Lei. Revista do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, Belém, vol. 43, n. 31, p. 61-80.
- MEIRELLES, Jussara. Gestação por outrem e determinação da maternidade. Ed. Genesis, Curitiba, 1998.
- MENEGHETTI, Antonio. Sistema e personalidade. Trad. de Alécio Vidor e Maria Tereza Albiero. Porto Alegre, Associação Brasileira de Ontopsicologia, 1994.
- MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil. 1º vol. São Paulo, Ed. Saraiva, 1983.

- MOURA, Mário Aguiar. Tratado prático da filiação. 1º v. Rio de Janeiro, Ed. Aide, 1987.
- NAKAMURA, Milton. Inseminação artificial humana. São Paulo: Livraria Roca, 1984.
- NEGRÃO, Theotônio. Código Civil e legislação civil em vigor. São Paulo, Ed. Saraiva, 1995.
- NOGUEIRA, Paulo Lúcio. Estatuto da Criança e do Adolescente comentado. São Paulo: Saraiva, 1993.
- OLIVEIRA JR., José Alcebiades de. Elementos de técnica legislativa teoria e prática. Florianópolis, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1995.
- _____. Cidadania Coletiva. Florianópolis, Ed. Paralelo 27, 1996.
- PANASCO, Wanderby Lacerda. A responsabilidade civil, penal e ética dos médicos. 2ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1984.
- PAPALEO, Celso Cezar. Aborto e contracepção. Rio de Janeiro, Ed. RENOVAR, 1993.
- PAULA, Luiz Antônio Garrido de. Repensando na presunção de paternidade. Revista Literária de Direito, Rio de Janeiro, Editora Literária de Direito, jul./ago. 1997.
- PEREIRA, Áurea Pimentel. A Nova Constituição e o Direito de Família. Rio de Janeiro: Ed. RENOVAR, 1991.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Vol. 1, Rio de Janeiro, Forense, 1997.
- PESSINI, Léo, BARCHIFONTINE, Christian de Paul. Fundamentos da Bioética. São Paulo: Ed. Paulus, 1996.
- _____. Problemas atuais de Bioética. São Paulo: Ed. Loyola, 1991.
- PIMENTEL, Sílvia. Evolução dos direitos da mulher. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1978.
- RIBEIRO, Maria Celeste José. Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasília, Senado Federal, 1995.
- RIZZARDO, Arnaldo. Fecundação artificial. Revista Ajuris n. 52, p. 62-78, São Paulo, 1991.
- RODRIGUES, Sílvio. Direito Civil. vol. 6. São Paulo, Saraiva, 1992.
- RUSSO, Giovanni. Trad. de Atilio Brunetta. Educar para a Bioética. Petrópolis, Vozes, 1997.

- SÁ, Elida. Bio Direito. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1999.
- SAMPAIO, José Celso de Camargo. A inseminação artificial no Direito de Família. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 670, v. 80, p. 67-70, ago. 1991.
- SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos. Imaculada Conceção. São Paulo, Acadêmica, 1993.
- SAVIN, Gláucia. Crítica aos conceitos de maternidade e paternidade diante das novas técnicas de reprodução artificial. Revista dos Tribunais. São Paulo, n. 659, p. 234-242, set. 1990.
- SCARPARO, Mônica Sartori. Fertilização assistida. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1991.
- SEGRE, Marco, Cohen. Bioética. São Paulo, Ed. da Universidade de São Paulo, 1995.
- SGRECCIA, Elio. Manual de Bioética: Fundamentos e Ética Biomédica. vol. I. São Paulo Ed. Loyola, 1996.
- _____. Aspectos Médicos e Sociais. vol. 2. São Paulo, Ed. Loyola, 1997.
- SIQUEIRA, José Eduardo. Ética e Tecnociência. Londrina; PR. Ed. UEL, 1998.
- TESTART, Jacques. O ovo transparente. Trad. Mary Amazonas Leite de Barros. São Paulo: Ed. da USP, 1995.
- VEJA, Revista. Dolly, a revolução dos clones, São Paulo, Editora Abril, n. 1.485, p. 92-99, 5 de mar. 1997.
- VIDAL, Marciano. Bioética Estudios de Bioética Racional. Madrid –Espanña Ed. Tecnos, 1994.
- VILLELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. Revista Forense. São Paulo, vol. 271, p. 45-51, 1980.
- WALD, Arnoldo, Curso de Direito Civil- Direito de Família. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1998.
- WARAT, Alberto L. e RUSSO, Eduardo E. Interpretacion de la Ley. vol. 1, Buenos Aires: Ed. Abeledo-Perrot, 1986.
- WILKIE, Tom. Projeto Genoma Humano. Trad. de Maria Luíza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Editora Jorge Zahar, 1994.

GLOSSÁRIO

BLATOCISTO - embrião com cerca de cinco a dez dias, que, inicialmente, fica livre no interior do útero, depois se fixa na parede, a partir do sétimo dia.

ICSI – inseminação intracitoplasmática.

FIV – fertilização *in vitro*.

FIVETE – fertilização *in vitro* com transferência de embrião.

FOLÍCULO – formação de células em volta de cada ovócito.

GIAT – transferência intraabdominal de gametos.

DIFI – inseminação direta infrafolicular.

ÓVOCITOS – células germinais femininas presentes nos ovários antes mesmo do nascimento e das quais um número reduzido se transformará em óvulo.

POST – técnica para recuperação de óvulos transferidos juntamente com o sêmen ao peritônio.

Pronúcleos – núcleos masculino e feminino do ovo logo após a sua fecundação.

SUZI – inocular quantidade de espermatozóides debaixo da zona pelúcida.

TIALS – transferência intraabdominal do líquido folicular e do sêmen.

Zona pelúcida - invólucro não-celular constituído em torno do ovócito e que persiste depois da fecundação até o quinto ou sexto dia.

ANEXOS 1 e 2

RESOLUÇÃO Nº 1.358/92

PROJETO DE LEI Nº 2.855/97

RESOLUÇÃO CFM Nº 1.358/92

O Conselho Federal de Medicina, no uso das atribuições que lhe confere a Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957, regulamentada pelo Decreto nº 44.045, de 19 de julho de 1958 e,

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. 1º. 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. 2º. Esta Resolução entra em vigor na data da sua publicação.

São Paulo, 11 de novembro de 1992.

IVAN DE ARAÚJO MOURA FÉ – Presidente

HÉRCULES SIDNEI PIRES LIBERAL – Secretário-Geral

NORMAS ÉTICAS PARA A UTILIZAÇÃO DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

I – PRINCÍPIOS GERAIS

1. As técnicas de Reprodução Assistida (RA) têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de infertilidade humana, facilitando o processo de procriação quando outras terapêuticas tenham sido ineficazes ou insuficientes 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 seleccionar 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.

ANEXO I

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 malformações de fetos ou recém-nascidos, provenientes das diferentes técnicas de RA aplicadas na unidade de 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.

ANEXO I

VII – SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO (DOAÇÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO)

As Clínicas, Centros ou Serviços de Reprodução Humana podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contra-indique a gestação na doadora genética.

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

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

CÂMARA DOS DEPUTADOS

PROJETO DE LEI Nº 2.855, DE 1997* (Do Sr. Confúcio Moura)

Dispõe sobre a utilização de técnicas de Reprodução Humana Assistida, e dá outras providências.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º Esta lei regulamenta as técnicas e as condutas éticas sobre a Reprodução Humana Assistida (RHA): Inseminação Artificial (IA), Fecundação *In Vitro* (FIV), Transferência Intratubária de Gametas (TIG) e outros métodos, observados os princípios de eficiência e da beneficência.

+ Art. 2º As técnicas de RHA têm por finalidade a participação médica no processo de procriação notadamente ante a esterilidade ou infertilidade humana, quando outras terapêuticas tenham sido consideradas ineficazes.

Art. 3º A utilização das técnicas de RHA é permitida nos casos em que haja possibilidade concreta de êxito e não incorra em risco grave para saúde da mulher ou para possível descendência.

+ Art. 4º Toda mulher capaz, independentemente de seu estado civil, poderá ser usuária das técnicas de RHA, desde que tenha solicitado e concordado livre e conscientemente em documento de consentimento informado.

Art. 5º É obrigatória a informação completa à paciente ou casal sobre a técnica de RHA proposta, especialmente sobre dados jurídicos, éticos, econômicos, biológicos, detalhamento médico de procedimentos, os riscos e os resultados estatísticos obtidos no próprio serviço e em serviço de referência.

(*) Fonte: SAUWEN, Regina Fiuza, HRYNTEWICZ, Severo. *O Direito in vitro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997, pp. 203-211.

§ 1º A informação prevista no *caput* é condição prévia para a assinatura da paciente ou do casal de documento formal de consentimento informado escrito em formulário especial.

§ 2º A revogação do consentimento informado poderá ocorrer até o momento anterior à realização da técnica de RHA.

Art. 6º É vedada a utilização de técnica de RHA com finalidade:

I – de clonagem, entendida como a reprodução idêntica do código genético de um ser humano;

II – de seleção de sexo ou de qualquer outra característica biológica;

III – eugênica.

Parágrafo único. A vedação prevista no inciso II deste artigo não se aplica nas situações em que se objetive prevenir doenças.

Art. 7º É proibida a fecundação de oócitos com qualquer outra finalidade que não seja a procriação humana.

Art. 8º A transferência de oócitos ou pré-embriões para receptora obedecerá aos métodos considerados mais adequados para assegurar a gravidez.

Art. 9º Em caso de gravidez múltipla, não será permitida a redução seletiva, exceto se houver risco à vida da gestante.

TÍTULO II

Da doação e dos doadores.

Art. 10. A doação de gametas ou pré-embriões será realizada mediante um contrato gratuito, escrito formal e de caráter sigiloso entre os serviços que empregam técnicas de RHA e os doadores, vedada qualquer forma de comercialização ou estímulo financeiro.

Parágrafo único. A quebra do sigilo sobre as condições dos doadores só será permitida em decorrência de motivação médica, podendo ser fornecidas informações exclusivamente para equipe responsável pelo caso, preservada a identidade civil do doador.

Art. 11. A doação de gametas só poderá ser revogada por infertilidade sobrevinda e se o doador necessitar deles para procriação desde que ainda disponível no serviço médico.

Art. 12. Cabe ao serviço que emprega técnica de RHA a custódia dos dados de identidade do doador, que deverão ser repassados para os serviços de controle regional e nacional.

Parágrafo único. Os serviços médicos de RHA ficam obrigados a colher amostra de material celular dos doadores, assim como manter registro dos seus dados clínicos e de suas características fenotípicas, que

ANEXO 4

serão permanentemente arquivados.

Art. 13. O doador deve ser civilmente capaz de ter comprovadamente descartada qualquer possibilidade de transmissão de doenças, especialmente as hereditárias.

Art. 14. O serviço médico que emprega técnica de RHA fica responsável por impedir que de um mesmo doador nasça mais de 2 filhos, num mesmo Estado, devendo, para tanto, manter registro das gestações.

Art. 15. A escolha do doador, para efeito de reprodução assistida, é de responsabilidade do serviço médico, que deverá zelar para que as características fenotípicas e imunológicas se aproximem ao máximo da receptora.

TÍTULO III

Da gestação de substituição

Art. 16. A gestação de substituição é permitida nos casos em que a futura mãe legal, por defeito congênito ou adquirido, não possa desenvolvê-la.

Art. 17. A doação temporária do útero não poderá ter objetivo comercial ou lucrativo.

Art. 18. É indispensável a autorização do Conselho Nacional de RHA para a doação temporária do útero, salvo nos casos em que a doadora seja parente até 4º grau consanguíneo ou afim da futura mãe legal.

TÍTULO IV

Dos pais e dos filhos

Art. 19. A filiação dos nascidos por RHA rege-se pelo disposto nesta lei e pela legislação que disciplina a filiação em geral.

Art. 20. Fica vedada a inscrição na certidão de nascimento de qualquer observação sobre a condição genética do filho nascido por RHA.

Art. 21. O registro civil não poderá ser questionado sob a alegação do filho ter nascido em decorrência da utilização de técnica de RHA.

Art. 22. A revelação da identidade do doador, no caso previsto no parágrafo único do artigo 10º, parágrafo único, desta lei, não será motivo para determinação de nova filiação.

Art. 23. É vedado o reconhecimento da paternidade, ou qualquer relação jurídica, no caso de morte de esposo ou companheiro anterior à utilização médica de alguma troca de RHA, ressalvados os casos de manifestação prévia e expressa do casal.

TÍTULO V

Da crioconservação

Art. 24. Os serviços médicos especializados em RHA poderão crioconservar gametas e pré-embriões.

Art. 25. Os pré-embriões não utilizados a fresco serão crioconservados em bancos autorizados, por até cinco anos, salvo manifestação em contrário do casal responsável.

Art. 26. Após cinco anos, os gametas ou pré-embriões ficarão à disposição dos bancos correspondentes, que deverão descartá-los salvo para ser utilizado em experimentação, observando o disposto no Título VII dessa lei.

Art. 27. O casal manifestará, por escrito, o destino que se dará aos pré-embriões a serem crioconservados, em caso de morte de um dos pais ou de separação.

Art. 28. Os pré-embriões em que sejam detectadas alterações genéticas que comprovadamente venham comprometer a vida saudável da descendência serão descartados após consentimento do casal.

TÍTULO VI

Do Diagnóstico e do Tratamento

Art. 29. Toda intervenção sobre pré-embrião *in vitro* deve ter a exclusiva finalidade de fazer uma avaliação de sua viabilidade, detecção de doenças hereditárias, com o fim de tratá-las ou impedir sua transmissão, condicionada ao prévio consentimento informado do casal.

Art. 30. O diagnóstico e o tratamento de pré-embriões e de embriões não poderão ter objetivos de seleção eugênica.

Art. 31. O tempo máximo de desenvolvimento de pré-embriões *in vitro* será de 14 dias.

Parágrafo único. O Conselho Nacional de RHA adotará as atualizações que se fizerem necessárias, caso surjam modificações cientificamente comprovadas.

TÍTULO VII

Da investigação e experimentação

Art. 32. Os gametas humanos poderão ser objeto de investigação básica ou experimental, exclusivamente para fins de aperfeiçoamento das técnicas de obtenção, amadurecimento de oócitos e crioconservação de óvulos.

§ 1º Os gametas usados na investigação ou experimentação não poderão ter por finalidade a procriação.

§ 2º Nas investigações previstas no *caput* deste artigo, permite-se, no máximo, até duas divisões celulares.

Art. 33. A investigação ou experimentação em pré-embriões depende de consentimento dos doadores, do deferimento do Conselho Nacional de RHA e de apresentação prévia de projetos ou protocolos que comprovem seu caráter exclusivamente diagnóstico, terapêutico ou preventivo.

Parágrafo único. Não será permitida alteração do patrimônio genético não patológico.

Art. 34. A investigação e experimentação em gametas humanos ou pré-embriões deve se enquadrar nas seguintes finalidades.

I – aperfeiçoar as técnicas de RHA, as manipulações complementares, a crioconservação, o descongelamento, o transporte, os critérios de viabilidade de pré-embriões obtidos *in vitro* e a cronologia ótima para as transferências ao útero;

II – desenvolver estudos básicos sobre a origem da vida humana, suas fases iniciais, envelhecimento celular, divisão celular, diferenciação, organização celular e desenvolvimento orgânico;

III – estudar a fertilidade e infertilidade masculina ou feminina, ovulação, fracasso no desenvolvimento de oócitos, as anomalias dos gametas ou dos óvulos fecundados;

IV – conhecer a estrutura dos genes, cromossomos dos processos de diferenciação celular, a contracepção ou anticoncepção conhecidas e a infertilidade de causa imunológica e hormonal;

V – conhecer a origem do câncer e das enfermidades genéticas hereditárias.

Art. 35. Os pré-embriões ou embriões abortados serão considerados mortos ou não-viáveis, sendo vedada sua transferência novamente ao útero, permitida sua utilização como objeto de investigação ou experimentação, atendido o disposto no artigo anterior.

† § 1º É permitida a utilização de pré-embriões ou embriões humanos não-viáveis para fins farmacêuticos, de diagnóstico terapêutico ou científico, desde que previamente deferida pela Comissão Nacional de RHA.

§ 2º Os protocolos ou projetos de experimentação em que sejam utilizados pré-embriões humanos não viáveis *in vitro* deverão estar devidamente documentados sobre o material embriológico a ser utilizado, procedência, prazos e objetivos que desejam observar. Concluído o experimento, deverá ser encaminhada cópia do trabalho à Comissão de RHA para fins de comprovação e arquivo.

TÍTULO VIII

Dos serviços médicos em RHA e das equipes biomédicas

Art. 36. Os profissionais e serviços que realizam técnicas de RHA, assim como bancos de recepção, conservação, distribuição de material biológico humano, além de se submeterem às normas éticas dos respectivos conselhos, sujeitam-se ao disposto nesta lei e demais dispositivos legais vigentes.

Art. 37. O nível técnico dos profissionais será avaliado pelos seus respectivos Conselhos.

Art. 38. Fica criada a Comissão Nacional de RHA, vinculada ao Conselho Nacional de Saúde, de caráter permanente, destinada à orientação das técnicas, elaboração de critérios de funcionamento dos serviços públicos e privados de Reprodução Humana Assistida e suas competências.

§ 1º A Comissão terá funções delegadas para autorizar projetos com propósitos de investigação e pesquisa de diagnósticos e terapêuticas.

§ 2º A composição da Comissão deve atender representação social paritária.

§ 3º A Comissão Nacional aprovará seu próprio regulamento interno.

§ 4º Os demais casos que envolvam técnica de RHA, não previstos nesta lei serão submetidos ao Conselho Nacional de RHA.

TÍTULO IX

Das infrações e das sanções

Art. 39. Fecundar óvulos com finalidade distinta da procriação humana.

Penal - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Art. 40. Obter pré-embriões humanos por lavado uterino para qualquer fim.

Penal - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Art. 41. Manter *in vitro* óvulos fecundados além do prazo cientificamente recomendado.

Penal - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Art. 42. Comercializar ou industrializar pré-embriões ou células germinativas.

Penal - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Art. 43. Utilizar pré-embriões com fins cosméticos.

Penal - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

ANEXO

Art. 44. Misturar sêmen de vários doadores ou óvulos de distintas mulheres para fertilização *in vitro* ou transferência intratubária.

Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Art. 45. Transferir gametas ou pré-embriões para o útero sem a devida garantia biológica ou de vitalidade.

Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Art. 46. Revelar a identidade dos doadores.

Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Art. 47. Utilizar técnica de Reprodução Humana Assistida com fins eugênicos, seleção racial ou seleção de sexo.

Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Art. 48. Transferir ao útero pré-embriões, originários de óvulos de várias mulheres.

Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Art. 49. Intercambiar material genético com objetivo de produção de híbridos.

Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 12 (doze) anos, e multa.

Art. 50. Transferir gametas ou pré-embriões humanos para útero de outra espécie ou operação inversa.

Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 12 (doze) anos, e multa.

Art. 51. Utilizar Engenharia Genética e outros procedimentos de RHA, com fins militares ou para produzir armas biológicas ou exterminadoras da espécie humana.

Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 12 (doze) anos, e multa.

Art. 52. Clonar ser humano, por qualquer método.

Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 12 (doze) anos, e multa.

TÍTULO X Das Disposições Finais

Art. 53. Caberá ao Poder Executivo, no prazo de seis meses da promulgação desta lei, dispor sobre:

I – normas técnicas e funcionais para autorização e homologação dos serviços públicos e privados de RHA, bancos de gametas, pré-embriões, células, tecidos e órgãos de embriões-fetos,

II – protocolos de informações sobre doadores, estudos e listagem de enfermidades genéticas ou hereditárias que podem ser detectadas com diagnósticos pré-natal;

III – requisitos para autorização em caráter excepcional para experimentação com gametas, pré-embriões ou aquelas que poderão ser

delegadas ao Conselho Nacional;

IV – normas para transporte de gametas, pré-embriões e células germinativas entre serviços.

Art. 54. No prazo de um ano, a partir da promulgação desta lei, o Poder Executivo constituirá registro nacional de doadores de gametas pré-embriões para fins de RHA, bem como cadastro de centros de serviços médicos dedicados à RHA.