

FACULDADES INTEGRADAS “ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”
FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

AS PROCRIAÇÕES ARTIFICIAIS E O DIREITO DE FAMÍLIA

Taciana Jusfredo Simões Pinto

Presidente Prudente/SP
Outubro/2001

FACULDADES INTEGRADAS “ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”
FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

AS PROCRIAÇÕES ARTIFICIAIS E O DIREITO DE FAMÍLIA

Taciana Jusfredo Simões Pinto

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão do Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação da Professora Vera Lúcia Pereira Toledo de Gois Campos.

Presidente Prudente/SP
Outubro/2001

AS PROCRIAÇÕES ARTIFICIAIS E O DIREITO DE FAMÍLIA

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado como requisito parcial para obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

Dra. Vera Lúcia Toledo Pereira de Gois Campos
Orientadora

Dr. José Hamilton do Amaral
Examinador

Dra. Maria Bueno do Nascimento
Examinadora

Presidente Prudente, 26 de Novembro de 2001.

*Aos meus pais e ao Fernando
Batistuzo, que além de serem exemplos de
pessoas e de vital importância para mim,
sinto uma grande admiração, orgulho,
carinho e amor.*

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus, pois é Ele quem guia e ilumina os meus passos e está presente em todos os momentos da minha vida.

Agradeço aos meus pais, Clóvis Simões Pinto e Adenir Jusfredo Simões Pinto, por tudo o que eles fizeram e ainda fazem por mim, principalmente pelo carinho, atenção, amor, dedicação de todos os dias e também pela confiança que sempre depositaram em minha pessoa.

Também agradeço ao meu namorado Fernando Batistuzo Gurgel Martins, que é uma pessoa muito especial para mim e que sempre me incentivou e acreditou na realização dos meus trabalhos.

Não poderia deixar de agradecer também às minhas amigas e companheiras, Aline e Luciana, pela amizade e dedicação que sempre demonstraram e principalmente, pelo apoio que deram para a realização deste trabalho.

E, em especial agradeço, à grande e admirável professora e orientadora Dra. Vera Lúcia Toledo de Góis Campos pela sua paciência, eficiência, competência e seu imenso saber intelectual que em todas as etapas deste trabalho estava presente comigo me orientando, aconselhando, auxiliando, enfim, guiando os meus passos nessa caminhada de pesquisa e estudo.

RESUMO

Trata-se de uma monografia a respeito da Procriação Artificial e o Direito de Família. Contém o objetivo de compreender os progressos recentes e espetaculares da medicina e, em particular, da biotecnologia, paralelamente ao Direito. Sendo assim, avaliar o sonho de milhões de pessoas estéreis em ter um filho, no sentido de transformar-se em família tradicional, e analisar as principais técnicas de procriações artificiais consideradas um meio legítimo e efetivo de procriar, como: a inseminação artificial, a fecundação “*in vitro*” e a mãe substituta ou útero de aluguel, pois a sucessão das tentativas fracassadas leva o casal a procurar um intermédio eficaz. Deste modo, as novas técnicas desenvolvidas nos últimos anos representam uma verdadeira revolução, na medida em que permitem a procriação sem relação sexual; a fecundação e o início do desenvolvimento do ser humano, fora do corpo da mulher, no laboratório; e, a possibilidade de transferir um embrião no útero de outra mulher que não forneceu o óvulo para que fosse gerado esse embrião.

O procedimento metodológico abordado no presente trabalho é o método dedutivo baseado em pesquisas bibliográficas e documentais, e também, análise qualitativa e quantitativa de dados.

Portanto, a presente monografia visa mencionar os conceitos, as formas e os procedimentos utilizados para desenvolver e aperfeiçoar as técnicas de procriação artificial ou reprodução medicamente assistida, e ainda, relacionar-se com os aspectos do direito de família, e principalmente, apresentar aos caros leitores o que tem sido realizado na sociedade para obter tal intuito.

ABSTRACT

It is treated of a monograph regarding the Artificial Procreation and the Right of Family. It contains the objective of understanding the recent and spectacular progresses of the medicine and, in matter, of the biotecnologia, parallel to the Right. Being like this, to evaluate the dream of millions of sterile people in having a son, in the sense of changing in traditional family, and to analyze the principal techniques of considered artificial procreations a legitimate and effective way of procreating, as: the artificial insemination, the fecundation "in vitro" and the mother substitute or rent uterus, because the succession of the attempts unsuccessful group the couple to seek an effective intermission. This way, the new techniques developed in the last years they represent a true revolution, in the measure in that allow the procreation without sexual relationship; the fecundation and the beginning of the human being development, out of the woman's body, in the laboratory; and, the possibility to transfer an embryo in another woman's uterus that didn't supply the ovum so that that embryo was generated.

The approached methodological procedure in the present work it is the deductive method based on bibliographical researches and you document, and also, qualitative and quantitative analysis of data.

Therefore, to present monograph he/she seeks to mention the concepts, the forms and the procedures used to develop and to improve the techniques of artificial procreation or reproduction attended medicamente, and still, to link with the aspects of the family right, and mainly, to present to the dear readers that it has been accomplished in the society to obtain such intention.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
CAPÍTULO I - A Bioética e o Direito	11
CAPÍTULO II - Histórico	
1. Evolução da Procriação Artificial	16
2. Posição de outros países	19
2.1. Estados Unidos	19
2.2. Alemanha	21
2.3. Suécia	23
2.4. Espanha	24
2.5. França	27
3. Posição do Brasil	30
CAPÍTULO III - Inseminação Artificial no Mundo Jurídico	
1.	
Conceito	34
2. Inseminação Artificial Homóloga	36
3. Inseminação Artificial Heteróloga	38
4. Inseminação <i>Post Mortem</i>	40
CAPÍTULO IV - Fecundação “<i>in vitro</i>” no mundo jurídico	
1. Conceito	43
2. Fecundação “ <i>in vitro</i> ” Homóloga	46
3. Fecundação “ <i>in vitro</i> ” Heteróloga	46
4. Fecundação <i>Post Mortem</i>	47
5. Embriões Excedentes	48
CAPÍTULO V - Mães Substitutas no Mundo Jurídico	
1. Conceito	56
2. O Papel da Noção de Contrato	60
3. Quadro Demonstrativo de Técnicas	63
CAPÍTULO VI - O Papel da Verdade Biológica e da Verdade Afetiva	64
CAPÍTULO VII - A Procriação Artificial e o Casamento	
1. Os Impedimentos Matrimoniais	67
2. Os Direitos e Deveres dos Cônjuges	72
3. Os Direitos da Esposa sobre o Esperma do Marido	77

CAPÍTULO VIII - Os Direitos e os Efeitos da Paternidade Reconhecida	
1. Nome.....	80
2. Pátrio Poder	83
2.1- Características	84
2.2 - Suspensão	85
2.3 - Perda	86
2.4 - Extinção	87
3. Alimentos.....	88
3.1 - Pressupostos	89
3.2 - Características	89
3.3 - Extinção	91
4. Sucessão.....	91
CAPÍTULO IX - As Questões Decorrentes da Responsabilidade Civil	
1. Médicos e Banco de Sêmen.....	96
2. Doadores e Receptores.....	100
3. Nascituros e Nascidos.....	101
CONCLUSÃO	104
ANEXOS	107
GLOSSÁRIO	108
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	111

INTRODUÇÃO

O presente trabalho é dividido em nove capítulos, onde se apresenta, primeiramente, uma relação da Bioética com o Direito. Ato contínuo, descreve-se uma breve referência histórica, bem como no Brasil e em outros países, e no passo seguinte, menciona-se quais são as principais técnicas da procriação artificial, incluindo-se o conceito, formas e procedimentos de cada uma. E por fim, faz-se alusão quanto aos aspectos jurídicos do tema.

O desenvolvimento desta monografia tem a finalidade de mencionar os aspectos mais importantes da procriação artificial frente ao Direito de Família. Refere-se a um tema atual e muito polêmico.

Entretanto, mister lembrar que, devido à vasta abrangência desse tema, torna-se dispensável aprofundar em questões de pequena relevância, ou melhor, que atualmente, ainda não se tornaram polêmicas, sendo que o principal objetivo é o de apresentar quais são as novas tendências tecnológicas referentes à procriação artificial. Em virtude disso, é que alguns pontos aqui não serão abordados, e sim será dado privilégio àqueles que mais se salientam.

Deste modo, atualmente, com os avanços da medicina, já se tornou possível uma mulher ter filhos sem que tenha tido relações sexuais, pois, há técnicas de procriação artificial altamente eficientes garantidoras de êxito.

Dentre essas técnicas pode-se citar a inseminação artificial, que ocorre quando o sêmen colhido é introduzido no aparelho genital da mulher, podendo ser: inseminação artificial homóloga, isto é, quando o sêmen colhido é do próprio marido ou companheiro; e, inseminação artificial heteróloga, ou seja, quando o sêmen colhido não é do próprio marido ou companheiro da mulher e sim de um doador fértil, isto é, um terceiro.

Outra técnica utilizada é a fecundação “*in vitro*”, que ocorre quando a fecundação de um óvulo se dá no laboratório, fora do corpo da mulher, sendo posteriormente o embrião transferido para o útero. E, esta da mesma forma poderá ser: fecundação “*in vitro*” homóloga ou heteróloga.

Por fim, ainda existe a possibilidade de se procriar através da mãe substituta ou útero de aluguel, que é o implante de um óvulo fecundado no útero de uma mulher gestando para uma “dona do óvulo fecundado”, situação esta que ocorre quando a mulher, por algum motivo extra, como uma impossibilidade física, não possa gerar seu próprio filho.

Portanto, este trabalho tem a meta de apresentar a questão da filiação paterna e materna frente às possíveis técnicas de procriação artificial ou reprodução medicamente assistida, obrigando a sociedade a exercer um controle mais efetivo sobre as novas realidades oriundas destas técnicas, e principalmente, respeitando e obedecendo as normas jurídicas vigentes em nosso país.

CAPITULO I

A BIOÉTICA E O DIREITO

A partir de 1971, o vocábulo bioética popularizou-se quando o biólogo e oncologista norte-americano Van Rensselaer Potter, da Universidade de Wisconsin, em Madison, EUA, publicou o livro *Bioethics: bridge to the future (Bioética: a ponte para o futuro)*, num sentido ecológico, considerando-a “a ciência da sobrevivência”. Disse Potter: “escolho ‘bio’ para representar o conhecimento biológico dos sistemas vivos, e escolho ‘ética’ para representar o conhecimento dos sistemas dos valores humanos”.¹ Para esse autor, a bioética em sua origem, teria um compromisso com o equilíbrio e a preservação da relação dos seres humanos com o ecossistema e a própria vida do planeta.

Entretanto, esse sentido é totalmente distinto do empregado na realidade, proposto por André Hellegers, que fundou em 1971, na Universidade de Georgetown, o *Joseph na Rose Kennedy Institute for the Study of Human Reproduction and Bioethics* e passou a considerar a bioética como a ética das ciências da vida. E assim, Jean Pierre Marc-Vergnes, preferiu conceituar bioética como a ética biomédica.

Em 1978, a *Encyclopedia of bioethics*, definiu a bioética como “o estudo sistemático da conduta humana no campo das ciências da vida e da saúde, enquanto examinada à luz dos valores e princípios morais”.² Em 1995, na segunda edição, deixando de fazer referência aos valores e princípios morais, passou a considerá-la como o “estudo sistemático das dimensões morais das ciências da vida e do cuidado da saúde, utilizando uma variedade de metodologias éticas num contexto multidisciplinar”. Com isso adaptou-se o

¹ SIQUEIRA, José Eduardo de; PROTA, Leonardo; ZANCARO, Lourenço (org). Bioética: estudos e reflexões. Londrina: UEL, 2000, p. 27.

² DINIZ, Maria Helena. O Estado Atual do Biodireito. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 10.

*pluralismo ético atual na área da bioética.*³

Inicialmente, a bioética tratava-se de um movimento social que lutava pela ética nas ciências biológicas e áreas correlata. Atualmente, é também uma disciplina norteadora de teorias para o biodireito e para a legislação, com o fim de assegurar mais humanismo nas ações do cotidiano das práticas médicas e nas experimentações científicas que utilizam seres humanos.

A bioética trabalha com o cotidiano e as perspectivas de futuro.

O biodireito é uma conseqüência imediata da bioética e mediata da biogenética. É um novo seguimento de conhecimento jurídico que tem a vida por objeto principal, e surgiu em razão das inovações da biotecnologia. A omissão do legislador em relação aos fatos novos decorrentes da revolução da biogenética transformou o chamado biodireito em um campo polêmico e fértil da filosofia social.

Com o reconhecimento do respeito à dignidade humana, a bioética e o biodireito passaram a ter um sentido humanista, onde estabelecem um vínculo com a justiça e, ainda, andam necessariamente juntos com os direitos humanos.

Segundo o entendimento da professora Maria Helena Diniz, em sua obra *O Estado atual do biodireito*, todos os seres humanos devem intensificar sua luta em favor do respeito à dignidade humana, para que haja efetividade dos direitos humanos.

Mas, em especial, a consciência dos médicos, geneticistas e os bioeticistas é a maior conquista da humanidade, por ser o único caminho para uma era de justiça, solidariedade e respeito pela liberdade e dignidade de todos os seres humanos. A bioética e o biodireito estão inseridos nessa conquista, por serem instrumentos valiosos para a recuperação dos valores humanos.

³ DINIZ, Maria Helena. O Estado Atual do Biodireito. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 10.

A Bioética trata-se de um ramo do conhecimento transdisciplinar, que sofre influência da Sociologia, Biologia, Medicina, Psicologia, Teologia, Direito, dentre outros, buscando compreender melhor o ser humano.

Cuida-se de um ramo do conhecimento que se preocupa basicamente com as implicações ético-morais decorrentes das descobertas tecnológicas nas áreas da Medicina e Biologia, buscando entender e compreender melhor o significado e o alcance dessas descobertas, com o intuito de lançar regras que possibilite o melhor uso dessas novas tecnologias.

Todavia, ressalte-se que essas normas são desprovidas de coerção, são apenas conselhos morais para a utilização eticamente correta das novas técnicas. Destarte, é aí que entra o Direito, tornando-se imprescindível.

O Direito é uma ciência que busca normatizar e regular as condutas dos indivíduos na sociedade. É um conjunto de normas impostas coercitivamente pelo Estado com o objetivo de regular as condutas entre os indivíduos e dos indivíduos com o Estado.

Entretanto, o direito demora a se adaptar aos novos fatos. Em razão disso, por algum tempo, algumas relações sociais relevantes não encontram normatização na esfera jurídica. É o que se chama de lacuna no Direito. Esse fenômeno está ocorrendo no Brasil no tocante às novas descobertas médico-biológicas, e em virtude desse fato, o Direito ainda não deu respostas satisfatórias às novas questões surgidas em decorrência do aperfeiçoamento das novas tecnologias como as técnicas de procriação artificial.

Por isso há a grande relação entre Bioética e Direito. O Direito, nos seus mais distintos ramos, pode e deve se valer dos princípios norteadores da Bioética como forma de operacionalizar e melhor responder às questões que tanto causam perplexidade à nossa sociedade.

Convém ressaltar, entretanto, que as maiores influências da Bioética no Direito encontra-se em ramos jurídicos específicos, como: Direito Constitucional, o

Direito Civil e o Direito Penal.

O Direito constitucional relaciona-se com a Bioética, pois, o profissional da área jurídica, ao se deparar com as novas indagações surgidas em decorrência das novas tecnologias, deve sempre decidir a questão baseada nos princípios constitucionais de dignidade da pessoa humana, inviolabilidade do corpo humano e direito absoluto à vida.

Algumas vezes, sem dúvida, essa decisão tornar-se-á muito difícil pelo fato de serem aplicáveis aos mesmos casos vários princípios. Deve, porém, o juiz decidir qual princípio, no caso concreto, prevalecerá.

É grande a relação do Direito Civil com a Bioética, pois muitas questões têm surgido na área do Direito de Família, necessitando de reformulações em vários institutos nesse ramo jurídico.

Por exemplo, o caso das novas técnicas de procriação artificial. Se o esperma for do marido, mas o óvulo for de uma terceira, teríamos um filho sendo apenas de metade do casal? E, no caso de utilização de mães de substituição, essa terceira pessoa deve ser remunerada? Pode-se equiparar essa relação jurídica a um contrato? São perguntas para as quais até agora não se encontraram respostas satisfatórias.

No caso do Direito Penal, a relação também é íntima. Ainda no mesmo exemplo já citado, no caso de procriação artificial, quando utiliza a técnica de fertilização "*in vitro*", sempre sobram ovos fecundados que não são aproveitados, deste modo, o que se deve fazer com eles? Se forem jogados fora, seria um aborto? Poderíamos interpretar essa situação analogicamente ao tipo penal do aborto? Mais uma vez, são grandes as discussões, não havendo ainda, resposta satisfatória.

Enfim, o Direito deve, o mais rápido possível, apresentar respostas satisfatórias a essas novas situações fáticas, utilizando-se de conceitos e princípios bioéticos que orientem sua linha de ação. Ao se valer dos princípios e

conceitos bioéticos para a tomada de decisão, o Direito conseguirá se aproximar bastante de soluções justas e eticamente aceitáveis.

CAPÍTULO II

HISTÓRICO

1. Evolução da Procriação Artificial

A evolução da medicina trouxe inovações na área da reprodução humana, as quais vêm sendo alvo de inúmeras críticas, controvérsias e discussões que dividem médicos, pacientes e juristas em todo mundo.

Em razão disso, cada vez mais aumenta a discussão sobre tal questão e a Bioética, a qual busca estabelecer com a sociedade mundial, um diálogo conseqüente, que propicie uma vigilância mais efetiva do rápido e contundente avanço científico e tecnológico.

Desde a sua origem, a humanidade sempre demonstrou grande preocupação com a fecundidade e, inversamente, temeu o risco da esterilidade, motivo de degradação no grupo familiar e social.

Assim, envolvendo aspectos religiosos, morais, éticos e culturais, a humanidade debateu-se durante séculos sobre o problema, principalmente por encerrar questões delicadas como a sexualidade, o matrimônio e a reprodução. Esse tema ainda hoje permanece, e com maior ênfase, como um dos dilemas éticos mais atuais da humanidade.

A primordial discussão sobre a sacralidade do início da vida e da concepção sempre colocou em permanente debate a questão da reprodução humana.

Deste modo, a dificuldade de procriação vivida por muitos casais fez

com que os cientistas desenvolvessem métodos conceptivos que em grande parte, são considerados eficazes, embora tenham gerado grandes discórdias.

A primeira técnica de procriação artificial que se iniciou foi com a inseminação artificial em animais e, após, é que surgiu em seres humanos. Assim, o primeiro caso surgido de inseminação artificial humana ocorreu em 1791, através do Dr. John Hunter (inglês).

Em 1878 começou a ser estudada a fertilização *“in vitro”*, quando Schenk, na tentativa de fertilizar óvulos de cobaias, incubou sem êxito oócitos foliculares com espermatozóides.

Mas até então, a técnica ainda não tinha ganhado consistência. Posteriormente, foi em 1944 que dois biólogos obtiveram quatro embriões normais de óvulos humanos colocados na presença de espermatozóides, e, a partir de 1947, quando se descobriu a possibilidade de congelamento de pré-embriões em fase de pré-implantação, compatíveis com o desenvolvimento normal de ovos de mamíferos, a técnica ganhou consistência.

Na década de 1960, depois de pelo menos quinze anos de pesquisa pelas equipes médicas, com destaque para os ingleses, P. C. Steptoe e R.G. Edwards, é que a técnica começou a se aperfeiçoar.

Foi na década de 70, que ficaram marcadas as descobertas decisivas capazes de garantir a evolução das procriações artificiais.

No final da década de 70, ocorreu o que nunca se acreditou ser possível realizar: o nascimento dos bebês de proveta, isto é, a fertilização *“in vitro”*, onde um ou mais óvulos são fecundados em laboratório e, posteriormente, são transferidos para o útero da mulher.

Foi em 25 de julho de 1978, na Inglaterra, que nasceu o primeiro bebê de proveta do mundo, Louise Joy Brown, pelas mãos dos pesquisadores ingleses Steptoe e Edwards. Depois, no mesmo ano, na Índia, nasceu o segundo bebê de

proveta, e no início de 1979, na Escócia, nasceu o terceiro, Alastair Montgomery.

Dessa maneira, a partir de 1980 o nascimento dos bebês de proveta deixou de ser um caso extraordinário e ganhou foros de normalidade, à força da repetição.

Então, a partir da década de 1980, a fertilização "*in vitro*", depois de ocorrer mais de cem casos obtidos com êxito, deixou de ser um assombro para a sociedade e começou a se verificar a necessidade mundial para a regularização das práticas das novas técnicas surgidas.

Ressalte-se que, a partir da década de 80, além do nascimento dos bebês de proveta, surgiram também as barrigas de aluguel ou mães substitutas e todas as ramificações possíveis nesta área, aperfeiçoando-se assim, as técnicas de procriação artificial com o surgimento das novas tecnologias.

Em 1945 e 1947, na Suécia, cogitou-se a necessidade de uma lei para disciplinar pedido de autorização para inseminação artificial.

Em 1949, a Academia de Ciências Morais e política de Paris manifestou posição contrária à inseminação com sêmen de doador. E, também, nesse mesmo ano, Roberty Schayshean criou o primeiro Banco de Sêmen.

Em 1953 foi registrada a utilização de sêmen congelado nos Estados Unidos.

No contexto jurídico mundial e atual, a procriação artificial é vista como direito de todos, reconhecido na Declaração Universal dos Direitos do Homem, que além da igualdade e da dignidade da pessoa humana, disciplina o direito de fundar uma família.

Na Constituição brasileira, o direito à procriação se extrai das normas de inviolabilidade do direito à vida, do incentivo e da liberdade de expressão à pesquisa e ao desenvolvimento científico e da liberdade de consciência e crença.

Extrai-se também do capítulo dedicado à família, que prevê o planejamento como livre decisão do casal.

A procriação artificial surgiu como meio legítimo de satisfazer o desejo efetivo de ter filhos em benefício de um casal estéril. Assim, a procriação artificial e o desenvolvimento de suas indicações se impõem a todos como um dos dados do domínio técnico-científico da reprodução humana, cujas conseqüências diretas são muito mais importantes do que aquelas que resultam da generalização da contracepção.

Por isso, querer limitar ou interromper a evolução contínua deste domínio, é impossível, pois, corresponderia a pretender parar o movimento da terra.

2. Posição de outros Países

2.1. Estados Unidos

Foi nos EUA que se desenvolveu a inseminação artificial heteróloga.

A partir de 1964, trinta Estados adotaram uma legislação regulamentando as conseqüências sobre a filiação da inseminação artificial com doador.

Em 1974, vinte e cinco Estados proibiram ou limitaram a pesquisa fetal e, em 1975, é apresentado o primeiro Relatório da Comissão Nacional para a proteção de seres humanos, bem como a regulamentação federal sobre a pesquisa e prática de FIVETE (Fertilização *“in vitro”* com Transferência de Embrião).

Em 1979, é apresentado o Relatório ao Secretário de Estado de Saúde, relativo a pesquisa sobre o embrião *"in vitro"*.

Em 1987, através de uma decisão de primeira instância foi admitida a constitucionalidade da maternidade de substituição.

No que atine às fecundações *"in vitro"*, uma boa parte da opinião pública americana considera que a procriação é um terreno cujos limites são definidos pela natureza. Porém, de um outro lado, percebe-se uma nítida oposição contra os progressos científicos que permitem aos seres humanos se reproduzirem sem relações sexuais, o que constitui um primeiro passo em direção à destituição da família.

Quanto às condições de realização das técnicas, o princípio fundamental do direito americano é baseado no consentimento inequívoco do casal.

A legislação de certos Estados impõe ainda a necessidade de uma autorização governamental para adquirir os equipamentos necessários à fecundação *"in vitro"*. E, também, um procedimento de aprovação é igualmente aplicado em relação aos bancos de esperma.

Relativamente à conservação de gametas a lei sobre a pesquisa fetal em seis Estados proíbe o congelamento dos embriões, pois não devem ser conservados além do tempo do parto da mulher.

No que se refere à doação de gametas, isto é, a doação de células reprodutoras masculina (esperma) e feminina (óvulo), não há nenhuma legislação limitando-a, apenas três Estados proíbem somente aos portadores de doenças transmissíveis a doação de esperma.

Tratando-se da doação de embriões, a legislação que limita a pesquisa sobre os embriões poder ser interpretada em sete Estados como proibitiva a doação de embriões concebidos *"in vivo"* e, dentre esses Estados, cinco proíbem

a utilização, por outro casal, de embriões excedentes concebidos “*in vitro*”. A “American Fertility Society” aprova a doação de embriões.

No tocante à inseminação heteróloga e a paternidade, em vinte e oito Estados americanos a lei dispõe que o marido que consentiu na inseminação de sua mulher é o pai legal e não pode, por isso, negar a paternidade em decorrência do consentimento para que sua mulher fosse inseminada com esperma de outro doador alheio.

Com relação à maternidade de substituição, a mulher que dá a luz é considerada como a mãe da criança. Assim, na maioria dos casos de maternidade de substituição, o casal que “encomendou” a criança deverá adotá-la, tão logo nascer, para regularizar a paternidade e a maternidade.

2.2. Alemanha

Em 1984 médicos, biólogos, filósofos, juristas e religiosos realizaram um relatório sobre a fecundação “*in vitro*”, a análise do genoma e a terapia genética.

Em 1985, o Congresso dos Médicos Alemães elaborou recomendações éticas sobre a procriação artificial.

Em 1986 surgiu a primeira Resolução do Conselho Federal sobre experiências relativas aos embriões

Atualmente, a posição da legislação alemã, nos setores das procriações artificiais quanto à inseminação homóloga, apenas é autorizada se existir uma indicação médica, se houver autorização expressa e por escrito do marido. A inseminação homóloga “*post mortem*” é terminantemente proibida.

Com relação à inseminação heteróloga é autorizada em caso de perturbação duradoura da fecundidade do marido e, também, só será realizada pelo médico após o consentimento escrito do marido.

A conservação do esperma do doador não poderá durar mais que dois anos e é proibido ao médico utilizar esperma de um doador já falecido.

No que se refere à fecundação "*in vitro*", apenas é autorizada quando homóloga e em casos restritos, ou seja, só é autorizada como tratamento da esterilidade, excluindo-se a indicação genética. Só é admissível à fecundação de número de óvulos necessários para uma só transferência, de forma a evitar a ocorrência de embriões excedentes.

A transferência de embriões após a morte do marido é proibida.

No que concerne à doação de óvulos fecundados, bem como à fecundação de óvulos com o objetivo de realizar uma doação de embrião, são proibidas.

Quanto à maternidade de substituição os médicos estão proibidos de contribuir com seu conhecimento ou técnica em qualquer procriação artificial, visando provocar uma gravidez em uma mãe de substituição.

No que atine à proteção dos embriões, quanto à sua fabricação e a sua recuperação por lavagem uterina, com o fim de uma pesquisa, é proibido.

Com relação à procriação artificial de casais não casados, isto é, companheiros ou concubinos, não há nenhuma proibição.

A procriação artificial de mulheres solteiras é terminantemente proibida.

2.3. Suécia

Na década de 20, foi que surgiu a inseminação artificial heteróloga.

No final dos anos 40 surgiu a primeira manifestação de interesse legislativo sobre essa matéria e, através de uma Comissão estatal, em 1953, foi apresentada uma proposta de lei especial. Porém, essa proposta nunca se converteu em lei.

Em dezembro de 1981, surgiu uma Comissão sobre inseminações, nomeada pelo governo, que era encarregada de estudar as questões relativas à procriação artificial. Um ano depois, criou-se um comitê sobre a integridade genética humana e, em 1983 apresentou-se o primeiro Relatório relativo à inseminação artificial.

Em 1º de março de 1985 entrou em vigor o texto da nova lei sobre inseminação artificial, desde 1986 começou a elaborar-se uma legislação sobre a fecundação "*in vitro*" e certas experiências sobre o embrião humano. Essa lei considerou a inseminação artificial homóloga como medida ginecológica para remediar a esterilidade do casal e, também, permitiu esta técnica às uniões livres. Porém, a inseminação homóloga "post mortem" ficou vedada pela nova legislação.

Com relação à inseminação artificial heteróloga, a nova lei colocou os pais da criança gerada por essa técnica em situação paralela àquela desfrutada pelos pais adotivos. Previu, também, a necessidade do consentimento escrito do marido, ou companheiro. E, ainda, permitiu a utilização dessa técnica tanto às mulheres casadas, como às que vivem em concubinato.

A lei previu punições a todos aqueles que realizarem inseminações ou que fornecerem esperma para inseminação com fins lucrativos, variando as condenações entre a pena de multa ou pena privativa de liberdade.

Quanto à fecundação "*in vitro*", segundo a Comissão só é permitida aos

casais unidos pelo casamento, e com isso proibiu, indiretamente, a doação de óvulos.

No que tange à maternidade de substituição a Comissão não admite a obtenção de filhos desta forma se existir remuneração econômica. Portanto, é permitida sem compensação econômica, mas, o requisito para que o procedimento seja legalmente válido é que a mulher estéril adote a criança da pessoa que a tenha dado à luz.

2.4. Espanha

Em 1978 surgiu o primeiro Banco de Sêmen, e já nasceram, aproximadamente, 2.000 crianças a partir de técnicas de procriação artificial.

Em 1985 iniciaram-se as primeiras sessões de um grupo de trabalho para analisar as questões civis delineadas pelas novas técnicas de reprodução. Dois anos após a realização desses trabalhos foram apresentadas duas propostas de lei.

Relativamente às questões morais, a posição do grupo de trabalho quanto à inseminação artificial homóloga e heteróloga é que as mesmas são consideradas lícitas.

Quanto aos embriões excedentes – o momento inicial da vida – independente de qualquer avanço sobre a questão, entendeu-se que não há vida humana antes da nidação no útero, isto é, é a fixação do óvulo embrionário no endométrio (mucosa uterina), onde passará a se desenvolver a gestação.

Com relação à mulher solteira, esta não pode socorrer-se das técnicas de procriação artificial.

Quanto aos gametas, a posição dos estudiosos pendeu a favor do

segredo dos doadores. E, ainda, quanto à doação de gametas, não há que se admitir a ocorrência de contratos, e sim a idéia da necessária gratuidade.

A prática da inseminação artificial heteróloga só é admitida quando houver o consentimento dos cônjuges, o caráter anônimo do esperma e autorização de uma Comissão constituída por autoridade judicial.

Por fim, com relação às mães de substituição, essa forma foi rechaçada pela maioria dos membros do grupo.

Em 22 de novembro de 1988 foi votada a “Lei sobre técnicas de reprodução assistida”, composta por sete capítulos:

1º) Âmbito de aplicação das técnicas de reprodução humana assistida – tem como finalidade à atuação médica frente à esterilidade humana, para facilitar a procriação quando outras terapêuticas se hajam descartado por inadequadas ou ineficazes.

2º) Princípios Gerais - as técnicas só podem ser utilizadas quando há possibilidades de êxito e não ponham em risco grave a saúde da mulher e sua possível descendência; e, em mulheres maiores e em bom estado de saúde psicótico. (art. 2º).

3º) Dos Doadores - a doação de gametas e pré-embriões é um contrato gratuito, formal e secreto (art. 5º, 1). O doador deverá ter mais de 18 anos e plena capacidade de trabalho, não padecer de enfermidades genéticas, hereditárias ou infecciosas transmissíveis.

Pelo art 6º somente as mulheres maiores de 18 anos podem recorrer a estas técnicas de reprodução. Se for casada, precisará de consentimento do marido.

Os arts. 7º e 10º referem-se à filiação incluindo a maternidade de substituição.

Quanto à possibilidade de filiação no caso de inseminação “*post mortem*” não se poderá determinar legalmente a filiação nem se reconhecer efeito ou relação jurídica alguma entre o filho nascido por aplicação das técnicas artificiais e o marido falecido. Porém, a lei não veda a inseminação “*post mortem*”.

A maternidade de substituição é encarada pela lei dentro do maior realismo, afastando as medidas paliativas empregadas por número considerável de legislações estrangeiras. Portanto, é nulo o contrato através do qual se convencionou a gestação, com ou sem preço, a cargo de uma mulher que renuncia a filiação materna em favor do contratante ou de um terceiro. (art. 10,1).

4º) Crioconservação e outras técnicas - a crioconservação do sêmen em Banco de gametas é autorizada pelo tempo máximo de cinco anos; os embriões excedentes de uma fertilização “*in vitro*” serão conservados nos Bancos no máximo cinco anos, mas passados dois anos, ficam a disposição dos Bancos. (art. 11, 3, 4).

Os arts. 12 e 13 dispõem expressamente que toda intervenção sobre o pré-embrião, vivo, “*in vitro*”, com fins diagnósticos ou terapêuticos, só pode ter como finalidade a valorização de uma viabilidade ou a determinação de enfermidade hereditária, a fim de tratá-los ou de desaconselhar sua transferência para procriar.

O art. 14 autoriza a utilização dos gametas para fins de investigação básica ou experimental.

O art. 16 elenca todas as possibilidades de investigações admitidas pela lei.

Proíbe-se a experimentação em pré-embriões vivos, obtidos “*in vitro*” se se pode provar cientificamente em modelo animal.

Os pré-embriões abortados poderão ser objeto de investigação e experimentação, nos termos da lei. (art. 17, 1).

5º) Centros Sanitários e Equipes biomédicas - encontram-se subordinados à Lei Geral de Saúde. As equipes biomédicas devem estar devidamente qualificadas para realizar as técnicas de reprodução assistida (art. 18 e 19).

6º) Das Infrações e das Sanções - o art. 20, 1, A, estabelece quais são as infrações graves e o art. 20, 1, B, registra quais são as infrações muito graves.

7º) Criação de uma Comissão Nacional de Reprodução Assistida - em caráter permanente. Cabe à Comissão orientar a utilização destas técnicas; colaborar com a Administração, quanto à difusão e atualização de conhecimentos científicos e técnicos; e, elaborar critérios de funcionamento dos Centros ou Serviços onde se realizam as técnicas de reprodução assistida, a fim de facilitar sua melhor utilização.

2.5. França

Em matéria legislativa, a situação da França é muito próxima da realidade italiana, isto é, dezenas de propostas legislativas já foram apresentadas, sem que houvesse sido aprovado um corpo normativo coerente e definitivo, como ocorre na realidade sueca e espanhola.

Em 1973 criaram-se, junto aos Hospitais de Paris, os dois primeiros Bancos de Esperma franceses.

Com o desenvolvimento e a criação de novos Centros instalou-se, o que hoje se denomina, "Sistema CECOS" – Centro de Estudos e Conservação de Ovos e Espermias Humanos – reunido em uma Federação.

As características fundamentais do sistema francês de procriações artificiais quanto à inseminação artificial efetuada com o esperma do marido ou do

concubino corresponde a uma necessidade oriunda de uma hipofertilidade do marido, ou de uma esterilidade previsível após um tratamento quimioterápico.

Realizada “*inter vivos*”, a inseminação artificial pelo marido ou concubino não há nenhum problema, mesmo no plano ético. Realizada “*post mortem*”, quando a mulher se faz inseminar após a morte de seu marido ou concubino, graças à coleta previamente feita é proibida, por se tratar de inseminação de uma mulher só, diante da qual, o projeto parental se extingue.

A inseminação artificial heteróloga, isto é, efetuada com o esperma de um terceiro, pode ocorrer em duas situações diferentes: pode-se falar em inseminação remédio (à esterilidade do casal) ou em inseminação de conveniência (de uma mulher só, que não quer pai para seu filho ou de casais homossexuais).

Com relação à fecundação “*in vitro*”, esta não provocou contestações quanto aos progressos da ciência e não inquietou a opinião pública. Porém, foi com o congelamento do embrião obtido por fecundação “*in vitro*” que apareceram os problemas mais sérios.

Já quanto aos embriões excedentes (e não utilizados) a idéia dominante na França continua sendo que cabe à equipe médica decidir o que fazer com esses embriões, a partir do argumento que, na medida em que o casal confia a sorte de sua eventual progenitura a uma equipe científica competente, deve lhe reconhecer inteira confiança.

O Direito frente à fecundação “*in vitro*”, fornece na França, soluções satisfatórias quanto à filiação da criança, com base na legislação civil atualmente em vigor, o que afastaria a necessidade de legislar para casos singulares.

Há três situações diferentes que devem ser apreciadas:

a) a da criança nascida da fusão de gametas paternal e maternal e transferidos para o útero materno.

Geneticamente, o embrião é da família. Nesse caso, não há problemas no plano jurídico: o estabelecimento de sua filiação se fará em função das regras relativas à criança legítima, se os pais são casados; e às regras relativas à criança natural, se eles não forem casados. A filiação jurídica poderá sempre coincidir com a verdade biológica.

b) a da criança concebida a partir de um óvulo doado, fecundado pelo espermatozoide do marido e carregado pela mulher deste.

Geneticamente, o embrião pertence pela metade à família. Nesse caso, o filho é, geneticamente, por sua origem paterna, vinculada a seus pais, apenas pela metade; e ele o é mais que a metade, biologicamente, já que deve se levar em consideração à gestação. Quer ele seja legítimo, quer natural, o estabelecimento da filiação de uma criança oriunda de uma doação de óvulo não cria problema de paternidade jurídica, uma vez que a paternidade biológica será aquela que se estabelecer. A criança que será necessariamente, “nascida” de uma mulher casada, terá por pai o marido desta; se “nascido” fora do casamento, ele será reconhecido, usufruirá a posse de estado de filho ou fará estabelecer na Justiça a paternidade natural.

c) a da criança nascida por fecundação “*in vitro*” de gametas estrangeiros e implantados no útero da mulher receptora.

Geneticamente, o embrião não pertence à família. Nesse caso, gera uma situação especial no mundo jurídico: essa criança está apenas vinculada ao casal pela gestação. É a hipótese da doação de embrião, geralmente excedente e conservado por criopreservação. O embrião é geneticamente da família dos doadores e gametas. Entretanto, no plano do direito de filiação, a situação é diferente. A criança nascida de mulher casada se beneficiará da presunção de paternidade. Mas, mesmo que essa criança detenha a posse de estado de filho legítimo, ela poderá ser negada nos seis meses que se seguem ao nascimento. A mãe legal poderia derrubar a presunção de paternidade, divorciar-se e casar-se novamente com o verdadeiro pai da criança (o que doou o espermatozoide); o verdadeiro pai é, no caso da doação de um embrião excedente o marido do casal

doador, que deverá, então, ter se divorciado, para permitir o novo casamento no prazo previsto pelo art. 318-1 do Código Civil. Agora, se o casal doador vive em concubinato, nesse caso não há presunção de paternidade, e assim a recusa de reconhecimento paterno resultará em uma ação judicial, fundada no art. 340 do CC, mas será necessário fazer a prova de paternidade.

Com relação à questão das mães de substituição, segue a tendência detectável em todos os setores das procriações artificiais, ou seja, a não necessidade de legislar, partindo do pressuposto que a admissão ou a recusa do princípio da maternidade de substituição é um problema essencialmente moral.

Além desse argumento inicial, entende a civilista francesa que o direito positivo francês fornece soluções que se revelam suficientes tanto à proteção da mãe substituta, quanto ao casal que se socorre deste recurso para contornar a esterilidade.

No direito francês, ao contrário do que ocorre nos EUA, o casal e a mãe de substituição não estão vinculados por qualquer tipo de contrato. Enquanto nos estados norte-americanos admitem contratos assinados entre as partes, comportando uma descrição detalhada de todos os riscos decorrentes da gravidez, pretendendo garantir um consentimento livre e inequívoco, tal hipótese fica negada pela tradição jurídica francesa.

3. Posição do Brasil

As técnicas de procriação artificial estão sendo largamente utilizadas no Brasil.

A primeira manifestação na área jurídica sobre esse tema foi publicada em 1918, na Revista de Direito da Faculdade de São Paulo. Trata-se de parecer sobre a utilização de sêmen de indivíduo falecido, favorável à fecundação “*post mortem*”.

Na legislação civil ou penal, no Brasil, não há nenhum impedimento em relação a qualquer espécie de fertilização artificial humana, desde que haja consentimento recíproco do pai e da mãe. Inclusive a jurisprudência a respeito é muito parca.

Como já foi dito na evolução, o primeiro sucesso da fertilização *in vitro* se deu aos 25 de julho de 1978, com o nascimento de Louise Brown em perfeito estado de saúde. Foi considerado o bebê do século e manchete em todos os jornais e revistas da época em todo o mundo, que anunciavam o primeiro “bebê de proveta”.

No Brasil, em 7 de outubro de 1984, nasceu Ana Paula, o primeiro bebê de proveta que foi gerado no laboratório do médico paulista Milton Nakamura, tendo sido também o primeiro da América Latina.

Portanto, em 1984, teve início o domínio das técnicas de Fertilização “*in vitro*” com o nascimento da primeira criança através de Fertilização “*in vitro*” com transferência embrionária. Até o presente momento, não há nenhuma regulamentação legislativa sobre o assunto.

Embora ainda não exista uma legislação específica, é possível verificar a licitude dos procedimentos, pois, caso a sociedade os considerasse ilegais, certamente procuraria algum modo de coibi-los.

E mais, conforme diz a Constituição Federal em seu artigo 5º, II, XXXIX, *em nosso país tudo que não é proibido é permitido, pois ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. E mais, não há crime sem lei anterior que o defina.*

Desse modo, de acordo com o princípio da legalidade, não havendo vedação legal específica, nem especificação de crime, são consideradas válidas todas as técnicas disponíveis para a resolução de problemas de infertilidade humana de se reproduzir e se perpetuar, com suporte moral e sentimento de igualdade.

No Brasil, enquanto impera a inércia do legislador ordinário, e também, considerando a necessidade de harmonizar o uso das técnicas com os princípios da ética médica, o Conselho Federal de Medicina (CFM) aprovou em novembro de 1992 a Resolução n. 1.358, que reflete normas compatíveis com os princípios constitucionais e com o ordenamento jurídico, embora não solucionem diretamente os conflitos inerentes às práticas.

Essa Resolução não tem força de lei, mas é hoje uma das diretrizes responsáveis pelo controle social da utilização das técnicas. Suas orientações foram adotadas no projeto de lei n. 3.638, de 1993, de autoria de deputado Luiz Moreira que regulamenta a utilização das técnicas de procriação artificial, que tramita no Congresso Nacional.

Em razão do progresso, legisladores cautelosos apresentaram outros dois projetos, em 1997 e 1999, ambos ainda sem aprovação.

No que tange ao número de embriões transferidos, a Resolução Conselho Federal de Medicina n. 1.358/92 limitou a transferência de até quatro embriões por cada procedimento, com o intuito de impedir a transferência de um número cada vez maior de embriões visando obter sucesso na gravidez.

No que diz respeito a criopreservação de gametas e embriões, segundo a Resolução do Conselho Federal de Medicina - CFM, regulamenta que os

embriões excedentes obtidos através de Fertilização “*in vitro*”, após transferência a fresco, não podem ser descartados, e ainda, autoriza sua criopreservação para posterior transferência em caso de insucesso, desejo da mulher ou do casal de ter uma nova gravidez ou mesmo para doação.

E, por fim, no tocante à gravidez de substituição, a Resolução CFM permite a utilização da gravidez de substituição, desde que exista impedimento físico ou clínico para que a mulher, doadora genética, possa levar a termo uma gravidez.

Deste modo, essa condição impede a vulgarização do procedimento, restringindo sua utilização a indicações médicas absolutas. Em conformidade com a tendência internacional, restringe a receptora biológica ao ambiente familiar, permitindo que a gestação aconteça dentro da família, criando os laços de afetividade necessários para o desenvolvimento saudável da futura criança. No mesmo sentido, impede qualquer caráter lucrativo ou comercial na relação estabelecida.

Por derradeiro, o grande desafio do Direito neste final de século, é exatamente o de vencer a insuficiência de princípios clássicos, e se adaptar à contestação criada por novas realidades.

No Brasil, em matéria jurídica concernente à procriação artificial, tudo está por se fazer, o que é um dado assustador diante da rapidez com que se desenvolvem as tecnologias reprodutivas.

CAPÍTULO III

INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL NO MUNDO JURÍDICO

1. Conceito

A origem da palavra “inseminação” é de expressão latina – “*inseminare*”, onde “*in*” significa dentro, e “*sêmen*” compreende a semente.

A inseminação artificial consiste em uma técnica de procriação artificial a qual é entendida como a introdução do sêmen diretamente na vagina da mulher ou sua inserção no útero, por meios distintos da cópula, ou seja, não através de um ato sexual normal, mas de maneira artificial.

Para o ilustríssimo autor Eduardo de Oliveira Leite, “*a inseminação artificial é feita por meio de depósito do esperma preparado dentro da vagina, em volta do colo, dentro do colo, dentro do útero, ou dentro do abdômen*”.⁴

Ainda, para o autor supra mencionado “*a inseminação artificial consiste no processo que leva o óvulo a entrar em contato com o espermatozóide, do que resulta a geração de um novo ser humano, independente da cópula vaginal*”.⁵

Esta técnica representa o procedimento mais simples das técnicas de procriação artificial, e já é amplamente conhecida como tratamento para infertilidade, isto é, ela auxilia na resolução dos problemas de infertilidade humana, facilitando o processo de procriação. Limita-se a manusear apenas o

⁴ LEITE, Eduardo de Oliveira. Procriações Artificiais e o Direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1995, p. 38.

⁵ LEITE, Eduardo de Oliveira. Temas de Direito de Família. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1994, p. 106.

gameta masculino. Os locais de deposição do sêmen são: vagina, colo uterino, útero, cavidade peritoneal e tuba uterina. Sempre que o local de inseminação ultrapassar o colo uterino, o sêmen deve ser preparado em laboratório.

Portanto, em outras palavras, esta técnica é o processo pelo qual dá-se a transferência mecânica de espermatozóides, previamente recolhidos e tratados, para o interior do aparelho genital feminino, mediante instrumentação médica não dolorosa.

É importante destacar que, a preparação do sêmen é feita em laboratório para selecionar e concentrar espermatozóides móveis fecundantes e posteriormente, transferir o sêmen capacitado para o interior do útero da mulher.

Trata-se de técnica indicada ao casal fértil com dificuldade de fecundar naturalmente, ou melhor, quando o homem apresenta pouca quantidade de espermatozóides ou quando os mesmos têm motilidade reduzida, quer seja em razões de deficiência físicas, quer por força de perturbações psíquicas.

Refere-se a uma técnica muito simples, consistindo basicamente em obtenção dos espermatozóides, seja do marido, seja de terceira pessoa, através da masturbação ou de massagens nas vesículas seminais. Após vários processos de seleção dos espermatozóides, estes estão prontos para serem implantados no corpo da mulher, através da simples colocação no fundo do canal vaginal, podendo-se utilizar pílulas de espermatozóides, inventadas pelo professor Milton Nakamura, da USP.

Outrossim, um modo mais simples, sem dúvida, seria a coleta do sêmen com a imediata introdução no corpo da mulher (auto-inseminação), sendo uma possibilidade exitosa se a mulher estiver na época da ovulação e não sofrer nenhuma deficiência funcional orgânica. Essa introdução poder ser feita usando-se cânulas ou seringas.

Além disso, é possível o congelamento do sêmen recolhido, quando este não é automaticamente implantado no corpo da mulher. Pelas técnicas de

crioconservação (congelamento de gametas) existentes na atualidade, pode-se manter o sêmen com suas características inalteradas por um período de 20 anos.

Convém ressaltar que, o óvulo da mulher não é retirado, apenas o sêmen masculino, depois de coletado, é introduzido artificialmente, para que ocorra a fecundação dentro do organismo da mulher, acarretando assim, a fecundação intracorporeamente.

Normalmente realiza-se a inseminação artificial em dois dias consecutivos para aumentar as chances do encontro dos espermatozóides com o óvulo no interior das trompas.

Porém, o casal deve ser informado sobre as probabilidades de êxito, já que é uma técnica limitada e não oferece altas taxas de gravidez (12% a 15%).

2. Inseminação Artificial Homóloga

Inseminação artificial homóloga ocorre na hipótese em que a solução da infertilidade é buscada pelo próprio casal, sem a intervenção de terceiro. Portanto, é realizada com o esperma do próprio marido ou companheiro da mulher receptora.

Segundo o conceito o autor Eduardo de Oliveira Leite, diz-se “*homóloga, ou auto-inseminação, a inseminação artificial quando realizada com sêmen proveniente do próprio marido*”.⁶

Esta técnica é a que apresenta menor índice de contestações, visto que não altera as estruturas jurídicas existentes, na medida em que a paternidade

⁶ LEITE, Eduardo de Oliveira. Procriações Artificiais e o Direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1995, p. 32.

biológica coincide com a legal.

Contudo, a questão polêmica dessa espécie de inseminação diz respeito ao congelamento de sêmen e à possibilidade de utilização do mesmo sem o consentimento do cônjuge ou companheiro ou, ainda, após a sua morte, isto é, inseminação *post mortem*.

Consentida a inseminação e realizada contemporaneamente à colheita do material genético, a procriação dar-se-á de acordo com os parâmetros legais, pois o nascimento ocorrerá dentro dos limites abrangidos pela presunção do art. 338, do CC, e haverá correspondência entre a paternidade jurídica e a biológica.

Todavia, isto não ocorre quando o cônjuge não concede a autorização ou quando deixa o material genético depositado em um banco de sêmen para futura inseminação, vindo posteriormente a falecer.

Apesar da impossibilidade de contestação da paternidade em função do exame do DNA, surge o questionamento sobre a necessidade de autorização expressa e suas conseqüências no âmbito do Direito das Sucessões, principalmente no que tange ao patrimônio do doador.

Como em qualquer contrato de depósito, o material guardado nos bancos de sêmen continua sendo uma “propriedade” daquele que produziu, podendo este até mesmo requerer sua inutilização a qualquer tempo. Este requerimento equivaleria a uma revogação do ato praticado e da ordem de depósito.

Não obstante tais fatos, sua utilização em processos de inseminação dependeria, exclusivamente, de autorização prévia e expressa a fim de que o direito intrínseco de cada indivíduo (de decidir sobre o ato de ser pai ou não) não seja ferido.

Neste sentido determinou o Conselho Federal de Medicina - CFM (Resolução n. 1.358/92) que “o *consentimento informado* será obrigatório e

extensivo aos pacientes inférteis e doadores. (...). O documento informado será em formulário especial, e estará completo com a concordância, por escrito, da paciente ou casal infértil”.

Determinou o referido CFM, ainda, que *“estando a mulher casada ou em união estável, será necessária a aprovação do cônjuge ou companheiro, após processo semelhante de consentimento informado”.*

Portanto, não importa o estado civil das pessoas, quer sejam ligados pelo matrimônio ou pela união estável, a coleta do material genético (sêmen e óvulo) e sua utilização dependerá de anuência expressa dos interessados. Em razão disso, ambos deverão estar vivos, declarando suas vontades, e conscientes de suas responsabilidades futuras em relação à criança.

O CFM, embora tenha deixado à margem os aspectos jurídicos da questão, buscou harmonizar o uso das técnicas de procriação artificial com os direitos civis dos cidadãos, além de regulamentar princípios de ética médica.

3. Inseminação Artificial Heteróloga

A inseminação artificial heteróloga ocorre na hipótese do marido ou o companheiro ser infértil, não se recorrendo ao seu material genético, isto é, quando deles não se obtiverem espermatozóides, ou em número inferior ao necessário. Sendo assim, recorre-se à inseminação com o sêmen colhido de um doador fértil, ou seja, um terceiro, um doador anônimo de espermatozóides, que se encontra geralmente armazenado em banco de sêmen.

De acordo com o que preceitua o Dr. Eduardo de Oliveira Leite, diz-se *“heteróloga ou hetero-inseminação, quando feita em mulher casada com sêmen*

originário de terceira pessoa ou, ainda, quando a mulher não é casada".⁷

Nota-se que, é comum recorrer à inseminação artificial heteróloga quando a esterilidade é indiscutível e irremediável.

Desta forma, inúmeras são as causas da esterilidade masculina, mas a razão mais comum, de acordo com o autor mencionado, é a ausência completa de espermatozoides (azoospermia), ou quando a produção de espermatozoides é alterada (azoospermia secretória).

No caso da inseminação artificial heteróloga, a hereditariedade jurídica diverge da biológica, fazendo com que as normas de presunção de paternidade preceituadas no Código Civil tornem-se obsoletas.

Algumas resoluções e projetos, inclusive no direito brasileiro, condenam a utilização desta técnica em virtude das implicações causadas nas relações entre os cônjuges, entre pais e filhos, entre doador e cônjuges.

Nos países nos quais sua prática não é condenada, há a exigência do consentimento expresso do cônjuge que assumirá a paternidade jurídica, a fim de que sejam mantidos o equilíbrio e a estabilidade familiar.

As legislações mais modernas impedem que o cônjuge que consentiu a inseminação de sua mulher com o sêmen de terceiro, obtenha provimento negativo da investigação de paternidade, independentemente dos laços temporais divergentes da presunção legalmente instituída. Isto significa que deve prevalecer a segurança do "status" de filho, que não pode ser perturbado por modificações posteriores no ânimo dos cônjuges.

Em alguns países como o Canadá, Grécia, Holanda e Portugal, é vedado ao marido que consentiu a inseminação, utilizar-se da investigação de

⁷ LEITE, Eduardo de Oliveira. Procriações Artificiais e o Direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1995, p. 32.

paternidade.

Com relação à pessoa do doador, trata-se de um ponto polêmico, pois em se julgando oportuno vedar o uso da ação de investigação de paternidade ao pai jurídico que consentiu na inseminação, não se previu se tal direito se estenderia ou não ao doador em face do filho.

Como o material genético depositado nos bancos de sêmen continua sendo propriedade daquele que o produziu, então existe o direito intrínseco do doador de, tempos mais tarde, exigir informações sobre a utilização do seu sêmen. A partir disso, poderia o pai biológico utilizar-se da ação investigatória de paternidade, requerendo para si direitos que foram concedidos ao pai jurídico.

Quanto ao filho, reserva-lhe, como direito inerente à sua personalidade de conhecer a identidade do doador. Isto se dá, por se tratar o direito à identidade de um direito personalíssimo, e, portanto, insuscetível de obstaculização.

Sobre essa questão, o CFM decidiu que o sigilo é obrigatório e que as informações sobre pacientes e doadores pertencem, exclusivamente, às clínicas ou centros que mantêm serviços de procriação artificial.

4. Inseminação *Post Mortem*

A inseminação *post mortem* consiste na inseminação artificial de uma mulher, realizada mediante o esperma congelado de seu marido ou companheiro, após o falecimento deste.

Como já visto no item 2 supra, a técnica de inseminação *post mortem*, trata-se de uma questão que gera muita polêmica, que diz respeito ao congelamento de sêmen ou embriões e à possibilidade da utilização dos mesmos,

sem o consentimento do cônjuge ou companheiro, após a sua morte.

Ocorre que, pela presunção do art. 338, do CC, sendo consentida a inseminação e realizada a colheita do material genético, a procriação dar-se-á de acordo com os parâmetros legais, pois o nascimento ocorrerá dentro dos limites abrangidos segundo a lei, e haverá correspondência entre a paternidade jurídica e a biológica.

Contudo, isto não ocorre quando o marido ou companheiro da mulher não concede a autorização ou quando deixa o material genético guardado em um banco de sêmen para futura inseminação, vindo posteriormente a falecer.

Outra questão que surge é: como fica a utilização do espermatozoides congelado mediante a realização da inseminação *post mortem*, considerando isso uma violação ao direito à imagem e à intimidade do morto? E ainda, como admitir essa técnica já que isso acarreta várias conseqüências jurídicas?

Deste modo, a criança será filha de quem?

A ilustríssima autora Maria Helena Diniz, reza que:

*“... Embora seja filha genética do marido de sua mãe, será, juridicamente, extramatrimonial, não terá pai, nem poderá ser registrada como filha matrimonial do doador, por ter nascido 300 dias após o óbito do marido, e, além disso, será preciso não olvidar que o morto não mais exerce direitos nem tem deveres a cumprir. Não há como aplicar a presunção de paternidade, uma vez que o casamento se extingue com a morte, nem como conferir direitos sucessórios ao que nascer por inseminação post mortem, já que não estava gerado por ocasião da morte de seu pai genético”.*⁸

Em virtude disso, e outras inúmeras situações diversas é que esse assunto tornou-se polêmico, com grandes indagações, e que até hoje, ainda não foram solucionadas.

⁸ DINIZ, Maria Helena. O Estado Atual do Biodireito. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 456.

A Alemanha e a Suécia vedam a inseminação *post mortem*. Enquanto que a Espanha, segundo a Lei n. 35/88, no art. 9.2, veda a inseminação *post mortem*, mas deixa claro que, caso seja efetuada, apenas estabelecerá o vínculo de filiação se houver declaração expressa nesse sentido do marido ou companheiro, e ainda, que seja feita por instrumento público ou por testamento.

Na Europa e nos Estados Unidos, já se tornou comum a criança que nasce de uma inseminação artificial homóloga póstuma. Já, no estado atual dos textos legais, é impossível atribuir qualquer filiação para essa criança.

Por derradeiro, o entendimento do autor Eduardo de Oliveira Leite, é:

*“O legislador deve intervir para dizer primeiramente, se ele autoriza a inseminação post mortem e, caso afirmativo, deve-se modificar as regras da filiação de modo a garantir à criança, uma paternidade, ao menos póstuma, como já existe para os filhos concebidos antes da morte do pai”.*⁹

⁹ LEITE, Eduardo de Oliveira. Temas de Direito de Família. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1994, p. 111.

CAPÍTULO IV

FECUNDAÇÃO “IN VITRO” NO MUNDO JURÍDICO

1. Conceito

A fertilização “*in vitro*” (FIV) é conhecida, atualmente, como “bebê de proveta” e, ainda, refere-se à técnica de procriação artificial mais usada em todo o mundo.

Para o Dr. Sérgio Abdalla Semião a fertilização “*in vitro*” consiste em:

*“... A fusão dos gametas masculino e feminino que dão origem ao óvulo fecundado, que ocorre extracorporeamente. O óvulo é retirado da mulher e o sêmen do homem é coletado, colocando-os em um tubo de proveta. Após a fecundação, que é provocada artificialmente, o óvulo fecundado, já embrião, é transportado para a mulher, quando se espera que se dê a nidação, que é a fixação desse óvulo embrionário no endométrio (mucosa uterina), onde passará a se desenvolver a gestação”.*¹⁰

Portanto, a FIV, nada mais é do que a retirada de um ou mais óvulos de uma mulher, depois de fecundá-los em laboratório, fora do corpo da mulher e, após algumas horas ou em até dois dias, realizar a transferência ao útero ou às trompas de Falópio.

A fertilização “*in vitro*” ou também chamada de transferência do embrião, segundo Eduardo de Oliveira Leite, foi inicialmente indicada e realizada em mulheres com obstrução irreversível ou ausência tubária bilateral, que se

¹⁰ SEMIÃO, Sérgio Abdalla. Os Direitos do Nascituro: aspectos cíveis, criminais e do biodireito. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 172.

tratam de casos de indicação absoluta da FIV. Agora, em relação às indicações relativas ocorrem ainda: nos casos de oligozoospermia, falha do tratamento cirúrgico tubário, esterilidade sem causa aparente e a esterilidade imunológica, endometriose e esterilidade sem causa aparente (idiopática).

Nos casos em que a mulher possui esterilidade tubária, as trompas estão ausentes ou obstruídas, e por isso as tentativas tornam-se fracassadas. Neste caso recorre-se à fecundação "*in vitro*", sendo que, o encontro do óvulo com o espermatozóide não ocorre na trompa, mas sim no laboratório, em um tubo ou em cultura laboratorial, fora do corpo humano. Depois do encontro dos gametas, se for fecundo, o embrião é transferido para o útero materno, onde permanecerá durante nove meses.

O processo da FIV corresponde a várias fases: indução da ovulação, punção folicular e cultura de óvulos, coleta e preparação do esperma e, por último, inseminação e cultura dos embriões.

A ovulação é induzida por meio de hormônios, pois a mulher utiliza medicamentos para atingir um maior número de óvulos, e os óvulos, no ciclo menstrual, são reunidos para serem coletados, sendo que, apenas os maduros são coletados pouco antes do momento de sua liberação natural e, após, serão submetidos à inseminação onde juntamente com os espermatozoides serão, colocados em uma incubadora e dois dias depois são transferidos para o útero da mulher com uma cânula especial.

Habitualmente, o número de embriões transferidos para o útero não deve exceder a quatro, com o objetivo de se evitar uma gestação múltipla.

Os embriões excedentes devem ser congelados para uma posterior transferência, não sendo permitido pelo CFM que estes embriões sejam desprezados em nenhuma circunstância.

Portanto, quanto à utilização desse método no âmbito jurídico também há questões polêmicas a solucionar, principalmente, a determinação da

paternidade e da maternidade.

No tocante à paternidade, os problemas suscitados são basicamente, semelhantes aos já examinados na inseminação artificial, pois o embrião, à semelhança do sêmen, também pode ser congelado para posterior utilização (pós-morte) ou resultado de uma fecundação com sêmen de doador.

No que concerne à determinação da maternidade, é importante ressaltar que a gestação pode se dar através da doação de um óvulo, sendo assim, nessa hipótese, teríamos uma mãe biológica (doadora) e uma mãe jurídica.

Tradicionalmente, ou segundo normas vigentes, a verdadeira mãe é aquela que dá à luz.

Diante desse conceito, a mulher que gerou um filho que é produto de material genético de outra, tem o direito de registrá-lo validamente como seu.

Insta salientar que atualmente, o sucesso desse tratamento depende de inúmeros fatores entre eles a idade da mulher, a causa da esterilidade e outros, sendo que é relatado um sucesso de 30% por tentativa, podendo chegar aos 55% após três ou quatro tentativas.

Mister lembrar que, um casal normal que consegue uma gravidez sem qualquer tipo de ajuda, tem uma chance real de gravidez de 20 a 25% por mês, resultando no final de 12 meses numa taxa cumulativa de 85%.

2. Fecundação “*in vitro*” Homóloga

A fertilização “*in vitro*” - *FIV*, assim como a inseminação artificial,

também pode ser homóloga, se caso seja realizada com o sêmen colhido do próprio marido ou companheiro da mulher.

De uma forma mais simples, a FIV homóloga consiste na realização da fecundação feita pelos componentes genéticos advindos do casal.

Esta técnica é a que apresenta menor índice de contestações, visto que não altera as estruturas jurídicas existentes, na medida em que a paternidade biológica coincide com a legal, isto é, existe a perfeita coincidência entre a maternidade e a paternidade genética.

3. Fecundação “*in vitro*” Heteróloga

A fertilização “*in vitro*” heteróloga, da mesma forma que ocorre com a inseminação artificial, ocorre com a realização da fecundação com o sêmen colhido de um terceiro, isto é, um doador fértil, anônimo, que geralmente encontra-se armazenado em banco de sêmen.

Em outras palavras, a FIV heteróloga consiste na realização da fecundação feita com o material genético de um terceiro, que pode ser: sêmen do marido e óvulo de outra mulher; sêmen de terceiro e óvulo da esposa; e por último, sêmen e óvulo de terceiros, cujo embrião poderá ser implantado no útero da esposa, através de uma inseminação artificial, ou de terceira pessoa, constituindo uma mãe de substituição ou útero de aluguel.

No caso da FIV heteróloga, a hereditariedade jurídica diverge da biológica, na medida em que a paternidade ou a maternidade biológica não coincide com a legal.

Em razão disso, esta técnica deverá ser evitada, pelos sérios

problemas ético-jurídicos que traz.

4. Fecundação *Post Mortem*

A Fecundação *post mortem* consiste na inseminação artificial de uma mulher, realizada mediante o esperma congelado de seu marido ou companheiro após o falecimento deste.

Esta técnica, da mesma forma que a inseminação *post mortem*, também trata-se de uma questão que gera muita polêmica, que diz respeito ao congelamento de sêmen ou embriões e à possibilidade da utilização dos mesmos, sem o consentimento do cônjuge ou companheiro, após a sua morte.

Em virtude disso, e outras inúmeras situações diversas, é que esse assunto tornou-se polêmico, com grandes indagações, e que até hoje, ainda, não foram solucionadas.

Sendo assim, tudo o que já foi dito sobre a inseminação *post mortem* também vale para a utilização desta técnica.

A Alemanha e a Suécia também vedam a fecundação *post mortem*. Assim como na França, pois o consentimento do doador, após a sua morte, torna-se inválido.

Porém, em relação aos projetos de lei, estes possuem diversos sentidos.

O Projeto n. 2.855/97 veda o reconhecimento da paternidade ou qualquer relação jurídica no caso de morte anterior à utilização de alguma técnica de procriação, salvo em casos de consentimento expresso (art. 24).

O projeto n. 3.638/93 nada se manifesta a respeito da utilização de sêmen ou embriões após a morte do esposo ou companheiro.

E, por fim, o projeto n. 90/99, art. 9º, §4º, V, prevê a obrigatoriedade de descarte do material em caso de falecimento de pelo menos uma das pessoas que originaram embriões preservados. A utilização do material após a morte será considerada crime e resultará na perda dos direitos sucessórios da criança.

No Brasil, gradativamente, esse assunto se incorpora à rotina dos brasileiros.

Um exemplo é a questão do cantor Leandro, da dupla sertaneja - Leandro e Leonardo - que faleceu em junho de 1998. Na busca da quarta paternidade, o cantor Leandro, que queria ter mais filhos, fez uma coleta de sêmen e o congelou antes de se submeter às sessões quimioterápicas, para combater o câncer, pois ficou com medo de que viesse a perder a fertilidade durante o tratamento. Com a sua morte, a decisão sobre o que fazer com o seu sêmen ficou a cargo da família.

5. Embriões Excedentes

Na FIV, como já visto, a mulher é submetida à alta doses de hormônios a fim de propiciar a ovulação em larga escala. Em geral cerca de oito óvulos são fecundados e apenas três ou quatro são implantados. O restante dos embriões, denomina-se embriões excedentes.

Convém mencionar que, a Resolução do CFM n. 1358/92, I, item 6, limitou a transferência de até quatro embriões por cada procedimento, com o intuito de impedir a transferência de um número cada vez maior de embriões, visando obter sucesso de gravidez, porém aumentando ainda mais os riscos

existentes de gestações múltiplas.

Deste modo, os autores Pessini - Barchifontaine, denominam que:

“Embriões excedentes são aqueles que não foram transferidos ou porque não apresentavam sinais de desenvolvimento normal ou porque, muito embora em condições de evoluir com sucesso, ultrapassaram o número máximo recomendável à transferência por ciclo”.¹¹

Portanto, os embriões excedentes são congelados e conservados *“in vitro”*, pois não se fecunda um óvulo de cada vez e sim um certo número deles em razão de ser mais econômico e poder dispor dos óvulos já fecundados, sem precisar repetir todo o processo novamente caso seja conveniente virem a ser aproveitados em futuras gestações ou para investigações científicas.

Insta destacar, que os embriões excedentes são congelados pela técnica de criopreservação, isto é, o nome atribuído à técnica de preservação ou conservação de sêmen ou embriões, a fim de que seja mantida a capacidade de fertilização e desenvolvimento dos mesmos. E, ainda, mister lembrar, que essa técnica só pode ser utilizada com o consentimento do paciente, após lhe serem passadas todas as informações necessárias pertinente ao congelamento e descongelamento do embrião.

Entretanto, em virtude do sucesso da técnica de procriação artificial - a FIV - resultou no acúmulo de embriões congelados nos bancos, que se encontram estocados em geladeiras de nitrogênio líquido a espera de um destino.

Por isso, a discussão é grande e muito complexa, surgindo assim várias indagações sobre esse assunto, como: o que fazer com os embriões excedentes? Os pais podem dispor livremente dos embriões, inclusive alienando-os? Deverão ser destruídos? Ou doados a casais estéreis? Devem ser destinados à pesquisa

¹¹ PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. Problemas atuais de bioética. 3ª ed. São Paulo: Loyola, 1996, p. 220 *apud* MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. A vida humana embrionária e sua proteção jurídica. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 20.

científica em prol da humanidade?

No que se refere à alienação dos embriões, segundo o Dr. Arnaldo Rizzardo, em sua obra *Direito de Família*, “... de acordo com os padrões jurídicos hoje dominantes, não há que se convalidar qualquer prática de comercialização de embriões. Não se pode utilizá-los como coisas”.¹²

Da mesma forma, é a manifestação da Constituição da República Federativa do Brasil, em seu art. 199, § 4º, que veda todo tipo de comercialização de órgãos, tecidos, sangue e substâncias humanas.

Portanto, a proibição é expressa constitucionalmente.

Em relação à doação dos embriões, o autor Sérgio Abdalla Semião, preceitua:

*“O art. 199, §4º, da CF, supracitado, deve ser interpretado por analogia não quanto à venda de embriões, pois nele está expresso a proibição, mas sim quanto à doação de embriões. O artigo colacionado permite a doação de sangue e substâncias humanas para fins moralmente aceitos pela consciência do homem médio”.*¹³

Contudo, diante disso, admite-se a doação de embriões apenas para o fim da procriação artificial e não para fins lucrativos ou comerciais.

E, ainda, nesse mesmo sentido foi fixado na Resolução CFM n. 1.358/92, em seu inciso IV, item 1.

Nesse caso, é indispensável o consentimento expresso dos responsáveis pelo material genético e também dos receptores.

No que tange à destruição de embriões, a questão é ainda mais

¹² RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. Rio de Janeiro: Aide, 1994, p. 254.

¹³ SEMIÃO, Sérgio Abdalla. *Os direitos do nascituro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 194.

complexa e delicada, pois além de verificar se pode ou não ser eliminados os embriões, surge as seguintes controvérsias: a destruição do embrião congelado caracteriza crime de aborto? Esses embriões são seres humanos? A partir de que momento pode-se referir-se à uma vida humana?

Primeiramente, a Resolução do CFM n. 1358/92, V, item 2, regulamenta que os embriões excedentes obtidos através da FIV após a transferência, não podem ser descartados e, ainda, autoriza a sua criopreservação para posterior transferência em caso de insucesso de gravidez, desejo da mulher ou do casal ter uma nova gravidez ou mesmo para doação.

Porém, é imperioso ressaltar a atual aceitação ética do descarte pelo CFM. Apesar do disposto na Resolução, o Conselho foi consultado a respeito da questão sobre a impossibilidade de se configurar o crime de aborto com a destruição de embriões e respondeu que:

“O descarte de embriões com manifestação expressa dos cônjuges ou companheiros não pode ser considerado contrário à ética e deveria ser autorizado. Caso a clínica determine um prazo mínimo para a criopreservação, tal fato deverá ser exposto ao casal; caso o mesmo opte, assim mesmo, pelo descarte, este poderia ser efetuado. No que diz respeito aos embriões abandonados (prazo encerrado, sem sucesso de contato com a família), o descarte deveria ser autorizado. Vale ressaltar que embriões abandonados não deverão ser doados a outros casais ou mesmo usados em pesquisa científica (onde permitido) caso não tenha havido consentimento anterior”.¹⁴

De acordo com o projeto de lei n. 2.855/97, o descarte será obrigatório após cinco anos de congelamento. Enquanto que, o projeto n. 90/99 prevê o descarte depois de um certo período, em alguns casos.

Na França, tem-se assentado que só se considera vida humana depois de 14 dias de fecundação, por ser esse tempo a época aproximada do surgimento do tecido nervoso.

¹⁴ OLIVEIRA, Deborah Giocci Alvarez de.; JR. Edson Borges. Reprodução Assistida: até onde podemos chegar?. São Paulo: Gaia, 2000.

No Brasil esse critério não é aceitável, pois se crê que assim que as duas células sexuais se unem, formando uma só célula, tem-se um ser humano.

Portanto, os embriões excedentes não podem ser descartados, em respeito aos princípios assegurados no art. 5º, da CF.

No entanto, atualmente, não há nenhum parâmetro temporal estabelecido em relação à possibilidade de ser descartado ou destruído os embriões excedentes.

E, ainda, além da proteção constitucional da vida humana, o nosso ordenamento jurídico cuida da proteção do nascituro, ou seja, o ser humano que ainda não chegou a nascer. É o que estabelece o Código Civil Brasileiro:

“Art. 4º: a personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro”.

A destruição, no entanto, é tão imoral e proibida quanto é o aborto, em razão de que a vida humana começa com a fecundação, isto é, com encontro do óvulo com o espermatozóide, a partir do quê o embrião passaria a ser um ente dotado de todas as prerrogativas asseguradas pela ordem civil.

Destarte, a fecundação é a concepção de uma nova vida. O feto é uma vida humana em evolução que passa por fases naturais, biológicas e fisiológicas.

Deste modo é o entendimento do professor Sérgio Ferraz:

“... Os estudos existentes apontam que, entre 24 e 36 horas após a fecundação, a primeira célula individualizada – zigoto ou blastócito - começa a dividir-se, dando origem ao embrião. E este, após seis semanas, passa a denominar-se feto. Mesmo antes disso, o embrião, ao cabo de duas semanas de existência, se apresenta munido de toda uma completa informação hereditária, um código genético distinto e único... Uma coisa é indiscutível: desde o zigoto,

*o que se tem é vida, vida diferente do espermatozóide e do óvulo, vida diferente da do pai e da mãe, mas vida humana, se pai e mãe são humanos”.*¹⁵

Porém, por outro lado, Mônica Sartori Scaparo, defende que a vida começa com a introdução do óvulo fecundado, no ventre materno, e diz:

*“Para um outro grupo de estudiosos, apenas depois da nidação, isto é, quando feito o implante no útero materno, é que começaria de fato a vida. Até então, existiria somente um conjunto de células, que constituiria os alicerces do embrião”.*¹⁶

Nesse mesmo sentido, é o entendimento do Professor Waldemar Diniz Pereira de Carvalho, que se manifesta afirmando que:

*“A luz dos conhecimentos atuais, adquiridos com a fecundação ou com a fertilização “in vitro” e com o transplante do oócito, é certo que a gestação somente se inicia no instante da implantação e nidação do ovo”.*¹⁷

Assim, explica que o óvulo, após ter sido retirado do organismo da mulher e submetido à fecundação, no laboratório, requer de 48 horas a 72 horas para poder ser transferido ao útero em que será implantado, para iniciar a nidação, transformando-se, após aproximadamente 5 semanas, em embrião. E argumenta, ainda, nos seguintes termos:

“É óbvio que durante esse período do desenvolvimento extracopóreo do ovo, a mulher não pode ser considerada grávida; tampouco o ovo terá condições de se desenvolver caso não seja transferido para o útero da futura mãe”.

¹⁵ FERRAZ, Sérgio. Manipulações Biológicas e Princípios Constitucionais: uma introdução. Porto Alegre, 1991, p.47 *apud* RIZZARDO, Arnaldo. Direito de Família. Rio de Janeiro: Aide, 1994, p. 256.

¹⁶ RIZZARDO, Ibidem.

¹⁷ RIZZARDO, Ibidem, p. 257.

Confirma-se, assim, que a normal implantação e nidação do ovo no útero materno estabelecem o início da gestação, isto é, do novo ser”.¹⁸

Em virtude de todos os fatos analisados, conclui-se que, a determinação do início da gravidez é fundamental para a caracterização do aborto.

Então, quem adota a posição que o início da vida começa com a fecundação do óvulo com o espermatozóide, e caso os embriões forem descartados ou destruídos, entendem-se a caracterização do crime de aborto como um crime contra a vida.

Porém, a corrente contrária, que menciona o início da vida após o implante do embrião no útero materno, ou seja, depois da nidação, e, no momento da destruição dos embriões, estes ainda não foram transferidos para o útero materno, para eles a destruição ou descarte dos embriões não caracterizaria crime de aborto.

Assim como é o entendimento do autor Sérgio A. Semião, que preceitua *“o aborto é a interrupção dolosa da gravidez. Nesse sentido não se pode considerar a destruição do embrião fertilizado “in vitro” como um crime de aborto, pois não obstante fertilizado, não há mulher grávida”*.¹⁹

E, ainda, para finalizar essa questão, é imprescindível ressaltar que o Código Penal Brasileiro não tipifica a destruição ou eliminação de embriões, em virtude de que não se trata de homicídio, pois inexistente o nascimento com vida, e também, não é o caso de abortamento, pois sequer substitui a gravidez.

Por derradeiro, há a questão referente à utilização dos embriões para a pesquisa científica.

¹⁸ RIZZARDO, Arnaldo. Direito de Família. Rio de Janeiro: Aide, 1994, p. 257.

¹⁹ SEMIÃO, Sérgio Abdalla. Os direitos do nascituro. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 180.

Atualmente, apenas é permitida a utilização dos embriões em pesquisa, se da experiência resultar benefícios para o próprio embrião ou para outros embriões.

No Brasil, a Resolução n. 1, de 13 de junho de 1988, do Conselho Nacional de Saúde, dispõe com detalhes e expressamente as normas para a pesquisa em saúde, orientando as pesquisas em que estão envolvidos os embriões.

Outrossim, analisados os projetos de lei existentes sobre reprodução assistida, verifica-se que a situação de hoje deve ser mantida, com a possibilidade e realização de pesquisa científica em embriões, desde que autorizada pelo casal que se submeteu ao tratamento, observados os mesmos princípios e as mesmas diretrizes mundiais, especialmente quanto ao prazo limitado ao décimo quarto dia após a fecundação e a proibição de utilização industrial e na cosmetologia.

CAPÍTULO V

MÃES SUBSTITUTAS NO MUNDO JURÍDICO

1. Conceito

Atualmente, com o grande desenvolvimento da medicina reprodutiva tornou-se possível realizar o desejo de muitos casais impossibilitados de constituir sua prole com seus elementos genéticos através da técnica de procriação artificial, solucionando assim a esterilidade.

No entanto, convém ressaltar que esta técnica é abordada como objeto de grande controvérsia, além de ser uma matéria muito complexa e profunda.

Primeiramente, é imperioso enfatizar, que este tipo de técnica de procriação artificial possui distintas e diversas denominações como, por exemplo: útero de aluguel, barriga de aluguel, mãe de aluguel, mãe hospedeira, mãe substituta, mãe portadora, mãe de empréstimo, mãe por procuração, mãe de auxílio, maternidade de substituição, aluguel de útero, locação de útero.

Sendo assim, estas inúmeras expressões designam sempre a mesma coisa, ou seja, um ser que é gerado por outra mulher (receptora), que não seja sua mãe genética (doadora).

Entretanto, diante de todas essas nomenclaturas, embora vulgarmente chamadas de mãe de aluguel, prefere-se usar o termo “mãe de substituição” ou “mãe de empréstimo”, que significa ser gratuita, isto é, sem qualquer remuneração, pois nem sempre a substituição da mãe implica em pecúnia, com o que seria inadequado utilizar o termo “aluguel”.

Por conseguinte, é sabido que, tratando-se de mãe de aluguel, com remuneração, a possibilidade de uma mãe entregar um filho gerado no seu útero para outra mulher e receber pagamento por este “favor” não se adapta facilmente aos valores coerentes ou às noções convencionais de família.

Segundo Eduardo de Oliveira Leite, *“esta técnica consiste em apelar a uma terceira pessoa para assegurar a gestação quando o estado de útero não permite o desenvolvimento normal do óvulo fecundado ou quando a gravidez apresenta um risco para a mãe”*.²⁰

Assim, pode-se preceituar “mãe substituta” como a mulher fértil que se dispõe a carregar o embrião dentro de seu útero, durante o período de gestação, em razão da infertilidade de outra mulher, ou seja, realiza-se um contrato com uma mulher fértil para carregar o embrião pelo fato da mãe não poder fazê-lo em decorrência de problemas biológicos e, ao final de nove meses será entregue ao casal solicitante.

De uma forma mais singela, “mãe substituta” é aquela mulher fértil que contribui à maternidade de outra mulher infértil.

Por oportuno, insta salientar, que de acordo com o entendimento do autor Eduardo de Oliveira Leite, há duas hipóteses de empréstimo de útero:

- a) mãe portadora – é a mulher fértil que apenas “empresta” o seu útero e reimplanta-se um ou vários embriões obtidos através da fecundação *“in vitro”*, que contém os óvulos e os espermatozóides do casal solicitante.
- b) mãe de substituição – essa mulher fértil, além de “emprestar” o seu útero, também doa seus óvulos, e ainda, submeter-se-á à inseminação artificial em benefício de uma mulher estéril, com sêmen do marido ou companheiro desta. Se ela engravidar, ela garantirá a gravidez de uma criança que é, geneticamente é sua, e, após o parto, comprometer-se-á a entregar a criança

²⁰ LEITE, Eduardo de Oliveira. Temas de Direito de Família. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1994, p. 28.

ao casal. Sendo assim, neste caso, a mãe de substituição é ao mesmo tempo genitora e gestante.

Portanto, a maternidade de substituição pode proceder-se diante das técnicas de inseminação artificial ou fertilização *“in vitro”*.

No caso da utilização da técnica de inseminação artificial, há duas hipóteses:

- a) o marido, mediante o consentimento expresso de sua esposa, que é estéril, mantém relações sexuais com outra mulher engravidando-a.
- b) inseminação artificial da futura mãe substituta com o esperma do marido da mulher estéril ou ainda de um doador.

No caso da técnica de fertilização *“in vitro”*, poderá ou não ser utilizado o material genético do casal. Ocorre-se a fecundação em um tubo de ensaio, que se denomina “bebe de proveta”, consistindo na técnica de promover a concepção fora do corpo da mãe. O embrião obtido será implantado no útero da mãe receptora.

Essa técnica apresenta-se repercussões bastante negativas, como por exemplo, a mãe substituta que se afeiçoa ao novo ser gerado por ela, e assim, descumpra a obrigação contratual de devolver o recém nascido à mulher que a contratou. Sendo assim, à luz do direito consuetudinário quem deve ser considerada a verdadeira mãe?

E, mais.

Como uma mãe pode justificar aos outros filhos que está dando ou “vendendo” um irmão recém nascido? Como pode ela fazê-los acreditar que eles não tem também um preço?

Outrossim, a gestante de aluguel desiste de entregar o recém nascido,

qual deve ser a atitude da Justiça?

E ainda, a gestante de aluguel deve ou não ser remunerada para cumprir a “jornada de trabalho” que é, normalmente, de nove meses, 24 horas por dia? O não pagamento acarretaria enriquecimento ilícito por partes dos contraentes?

E por fim, morrendo os contraentes durante o período de gestação ou simplesmente recusando a criança encomendada, quer por insatisfação ou por mera desistência, a quem caberia a posse e guarda do recém-nato?

Portanto, diante do exposto, verifica-se que a prática é cercada de dúvidas e questionamentos que geram profunda perplexidade na sociedade e grande cautela entre os juristas. E que, conforme o entendimento do autor Eduardo de Oliveira Leite, essas questões continuam sem respostas e esse quadro promete persistir enquanto a prática permanecer envolta em nebulosa contradição de opiniões.

Nos países desenvolvidos, esse fato tem causado muitas discussões, sendo na maior parte deles vedado o uso das mães de substituição.

A Inglaterra, França e Itália, iniciaram-se a formulação de normas jurídicas próprias para evitar ou pelo menos anular esse tipo de contrato.

No Brasil, essa prática deveria ser terminantemente proibida, em decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana, porque o direito de ter filhos entra em choque com tal princípio, que constitui alicerce do nosso Texto Fundamental.

No entanto, no Brasil, conforme dispõe a Resolução do CFM, é permitido a utilização da gravidez de substituição, desde que exista impedimento físico ou clínico para que a mulher, doadora genética, possa levar a termo uma gravidez.

Então, nota-se que, com isso pretende-se evitar a vulgarização desse procedimento, restringindo sua utilização a indicações médicas.

2- O papel da noção de contrato

Primeiramente, o que se indaga é se a lei contratual aplica-se ou não a essa espécie de procriação, ou seja, “contrato de aluguel”, onde envolve a gestação de uma criança.

Atualmente, é consabido que esse assunto não é pacífico.

No Brasil, de acordo com os argumentos constitucionais, segundo Sérgio Ferraz, é inviável falar-se em contrato, assim como em remuneração, isto é, mãe de aluguel, pois um ser humano não pode ser objeto de contrato ou de qualquer negociação.

E ainda, de acordo com Heloísa Helena Barboza *“qualquer contrato que venha a ser celebrado em tais casos será despido de eficácia jurídica”*.²¹

Há também o posicionamento de Pontes de Miranda que afirma categoricamente, que nenhum negócio jurídico pode-se criar tendo como objeto parte do corpo antes dele separada, e diz: *“O homem vivo, o ser biológico, não é objeto de direito (...) Antes de separada a parte do corpo, nenhum negócio jurídico se cria tendo-a como objeto no presente; portanto não existe negócio jurídico”*.²²

Por outro lado, a jurisprudência norte-americana aceita que o Estado não proíba o casal de gerar e dar à luz a um filho, em razão de que essa decisão

²¹ BARBOZA, Heloísa Helena. A Filiação em face da inseminação artificial e da fertilização in vitro. Rio de Janeiro, Renovar, 1993 *apud* LEITE, Eduardo de Oliveira. Procriações Artificiais e o Direito. São Paulo, Revistas dos Tribunais, 1995, p. 404.

²² PONTES DE MIRANDA, F. C. Tratado de Direito Privado, tomo II, p. 11, 13 *apud* LEITE, Eduardo de Oliveira, *ibidem*, p. 404.

é o fundamento do acordo da maternidade de substituição e se revela como alternativa constitucionalmente protegida, sendo assim, depois que o casal decidiu ter o filho, qualquer método de procriação empregado deve ser interpretado como parte dessa ampla garantia constitucional.

Porém, por outro lado, embora seja permitido o “aluguel de útero”, é proibido o pagamento, além da compensação das despesas.

Diante das posições contraditórias, comprova-se a ausência de lei a respeito dessa matéria - mães de substituição, e com isso a instituição médica é quem dita as regras, juiz, frente a um caso, sentencia-o influenciado por sua própria concepção e motivação.

Porém, no Brasil, embora também não haja legislação sobre essa matéria, é vedado “todo tipo de comercialização”, por força da Resolução n. 1358/92, do CFM, na seção VII (sobre gestação de substituição), no inciso dois, dizendo expressamente: “A doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial”. Deste modo, portanto, se não há locação, também não há que se falar em contrato.

Ademais, é mister mencionar que, além desse requisito supra da Resolução do CFM, é admissível a gestação de mãe de substituição “desde que exista um problema médico que impeça ou contra-indique a gestação na doadora genética” (seção VII, introdução).

Logo, diante desse requisito, só se admite a utilização dessa técnica aos casais inférteis, evitando assim, que a mulher a utilize para se furtar aos incômodos ou as modificações estéticas decorrente da gravidez.

E, por derradeiro, como último requisito da Resolução do CFM, “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” (seção VII, inciso I).

Na questão referente à remuneração, apesar de estar proibido o caráter lucrativo ou comercial, há que se inquirir sobre quem seria a pessoa que pagaria o tratamento médico da mãe substituta e a sua manutenção durante os nove meses de gestação, quando se tratar uma pessoa humilde com poucos recursos.

Pagar uma determinada remuneração por esse serviço prestado seria uma forma de compensar a mãe substituta?

Nos EUA e na França, as propostas feitas à mãe de substituição limitam a importância que pode ser paga ou estabelecem uma base de pagamento.

Essa compensação, segundo William Pierce em um projeto de lei em New Jersey, seria limitada a US\$ 10.000, como valor mínimo.

Nos Estados Unidos é admissível o procedimento da “mãe de substituição”, embora procuram, ao menos, proibir a comercialização do “aluguel de útero”.

Na França funciona uma entidade sem fins lucrativos, o Centro de Exploração e Estudos da Reprodução, criado pelo médico Sacha Geller.

Como já é regra no Brasil, os Estados Unidos também estão procurando legislar o “aluguel de útero”, mas sem pagamento dos “serviços” prestados pela mãe substituta. Os dois Estados só permitem o pagamento das despesas médicas.

Contudo, diante do esposado, conclui-se que, permite-se à utilização de mãe substituta, mas sem remuneração, ou seja, sem interesses pecuniários através de um contrato, salvo remuneração às despesas médicas. E, sendo assim, envolvendo uma irmã ou uma amiga, essas mães fariam isso em decorrência de um ato de amor, generosidade, amizade, compaixão ou pela mera intenção de aliviar o sofrimento humano.

3 - Quadro Demonstrativo de Técnicas

Conforme se denota do quadro abaixo, consiste em uma síntese das principais técnicas de procriação artificial, já abordadas nesse trabalho.

Técnicas	Indicações médicas		Origem dos gametas
Inseminação Homóloga	Hipofertilidade; Perturbações das relações sexuais; Esterilidade secundária após tratamento esterilizante.		Óvulo da esposa + espermatozóide do marido
Inseminação Heteróloga	Esterilidade masculina definitiva; doenças hereditárias.		Óvulo da esposa + espermatozóide de um doador
Fecundação “in vitro” – FIV	Esterilidade tubária feminina; Hipofertilidade masculina; Endometriose; Esterilidade inexplicada		Óvulo da esposa + espermatozóide do marido
FIV + Doação do Esperma	Esterilidade tubária feminina + esterilidade masculina		Óvulo da esposa + espermatozóide de um doador
FIV + Doação do Óvulo	Esterilidade feminina por ausência de óvulos; Doenças hereditárias		Óvulo de uma doadora + espermatozóide do marido
Doação de Embrião	Esterilidade feminina e masculina por ausência de óvulos e espermatozóides; Doenças hereditárias	Embrião congelado por um terceiro casal	Óvulo de uma doadora + espermatozóide de um doador
Mãe de Substituição	Esterilidade feminina por impossibilidade de gestação	FIV a partir dos gametas do casal	Óvulo da esposa + espermatozóide do marido
Mãe de substituição	Esterilidade feminina por ausência de óvulos e impossibilidade de gestação	Doação de óvulo + IA com esperma do casal	Óvulo de uma doadora + espermatozóide do marido

CAPÍTULO VI

O PAPEL DA VERDADE BIOLÓGICA E DA VERDADE AFETIVA

Em 1804, o Código Napoleônico, edificou a presunção de paternidade - “*pater is est quem justae nuptias demonstrat*” - (é pai quem demonstra justas núpcias), onde a paternidade seria resultante da legitimidade decorrente do casamento, ou seja, havendo núpcias, haveria também marido e mulher, e sendo assim, presumia-se que esse marido fosse pai dos filhos oriundos dessa relação conjugal, caracterizando-se deste modo, a presunção “*iuris tantum*”.

Atualmente, com a grande evolução das ciências tecnológicas, aos poucos foi se reduzindo o papel de presunção da paternidade legítima e cedendo-se lugar ao poder inquestionável das provas científicas da filiação biológica como por exemplo, o exame de DNA (ácido desoxirribonucléico), que contém um índice de probabilidade de acerto de 99,9%.

Porém, com a utilização das técnicas de procriação artificial, houve modificação na ordem natural da evolução, deixando-se de apreciar somente a verdade biológica, e passando também a considerar a verdade afetiva.

Desse modo, nos resta compreender e estabelecer qual a verdadeira filiação que o direito nos permite – a filiação biológica ou a filiação afetiva.

No que atine à filiação biológica, esta corresponde a dos laços de sangue, aos produtores de óvulo e de esperma, e de todo o código genético do embrião, onde o fator biológico representa o elemento objetivo.

No tocante à filiação afetiva, esta equivale à verdade do coração, dos sentimentos, ao afeto criado durante a gestação e à filiação vivida no cotidiano, com intensas relações que unem pais e filhos, onde se revela o papel da vontade

representado pelo elemento subjetivo.

Eduardo de Oliveira Leite nos traz que:

*“As indagações doutrinárias mais recentes tem insistido, de forma cada vez mais freqüente e firme, que a filiação não é somente fundada sobre os laços de sangue; o vínculo sanguíneo determina, para a grande maioria dos pais, um laço fundado sobre a vontade da aceitação dos filhos. Logo, a vontade individual é a seqüência ou o complemento necessário do vínculo biológico”.*²³

Entretanto, a grande indagação consiste em saber se a vontade de ter filho é suficiente para criar o vínculo da filiação, ou seja, o único fundamento desse vínculo seria a vontade, como por exemplo, na adoção, um ato jurídico, que depende unicamente da vontade dos interessados, isto é, adotante e o adotado; esta é soberana e o fato biológico é absolutamente inútil para efeito de adoção.

Por outro lado, há filiações que se estabelecem contrariamente à vontade, como o reconhecimento forçado de um filho natural através da ação de investigação de paternidade imposta ao suposto pai pela presunção da paternidade.

Contudo, verifica-se que através da verdade biológica as procriações artificiais revelaram também, a possibilidade da verdade afetiva, que existe onde há vontade de aceitação, de acolhida do filho.

Assim, de acordo com as experiências realizadas ficou demonstrado que existe uma afeição entre o filho e a mulher durante as primeiras semanas e os primeiros meses de vida, criando-se um vínculo de amor entre eles, que nada tem a ver com a filiação meramente biológica.

Todavia, vale ressaltar que, excepcionalmente, na adoção não

²³ LEITE, Eduardo de Oliveira. Procriações Artificiais e o Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 203.

corresponde com o teor das experiências realizadas, pois, por exemplo, se uma mulher adotar uma criança com dois anos de idade, nesse caso, a afeição entre mãe e filho não surgiu no período equivalente às primeiras semanas ou nos primeiros meses de vida, e ainda, não houve o afeto criado durante a gestação.

Portanto, diante da diversidade que a afetividade representa é preciso rever a legislação. É o que entende Arnaldo Rizzardo, em sua obra “Fecundação Artificial”, in Revista AJURIS, n. 52, p. 62, que diz ser necessário *“uma revisão dos conceitos e princípios tradicionais sobre a maternidade e a paternidade”*.

Ademais, na concepção de Bécourt, tudo o que se pode dizer quanto à verdade afetiva e a verdade biológica, é que no atual momento, paira a incerteza, ou melhor, uma situação de perplexidade decorrente da inadequação da previsão legal a situações novas, sequer imaginadas pelo Direito.

CAPÍTULO VII

A PROCRIAÇÃO ARTIFICIAL E O CASAMENTO

1. Os Impedimentos Matrimoniais

Primeiramente, vale ressaltar a distinção entre incapacidade e impedimento matrimonial.

Incapacidade matrimonial, é de caráter geral, pois a pessoa incapaz não tem aptidão para casar-se com quem quer que seja. Exemplo: um menor de 15 anos é inapto para casar-se com qualquer pessoa em razão de sua idade; um sujeito já casado é inapto para casar-se em razão de seu estado civil.

Impedimento matrimonial, por sua vez, é circunstancial, pois, nesse caso, a pessoa não é incapaz para convolar núpcias, e sim possui uma circunstância, que em razão da lei, proíbe certos casamentos, ou seja, inaptidão do nubente para se casar com determinada pessoa, que corresponde à falta de legitimação para tal ato. Exemplo: o irmão está impedido de casar-se com sua irmã, em virtude do laço de parentesco existente entre eles, mas por outro lado, possui capacidade para se casar com outrem.

Deste modo, é o entendimento de Washington de Barros Monteiro, que preceitua: *“impedimentos são circunstâncias que impossibilitam a realização de determinado matrimônio”*.²⁴

²⁴ MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil: Direito de Família. 8 ed., São Paulo: Saraiva, 1968 *apud* JÚNIOR, Aluísio Santiago. Direito de Família. Belo Horizonte: Inédita, 1998, p. 59.

Já, Orlando Gomes nos ensina que:

*“No impedimento consubstancia-se uma proibição que atinge uma pessoa em relação à outra ou a outras. Tal pessoa não é incapaz; tem capacidade para praticar o ato jurídico, apenas não se lhe permite que escolha certa pessoa para, com ela, constituir vínculo matrimonial. Tecnicamente, pois, não está legitimada a contrair núpcias com certas pessoas, mas é livre de fazê-lo com todas as outras que não se achem compreendidas na proibição. Numa palavra, é impedida de casar com determinada pessoa, mas não é incapaz para o casamento. Impedimento é a falta de legitimação, logo, não é incapacidade, mas ilegitimidade”.*²⁵

*“Impedimento é uma incapacidade especial que atinge determinada pessoa, in concreto, não permitindo o casamento, mas a capacidade, por sua natureza, não comporta especialização. Ou se é capaz ou incapaz”.*²⁶

Desta forma, impedimento matrimonial conceitua-se como:

*“Impedimento matrimoniais constituem uma barreira imposta pela Lei à realização de um casamento e que, desprezada pelos nubentes, provoca, do ordenamento jurídico, uma sanção de maior ou menor eficácia”.*²⁷

*“Impedimento é a falta das condições impostas por lei para que se celebre o casamento sem vício, que o anule, ou sem penalidade para os nubentes, o oficial do registro e o juiz”.*²⁸

*“Impedimento matrimonial é a ausência de requisitos para o casamento”.*²⁹

²⁵ GOMES, Orlando. Direito de Família. p. 99/100 *apud* DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2000, 5º Vol., p. 62.

²⁶ GOMES, Orlando. Direito de Família. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 91.

²⁷ RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 1998, Vol. 6, p. 33.

²⁸ PEREIRA, Sá, *apud* RIZZARDO, Arnaldo. Direito de Família. Rio de Janeiro: Aide, 1994, Vol. I, p. 56.

²⁹ PEREIRA, Caio Mário; BEVILÁQUA, Clóvis; MIRANDA, Pontes *apud* DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2000, 5º Vol., p. 61.

A doutrina dos impedimentos originou-se do direito canônico, e este, assim como o Direito Civil Brasileiro, que manteve esta posição, asseguraram a liberdade dos casamentos, reconhecendo a todos a capacidade para se casar, e estabelecendo os impedimentos com a finalidade de que não seja feito um casamento contrário às normas vigentes.

O direito canônico distinguiu os impedimentos dirimentes – que impedem o casamento e, no caso de sua celebração, dão margem à sua anulação ou à declaração de sua nulidade. Os impedimentos dirimentes também se dividem em públicos e privados – e, impedimentos impeditivos, que impedem mas não invalidam o casamento, obtendo outras espécies de sanção, que não seja a anulação.

O direito Civil Brasileiro cuida-se desse assunto no art. 183 do Código Civil, em que distingue os impedimentos em três espécies.

a) Impedimentos dirimentes absolutos ou públicos – conduzem a absoluta nulidade do casamento realizado com a inobservância da proibição constante no art. 207, do CC. Contém o objetivo de preservar a família e sua moral, constituindo desse modo uma sociedade sadia. Verifica-se expressamente nos incisos I a VIII.

- I a V – impede núpcias incestuosas, vedando o casamento entre parentes consangüíneos (I, 1ª parte, e IV), por afinidade (II) ou por adoção (I, parte final, III e V).

- VI – preserva a monogamia.

- VII e VIII – evita enlacs que deitem raízes no crime.

b) Impedimentos dirimentes relativos ou privados – constituem-se no interesse dos nubentes a fim de preservar o livre consentimento, fundado no requisito de que o contraente deva ter a aptidão de manifestá-lo de forma eficaz, pois sua inobservância resultará na anulação do matrimônio. Portanto, interessa mais diretamente ao nubente do que à sociedade. No entanto, se as partes

preferirem silenciar, ou se manifestarem-se inertes, o casamento convalida do vício de que era portador, conforme diz o art. 209, do CC. Encontram-se expressamente nos incisos IX ao XII.

- IX - coação exercida sobre um dos nubentes e a incapacidade de consentir.
- X - rapto.
- XI - ausência de consentimento do pai, tutor, ou curador, quando se tratar de pessoas sob o pátrio poder, tutela ou curatela.
- XII - idade inferior à estabelecida pela lei.

c) Impedimentos impedientes ou proibitivos – proíbem o casamento, sem, todavia, promover a sua invalidação, caso seja contraído, ou melhor, ao invés de anular o matrimônio, sujeita os cônjuges às penas previstas em lei de ordem econômica, podendo ainda, impor o regime de separação de bens. São proibições impostas que visam proteger o interesse da prole do leito anterior; ou no propósito de evitar a confusão de sangue ou de patrimônio, em caso de segunda núpcias; ou então, no interesse do nubente, presumivelmente influenciado pelo outro cônjuge. Contempla-se nos incisos XIII a XVI.

- XIII – impedir a confusão de patrimônios.
- XIV – evitar *turbatio sanguinis* (mistura de sangue).
- XV e XVI – impedir matrimônio de pessoas que se acham em poder de outrem, que poderia por isso conseguir um consentimento não espontâneo.
- Impedir que certas pessoas se casem sem autorização de seus superiores.

Contudo, diante da breve exposição do assunto, examinar-se-á a questão da matéria matrimonial frente aos modos artificiais de procriação, pois com o seu surgimento criaram-se inúmeros problemas jurídicos.

Pois bem, as técnicas de procriações artificiais encontram-se em um grande dilema no que atine aos impedimentos matrimoniais, constantes no art. 183 do CC, principalmente, nos incisos I, II e IV, que dizem respeito aos impedimentos decorrentes do parentesco e da afinidade.

É proibido o casamento entre essas pessoas próximas, pois, surge uma certa comunidade de vida entre eles, de sentimentos e de sangue que se entrelaçam, resultando em uma inconformidade tanto familiar quanto ao próprio sujeito.

Segundo informações de estudiosos, os filhos nascidos de uma união entre parentes próximos podem ser atingidos por taras fisiológicas, malformações somáticas ou defeitos psíquicos.

Destarte, é cediço que legalmente sempre buscaram evitar tais relacionamentos, em virtude da possibilidade de riscos existentes em futuros descendentes, em se tratando de consangüinidade.

Mas, referindo-se a uma inseminação artificial heteróloga, isto é, quando o sêmen colhido é de um doador fértil anônimo, há uma grande chance de que os futuros descendentes que foram concebidos sejam, por exemplo, meio-irmãos, sem mesmo eles saberem, em razão do anonimato que prevalece no Brasil. Portanto, essa técnica de procriação, apresenta riscos inevitáveis de consangüinidade.

Por outro lado, os CECOS franceses – Centro de Estudos e Conservação de Ovos e Espermas Humanos – desmentem, mediante as experiências realizadas, essa afirmação de que o risco de consangüinidade seria considerável nas procriações artificiais, argumentando que as instituições responsáveis pelas procriações só liberam um número restrito de capilares de esperma provenientes de um mesmo doador.

E, ainda, Georges David, já se manifestou afirmando que existe o risco de aumento de uma taxa de consangüinidade sobre o plano genético das

populações, porém, é certo que, limitando, a cada doação cinco gravidezes, não contribui para este aumento de taxa de consangüinidade.

Entretanto, nada é impossível!

Mas para se evitar o risco de consangüinidade entre pessoas que contém um liame de parentesco ou afinidade, segundo Eduardo de Oliveira Leite, basta criar mecanismos de controle governamental, capazes de avaliar e limitar a ação dos bancos de esperma e centros de reprodução humana.

2. Os Direitos e Deveres dos Cônjuges

Da mesma forma que os impedimentos matrimônias, os direitos e deveres dos cônjuges, também, repercutem nos meios artificiais de procriação.

Assim, de acordo com nossa legislação pátria, o art. 231 do Código Civil, estabelece quais são os direitos e deveres de ambos os cônjuges, definindo, desta maneira, a mais intensa comunidade de vida entre eles, sendo certo que, um direito de um cônjuge importa no dever de outro, são eles:

- a) A fidelidade recíproca.*
- b) A vida em comum no domicílio conjugal (coabitação).*
- c) Mútua assistência.*
- d) O sustento, a guarda e a educação dos filhos.*

No que tange à fidelidade recíproca, esta contém um caráter moral e educativo, que preserva a relação sexual dos cônjuges, representando assim, a monogamia, pois o não cumprimento dessa norma acarretará para o cônjuge infrator a punição pelo crime de adultério (bigamia), e ainda, poderá o mesmo ser condenado em ação de separação judicial litigiosa, sofrendo desse modo, a

sanção prevista no art. 5º da Lei do Divórcio (lei n. 6.515/77).

Nesse sentido, Cunha Gonçalves diz que:

*“Este dever que se encontra em quase todos os Códigos modernos, é a base mesma do casamento; porque, sendo este uma conseqüência desse complexo sentimento chamado amor, que é, a um tempo, atração espiritual e sexual, pode-se dizer que o amor fraqueja ou cessa, quando a fidelidade falta”.*³⁰

Quanto à vida em comum no domicílio conjugal, entende-se também como um dever dos cônjuges, a coabitação física que ambos estão obrigados, e desta coabitação compreende a do débito conjugal que consiste em relações sexuais, isto é, um dever que implica em uma obrigação mais estrita entre eles.

Por conseguinte, o abandono injustificado do lar conjugal configura-se como um comportamento injurioso ao outro cônjuge.

No entanto, esse dever corresponde à comunhão moral, espiritual, material e sexual de ambos os cônjuges.

E, do mesmo modo, o seu descumprimento infundado, poderá resultar em ação de separação judicial litigiosa com base na grave violação dos deveres matrimoniais (art. 5, caput, da Lei do Divórcio).

Em relação à mútua assistência dos cônjuges, embora possua um caráter geral, trata-se especificadamente da assistência material e moral, conforme os ensinamentos de Clóvis Beviláqua, que versam sobre esse dever consistente em:

³⁰ GONÇALVES, Luiz da Cunha. Direito de família e direitos das sucessões. Lisboa: Ática, 1995 *apud* JÚNIOR, Aluíso Santiago Campos. Direito de Família. Belo Horizonte: Inédita, 1998, p. 141.

*“Assistência material de alimentação, de moradia, vestuário e higiene, como também, na assistência moral, nos cuidados pessoais nas moléstias, no socorro nas desventuras, no apoio na adversidade e no auxílio constante em todas as vicissitudes da vida”.*³¹

E, do mesmo modo, a sua inobservância implicará na ação de separação judicial.

Por fim, quanto ao sustento, a guarda e a educação dos filhos, constituem uma obrigação comum dos pais com relação aos filhos, decorrente do matrimônio.

Os cônjuges devem sustentá-los, dando toda a subsistência material aos seus filhos, assim como alimentação, vestuário, teto, amparo médico-hospitalar. Devem também, ter-lhes a guarda, exercendo o direito de vigilância. E, ainda, educá-los com uma boa formação moral e espiritual.

Neste caso, a negligência dos pais, isto é, o desleixo para com os seus filhos, levará à suspensão ou perda do pátrio poder.

Portanto, perante o até então esposado, conclui-se que, o não cumprimento, a recusa, a inobservância de qualquer um dos quatro deveres dos cônjuges contidos no art. 231, do CC, é claro que ensejará a ação de separação judicial litigiosa, em razão de ter infringido gravemente as normas referentes aos deveres matrimoniais.

Convém lembrar que, a separação poderá ser pleiteada por um dos cônjuges, através de fatos imputáveis ao outro cônjuge, desde que esses fatos incriminadores tenham violado os deveres do casamento e, conseqüentemente, tornado insuportável à manutenção de vida em comum entre eles.

³¹ BEVILÁQUA, Clóvis *apud* FUJITA, Jorge Shiguemitsu. Curso de Direito Civil: Direito de Família. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000, p. 68/69.

É o que assevera expressamente a Lei do Divórcio em seu art. 5º, que dispõe:

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

No entanto, nota-se que, o grande problema referente às técnicas de procriação artificial é no tocante ao trecho que diz: “grave violação dos deveres do casamento”. (original não grafado)

Quanto à técnica de inseminação artificial homóloga não cria problema algum, pois é realizada com o consentimento de ambos, e com o sêmen do próprio marido ou companheiro (concupino).

Entretanto, há alguns juristas que questionam se o marido pode ou não se opor à inseminação artificial homóloga, e que argumento poderia ser invocado pelo marido a fim de evitar tal operação, já que se trata de um recurso possível de procriar, destinado a suavizar certas deficiências físicas, onde não apresenta nenhum risco corporal.

Assim, deve-se reapreciar os argumentos já mencionados pela doutrina e pela jurisprudência sobre a obrigatoriedade do débito conjugal no dever de coabitação.

A grande indagação seria se haveria ou não constrangimento ilegal, seja por parte do marido em constranger a mulher à prestação do dever conjugal ou da esposa, deixando-se inseminar artificialmente pelo sêmen de seu marido.

A questão da obrigação da coabitação com a procriação natural decorrente da vida em comum se realiza diante de decisões de ambos os cônjuges, de comum acordo, portanto, não há que se falar em constrangimento ilegal.

Todavia, quando a obrigação da coabitação for entendida no seu aspecto carnal, isto é, o débito conjugal, há um verdadeiro dever mútuo.

Nesse sentido, Eduardo de Oliveira Leite, reza que:

*“Da mesma forma como a mulher não é obrigada a se submeter à conjugação carnal, por configurar tal coação um abuso de direito, não poderia se submeter à inseminação artificial (homóloga ou heteróloga) sem expressa manifestação de vontade, mesmo porque inexistente qualquer previsão legal assim dispondo. Nesse sentido, a CF, que assim dispõe no art. 5º, II: ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei”.*³²

Já, quanto à inseminação artificial heteróloga, a questão é mais complexa, pois esta prática era proibida pelo Código Penal de 1969 (Decreto – Lei n. 1004 de 21/10/69), e atualmente, encontra-se omitida no Código Penal.

Esse decreto integrou no Título VII da Parte Especial, abrangendo os Crimes contra a Família e, particularmente, no Capítulo III, que disciplina os Crimes contra o Estado de Filiação, sob a denominação de “Fecundação Artificial”, a norma penal, cujo preceito, definido no art. 268, estava assim redigido: *“permitir a mulher casada, sem que consinta o marido, a própria fecundação artificial, com sêmen de outro homem”.*

Luiz Chemin Guimarães, em sua monografia nacional, acentuou que diante da nova legislação, incrimina se *“a inseminação artificial heteróloga, vale dizer, a que incide sobre mulher casada, com o sêmen de outro homem e com o dissenso do marido”.*³³ Isto é, a tipicidade da figura delituosa estava condicionada ao não consentimento do marido. A “contráriu sensu”, a sua autorização excluía a injuricidade do fato.

Mas, perante a liberdade e o direito que a mulher possui de decidir

³² LEITE, Eduardo de Oliveira. Procriações Artificiais e o Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 224.

³³ GUIMARÃES, Luiz Chemin. Inseminação artificial criminosa. P. 47 *apud* LEITE, Eduardo de Oliveira. Procriações Artificiais e o Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 225.

sobre sua fecundação artificial, ou seja, o direito de ser inseminada artificialmente, dentro da esfera de disponibilidade do próprio corpo, o Direito Penal vigente não abriga nenhum delito quanto à prática de inseminação artificial, quer seja homóloga ou heteróloga.

Por derradeiro, verifica-se que o art. 268 do Decreto-Lei nº 1004/69, revogado pela *vacatio legis*, revela que o elemento fundamental da problemática criada pela inseminação artificial heteróloga, seja:

*“A questão do consentimento. Na hipótese mais comum, esta em que a mulher se faz inseminar, com o consentimento do marido, pelo esperma de um terceiro, poder-se-ia supor que a operação seria inatacável no plano meramente jurídico”.*³⁴

3 - Os Direitos da Esposa sobre o Esperma do Marido

Este assunto, da mesma forma que os demais que se encontram na seara matrimonial, também representa um problema frente às procriações artificiais. E, refere-se ao caso de inseminação ou fecundação *post mortem*.

Essa questão já ocorreu na França em 1984 e nos Estados Unidos em 1986.

Na França, o caso versava sobre um casal que, diante de informações que o marido possuía um câncer nos testículos, e que por causa do tratamento quimioterápico, haveria um grande risco de ocorrer sua esterilidade, sendo assim, o marido depositou seu esperma no CECOS, a fim de ser utilizado em futuras inseminações, mas posteriormente, este veio a falecer.

³⁴ LEITE, Eduardo de Oliveira. Procriações Artificiais e o Direito. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1995, p. 226.

Ocorre que, a viúva requereu o seu direito sobre o esperma de seu marido, que havia sido congelado em um Banco de sêmen, e o CECOS negou a devolução do esperma coletado.

O caso foi levado ao Tribunal da Grande Instance de Créteil, e este julgou que, o contrato realizado entre as partes era “*sui generis*”, obrigando o estabelecimento a conservar o esperma do interessado e a restituição do mesmo ao depositante ou à pessoa a qual o esperma era destinado.

Trata-se de um caso excepcional, contrário aos ideais do Direito, que não mais se repetiu em território francês.

Nos Estados Unidos, uma mulher solicitou a seu marido uma amostra de seu esperma, depositando-o para conservação (congelando em um Banco de Esperma). Mas vindo a se divorciarem posteriormente, a mulher se submeteu a uma inseminação artificial com o esperma do ex-marido que estava conservado, isto é criopreservado, e conseqüentemente nasceu uma filha. Com isso, a mulher ingressou com uma ação de alimentos contra o ex-marido, já que ele se tratava do pai biológico da criança e tinha o dever de prestar alimentos a ela.

No entanto, o ex-marido recorreu exigindo uma indenização de sua ex-mulher, no valor correspondente a vinte mil dólares, em virtude de ter “desviado seu esperma”.

Então, essas duas situações supra revelam a complexidade do assunto diante da esfera jurídica.

É notório que, quando a inseminação artificial é realizada *inter vivos* não há problema algum, pois a criança está juridicamente vinculada a seu pai e a sua mãe biológicos.

Entretanto, a realização da inseminação *post mortem* já gera certas circunstâncias de difícil resolução, principalmente, no que diz respeito à capacidade sucessória, disposta no art. 1577, do CC, a qual veremos adiante.

Uma delas é quando a criança nasce depois de 300 dias após a morte de seu genitor, por ora o marido e, nesse caso, como foi concebida após a morte do marido, considera-se a filha, exclusivamente, da mãe.

Cumpre salientar, que com a morte do marido, extingue-se o casamento, e com isso não há mais uma relação familiar, portanto, nesse caso, embora o marido seja biologicamente pai da criança, juridicamente, este não é mais o pai dela.

Agora, por outro lado, a mulher não tinha o direito de utilizar-se do esperma congelado do marido, pois trata-se de direito personalíssimo, que poderia ser utilizado somente mediante sua prévia autorização e consentimento.

Contudo, conclui-se que, numa situação como essa, dever-se-ia observar que apenas seria possível a inseminação *post mortem* quando a mulher já se encontra em tratamento no momento da morte do marido, ou melhor, quando a criança já foi concebida. No entanto, não seria possível, se a mulher tentar utilizar-se dessa técnica após a morte de seu marido, pois o encontro entre os gametas ainda não ocorreu.

CAPÍTULO VIII

OS DIREITOS E OS EFEITOS DA PATERNIDADE RECONHECIDA

1. Nome

Pedro Nunes define nome como *“a palavra, inscrita no Registro Civil, que designa certa pessoa”*.³⁵

Porém, nome é uma denominação empregada para designar e identificar as pessoas, sejam elas físicas ou jurídicas, dando-lhes personalidade, individualidade, para se integrar na sociedade.

Segundo R. Limongi França, nome, no sentido amplo, constitui *“um elemento indispensável ao próprio conhecimento, pois é em torno dele que a mente agrupa a série de atributos pertinentes aos diversos indivíduos, o que permite a sua rápida caracterização e o seu relacionamento com os demais”*.

O nome se compõe de dois elementos:

- a) prenome = designação individual, nome próprio da pessoa, de batismo, que é atribuído à pessoa por ocasião da abertura de seu assento de nascimento, que distingue a pessoa dos demais membros da família, sendo imutável, conforme o Regulamento dos Registros Públicos – Lei n. 6015/72, art. 58.
- b) patronímico = o sobrenome, o apelido de família, o nome característico de sua família, que designa família a que pertence a pessoa, é o apelido derivado do

³⁵ NUNES, Pedro. Dicionário de tecnologia Jurídica. Rio de Janeiro, 1948, p. 440 *apud* FRANÇA, R. Limongi. Do nome Civil das Pessoas Naturais. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964, p. 20.

prenome do pai, que representa uma herança onde se transmite de pai para filho, ou também, pode ser adquirido pela mulher através do matrimônio.

É importante ressaltar que, o patronímico, excepcionalmente, pode ser mudado, mas apenas o juiz é quem autorizará essa modificação, perante justificção, com audiência do representante do Ministério Público, e diante da observância das formalidades processuais.

O nome possui uma natureza pública, conforme disposto na Lei dos Registros Públicos n. 6.015/73, e ainda, é imprescindível salientar que, além de constar como um direito de todo o cidadão, o nome também está representado por um liame de dever dos pais de registrarem o seu filho.

Nesse sentido é o entendimento de Caio Mário P. da Silva, que diz:

*“O registro civil é uma obrigação que a lei impõe a todo indivíduo, é um dever a cargo, primordialmente do pai e da mãe, de fazer inscrever nele o filho recém-nascido, salientando-se, entre os requisitos ou indicações contidos no registro, a inserção do nome inscrito”.*³⁶

Assim, toda pessoa recebe ao nascer um nome (prenome) que o distingue individualmente, e um sobrenome, ou seja, o nome de sua família (patronímico), que distingue a família a que pertence a pessoa. Desse modo, o nome e o sobrenome o acompanharão até a morte, mediante sua inserção no Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais.

Convém lembrar que, o patronímico, ou seja, o sobrenome, é considerado a parte mais importante do nome, pois os filhos aos serem registrados recebem os nomes de família dos seus pais, ou pelo menos, do pai, sendo que o meio fundamental da aquisição do patronímico é através da filiação.

³⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Reconhecimentos de Paternidade e seus Efeitos. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 175.

Em razão disso, é que toda criança possui o direito de ter um nome paterno, representado pelo efeito do reconhecimento, e estabelecido pelo vínculo da filiação.

Ademais, considerando o direito ao nome uma prerrogativa individual e, uma vez já estabelecido, incorpora-se o filho à família do genitor que o reconheceu, podendo assim usar o respectivo patronímico, ainda que seja contra a vontade de todos os membros da família.

É imperioso mencionar que, o direito ao nome é imprescritível e com isso o filho reconhecido pode adotar o patronímico paterno em qualquer tempo utilizando-se de ação própria (já que todo direito corresponde a uma ação), quer para defendê-lo, para reclamá-lo ou impedir que dele faça uso pessoa a quem falta o respectivo direito.

Por isso, a criança deve reivindicar o seu patronímico ao seu pai, quando este lhe nega, através da ação de investigação de paternidade, onde a vitória é atribuir ao autor da ação (investigante) o sobrenome do réu (o investigado), que até então lhe fora negado, e que com a sentença lhe será deferido.

Desta maneira, qualquer criança oriunda de uma das técnicas de procriação artificial poderá manejar uma ação de investigação de paternidade contra o suposto pai, e requerer-lhe o seu patronímico paterno bem como seus devidos direitos adquiridos diante da lei.

Conforme o disposto no art. 227, §6º da CF/88, que proíbe quaisquer designações discriminatórias, é ilícito fazer constar dos registros e certidões de nascimento a declaração se o filho é havido dentro ou fora das relações de casamento.

Portanto, ressalta-se mais uma vez que, é indiferente a questão do filho ser oriundo ou não de uma das técnicas de procriação artificial, pois todos possuem os mesmos direitos perante a lei, devido o princípio da igualdade (art.

5º, inciso I, da CF).

2. Pátrio Poder

Com o reconhecimento do filho, através do vínculo da filiação, os pais adquirem o pátrio poder sobre o mesmo.

Jônatas Milhomens designa pátrio poder como *“o conjunto de direitos que compete aos pais para cumprimento dos deveres de sustento, criação, e educação dos filhos menores”*.³⁷

Washington de Barros Monteiro preceitua-o como *“o conjunto de obrigações, a cargo dos pais, no tocante à pessoa e bens dos filhos menores”*.³⁸

Já, Maria Helena Diniz conceitua-o como:

“Um conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido, em igualdade de condições, por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e a proteção do filho”.³⁹

Portanto, o reconhecimento sujeita o filho ao pátrio poder, que consiste num conjunto de direitos e obrigações que os pais têm em relação aos bens e aos filhos, observados os interesses destes, sejam eles incapazes ou menores.

³⁷ MILHOMENS, Jônatas; ALVES, Geraldo Magela. Manual Prático de Direito de Família. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 163.

³⁸ MONTEIRO, Washington de Barros, p. 284 *apud* FUJITA, Jorge Shinguemitsu. Curso de Direito Civil: Direito de Família. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000, p. 214.

³⁹ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. 15ª ed. São Paulo, Saraiva, 2000, 5º Vol., p. 378.

A titularidade é exercida por ambos os cônjuges, em igualdade, por delegação do Estado, e havendo qualquer divergência em relação ao pátrio poder quem resolverá é o Poder Judiciário.

Em contrapartida, todos os filhos legítimos, os legitimados, os legalmente reconhecidos e os adotivos estão sujeitos ao pátrio poder, enquanto menores, conforme disposto no art. 379, do CC.

Em relação ao pátrio poder fora do casamento, a regra é a mesma, inclusive para os pais divorciados e separados, ambos exercem o pátrio poder.

Frise-se bem que, ocorrendo à separação dos pais, a guarda é estabelecida em favor de apenas um deles, e com isso, conseqüentemente, o pátrio poder daquele que não ficou com a guarda é sensivelmente limitado, pois ocorre uma redução dos direitos e deveres do pátrio poder.

2.1. Características

As características que marcam o pátrio poder são:

- Múnus público, porque o Estado impõe.
- Irrenunciabilidade - os pais não podem renunciar os direitos e deveres. Há apenas uma exceção: na adoção, o pai biológico renuncia o pátrio poder.
- Indisponibilidade - os pais não podem abrir mão do pátrio poder.
- Inalienabilidade - o direito sendo inalienável, não pode ser transferido pelos pais a outrem.
- Imprescritibilidade - pai que não exerce o pátrio poder e, posteriormente, resolve exercê-lo, pode, pois, esse direito não prescreve.
- Incompatibilidade com a tutela - enquanto os pais não forem suspensos ou destituídos do pátrio poder, não poderá haver a nomeação de um

tutor para o menor.

Relação de autoridade entre pais e filho menor - há um vínculo de subordinação entre eles, onde os pais têm o poder de mandar e os filhos têm o dever de obedecê-los.

O pátrio poder divide-se quanto à pessoa dos filhos e quanto aos bens dos filhos.

Quando aos direitos dos pais sobre a pessoa dos seus filhos, está expressamente estabelecido no art. 384, do CC.

Já, quanto aos bens dos filhos, ou seja, às conseqüências patrimoniais, cabe ao detentor do pátrio poder administrar e usufruir os bens do filho, sem a necessidade de prestar contas, e também, estão dispostas nos arts. 385 a 389, do CC.

Entretanto vale ressaltar que, há bens que são excluídos do usufruto legal bem como da administração dos pais, assim como dispõe o art. 391, do CC.

2.2. Suspensão do pátrio poder

No tocante à suspensão do pátrio poder, esta consiste em uma medida menos grave e contém a finalidade de proteger os interesses do menor e punir os pais que descumprirem suas obrigações, como abuso de poder dos pais, faltando com seus deveres e obrigações paternos, ou arruinando os bens dos filhos, assim como determina o art. 394, do CC.

Nas palavras de Jorge S. Fujita, suspensão do pátrio poder: *“é a privação temporária do seu exercício pelos pais determinada pela autoridade judicial, porquanto estavam a prejudicar o seu filho, sendo-lhe nomeado um*

curador especial durante o curso do processo".⁴⁰

2.3. Perda do pátrio poder

Com relação à perda do pátrio poder, também se denomina destituição do pátrio poder. Segundo Aluísio S. Júnior: *"é a sanção mais grave imposta aos pais, e tem como causa ou razão a conduta culposa dos pais. Há um reconhecimento de que o titular do pátrio poder não está capacitado para seu exercício, o que leva à sua destituição"*.⁴¹

As causas que justificam a perda do pátrio poder estão contidas no art. 395, do CC, que diz: *"perderá por ato judicial o pátrio poder o pai, ou a mãe:"*

- *I - que castigar imoderadamente o filho* – trata-se de um castigo físico, ou de ordem psicológica. Conforme a jurisprudência, o simples excesso não pode ser considerado agressão, pelo princípio do "jus conigendi". Excesso pequeno é fato isolado, não é requisito para a destituição do pátrio poder, e sim o abuso nos castigos, a correção imoderada, os maus tratos.

- *II - que o deixar em abandono* – moral, material, intelectual, como, por exemplo, não matricular o filho na escola; deixar de prover as condições básicas aos seus filhos.

- *III - que praticar atos contrários à moral e aos bons costumes*, como, por exemplo, deixar, e até mesmo, incentivar a criança a trabalhar como pedinte na rua, usar drogas.

Nota-se que, a suspensão, é temporária e pode abranger um determinado filho, já a perda é permanente e se estende a todos os filhos menores.

⁴⁰ FUJITA, Jorge Shiguemitsu. Curso de Direito Civil: Direito de Família. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000, p. 219.

⁴¹ JÚNIOR, Aluísio Santiago. Direito de Família. Belo Horizonte: Inédita, 1998, p. 319.

No entanto, em regra, a perda do pátrio poder é definitiva, mas há possibilidade de ser reestabelecida se ocorrerem os requisitos necessários para o restabelecimento, que são:

- Regeneração do pai
- Prazo de cinco anos após a penalidade
- Processo judicial contencioso

2.4. Extinção do pátrio poder

No que atine à extinção do pátrio poder, esta consta no art. 392, do CC, que diz: "*extingue-se o pátrio poder:*"

- *I - pela morte dos pais ou do filho* – ocorrendo à morte de um dos pais, o outro sobrevivente continuará com seu encargo, e somente com a morte de ambos é que extinguirá o pátrio poder, nomeando-se assim um tutor ao menor. E, do mesmo modo, se o filho vier a falecer, também extinguirá o pátrio poder, pois nesses casos, desaparecem os sujeitos ativos do direito.
- *II - pela emancipação, nos termos do §único do art. 9º, do CC* – aquisição da capacidade civil antes da idade legal, pois, uma vez concedida à emancipação, o filho torna-se maior.
- *III - pela maioridade* – alcançada pelos vinte e um anos de idade ou também se adquire a maioridade através do casamento, do exercício de emprego público efetivo, pela colação de grau científico em curso de ensino superior, e pelo estabelecimento civil ou comercial, com economia própria.
- *IV - pela adoção* – onde os pais renunciam o pátrio poder, e transfere ao adotante.

Logo, verificar-se-á algumas considerações gerais:

- Legitimidade ativa – Ministério Público ou quem tem interesse

legítimo.

- Competência - Juízo da Infância e da Juventude.
- Procedimento para a perda ou a suspensão do pátrio poder está disciplinada na Lei n. 8.069/90, nos arts. 24, 155 a 163 e 201, III, dependendo sempre de sentença judicial.

3. Alimentos

Os alimentos podem ser exigidos em razão do parentesco, decorrente do *jus sanguinis*, que segue a regra do art. 396, do CC, ou também podem decorrer do pátrio poder, fundado do dever familiar, e sendo assim, uma vez reconhecido o filho, este adquire o direito de pleitear alimentos para si, para atender às suas necessidades essenciais, já que não pode prover a sua própria subsistência.

Segundo Orlando Gomes *“alimentos são prestações para satisfação das necessidades vitais de quem não pode provê-las por si”*.⁴²

Já, Maria Helena Diniz: *“compreende o que é imprescindível à vida da pessoa, como alimentação, vestuário, habitação, tratamento médico, diversões, e, se a pessoa alimentada for menor de idade, ainda verbas para sua instrução e educação”*.⁴³

E, por fim, Arnaldo Wald, caracteriza a obrigação alimentar como:

“Uma manifestação de solidariedade econômica que existe em vida entre os membros de um mesmo grupo, substituindo a solidariedade política de outrora. É um dever mútuo e recíproco entre descendentes e ascendentes e entre irmãos, em virtude do

⁴² GOMES, Orlando. Direito de Família. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 427.

⁴³ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2000, 5º Vol., p. 396.

*qual os que têm recursos devem fornecer alimentos, em natureza ou em dinheiro, para sustento dos parentes que não tenham bens, não podendo prover pelo seu trabalho a própria manutenção”.*⁴⁴

3.1. Pressupostos

São pressupostos essenciais da obrigação alimentícia:

- a) a existência de um vínculo de parentesco entre o alimentante e o alimentado, que se estende apenas aos ascendentes, descendentes e aos colaterais até o 2º grau, isto é, aos irmãos.
- b) necessidade do alimentando, em razão da sua impossibilidade de se sustentar, por ser pessoa idosa ou enferma.
- c) possibilidade econômica do alimentante para prestar alimentos, desde que este não seja sacrificado ou tenha privações pessoais.
- d) proporcionalidade, pois a fixação do *quantum* dos alimentos quem decidirá é o juiz, mediante a avaliação das necessidades essenciais do alimentando e a possibilidade do alimentante, observando sua situação econômica.
- e) reciprocidade entre parentes. O art. 229 da CF constitui reciprocidade do dever alimentar entre pai e filho.

3.2. Características

As características principais do direito aos alimentos são:

- a) direito personalíssimo - obrigação personalíssima, não pode ser cedida a outrem, pois como os alimentos são destinados ao alimentado, caracteriza-se um direito pessoal dele.
- b) intransmissível

⁴⁴ WALD, Arnaldo. O Novo Direito de Família. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 39.

- c) indisponível - pela sua natureza personalíssima.
- d) inacessível - os alimentos são inatingíveis, por ser inseparável do alimentado.
- e) irrestituível - depois de efetuado o pagamento dos alimentos, estes são irrestituíveis.
- f) irrenunciável - não pode renunciar ao direito de alimentos, assim como prevê o art. 404, do CC, ou seja, o necessitado pode deixar de pedir alimentos, mas não renunciar esse direito.
- g) imprescritível - a qualquer tempo pode ser pleiteado os alimentos, desde que preenche todos os pressupostos. Entretanto, as prestações alimentares vencidas, já fixadas judicialmente, prescrevem em cinco anos.
- h) impenhorável - a pensão alimentícia é isenta de penhora, principalmente por se tratar de crédito familiar, pois visa atender as necessidades vitais, conforme prevê o CPC no seu art. 649, VII.
- i) incompensável - não admite compensação, assim como dispõe o art. 1.015, II, do CC.
- j) intransacionável - em razão de ser indisponível e personalíssimo, as prestações vencidas não podem ser objeto de transação, de acordo com o art. 1.035, do CC. No entanto, as prestações vencidas podem ser objeto de acordo.
- l) é atual - pois é exigível apenas no presente e não no futuro.

No tocante à obrigação de prestar alimentos, esta é recíproca entre: ascendentes, descendentes e colaterais, até o 2º grau somente, observando que o grau mais próximo exclui o mais distante.

Salienta-se que, a obrigação dos pais de prestar alimentos aos filhos, cessa com a maioridade - exceto se o filho de até 25 anos estiver freqüentando um curso superior profissionalizante - ou com a emancipação do filho.

No entanto, nessas hipóteses deixa de existir o dever alimentar decorrente do pátrio poder, mas pode surgir à obrigação alimentar, de natureza genérica, decorrente do parentesco (art. 396, do CC).

3.3. Extinção

Por derradeiro, o dever alimentar, extingue-se quando desaparecer a necessidade do alimentado ou possibilidade do alimentante, ou; quando ocorrer o falecimento de qualquer um deles, já que se trata de caráter personalíssimo.

4. Sucessão

Primeiramente, ressalta-se que, em razão da ampla abrangência desse assunto, serão aqui abordados, principalmente, temas mais específicos e polêmicos, que trazem grande repercussão quanto à utilização dos meios de procriação artificial.

Silvio Rodrigues conceitua sucessão como: *“o conjunto de princípios jurídicos que disciplinam a transmissão do patrimônio de uma pessoa que morreu a seus sucessores”*.⁴⁵

O direito das sucessões é assegurado pela nossa Carta Magna em seu art. 5º, XXX, onde garante ao herdeiro o direito de herança, e sendo assim, consistindo num conjunto de normas que disciplinam a transferência do patrimônio de alguém, depois de sua morte, ao herdeiro, em virtude de Lei ou testamento.

Portanto, sucessão, de um modo geral, é a transmissão de bens patrimoniais, isto é, da herança, seja parcial ou total, por morte de alguém, a um ou mais herdeiros (sucessores).

No instante da morte do “de cujus” abre-se a sucessão, transmitindo-se automaticamente o domínio e a posse da herança aos herdeiros legítimos e

⁴⁵ RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 1999, Vol. 7, p. 3.

testamentários (1.572, CC).

Isso consiste no princípio da *Saisine* (direito francês), a herança se transmite por ficção jurídica, sendo que, no momento da morte do autor da herança ocorre a transmissão simultânea.

Destarte, em decorrência desse princípio, ocorre a capacidade sucessória, de acordo com o art. 1.577, do CC, que diz: “a capacidade para suceder é a do tempo da abertura da sucessão, que se regulará conforme a lei então em vigor”.

Conseqüências da transmissão:

- Necessidade de se provar o momento da morte do autor da herança.
- Os herdeiros, no mesmo instante da morte do autor da herança, entram na posse dos bens que constituem acervo hereditário, sem necessidade de praticar qualquer ato.
 - Prova que o herdeiro estava vivo no momento da morte do autor da herança, ainda que uma fração de segundos.
 - Prova que o herdeiro tem capacidade sucessória, isto tem aptidão para receber os bens deixados pelo “de cujus”.

A sucessão pode ser legítima, que decorre da lei, isto é, quando a pessoa morre sem deixar testamento (*ab intestado*) ou testamentária, por testamento, ou seja, por disposição de última vontade (art. 1.573, CC).

Ocorrendo a sucessão legítima, isto é, da pessoa que não possui o testamento, transmite-se a herança a seus herdeiros legítimos, e na ausência destes, ao Poder Público, de acordo com a ordem preferencial, estabelecida expressamente na lei, conforme consta no art. 1.603, do CC, denominada ordem de vocação hereditária.

A ordem de vocação hereditária sucede-se da seguinte maneira: aos descendentes, ascendentes, ao cônjuge ou concubino sobrevivente, aos

colaterais até o 4º grau e, por último, aos Municípios, ao Distrito Federal ou à União.

Em regra geral, o chamamento é feito por classes, onde o parente mais próximo exclui o mais remoto.

Contudo, o grande problema diz respeito ao filho que foi concebido mediante a utilização de alguma das técnicas de procriação artificial, principalmente quando se trata de inseminação ou fecundação *post mortem*.

Em se tratando de reconhecimento de paternidade, o efeito mais importante diz respeito à atribuição do filho ao direito sucessório e também à sua capacidade sucessória para herdar *ab intestato* do pai e dos parentes deste.

A lei n. 6.515/77, no art. 51, n. 2 equiparou os filhos de qualquer natureza, diante dos efeitos sucessórios. Assim, concedeu plena igualdade aos filhos mencionando que: *“qualquer que seja a natureza da filiação, o direito à herança será reconhecido em igualdade de condições”*.

Nesse mesmo sentido, o art. 1.605, do CC, equiparou os filhos ilegítimos aos legítimos.

E, ainda, o art. 227, §6º, da CF reza que: *“os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”*.

Portanto, conclui-se que há legislação que permite a plena igualdade dos filhos, onde todos terão os mesmos direitos perante a lei, sem nenhuma discriminação, independentemente da forma em que o filho foi concebido.

No entanto, no tocante à inseminação ou fecundação *post mortem* o assunto é mais complexo.

Por exemplo: o casal, que já possui dois filhos legítimos, deixa o sêmen

congelado do marido em um Banco de esperma para futuras inseminações, ocorre que, posteriormente, o marido vem a falecer e, um ano depois, a mulher decide fazer uma nova inseminação artificial com o sêmen do marido que está congelado, isto é, criopreservado em um Banco de esperma. E, diante disso, a criança nasce. Destarte, no momento da partilha dos bens do casal, os dois filhos legítimos, dizem que o “bebê de proveta” não teria capacidade sucessória para herdar os bens do casal, pois no momento da abertura da sucessão, o bebê ainda não tinha sido concebido, já que a realização da inseminação artificial foi feita um ano após a morte do marido.

Portanto, para se resolver esse caso há que se analisar dois pontos:

Primeiramente, o art. 1.577, do CC diz que a capacidade para suceder é a do tempo da abertura da sucessão e, sendo assim, a capacidade sucessória ocorrerá apenas quando já tenha sido concebido ou nascido a criança.

Assim, por esse ponto de vista, a criança não poderia herdar se não tinha capacidade sucessória no tempo da abertura da sucessão, pois ainda não tinha sido concebida.

Por outro lado, diante do princípio da isonomia e do art. 227, § 6º da CF, no qual considera-se a igualdade entre todos e que os filhos possuem os mesmos direitos, não havendo discriminações, nesse caso, a criança herdaria os bens do casal em igual capacidade sucessória dos seus irmãos.

E, ainda, como herdeiro excluído, irá propor diretamente contra cada herdeiro na proporção do quinhão que cada um recebeu, e então, receber o seu respectivo quinhão de direito adquirido.

Então, vê-se que, realmente trata-se de um caso muito complexo e divergente, de difícil solução, pois, além disso, poderia também indagar sobre a questão da utilização do sêmen do marido criopreservado no Banco de esperma pela mulher, sem sua autorização, lembrando que se trata de um direito personalíssimo, e ainda, considerar-se que, concebida a criança após a morte do

marido, isto é, após 300 dias subseqüentes ao seu falecimento (388, II, do CC), a criança não é mais considerada sua filha juridicamente, pois a inseminação artificial foi realizada após um ano de sua morte, e com a morte do marido extingue-se o casamento, interrompendo uma relação familiar, como já foi exposto no capítulo VII, item 3.

CAPÍTULO IX

AS QUESTÕES DECORRENTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL

1. Médicos e Banco de Sêmen

A responsabilidade civil dos médicos consiste em uma responsabilidade de natureza contratual, em razão da existência de relação entre médico e paciente, que impõe uma obrigação de meio, só podendo ser responsabilizado se agir com culpa mediante prova.

Nesse sentido, são as palavras de Maria Helena Diniz:

*“A responsabilidade do médico é contratual, por haver entre o médico e seu cliente um contrato, que se apresenta como uma obrigação de meio, por não comportar o dever de curar o paciente, mas de prestar-lhe cuidados conscienciosos e atentos conforme os progressos da medicina”.*⁴⁶

E, ainda, a mesma autora conceitua responsabilidade contratual como:

“Oriunda de inexecução de negócio jurídico bilateral ou unilateral. Resulta, portanto, de ilícito contratual, ou seja, da falta de adimplemento ou da mora no cumprimento de qualquer obrigação. É uma infração a um dever especial estabelecido pela vontade dos contraentes, por isso decorre de relação obrigacional preexistente e pressupõe capacidade para contratar”.

⁴⁶ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 1998, Vol 7, p. 246.

Porém, há uma divergência entre os juristas sobre a natureza desse contrato, se o mesmo deve ser classificado como “prestação de serviço”, ou como “contrato *sui generis*”.

Aguiar Dias defende “a idéia de ‘contrato *sui generis*’, com base na idéia de elevação da natureza dos serviços médicos acima da simples locação de serviços”.⁴⁷

Carlos Alberto Bittar defende como “prestação de serviço”, e assim considera-o como “aquele por meio do qual uma pessoa põe à disposição de outra, mediante retribuição, a sua energia pessoal, enquanto força de trabalho”.⁴⁸

A responsabilidade contratual do médico constitui uma obrigação de meio, isto é, cuidar do paciente, e não obrigação de resultado, que seria a cura do paciente. Destarte, incumbe ao prejudicado (paciente) provar o inadimplemento obrigacional do médico, ou seja, que este agiu com culpa.

Deste modo, a culpa do médico pode ser fundada mediante a imprudência, imperícia ou negligência, conforme disposto no art. 1.545, do CC.

- imprudência - configura-se com o fazer indevidamente, sem cautela.
- imperícia - caracteriza-se pelo despreparo, pela falta de aptidão para o exercício daquela profissão.
- negligência - é a falta de diligência, implicando em desleixo, inércia, passividade ou preguiça.

Sendo assim, caso uma pessoa venha a falecer diante de uma imprudência que, comprovadamente, foi praticada por um médico, este se responsabilizará pelo erro que cometeu.

No entanto, situações como essa podem ocorrer na seara das

⁴⁷ AGUIAR DIAS, J. de. Da Responsabilidade Civil. Vol I, p. 283 *apud* LEITE, Eduardo de Oliveira. Procriações Artificiais e o Direito. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1995, p. 238/239.

⁴⁸ BITTAR, Carlos Alberto. Contratos Cíveis. P. 73 *apud* LEITE, Eduardo de Oliveira, *ibidem*, p. 239.

procriações artificiais, produzindo grandes violações decorrentes de conduta culposa dos médicos por imprudência, imperícia ou negligência.

Exemplos: no caso do doador, este é ou não responsável pelos defeitos que pode apresentar seu esperma? O médico que realizou a inseminação está ou não vinculado à obrigação de resultado, sendo que este operou em perfeita conformidade com as regras da arte médica?

Contudo, em se tratando de matéria de procriação artificial a responsabilidade contratual do médico pode ser tanto uma obrigação de resultado como de meio.

Segundo o entendimento de Eduardo de Oliveira Leite, a obrigação do médico pode ser:

*“Ora a obrigação é contratual de resultado, no sentido de que o médico deve preservar a integridade da paciente (mulher receptora na inseminação artificial, por exemplo) ora é contratual de meio (quando se refere, por exemplo, ao nascituro ou nascido de inseminação artificial)”.*⁴⁹

Com relação aos bancos de sêmen, de acordo com a Regina Beatriz Tavares, *“devem ser aplicados os princípios e regras atinentes à responsabilidade por fato de terceiro e às casas de saúde ou hospitais”.*⁵⁰

Com isso, tanto o proprietário como os diretores dos hospitais e clínicas respondem por fato de terceiro, seja o médico, enfermeiro, ou auxiliar, consentindo no dever de reparar o dano causado.

Esta responsabilidade contratual por fato de terceiro também é chamada de “indireta” ou “reflexa”, quando se responsabiliza o imputado por fato

⁴⁹ LEITE, Eduardo de Oliveira. Procriações Artificiais e o Direito. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1995, p. 242.

⁵⁰ SANTOS, Regina B. T. da S. P. Responsabilidade civil do médico na inseminação artificial. P. 48 *apud* LEITE, Eduardo de Oliveira. *ibidem*, p. 242 e 243.

praticado por pessoa a ele ligada, como por exemplo, os patrões em relação aos empregados, conforme se assegura no art. 1.521, III, do CC, decorrente da culpa “*in elegendo ou in vigilando*”.

Destarte, do mesmo modo que as casas ou hospitais são responsáveis pelos médicos, enfermeiras, auxiliares e demais funcionários que ali trabalham, os bancos de sêmen, também, são responsáveis pelos danos ocorridos a seus pacientes, em decorrência de conduta dolosa ou culposa (*in elegendo ou in vigilando*) de todos os responsáveis pelas procriações artificiais.

Por isso que, em se tratando de bancos de sêmen ou centros de reprodução humana é indispensável à existência de um médico responsável pelos atos decorrentes de sua função, e, além disso, é necessário fazer um controle rigoroso desses organismos pelo Ministério de Saúde.

Nesse sentido há o Relatório Braibant que diz:

*“Somente os organismos especialmente autorizados com essa finalidade estão habilitados a proceder à coleta, ao congelamento, à conservação e à colocação à disposição do esperma e do óvulo, à prática de fecundação “in vitro”, à conservação dos embriões e à sua implantação, bem como à sua eventual doação com vistas ao projeto parental de outrem ou na condução de pesquisas autorizadas”.*⁵¹

Diante desse relatório verifica-se que, caso ocorra um dano, o organismo, que no caso em tela representa os bancos de sêmen, seria responsável em relação à vítima, de acordo com as regras de direito comum de responsabilidade civil.

⁵¹ LEITE, Eduardo de Oliveira. Procriações Artificiais e o Direito. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1995, p. 246.

2. Doadores e Receptores

O doador e o estabelecimento médico estabelecem um contrato de doação, mas para este ser válido deve ser gratuito. E, ainda, esse contrato dispõe de dois princípios relevantes: o princípio da inviolabilidade do corpo humano e o de sua indisponibilidade. Diante disso, caso ocorra à violação desse contrato, provocará a reparação de dano.

Dessa forma, por exemplo, se o esperma de um doador é misturado ao de outros doadores por imperícia, ou até mesmo, por negligência do médico, ou também, caso cesse o anonimato do doador por imprudência do banco de esperma, nesses casos, o doador pode responsabilizar tanto o médico quanto o banco, pelos danos ocorridos, com fundamento do art. 159, do CC.

No que tange aos pacientes receptores há entre estes e o médico um contrato de prestação de serviço e, também, uma relação de dupla obrigação, tanto de meio quanto de resultado.

Assim, dizia Rubens França: *“de meio, porque o médico se obriga a diligenciar honestamente a realização de um fim, com os meios de que dispõe e, de resultado, porque se obriga a realizar certo fim, independentemente da cogitação dos meios”*.⁵²

Na inseminação artificial, a obrigação de meio se concretiza diante do emprego de todas as técnicas viáveis para atingir a meta desejada, que nesse caso seria a fecundação.

Mas, suponha-se que o médico realize a inseminação artificial em uma mulher que não ovula e, sendo assim, não poderá ser fecundada por esse meio, e conseqüentemente, nunca atingiria o fim desejado, que seria a obrigação de resultado, nesse caso, o médico estaria cometendo um erro, seja culposos ou

⁵² FRANÇA, Rubens L. Obrigação. Saraiva, Vol 55, p. 291/292 *apud* LEITE, Eduardo de Oliveira. Procriações Artificiais e o Direito. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1995, p. 252.

doloso, sendo responsável pelos danos acarretados à paciente.

Ainda, convém salientar que, a obrigação de resultado consiste na preservação da vida e da integridade física da mulher receptora, e neste caso com a ocorrência da obrigação de meio não exime o médico da obrigação de resultado, vez que o direito à vida e o direito à integridade física estão aqui presentes e não podem ser afastados durante todo o procedimento médico. O fato de pretender gerar uma nova vida não pode admitir a anulação de sua própria vida.

Portanto, diante das pessoas que sofreram o prejuízo, os centros de reprodução humana serão responsáveis pelos danos ocorridos, em qualquer fase da procriação artificial.

3. Nascituros e Nascidos

Conforme já dito, o art 4º, do CC, dispõe que *“a personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro”*. Portanto, a lei brasileira protege o direito do nascituro (concebido), que ainda não nasceu, desde que venha a nascer com vida.

Com efeito, a responsabilidade dos médicos e dos bancos de sêmen torna-se mais intensa, principalmente com relação à seleção dos doadores de sêmen, a fim de evitar a transmissão de doenças contagiosas ou hereditárias ao novo ser, sob pena de responsabilizar-se pelos danos a ele causados.

No Brasil, já ocorreu uma situação em que uma mulher foi contaminada pelo vírus da AIDS após ter se submetido a uma inseminação artificial, segundo o testemunho de Maria Eugênia Lemos Fernandes, diretora do programa de

prevenção à AIDS no Estado de São Paulo.

É importante acrescentar que, *“há instruções da secretaria determinando que todos os doadores de sangue, órgãos e esperma sejam submetidos a teste”*.⁵³

Porém, segundo informação da Folha de São Paulo do dia 12/11/1991, 4-1, *“o Brasil não controla sêmen”*, e por isso Maria Eugênia menciona que *“a Secretaria de Saúde não tem um controle efetivo dos bancos de esperma, diferentemente do que ocorre com os bancos de sangue”*.

Há também um projeto do deputado Cordioli que se refere sobre a responsabilidade dos Centros de Reprodução Humana, nos seguintes termos:

“Art. 14 - as unidades operativas devem, sob responsabilidade própria:

d) realizar as análises clínicas e de laboratório sobre os doadores de gametas, conforme estabelecem os protocolos determinados pelo direito do Ministro da Saúde, de forma a evitar riscos à saúde do nascituro, provenientes de doenças pessoais ou familiares, contagiosas, doenças hereditárias ou genéticas”.

E, ainda, há um projeto de Artioli que se refere ao nascituro, no art. 2, nº 3, dispondo o seguinte:

“Art. 2 - Centros autorizados (...) Com o próprio direito o Ministério da Saúde, após consultar o Conselho Superior de Saúde, determina: 3. os protocolos dos exames clínicos e de laboratórios a serem efetuados no casal ou nos doadores dos Centros que dêem as mesmas garantias. Pelas verificações não devem constar doenças ou taras hereditárias que possam trazer prejuízos à saúde da mulher ou do nascituro”.⁵⁴

⁵³ LEITE, Eduardo de Oliveira. Procriações Artificiais e o Direito. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1995, p. 257.

⁵⁴ LEITE, Eduardo de Oliveira, *ibidem*, p. 265/266.

Portanto, observa-se que, a respectiva matéria é muito importante, e em razão disso, há a necessidade de uma regulamentação jurídica, onde limitar-se-á a possibilidade de ocorrer um dano ao ser humano, isto é, à sua vida.

CONCLUSÃO

Ao final da elaboração deste trabalho permite-se concluir que o presente tema apresenta as três principais técnicas da procriação artificial, sendo que diante do grande avanço tecnológico e científico da medicina reprodutiva, tornou-se possível conceber uma criança sem ter sido praticada a relação sexual, e deste modo, realizando o desejo de muitos casais impossibilitados de construir sua prole com seus elementos genéticos através das técnicas de procriação artificial, solucionando-se assim o problema da esterilidade do casal.

Entretanto, essa evolução da medicina que trouxe inovações na área de reprodução humana, vem sendo alvo de inúmeras discussões entre médicos, pacientes e juristas.

É imperioso ressaltar que, tais discussões fazem surgir questões polêmicas e de grande valor, porém de difícil solução, como por exemplo: como fica a utilização do esperma congelado mediante a realização da inseminação ou fecundação *post mortem*? Qual será o destino dos embriões excedentes? Estes poderão ser alienados, doados, destruídos ou destinados à pesquisa científica? A gestante de aluguel desiste de entregar o recém nascido ao casal solicitante, qual deve ser a atitude da Justiça? E esta deve ou não ser remunerada?

No entanto, na tentativa de aplicar o Direito – que constitui uma ciência que busca normatizar e regular a conduta dos indivíduos na sociedade – encontra-se uma lacuna no tocante às novas descobertas médicos-biológicas. E em virtude disso, o Direito ainda não nos apresentou respostas satisfatórias às novas questões surgidas em decorrência do aperfeiçoamento das novas tecnologias.

Portanto, a ciência jurídica deveria sofrer uma reflexão sobre toda a problemática surgida em razão das novas técnicas de procriação artificial; assim

como, o legislador, também, deveria criar uma legislação pertinente para disciplinar sobre esse tema, já que no Brasil não há nenhuma legislação específica, contendo apenas uma Resolução do CFM e projetos de lei.

Pois bem, é cediço que esse tema constitui uma realidade no campo médico e, sendo assim, é imprescindível a criação de uma legislação a fim de adaptá-la a esta nova realidade.

Desta forma, considera-se como fator relevante deste tema no que diz respeito à utilização das técnicas de procriação artificial com o intuito de devolver a possibilidade de gerar filhos a quem não pode ter naturalmente essa oportunidade, bem como conter a autorização médica.

Além disso, no tocante aos embriões excedentes poderiam ser vedado a destruição ou descartes de sêmen ou embriões, com fundamento legal no art. 5º da CF, e também, com base no art. 4º do CC, respeitando à vida do nascituro.

Ademais, quanto à mãe de substituição, poderia ser permitido, desde que não haja interesses pecuniários através de um contrato, exceto a remuneração às despesas médicas.

Insta salientar que, todos os procedimentos teriam que ser prosseguidos mediante a anuência expressa das partes interessadas.

Ainda, frise-se bem que, a legislação deveria garantir como direitos do casal que se submete a esse tipo de tecnologia, a informação sobre a possibilidade de êxito e os perigos da técnica utilizada, recaindo ao médico e ao Centro de Reprodução a responsabilidade solidária em caso de dano causado, em decorrência de culpa ou dolo.

Por derradeiro, é importante enfatizar que, o presente tema de procriação artificial trata essencialmente do direito à vida, em que se estima o bem jurídico de maior relevância tutelado pela ordem constitucional. E no caso em testilha, há inúmeras indagações a respeito do embrião consideradas de árdua

resolução e, no entanto, mister lembrar que tais indagações fazem alusão à representatividade do direito a vida e por isso não deveriam ficar em estado de inação.

Enfim, toda essa discussão pertine à evolução humana, sempre acompanhada e regulada pelo Direito, o qual, diante de mais esse degrau evolutivo, deve, com seu caráter de essencialidade social, garantir a perpetuidade da vida e não com sua inércia, paradoxalmente à presente matéria, permitir o seu o caso.

ANEXOS

ANEXO 1

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 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-SP, 11 de novembro de 1992.

IVAN DE ARAÚJO MOURA FÉ

Presidente

HERCULES SIDNEI PIRES LIBERAL

Secretário-Geral

Publicada no D.O.U dia 19.11.92-Seção I Página 16053.

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 ineficientes para a solução da situação atual de infertilidade.

2 - As técnicas de RA podem ser utilizadas desde que exista probabilidade efetiva de sucesso e não se incorra em risco grave de saúde para a paciente ou o possível descendente.

3 - O consentimento informado será obrigatório e extensivo aos pacientes inférteis e doadores. Os aspectos médicos envolvendo todas as circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, assim como os resultados já obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico, ético e econômico. O documento de consentimento informado será em formulário especial, e estará completo com a concordância, por escrito, da paciente ou do casal infértil.

4 - As técnicas de RA não devem ser aplicadas com a intenção de selecionar o sexo ou qualquer outra característica biológica do futuro filho, exceto quando se trate de evitar doenças ligadas ao sexo do filho que venha a nascer.

5 - É proibido a fecundação de oócitos humanos, com qualquer outra finalidade que não seja a procriação humana.

6 - O número ideal de oócitos e pré-embriões a serem transferidos para a receptora não deve ser superior a quatro, com o intuito de não aumentar os riscos já existentes de multiparidade.

7 - Em caso de gravidez múltipla, decorrente do uso de técnicas de RA, é proibida a utilização de procedimentos que visem a redução embrionária.

II - USUÁRIOS DAS TÉCNICAS DE RA

1 - Toda mulher, capaz nos termos da lei, que tenha solicitado e cuja indicação não se afaste dos limites desta Resolução, pode ser receptora das técnicas de RA, desde que tenha concordado de maneira livre e consciente em documento de consentimento informado.

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

III - REFERENTE ÀS CLÍNICAS, CENTROS OU SERVIÇOS QUE APLICAM TÉCNICAS DE RA.

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

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

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

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

IV - DOAÇÃO DE GAMETAS OU PRÉ-EMBRIÕES

1 - A doação nunca terá caráter lucrativa ou comercial.

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

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

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

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

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

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

V - CRIOPRESERVAÇÃO DE GAMETAS OU PRÉ-EMBRIÕES

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

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

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

VI - DIAGNÓSTICO E TRATAMENTO DE PRÉ-EMBRIÕES

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

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

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

3 - O tempo máximo de desenvolvimento de pré-embriões "in vitro" será de 14 dias.

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.

ANEXO 2

PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 90, DE 1999

Dispõe sobre a Reprodução Assistida

O **CONGRESSO NACIONAL** decreta:

SEÇÃO I

DOS PRINCÍPIOS GERAIS

Art. 1º Constituem técnicas de Reprodução Assistida (RA) aquelas que importam na implantação artificial de gametas ou embriões humanos no aparelho reprodutor de mulheres receptoras com a finalidade de facilitar a procriação.

§ 1º Para os efeitos desta Lei, atribui-se a denominação de:

I - embriões humanos aos produtos da união *in vitro* de gametas humanos, qualquer que seja a idade de seu desenvolvimento;

II - usuários às mulheres ou aos casais que tenham solicitado o emprego de RA com o objetivo de procriar;

III - criança ao indivíduo nascido em decorrência do emprego de RA;

IV - gestação ou maternidade de substituição ao caso em que uma doadora temporária de útero tenha autorizado sua inseminação artificial ou a introdução, em seu aparelho reprodutor, de embriões fertilizados *in vitro*, com o objetivo de gerar uma criança para os usuários.

Art. 2º A utilização da RA só será permitida, na forma autorizada pelo Poder Público e conforme o disposto nesta Lei, para auxiliar na resolução dos casos de infertilidade e para a prevenção e tratamento de doenças genéticas ou hereditárias, e desde que:

I - tenha sido devidamente constatada a existência de infertilidade irreversível ou, caso se trate de infertilidade inexplicada, tenha sido obedecido prazo mínimo de espera, na forma estabelecida em regulamento;

II - os demais tratamentos possíveis tenham sido ineficazes ou ineficientes para solucionar a situação de infertilidade;

III - a infertilidade não decorra da passagem da idade reprodutiva;

IV - a receptora da técnica seja uma mulher capaz, nos termos da lei, que tenha solicitado ou autorizado o tratamento de maneira livre e consciente, em documento de consentimento informado a ser elaborado conforme o disposto no art. 3º;

V - exista probabilidade efetiva de sucesso e não se incorra em risco grave de saúde para a mulher receptora ou a criança;

VI - no caso de prevenção e tratamento de doenças genéticas ou hereditárias, haja indicação precisa com suficientes garantias de diagnóstico e terapêutica.

SEÇÃO II

DO CONSENTIMENTO INFORMADO

Art. 3º O consentimento informado será obrigatório e extensivo aos cônjuges e companheiros em união estável, em documento redigido em formulário especial, no qual os usuários manifestem, pela aposição de suas assinaturas, terem dado seu consentimento para a realização das técnicas de RA e terem sido esclarecidos sobre o seguinte:

I - os aspectos técnicos e as implicações médicas das diferentes fases das técnicas de RA disponíveis, bem como os custos envolvidos em cada uma delas;

II - os dados estatísticos sobre a efetividade das técnicas de RA nas diferentes situações, incluídos aqueles específicos do estabelecimento e do profissional envolvido, comparados com os números relativos aos casos em que não se recorreu à RA;

III - a possibilidade e probabilidade de incidência de acidentes, danos ou efeitos indesejados para as mulheres e para as crianças;

IV - as implicações jurídicas da utilização da RA, inclusive quanto à paternidade da criança;

V - todas as informações concernentes à licença de atuação dos profissionais e estabelecimentos envolvidos;

VI - demais informações definidas em regulamento.

§ 1º O consentimento mencionado neste artigo, a ser efetivado conforme as normas regulamentadoras que irão especificar as informações mínimas a serem transmitidas, será extensivo aos doadores e seus cônjuges ou companheiros em união estável.

§ 2º No caso do parágrafo anterior, as informações mencionadas devem incluir todas as implicações decorrentes do ato de doar, inclusive a possibilidade de a identificação do doador vir a ser conhecida pela criança e, em alguns casos, de o doador vir a ser obrigado a reconhecer a filiação dessa criança, em virtude do disposto no art. 12.

§ 3º O consentimento deverá refletir a livre manifestação da vontade dos envolvidos, vedada qualquer coação física ou psíquica, e o documento originado deverá explicitar:

I - a técnica e os procedimentos autorizados pelos usuários;

II - o destino a ser dado, no caso de divórcio ou separação do casal, aos embriões excedentes que vierem a ser preservados na forma do §4º do art. 9º;

III - as circunstâncias em que os doadores autorizam ou desautorizam a utilização de seus gametas e embriões.

§ 4º No caso de utilização da RA para a prevenção e tratamento de doenças genéticas ou hereditárias, o documento deve conter a indicação precisa da doença e as garantias de diagnóstico e terapêutica, além de mostrar claramente o consentimento dos receptores para as intervenções a serem efetivadas sobre os gametas ou embriões.

§ 5º O consentimento só será válido para atos lícitos e não exonerará os envolvidos em práticas culposas ou dolosas que infrinjam os limites estabelecidos nesta Lei e em seus regulamentos.

SEÇÃO III

DOS ESTABELECIMENTOS E PROFISSIONAIS

Art. 4º Cabe a clínicas, centros, serviços e demais estabelecimentos que aplicam a RA a responsabilidade sobre:

I - o recebimento de doações, a coleta, o manuseio, o controle de doenças infecto-contagiosas, a conservação, a distribuição e a transferência do material biológico humano utilizado na RA, vedando-se a transferência a fresco de material doado;

II - o registro de todas as informações relativas aos doadores desse material e aos casos em que foi utilizada a RA, pelo prazo de vinte e cinco anos após o emprego das técnicas em cada caso;

III - a obtenção do consentimento informado dos usuários de RA, doadores e respectivos cônjuges ou companheiros em união estável, na forma definida no artigo anterior.

Parágrafo único. As normas para o cumprimento do disposto neste artigo serão definidas em regulamento.

Art. 5º Para obter sua licença de funcionamento, clínicas, centros, serviços e demais estabelecimentos que aplicam RA devem cumprir os seguintes requisitos mínimos:

I - funcionar sob a direção de um profissional médico, devidamente licenciado para realizar a RA, que se responsabilizará por todos os procedimentos médicos e laboratoriais executados;

II - dispor de recursos humanos, técnicos e materiais condizentes com as necessidades científicas para realizar a RA;

III - dispor de registro permanente de todos os casos em que tenha sido empregada a RA, ocorra ou não gravidez, pelo prazo de vinte e cinco anos;

IV - dispor de registro permanente dos doadores e das provas diagnósticas realizadas no material biológico a ser utilizado na RA com a finalidade de evitar a transmissão de doenças e manter esse registro pelo prazo de vinte e cinco anos após o emprego do material.

§ 1º A licença mencionada no *caput*, obrigatória para todos os estabelecimentos e profissionais médicos que pratiquem a RA, será válida por dois anos e renovável ao término de cada período, podendo ser revogada em virtude do descumprimento de qualquer disposição desta Lei ou de seus regulamentos.

§ 2º O profissional mencionado no inciso I não poderá estar respondendo, na Justiça ou no órgão de regulamentação profissional da categoria, a processos éticos, civis ou penais relacionados ao emprego de RA.

§ 3º O registro citado no inciso III deverá conter, em prontuários, elaborados inclusive para a criança, e em formulários específicos, a identificação dos usuários e doadores, as técnicas utilizadas, os procedimentos laboratoriais de manipulação de gametas e embriões, a ocorrência ou não de gravidez, o desenvolvimento das gestações, os nascimentos, as mal-formações de fetos ou recém-nascidos e outros dados definidos em regulamento.

§ 4º Em relação aos doadores, o registro citado no inciso IV deverá conter, em prontuários individuais, a identidade civil, os dados clínicos de caráter geral, uma foto acompanhada das características fenotípicas e uma amostra de material celular.

§ 5º As normas para o cumprimento deste artigo serão definidas em regulamento.

SEÇÃO IV

DAS DOAÇÕES

Art. 6º Será permitida a doação de gametas e embriões, sob a responsabilidade dos estabelecimentos que praticam a RA, vedada à remuneração dos doadores e a cobrança por esse material, a qualquer título.

§ 1º Os estabelecimentos que praticam a RA estarão obrigados a zelar pelo sigilo da doação, impedindo que doadores e usuários venham a conhecer reciprocamente suas identidades, e pelo sigilo absoluto das informações sobre a criança nascida a partir de material doado.

§ 2º Apenas a criança terá acesso, diretamente ou por meio de um representante legal, a todas as informações sobre o processo que a gerou, inclusive à identidade civil do doador, nos casos autorizados nesta Lei, obrigando-se o estabelecimento responsável pelo emprego da RA a fornecer as informações solicitadas.

§ 3º Quando razões médicas indicarem ser de interesse da criança obter informações genéticas necessárias para sua vida ou sua saúde, as informações relativas ao doador deverão ser fornecidas exclusivamente para o médico solicitante.

§ 4º No caso autorizado no parágrafo anterior, resguardar-se-á a identidade civil do doador, mesmo que o médico venha a entrevistá-lo para obter maiores informações sobre sua saúde.

§ 5º A escolha dos doadores será responsabilidade do estabelecimento que pratica a RA e deverá garantir, tanto quanto possível, semelhança fenotípica e compatibilidade imunológica entre doador e receptor.

§ 6º Com base no registro de gestações, o estabelecimento que pratica a RA deverá evitar que um mesmo doador venha a produzir mais de duas gestações de sexos diferentes numa área de um milhão de habitantes.

§ 7º Não poderão ser doadores os dirigentes, funcionários e membros de equipe do estabelecimento que pratica a RA ou seus parentes até quarto grau.

Art. 7º Fica permitida a gestação de substituição em sua modalidade não remunerada conhecida como doação temporária do útero, nos casos em que exista um problema médico que impeça ou contra-indique a gestação na usuária e desde que haja parentesco até o segundo grau entre ela e a mãe substituta ou doadora temporária do útero.

Parágrafo único. A gestação de substituição não poderá ter caráter lucrativo ou comercial, ficando vedada sua modalidade remunerada conhecida como útero ou barriga de aluguel.

SEÇÃO V

DOS GAMETAS E EMBRIÕES

Art. 8º Na execução de técnica de RA, poderão ser transferidos no máximo quatro embriões a cada ciclo reprodutivo da mulher receptora.

Art. 9º Os estabelecimentos que praticam a RA ficam autorizados a preservar gametas e embriões humanos, doados ou depositados apenas para armazenamento, pelos métodos permitidos em regulamento.

§ 1º Não se aplicam aos embriões originados *in vitro*, antes de sua introdução no aparelho reprodutor da mulher receptora, os direitos assegurados ao nascituro na forma da lei.

§ 2º O tempo máximo de preservação de gametas e embriões será definido em regulamento.

§ 4º O número total de embriões produzidos em laboratório durante a fecundação *in vitro* será comunicado aos usuários para que se decida quantos embriões serão transferidos a fresco, devendo o restante ser preservado, salvo disposição em contrário dos próprios usuários, que poderão optar pelo descarte, a doação para terceiros ou a doação para pesquisa.

§ 5º Os gametas e embriões depositados apenas para armazenamento só poderão ser entregues ao indivíduo ou casal depositante, sendo que, neste último caso, conjuntamente aos dois membros do casal que autorizou seu armazenamento.

§ 4º É obrigatório o descarte de gametas e embriões:

I - doados há mais de dois anos;

II - sempre que for solicitado pelos doadores;

III - sempre que estiver determinado no documento de consentimento informado;

IV - nos casos conhecidos de falecimento de doadores ou depositantes;

V - no caso de falecimento de pelo menos uma das pessoas que originaram embriões preservados.

Art. 10. Ressalvados os casos de material doado para pesquisa, a intervenção sobre gametas ou embriões *in vitro* só será permitida com a finalidade de avaliar sua viabilidade ou detectar doenças hereditárias, no caso de ser feita com fins diagnósticos, ou de tratar uma doença ou impedir sua transmissão, no caso de ser feita com fins terapêuticos.

§ 1º A pré-seleção sexual de gametas ou embriões só poderá ocorrer nos casos em que os usuários recorram à RA em virtude de apresentarem hereditariedade para gerar crianças portadoras de doenças ligadas ao sexo.

§ 2º As intervenções autorizadas no *caput* e no parágrafo anterior só poderão ocorrer se houver garantias reais de sucesso.

§ 3º O tempo máximo de desenvolvimento de embriões *in vitro* será definido em regulamento.

SEÇÃO VI

DA FILIAÇÃO DA CRIANÇA

Art. 11. A criança terá assegurados todos os direitos garantidos aos filhos na forma da lei.

Parágrafo único. Ressalvados os casos especificados nos §§ 2º e 3º do art. 12, os pais da criança serão os usuários.

Art. 12. A criança nascida a partir de gameta ou embrião doado ou por meio de gestação de substituição terá assegurado, se assim o desejar, o direito de conhecer a identidade do doador ou da mãe substituta, no momento em que completar sua maioridade jurídica ou, a qualquer tempo, no caso de falecimento de ambos os pais.

§ 1º A prerrogativa garantida no *caput* poderá ser exercida, desde o nascimento, em nome de criança que não possua em seu registro civil o reconhecimento de filiação relativa à pessoa do mesmo sexo do doador ou da mãe substituta, situação em que ficará resguardado à criança, ao doador e à mãe substituta o direito de obter esse reconhecimento na forma da lei.

§ 2º No caso em que tenha sido utilizado gameta proveniente de indivíduo falecido antes da fecundação, a criança não terá reconhecido a filiação relativa ao falecido.

§ 3º No caso de disputa judicial sobre a filiação da criança, será atribuída a maternidade à mulher que deu à luz a criança, exceto quando esta tiver recorrido à RA por ter ultrapassado a idade reprodutiva, caso em que a maternidade será outorgada à doadora do óvulo.

§ 4º Ressalvado o disposto nos §§ 1º e 3º, não se aplica ao doador qualquer direito assegurado aos pais na forma da lei.

SEÇÃO VII

DOS CRIMES

Art. 13. É crime:

I - praticar a RA sem estar previamente licenciado para a atividade;

Pena: detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

II - praticar RA sem obter o consentimento informado dos receptores e dos doadores na forma determinada nesta Lei, bem como fazê-lo em desacordo com os termos constantes do documento de consentimento assinado por eles;

Pena: detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

III - envolver-se na prática de útero ou barriga de aluguel, na condição de usuário, intermediário, receptor ou executor da técnica;

Pena: detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

IV - fornecer gametas ou embriões depositados apenas para armazenamento a qualquer pessoa que não seja o próprio depositante, bem como empregar esses gametas e embriões sem a autorização deste;

Pena: detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

V - intervir sobre gametas ou embriões *in vitro* com finalidade diferente das permitidas nesta Lei;

Pena: detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

VI - deixar de manter as informações exigidas nesta Lei, na forma especificada, ou recusar-se a fornecê-las nas situações previstas;

Pena: detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

VII - utilizar gametas ou embriões de doadores ou depositantes sabidamente falecidos;

Pena: detenção, de dois a seis meses, ou multa.

VIII - implantar mais de quatro embriões na mulher receptora;

Pena: detenção, de dois a seis meses, ou multa.

IX - realizar a pré-seleção sexual de gametas ou embriões, ressalvado o disposto nesta Lei;

Pena: detenção, de dois a seis meses, ou multa.

X - conservar gametas ou embriões doados por período superior a dois anos ou utilizar essas gametas e embriões;

Pena: detenção, de dois a seis meses, ou multa.

§ 1º No caso de gametas ou embriões depositados por casal, incide no crime definido no inciso IV a pessoa que os fornecer a um dos membros do casal isoladamente.

§ 2º A prática de qualquer uma das condutas arroladas neste artigo acarretará a perda da licença do estabelecimento de reprodução assistida e do profissional responsável, sem prejuízo das demais sanções legais cabíveis.

SEÇÃO VIII

DAS DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 14 O Poder Público editará os regulamentos necessários à efetividade da Lei, inclusive as normas especificadoras dos requisitos para a execução de cada técnica de RA, concederá a licença aos estabelecimentos e profissionais que praticam a RA e fiscalizará a atuação de ambos.

Art. 15 Esta Lei entrará em vigor cento e oitenta dias após sua publicação.

GLOSSÁRIO

Abdômen - parte do corpo do homem e de outros animais vertebrados, situada entre o tórax e a bacia, e cuja cavidade, revestida pelo peritônio, está separada do tórax pelo diafragma. Contém numerosos órgãos (digestivos, urinários, etc.); ventre.

Azoospermia - ausência de espermatozóides ativos no sêmen ejaculado.

Azoospermia secretória ou secretória primitiva ou secundária sem solução terapêutica - uma oligoastenoteratospermia severa (redução do número de espermatozóides, da taxa de formas móveis e normais com impossibilidade ou fracasso de outras técnicas de procriação artificial); uma anomalia na ejaculação (ausência de ejaculação) primitiva ou secundária sem solução terapêutica; ou uma anomalia genética transmissível grave podendo provocar uma patologia severa para a criança.

Cânula - tubo de plástico, borracha ou metal, de calibre variável, com formas e objetivos diversos, aberto em ambas as extremidades, destinado a ser introduzido no corpo.

Cavidade peritoneal - cavidade da membrana serosa que reveste, internamente, as cavidades abdominal e pélvica (peritônio parietal) e, externamente, as vísceras contidas nessas cavidades (peritônio visceral).

Colo - seção inferior do útero que sai da vagina, através do qual passa o espermatozóide para chegar ao útero.

Concepção - fecundação de um óvulo pelo espermatozóide de um homem.

Contracepção - anticoncepção. Infecundidade resultante de uso de anticoncepcionais.

Cópula vaginal - o ato sexual; coito.

Cosmetologia - estudo dos cosméticos (composição, fabricação e modo de usar).

Criopreservação - método para preservação ou conservação de pré-embriões e espermatozóides, mantendo-os em baixa temperatura (-196°C). As células são protegidas dos danos causados pelo congelamento e posterior aquecimento, por substâncias chamadas crioprotetores. O congelamento de sêmen é preferencialmente manual, e o de pré-embriões, por congeladores computadorizados.

Embrião - fase em que o produto de concepção já está implantado no útero após a formação da notocorda.

Endometriose - condição patológica em que são encontrados focos múltiplos de endométrio (a mucosa que reveste a cavidade uterina) ectópico, sem caráter neoplástico. Esses focos sofrem as mesmas modificações cíclicas (congestão, hemorragia) que o endométrio tópico

Esperma - líquido fecundante, constituído por espermatozóides e por plasma seminal, e produzido pelos órgãos genitais dos animais machos.

Espermatozóide - células reprodutoras masculinas.

Esterilidade conjugal - é a capacidade de um dos dois cônjuges, por causas funcionais ou orgânicas, fecundarem por um período conjuga de, no mínimo, dois anos, sem o uso de meios contraceptivos eficazes e com a vida sexual normal.

Fecundação - penetração do espermatozóide no óvulo e a união de materiais genéticos para conseguir desenvolver um embrião.

Fertilização - ato ou efeito de fertilizar(-se).

Gameta - células reprodutoras masculina (esperma) e feminina (óvulo).

Hipofertilidade - posição inferior, escassez. Fertilidade insuficiente, precária deficiente.

Infertilidade - a incapacidade, quer por causas funcionais ou orgânicas atuando no fenômeno da fecundação, de produzir descendência.

Implantação - incrustação do óvulo fecundado no revestimento interno do útero (endométrio).

Métodos conceptivos - métodos de concepção.

Nidação - é a fixação do óvulo embrionário no endométrio (mucosa uterina), onde passará a se desenvolver a gestação.

Notocorda - estrutura celular em forma de bastão, e que dá origem ao eixo primitivo do embrião.

Oligozoospermia - escassez de espermatozóides no sêmen.

Oócito - célula precursora de óvulo.

Ovários - glândulas sexuais da mulher que produzem os hormônios, estrógeno e progesterona, os quais desenvolvem os óvulos. Há dois ovários.

Óvulo - célula sexual feminina, formada em ovário; gameta feminino, macrogameta.

Ovulação - expulsão de um óvulo maduro, muitas vezes na metade do ciclo menstrual.

Pré-embrião - fase do produto de concepção em que já ocorrem divisões celulares até a implantação uterina, antes da formação da notocorda.

Sêmen - vide esperma.

Trompa de Falópio - cada um de dois canais que se estendem de cada lado do útero ao ovário homolateral.

Tuba uterina - vide trompa de falópio.

Útero - órgão muscular oco na mulher, que sustenta e alimenta o feto até o momento de nascer.

Vagina - abertura muscular na mulher que se estende da vulva até o colo do útero.

Vulva - genitália externa da mulher.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BERLINGUER, Giovane; GARRAFA, Volnei; AUGUSTO, Isabel Regina. O mercado Humano: estudo bioético da compra e venda de partes do Corpo. Brasília: Universidade de Brasília, 1996.

BOEIRA, José Bernardo Ramos. Investigação de Paternidade: Posse de Estado de Filho – paternidade sócioafetiva. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

COSTA, Sérgio I. F; GARRAFA, Volnei; OSELKA, Gabriel. Iniciação a Bioética. Brasília: CFM, 1998.

DINIZ, Maria Helena. O Estado atual do Biodireito. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. Curso de Direito Civil Brasileiro - Direito de Família. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2000, Vol 5.

_____. Curso de Direito Civil Brasileiro - Responsabilidade Civil. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 1998, Vol 7.

FERRAZ, Sérgio. Manipulações Biológicas e Princípios Constitucionais: uma introdução. Porto Alegre: Fabris, 1991.

FRANÇA, R. Limongi. Do Nome Civil das Pessoas Naturais. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964.

FROSINI, Vittorio. Derechos Humanos y Bioética. Santa Fé de Bogotá-Colômbia: Temis S.A., 1997.

FUJITA, Jorge Shiguemitsu. Curso de Direito Civil: Direito de Família. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

GOMES, Orlando. Direito de Família. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

JÚNIOR, Aluíso Santiago Campos. Direito de Família: Aspectos Didáticos. Belo Horizonte: Inédita, 1998.

LEITE, Eduardo de Oliveira. Procriações Artificiais e o Direito de Família: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1995.

_____. Temas de Direito de Família. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1994.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. A Vida Humana Embrionária e sua Proteção Jurídica. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MILHOMENS, Jônatas; ALVES, Geraldo Magela. Manual Prático de Direito de Família. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

OLIVEIRA, Débora Ciocci Alvarez de; JUNIOR, Edson Borges. Reprodução Assistida: Até onde podemos chegar? Compreendendo a ética e a lei. São Paulo: Gaia, 2000.

OLIVEIRA, Fátima. Bioética: uma face da cidadania. São Paulo: Moderna, 1997.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Reconhecimento de Paternidade e seus Efeitos. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. Fundamentos da Bioética. São Paulo: Paulus, 1996.

RIZZARDO, Arnaldo. Direito de Família. Rio de Janeiro: Aide, 1994, Vol I.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil: Parte Geral. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 1994, Vol 1.

_____. Direito Civil: Direito de Família. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 1998, Vol 6.

_____. Direito Civil: Direito das Sucessões. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 1999, Vol 7.

SEGRE, Marco; COHEN, Cláudio. Bioética. 2 ed. São Paulo: Edusp, 1999.

SEMIÃO, Sérgio Abdalla. Os Direitos do Nascituro: aspectos cíveis, criminais e do biodireito. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

SILVA, Paula Martinho da. A Procriação Artificial. Aspectos Jurídicos. Moraes, 1986.

SIQUEIRA, José Eduardo de; PROTA, Leonardo; ZANCARO, Lourenço (org). Bioética: estudos e reflexões. Londrina: UEL, 2000.

WALD, Arnoldo. O Novo Direito de Família. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.