

**FACULDADES INTEGRADAS “ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

**FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE**

**ASPECTOS ÉTICOS–JURÍDICOS NO DIREITO DE FILIAÇÃO  
PRODUZIDOS NA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA**

Fernanda Avellaneda Silva

Presidente Prudente/SP

2004

**FACULDADES INTEGRADAS “ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

**FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE**

**ASPECTOS ÉTICOS–JURÍDICOS NO DIREITO DE FILIAÇÃO  
PRODUZIDOS NA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA**

Fernanda Avellaneda Silva

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

Presidente Prudente/SP

2004

# **ASPECTOS ÉTICOS–JURÍDICOS NO DIREITO DE FILIAÇÃO PRODUZIDOS NA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA**

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

Vera Lúcia Toledo Pereira de Góis Campos  
Orientadora

Pedro Anderson da Silva  
Examinador

Márcia Regina Sonvenso Ambrosio  
Examinadora

Presidente Prudente, 1 de dezembro de 2004.

*O artífice, o médico e o advogado têm missões diferentes, mas a honra de todos impõe-lhes que as cumpram dignamente, que lhes consagrem todas as suas energias. O esquecimento dos seus deveres é uma vergonha. Ao artífice capaz repugna entregar uma obra mal acabada, precisamente com o médico e o advogado conscienciosos põem a sua honra em não abandonar os respectivos clientes. Para julgar um homem, para determinar seu valor social, o mundo considera em primeiro lugar o modo como ele exerce a sua profissão.*

Rudolf von Jhering

*Este trabalho é dedicado aos meus pais Maurício e Mariângela que, com muito esforço, me deram a oportunidade de estudar e de hoje realizar o meu sonho de estar me formando.*

## AGRADECIMENTOS

*Agradeço em primeiro lugar a Deus que é pai e realizador de todas as coisas, sendo que foi Ele que, com a sua graça, me auxiliou e colocou em meu caminho todas as pessoas às quais devo minha vida e minhas realizações, e principalmente por ter me dado a coragem e a firmeza de concluir este curso.*

*Aos meus pais, pela dedicação, carinho e amor. Reconheço que muitas vezes eles abdicaram seus próprios sonhos em prol dos meus, a eles meus eternos e sinceros agradecimentos. Amo muito vocês.*

*Aos meus irmãos Carlos Gustavo e Débora pelo carinho e amizade, e principalmente obrigada por todas as vezes que me incentivaram, acreditando em meu potencial.*

*Ainda, com muito carinho, agradeço ao meu namorado Rodrigo por ser um dos meus maiores incentivadores, e por sempre estar ao meu lado me apoiando em tudo que eu faço.*

*Rendo meus agradecimentos aos meus avós Francisco, Doracy, Joana e em especial ao meu avô já falecido Lauro, obrigada por todo o carinho e orientação que me deram durante a minha vida.*

*Ao meu amigo e segundo pai Tio Ailton, que sempre me apoiou e me ajudou muito.*

*Com muita satisfação agradeço a minha orientadora Vera Lúcia, que com o seu admirável saber jurídico, disciplina e acima de tudo alto astral acreditou neste meu trabalho.*

*A minha examinadora Dra. Márcia Regina Sonvenso Ambrosio pelo exemplo de profissionalismo e dedicação, à você minha eterna gratidão. Ao Dr. Pedro Anderson, que dispôs de seu tempo precioso para examinar meu trabalho, meus agradecimentos*

*Ao final agradeço a todos os meus amigos, em especial a minha turma 5°C, pelos melhores momentos da minha vida que vocês me proporcionaram. Nunca os esquecerei, todos ficarão presentes em minha memória e no meu coração.*

*Enfim, por todos aqueles que de uma forma ou de outra fazem parte da minha vida e me apoiam em todos os momentos.*

## RESUMO

Esta monografia cuida especialmente da filiação decorrente das técnicas de reprodução humana assistida, na qual a autora, principalmente mediante o método dedutivo consubstanciado em pesquisa bibliográfica, busca demonstrar a necessidade de uma legislação capaz de acompanhar os avanços da biotecnologia.

Com o advento das novas técnicas de reprodução humana assistida, tem sido cada vez maior a procura por técnicas artificiais, pois através destas surge um novo caminho para as pessoas que têm alguma dificuldade em reproduzir-se naturalmente. Devido ao surgimento dessas novas técnicas, começam a culminar problemas de difícil solução, visto que o atual ordenamento jurídico é bastante incipiente em relação ao tema.

É destacada a importância do direito comparado, da Bioética e seus princípios na solução de questões que envolvem a utilização das técnicas de reprodução assistida.

Analisa, ainda que de forma sucinta, os tipos de técnicas de reprodução assistida frente ao direito de filiação, em especial à filiação trazida pelo novo Código Civil (Lei nº 10.406/02) e destaca, a visão da Igreja com relação ao tema, levantando algumas questões polêmicas como o descarte de embriões excedentes.

Não é pretensão do presente trabalho abordar todos os problemas que essas novas técnicas trazem, devido à vasta extensão do tema, mas sim aqueles mais relevantes sobre o efeito que essas técnicas produzem no direito de filiação, quais sejam: a quebra do anonimato do doador de gametas; o direito do filho reconhecer o pai biológico em uma inseminação heteróloga e o direito da mãe prestadora do útero de reconhecer a criança, entre outros.

**PALAVRAS-CHAVES:** Reprodução Humana Assistida - Paternidade - Maternidade - Filiação.

## **ABSTRACT**

This monograph deals specially with the relationship originated from the techniques of assisted human reproduction, in which the author, mainly through the deductive method consubstantiated in bibliographical research, tries to demonstrate the necessity of legislation capable of keeping up with the advances of biotechnology.

With the arising of new techniques in assisted human reproduction, it has been greater and greater the search for artificial techniques, because through them there's a new path for people having some difficulty in procreating naturally. Due to the coming forth of these new techniques, problems of difficult solution start coming up, since the current juridical system is quite incipient in relation to the topic.

It is highlighted the importance of foreign law, the Bioethics and its principles in the solution of matters that involve the use of the techniques of assisted reproduction.

It is analyzed, even though briefly, the kinds of techniques of assisted reproduction facing the right of filiation, specially the filiation brought by the new Civil Code (Código Civil, Lei nº 10.406/02) and highlights the Church point of view in relation to the theme raising some polemic issues, such as disposal of extra embryos.

It is not the aspiration of the present paper to approach all the problems brought up by these new techniques, due to the wide extension of the theme, but the most relevant about the effect these techniques produce in the right to filiation, which are: break of anonymity of the donor of gametes; the right of the child not acknowledge the biological father in a heterologous insemination and the right of the mother ceding the uterus of acknowledging the child, among others.

**KEY WORDS:** Assisted Human Reproduction - Fatherhood - Motherhood - Filiation.



# SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	11
<b>1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA</b> .....	13
<b>2. A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA</b> .....	16
2.1 Conceitos .....	16
2.2 Principais Métodos .....	19
2.2.1 Inseminação Artificial .....	19
2.2.2 Inseminação Artificial Homóloga .....	21
2.2.3 Inseminação Artificial Heteróloga .....	22
2.2.4 Fertilização “ <i>in vitro</i> ” .....	23
2.2.5 Fecundação <i>Post Mortem</i> .....	25
2.2.6 Doação de Óvulos .....	26
2.2.7 Doação de Espermas .....	27
2.2.8 As Mães de Substituição .....	28
2.2.9 Clonagem Humana .....	30
<b>3. A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA NO DIREITO COMPARADO</b> ....	32
3.1 Introdução .....	32
3.2 Estados Unidos .....	33
3.3 Suécia .....	34
3.4 Espanha .....	34
3.5 Alemanha .....	35
3.6 França .....	36
3.7 No Direito Brasileiro .....	36
<b>4. CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA</b> .....	38
4.1 Introdução .....	38
4.2 A Maternidade .....	42
4.3 A Paternidade .....	43
4.4 A Investigação de Paternidade na Reprodução Humana Assistida .....	46

<b>5. DOS EMBRIÕES EXCEDENTES</b> .....	49
5.1 Das Teorias.....	50
5.2 Destruição dos Embriões .....	52
5.3 Doação.....	53
5.4 Utilização em Pesquisa.....	53
5.5 Comercialização de Embriões .....	54
<b>6. VISÃO ÉTICA NA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA</b> .....	55
6.1 Aspectos Bioéticos.....	55
6.2 Posição da Religião .....	61
<b>7. A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO</b> .....	66
7.1 Constituição Federal .....	66
7.2 Código Civil.....	67
7.3 Código Penal .....	69
7.4 Projetos de Lei .....	72
<b>8. FILIAÇÃO BIOLÓGICA X FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA</b> .....	76
<b>CONCLUSÃO</b> .....	79
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	81

## **ANEXOS**

ANEXO A – Inseminação Intra-Uterina

ANEXO B – Cariótipo Fetal

ANEXO C – Fertilização *In Vitro*

ANEXO D – Óvulo e Espermatozóide

ANEXO E – Norma do Conselho Federal de Medicina

ANEXO F – Projeto de Lei nº 3.638/93

ANEXO G – Projeto de Lei nº 2.855/97

ANEXO H – Projeto de Lei nº 90/99

## SIGLAS

CFM - Conselho Federal de Medicina

CLO - Clonagem

EMBex – Embriões Excedentes

FIV – Fertilização *In Vitro*

FIVh – Fertilização *In Vitro* Homóloga

FIVhe – Fertilização *In Vitro* Heteróloga

IA – Inseminação Artificial

IAh – Inseminação Artificial Homóloga

IAhe – Inseminação Artificial Heteróloga

NTRc – Novas Tecnologias Reprodutivas

PL – Projeto de Lei

PMA – Procriação Medicamente Assistida

RHA – Reprodução Humana Assistida



## INTRODUÇÃO

O direito, em razão de advir de uma realidade social, é uma ciência que se transforma constantemente, mas não caminha na mesma velocidade que a ciência biotecnológica.

Da mesma maneira, não há em nosso ordenamento jurídico legislação capaz de acompanhar a velocidade dos avanços científicos da reprodução humana assistida; dessa forma, várias questões referentes à utilização das técnicas de reprodução assistida encontram-se sem respostas.

É inegável a idéia de que há um descompasso muito grande entre as ciências genéticas e a legislação, uma vez que, com o advento da reprodução artificial, houve uma mudança expressiva no direito de filiação.

Não existe lei específica que regule a reprodução humana assistida, apenas a Resolução nº 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina, disciplina a reprodução. No entanto, tal resolução não é capaz, por si só, de dirimir todos os conflitos existentes sobre o tema.

Além disso, a referida resolução trata apenas de aspectos éticos da classe médica em relação à reprodução assistida, não podendo ser utilizada como norma geral, visto ser bastante limitada e acima de tudo de não ter força cogente.

O novo Códex cuida de forma sucinta da reprodução humana assistida. Pode-se dizer que o código apenas faz referência quanto à existência da reprodução assistida, mas o deixa de cuidar de muitos outros assuntos polêmicos, como por exemplo a clonagem e a mãe por substituição.

O artigo 1597 do Código Civil estabelece a presunção da paternidade, mas não esclarece quanto à possibilidade do doador de sêmen, em uma fecundação heteróloga, reconhecer como seu filho a criança gerada. Ou ainda: o pai legal, que consentiu na inseminação heteróloga, poderia intentar ação negatória de paternidade em face da incompatibilidade genética?

Diante da inércia do legislador, algumas questões são suscitadas sem no entanto, terem amparo legal.

O tema proposto é instigante e interessante, mas muito polêmico, uma vez que mexe com os conceitos e princípios considerados até então absolutos.

O princípio da dignidade da pessoa humana consagrado na Magna Carta de 1988, deve sempre nortear uma decisão; o mesmo se dá com o princípio do melhor interesse da criança.

É inegável, também, que o tema “reprodução assistida” tornou-se popular com o nascimento da ovelha Dolly e, posteriormente, com a exibição da novela “O Clone”, de autoria de Glória Perez, exibida em horário nobre pela Rede Globo. O tema ganhou repercussão mundial ao tratar da reprodução assistida, dos avanços da genética, em especial da clonagem, demonstrando principalmente a perplexidade da sociedade face à tal inovação.

Desse modo, com a popularização do tema, várias questões são levantadas, fazendo com que o legislador saia da inércia e proponha nova legislação sobre o assunto, uma vez que apenas o Código Civil e a Resolução do Conselho Federal de Medicina são escassos para nortear e amparar todas as questões que poderão vir a surgir.

Com relação a esta monografia, o principal enfoque é a filiação frente à reprodução assistida, posto que com os avanços dessas técnicas houve uma grande mudança no que se refere ao direito de filiação, e até agora inexistente norma que regulamente esse direito frente ao avanço tecnológico.

## 1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA

As primeiras experiências de reprodução artificial na área não científica ocorreram nas civilizações babilônicas e árabes, que polinizavam palmeiras com o objetivo de produzir melhores frutos.

No século XIV, precisamente no ano de 1332, teria sido obtida a fecundação de uma égua com interferência humana, sendo relatado que a técnica era utilizada como artifício de guerra, seja pela inseminação da égua dos inimigos com o sêmen de cavalos velhos ou doentes, seja por furto do sêmen dos bons cavalos dos adversários.

Já no século XVIII, L. Jacobi fez tentativas com inseminação artificial em peixes.

Em 1755, Lazzaro Spallanzan, biólogo italiano, iniciou a inseminação artificial em mamíferos, logrando êxito em obter uma cadela por meio dessa técnica.

Quanto à reprodução humana, as primeiras notícias históricas datam do século XV, quando a técnica teria sido utilizada em Dona Joana de Portugal, casada com Henrique IV de Castela, “O Impotente”.

Em 1799, o médico e biólogo inglês John Hunter realizou inseminação artificial em uma mulher, aplicando-lhe na vagina o esperma do marido. No ano de 1884, tem-se notícia da primeira inseminação heteróloga, que foi realizada pelo médico inglês Pancoast.

A partir desses experimentos foram descobertos outros fatos relacionados com a reprodução humana, com por exemplo, em 1910 o russo Elie Ivanof descobre a conservação do sêmen fora do organismo humano, pela técnica do resfriamento.

Nos Estados Unidos, em 1940, teriam surgidos os primeiros bancos de sêmen.

Mas, o auge da reprodução humana assistida deu-se em 1978, com o nascimento de Louise Brown, na Inglaterra. Louise foi o primeiro bebê de proveta gerado através da técnica de fertilização *in vitro*, também chamada de “bebê de proveta”.

A mesma técnica concebeu, em 7 de outubro de 1984, Ana Paula Caldeira, após a 23ª, tentativa no hospital Santa Catarina em São Paulo. Essa foi a primeira técnica utilizada no Brasil.

Em 1980, foi criado na Austrália o primeiro banco de embriões congelados. E, em 1984, nesse mesmo país, nasceu Baby Zoe, o primeiro ser humano a se desenvolver a partir da utilização de um embrião que se encontrava criopreservado.

Com o avanço da ciência, hoje inclusive é possível escolher as características físicas da criança a ser gerada.

As técnicas de reprodução humana assistida se difundiram com tanta rapidez que estatísticas apresentadas pela revista *Veja* (Maio, 2001, nº 18) apontam que já nasceram mais de 300.000 bebês de proveta, sendo 7.000 deles no Brasil. Acrescenta, ainda, que há 20.000 embriões congelados no Brasil e 250.000 nos Estados Unidos.

A referida estatística demonstra o grande papel da reprodução humana assistida em nossa sociedade. É inegável a idéia de que milhares de pessoas já nasceram por alguma técnica de reprodução humana e milhares delas ainda estão por vir.

O direito de procriar é inerente a todos os seres humanos, entretanto esse direito encontra obstáculos, não só na leis da natureza, mas também na lei civil, uma vez que não há normas que regulem a reprodução humana assistida.

Em nosso ordenamento jurídico, apenas o Código Civil menciona, de forma superficial, algumas técnicas, deixando de tratar sobre assuntos de suma importância como: a clonagem e a mãe por substituição, entre outros.

Por outro lado, há a norma editada pelo Conselho Regional de Medicina que disciplina a reprodução humana assistida; porém tal norma não tem força

cogente, sendo, portanto, incapaz de dirimir os conflitos que advém da aplicação dessas técnicas.

Cabe lembrar, ainda, que há alguns projetos de lei que tratam da reprodução humana assistida, mas até agora nenhum projeto passou do crivo do legislativo, deixando, desse modo, de entrar em vigor.

Diante das possibilidades de conflitos, o legislador não deve ficar inerte. É certo que o direito não caminha na mesma velocidade que a ciência genética; em virtude disso, se faz necessário que, na ausência de legislação própria, o julgador brasileiro utilize-se do direito comparado, dos princípios da bioética e do princípio do melhor interesse da criança.

## 2. A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

### 2.1 Conceitos

A possibilidade de gerar um filho aos casais estéreis tornou-se possível graças aos avanços da medicina. Em contrapartida, essa evolução é alvo de inúmeras críticas e controvérsias entre juristas, médicos e pacientes, uma vez que muitas vezes a paternidade biológica não coincide com a legal: a mãe que gera a criança pode não ser a mesma que doou o material genético; os pacientes não são informados de todas as causas de insucesso que poderão ocorrer durante o processo da reprodução humana.

A procriação artificial surgiu como meio legítimo de um casal estéril satisfazer o desejo de gerar um filho. Embora proibida em alguns países, a utilização da biotecnologia é uma realidade, já que se deve considerar que muitos casais vivem sua esterilidade como um defeito físico e também como causa de exclusão social, com grave ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana.

A Organização Mundial de Saúde considera infertilidade a ausência de concepção depois de um período de aproximadamente um ano de relações sexuais não protegidas, sem que disso resulte gravidez.

As causas de esterilidade, por sua vez, podem ser naturais ou adquiridas. As causas naturais referem-se em geral às má-formações congênitas, que são aquelas em que o indivíduo nasce com algum tipo de anomalia, as adquiridas são aquelas decorrentes de doenças supervenientes ou da esterilização química ou cirúrgica.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> A infertilidade é usualmente definida pelos médicos como a incapacidade de conceber após pelo menos um ano de tentativas ou então, de levar uma gestação ao termo. Normalmente, 85% dos casais alcançam uma gravidez após 1 ano e meio de tentativa, sem utilização de métodos contraceptivos. Consequentemente, 15% dos casais após esse período vão necessitar de uma assistência médica especializada. Genericamente, a mulher contribue 40% das causas de infertilidade do casal e o homem responsável por outros 40% e os 20% restantes são causas mistas. (Disponível em <http://www.gineco.com.br>. Acesso em 14/03/04)

Se a pessoa for estéril, a concepção só será possível por meio de técnicas de reprodução medicamente assistida. A reprodução humana assistida recebe outras denominações como: Procriação Assistida (RA); Novas Tecnologias Reprodutivas (NTRc) e Procriação Medicamente Assistida (PMA).

Para melhor elucidação do tema, passar-se-á agora ao conceito de Reprodução Humana Assistida com base na doutrina jurídica.

Para Maria Helena Diniz (2001, p. 452), a reprodução humana assistida pode ser conceituada como um...

*...conjunto de operações para unir artificialmente, os gametas feminino e masculino, dando origem a ser humano, poderá dar-se pelos métodos ZIFT e do GIFT.*

O conceito dado pela jurista apresenta-se extremamente técnico, posto que a autora não explica o que venha ser gameta e os métodos ZIFT e GIFT.

No entender da autora deste trabalho, conceito mais completo é dado pelas juristas Andréa Aldrovandi e Danielle G. França citadas por Eliane Cristina da Silva (*apud* MELLO, 2003, p. 244) que assim conceituam a reprodução humana assistida:

*A reprodução humana assistida é, basicamente, a intervenção do homem no processo de procriação natural, com o objetivo de possibilitar que pessoas com problema de infertilidade e esterilidade satisfaçam o desejo de alcançar a maternidade ou a paternidade.*

Essa definição de reprodução assistida sem dúvida é mais completa e de fácil compreensão, uma vez que realmente a reprodução humana assistida nada mais é do que a intervenção do homem no processo de procriação natural, independente da forma a ser utilizada.

Sob o ponto de vista médico, uma das normas que dispõe expressamente sobre a reprodução humana assistida é a resolução do Conselho Federal de Medicina (CFM nº 1.358/92), que em seu artigo 1º, seção 1, trata da reprodução humana assistida aplicada aos casos de infertilidade humana, propiciando a procriação:

*Art. 1. As técnicas de Reprodução Assistida (RA) tem o papel de auxiliar na resolução dos problemas de infertilidade humana, facilitando o processo de procriação quando outras terapêuticas tenham sido ineficazes para a solução da situação atual de infertilidade.*

Como dispõe a norma supra citada, no caso de esterilidade, serão utilizadas as técnicas de reprodução assistida quando outras terapêuticas tenham sido ineficazes. Assim, a Resolução do Conselho Federal de Medicina determina que não é em todos os casos que poderão ser utilizadas as técnicas artificiais de procriação, mas somente nos casos de insucesso das técnicas naturais.

A norma do Conselho Federal de Medicina não é uma norma eficaz para dirimir todos os conflitos existentes e as futuras lides, posto que tal resolução apenas disciplina condutas éticas a serem observadas pela classe médica.

Desse modo, se faz necessária a existência de normas que estabeleçam quais os casos em que se deve utilizar a procriação artificial; quais as pessoas que poderão utilizar esses métodos e quais formalidades devem ser respeitadas.

No ordenamento jurídico atual a procriação artificial é vista como direito de todos, reconhecido na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem que além, da igualdade e da dignidade da pessoa humana, disciplina o direito de fundar uma família, conforme disposto no artigo VI:

*Art. VI. Toda pessoa tem direito de constituir família, elemento fundamental da sociedade e a receber proteção para ela.*

Independentemente do conceito de reprodução humana, o mais importante que deve ser levado em consideração são os efeitos que estas técnicas podem causar nas relações jurídicas, nas relações entre médico e paciente e em toda a sociedade.

## 2.2 Principais Métodos

A ciência coloca à disposição do homem várias técnicas de reprodução assistida. A reprodução assistida tem 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, com supedâneo nos Princípios Gerais da Resolução n. 1358/92, do Conselho Federal de Medicina.

A autora Maria de Fátima de Sá (2002, p. 191) classifica as técnicas em seis variedades: a inseminação artificial, a fecundação artificial in vitro (FIV), transferência intratubária de gametas (GIFT), a transferência de zigotos nas trompas de falópio (ZIFT), transferência em estágio de pró-núcleo (PROST) e a mãe de substituição.

Entretanto, alguns autores, como Gláucia Savin, citada por Daniela Soares Hatem (2002, p. 191), excluem a clonagem da classificação das técnicas de reprodução artificial. Mas, no entender da autora desta monografia, tendo como parâmetro o significado da palavra reprodução, a clonagem é, sem dúvida, uma forma de reprodução por excelência.

### 2.2.1 Inseminação artificial

A palavra “inseminação” tem origem na expressão latina *inseminação*, onde terminologicamente, *in* significa “dentro” e *sêmen*, “semente”.

Na língua portuguesa, conforme o Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa (2001, p. 1623) inseminação significa:

*Inseminação 1.ant. prática supersticiosa de revolver a terra e atirar nela alguma coisa tirada de um lugar onde há doença, semeando aí uma planta, a qual, acreditava-se, teria propriedade de curar essa mesma doença 2 bio. processo pelo qual o espermatozóide entra em contato com o óvulo; fecundação, seminação 3 fisl introdução do semên no trato genital, seminação i. artificial introdução do esperma nas vias genitais femininas por meio de aparelhos, sem que haja copulação.*

A primeira inseminação artificial humana que se tem notícia foi feita na Idade Média por Arnaus Villeneuve, que inseminou a esposa de Henrique IV da Castela.

Pode-se dizer que a inseminação artificial consiste no processo pelo qual é colhido através da masturbação, material genético do homem para posteriormente ser implantado na mulher, através de aparelhos especiais, para que dentro dela ocorra a fecundação.

Maria Helena Diniz (2001, p. 455) assim conceitua inseminação artificial:

*Ter-se-á inseminação artificial quando casal não puder procriar, por haver obstáculo à ascensão dos elementos fertilizantes pelo ato sexual, como esterilidade, deficiência na ejaculação, malformação congênita, pseudo hermafroditismo, escassez de espermatozóides, obstrução do colo uterino, doença hereditária etc.*

O conceito dado pela autora é satisfatório, uma vez que ela elenca quase todas as formas em que é possível utilização da inseminação artificial.

O sêmen colhido é congelado em solução de azoto líquido e é retirada uma amostra para a análise laboratorial, onde são verificadas as características físicas e morfológicas, como a motilidade (velocidade no deslocamento), percentual de vivos, movimentos progressivos, percentual de defeitos morfológicos, entre outros. Após a análise, o sêmen pode ser implantado no útero da mulher.

A inseminação artificial pode se dar por três formas: Inseminação Artificial Intra-uterina, Inseminação Artificial Intraperitoneal ou Inseminação Artificial Intratubária (GIFT).

A inseminação intra-uterina consiste na inseminação do sêmen, por meio de uma sonda de plástico, na cavidade uterina da mulher. Após a inserção, os

espermatozoides, dirigem-se até as trompas de falópio em busca de um óvulo para fecundar (anexo A).

Já, a inseminação intraperitoneal é aquela em que é dada uma injeção de sêmen dentro da cavidade abdominal da mulher, a fim de fertilizar o óvulo.

Por último, a inseminação artificial intratubária é a que aquela em que após a estimulação química, os óvulos são recolhidos e introduzidos em um fino cateter juntamente com o material genético do doador, previamente coletado e preparado, sendo, em seguida, transferido para a trompa de falópio.

A inseminação artificial ou fecundação *in vivo* difere-se da fertilização *in vitro*, uma vez que nesta há manipulação externa do embrião, enquanto que na inseminação *in vivo* a fecundação ocorre dentro do próprio corpo da mulher<sup>2</sup>.

A técnica da inseminação artificial é indicada nos casos de hipofertilidade, problemas ocorridos no momento do ato sexual e esterilidade advinda de seqüelas de tratamentos esterelizantes.

Atualmente essa técnica é uma das mais utilizadas, por ser uma das mais simples de se aplicar.

### **2.2.2 Inseminação artificial homóloga**

A maioria da doutrina classifica a inseminação artificial de duas maneiras: inseminação artificial homóloga e inseminação artificial heteróloga.

Entende-se por inseminação artificial homóloga aquela na qual o sêmen a ser introduzido na mulher é do próprio marido ou companheiro. Essa técnica é utilizada quando a fecundação natural não é possível, devido geralmente a problemas reprodutivos de ordem física, inerentes ao homem ou à própria mulher.

---

<sup>2</sup>Na inseminação artificial a taxa de êxito varia de 12% a 18%, e preço estimado é de 1.200 a 3.000 reais. (Veja, 24 de março de 2004, p. 118)

Ressalta-se que ambos são capazes de reproduzir gametas viáveis, sendo que a inseminação é apenas um meio facilitador para obter a fecundação desejada.

Esse tipo de inseminação não traz maiores problemas, posto que o sêmen introduzido na mulher é do próprio cônjuge ou conivente. Dessa forma, a paternidade é coincidente com a maternidade.

Entretanto, cabe lembrar que esse método poderá trazer algumas implicações no meio jurídico quando o sêmen utilizado for de cônjuge já falecido ou de casal separado, em que o material genético tenha sido anteriormente congelado e posteriormente usado sem a permissão do doador. Mas, tais problemas serão analisados oportunamente.

### **2.2.3 Inseminação artificial heteróloga**

No que concerne à inseminação artificial heteróloga, o sêmen utilizado é de terceira pessoa, alheia ao relacionamento do casal, que não seja o cônjuge ou companheiro da mulher inseminada.

Ocorre geralmente esse tipo de inseminação quando o marido ou companheiro é infértil, necessitando, assim, da ajuda de uma terceira pessoa. Diversas são as causas da esterilidade masculina, que ensejariam a inseminação artificial heteróloga, mas as mais freqüentes são: ausência de espermatozoides (azoospermia), alteração na produção de espermatozoides (azoospermia secretória), dificuldade na relação sexual, pouca mobilidade dos espermatozoides e vasectomia.

Essa técnica é aconselhada nos casos de esterilidade masculina e de absoluta incompatibilidade de sangue sem etiologia aparente.

Deve-se levar em consideração se o doador é conhecido ou não, solteiro ou casado. Todo doador é submetido à avaliação genética, determinada pela

árvore genealógica, e a um exame se sangue para estudar os cromossomos (cariótipo)<sup>3</sup>. Após, é feito exame sangüíneo para descobrir se há ou não possibilidade de infecção sexualmente transmissível e, por último, é feita a análise do esperma.

Diferente da inseminação artificial homóloga, a inseminação heteróloga apresenta grandes implicações jurídicas, como a paternidade biológica não coincidente com a paternidade legal.

#### 2.2.4 Fertilização *in vitro*

A fertilização *in vitro* ou bebê de proveta teve seu primeiro relato na década de setenta, tendo resultado no nascimento, em 1978, de Louise Brown, uma menina com 2,300kg. No Brasil, a primeira criança gerada foi Ana Paula Caldera, que nasceu em 7 de outubro de 1984, no Hospital Santa Catarina em São Paulo<sup>4</sup>.

Essa técnica consiste na obtenção de gametas femininos e masculinos que são fertilizados em laboratório, sendo posteriormente os embriões transferidos diretamente para a cavidade uterina.

Gustavo Pereira Leite Ribeiro (*apud* SÁ, 2002, p. 288) comenta o procedimento da fertilização *in vitro* (vide anexo C):

*Inicia-se com a estimulação ovariana, objetivando a obtenção de um maior número de óvulos aptos a fecundação. Posteriormente, realiza-se a coleta destes óvulos através de uma punção no ovário, utilizando uma agulha guiada por ultra-sonografia. Por fim, o óvulo é preparado laboratorialmente e colocado num recipiente em meio de cultura.*

*Os espermatozóides também são colhidos, preparados e selecionados em laboratório, sendo, posteriormente, também armazenados em meio de cultura.*

---

<sup>3</sup> Cariótipo – Conjunto das características que incluem o número, a forma, o tamanho dos cromossomos e sua disposição nuclear. É específico de um indivíduo, raça, espécie, gênero ou agrupamento maior.(Eduardo de Oliveira Leite, 1994, p ). Vide anexo B.

<sup>4</sup> Desde de 1978, com o nascimento do primeiro bebê de proveta, 1,2 milhões de crianças em todo o mundo foram concebidas com a ajuda da fertilização *in vitro*. (Veja, 3 de março de 2003, p. 96)

*Finalmente, os óvulos e espermatozóides são colocados em contato num mesmo recipiente, cujo o meio de cultura reproduz artificialmente o ambiente na trompa de falópio. Neste recipiente se espera que ocorra a fusão de gametas, originando o embrião que será posteriormente transferido para o útero, na qual buscará fixar-se e desenvolver a gestação.*

Em média são transferidos, por vez, até quatro embriões para o útero, pois quanto maior o número de embriões implantados, maior a probabilidade da mulher engravidar e também vir a ter uma gestação múltipla de gêmeos, que oferece mais ricos às mães e aos bebês.

Indubitavelmente, pode-se afirmar que esse seria um dos principais efeitos adversos dessa técnica, além, é claro, da necessidade de várias intervenções médicas no sentido de colher óvulos e introduzir embriões, bem como a aplicação de vários medicamentos.

Ressalta-se que, conforme reportagem da revista Veja (3 de março de 2004, p. 96), médicos brasileiros descobriram uma forma de reduzir o índice de gravidez gamelar, sem comprometer evidentemente, o sucesso do tratamento. O método consiste em fazer uma classificação minuciosa para selecionar o melhor embrião.<sup>5</sup> Por esse método, só precisariam ser implantados dois embriões e não quatro, como se faz normalmente.

Insta salientar que a fertilização *in vitro* é um procedimento mais complexo e, conseqüentemente, possui custo financeiro mais elevado em relação à inseminação artificial.<sup>6</sup>

Semelhante à inseminação artificial, a fertilização *in vitro* é dividida em homóloga ou heteróloga.

A FIV homóloga consiste em fecundar o óvulo da mulher com o próprio sêmen do marido ou companheiro. Esse tipo de fertilização não traz maiores conseqüências ao ordenamento jurídico, posto que a paternidade biológica coincide com a legal.

---

<sup>5</sup> Os médicos do Centro de Fertilização Assistida Fertility, de São Paulo, avaliam desde a morfologia do embrião até a quantidade e a distribuição do material genético masculino e feminino. Essa seleção mais acurada, além de eliminar a necessidade de implantação de mais de dois embriões, diminui o risco de aborto espontâneo, um problema comum nesse tipo de procedimento. (Veja, 3 de março de 2004, p. 96)

<sup>6</sup> A fertilização *in vitro* custa em média de 8.000 a 12.000 reais e, as taxas de êxito variam de 25% a 40%. (Veja, 24 de março de 2004, p. 118)

Já na fertilização *in vitro* heteróloga, o material fertilizante é de terceiro, estranho ao relacionamento da casal. Tal fecundação propicia sérios problemas éticos-jurídicos e deve, sempre que possível, ser evitada.

Apenas a título de ilustração, mesmo com esse novo método desenvolvido pelos médicos brasileiros, até o presente momento, os embriões que sobraram não têm um destino certo. Porém, tal problema será abordado oportunamente.

### **2.2.5 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.

O Código Civil, em seu artigo 1.597, III estabelece que presumem-se concebidos na constância do casamento, os filhos havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido.

Diante dessa redação, é de se concluir que a fecundação *post mortem* é permitida em nosso ordenamento jurídico, desde que, anteriormente, tenha havido anuência do doador.

Assim, havendo anuência do doador para a utilização do material fertilizante após a sua morte, não há maiores problemas, uma vez que este tem liberdade sobre a destinação das partes destacadas de seu corpo.

Entretanto, esse método gera muita polêmica no que diz respeito ao congelamento do sêmen ou dos embriões e à possibilidade de utilização dos mesmos pós morte sem o consentimento do cônjuge ou companheiro.

Poderia a mulher obrigar a clínica de reprodução assistida a inseminá-la, vez que o material é de seu companheiro falecido? A criança seria filha de quem, posto que essa criança seria registrada 300 dias após o óbito do doador? Isso juridicamente seria considerado um nascimento extramatrimonial.

A autora Maria Helena Diniz (2001, p. 456) ensina 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 não preciso olvidar que o morto não exerce direitos nem 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 artificial post mortem, já que não estava gerado por ocasião da morte de seu pai genético.*

Dessa forma, mesmo com a permissão do Código Civil, a fecundação *post mortem* ainda trará problemas, uma vez que a vontade de gerar um filho, na maioria das vezes, prevalece sobre as possíveis conseqüências apontadas.

### **2.2.6 Doação de óvulos**

Graças aos avanços da ciência a infertilidade feminina pode ser resolvida pela doação de óvulos. Segundo dados médicos, cada mulher possui cerca de 400.000 (quatrocentos mil) óvulos em seus ovários, sendo que, para cada ciclo menstrual, será liberado apenas um que irá se instalar na trompa após a ovulação e posteriormente no útero. Cerca de 1 a 3% das mulheres nascem sem óvulos.

A doação de óvulos passa a ser única esperança para mulheres com problema de ovulação. Cabe lembrar que a doação de óvulos deve ser anônima, gratuita, sem nenhum interesse lucrativo, apenas com o intenção de ajudar as pessoas com problemas reprodutivos<sup>7</sup>.

Há ainda a doação chamada “sentimental”, na qual a doadora do óvulo é uma pessoa próxima da receptora, seja ela amiga ou parente. Entretanto, tal

---

<sup>7</sup> A doação de óvulos é indicada para mulheres cujos ovários têm poucos óvulos – menopausa precoce, por exemplo, ou quando há risco genético. Usa-se o óvulo da doadora anônima, que depois é implantado na futura mãe. O bebê não terá os genes da grávida. Taxa de êxito de 40% a 60%. Preço de 8.000 a 12.000 reais.(Veja, 24 de março de 2004, p. 118)

doação não é muito aconselhada, haja vista ser sempre a doadora uma pessoa certa e determinada que, posteriormente, poderia vir a reclamar a maternidade.

Os óvulos, doados por uma terceira pessoa, serão fecundados com o esperma do marido ou companheiro da mulher infértil e transferidos para o útero desta, dando-lhe condições de gerar uma criança, embora essa não venha a ter a sua carga genética.

Esse tipo de fecundação apresenta várias dificuldades, uma vez que não se encontrou solução para um eficaz congelamento dos óvulos que, após passarem por esse procedimento, são passíveis de degeneração em sua estrutura e função celular.

Uma das questões que deve ser levada em consideração é quando a receptora gera uma criança com algum tipo de anomalia proveniente do óvulo recebido. Nesse caso, poderia a genitora recusar-se a prosseguir com a gravidez? Ou ainda poderia haver a implantação de um óvulo em uma mulher de raça e cor diferentes da doadora?<sup>8</sup>

Esses e outros problemas serão enfrentados ao longo deste trabalho.

### **2.2.7 Doação de espermias**

Para que se proceda à inseminação artificial heteróloga ou fertilização *in vitro* heteróloga é necessário o sêmen de terceiro para o sucesso da reprodução assistida. Em razão disso, existem os bancos de sêmen.

O banco de sêmen consiste em um estoque de espermatozóides aptos a serem utilizados nas várias técnicas de reprodução assistida. São armazenados, tanto o material para inseminações artificiais homólogas (caso, por exemplo, de

---

<sup>8</sup> Na Inglaterra uma índia, obtendo a notícia de que aquele estabelecimento não possuía óvulos doados por mulheres de sua raça, pediu para que os médicos realizassem a fertilização utilizando-se de um óvulo proveniente de mulher branca. (Eliane Cristine da Silva, *apud* MELLO, 2002, p. 249)

maridos que serão tratados com quimio ou radioterapia ou antes de uma vasectomia), quanto para inseminações heterólogas (doação por terceiro).

Em alguns países europeus, pode-se comprar sêmen pela Internet<sup>9</sup>. No Brasil, o homem não pode vender seu sêmen, uma vez que é vedada constitucionalmente sua comercialização<sup>10</sup>.

A doação de esperma deve ser uma doação desinteressada, em que o doador abdica voluntariamente de toda e qualquer relação com a criança a ser gerada.

### **2.2.8 As mães de substituição**

Popularmente, a mãe de substituição é conhecida como “barriga de aluguel”. No entanto, tal denominação é imprópria no direito brasileiro, posto que aluguel pressupõe pagamento, e o ordenamento jurídico nacional não permite remuneração para esse caso.

Seja qual for a denominação para as mães de substituição, as inúmeras expressões sempre designam a mesma coisa, isto é: um ser que é gerado por outra mulher (receptora), que não seja sua mãe genética.

De acordo com Eduardo de Oliveira Leite (1994, p. 28), “esta técnica consiste em apelar a uma terceira pessoa para assegurar a gestação quando estado do útero não permite o desenvolvimento normal do óvulo fecundado ou quando a gravidez representa um risco para a mãe”.

---

<sup>9</sup> Sites americanos e europeus oferecem um cardápio de doadores cujas características são descritas em detalhes. Feita a escolha, o cliente fornece o número de seu cartão de crédito, efetua a compra e recebe a encomenda em casa ou na clínica onde será feita a inseminação, em qualquer parte do mundo. (Veja, 24 de setembro de 2003, p. 73)

<sup>10</sup> Art. 199, § 4º : A lei disporá sobre as condições que facilitem a remoção de órgãos, tecidos ou substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.

De uma forma mais singela, entende-se por mãe de substituição aquela que, sendo fértil, se dispõe a carregar um embrião de outrem dentro do seu útero, durante o período de gestação, em razão da infertilidade de outra mulher.

Vale lembrar que o empréstimo do útero comporta duas hipóteses diferentes:

- a) mãe portadora: é a mulher fértil que apenas “empresta” o seu útero para a reimplantação de um ou vários embriões obtidos através da fecundação *in vitro*, contendo os óvulos e os espermatozóides do casal solicitante. Logo, a mãe portadora gestará uma criança que não é seu filho genético.
- b) mãe de substituição: é a mulher fértil que, além de emprestar seu útero, cederá também seus óvulos. Assim, a mãe portadora será inseminada com o esperma do companheiro da mulher que não pode conceber. Dessa maneira, ela será, ao mesmo tempo, genitora e gestante.

A Resolução do Conselho Federal de Medicina n. 1.358/92, no capítulo sobre a gestação de substituição, informa que a gestação de substituição deve ocorrer nos casos em que exista problema médico que impeça ou contra-indique a gestação da doadora genética, e que as doadoras temporárias do útero devem pertencer à família da doadora genética, num parentesco até segundo grau.

Portanto, a gestação de substituição deve ocorrer em casos de necessidade médica e a doadora do útero deve ter laços familiares com a doadora genética.

Várias são as controvérsias em torno desse tema, uma vez que a mãe portadora pode se afeiçoar à criança que está gerando e, com isso, negar-se futuramente a entregá-la aos pais biológicos. Ou ainda, quem deve ser considerada como mãe verdadeira: a mãe que gerou ou a mãe que herdou o material genético? Ou ainda: poderá a mulher que cedeu seu ventre cobrar por isso?

No Brasil, a Resolução do Conselho Federal de Medicina veda o caráter lucrativo da gestação de substituição, mas outras questões continuam ainda sem respostas em virtude do crescimento acelerado das ciências médicas e, ao longo deste trabalho, procurar-se-á dirimi-las.

### 2.2.9 Clonagem

O presente trabalho não irá aprofundar-se nesse assunto, posto ser um assunto muito amplo e incapaz de ser discutido apenas neste tópico, mas apenas irá fazer uma ressalva quanto à importância desse tema na evolução das ciências biotecnológicas.

A clonagem tornou-se um assunto popularmente conhecido devido à clonagem que deu origem à ovelha Dolly, em 1996, após 277 tentativas. O processo da clonagem, já anteriormente utilizado em animais e plantas, passou a causar polêmica a partir do momento em que os cientistas se viram diante da possibilidade de clonarem seres humanos.

Como já foi ressaltado, alguns autores entendem ser a clonagem também uma forma de reprodução humana.

Recentemente alguns jornais anunciaram a clonagem de seres humanos, mas até o presente momento tais anúncios não passam de mera especulação, tendo em vista que não houve nada de concreto sobre o assunto.

Ressalta-se que há dois tipos de clonagem: a clonagem reprodutiva utilizada na fertilização *in vitro* para a obtenção de clones, e a não reprodutiva, realizada para fins terapêuticos com o escopo de produzir o cultivo de tecidos ou órgãos para posterior utilização em caso de doença grave ou degeneração de células.

A clonagem não reprodutiva, chamada de terapêutica poderia ser admitida desde que não fossem empregados embriões pré-implantatários.<sup>11</sup>

Maria Helena Diniz (2002, p. 444) ensina que as técnicas reprodutivas poderão ser as seguintes:

- a) Bipartição de embriões ou fissão gamelar: que consiste na imitação de um processo natural de clonagem espontâneo, que dá origem aos irmãos gêmeos

---

<sup>11</sup> A clonagem terapêutica visa a obtenção de célula-tronco, retirada de sangue fetal ou de células de paciente adulto, para tratamento de doenças (mal de Parkinson, diabetes, cirrose, mal de chagas etc.), mediante produção de tecidos e músculos. É admitida em alguns países como: Inglaterra e China (Maria Helena Diniz, 2002, p.443)

univitelinos, quando o embrião de poucas células se divide, surgindo dois zigotos, que gerarão duas pessoas geneticamente iguais,

- b) Partenogênese induzida: consiste em locar o núcleo de uma espermatogônia (célula precursora do espermatozóide), detentora de 46 cromossomos (o espermatozóide possui 23), num óvulo humano desnucleado e,
- c) Transferência de núcleo: usando uma célula-ovo ou zigoto, substituindo seu núcleo pelo de uma célula somática, tirada, em regra, de um embrião, gerando um indivíduo com caracteres genotípicos daquele que doou o núcleo; ou um óvulo não fecundado, como fez na criação de Dolly.

Seja qual for a técnica empregada para a clonagem de seres humanos, muitas discussões ético-jurídicas irão surgir, como por exemplo a legalidade da clonagem humana. O ser humano, com direito de ser geneticamente único, sendo clonado perderia a sua identidade? Quem seria responsável pelos atos do ser clonado enquanto menor?

Estas e outras questões estão sem resposta e por muito tempo permanecerão assim. Mas, é necessário que as ciências sociais caminhem na mesma velocidade que as ciências biotecnológicas afim de se evitar os danos que poderão surgir devido à clonagem de seres humanos.

Além disso, é necessário que haja uma norma de alcance mundial que determine ser a clonagem reprodutiva proibida em qualquer país do mundo, posto que o homem não pode passar-se por Deus, pois a nossa individualidade nos torna seres únicos.

### 3. A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA NO DIREITO COMPARADO

#### 3.1 Introdução

Direito comparado é a comparação dos diferentes sistemas jurídicos existentes no mundo. Neste capítulo far-se-á a comparação de diversas normas jurídicas de diferentes países acerca da reprodução humana.

Como já foi salientado, no Brasil não há uma lei específica que discipline a reprodução humana assistida.

Luíz Roldão de Freitas Gomes, citado por Eliane Cristine da Silva (*apud* MELLO, 2002, p. 253), afirma que no ordenamento jurídico de países que dispuseram sobre reprodução assistida, existem três modelos fundamentais:

- a) O repressivo, que estabelece proibições, cominando sanções. Dessa natureza são os projetos italianos apresentados ao Parlamento na década de 1960;
- b) O modelo liberal, que deixa à liberdade da pessoa e à autonomia dos indivíduos e do casal a decisão sobre a técnica da procriação, incumbindo à lei a disciplina de suas conseqüências e,
- c) O modelo intervencionista, favorável ao controle social sobre as escolhas individuais para a tutela de interesses superiores.

Outrossim, o artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil estabelece que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.”

Diante das lacunas da lei, as fontes materiais como a doutrina e a jurisprudência, por se renovarem constantemente, são amplamente utilizadas nas decisões judiciais.

Assim sendo, na falta de legislação e jurisprudência nacional sobre o tema, é possível o uso da doutrina e jurisprudência internacionais para auxiliar nas decisões judiciais.

Dessa forma, este capítulo tem como fundamento a comparação entre as normas de diversos países e a maneira como a qual o Estado trata a reprodução assistida.

Como aponta Caio Mário da Silva Pereira, citado por Guilherme Calmon Nogueira da Gama (*in* Revista Direito de Família, 2001):

*O aproveitamento da experiência alheia contribui para o desenvolvimento do direito nacional através de uma boa crítica, que saberá escoimar o produto importado daquilo que não é adaptável às condições estranhas ao meio próprio e originário.*

Assim, as normas que existem em outros países sobre reprodução humana podem futuramente servir como base para uma legislação própria no Brasil, levando em consideração a cultura, a sociedade e a história deste país. Além disso, o Direito Comparado pode servir como instrumento de auxílio ao intérprete para a solução de controvérsias.

### **3.2 Estados Unidos**

No tocante às normas de reprodução humana existentes nos Estados Unidos, a matéria é de competência dos estados, havendo esse regulado vinte e nove normas, com diretrizes quase uniformes, sendo o primeiro a regulamentar a reprodução humana o estado da Geórgia, em 1964.

No entanto, há proposta de um modelo único, prevalecendo o estabelecimento da paternidade com esteio na intenção de conceber, independente da verdade biológica, sob a argumentação de que a mulher tem o direito constitucional de procriar, excluindo qualquer tentativa de afastar tal direito.

### **3.3 Suécia**

A Suécia possui normas específicas sobre reprodução humana assistida, que passaram a vigorar a partir de 1º de março de 1985, na qual a reprodução assistida somente é permitida aos casais, seja qual for a natureza da relação entre eles (legal ou não), com exceção da união homossexual.

Nesse país é permitida a inseminação heteróloga, desde que autorizada pelo marido. Ainda prevê a lei sueca que os doadores do material genético não terão nenhuma obrigação ou direito sobre a criança gerada. Além disso, é taxativamente proibida a comercialização de esperma, sendo o infrator punido com pena privativa de liberdade e multa. Também é proibida a inseminação *post mortem*.

### **3.4 Espanha**

O direito espanhol, preconiza a proteção do melhor interesse da criança. Entende que a procriação artificial só é justificável dentro do casamento, de modo que a criança, ao vir ao mundo, encontre um ambiente favorável ao seu desenvolvimento. Assim, partindo desse raciocínio, é vedada a inseminação artificial em mulheres solteiras.

Quanto à inseminação *post mortem*, os direitos do nascituro serão garantidos quando houver manifestação expressa do falecido nesse sentido, por escritura pública ou testamento.

No tocante à mãe de substituição, a Espanha possui lei própria para regulamentar a matéria: nega a maternidade por substituição, declarando nulo o contrato, uma vez que a lei espanhola considera mãe aquela que dá à luz, mesmo que o material genético seja de outra.

### **3.5 Alemanha**

A Alemanha dispõe de recente diploma legislativo que permite a reprodução assistida somente aos casais. Proíbe a chamada “barriga de aluguel”, penalizando a mulher que colocar seu útero à disposição para receber óvulos de outra, posto que, nesse caso, deve prevalecer o princípio da dignidade da pessoa humana. Não permite, também, a inseminação artificial com o espermatozoides do marido já morto e a produção de embriões destinados exclusivamente à pesquisa.

Interessante ressaltar que na Alemanha, no que concerne à fecundação *in vitro*, os médicos só poderão usar gametas do casal na quantidade de óvulos necessária para cada intervenção, podendo a conservação de óvulos fecundados ser autorizada quando a mulher apresentar problemas de saúde.

Quanto à fertilização heteróloga, para que seja feita, é necessário o consentimento escrito, e por instrumento público e o pai que consentir na fertilização posteriormente não poderá impugnar a filiação.

### 3.6 França

A França tem adotado como princípio básico da reprodução humana assistida: a gratuidade na doação de gametas ou embriões, e o anonimato dos doadores. Os casais, casados ou não, podem beneficiar-se das técnicas de reprodução humana, além disso, presume-se mãe quem deu à luz.

O consentimento veda qualquer impugnação acerca da filiação, sendo permitido ao casal o acesso gratuito à inseminação artificial heteróloga.

Como a Suécia, a França também proíbe a inseminação *post mortem*.

### 3.7 No Direito Brasileiro

Atualmente no Brasil, não existe nenhuma lei que ampare e regule a reprodução humana assistida.

Cabe ressaltar que, para uma lei ser publicada no Brasil, é necessário um trâmite burocrático muito grande que faz com que a lei, ao nascer, já seja considerada velha e ultrapassada.

Como já salientado, a única norma que a legislação brasileira possui acerca da reprodução humana assistida restringe-se à Resolução do Conselho Federal de Medicina, que estabelece normas éticas, com dispositivos deontológicos, no que diz respeito à regulamentação e procedimentos a serem observados pelas clínicas e médicos que lidam com a reprodução humana assistida.

Entretanto, devido à relevância do tema, o Código Civil de 2002, já aborda alguns aspectos da reprodução humana assistida em seu artigo 1.597<sup>12</sup>.

Apenas para não ser omisso, convém lembrar que foi publicada em 05 de janeiro de 1995, a Lei 8.974, também chamada de Lei de Biossegurança, que estabelece normas para o uso das técnicas de engenharia genética e que, em seu artigo 13, condena como crime, quaisquer manipulações de células germinativas humanas, justamente como precaução à clonagem e à eugenia<sup>13</sup>.

Além disso, encontra-se em tramitação no Congresso Nacional o projeto de Lei 90/99, de autoria do Senador Lúcio Alcânta, que versa sobre o tema em tela.

Portanto, mesmo que as clínicas médicas estejam atuando a todo vapor, não existe nenhuma lei que as ampare ou que regule os seus procedimentos ou reflexos jurídicos advindos de tais técnicas. E a Resolução do Conselho Federal de Medicina apenas serve para traçar os caminhos éticos a serem seguidos pelos médicos e clínicas, pois não possui força de lei.

---

<sup>12</sup> Art. 1597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: (...) III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; IV – havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; V – havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

<sup>13</sup> Teoria que busca produzir uma seleção nas coletividades humanas, baseadas em leis genéticas. ETIM. “Aperfeiçoamento da espécie via seleção genética e controle da reprodução”. (Dicionário Houaiss da língua portuguesa, 2001, p. 1274)

## 4. CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

### 4.1 Introdução

Conforme já mencionado no presente trabalho, o crescente desenvolvimento das ciências biotecnológicas, faz com que casais, impossibilitados de procriar naturalmente, lancem mão de uma série de técnicas para obter a tão desejada gravidez.

Com o avanço dessas técnicas, as relações de parentesco tiveram uma grande mudança, principalmente no que se refere à filiação.

É evidente que não se pode dissociar o estudo da filiação de seus institutos correlatos, quais sejam a paternidade e a maternidade, já que o fato da procriação une três pessoas: o filho e os seres que o geram.

Porém, o avanço das técnicas de reprodução assistida e a possibilidade de que terceiras pessoas estejam envolvidas no ato da geração, acabou por alterar essa concepção e ensejar novos conceitos de maternidade e paternidade.

Hoje, criou-se a distinção entre pais e mães biológicos (os que colaboram com o material genético para a geração do filho) e os pais e mães por opção afetiva (aqueles que, não tendo condições de procriar naturalmente, utilizam-se da ajuda de terceiros, mas assumem a responsabilidade pela criança gerada).

Por conta disso, o brocado jurídico *mater sempre certa est*<sup>14</sup> caiu por terra, uma vez que, ao permitir que uma mulher desenvolva em seu útero um ser gerado por outra, acaba por criar entre ambas a disputa pelo direito de ser declarada a verdadeira mãe.

---

<sup>14</sup> A maternidade é sempre certa.

Mas, historicamente, observa-se que os vínculos de parentesco não eram atribuídos de acordo com a consangüinidade, mas calcados no liame civil e religioso. Assim, não eram considerados da mesma família os membros que, mesmo por laços consangüíneos, não cultuassem os mesmos deuses. O que reunia mesmo a família antiga era algo mais poderoso do que o nascimento: a religião do lar.

Dessa forma, aquele filho que não cultuasse o mesmo deus que os pais não teria mais nenhuma importância para aquela família; agora, alguém que fosse adotado e passasse a cultuar seus deuses domésticos passaria a ser considerado para o chefe da família, como próprio filho.

As relações de filiação, em suas origens, representavam fatos meramente naturais e biológicos, nos quais o filho estava subordinado à autoridade absoluta de seu pai, que detinha o poder de vida e de morte sobre tais membros.

No direito germânico, a estrutura familiar era diversa, eis que a mulher e os filhos já não eram totalmente dependentes do chefe da família. O filho ilegítimo era tratado com severidade, pois ele não tinha direitos reconhecidos com relação ao pai, mas apenas com relação à mãe, no seio de cuja família deveria viver. Com o passar do tempo, por influência do direito romano esse filho passou a ter direitos com relação ao pai.

No que concerne ao direito romano, a família romana, em sentido geral, incluía todas as pessoas que estavam sob o pátrio poder do *pater familiae*. O parentesco, derivado da consangüinidade, só se revestia de importância quando a religião enfraquecia, passando a família a desempenhar função mais restrita derivada do casamento e da mútua assistência.

Esse grupo não se baseava na consangüinidade, pois a vontade do chefe era a principal fonte de direitos assegurados a seus integrantes. A base dessa família era calcada no culto religioso, sendo que a titularidade desse culto era transmitida tão somente aos varões; apenas tinha importância a descendência que se originava da linha masculina.

O filho oriundo de relações extraconjugais não se ligava, a princípio, a seu pai e dele sequer herdava, porém, se seu pai não tivesse descendentes homens,

poderia adotá-lo e, então ele seria considerado seu verdadeiro descendente, passando a fazer parte de seus herdeiros legais.

O Império Justiniano, possibilitou aos pais que viviam em concubinato legitimar seus filhos naturais, através de subsequente matrimônio.

Desse modo, a idéia inicial, de que apenas pela vontade do *pater familias* o filho poderia ingressar no seio de uma família, foi superada pela noção de que, se concebido por um casal ligado pelos laços do matrimônio, tal filho teria por pai, presumidamente, o marido de sua mãe e sua concepção também seria presumida se ocorrida durante o matrimônio, ou se ele nascesse após seis meses da formação da família e até dez meses após sua dissolução.

Insta salientar que essas idéias inspiraram a redação de várias normas positivadas pelo Código Civil de 1916. Mas é certo que, embora lentamente, essa situação vai se alterando, crescendo a importância do conceito de parentesco consangüíneo.

O atual Código Civil, em seu artigo 1.593,<sup>15</sup> distingue o parentesco natural do parentesco civil. Por parentesco natural entende-se aquele resultante da consangüinidade. De acordo com o artigo 1.593, parentesco civil é aquele cuja ligação provém de outra origem que não a hereditariedade, como a adoção e a união estável.

Cabe elucidar que a Constituição Federal de 1988 eliminou por completo qualquer diferenciação quanto à origem da filiação, estatuidando no artigo 227, parágrafo 6º, que os filhos havidos, ou não, da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações que os filhos naturais, proibidas designações discriminatórias relativas à filiação.

Com o advento das novas técnicas de reprodução humana, que trouxeram inovações quanto à geração da prole e a hereditariedade, a filiação, como já dito, é um dos institutos que mais se modificou.

É inegável a idéia de que todo ser humano tem um pai e uma mãe; mesmo nas reproduções artificiais é indispensável a figura da progenitora e do doador.

---

<sup>15</sup> Artigo 1.593. O parentesco é natural ou civil conforme resulte da consangüinidade ou outra origem.

Em algumas situações a paternidade não será reconhecida desde logo, mas sabe-se que tal paternidade está implícita à concepção.

A principal relação de parentesco que se tem no Direito é a que se estabelece entre pais e filhos.

A filiação é a relação que existe entre pais e filhos. Em sentido inverso, ou seja, por parte dos genitores, referindo-se aos filhos, a filiação assume a denominação de paternidade e maternidade, quando originada pelo pai e pela mãe, respectivamente.

Juliane Fernandes Queiroz (2001, p. 14) assim explica a filiação:

*Assim, todos têm, sob o aspecto fisiológico, necessariamente dupla filiação. E a relação assume tríplice aspecto: filiação propriamente dita, se considerada pelo lado do filho; paternidade se encarada pelo lado do pai, e maternidade, pelo lado da mãe. Trata-se de uma só relação, multifacetada, que traduz, de forma genérica, toda descendência em linha reta.*

Com base na tradição afirmava-se que a maternidade era sempre certa (*mater semper certa est*); a paternidade era sempre incerta (*pater semper incertus est*). Com o avanço da ciência genética essa afirmação tradicional passa a ser agora contestada. Atualmente, pode-se afirmar com veemência a paternidade, programar nascimentos e definir o sexo ou as características do ser humano a ser concebido.

Mas, deve-se lembrar (apenas a título de ilustração, posto que mais adiante será discutido em capítulo próprio) que, mesmo que o legislador procure coincidir a verdade biológica com a verdade jurídica, problemas surgirão no que diz respeito à verdade socioafetiva, que muitas vezes deve prevalecer sobre as demais.

## 4.2 A Maternidade

No tocante à maternidade, com o advento da reprodução humana assistida, o velho princípio *mater semper certa est* deixou de ser uma verdade incontestável.

Até então a maternidade sempre foi determinada por sinais exteriores como a gravidez, o parto, o aleitamento, entretanto, com o aparecimento das novas técnicas de reprodução humana, o velho brocardo romano não pode mais ser seguramente utilizado, posto que através da técnica do útero de aluguel, a mãe biológica nem sempre é a mesma mãe geradora. O mesmo se dá com a técnica de doação de óvulos, uma vez que o óvulo doado pode ser de terceira pessoa, estranha à relação.

Assim sendo, o vínculo jurídico entre mãe e filho não pode ser mais estabelecido somente pelo fato do nascimento.

Sob o ponto de vista jurídico, a utilização dessas técnicas podem ensejar uma disputa entre a mãe biológica e mãe geradora pela maternidade.

As normas existentes nada dizem a respeito caso surja um conflito entre a mãe biológica e mãe geradora. Apenas a Resolução do Conselho Federal de Medicina estipulou que as doadoras temporárias do útero devem pertencer à família da doadora genética, num parentesco até segundo grau<sup>16</sup>, sendo os demais casos sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina.

Tal determinação apenas previne eventuais disputas mas não impede que a mãe doadora venha a se arrepender do pacto.

Em nosso ordenamento pátrio consagra-se a idéia de que mãe é a que gestou e deu à luz.

Ressalta-se que a mãe de substituição pode, além de doar o útero para gerar a criança, doar também o material genético. Nesse caso, a mãe geradora teria vínculo biológico com a criança gerada. E, num suposto arrependimento

---

<sup>16</sup> Por parentesco até 2º grau entende-se: pais, filhas e irmãs.

dessa mãe, a solução seria ainda mais difícil de ser tomada, em virtude de um eventual apego que, nesse caso seria maior, pois a criança gerada teria suas características genéticas. Deve ainda ser levado em consideração o desejo dos pais locadores desse útero de ter um filho, mesmo que a criança não tenha nenhum vínculo genético com a suposta mãe, mas apenas com o pai.

Igualmente à nossa legislação, na legislação alienígena tem prevalecido o princípio de que mãe é aquela que dá à luz a criança. A maternidade é legalmente estabelecida pelo parto e não pela transmissão do patrimônio genético.

A autora deste trabalho entende que, num eventual conflito, cada caso deve ser analisado com suas peculiaridades, sempre norteando-se a decisão pelo melhor interesse da criança.

No que concerne à inseminação homóloga, não há maiores problemas quanto à maternidade, pois a mãe, juntamente com o pai, forneceu de forma livre e espontânea, o sêmen e o óvulo. Assim sendo, a eles deverá ser outorgada a maternidade e a paternidade.

### **4.3 Paternidade**

Na paternidade, o brocardo latino *pater is est quem nuptiae*, pelo qual o filho da mulher casada presume-se ser de seu marido, também foi jogado por terra pelas novas técnicas reprodutivas.

Com relação à inseminação homóloga, essa não traz maiores conseqüências jurídicas, visto que a paternidade biológica coincide com a socioafetiva, ou seja, o pai será aquele que doou o espermatozóide para ser inseminado em sua esposa ou companheira.

Quanto à inseminação heteróloga, deve a mesma ser analisada sob três aspectos, como se verá a seguir.

A primeira hipótese que deve ser considerada é se essa técnica foi utilizada e consentida dentro de um casamento ou de uma união estável. Nesse caso, não há conseqüências, posto que se presume que o cônjuge ou companheiro consentiu na inseminação heteróloga de sua esposa ou companheira, assumindo a paternidade da criança que, em nenhum momento, poderá ser contestada.

Nesse sentido Zeno Veloso, (*apud* WELTER, 2003, p.234) ensina que:

*O marido que teve conhecimento e consentiu na inseminação artificial, com esperma de um terceiro, não pode, depois, impugnar a paternidade. Não há divergência nesse ponto, porquanto a inseminação artificial consentida pelo marido deve conferir o estado de filho matrimonial. A paternidade no caso, não tem base, biológica, mais possui um fundamento moral, prestigiando-se a relação sócio-afetiva.*

Nesse caso o cônjuge ou companheiro não poderá impugnar a paternidade que assumiu. Nesse aspecto o Código Civil, em seu artigo 1597, V, resolve expressamente essa questão, e diz que se presume a paternidade e a maternidade dos filhos concebidos na constância do casamento, havidos por fecundação artificial heteróloga, desde que tenha havido prévia autorização do marido.

Uma outra hipótese que cabe ser suscitada é quando o cônjuge ou companheiro não consente na realização da inseminação heteróloga. Tal fato, certamente exime o homem de assumir a paternidade, visto que além de não ser o pai genético, tampouco externou o desejo de ser pai socioafetivo. E ainda, para alguns autores, o fato de realizar a inseminação artificial sem a anuência ou consentimento do marido, leva a cometer um ato atentatório ao casamento (injúria grave, violação dos deveres do casamento, insuportabilidade da vida em comum, violação do dever de lealdade, adultério casto).

Pedro Belmiro Welter (2003, p. 235) comenta a hipótese suscitada:

*Quem não autorizou o nascimento do filho medicamente assistido deverá, de imediato, ingressar com a ação negatória de paternidade e/ou de maternidade biológica e/ou afetiva, porque, se for edificado o estado de filho afetivo, não será mais possível a revogação dessa filiação, com*

*aplicação analógica do art. 48<sup>17</sup> do ECA, porque se canonizou a filiação sociológica, que é irrevogável, salvo se provar algum vício jurídico. Contudo, poderá em qualquer caso, mover ação de investigação de paternidade ou de maternidade biológica (contra o doador do material genético).*

Razão assiste ao autor citado posto que, em qualquer hipótese, deve prevalecer o melhor interesse da criança e, uma vez consumado o estado de filho afetivo, este não poderá mais ser negado, haja vista que já houve relação de afeto, carinho, amor, entre a criança e o pai afetivo.

Uma terceira situação é aquela em que a mulher solteira, viúva ou divorciada, recorre a um banco de sêmen e se fertiliza com a intenção de formar uma família monoparental. Nesse caso não é possível atribuir ao doador qualquer vínculo de filiação, pois o doador abdicou de quaisquer obrigações ou direitos relativos à criança.

Mesmo que, em uma futura investigação de paternidade, a criança queira definir quem é seu pai biológico, este não terá nenhuma obrigação para com a criança gerada, pois ao doar seu sêmen desvinculou-se de qualquer dever, assim como o sujeito que entrega uma criança para adoção.

A autora desta monografia entende que, nesse caso, o ordenamento jurídico deveria repelir a possibilidade de procriação artificial à mulher não casada ou não ligada por união estável, posto que deveria ser assegurado à criança, ao nascer, a presença das figuras paterna e materna, quando possível, ou seja, um ambiente familiar adequado, ainda que pai e mãe não estejam ligados pelos laços do matrimônio e não vivam conjuntamente.

No caso da inseminação artificial *post mortem*, apesar do Código Civil admitir tal procedimento, o mesmo não traz respostas para algumas questões que podem vir a surgir com a utilização dessa técnica. O artigo 1.597, III, do C.C., dispõe que presumem ser concebidos na constância do casamento os filhos havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo se falecido o marido. Esse artigo assegura a filiação à criança gerada através da realização da inseminação *post mortem*, independente de quando ocorrer o nascimento.

---

<sup>17</sup> O artigo 48 do ECA determina que a adoção será irrevogável.

Ora, diante do artigo supra citado, há que se concluir que, a qualquer momento, a mulher poderá utilizar os embriões excedentes, mesmo que passados vários anos da inseminação homóloga.

Compartilha desse entendimento Márcio Antonio Boscaro (2002, p.160):

*O Código apresenta soluções simplistas e mesmo perigosas, pois permite que, após realizada a fecundação artificial homóloga, mesmo em caso de morte do marido, ou separação do casal, a mulher sempre possa utilizar os embriões decorrentes dessa fecundação, a seu exclusivo alvedrio, impondo ao seu então marido a paternidade desses filhos, mesmo que decorridos vários anos desde a realização dessa fecundação, cominando-lhe (ou a seus herdeiros) o ônus de insurgir-se contra essa realidade, se não concordar com esse procedimento, muito embora com a remota chance de êxito, já que a criança assim gerada, à exceção da hipótese relativa à inseminação heteróloga, inegavelmente será filha biológica do então marido.*

Ressalte-se que, em diversos países, há restrições quanto ao uso aleatório de material genético do homem já morto, ou da conservação por tempo indefinido de embriões crio-conservados, uma vez que a utilização indiscriminada pode levar a inúmeros problemas.

Além disso, o novo Código Civil apenas disciplina inseminações havidas na constância do casamento, não oferecendo soluções para aquelas ocorridas entre pessoas não legalmente casadas entre si, como por exemplo, nas uniões estáveis.

#### **4.4 A Investigação de Paternidade na Reprodução Humana Assistida**

A investigação de paternidade na reprodução humana assistida é uma questão delicada, em virtude do anonimato do doador que deve nortear toda doação de material genético.

É inegável a idéia de que toda criança tem o direito de conhecer seus pais, e isso está consubstanciado no artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente que assim prevê:

*Art. 27. O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem nenhuma restrição observada o segredo de justiça.*

Para José Roberto Moreira Filho, (disponível em [http:// jus.com.br](http://jus.com.br). Acesso em 21/06/04) “o direito ao reconhecimento da origem genética é direito personalíssimo da criança, não sendo passível de obstaculização, renúncia ou disponibilidade por parte da mãe”.

Já Eduardo de Oliveira Leite (1994; p. 132) defende o anonimato do doador, afirmando que:

*A pretendida alegação de que a criança tem direito a conhecer sua origem genética realça expressivamente a paternidade biológica (matéria já ultrapassada no direito de filiação mais moderno), quando é sabido que, atualmente a paternidade afetiva vem se impondo de maneira indiscutível.*

O tema discutido possui vários posicionamentos, como já demonstrado, mas alguns aspectos devem ser levados em consideração na hora de apreciar o caso concreto, como por exemplo, o estado civil da pessoa em que foi realizada a inseminação, o melhor interesse da criança e o princípio da dignidade da pessoa humana.

Pedro Belmiro Welter (2002, p. 229) sustenta que:

*Não importa se a reprodução humana é sexual (corporal, natural) ou assexual (extracorporal, artificial, medicamente assistida, científica, laboratorial), pois, em qualquer caso, o filho, o pai e a mãe têm o direito de investigar e/ou de negar a paternidade ou maternidade biológica, como parte integrante de seus direito de cidadania e de dignidade de pessoa humana. O direito a paternidade pertence ao filho, que não participou do processo de sua concepção, e não pode viver sem o direito de ter seu estado de filho reconhecido, porquanto, de todos os princípios constitucionais, o da dignidade da pessoa humana é dotado, de um valor supremo, por que se encontra na base da vida nacional, sendo um princípio constitucional fundamental e geral, não apenas de ordem jurídica, mas também de ordem política, social, econômica e cultural.*

Em outros países tem prevalecido o anonimato do doador. No Brasil, contudo, não existe nenhuma lei garantindo esse anonimato, apenas uma recomendação dada pelo Conselho Regional de Medicina, em seu item IV, número 2 e 3<sup>18</sup>, no sentido de se manter o sigilo sobre a identidade dos doadores. Entretanto, tal norma não possui força cogente, o que significa que, em alguns casos, o anonimato poderá ser quebrado, como no caso de doenças genéticas.

A autora deste trabalho compartilha do entendimento de Pedro Belmiro Welter (2002, p. 232), que defende a investigação de paternidade ou maternidade na reprodução humana medicamente assistida. Três são os argumentos utilizados pelo autor:

*Primeiro, que ninguém é obrigado a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei; segundo, porque o conhecimento da ascendência biológica é direito fundamental do homem; terceiro porque, se há anonimato, dificuldades para saber o nome do doador, isso não significa que o exercício do direito fique prejudicado.*

O mesmo autor (WELTER, 2002, p. 233) esclarece, ainda, que o direito à investigação estende-se ao (a) doador (a) de sêmen ou óvulo, pois “tanto o filho quanto o pai biológicos tem sagrado, natural e constitucional direito de saber a sua origem ancestralidade, que faz parte da personalidade e dos princípios da cidadania e dignidade da pessoa humana”.

Em suma, a autora desta monografia entende ser possível a investigação de paternidade ou maternidade na reprodução por óvulos ou doados, desde que seja por necessidade psicológica, pelos impedimentos do matrimônio e para preservar a saúde e a vida dos envolvidos (pais e filhos biológicos), nas graves doenças genéticas. Assim, seria possível a quebra do anonimato nessas situações, mas em certos casos os pais biológicos estariam desvinculados de quaisquer obrigações civis, ou seja, reconhecimento da filiação biológica, herança, alimentos entre outros.

---

<sup>18</sup> IV – DOAÇÃO DE GAMETAS OU PRÉ-EMBRIÕES

1 - .....

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 os receptores. Em situações especiais, as informações sobre os doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do doador.

## 5. DOS EMBRIÕES EXCEDENTES

Uma outra consequência jurídica trazida pela reprodução humana assistida são os embriões excedentes, mas devido à extensão do assunto, esse tema será tratado de forma breve em capítulo próprio.

Um dos maiores problemas trazidos pela reprodução humana assistida, em especial pela utilização da técnica fertilização *in vitro*, refere-se aos embriões excedentes, uma vez que ainda não se sabe que destino dar a esses embriões<sup>19</sup>.

Face à limitação em até quatro embriões a serem implantados por ciclo, surgem os embriões excedentes, que são aqueles que, embora estejam em perfeitas condições de evoluir, não foram utilizados porque excederam o número previsto a ser utilizado por ciclo, ou ainda não foram utilizados porque não apresentaram desenvolvimento suficiente e normal.

Diante disso surgem algumas questões no que se refere a sua destinação. O que fazer com os embriões excedentes: poderiam ser eliminados? Doados? Utilizados em pesquisa? A sua eliminação caracterizaria crime de aborto ou homicídio?

Essas e outras questões encontram-se sem resposta, uma vez que não há lei que regulamenta seu destino. Apenas a norma do Conselho Federal de Medicina veda a reprodução embrionária e o descarte de embriões não utilizados, mas autoriza sua criopreservação para posterior transferência em caso de não haver interesse da mulher ou do casal em ter outra gravidez, ou ainda para adoção.

Porém, tal resolução nada diz respeito do que fazer com os embriões caso o casal não tenha interesse em uma nova gravidez.

---

<sup>19</sup> Cabe lembrar que a mulher se submete a tratamentos que provocam a superovulação, e assim gera-se em torno de oito a dez embriões sendo que somente quatro será implantados em seu útero, a fim de se evitar gestações múltiplas, é o que estabelece o item 4 do Princípios Gerais da Resolução do Conselho Federal de Medicina (Lei nº 1.352/92)

Desse modo, cabe à jurisprudência, à ética e à utilização do direito comparado responder essas questões.

## 5.1 Das Teorias

Antes de analisar as teorias existentes, se faz necessário uma remissão a respeito do surgimento dos embriões.

Como já foi salientado, a fertilização *in vitro* é a fecundação de um óvulo em laboratório, ou seja, é a fusão dos gametas masculinos (sêmen) e feminino (óvulo), que dará origem ao óvulo fecundado. Essa técnica é extracorporal. Após a fecundação, que é provocada de maneira artificial, o óvulo fecundado, já embrião, é transportado para o útero da mulher, onde se espera que ocorra a nidação<sup>20</sup>. Feito tudo isso, é espera-se que, a partir daí, ocorra a gestação.

Após esse esclarecimento, surge a seguinte situação: qual é a natureza do embrião fertilizado *in vitro*, antes da nidação?

Para responder essa indagação se faz necessário analisar, por analogia, as duas teorias doutrinárias mais utilizadas sobre o nascituro: Teoria Natalista e Teoria Conceptionista.

Para a Teoria Natalista, a personalidade começa a partir do nascimento com vida, vinculando a aquisição de direitos a evento incerto e futuro. O Código Civil, em seu art. 2º, adota esta teoria na sua primeira parte: “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

Segundo a Escola Conceptionista, a personalidade civil do homem começa a partir da concepção, sob o argumento de que, tendo o nascituro direitos, deve ser considerado pessoa, uma vez que só a pessoa é sujeita de direitos.

---

<sup>20</sup> Nidação é a fixação desse óvulo embrionário no endométrio (mucosa uterina).

Outro argumento utilizado pelos concepcionistas é de que o Direito Penal pune o crime de aborto contra a pessoa, e isso seria mais um sinal de que o nascituro, no Direito Brasileiro, tem personalidade civil e é pessoa.

A Teoria Concepcionista se subdivide em Teoria Concepcionista Condicionada e Teoria Verdadeiramente Concepcionista. Segundo a primeira teoria citada, há o início da personalidade do nascituro a partir da concepção, desde que nasça com vida, essa é a condição imposta. Já a segunda teoria entende que a personalidade começa com a concepção, sem que haja qualquer outra condição.

Não é pacífico o entendimento acerca do início da personalidade e da capacidade jurídica do nascituro. Alguns autores entendem que o Código Civil adotou as duas teorias simultaneamente.

É de suma importância que se determine o início da vida e dos direitos da pessoa, uma vez que há equiparação entre o nascituro e o embrião e, considerando que o nascituro é possuidor de direitos e tem capacidade jurídica, logo o embrião também será.

Sérgio Abdalla Semião (2000, p. 172) entende que:

*Se não somos adeptos da escola concepcionista, também não chegamos ao ponto de dizer que o embrião e o feto não contêm vida humana. Destarte, tanto o embrião, quanto o feto, constituindo vida humana, devem obviamente ser protegidos pelo Direito.*

*Dessa forma, o Direito chegou a um impasse. Ou admite o embrião fertilizado in vitro, antes da nidação, como algo que possa ser destruído, ou atravança a ciência.*

*No Ordenamento Jurídico Brasileiro, nenhuma legislação há que confira direitos ao embrião fertilizado in vitro antes da nidação.*

Já, a doutora Silmara J. A. Chinelato e Almeida (*apud SEMIÃO*, 2000, p. 173) diz que:

*Somente se poderá falar em nascituro quando houver nidação do ovo. Embora a vida se inicie com a fecundação, é a nidação – momento em que a gravidez começa – que garante e sobrevive do ovo, sua viabilidade. Assim sendo, o embrião na fecundação in vitro, não se considera nascituro.*

Ora, diante dos entendimentos levantados, sem dúvida o entendimento da Dra. Silmara não deve prosperar, uma vez que deve ser considerado “pessoa” o ser humano desde a sua concepção, logo o embrião seria ser humano mesmo antes da nidação. Esse é o entendimento do já citado autor Sérgio Abdalla Semião (2000, p. 174):

*Consoante se infere dos textos citados, para os concepcionistas, o “ser concebido” e ainda não nascido já é pessoa, independentemente de sua viabilidade, e assim, sob as bases daquela doutrina, nenhuma razão têm para não admitir que, mesmo antes da nidação, não seja embrião ainda pessoa, pelo único fato de não estar no ventre da mãe, considerando que o embrião é efetivamente um ser “concebido”. Ao não admitirem isso, o que é paradoxal, reforçam os argumentos dos natalistas de que o nascituro é parte das vísceras maternas.*

Para a Teoria Natalista, não há divergência; o nascituro, embora tenha vida humana, não é pessoa, e assim, para essa escola, a situação do embrião congelado, deve ser colocada no campo da ética, devendo ser urgentemente promulgada uma norma que regule essa situação.

## **5.2 Destruição dos Embriões**

A destruição dos embriões é um tema de grande repercussão, uma vez que o embrião é humano, ou seja possui vida.

Como já salientado, não há nenhuma lei que condene a prática do descarte de embriões, embora a Resolução n.º 1.358/92 vede tal prática, sem contudo ter força de lei.

Com relação à possibilidade do descarte configurar crime, tal assunto será tratado detalhadamente no capítulo 7.

### 5.3 Doação

A doação de embriões é, sem dúvida, uma das medidas mais éticas no que se refere a sua destinação, posto que o embrião será “adotado” por outro casal, e assim não será destruído. Nesse sentido é o entendimento de Sérgio Abdalla Semião (2000, p. 183):

*Entretanto, admite-se a doação de embriões para o fim da procriação humana assistida. O embrião já existente tem, obviamente, um benefício, pois de embrião se tornará feto e muito provavelmente, se nascer com vida, se tornará pessoa. Por sua vez os pais genéticos, que não poderiam ter um filho pelos métodos naturais, se beneficiarão da ciência. Também se pode dizer dos casais que não sejam os pais genéticos do embrião, mas por um motivo ou outro sejam estéreis e, assim, também se beneficiaram da moderna ciência médica, como donatários do zigoto.*

Deve ser lembrado que, no caso de doação do embrião, o casal receptor não possuirá nenhum vínculo biológico com a criança gerada, de forma a prevalecer a paternidade socioafetiva, uma vez que esta ficou demonstrada na vontade do casal em receber o embrião doado.

### 5.4 Utilização em Pesquisa

Deve-se distinguir qual o tipo de pesquisa em que o embrião será utilizado. Se for para pesquisas com fins terapêuticos, isto é, aquela capaz de auxiliar nos avanços da medicina terapêutica, tal prática não é vedada, posto que a ética está sendo respeitada.

Mas em pesquisas com fim de empregar embriões para a fabricação de cosméticos, por exemplo, ou ainda para experiências como a criação de seres

híbridos, essa utilização deve ser banida pois, ao empregar o embrião em tais pesquisas, estar-se-ia tratando o embrião como objeto e não como ser humano.

### **5.5 Comercialização de Embriões**

Os jornais já noticiaram que nos Estados Unidos está havendo venda de embriões para casais inférteis.

No entanto seria essa prática permitida no Brasil?

Alguns autores, entre eles Sérgio Abdalla Semião (2000, p. 187) defendem que no Brasil não é permitida a comercialização de embriões, uma vez que a Constituição Federal veda no artigo 199, § 4º todo o tipo de comercialização de órgãos, tecidos, sangue e substâncias humanas.

Logo, é proibido expressamente pela Magna Carta a comercialização de embriões, uma vez que o embrião é, na verdade, uma vida humana em formação, significando algo bem maior do que um mero tecido ou substância humana.

## 6. VISÃO ÉTICA NA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

### 6.1 Aspectos Bioéticos

Partindo da origem etimológica do vocábulo, “bioética” consiste no esforço de estabelecer um diálogo entre a ética e a vida, já que, em grego *bíos* significa vida e *éthiké*, ética. Assim sendo, bioética pode ser entendida como a Ética da Vida.

A Bioética é um neologismo que foi usado, pela primeira vez, por Van Rensselaer Potter bioquímico e investigador do cancro, num artigo publicado em 1970. Para Potter:

*Uma ciência da sobrevivência deve ser uma única ciência e, por isso – diz ele – proponho o termo bioética, para sublinhar os dois ingredientes mais importantes em ordem a seguir uma nova sabedoria de que carecemos desesperadamente: o conhecimento biológico e os valores humanos (DINIZ, 2002, p. 9)*

Em 1971, o Dr. André Hellegers, fundou na Universidade de Georgetown, o Joseph 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 logo surgiu a idéia de uma Enciclopédia de Bioética, que viria a ser publicada em 1978.

Melhor definição defendida pela doutrina é a inserida na *Encyclopedia of bioethics* que 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”. Em 1995, a *Encyclopedia of bioethics* 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 metodologistas éticas num contexto multidisciplinar.

A Bioética inclui a ética médica, mas não se limita a ela, porque esta trata dos problemas relacionados a valores, que surgem estritamente da relação médico – paciente. Ela abrange um conceito mais amplo e com aspectos mais importantes, pois relaciona-se a valores de todos os profissionais envolvidos na saúde.

Com o desenvolvimento das ciências biotecnológicas, houve um grande impacto na vida dos seres humanos, uma vez que o homem agora pode intervir no início e no fim da vida humana.

Diante das questões cruciais que a reprodução humana levanta, é difícil estabelecer o que é certo ou errado, em virtude disso a ética deve sempre estar presente para auxiliar nas mais variadas questões.

Heloisa Helena Barboza (2003, p. 53), em sua obra, comenta sobre as dificuldades que a sociedade contemporânea enfrenta pelo não acompanhamento das ciências sociais frente às ciências biotecnológicas:

*Talvez o maior mérito da Bioética: sistematizar (ou ao menos tentar) o tratamento de questões diversas, mas que devem guardar entre si, necessariamente, princípios e fins comuns. Já se assinalou que as ameaças que pendem sobre a vida no planeta Terra e especialmente sobre a vida humana derivam do grau diferenciado de desenvolvimento entre as ciências da natureza e as da sociedade. Enquanto importantes conquistas das primeiras podem eliminar, mediante guerra nuclear ou por contaminação da atmosfera, o suporte da biosfera, as segundas foram incapazes de propor dispositivos institucionais aptos a evitar tais conseqüências potenciais e funestas: a humanidade foi incapaz de inventar um modelo organizacional adequado as circunstâncias técnico-científicas de nossa era. Essas reflexões são perfeitamente válidas no campo dos avanços da biomedicina e da biotecnologia que têm buscado, sem encontrar, apoio de outras disciplinas para acomodar seus rumos, como se reiterou no Colóquio da Unesco em 1975: “um dos problemas mais importantes que se propõem em todo mundo reside em que as ciências sociais e as do comportamento não progrediram no mesmo ritmo das ciências naturais e biológicas. Disso resultou que um dos seus efeitos na reflexão filosófica e moral, incluídos códigos religiosos, éticos e civis ficaram limitados. Com efeito, durante muito tempo ditas ciências ignoravam, em geral a necessidade de reajustar os sistemas de valores em função das estruturas da sociedade moderna. Por isso viram minguar sua capacidade de influir de maneira apropriada nos sistemas políticos e sociais das coletividades e, por sua vez, na direção e aplicação do progresso tecnológico”.*

A autora esclarece com precisão que as ciências sociais não caminha no mesmo passo que as ciências biológicas e médicas. Por isso, deveria haver a criação de uma consciência ética, que regulamentasse as relações humanas, uma vez que o direito nem sempre irá trazer soluções para resolver os conflitos gerados por essas ciências.

No que se refere a reprodução humana, à ética deve ser verificada em cada técnica específica.

No que tange à inseminação heteróloga, o primeiro questionamento diz respeito à participação de terceira pessoa, estranha a relação do casal, posto que a reprodução humana deveria ser exclusiva do casal. Isso seria inaceitável, pois vai em contrariedade à família e ao matrimônio.

Alguns entendem que a inseminação heteróloga caracteriza o crime de adultério, entretanto outros autores dizem que não há crime de adultério, uma vez que na inseminação heteróloga a fecundação não depende de relação sexual.

Há ainda um entendimento, de que, não havendo o consentimento do marido para a inseminação heteróloga, a mulher estaria cometendo o adultério casto.<sup>21</sup>

Com relação à fecundação *in vitro*, a questão ética refere-se aos embriões excedentes. Sabe-se que nesse tipo de técnica, em alguns casos, não existe a interferência de terceira pessoa, mas há a possibilidade de gestação múltipla, o que muitas vezes pode ocasionar riscos à gestante, nascimentos prematuros e até mesmo natimortos.

Além disso, há a questão do descarte dos embriões excedentes malgrado configurarem uma forma de vida humana, ainda que em seu estágio inicial. Então a questão seria o que fazer com esses embriões: destruí-los? Cedê-los para pesquisas científicas? Aliená-los a casais infertéis?

Não há nada que responda esses questionamentos, apenas a norma do Conselho Federal de Medicina que autoriza as clínicas, centros ou serviços a criopreservar os embriões excedentes. Sugerem, ainda, que o número total de pré-embriões produzidos em laboratório será comunicado aos pacientes, para que

---

<sup>21</sup> Entendimento do Doutor Eduardo Gesse, Juiz de Direito na Comarca de Presidente Prudente e professor de Direito Civil nas Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo”..

esses decidam quantos pré-embriões serão transferidos a fresco, devendo o excedente ser criopreservado, não podendo ser descartado ou destruído. A mesma norma diz ainda que, 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, ou falecimento de um deles ou de ambos, e que quantidade desejam doar.

Pela norma do Conselho Federal de Medicina, não pode o casal optar pelo descarte ou destruição dos embriões, nem cedê-los a pesquisas científicas, mas apenas doá-los para a satisfação de outro casal estéril.

Um outro fato ético a ser considerado quanto aos embriões excedentes, consiste no fato de se permitir a um determinado casal escolher atributos genéticos do embrião a ser implantado, tais como o sexo, a cor dos olhos, a cor dos cabelos, entre outros. A resolução proíbe tal procedimento, apenas permite tal escolha se for com o intuito de se evitar o advento de doenças genéticas, como o albinismo, a hemofilia, o hemafroditismo.

Mas, cabe lembrar que tal norma não tem força de lei, então é perfeitamente possível o não cumprimento do disposto acima. Muitos casais, com o desejo de ter filhos que satisfaçam seus interesses pessoais, recorrem à reprodução assistida, sacrificando vários embriões até chegar ao seu êxito.

Quanto à doação de óvulos, uma das questões éticas que surge é quanto ao anonimato da doadora. Até que ponto esse anonimato deve prevalecer, ou seja, em que hipóteses pode ser quebrado?

Além disso, um dos principais problemas da doação de óvulos é estabelecer a maternidade, uma vez que a mulher que fornece toda carga genética da criança é diferente daquela que dá a luz. Nesse caso, o que deveria definir a filiação: a maternidade genética ou a maternidade estabelecida pela gestação e pelo parto?

No nosso ordenamento jurídico tem prevalecido o entendimento que “mãe é a aquela que dá à luz”.

Com relação às mães de substituição, o grande dilema ético que surge é quanto ao apego da mãe portadora da criança gerada. É certo que a mãe portadora concordou em ceder seu corpo para gerar o filho genético de outra

mulher ou até mesmo dela (em certos casos além da mulher emprestar o útero ela doa toda carga genética), porém, ao longo da gestação o instinto materno pode falar mais alto, e a portadora pode se arrepende do acordo.

Por tudo isso, a ética e a moral devem nortear qualquer decisão em que não haja norma positivada. Assim, reconhece-se o grande papel da Bioética e de seus princípios, que foram criados justamente para estabelecer o ponto de partida obrigatório para qualquer discussão a propósito da clonagem humana e de técnicas de reprodução humana, entre outros.

Os princípios da Bioética foram criados pelo Congresso dos Estados Unidos, com o fim de nortear a experimentação de seres humanos nas ciências do comportamento e na biomedicina. Na ocasião foram identificados quatro princípios básicos que são:

- a) Princípio da Autonomia: refere-se à autonomia que a pessoa tem de escolher e opinar segundo suas crenças e valores. O médico deve sempre respeitar a vontade do paciente, posto que esse tem domínio sobre sua própria vida.
- b) Princípio da Beneficência: se traduz na obrigação de não causar dano e de extremar benefícios e minimizar os riscos. Esse princípio tem como base o juramento hipocratiniano, pelo qual o médico deve sempre usar o tratamento em benefício do paciente, evitando, sempre que possível, os danos.
- c) Princípio da Justiça: deve haver imparcialidade na distribuição de riscos e benefícios, não podendo ser uma pessoa tratada de maneira distinta de outra.
- d) Princípio da não-maleficiência: não se deve causar dano intencional a outrem.

Assim esses princípios, juntamente com outras normas da Bioética, são indicadores da conduta lícita e ética a ser seguidas pelas pessoas envolvidas no fator biomédico.

Ao lado desses princípios deve haver o respeito à dignidade da pessoa humana, cláusula pétrea da Magna Carta brasileira. A Constituição Federal de 1988 tem como um de seus maiores postulados o da dignidade da pessoa humana. A dignidade é um dos mais importantes valores do homem.

Maria Helena Diniz (2002, p. 17) assim ilustra a dignidade da pessoa humana:

*Os bioeticistas devem ter como paradigma a dignidade da pessoa humana, que é o fundamento do Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, III) e o cerne de todo ordenamento jurídico. Deveras, a pessoa humana e sua dignidade constituem fundamento e fim da sociedade e do Estado, sendo o valor que prevalecerá sobre qualquer avanço científico e tecnológico. Consequentemente, não poderão bioética e biodireito admitir conduta que venha reduzir a pessoa humana a condição de coisa, retirando dela sua dignidade e direito a uma vida digna.*

As novas técnicas de reprodução humana assistida devem respeitar integralmente o Princípio da dignidade da pessoa humana. Deve haver controle aos limites da biomedicina, uma vez que a dignidade do ser humano deve prevalecer em qualquer caso, como por exemplo no descarte de embriões e na clonagem humana.

Novamente a autora já citada (DINIZ, 2002, p.18) ilustra com clareza o respeito que a medicina deve ter com a pessoa humana:

*Urge, portanto, a imposição de limites à moderna medicina, reconhecendo-se que o respeito ao ser humano em todas as suas fases evolutivas (antes de nascer, no nascimento, no viver, no sofrer e no morrer) só é alcançado se se estiver atento à dignidade humana. Daí ocupar-se a bioética de questões éticas atinentes ao começo e fim da vida humana, as novas técnicas de reprodução assistida, à seleção de sexo, à engenharia genética, à maternidade substitutiva etc., considerando a dignidade humana como valor ético ao qual a prática biomédica está condicionada e obrigada respeitar .*

Portanto, indubitavelmente a dignidade da pessoa humana deve ser respeitada sobre todas as coisas, em especial nas questões que envolvem a biotecnologia, no que se refere à reprodução humana.

## 6.2 Aspectos Religiosos

Com relação aos aspectos bioéticos, a Igreja Católica se sobressai das demais, uma vez que há uma vasta documentação oriunda dos Papas a respeito dos problemas morais trazidos pelo avanço da medicina.

A esterilidade conjugal é visto como algo atribuído a vontade divina, foi assim desde os tempos remotos, como na época de Abraão, na qual sua mulher Sara em princípio estéril, e somente na velhice, por compaixão de Deus, teve seu primeiro filho Isaac:

*Deus disse a Abraão: “A tua mulher Sarai, não mais chamarás de Sarai, mas seu nome é Sara. Eu a abençoarei, e dela te darei um filho; e eu a abençoarei, ela se tornará nações, e dela sairão reis de povos”. Abraão caiu com o rosto por terra e se pôs a rir, pois dizia a si mesmo: “Acaso nascerá um filho a um homem de cem anos, e Sara que tem noventa diante de ti!” Mas Deus respondeu: “Não, mas tua mulher Sara te dará um filho: tu o chamará de Isaac; estabecerei minha aliança com ele, como uma aliança perpétua, para ser seu Deus e o de sua raça depois dele. Em favor de Ismael também, eu te ouvi: eu o abençoo, o tornarei fecundo, o farei crescer extremamente, gerará doze príncipes e dele farei uma grande nação (Gênesis 17, 15-20).*

Tanto no que se refere à não concepção, quanto a reprodução humana, a Igreja Católica é contra qualquer meio que não seja o natural, visto que qualquer método seria artificial responsável pela alteração do ritmo natural da vida determinado por Deus, além disso, a procriação de uma vida humana só poderia ser feita dentro do sacramento do matrimônio. Nesse sentido ensina Eduardo de Oliveira Leite (1995, p. 74):

*Para a Igreja Católica a criança só tem direito de ser concebida, carregada, colocada no mundo e educada no casamento. A inseminação artificial é considerada contrária ao direito e à moral, porque ultrapassa os limites do direito dos cônjuges adquiriram no contrato matrimonial, em especial, o de exercer plenamente suas capacidades sexuais naturais na realização natural do ato matrimonial. O contrato em questão não lhes confere o direito à fecundação artificial porque tal direito não está implícito, de nenhuma forma, no direito ao ato conjugal natural.*

Dessa forma, a Igreja Católica é unânime em dizer que uma criança concebida de modo artificial, seja ela por inseminação artificial, fecundação *in vitro*, ou “barriga de aluguel”, é considerada uma criança ilegítima.

Com relação à técnica de inseminação artificial, o argumento utilizado pela Igreja Católica para impedir a inseminação homóloga (técnica em que é utilizado o próprio sêmen do marido ou companheiro) diz respeito ao ato da masturbação, uma vez que este vai contra todos os princípios morais da igreja.

O papa Pio XII declarou ser contrário à inseminação artificial por duas razões: porque o esperma do marido só pode ser obtido por masturbação, ato contrário à natureza, segundo a Igreja e porque através da inseminação, a fecundação se realiza fora de qualquer contato sexual, logo, em condições contrárias à ordem natural disposta pelo Criador.

Da mesma forma é a Instrução *Donum Vitae* II<sup>22</sup> no que se refere a inseminação homóloga:

*Praticadas entre o casal, estas técnicas (inseminação) são talvez menos claras a um juízo imediato, mas continuam moralmente inaceitáveis. Dissociam o ato sexual do ato procriador. O ato fundante da existência dos filhos já não é um ato pelo qual duas pessoas se doam uma à outra, mas um ato que remete à vida e a identidade do embrião para o poder dos médicos e biólogos, e instaura um domínio da técnica sobre a origem e a destinação da pessoa humana.*

Já com relação a inseminação heteróloga (gameta utilizado é terceira pessoa), a igreja fundamenta que a utilização do sêmen ou óvulo de terceiro constitui um falta grave ao casamento.

A Instrução *Donum Vitae* II (O Dom da Vida) também se manifestou a respeito da inseminação heteróloga:

*As técnicas que provocam uma dissociação do parentesco, pela intervenção de uma pessoa estranha ao casal (doação de esperma ou de óvulo, empréstimo de útero), são gravemente desonestas. Estas técnicas lesam o direito da criança de nascer de um pai e uma mãe concebidos dela e ligados entre si pelo casamento. Elas traem o direito exclusivo de se tornarem pai e mãe somente um através do outro.*

---

<sup>22</sup> *Donum Vitae* é um documento com base em dados científicos feito pelo Vaticano.

Eduardo de Oliveira Leite (1995, p. 74) comenta os argumentos utilizados pela Igreja Católica para impedir a inseminação artificial heteróloga:

*Somente o marido e mulher tem direito recíproco sobre seus corpos para engendrar uma nova vida; direito exclusivo e inalienável. Dentro dessa ótica, a inseminação artificial com o doador (heteróloga), ou seja, aquela produzida pelo elemento ativo de um terceiro, é banida pela Igreja, já que, entre o cônjuge legítimo e a criança o que é fruto do elemento ativo de um terceiro, estranho à relação – não existe nenhum laço de origem, nenhuma ligação moral e jurídica de procriação conjugal.*

*A inseminação heteróloga é contrária a unidade do casamento. O recurso aos gametas de uma terceira pessoa constitui uma violação do compromisso recíproco dos cônjuges e uma falta grave à unidade do casamento. Constitui uma ofensa à vocação comum dos esposos chamados à paternidade e à maternidade.*

Como esclarece o autor (LEITE, 1994, p. 74), a Igreja Católica é totalmente contra aos métodos artificiais de reprodução, é contra até àquele em que é utilizado o sêmen do próprio marido.

Entretanto, a Igreja Católica se contradiz, posto que se diz favorável às intervenções médicas e cirúrgicas que têm por objetivo reparar artificialmente as ambigüidades da natureza, como por exemplo um transplante de órgão.

Ora, se a Igreja católica é favorável a esse tipo de intervenção, por que não apoiar a inseminação homóloga, uma vez que o marido, ao se submeter a esse procedimento, realiza em favor de sua esposa, de seu casamento, e isso configura um ato de amor, um sacrifício em torno do desejo de ambos.

Mas, apesar dessa contradição, a Igreja Católica é totalmente contra os métodos artificiais, pois entende que a esterilidade física do casal que não pode gerar, não é um mal total. A Igreja tem uma palavra que foi dada do Catecismo da Igreja para esses casais (CIC, 2379)<sup>23</sup>:

*Os esposos que, depois de terem esgotado os recursos legítimos da medicina, sofrem a infertilidade, unir-se-ão à Cruz do Senhor, fonte de toda fecundidade espiritual. Podem mostrar a sua generosidade adotando crianças desamparadas ou prestando relevantes serviços em favor do próximo*

---

<sup>23</sup> A sigla CIC significa Catecismo da Igreja Católica. Semelhante ao *Donnum Vitae*, o CIC também é elaborado pelo Vaticano.

Pelo que foi exposto, sem dúvida a Igreja Católica é contra os meios artificiais de reprodução humana; nesses casos, aos olhos do catolicismo, a melhor solução para os casais que não podem gerar seria a adoção. Porém, a Igreja não é contra, por exemplo, à estimulação da ovulação, para ela isso seria um meio legítimo da medicina auxiliar na procriação dos casais infertéis.

Já com relação aos embriões obtidos através da fecundação *in vitro*, a Igreja Católica diz que o embrião é ser humano desde o primeiro momento de sua existência, proibindo, dessa forma, o seu descarte, além de condenar severamente a utilização de embriões com fins de pesquisa.

A esse respeito a autora Eliane Crsitine da Silva (*apud* MELLO, 2003, p. 274) cito o documento *Donum Vitae*, publicado pelo Vaticano, 25/03/95, que considera a vida humana em todos os seus momentos se sua existência:

*Os embriões humanos obtidos in vitro são seres humanos sujeitos de direito: a sua dignidade e o seu direito à vida devem ser respeitados desde o primeiro momento de sua existência. É imoral produzir embriões humanos destinados a serem usados como material disponível.*

*Na prática habitual da fecundação "in vitro", nem todos os embriões são transferidos para o corpo da mulher; alguns são destruídos. Assim, como condena o aborto provocado, a Igreja proíbe também o atentado à vida destes seres humanos. É necessário denunciar a particular gravidade da destruição voluntária dos embriões humanos obtidos "in vitro", unicamente para fins de pesquisa, seja mediante fecundação artificial como por fissão gemelar. (Donum Vitae, II, 5)*

*Quando o Estado não põe a sua força a serviço dos direitos de cada um dos cidadãos e, particularmente, de quem é mais fraco, são ameaçados os fundamentos mesmo de um Estado de direito. A lei não poderá tolerar – antes de proibir expressamente – que seres humanos, ainda que um estágio embrionário, sejam mutilados ou destruídos, sob o pretexto de que seriam supérfluos ou incapazes de se desenvolver normalmente (Donum Vitae, III)*

A opinião da Igreja Católica é de suma importância nas questões da bioética, entretanto atualmente encontra-se um pouco enfraquecida em relação ao tempo em que era soberana, e tudo o que dizia era lei. Hoje, seus pareceres sobre os mais variados assuntos, apenas servem para auxiliar na elaboração de critérios.

No que concerne às igrejas não católicas, a Igreja Protestante diferentemente do que ocorre com a Igreja Católica, para a qual um dos fins

essenciais do casamento é a procriação, é da opinião que a relação entre os cônjuges vai muito além da mera função procriativa.

Quanto à inseminação homóloga, a Igreja Protestante é favorável a essa técnica, sem qualquer tipo de restrição. Já com relação à inseminação heteróloga, em princípio a Igreja Protestante era contrária, mas atualmente aceita essa técnica desde que haja concordância dos cônjuges.

Nesse sentido Eduardo de Oliveira Leite (1994, p. 90) cita a manifestação pública do pastor André Dumas:

*Eu sou favorável à inseminação artificial humana, mesmo com o esperma do doador, pois é uma possibilidade obtida pela ciência, de superar a esterilidade, mas ela deve ser praticada com a concordância do marido e da mulher. Atualmente, intervém-se, cada vez mais, nos processos biológicos. A natureza é um mito. É legítimo para o homem intervir nos processos da natureza. O problema da doação de esperma deve ser considerado como um problema de transplantes, no plano da doação de órgãos. A semente deve ser dessacralizada. Evidentemente, a genética representa um papel na personalidade da criança, mas a cultura e as condições de educação também.*

Desse modo, a Igreja Protestante é favorável à inseminação artificial, seja homóloga ou heteróloga. O argumento dos protestantes é de que a filiação não é só biológica, mas também simbólica, como por exemplo no caso de adoção e utilização de gametas. Diferencia-se, portanto, da Igreja Católica, para a qual a filiação deve estar fundada na relação sexual entre os cônjuges ligados pelo sacramentado matrimônio.

Com relação à posição do judaísmo, os judeus são totalmente contrários à inseminação heteróloga, visto que a criança gerada com o esperma de um doador estranho ao casal, não criaria laços de religiosidade com o marido da mulher que a gerou.

Quanto à inseminação *post mortem*, o judaísmo repudia tal técnica, mesmo quando utilizados os gametas do casal pois, isso se admitida, iria trazer transtornos psicológicos para a criança.

A igreja muçulmana fundamenta-se nos ensinamentos tirados do Alcorão. Assim, para os muçulmanos a esterilidade deve ser vista como uma vontade de Allah: “Allah cria o que ele quer, ele concede a uns filhos, dá a outros crianças macho (...) ele torna também estéril quem ele quer” (LEITE, 1994, p.91).

## 7. A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

### 7.1 Constituição Federal

Houve uma notável mudança no Direito de Família, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, dando nova conceituação à entidade familiar, para efeito de proteção do Estado. A família na Constituição Federal tem capítulo próprio e uma grande proteção.

Existem várias formas de instituição da família, como disciplina o artigo 226 da Carta Maior. A família pode ser instituída pelo casamento civil ou religioso com efeitos civis; pela união estável entre homem e mulher, também considerada forma legítima de união; pela comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, formando a chamada família monoparental.

Da união de duas pessoas forma-se uma família, da qual podem advir filhos, e este trabalho trata justamente do direito de filiação. A filiação também tem proteção integral do Estado; o próprio artigo 227, § 6º assim estabelece:

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

*§ 6º. 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.*

Assim, não existe mais distinção entre filhos legítimos e ilegítimos. Entendia-se por “legítimo” o parentesco entre filhos de pessoas unidas pelos

laços do casamento, e “ilegítimo” quando resultante de relações extramatrimoniais.

## 7.2 Código Civil

O atual Código Civil regulamenta a reprodução humana assistida de forma breve, pode-se dizer que o Código apenas menciona a existência da reprodução humana assistida, sem contudo aprofundar-se em determinados assuntos como clonagem e mãe por substituição. O artigo 1.597 assim estabelece:

*Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:*

*(...)*

*III – havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;*

*IV – havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;*

*V – havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.*

O artigo citado criou novas presunções legais de paternidade descrevendo algumas técnicas de reprodução humana artificial.

A primeira técnica que o código descreve é a fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido. O sêmen do marido é colhido e posteriormente congelado para uma futura fecundação.

O segundo método trata-se dos embriões excedentários. Para que haja os embriões excedentes, é necessário que tenha havido anteriormente a fertilização *in vitro*, e dessa fertilização sobrado alguns embriões, que seriam posteriormente utilizados em uma fecundação artificial.

A terceira técnica consiste na inseminação artificial heteróloga, realizada com sêmen de terceiro, mediante prévia autorização do marido.

Esse artigo merece algumas considerações a serem feitas. Uma das implicações jurídica foi que o legislador utilizou a expressão “a qualquer tempo” no inciso IV. Então, nesse caso, mulher teria a livre disposição sobre o embrião excedentário, assim, mesmo havendo uma separação posterior, a mulher poderia obrigar a clínica a inseminá-la? E quanto ao cônjuge, teria esse a mesma livre disposição da mulher? Em virtude do princípio da igualdade entre homens e mulheres, poderia o homem usar o embrião excedentário para gestação em terceira pessoa, mediante sub-rogação do útero?

Jones Figueiredo Alves (2003, p. 321) comenta acerca da livre disposição da mulher com relação ao embrião excedentário:

*Reconhecido que a mulher tem a livre disposição do embrião excedentário, para efeito de gestação, urge considerar, todavia, se tal disponibilidade é plena, ou melhor, independe da intervenção volitiva do cônjuge ou ex-cônjuge. O silêncio da lei relativo ao homem, pai potencial, também fornecedor do elemento genético, suscitará grandes discussões doutrinárias e posições jurisprudências antagônicas. Pelo princípio da igualdade substancial do homem e da mulher em direitos e obrigações (art. 5º., I, CF) deve ser entendido necessário o assentimento do pai para efeito de implantação do embrião excedentário, respondendo o médico perante ele por dano moral na hipótese de realizar o procedimento médico sem a sua prévia anuência.*

Essas e outras questões encontram-se sem resposta, uma vez que o legislador silenciou a respeito das conseqüências que essas técnicas poderiam trazer e é inevitável, como já salientou o autor, que esse tema suscite posições doutrinárias e jurisprudências divergentes.

Outra implicação é com relação ao inciso V, que determina que para que haja inseminação heteróloga, deve haver prévia autorização do marido. Essa autorização deveria ser expressa, ou a verbal já seria válida? Ainda nesse mesmo inciso, o legislador não fala sobre a possibilidade de haver investigação de paternidade sobre o doador, desse modo o Código é omissivo no que tange ao anonimato do doador.

### 7.3 Código Penal

No Código Penal não há nenhum artigo que cuide especificadamente da reprodução humana.

O Direito Penal, como se sabe, é o ramo do direito que visa regular o poder punitivo do Estado, uma vez que acontecido o ilícito penal, deve haver, como conseqüência, a imposição de uma sanção penal.

Apesar de não existir norma que regulamente a reprodução humana, é inegável a idéia de que, uma vez realizada a técnica de fertilização *in vitro*, secundariamente surge a questão dos embriões excedentes.

O descarte de embriões excedentes seria considerado como homicídio ou aborto? Ou, ainda, não configuraria ilícito penal, vez que não há disposição legal sobre o assunto?

Não há nada que responda a essa dúvida. Alguns entendem que o descarte de embriões excedentes poderia ser considerado homicídio, posto que o embrião seria vida humana, e o início da vida humana se dá com a fusão do espermatozóide do homem com o óvulo da mulher, formando assim o zigoto.

Outros entendem que o descarte de embriões não poderia ser considerado homicídio, posto que a vida humana começa com o início do parto.

O crime de homicídio é previsto no artigo 121 do Código Penal que prevê a pena de reclusão de 6 a 20 anos para “matar alguém”.

Com esse dispositivo tutela-se o bem jurídico mais valioso, a vida humana, cuja proteção está consagrada constitucionalmente no artigo 5º, caput, da Constituição Federal.

Nesse tipo penal deve ser analisado quem pode figurar como sujeito passivo, ou seja, quem pode ser vítima desse ilícito pois, da mesma forma que há divergência quanto ao início da vida humana, há também quanto ao sujeito passivo do crime de homicídio.

O autor Julio Fabbrini Mirabete (2001, p. 63) obra discute quem pode ser vítima desse crime:

*Figura como sujeito passivo do crime alguém, ou seja, qualquer ser humano, sem distinção de idade, sexo, raça, condição social etc. O início da existência da pessoa humana, a partir do qual pode ser vítima de homicídio, é estabelecido a partir da definição do infanticídio, que nada mais seria do que homicídio privilegiado especial. Referindo-se a lei, no art. 23, ao fato praticado “durante o parto”, em que a eliminação do nascente já constitui infanticídio, a conclusão é a de que pode ocorrer homicídio a partir do início do parto. Variável, porém, é o que se entende por início do parto: fala-se em rompimento do saco amniótico, em dores da dilatação, às quais normalmente se segue o rompimento do saco amniótico, dilatação do colo do útero e desprendimento do feto no alveo materno. A destruição do feto antes do início do parto não configura homicídio ou infanticídio, e sim aborto.*

Pela explanação do autor, o descarte dos embriões excedentes não configuraria crime de homicídio, posto que nesse não há parto, o que, por consequência, não daria início à vida humana. Entende o autor que, antes do início do parto, a eliminação da vida haveria que ser considerada como aborto. Diante desse entendimento se faz necessário um breve estudo sobre o crime de aborto.

O crime de aborto está previsto nos artigos 124 e seguintes do Código Penal. Existem várias formas de aborto que são: crime de auto-aborto e consentimento no aborto (art. 124), aborto sem consentimento da gestante (art. 125) e aborto com o consentimento da gestante (art. 126).<sup>24</sup>

Para Julio Fabbrini Mirabete (2001, p.93) o conceito de aborto pode ser dado da seguinte maneira:

*O aborto é a interrupção da gravidez com a destruição do produto da concepção. É a morte do ovo (até três semanas de gestação), embrião (de três semanas a três meses) ou feto (após três semanas), não implicando necessariamente sua expulsão. O produto da concepção pode ser dissolvido, reabsorvido pelo organismo da mulher ou até*

---

<sup>24</sup> O crime de auto-aborto e aborto consentido (art. 124) se dará na primeira hipótese quando a própria gestante provoca o aborto em si mesma. A segunda hipótese acontecerá quando a gestante consente que o agente o realize.

O aborto provocado sem o consentimento da gestante (art. 125), acontece quando o agente provoca o aborto sem o consentimento da gestante, no caso também vítima do crime.

O aborto com o consentimento da gestante (art. 126) se dará quando o aborto for praticado com o consentimento da gestante. Esta responderá pelo crime previsto no art. 124, enquanto que aquele que praticou as manobras abortivas será punido por este artigo, com pena mais severa.

*mumificado, ou pode a gestante morrer antes de sua expulsão. Não deixará de haver, no caso, o aborto.*

*Tutela-se nos artigos a vida humana em formação, a chamada vida intra-uterina, uma vez que desde a concepção (fecundação do óvulo) existe um ser em germe, que cresce, se aperfeiçoa, assimila substâncias, tem metabolismo orgânico exclusivo e, ao menos nos últimos meses de gravidez, se movimenta e revela uma atividade cardíaca, excetuando funções típicas da vida.*

Quanto ao descarte de embriões deve ser afastada a hipótese de aborto, posto que, no caso em apreço, não existe gravidez, em virtude da ausência da gravidez não estaria configurado o crime de aborto.

Na opinião da autora deste trabalho, o descarte de embriões configuraria crime de homicídio, uma vez que entendo como início da vida a união do óvulo com o espermatozoíde, porém, o Código Penal silencia a respeito.

Além disso, outro argumento que leva a crer que o descarte de embriões caracteriza crime de homicídio é que o Código Civil protege o nascituro desde a concepção, portanto se adotada a teoria concepcionista, é inegável a idéia de que o embrião é uma pessoa.

Entretanto, cabe lembrar, caso não se entenda ser o descarte de embriões crime de homicídio, não haveria crime algum, em virtude do Princípio da Legalidade consagrado na Magna Carta, no artigo 5º, XXXIX.<sup>25</sup>

Mirabete (2000, p. 55) explica com clareza o Princípio da Legalidade:

*Pelo princípio da legalidade alguém só pode ser punido se, anteriormente ao fato por ele praticado, existir uma lei que o considere como crime. Ainda que o fato seja imoral, anti-social ou danoso, não haverá possibilidade de se punir o autor, sendo irrelevante a circunstância de entrar em vigor, posteriormente, uma lei que o preveja como crime.*

Dessa forma, cabe ao legislador elaborar uma lei dizendo em qual o crime deve ser tipificado o descarte de embriões excedentes, ou até mesmo que ele defina ser ou não crime, posto que o direito não pode ficar inerte frente às transformações trazidas pela medicina biotecnológica.

---

<sup>25</sup> Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

## 7.4 Projetos de Lei

Na nossa atual legislação não existe nenhuma lei que cuide especificadamente da reprodução humana assistida, apenas projetos de leis que, na maior parte, reproduzem as normas do Conselho Regional de Medicina.

O primeiro projeto de lei (PL n.º 809/91) que menciona a reprodução humana assistida é de autoria do deputado Mauricy Mariano e propõe a proibição da prática da técnica denominada “barriga de aluguel” e da fertilização heteróloga.

Em 1993, o deputado Luiz Moreira apresentou o projeto de lei n.º 3.638, no qual reproduz, quase na íntegra, a norma do Conselho Regional de Medicina de 1992. O projeto é tão semelhante às normas do Conselho que as seções e as subseções do projeto têm a mesma denominação atribuída pelo Conselho; a única diferença é que esse projeto inclui mais um título, qual seja as disposições finais.

Outro projeto apresentado é de autoria do deputado Confúdio Moura. O deputado apresentou à Câmara o projeto de lei 2.855/97, que é dividido em dez títulos. O artigo 1º prevê que as técnicas de reprodução assistida devem observar os princípios da eficiência e da beneficência.

O artigo 4º estabelece que toda mulher, independentemente de seu estado civil, poderá ser beneficiária da reprodução humana.

O projeto ainda prevê, no artigo 6º, a possibilidade de se ter acesso às técnicas de reprodução assistida quando há perigo de transmissão de doença genética à prole. Por outro lado, proíbe o emprego de técnicas com finalidade de clonagem, de seleção de sexo ou de outra característica e da eugenia.

Outro fato a ser destacado no projeto, é que no artigo 19 é estabelecido que não pode haver a inserção de qualquer referência à condição genética do filho concebido com a ajuda da técnica, na certidão de nascimento da criança. Tal determinação segue o disposto no artigo 227, § 6º, da Constituição Federal que institui a igualdade de filiação.

Com relação aos embriões, o projeto prevê que poderão ficar preservados por até cinco anos e que cabe ao casal estabelecer, por escrito, o destino dos embriões no caso da morte de um dos pais ou de separação. Quanto à experimentação em embriões, esta dependerá ainda do consentimento dos doadores.

Uma das grandes inovações desse projeto, é um capítulo destinado às infrações e sanções para alguns comportamentos. Pode-se destacar o intuito do projeto de criminalizar a conduta de fecundar óvulos com finalidade distinta da procriação humana (art. 39), comercializar ou industrializar pré-embriões ou células germinativas (art. 42), utilizar pré-embriões com fins cosméticos (art. 43), misturar sêmen de vários doadores ou óvulos de distintas mulheres para fertilização *in vitro* ou transferência intra-tubária (art. 44), utilizar a técnica de reprodução humana assistida com fins eugênicos, seleção racial ou seleção de sexo (art. 47).

Apesar das boas inovações trazidas por esse projeto, há muito tempo o mesmo encontra-se tramitando na Câmara dos Deputados.

O último projeto a ser analisado é de autoria do senador Lúcio Alcântara (Projeto de Lei n.º 90, de 1999), que se encontra em fase mais avançada de tramitação no Senado Federal.

O projeto 90/99 contém oito seções; na seção I, conceitua a reprodução humana assistida no art. 1º, além disso, no mesmo artigo há o conceito de embriões humanos, usuários, criança e maternidade de substituição.

O art. 2º estabelece que só será permitida a utilização de técnicas de RA para auxiliar na resolução de casos de infertilidade e para a prevenção de doenças genéticas, desde que obedecidos algumas requisitos como: que a infertilidade seja irreversível ou inexplicada; que os demais tratamentos tenham sido ineficazes; que a receptora da técnica seja uma mulher capaz; que exista possibilidade efetiva de sucesso e a técnica utilizada não traga grave risco à saúde da mulher receptora ou da criança e no caso de prevenção e tratamento de doenças genéticas ou hereditárias.

Já o art. 3º estabelece que será obrigatório o consentimento informado extensivo aos cônjuges e companheiros em união estável.

O art. 6º diz que será permitida a doação de gametas e embriões, vedada a remuneração, a qualquer título, aos doadores e a cobrança por esse material. O parágrafo 2º determina que 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, apenas nos casos autorizados nessa Lei.

O parágrafo 3º diz que será quebrado o anonimato do doador quando as razões médicas indicarem ser o melhor interesse da criança obter informações genéticas necessárias para sua vida ou sua saúde.

O art. 7º diz que será permitida a gestação de substituição em sua modalidade não remunerada desde que haja parentesco até segundo grau entre a doadora do óvulo e a mãe substituta ou doadora temporária do útero.

O artigo 9º, parágrafo 1º do projeto traz como inovação a determinação de que não se deve aplicar aos embriões originados *in vitro*, antes de sua introdução no aparelho reprodutor da mulher receptora, os direitos assegurados ao nascituro na forma da lei.

O parágrafo 3º do mesmo artigo estabelece que deverá ser comunicado aos usuários o número total de embriões produzidos em laboratório, para que esses decidam quantos embriões serão transferidos a fresco, devendo o resto ser preservado, salvo disposição em contrário, em que os usuários poderão optar pelo descarte, pela doação a terceiros ou para pesquisas.

Outra inovação trazida por artigo 9º é o parágrafo 5º, que determina que será obrigatório o descarte de embriões nas seguintes situações: doados há mais de dois anos; sempre que for solicitado; no caso de falecimento de doadores ou depositantes; no caso de falecimento de pelo menos uma das pessoas que originaram os embriões preservados.

Outro fator muito importante que esse projeto de lei traz é a seção destinada à filiação da criança. O artigo 12 diz que a criança nascida a partir de gameta ou embrião doado, ou por meio de gestação de substituição, poderá, se quiser, ter 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.

O parágrafo 1º desse mesmo artigo diz que a criança poderá exercer esse direito desde o nascimento, caso não possua reconhecimento de filiação relativa a pessoa do mesmo sexo do doador ou da mãe substituta, situação essa que dará direito à criança de ter reconhecida pelo doador ou mãe substituta essa filiação.

Já o parágrafo 2º determina que, no caso em que tenha sido utilizado gameta proveniente de indivíduo falecido antes da fecundação, a criança não terá reconhecida sua filiação relativa ao falecido.

Esse artigo prevê, ainda, a possibilidade de haver disputa judicial sobre a filiação da criança, caso esse em que será atribuída a maternidade à mulher que deu à luz a criança, salvo quando esta tiver recorrido à RA por ter ultrapassado a idade reprodutiva, caso esse em que a maternidade será outorgada à doadora do óvulo (§ 3º).

Como no projeto de Confúndio Moura, esse projeto estabelece alguns comportamentos que podem ensejar crime quando utilizada a reprodução humana assistida.

É inegável que os projetos apresentam certa uniformidade acerca dos pontos tratados, porém um dos projetos mais completos é sem dúvida o de autoria do deputado Lúcio Alcântara, vez que cuida de um dos aspectos mais importantes da reprodução humana, qual seja, a filiação.

Mas, deve ser ressaltado que alguns artigos desse projeto devem ser analisados minuciosamente para não se opor ao disposto no Código Civil, ou até mesmo serem declarados ilegais, como por exemplo a obrigatoriedade de descarte de embriões em certas situações, o não reconhecimento da filiação advinda de gameta de doador falecido, uma vez que o Código Civil admite a fecundação *post mortem*.

Por tudo isso, as propostas legislativas não podem se resumir somente a esses projetos, posto que se faz necessário um estudo mais detalhado das conseqüências que cada técnica pode trazer. Além disso, o projeto de lei que cuidar da reprodução humana deve ter a participação de toda a sociedade civil, das comunidades religiosas, morais e de cientistas das mais diversas áreas, sobretudo da área jurídica.

## 8. FILIAÇÃO BIOLÓGICA X FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA

A família antiga era numerosa, edificada no casamento, tendo o patriarca o poder de vida e morte sobre a mulher, filhos e escravos.

O Código Civil de 1916 foi calcado no poder patriarcal, na hierarquização das funções, na desigualdade de direitos entre marido e mulher, na discriminação dos filhos e no predomínio dos interesses patrimoniais em detrimento do aspecto afetivo.

Já houve época em que era proibido o reconhecimento do filho incestuoso ou adúltero, porém com a Constituição Federal 1988, no artigo 227, § 6º ficou proibida qualquer discriminação entre os filhos.

A atual família brasileira pode originar-se do casamento, da união estável ou da comunidade formada por qualquer dos pais e o filho, denominada de forma comum como família monoparental.

O Código Civil de 2002 em consonância com a Constituição Federal declarou a igualdade entre o casamento e a união estável, no predomínio dos interesses afetivos em detrimento do patrimonial, não havendo mais a hierarquia entre seus membros.

Com a transformação da família, houve uma grande mudança na filiação. Como já lembrado, hoje é proibida qualquer qualificação relativa à filiação em virtude do princípio da igualdade que deve reinar entre os filhos, independentemente de sua origem princípio esse consagrado na Magna Carta.

A filiação sempre foi calcada em critérios puramente biológicos, mas com os avanços científicos na área da genética que remexem com os conceitos jurídicos ligados à filiação, tais critérios foram deixando de ser absolutos.

O critério puramente genético deixou de ser ponto fundamental na análise dos vínculos familiares; hoje o afeto deve também ser levado em consideração.

Diante desse fato, a filiação socioafetiva é uma realidade que os biólogos não podem negar.

Compete agora compreender e estabelecer qual a verdadeira filiação que o direito nos consente – a filiação biológica ou a filiação socioafetiva.

A filiação biológica compreende os laços de sangue, ou seja são pais aqueles que doaram toda a carga genética à criança gerada.

Já a filiação socioafetiva compreende a relação jurídica de afeto, de sentimentos, do afeto e amor desenvolvido durante a vida cotidiana, da convivência entre pais e filhos.

Eduardo de Oliveira Leite (1994, p. 203) 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 sangüíneo determina, para a grande maioria dos pais, um laço fundado sobre a vontade e aceitação dos filhos. Logo, a vontade individual é a seqüência ou o complemento necessário do vínculo biológico.*

Assim, existe uma grande diferença entre filiação biológica e filiação socioafetiva; esta, por sua vez, em muitos casos deve prevalecer, ou seja, a vontade de ter um filho, na maioria das vezes, é maior do que aquela somente determinada pelos laços sangüíneos.

No que tange à reprodução humana assistida, a filiação socioafetiva tem um grande peso, posto que na aplicação de algumas técnicas é nítida a filiação de afeto e não a biológica.

Exemplo claro de filiação socioafetiva na reprodução humana assistida é a inseminação heteróloga. Como já foi dito, a inseminação heteróloga é aquela em que é utilizado gameta de terceiro, estranho ao casal, seja óvulo ou espermatozóide.

Ao consentir na inseminação heteróloga, o marido ou companheiro contrai com a criança gerada uma relação de afeto, caracterizadora da filiação socioafetiva, uma vez que, pela teoria biológica, a criança gerada não tem nenhuma carga genética do pai que a registrou.

O autor Silvio de Salvo Venosa (2004, p.290) assim comenta:

*Assim como na adoção, a paternidade deve ser vista como um ato de amor e desapego material, e não simplesmente como fenômeno biológico e científico, sob pena de revivermos odiosas concepções de eugenia que assolaram o mundo em passado não muito remoto. Nesse sentido a doutrina se refere-se à paternidade socioafetiva. Várias legislações já nos dão exemplo disso ao admitir consequências da paternidade à inseminação artificial como sêmen de terceiro, admitida pelo casal. Na inseminação heteróloga autorizada pelo marido ou companheiro, a paternidade socioafetiva já estaria estabelecida no momento em que o pai concorda expressamente com a fertilização.*

Diante de tudo que foi salientado, é inegável a idéia de que existe hoje, além da filiação biológica, a filiação socioafetiva. O legislador não deve estabelecer a filiação apenas pelo vínculo de sangue, deve levar em consideração a vontade dos pais em ter um filho, em educá-lo, em amá-lo, proporcionando-lhe todos os meios necessários para seu desenvolvimento perante a sociedade.

Deve levar em conta os laços do coração, de afeto, pois pai não é só aquele que coloca no mundo, mas aquele que cria, que educa.

Sobretudo a filiação socioafetiva deve sempre estar presente para nortear a decisão do magistrado quando se defrontar com algum caso envolvendo a reprodução humana assistida, pois diante das inovações das ciências genéticas há casos em que a criança poderá ter dos pais (o pia biológico doador do sêmen e o pai que o registrou), e nesse caso quem será o verdadeiro pai?

Essas e outras questões deverão ser resolvidas levando em consideração o afeto, e não somente os laços de sangue.

## CONCLUSÃO

Ao final da elaboração deste trabalho permite-se concluir que, com o avanço da ciência genética, houve uma grande mudança no direito de filiação.

Hoje, graças ao avanço da ciência biotecnológica é possível conceber uma criança sem ter sido praticada relação sexual, realizando, desse modo, o desejo de ter um filho, o que até então era impossível para os casais que eram inférteis.

Assim, vários pilares vão se desmoronando, como o dogma do *pater is est*, em que se presumia como gerado pelo seu marido o filho nascido de mulher casada. O mesmo se dá com a expressão *mater semper certa est*, que caiu por terra com o avanço da ciência biotecnológica, uma vez que com as técnicas de doação de óvulo e mãe por substituição, atualmente é possível que a mãe que deu à luz não seja a mesma que dou o material genético.

O estudo buscou principalmente demonstrar os vários tipos de técnicas de reprodução humana assistida, o direito à procriação, bem como a falta de uma legislação pertinente.

Entretanto, juntamente com esse avanço da ciência genética, surge inúmeras discussões entre médicos, religiosos e juristas.

Diante dessa evolução, grandes problemas surgem suscitando várias questões como por exemplo: qual será o destino dos embriões excedentes? Poderão ser destruídos? Alienados? Caso haja arrependimento da mãe de aluguel em entregar a criança concebida, qual seria a atitude da justiça diante desse impasse? Poderia o doador de sêmen reconhecer a criança que foi gerada com o seu material genético? Se o pai biológico necessitar de alimentos, pode requerê-los do filho socioafetivo de outrem?

Essas questões até o presente momento encontram-se sem solução, posto que não existe norma que regule especificadamente a reprodução humana assistida.

O Código Civil atual deu o primeiro passo acerca da presunção de paternidade dos filhos concebidos mediante reprodução humana assistida, mas o fez de forma sucinta sem, no entanto aprofundar-se. Vários assuntos foram deixados de lado pelo legislador como a clonagem e a mãe por substituição.

Dessa forma deve haver uma reflexão sobre toda a problemática surgida em razão das novas técnicas de reprodução assistida, pois deve haver uma legislação para disciplinar o tema e evitar ou resolver os confrontos jurídicos que, com toda certeza, irão surgir.

Vários projetos de lei já foram analisados, mas nenhum até agora entrou em vigor. Pode-se dizer que a única norma que cuida da reprodução humana assistida, é a Resolução do Conselho Federal de Medicina, no entanto, a mesma não tem força de lei, sendo incapaz de dirimir os conflitos existentes e os que possam vir a surgir.

No que se refere aos embriões excedentes, poderia ser vedada a sua destruição, levando em consideração o artigo 2º do Código Civil, que trata do nascituro, posto que alguns doutrinadores admitem a equiparação do nascituro ao embrião.

Insta salientar que, ao se recorrer à reprodução humana assistida, deveriam ser garantidas ao casal todas as informações sobre a possibilidade de êxito e os perigos da técnica utilizada.

A autora procurou demonstrar, em seus posicionamento a necessidade de haver limites éticos e jurídicos sobre a reprodução assistida, bem como estabelecer critérios jurídicos relativos ao tema do direito de filiação.

Foi ressaltada a importância da Bioética, de seus princípios e do direito comparado, no intuito de alcançar uma solução justa para os casos que virão a surgir.

Por fim, em muitos casos, deve deixar de prevalecer a vontade individual, ou seja o desejo de ter filhos, em detrimento ao respeito à criança e à dignidade da pessoa humana.

## REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICAS

ALDROVANDI, Andréa e FRANÇA, Danielle Galvão de. *Reprodução humana assistida e as relações de parentesco*. Revista Prática Jurídica, ano I, nº 7 de 31 de outubro de 2002.

AQUINO, Felipe Rinaldo Queiroz de. *Família, santuário da vida: vida conjugal e educação dos filhos*. Lorena: Cléofas, 2002.

BARBOZA, Heloísa Helena e Vicente de Paulo Barreto. *Novos temas de biodireito e bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BENITES, Luciana Borghi. *A filiação na reprodução assistida*. 2000. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo”, Presidente Prudente.

BITTENCOURT, Edgard de Moura. *Família*. Campinas: Millennium, 2002.

BOEIRA, José Bernardo Ramos. *Investigação de paternidade – posse de estado de filho, paternidade socioafetiva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

BOSCARO, Márcio Antonio. *Direito de filiação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

BUSSO, Newton Eduardo, *et all*. *Indução da ovulação*. São Paulo: Atheneu, 1999.

COLTRO, Antônio Carlos Mathias. (organizador). *O Direito de família após a constituição Federal de 1988*. São Paulo: C. Bastos: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Disponível em <http://www.cfm.org.br>. Acesso entre fev/04 e set/04.

DELGADO, Mário Luiz e ALVES, Jones Figueiredo. *Questões controvertidas no novo código civil*. São Paulo: Método, 2003.

DIAFÉRIA, Adriana. *Clonagem: aspectos jurídicos e bioéticos*. São Paulo: Edipro, 1999.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro, v. 5: direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_. *O Estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2001.

ELIZARI, Francisco Javier. *Questões de bioética – vida em qualidade*. Aparecida: Santuário, 1996.

FACHIN, Luiz Edson. *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida*. Porto Alegre: Fabris, 1992.

FILHO, José Roberto Moreira. *O direito civil em face das novas técnicas de reprodução assistida*. Disponível em <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2747>. Acesso em 18/04/2004.

\_\_\_\_\_. Conflitos jurídicos da reprodução humana assistida. Bioética e biodireito. Disponível em <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2588>. Acesso em 18/04/2004.

GINECOLOGIA, OBSTETRÍCIA, SAÚDE DA MULHER. Disponível em <http://www.gineco.com.br>. Acesso em mar/04 e jul/04.

GOOGLE. Disponível em <http://www.google.com.br>. Acesso em fev/04 e set/04.

HOUAISS, Antonio e VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houssais da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

JUS NAVIGANDI. Disponível em <http://www.jus.com.br>. Acesso entre mar/04 e set/04.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito. Aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

\_\_\_\_\_. *Temas de direito de família*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

LIMA, Taisa Maria Macena. *Filiação e biodireito: uma análise das presunções em matéria de filiação em face da evolução das ciências biogenéticas*. In Revista Brasileira de Direito de Família, nº 13. Porto Alegre: Síntese, 2002.

MAIDANA, Jédison Daltrozo. *O fenômeno da paternidade socioafetiva: a filiação e a revolução da genética*. In Revista Brasileira de Direito de Família, nº 24. Porto Alegre: Síntese, 2003.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. *A vida humana embrionária e sua proteção jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MELLO, Cleyson de Moraes (organizador). *Temas polêmicos do direito de família*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2003.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal – parte geral*. São Paulo: Atlas, 2000.

\_\_\_\_\_. *Manual de direito penal – parte especial: arts. 121 a 234 do CP*. São Paulo: Atlas, 2001.

NETO, Caetano Lagrasta. *Direito de família – A família brasileira no final do século XX*. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

OLIVEIRA, Débora Ciocci de e JUNIOR, Edson Borges. *Reprodução humana assistida: Até onde podemos chegar? Compreendendo a ética e a lei*. São Paulo: Gaia, 2000.

PAZ, Sonia. *Os direitos da criança na reprodução assistida*. São Paulo: Pollux Editora, 2003.

PINTO, Taciana Jusfredo Simões. *As procriações artificiais e o direito de família*. 2001. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, Presidente Prudente.

PRÓ-CRIAR. Clínica de reprodução humana. Disponível em <http://www.procriar.com.br>. Acesso entre mar/04 a set/04.

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

RAMOS, Janaína de Almeida. *A fecundação como fato gerador de direitos*. 2001. Monografia (Bacharelado em Direito) - Faculdades Integradas "Antônio Eufrásio de Toledo", Presidente Prudente.

REVISTA VEJA. Agora é para valer, nº 7, 18 de fevereiro de 2004.

\_\_\_\_\_. Proveta mais seletiva, nº 9, 3 de março de 2004.

\_\_\_\_\_. Guia, nº 12, 12 de março de 2004.

RIBEIRO, Alandra Berbel K. *A filiação frente às técnicas de reprodução assistida*. 2002. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdades Integradas "Antônio Eufrásio de Toledo", Presidente Prudente.

RIBEIRO, Sérgio Luiz de Almeida Ribeiro. *Aspectos penais da manipulação genética humana no Brasil*. 2002. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdades Integradas "Antônio Eufrásio de Toledo", Presidente Prudente.

SÁ, Maria de Fátima de. *Biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SEMIÃO, Sérgio Abdalla. *Os direitos do nascituro: aspectos cíveis e criminais e do biodireito*. 2. ed. ver. atual e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

SENADO FEDERAL. Disponível em <http://www.senadofederal.gov.br>. Acesso em set/04.

SILVA, Caio Mário da. *Instituições de direito civil*. vol. V. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

\_\_\_\_\_. *Reconhecimento da paternidade e seus efeitos*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

SILVA. Paula Martinho da. *A procriação artificial – aspectos jurídicos*. Rio de Janeiro: Livros de Direito Moraes, 1986.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. São Paulo: Atlas, 2004.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Repertório de doutrina sobre direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

WELTER, Pedro Belmiro. *Igualdade entre as filiações biológicas e socioafetivas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

## ANEXOS

ANEXO A – Inseminação Intra-Uterina

ANEXO B – Cariótipo Fetal

ANEXO C – Fertilização *In Vitro*

ANEXO D – Óvulo e Espermatozóide

ANEXO E – Norma do Conselho Federal de Medicina

ANEXO F – Projeto de Lei nº 3.638/93

ANEXO G – Projeto de Lei nº 2.855/97

ANEXO H – Projeto de Lei nº 90/99