

A PERSONALIDADE DO EMBRIÃO E DO NASCITURO E AS IMPLICAÇÕES JURÍDICAS DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA NO DIREITO BRASILEIRO

*Marta Beatriz T. Ferdinandi**

*Nely Lopes Casali***

SUMÁRIO: *1.Introdução; 2.Os direitos do embrião e do nascituro e a problemática dos embriões criopreservados; 3.Algumas considerações acerca da pratica das mães de substituição; 4.A questão da inseminação post mortem; 5.A problemática dos embriões excedentes; 6.A legislação brasileira; 7.Conclusão; 8.Referências.*

RESUMO: Com o presente estudo, pretende-se demonstrar as implicações jurídicas acerca da reprodução humana assistida e sua incidência na personalidade do embrião in vitro ou in natura, bem como a problemática dos embriões excedentários, a questão da inseminação post mortem dentre outros questionamentos jurídicos oriundos da reprodução humana assistida e a ausência legislativa em nosso país.

PALAVRAS-CHAVE: direito da personalidade; reprodução humana assistida; fecundação artificial; fecundação in vitro.

THE EMBRYO AND UNBORN CHILD PERSONALITY AND THE JURIDICAL IMPLICATIONS OF ATTENDED HUMAN REPRODUCTION ON BRAZILIAN LAW

ABSTRACT: With the present study, we intend to demonstrate the juridical implications about the attended human reproductions and its incidence on the

*Docente e Advogada do Núcleo de Prática Jurídica (NPJC); Mestranda em Ciências Jurídicas pelo CESUMAR - Centro Universitário de Maringá;

**Docente do Curso de Mestrado em Ciências Jurídicas do CESUMAR - Centro Universitário de Maringá; Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo(PUC-SP). E-mail: ncasali@sercomtel.com.br.

embryo personality *in vitro* or *in natura*, as well as the surplus embryos problematics and the question of insemination *post mortem* among others juridical questionings deriving of attended humam reproduction and legislative absence in our country.

KEYWORDS: personality right; attended humam reproduction; artificial fecundation; fecundation *in vitro*.

LA PERSONALIDAD DEL EMBRIÓN Y DEL NACITURO Y LAS IMPLICACIONES JURIDICAS DE LA REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA EN EL DERECHO BRASILEÑO

Resumen: Con el presente estudio, se pretende demostrar las implicaciones jurídicas de la reproducción humana asistida y su incidencia en la personalidad del embrión *in Vitro* o *in natura*, bien como la problemática de los embriones excedentes, la cuestión de la inseminación artificial *post mortem* de otros cuestionamientos jurídicos oriundos de la reproducción asistida y la ausencia legislativa en nuestro país.

Palabras-clave: derecho de personalidad; reproducción humana asistida; fecundación artificial; fecundación *in Vitro*.

INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, as grandes transformações sociais, biológicas e tecnológicas e, principalmente no campo da biomedicina, surtiram efeitos inimagináveis.

Na área da reprodução humana, a ciência vem oferecendo a possibilidade de gerar filhos através das técnicas de reprodução humana assistida.

Porém, apesar da grande evolução científica e enorme passo ao crescimento da biomedicina, as novas técnicas fizeram surgir inúmeros problemas éticos e jurídicos nas quais o nosso ordenamento jurídico, até o momento, não conseguiu disciplinar totalmente acerca do tema, criando assim, como conseqüência, um grande descompasso entre essas técnicas e regras jurídicas tais como as que tutelam o nascituro, o direito de ter filhos, direito ao planejamento familiar e o direito de família.

Além desses problemas, como se não bastasse, surgiram ainda questionamentos acerca dos embriões excedentes, da fertilização *post mortem*, a possibilidade de se

invocar a negatória de paternidade e, principalmente, acerca do respeito ao ser humano, desde a sua concepção.

Para se realizar a análise dos aspectos jurídicos decorrentes da procriação assistida, é necessário perquirir quando se inicia a vida de um novo ser, de sua personalidade, os direitos do nascituro e quais os interesses que devem prevalecer frente a um conflito uma vez que a nossa legislação tutela o nascituro desde a sua concepção, o que demonstra, numa análise perfunctória, certa incompatibilidade com a prática de congelamento de embriões e, conseqüentemente, os embriões excedentários.

E o que dizer das complicações decorrentes da inseminação *post mortem* na qual muitos embriões são congelados (criopreservados) para posterior utilização e este vem a ser utilizado após a morte de um dos cônjuges. Como resolver as questões sucessórias?

2. OS DIREITOS DO EMBRIÃO E DO NASCITURO E A PROBLEMÁTICA DOS EMBRIÕES CRIOPRESERVADOS

A nossa legislação, além da proteção constitucional da vida humana, estabelecida no art. 5º, ainda cuida, no plano infraconstitucional, da proteção do nascituro, ou seja, o ser humano que ainda não chegou a nascer. É o que estabelece, de forma clara, sucinta e objetiva, o Código Civil, no seu artigo 2º onde disciplina que: *a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida, mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro.*

Nascituro é o ser já concebido, mas que ainda se encontra no ventre materno.¹

O nascituro tem resguardado seus direitos desde o momento da concepção, mas será que é a partir da concepção, que o embrião passa a ter vida orgânica própria?

O que se sabe até agora é que a norma jurídica o protege concedendo-lhe personalidade jurídica formal, distinta da personalidade de sua mãe. Os seus direitos na vida intra-uterina são consagrados constitucionalmente pelo qual só adquirirá a personalidade jurídica material ao nascer com vida.²

Ora, se a lei protege o nascituro desde sua concepção o que dizer dos direitos dos embriões, congelados ou não, em laboratórios? Seus direitos devem ser preservados perante a lei?

Tal problemática, dos embriões preservados em laboratório, está plenamente vinculada ao conceito de nascituro, ou seja, é necessário desvendar se um embrião é ou não efetivamente considerado um nascituro.³ Será que o legislador pretendeu incluir o embrião ao mencionar o nascituro no referido dispositivo legal?

¹ VARGA, Andrew C. **Problemas da bioética**. Rio Grande do Sul: Editora da Universidade do vale do Rio dos Sinos, 1998. p. 38.

² DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 113.

³ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 384.

O nascituro é sujeito de direitos. Aos requisitos para o exercício destes direitos, dá-se o nome de personalidade que deve ser vista sob o prisma da prática da atividade jurídica.

Segundo Maria Helena Diniz: “Sendo a pessoa natural sujeito das relações jurídicas e a personalidade a possibilidade de ser sujeito, ou seja, uma aptidão a ele reconhecida, toda pessoa é dotada de personalidade”.⁴

Personalidade, assim, é a aptidão para adquirir direitos e contrair obrigações. Esta, no entanto, de acordo com o artigo 4º do Código Civil, surge apenas a partir do nascimento com vida.

Para Guaraci de Campos Viana, o nascituro é dotado de personalidade jurídica, posto que a capacidade de ser sujeito de direitos é uma capacidade em potencial que se transforma em titularidade quando um direito é adquirido.

O autor distingue a personalidade *física*, que começa com o nascimento, e retroage à data da concepção, na hipótese de haver nascimento com vida, e a *jurídica* que começa na concepção. E afirma: “Neste sentido, não há dúvida: o feto concebido é sujeito de Direitos, vale dizer, não se pode negar ao nascituro a condição de sujeito de Direitos, de pessoa natural”.

E mais adiante informa que:

A partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 ou, pelo menos, a partir da vigência da Lei 8.069/90; só se pode sustentar a existência de uma única teoria para disciplinar o tema: a teoria da personalidade jurídica do nascituro, ou seja, a **teoria da concepção para designar o início da personalidade**. A personalidade não começa com o nascimento com vida, mas sim no momento da concepção (grifo nosso).⁵

Para ele, é neste momento que surge o novo ser. Tem-se o início de uma nova vida.

A importância do início da personalidade está vinculada à determinação do início da vida: em que momento se inicia a vida humana; quando começaria a vida legal do bebê de proveta, ou seja, o momento em que se deve considerar juridicamente o nascituro.

Alguns autores entendem que o nascituro só é considerado pessoa, quando o ovo fecundado for implantado no útero materno. Essa corrente entende que o embrião humano não pode ser considerado como um nascituro e, por este motivo, merece proteção jurídica como uma pessoa virtual, que possui carga genética própria.⁶

Luis Roberto Barroso exemplifica os diferentes posicionamentos nos quais se considera o início da vida que são: com a fecundação; com a nidação; quando o feto

⁴ DINIZ, Maria Helena. **Código civil anotado**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p.3.

⁵ VIANNA, G. C. O nascituro como sujeito de direitos - início da personalidade civil: proteção penal e civil. In: BUSTAMANTE, Ricardo; SODRÉ; Paulo César (coord.). **Ensaio Jurídicos**. v. 1. Rio de Janeiro: Instituto Brasileiro de Atualização Jurídica, 1996. p. 292-295.

⁶ DINIZ, Maria Helena. *op. cit.* p. 406.

passa a ter capacidade de existir sem a mãe (entre a 24ª e a 26ª semanas de gestação) e também quando se inicia a formação do sistema nervoso central (SNC).⁷

Há ainda quem entenda que a origem da vida se confunde com o momento em que se dá a fecundação,⁸ por isso existe a dificuldade de se estabelecer qual o exato momento em que deve ser considerado a personalidade jurídica do embrião.

Para uma outra corrente doutrinária, a vida humana estaria vinculada ao estágio de desenvolvimento das células, existindo vida humana apenas em determinado estágio de desenvolvimento, qual seja, após ter atingido o desenvolvimento de oito células.⁹

Saliente-se que não existe consenso científico acerca do tema. Inúmeras concepções, como as demonstradas acima, são discutidas no campo da bioética e até o momento o que se põe em debate é o direito à vida e a dignidade humana.¹⁰

O médico e professor de Bioética Marcos de Almeida, da Universidade Federal de São Paulo, em reportagem divulgada na revista *Época*,¹¹ afirma que o embrião somente passará a existir como pessoa quando ocorrer conexões entre os neurônios, as quais se dão o nome de sinapses, o que ocorre aproximadamente as 18 semanas de gestação. O feto, a partir daí, terá vida pela possibilidade de expressar algum tipo de sofrimento.

O argumento do Prof. Almeida leva em consideração a morte cerebral do indivíduo que deixa de existir neste exato momento. Se o ser humano deixa de existir, no momento em que ocorre morte cerebral, deve ele começar a ter existência no momento em que o cérebro tem condições neurológicas?

Elio Sgreccia ao citar J. M. Goldening, define não existir vida humana antes da oitava semana de gestação:

A vida humana pode ser vista como um espectro contínuo entre o *início da vida cerebral* no útero (oitava semana de gestação) e a morte cerebral. De qualquer modo, podem estar presentes tecidos e sistemas de órgãos, mas sem a presença de um cérebro humano funcional eles não podem constituir um ser humano, ao menos em sentido médico.¹²

⁷ BARROSO, Luis Roberto. Gestação de fetos anencefálicos e pesquisas com células-tronco: dois temas acerca da vida e da dignidade na constituição. In: **DIREITOS fundamentais**: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. São Paulo: Renovar, 2005. p. 669

⁸ RAFFUL, A. C. **A reprodução artificial e os direitos da personalidade**. São Paulo: Themis Livraria e Editora, 2000. p. 141.

⁹ _____. **A reprodução artificial e os direitos da personalidade**. São Paulo: Themis Livraria e Editora, 2000. p. 141, 143.

¹⁰ BARROSO, Luis Roberto. Gestação de fetos anencefálicos e pesquisas com células-tronco: dois temas acerca da vida e da dignidade na constituição. In: **DIREITOS fundamentais**: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. São Paulo: Renovar, 2005. p. 669

¹¹ SEGATTO, Cristiane. In: ABORTO, sim ou não?. **Revista Época**. 16 de abril de 2007. p. 87.

¹² SGRECCIA, Elio. **Manual de bioética**: fundamentos e ética biomédica. São Paulo: Edições Loyola, 1996. p. 349.

A discussão sobre a existência ou não da vida em embriões cria grande importância ao se verificar atualmente a possibilidade em se realizar pesquisas e terapias em embriões humanos.

A Recomendação n. 1.100/89 do Conselho da Europa, que dispõe sobre o uso de embriões e fetos em pesquisas científicas, assegura que o mais correto é tutelar juridicamente o embrião desde o momento em que ocorre a fecundação do óvulo.

No entender de Rafful:

Há aqueles que afirmam que o embrião cuja fecundação ocorreu artificialmente não possui direito a qualquer tipo de tutela jurídica já que não se encontra alojado no corpo de um ser humano, condição *sine qua non* para seu desenvolvimento e reconhecimento pela lei.

Filia-se a essa posição J. M. Carvalho Santos, pois entende o autor não possuir o embrião condições para o desenvolvimento enquanto se encontrar fora do útero materno.¹³

Atualmente, a lei n. 11.105/2005 permite a utilização de células-tronco obtidas a partir do embrião humano manipulado em laboratório, i.é, fertilizados *in vitro* e não utilizados para o fim específico que seria a implantação no útero materno.¹⁴

Realmente, qualquer solução pensada, trará com ela milhões de outros problemas. Não existe, no plano legal uma solução, muito menos no plano teórico, pois poucos têm se dado conta do problema e apresentado soluções satisfatórias.

O que realmente se pode afirmar é que inexiste vida viável fora do útero materno. *In vitro* o embrião não possui condições de crescer, formar-se e tornar-se feto. Portanto, independentemente de qual teoria das explicitadas acima prevalecer, enquanto não estiver no útero da mulher, não poderá ser considerado nascituro, pois *in vitro* jamais nascerá.

Após essas breves considerações acerca da personalidade jurídica do nascituro e seus respectivos direitos, cumpre ressaltar que os problemas jurídicos acerca do tema, fecundação *in vitro*, repousa na problemática dos embriões excedentários, bem como nos direitos dos pais, biológicos ou não, sobre essa vida em formação.

3. ALGUMAS CONSIDERAÇÕES ACERCA DA PRÁTICA DE MÃES DE SUBSTITUIÇÃO

No que tange a prática de mães de substituição, ou “barriga de aluguel” como usualmente se conhece, a guisa da nossa Constituição Federal, tais conjecturas

¹³ _____, **A reprodução artificial e os direitos da personalidade** São Paulo: Themis Livraria e Editora, 2000. p. 142.

¹⁴ BARROSO, Luis Roberto. Gestação de fetos anencefálicos e pesquisas com células tronco: dois temas acerca da vida e da dignidade na constituição. **Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**. São Paulo: Renovar, 2005. p. 67.

ferem o princípio da dignidade humana, por representarem a comercialização da vida. A “barriga de aluguel”, como o próprio nome revela, pressupõe uma contraprestação pecuniária que, para muitos doutrinadores, deve de todo modo ser rechaçada. Entretanto, há de ser admitida nas hipóteses em que se verifica o princípio da beneficência, quando parente próximo disponibiliza seu corpo, sem interesses econômicos, a fim de que o ser concebido nela se desenvolva até o nascimento.

Os defensores dessa prática alegam que não se trata de venda de criança, mas de remuneração por serviços prestados, sendo a “locadora do útero” uma profissional com direito à recompensa.

Por essa visão, “a mãe biológica limita-se a funcionar como ‘chocadeira’; a mãe civil obtém a prole, sem os laços vinculantes e desveladores da gestação”¹⁵. Ademais, a discussão que se levanta em relação à comercialização do ser humano, deve apreciar o homem holisticamente, ou seja, um ser em sua totalidade. Conseqüentemente, sob a luz da Lei Maior, é vedado o comércio não só da própria vida, mas do corpo vivo e também do cadáver.

A prática das mães de substituição, de certa forma, e em determinadas circunstâncias, deve ser terminantemente vedada, em decorrência do princípio da dignidade humana. Ora, a mulher que se dispõe a carregar o embrião por nove meses se apega ao ser que cresce dentro de suas entranhas. Como fica o sentimento dessa mulher, quando da entrega desse filho, que ela ajudou a nascer? Ela raciocina, com toda razão, que esse filho é muito mais dela do que do casal que com ela contratou. Ora, foi ela que suportou todas as dificuldades durante nove meses e, muitas vezes, aprendeu a amar o bebê, que, de estranho, passou a ser o seu bebê. É, por tudo isso, que, não raras vezes, a mulher que carrega o bebê se recusa a devolvê-lo ao casal contratante após o parto. Nos EUA, isso tem ocorrido de forma recorrente, gerando grandes disputas nos tribunais.¹⁶

Essa prática da mãe de substituição somente deve ser acolhida no Brasil mediante algumas restrições, uma vez que o direito de ter filhos entra em choque com o princípio da dignidade humana, alicerce do nosso Texto Fundamental.

Há mulheres dispostas a suportar uma gravidez, recebendo embrião alheio, mediante o pagamento, na maioria das vezes, porque necessitam da quantia ofertada. Isso implicaria um pacto imoral, contrário aos bons costumes. Não seria lícito transformar a filiação - o nascimento de um filho - numa prestação de serviços, mesmo que se efetive mediante escritura pública como meio de garantia a filiação do casal contratante. É preciso não olvidar que sempre haverá a possibilidade de “contrato” e pagamento camuflado, mesmo que não exista explicitamente proibição legal para tanto.

¹⁵ FERRAZ, Sérgio. **Manipulações biológicas e princípios constitucionais**: uma introdução. Porto Alegre: Editora Sete Mares, 1991, p. 57.

¹⁶ LEITE, E. O. **Procriações artificiais e o direito**: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 322.

De fato, inúmeras conseqüências indesejáveis poderão surgir, inclusive a intromissão de uma inaceitável feição mercantil em tão delicado problema.¹⁷

O Conselho Federal de Medicina (Resolução n. 1.358/92) não veda a maternidade substituta. Porém, restringe-se mediante algumas exigências como, por exemplo, que seja realizado apenas no âmbito familiar. A doação temporária do útero deve ser realizada em um parente até colateral de segundo grau, evitando-se, contudo, qualquer tipo de prestação pecuniária pelo “empréstimo”.¹⁸

O Conselho Federal de Medicina institui normas Éticas para a Utilização das Técnicas de Reprodução Assistida. Dentre algumas questões éticas, são abordadas a seleção do sexo, a maternidade substituta, a utilização de material sem consentimento, a responsabilidade na doação de espermatozóides, óvulos, pré-embriões e embriões, a clonagem, a pesquisa e criopreservação de embriões.¹⁹

Tendo sempre por fundamento a questão principiológica, depara-se com os postulados sobre a integridade física e saúde do homem. Novamente uma série de dúvidas de cunho jurídico se faz presente. Se a dona do “*útero de aluguel*” vier a sofrer algum dano físico ou falecer por causa da gestação, o “*locatário*” terá algum tipo de responsabilidade? A receptora do esperma poderá reclamar alimentos? Como será determinada a maternidade? Em uma disputa judicial deverá ser concedida a guarda da criança àquela cujo patrimônio genético serviu de base para a nova vida, ou à mulher que durante nove meses alugou o seu corpo para que o embrião pudesse nela se desenvolver? Ou a quem se propõe a educá-la?

Ainda resta a esperança de que, diante da evolução tão rápida que ocorre com a ciência, tão logo não seja mais necessário recorrer a tal técnica.

Dessa forma pondera Sergio Ferraz que:

A ciência corretiva da infertilidade talvez possa vir a sepultar a querela da barriga de aluguel. O último aceno vem da **Bélgica** onde, no hospital Van Helmont, em Bruxelas, o médico Robet Schoysman obteve êxito na fecundação artificial através da micromanipulação: implantação direta do espermatozóide no óvulo, por meio de uma pipeta especial acoplada a um microscópio (Folha de São Paulo, 31.7.90, página A-10). Antes, uma vez em cingapura, e duas em Atlanta (Geórgia, USA), a técnica em causa fora aplicada com êxito, mas detalhes ulteriores não foram revelados.²⁰

¹⁶ LEITE, E. O. **Procriações artificiais e o direito**: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 322.

¹⁷ FERRAZ, Sérgio. *op. cit.* p. 57.

¹⁸ DINIZ, Maria Helena. *op. cit.* p. 483.

¹⁹ SÁ, Elida. **Biodireito**. Rio de Janeiro: CEJUR-DP, 1998. p. 78.

²⁰ FERRAZ, Sérgio. *op. cit.* p. 57.

4. A PROBLEMÁTICA DOS EMBRIÕES EXCEDENTES

Em relação aos embriões excedentários, há uma grande polêmica que se cria a partir da fecundação *in vitro*, diz respeito ao destino dos embriões formados e que não foram utilizados para a concepção. Em programa que utilize essa técnica de reprodução assistida, muitas vezes, o médico cria vários embriões do casal para suprir um eventual problema que ocorra com o embrião selecionado para o processo ou mesmo para ser utilizado em futuras concepções. Contudo, tal fato pode acarretar problemas jurídicos incríveis. Supondo que o casal resolva congelar embriões para um futuro uso e que, repentinamente, os membros do casal se divorciem, quem terá a tutela dos embriões? Será que a mãe tem direito de implantar alguma de suas reservas sem o consentimento do marido, ou será que este, caso não permita o referido implante, tem o direito de ver os embriões destruídos?²¹

A mulher geralmente tem sua ovulação estimulada por hormônios. E esses hormônios, muitas vezes, são intencionalmente administrados para provocar uma ovulação múltipla. Tal ovulação permite aos médicos prepararem mais de um embrião para no caso de algum imprevisto vir a ocorrer no momento da concepção. Contudo, logo vem a seguinte pergunta: o que fazer com a reserva de embriões que se tornem desnecessários para a concepção?

Tal situação de reserva de embriões ganha contornos mais sérios quando se sabe que atualmente é possível se congelar embriões para usos futuros do casal, ou tão somente da esposa, caso seu parceiro venha a falecer. Porém, também é de conhecimento de todos que muitos bancos de embriões só permitem a reserva destes por certo período de tempo, como ocorre na Inglaterra, onde o prazo máximo é de cinco anos. Assim, o que fazer com os embriões “*fora do prazo de validade*”?²²

Uma outra posição, ainda mais controversa, tomou palco na Suprema Corte de Nova Iorque, em 1995, quando o juiz concedeu para Maureen Kass, divorciada desde 1993, o direito de posse dos embriões congelados, produtos de óvulos seus fecundados por esperma do seu ex-marido. O magistrado, Anthony Roncalho, utilizou o seguinte raciocínio:

O fato seja simples, uma vez que os direitos do cônjuge varão terminam com a ejaculação. Em minha opinião, não há qualquer razão legal, ética ou lógica para que uma fertilização *in vitro* sirva de fundamento a qualquer direito adicional reconhecível ao marido.²³

²¹ FRAZÃO, Alexandre Gonçalves. **A fertilização in vitro: uma nova problemática jurídica.** Disponível em: <<http://www.jus.com.br>>. Acesso em: 12 fev. 2001.

²² FRAZÃO, Alexandre Gonçalves. **A fertilização in vitro: uma nova problemática jurídica.** Disponível em: <<http://www.jus.com.br>>. Acesso em: 12 fev. 2001.

²³ MESTIERI, João. **Embriões.** In: Doutrina v.III. Instituto de Direito. Rio de Janeiro, 1997, p. 509.

Além disso, a advogada da Sra. Kass, em entrevista à imprensa, divulgou que, caso sua cliente venha a implantar os embriões, iria demandar pagamento de pensão alimentícia do Sr. Kass.²⁴

Assim, nota-se como a questão não é apenas hipotética, mas domina, em sua essência, a realidade dos fatos.

E o que dizer se tais embriões “*inúteis*” forem utilizados para experiências genéticas? Não se estaria reificando (do latim “*res*”, coisa) o ser humano em sua etapa embrionária de vida?

Como se depreende, embora seja permitido o congelamento dos embriões, inúmeros problemas surgem. Portanto, algumas legislações, com o intuito de resolver tais questões ou, pelo menos minimizar tais problemas, vêm estabelecendo algum limite quanto à duração do congelamento.

Note-se, daí, a inumerável quantidade de questionamentos que se levantam a respeito da destruição de embriões e de sua utilização para experimentos genéticos, bem como os possíveis desdobramentos teóricos que tais questionamentos podem provocar.

Como já mencionado anteriormente, a República Federativa do Brasil tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, inciso III)²⁵. Este princípio está intimamente ligado às reflexões filosóficas Kantianas, nas quais se fulcrou a *Declaração dos Direitos do Homem*, que concebe o homem como um fim em si mesmo.

Nesse sentido, é inaceitável, no ordenamento jurídico brasileiro, a comercialização de embriões excedentes, posto que já existe vida. Ela é um bem jurídico essencial e indisponível, consideradas crimes as condutas violadoras desse direito.

O feto é sujeito - e não objeto - de direitos e sua vida não pode ser resposta por alguma coisa a título de equivalência. A vida humana não possui valoração econômica, pois possui uma dignidade que deve ser respeitada. Esse respeito consiste na difícil tarefa de tratar o outro como pessoa e não como coisa. Entretanto, em um mundo, no qual se verifica a exaltação moral do lucro, essa tarefa é penosa.

Nas palavras de Hannah Arent:

A história política recente está repleta de exemplos indicativos de que a expressão ‘material humano’ não é uma simples metáfora inofensiva. O mesmo se pode dizer das inúmeras experiências científicas modernas no campo da engenharia Social, da Bioquímica, da cirurgia cerebral etc. todas visando manipular e modificar o material humano como se tratasse de qualquer outro material. Essa atitude mecanicista é típica da era moderna.²⁶

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ Art. 1º, III, CF - “A República Federativa do Brasil... constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III – a dignidade da pessoa humana”.

²⁶ *In*: SAUWEN, Regina e HRYNIEWICZ, Severo. **O direito in vitro**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1997. p. 42.

Se a comercialização de embriões excedentes corresponde a uma coisificação (ou *reificação* do latim *res* - coisa), a sua exterminação fere irremediavelmente o direito à vida, cuja inviolabilidade é entabulada no Título II da Constituição Federal, que versa sobre direitos e garantias fundamentais.²⁷

Se em 1967/1969, o legislador constituinte estatuiu como invioláveis os direitos concernentes à vida, a partir de 1988, é inviável o próprio direito à vida. Percebe-se, portanto, uma ênfase muito maior ao princípio constitucional do direito à vida, que, segundo Pontes de Miranda, constitui um dos “*princípios sensíveis*”, na medida em que sua ofensa é hipótese de intervenção federal, nos termos do art. 34, inciso VII da Carta Magna.²⁸

A lei 8.974, de 05 de Janeiro de 1995, institui como crime a produção, armazenamento ou manipulação de embriões humanos destinados a servirem como material biológico disponível, com pena de reclusão de seis a vinte anos (art. 13, inciso III).

Essa lei estabelece normas para o uso das técnicas de engenharia genética e liberação no meio ambiente de organismos geneticamente modificados e autorizando o Poder Executivo a criar, no âmbito da Presidência da República, a *Comissão Técnica de Biossegurança* (CTNBio).

O Código Penal **brasileiro** não tipifica a eliminação de embriões. Não se trata de homicídio, pois inexistente o nascimento com vida. Não seria abortamento, pois sequer subsistiu a gravidez.

Salienta-se, porém, que o legislador penal brasileiro não determina o que é abortamento, sendo sua definição uma construção doutrinária.²⁹ Deve-se aplicar uma interpretação sistemática e histórica, com o propósito de avançar a norma para os tempos atuais. É necessário, sobretudo, sua reformulação com o objetivo de serem regulamentadas hipóteses não previstas pelo legislador de 1940.

Os embriões deveriam, portanto, ser mantidos para posterior implantação. Caso os pais biológicos não queiram mais ter filhos, que sejam, então, doados a casais estéreis. Tal transferência deve, antes de tudo, não importar em valoração econômica, mas uma **doação**, atendendo aos princípios bioéticos da solidariedade e da beneficência.

Maria Helena Diniz preleciona que eliminar os embriões, congelados ou não, seria um “*embrionicídio eugênico*” concluindo da seguinte forma: “[...] a lei assegura os seus direitos, inclusive a sua vida, desde a concepção, pouco importando que se tenha dado in vitro.”³⁰

Dessa forma, verifica-se quão grande e urgente é a necessidade de regulamentação acerca do tema, reprodução assistida. Embora já houvesse tentativa para tanto, nossa legislação permanece silente.

²⁷ Art. 5, CF - “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade...”.

²⁸ Art. 34, CF - “a União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais: b) direitos da pessoa humana;” [...]

²⁹ LEITE, Eduardo de Oliveira. *op. cit.* p. 388.

³⁰ DINIZ, Maria Helena. *op. cit.* p. 479.

Ressalta-se que o Projeto de Lei n. 90/99 pretende regulamentar as técnicas de reprodução assistida. O referido projeto punirá o congelamento de embriões com prisão de 6 a 20 anos, limitando o número de óvulos retirados da mulher que será de 3 a 4. Pretende-se, dessa forma, reduzir a quantidade de embriões e conseqüentemente minimizar o problema de embriões excedentes que, por outro lado, aumenta a probabilidade do fracasso do tratamento.³¹

Vale lembrar a decisão de um juiz do Tennessee, em 1989, no caso de Mary Sue Davis Júnior contra Lewis Davis (Davis X Davis).³²

Após várias experiências de gravidez, todas frustradas, o casal decidiu recorrer à fertilização *in vitro* homóloga. Dos nove óvulos fertilizados, dois foram implantados em Mary, o que porém não obteve êxito. Os outros embriões foram congelados e, algum tempo depois, o casal se divorciou. Porém, Mary, na tentativa de realizar o sonho de ser mãe, pretendeu implantar novamente os embriões congelados na expectativa de que pelo menos algum deles pudesse chegar a seu termo. Lewis Davis, o marido, não concordou alegando que teria direito a determinar sua descendência. Deflagrou-se então uma grande controvérsia judicial na qual deveria decidir o juiz se tais embriões deveriam ser considerados meros blastócitos ou verdadeiros seres vivos. Se o juiz entendesse que se tratavam de meros blastócitos, a discussão seria patrimonial e caberia a ele decidir a sua propriedade, inclinando-se a um ou a outro ou ainda se se tratava de propriedade condominial. Se o juiz se inclinasse da outra forma, entendendo pelas vidas que estavam sendo objeto de disputa, deveria ele solucionar o caso através dos melhores interesses da futura criança.

O juiz concedeu a custódia temporária à mulher, permitindo que ela os implantasse em seu ventre defendendo, dessa forma, os interesses da criança, sustentando que a vida começa com a concepção e que os embriões eram, em verdade, “*seres humanos existentes como embriões*”, concluindo da seguinte forma: “[...] desde a fertilização, as células de um embrião são diferenciadas, únicas e especializada ao mais alto grau de distinção.”³³

É, nessa perspectiva, que o Código Civil brasileiro vê o embrião. O nascituro tem seus direitos tutelados, desde o momento da concepção, logo, o embrião, ainda que ‘*in vitro*’, também se insere nessa proteção. O conceito é considerado sujeitos de direitos e se considera o seu caráter como pessoa no exato momento da fecundação.³⁴ Logo se conclui pela impossibilidade de se inutilizar ou, descartar, conforme a lei brasileira, os embriões ainda não implantados, ou seja, os embriões excedentes.

Já a Suprema Corte de Nova Iorque, por sua vez, ignorando aquele precedente judicial, concedeu a uma mulher divorciada a posse dos embriões congelados, concedendo-lhe o direito de implantá-los posteriormente. Entendeu a Suprema

³¹ DINIZ, Maria Helena. *op. cit.* p. 480.

³² OLIVEIRA, Fátima. **Bioética**: uma face da cidadania. São Paulo: Moderna, 1997. p. 37

³³ FERRAZ, Sérgio. *op. cit.* p. 61

³⁴ LEITE, Eduardo de. Oliveira. *op. cit.* p. 387

Corte que os direitos do cônjuge varão acabam no momento da doação do esperma; argumentando ainda que *se num nascimento natural, as Cortes sempre reconheceram às mães o controle legal sobre o feto, elas deverão ter o mesmo direito sobre os embriões produzidos pela fertilização na proveta.*

Segundo entendimento daquela Corte, seria resguardado o direito à vida na medida em que os interesses do embrião estariam sendo preservados posto que disponíveis para implantação uterina.³⁵

Contudo, a questão não é pacífica, tanto na doutrina brasileira quanto na alienígena. Anos atrás, na Inglaterra, discutiu-se o destino de 5.000 embriões que haviam sido deixados numa clínica de reprodução assistida cujos contratos de tutela, entre a clínica e as famílias, já haviam expirado. Surgiu então a proposta de se inserirem 4 embriões por útero, em 1.250 voluntárias. Todas em fase pré-menstrual para que naturalmente fossem eliminados. Esse fato apenas demonstra quão grande é o medo de simplesmente descartar os embriões, o que, além de provocar polêmica, seria considerado antiético e, diante de muitas legislações como a nossa, um verdadeiro crime.³⁶

Ora, se os próprios cientistas não tiveram coragem de determinar o destino que deveria ser dado aos embriões, o que dizer da decisão que devem tomar os pais, ‘donos’ do material fertilizante? Será que a ciência terá coragem de lhes esclarecer que se trata de uma vida? De um filho?

Como é notório, a fetologia comprova que a vida se inicia com a concepção, isso quer dizer que independe a forma como isso ocorre. Há vida na fecundação, dentro ou fora do útero. Desde esse momento, o código genético se estabelece formando um ser único, singular, “*tornado a vida humana irrepêtil*”.³⁷

Nossa Constituição, apesar de incentivar a pesquisa e o desenvolvimento científico (art. 218) afirmando-se livre a expressão da atividade científica (art. 5, IX), tutela também, no capítulo dedicado à família, ser livre o planejamento familiar (art. 226, § 7) (227, § 1), proibindo-se no art. 220, § 4 a comercialização do sangue e de órgãos, tecidos e substâncias humanas. Em outras palavras, nossa constituição consagra, em sua mais alta expressão, o “*direito à vida*”.³⁸

5. A QUESTÃO DA INSEMINAÇÃO “*POST MORTEM*”

No que tange a inseminação *post mortem*, duas problemáticas surgem: em primeiro lugar, quando o genitor falecer antes que ocorra a inseminação; e, em segundo lugar, quando aquele falecer após a inseminação, sem que saiba do sucesso ou fracasso do procedimento.

³⁵ DINIZ, Maria Helena. *op. cit.* p. 514.

³⁶ DINIZ, Maria Helena. *op. cit.* p. 480.

³⁷ DINIZ, Maria Helena. *op. cit.* p. 27.

³⁸ GOMES, Luiz Roldão de Freitas. Questões jurídicas em torno de inseminação artificial. *Revista de direito civil: imobiliário, agrário, empresarial*. São Paulo, v. 15, n. 56. p. 110.

Percebe-se que a criança só poderá ser considerada filha exclusiva da mãe³⁹. Pois se presume que fora concebida após o casamento.⁴⁰

Nesse aspecto é importante entender que as hipóteses são distintas e não se confundem. A inseminação *post mortem* difere do nascimento *post mortem*. É o que ocorreu em um julgamento realizado pelo *Tribunal de Grande Instance de Nanterre*, em 1988. Os gêmeos de Didier Pironi nasceram quase cinco meses após a morte de seu pai que nem chegou a saber do sucesso da fecundação *in vitro* e de sua posterior transferência no útero de sua mulher. O Tribunal reconheceu-os como filhos de Pirone, constatando o vínculo de filiação paterna.

O que a legislação francesa veda é que se realize um contrato por meio do qual o genitor pretenda assegurar sua descendência. Tal contrato é considerado nulo, uma vez que a lei francesa não admite realizar desejos de imortalidade dessa maneira. Tanto é assim que os institutos responsáveis pelo depósito do material fertilizante poderão recusar-se a devolvê-lo *mesmo que o defunto, em vida, tenha autorizado à entrega do esperma*.⁴¹

A legislação brasileira adota posição semelhante à francesa ao estabelecer no artigo 1.597 do Código Civil:

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

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

II - os nascidos dentro nos 300 (trezentos) dias subseqüentes à dissolução da sociedade conjugal por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

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.

Ana Cristina Rafful⁴² cita Wanderley Lacerda Panasco o qual expõe que em alguns Estados americanos, a inseminação heteróloga já esta regulamentada, bastando apenas o consentimento dos cônjuges, todos os direitos lhe são preservados. A criança é filha legítima e, em caso de separação entre os cônjuges, o pai terá todos os direitos em relação à criança.

Quanto ao anonimato e a remuneração pela doação, a legislação americana nada dispõe a respeito, mas entende-se favoráveis ao anonimato e contrários à

³⁹ LEITE, Eduardo de Oliveira. *op. cit.* p. 314.

⁴⁰ RAFFUL, A. C. **A reprodução artificial e os direitos da personalidade.**

⁴¹ LEITE, Eduardo de Oliveira. *op. cit.* p. 314.

⁴² RAFFUL, A. C. *op. cit.* p. 272.

remuneração, pois três Estados aplicam analogicamente a legislação acerca de transplantes de órgãos que veda o pagamento na doação de gametas. Dez Estados americanos proíbem a doação de embriões, pois, analogicamente, também aplicam a disposição referente à proibição de venda de fetos para pesquisas.⁴³

Assim, pode-se concluir que há o caráter constitucional acerca da matéria, mas que tão somente proíbe ou restringe a pesquisa fetal, variando de acordo com cada Estado. A maioria dos textos legislativos proíbe a realização de experiências em embriões que não seja para benefício terapêutico. A *American Fertility Society* e o *Ethics Advisory Board* recomendam que se utilizem os embriões excedentes em pesquisas, limitados ao 14º dia de desenvolvimento.⁴⁴

6. A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

A discussão jurídica, acerca da reprodução humana assistida em nosso país, é um grande problema e, à medida que tais práticas vão se tornando cada vez mais usual e cotidiana, problemas ainda maiores poderão surgir.

A Constituição de 1988 repassou às leis ordinárias a responsabilidade de fixar tais soluções, mas ainda não existe lei, apenas um projeto de lei (n. 90/1999) que ainda não foi aprovado e alguns poucos dispositivos no novo Código Civil de 2002. Na ausência de lei, os médicos apresentam suas normas pelo Conselho Federal de Medicina (Resolução n. 1.358/92).

Dessa forma, todas as problemáticas jurídicas referentes à procriação artificial ainda necessitam de regulamentação específica, surgindo, portanto inúmeras indagações acerca da prática, por exemplo, das mães de substituição; da inseminação *post mortem*; da inseminação heteróloga e acerca da pesquisa em embriões. Seriam essas hipóteses permitidas pelo direito? E em nossa legislação?

Quanto às mães de substituição o que temos até o presente momento é a vedação da comercialização na seção VII (Sobre a gestação de substituição) da Resolução CMF n. 1.358/92 que assim dispôs no inciso 2: “A doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.”

Que, no projeto de lei do Senado situa-se no artigo 7º e seu parágrafo único, da seguinte forma:

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

⁴³ LEITE, Eduardo de Oliveira. *op. cit.* p. 272.

⁴⁴ LEITE, Eduardo de Oliveira. *op. cit.* p. 274.

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

Sob esta ótica, tanto da resolução quanto do projeto de lei, ao referir-se sobre a gratuidade da gestação, não há de se falar em contrato que não ofereceria nenhuma segurança jurídica. No entanto, a gestação de substituição fica considerada permitida em um único caso apenas, quando a gravidez for considerada de alto risco, inexistindo a possibilidade de gestação saudável. Assim, o ato de gestação de substituição seria considerado altruísta, ato de amor.

No que se refere à inseminação *post mortem*, a criança nascida após a morte de seu pai, cuja concepção se deu por inseminação *post mortem*, diante do que preceitua nosso Código Civil (art. 1.597), será considerada extramatrimonial. Apesar de possuir a carga genética de seu pai (quando se tratar de inseminação homóloga) o nascimento ocorreu 300 dias após o óbito. Nem seria possível invocar a presunção de paternidade de que versa o referido dispositivo, pois, como se sabe, uma das formas de extinção do vínculo matrimonial é a morte.⁴⁵

Significa dizer que a inseminação *post mortem* acarreta problemas jurídicos de grande monta. A criança nasceria sem pai, e o que é pior, não teria direitos sucessórios pois fora concebida após a morte de seu pai.

Assim, não seria justo, nem tão pouco razoável que se fizesse nascer um órfão que, em situação diferenciada (situação normal) poderia adquirir todos os direitos que lhes são inerentes.

O projeto de Lei n. 90/1999, no § 2º do artigo 12, não veda a inseminação *post mortem*, apenas não reconhece a filiação ao estabelecer que a criança oriunda dessa inseminação não terá reconhecida a filiação relativa ao falecido.

O não reconhecimento da filiação não resolve, no todo, o problema. A criança nascerá órfã de pai, não terá direitos sucessórios, e o que é pior, terá ela direito a um sobrenome? Pela análise do dispositivo, não. Será ela filha unicamente da mãe e, apesar de possuir carga genética de seu pai já falecido, não terá em seu registro de nascimento a filiação que lhe seria de direito.

A problemática maior acerca do tema repousa na inseminação heteróloga que, diante de nossa legislação, gera inúmeras complicações que até então não encontramos nenhuma manifestação favorável de nossos doutrinadores a respeito.

A inseminação heteróloga entra em conflito com o estabelecido no Código Civil brasileiro que dispõe em seu artigo 1.597 a presunção de paternidade. De acordo com o artigo citado, os filhos nascidos na constância da sociedade conjugal - nascidos 180 dias após estabelecida a convivência conjugal e, 300 dias subseqüentes à dissolução - são tidos como filhos (presunção *juris tantum*) e, no caso de haver a inseminação heteróloga,

⁴⁵ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2001.p. 456.

em que a criança não possuirá o material genético do casal, mas terá sido concebida no período ora referido, será, conseqüentemente, registrada como filha, ocorrendo dessa forma, a falsidade da inscrição do Registro Civil⁴⁶, já que biologicamente não será filha de seus pais. Como resolver essa questão? A criança concebida através de inseminação artificial seria considerada como filha adotiva do casal em virtude de ficção legal?

E o que dizer da inseminação heteróloga realizada sem o consentimento do marido? Seria o caso de configurar falta grave?⁴⁷ Poderia o marido invocar a separação judicial constituindo como motivo a injúria grave? Para alguns doutrinadores sim, conforme assevera Maria Helena Diniz “[...] a paternidade forçada atinge a integridade moral e a honra do marido, fazendo-o assumir uma obrigação indesejável”⁴⁸.

Estando o marido diante de um filho, gerado por inseminação heteróloga, poderia ele interpor uma ação declaratória ou negatória de paternidade? Como é sabido os defeitos dos atos jurídicos, conforme dispõe o artigo 171, II do CC, poderá dar ensejo a anulação do ato.⁴⁹

Sob esse prisma, o projeto de Lei 90/1999, procurando proteger a criança em seu direito relativo à paternidade (direito de ter um pai ou até mesmo o seu nome) estabelece no § 1º do art. 12 que, caso ocorra a situação acima mencionada - recusa do marido em reconhecer a criança como filha - terá a criança a possibilidade de ser reconhecida pelo doador a fim de constar em seu registro civil, como pai, aquele que doou o material fertilizante.

Além dos problemas acima mencionados, feita a inseminação heteróloga, ocorrerá negação à criança ao direito à identidade, uma vez que o doador deverá obrigatoriamente permanecer anônimo, pois dessa forma seriam evitados inúmeros outros problemas tais como a provocação de interesses patrimoniais, a possibilidade de o doador reclamar a paternidade etc.

Nesse aspecto, o projeto de Lei do Senado, n. 90, de 1999, em seu artigo 6º, §§ 1º e 2º assim dispõe:

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

§ 2º. Apenas a criança terá acesso, diretamente ou por meio de um representante legal, a todas as informações sobre o processo que a gerou, inclusive à identidade civil do doador, nos casos autorizados

⁴⁶ Artigo 54 da Lei de Registros Públicos - Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973.

⁴⁷ RAFFUL, A. C. **A reprodução artificial e os direitos da personalidade**. São Paulo: Themis Livraria e Editora, 2000. p. 29.

⁴⁸ DINIZ, Maria Helena. *op. cit.* p. 459.

⁴⁹ RAFFUL, A. C. *op. cit.* p. 29.

nesta Lei, obrigando-se o estabelecimento responsável pelo emprego da RA a fornecer as informações solicitadas.

O projeto de lei resolve a questão do direito à identidade. Caso a criança desejar conhecer suas origens genéticas, o artigo em questão concede plena possibilidade de informações, devendo os responsáveis pela prática revelar a identidade civil do doador, desde que esteja inserido nos casos estabelecidos em lei.

Significa dizer que o referido projeto de lei pretende resguardar o direito à identidade que, segundo o mesmo projeto, poderá ser exercido após adquirir a maioria jurídica ou, ocorrendo o falecimento de seus pais, a qualquer tempo conforme estabelece o artigo 12.

Existia ainda a preocupação do perigo de incesto, uma vez que o doador teria seu material fertilizante inseminado em várias mulheres, gerando conseqüentemente vários filhos podendo acontecer de no futuro estes se encontrarem e, sem saber a origem de suas cargas genéticas, casarem-se. Dessa forma, o projeto de lei, em seu artigo 6º, estabeleceu, no intuito de resolver tal questão, que o material fertilizante do doador só poderá ser utilizado para realizar menos de duas gestações de sexos diferentes:

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

Apesar de não resolver diretamente o problema, pois o artigo acima transcrito não é de toda forma incisivo, apenas indicativo, a referida norma restringe a possibilidade do incesto, diminuindo portanto, a possibilidade de sua ocorrência.

E, por fim, pode-se fazer referência à hipótese de a doação fazer surgir um comércio indiscriminado de materiais fertilizantes, de esperma e de embriões, “coisificando” o ser humano. E, por este motivo, nosso legislador estabelece no *caput* do artigo 6º, do referido projeto, a proibição da remuneração pela doação.

CONCLUSÃO

Os avanços da tecnologia têm causado grandes perplexidades na área das Ciências Sociais, notadamente na esfera jurídica, que não tem conseguido dar respostas satisfatórias aos problemas surgidos em decorrência dos avanços nas ciências biológicas.

Verifica-se a quantidade e a complexidade dos problemas fáticos relacionados à reprodução humana assistida, além da ausência de legislação específica que regule a matéria. Uma conclusão é bastante lógica: o juiz brasileiro encontra-se praticamente

órfão de disposições normativas para julgar os casos em que as problemáticas expostas durante o trabalho se encontrem presentes. E a situação torna-se mais grave quando se tem notícia de que nossas principais Casas Legislativas, o Senado Federal e a Câmara dos Deputados, não se atentaram ainda pela necessidade de se regulamentar juridicamente as implicações e utilizações das técnicas de Reprodução Assistida.

A ciência deve refletir profundamente sobre a problemática em decorrência das novas técnicas e incentivar nosso governo a criar uma legislação séria, embasada em cânones éticos, decorrentes de uma discussão ampla com todos os setores da sociedade civil.

Nossa legislação, precisa consagrar que as técnicas de reprodução humana devem ser utilizadas com intuito terapêutico, por exemplo, para devolver a possibilidade de gerar filhos a quem não teve naturalmente essa oportunidade, coibindo-se todo e qualquer tipo de modificação genética, ou seja, toda prática de eugenia que possa ser realizada em embriões humanos.

Deve ainda garantir como direitos do casal que se submete a esse tipo de tecnologia, a livre informação sobre as possibilidades de êxito, os perigos da técnica utilizada, devendo o médico e o Centro de Reprodução serem responsabilizados solidariamente em caso de dano causado, em decorrência de culpa ou dolo.

Urge uma regulamentação acerca do tema antes que conseqüências trágicas ocorram. E, diante de tantas complexidades, deve-se analisar a situação em que se encontram nossos juízes. Em que deve estes se prender para julgar alguma das situações fáticas relacionadas com a matéria, já que nossa lei quase nada determina sobre o assunto?

Assim como ocorreu em outros países, quando os juízes, ao serem chamados a decidir sobre casos conseqüentes da utilização das diversas formas de reprodução assistida, utilizaram-se para isso dos elementos de integração do direito, acha-se que os julgadores pátrios também devem recorrer à Analogia, aos Princípios Gerais de Direito, e, principalmente, à Equidade. Assim, o que deve imperar no momento de se decidir sobre essas questões é o bom senso e o sentimento de justiça equitativa que, auxiliada por elementos técnicos da Ciência Jurídica, permitirão ao juiz proferir a melhor sentença para o caso concreto.

Espera-se que o nosso legislador possa sensibilizar-se quanto à importância de uma regulamentação completa da matéria e que com isso crie leis eficientes que protejam a sociedade de conseqüências nocivas advindas da utilização das conquistas científicas no campo da reprodução, sem, contudo, impedir seu desenvolvimento técnico.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. Gestação de fetos anencefálicos e pesquisas com células tronco: dois temas acerca da vida e da dignidade na constituição. In: SARMENTO;

Daniel; GALDINO, Flavio (Orgs.) **Direitos fundamentais**: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. São Paulo: Renovar, 2005.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. **Código civil anotado**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

FRAZÃO, Alexandre Gonçalves. **A fertilização in vitro: uma nova problemática jurídica**. Disponível em: <<http://www.jus.com.br>>. Acesso em: 12 fev. 2001.

FERRAZ, Sérgio. **Manipulações biológicas e princípios constitucionais**: uma introdução. Porto Alegre: Sete Mares, 1991.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. Questões jurídicas em torno de inseminação artificial. **Revista de direito civil: imobiliário, agrário, empresarial**. São Paulo, v. 15, n. 56.

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

MESTIERI, João. Embriões. **Revista Consulex**. Brasília, v. 1, n. 32, ago. 1999.

OLIVEIRA, Fátima. **Bioética**: uma face da cidadania. São Paulo: Moderna, 1997.

RAFFUL, A. C. **A reprodução artificial e os direitos da personalidade**. São Paulo: Themis Livraria e Editora, 2000.

SÁ, Elida. **Biodireito**. Rio de Janeiro: CEJUR-DP, 1998.

SEGATTO, Cristiane. ABORTO, sim ou não?. **Revista Época**. 16 de abril de 2007.

SGRECCIA, Elio. **Manual de bioética**: fundamentos e ética biomédica. São Paulo: Edições Loyola, 1996.

_____. **A reprodução artificial e os direitos da personalidade**. São Paulo: Themis Livraria e Editora, 2000.

SAUWEN, Regina; HRYNIEWICZ, Severo. **O direito in vitro**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1997.

VARGA, Andrew C. **Problemas da bioética**. São Leopoldo: Editora da Universidade do vale do Rio dos Sinos, 1998.

VIANNA, G. C. O nascituro como sujeito de direitos - início da personalidade civil: proteção penal e civil. In: BUSTAMANTE, Ricardo; SODRÉ, Paulo César (Coord.). **Ensaio Jurídicos**. Rio de Janeiro: Instituto Brasileiro de Atualização Jurídica, 1996. v. 1.