

# A TUTELA DOS EMBRIÕES HUMANOS: A EXPERIÊNCIA ARGENTINA (HISTÓRIA DE UM FRACASSO)

*Ricardo D. Rabinovich-Berkman\**

“é por causa dos homens que foi constituído todo o *ius*”(Hermogeniano, Digesto. 1.5.2)

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. A Inseminação artificial humana e a sua viabilidade na sociedade argentina. 3. A problemática dos embriões humanos e a sua conservação por entidades privadas. 4. Os embriões humanos na perspectiva dos direitos da personalidade. 5. Os embriões humanos e a sua primeira proteção judicial na pessoa de um tutor; uma experiência do direito argentino. 6. Conclusão. 7. Referências.

**RESUMO:** O presente artigo realiza uma análise da evolução da inseminação artificial *in vitro* na sociedade argentina, sob os aspectos jurídico, empresarial e social. Procurou-se demonstrar que a fertilização *in vitro* é um método reprodutivo cujo custo econômico não permite acesso às classes menos favorecidas da Argentina e que todo o processo se encontra sob o controle de clínicas e até de empresas privadas de grande poder econômico, as quais, efetivamente, são os detentores do depósito dos embriões humanos “excedentes”. Na Argentina, veio a ocorrer o primeiro caso, na história do direito, em que a Justiça optou por colocar sob sua proteção todos os embriões, sem exceção, nomeando a pessoa deste articulista para exercer a tutoria desses embriões. No entanto, em que pese à sua boa vontade, o autor deste artigo, que não contou com nenhum recurso público, quando buscou efetivamente regulamentar o controle dos embriões hu-

---

\* Doutor da Universidade de Buenos Aires (UBA), Catedrático ordinário da UBA, da Universidad del Museo Social Argentino (UMSA) e da Universidade do Salvador (Buenos Aires); Diretor do Mestrado em Aspectos Bioéticos e Jurídicos da Saúde e do Instituto de Bioética y Biodireito (UMSA); vogal do Conselho Acadêmico de Ética em Medicina (Academia Nacional de Medicina, Argentina); membro da Comissão Nacional de Bioética do Equador. Autor, entre outros livros, de *Responsabilidad del médico* (Bs. As., Astrea, 1999), *Actos jurídicos y documentos biomédicos* (Bs. As., La Ley, 2004), *Derecho romano para Latinoamérica* (Quito, Cevallos, 2006) e *Trasplantes*, de pronta aparição (Astrea).

manos na cidade de Buenos Aires sofreu oposição violenta das clínicas e das empresas envolvidas na fertilização *in vitro*, a tal ponto que optou por declinar de tal múnus público, pelo temor da prestação de contas do exercício da referida atividade a um dos poderes do Estado.

**PALAVRAS-CHAVE:** Inseminação; embriões; humano; tutoria; experiência.

## **THE GUARDIANSHIP OF HUMAN EMBRYOS: THE ARGENTINE EXPERIENCE (THE HISTORY OF A FAILURE)**

**ABSTRACT:** This present article carries out an analysis of artificial insemination *in vitro* in the Argentine society, under the legal, commercial and social aspects. It has been attempted to demonstrate that fertility *in vitro* is a reproductive method, whose costs does not allow access to the less favored classes in Argentina and that the whole process is under the control of private clinics and private companies of great economical power that are the effective guardians of surplus human embryos. Argentina was the country, where in the first case in the history of law, the courts decided to put all embryos, without exceptions, under their jurisdiction, nominating this author to be the legal guardian. However, despite this author's goodwill and without any public resources allocated, as it was effectively tried to regulate the control of human embryos in the city of Buenos Aires, he suffered such violent opposition from the clinics and companies involved in *in vitro* fertilization that he opted for declining his public commission in fear of having to account for the exercise of this activity to one of the State's power.

**KEYWORDS:** Insemination; embryos; human; guardianship; experience.

## **LA TUTELA DE LOS EMBRIONES HUMANOS: EL EXPERIMENTO ARGENTINO (HISTORIA DE UN FRACASO)**

**RESUMEN:** El presente artículo realiza un análisis de la evolución de la inseminación artificial *in vitro*, en la sociedad argentina, bajo los aspectos jurídicos, empresariales y sociales. Se buscó demostrar que la fertilidad *in vitro*, es un método reproductivo cuyo costo económico no permite el acceso de las capas sociales más bajas en

Argentina, y que todo el proceso se encuentra bajo el control de clínicas y hasta empresas privadas de gran poder adquisitivo que, efectivamente, son los detenedores del depósito de embriones humanos excedentes. Que en Argentina, vino a ocurrir el primer caso, en la historia del Derecho, en donde la Justicia optó por poner todos los embriones, sin excepción, bajo su protección, nombrando la persona de este articulista para que ejerciera la tutoría de los mismos. Sin embargo, en lo que pese a la buena voluntad del autor de este artículo, sin recurso público cualquiera, cuando buscó reglamentar de hecho, el control de los embriones humanos en la ciudad de Buenos Aires, ha sufrido oposición enérgica de las clínicas y de las empresas envueltas en la fertilización in vitro, a punto de optar por declinar de tal munus público, por el temor de la prestación de cuentas del ejercicio de la referida actividad a uno de los poderes del Estado.

**PALABRAS CLAVE:** Inseminación; embriones; humano; tutoría; experimento.

## 1. INTRODUÇÃO

Acredita-se que o acontecido na Argentina em novembro de 2004 realmente é coisa notável na história jurídica. Trata-se de uma novidade que imediatamente transcendeu as fronteiras nacionais, produzindo grande interesse em outros países, no primeiro momento, nos latino-americanos, e depois, nos da Europa.<sup>1</sup>

Em dois países deste último continente, mais precisamente na Espanha e na Itália, chegou-se, em termos muito louváveis, a propor a adoção desta novidade. Assim fizeram na Suíça o Fondation Guilé, em Granada, Espanha, a revista *Fronda*, em Valença a prestigiosa publicação *Quaderns digitals* e em Roma o jornal *L'Avvenire*, que dedicou ao tema, em junho de 2005, uma página dupla completa. Não obstante, esta inovação, inédita sem dúvida, é igualmente tributária da tradição de milênios do direito romano.

De que falamos? Acontece que um juiz civil da Cidade de Buenos Aires, no expediente intitulado “*Rabinovich, Ricardo David s/ medidas cautelares*”, nomeou um “tutor especial” para todos os embriões congelados e ovócitos pronucleados existentes em sua jurisdição.<sup>2</sup> Eles são, talvez, mais de trinta mil, e constituem, se não a totalidade dos existentes no país, pelo menos a enorme maioria.

<sup>1</sup> Assim, entre outros: *Ricardo Rabinovich-Berkman designat tutor d'embrions congelats*, en *Quaderns digitals.net*, de València; *El tutor especial de los embriones congelados y ovocitos pronucleados*. en *Fronda*, Verano 2005, Granada, p. 176-191; Liverani, Luca. *Embrióni*, en *L'avvenire*, Roma, 16 jun 2005.

<sup>2</sup> Decisão em: *Rabinovich, Ricardo David s/ medidas precautorias (R., R. D.)*, *El Derecho*-185-412.

A instituição falhou. Mesmo assim, constituiu um passo muito notável, e eu acredito que ela merece ser conhecida e debatida. Vamos conhecê-la, então.

## 2. A INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HUMANA E A SUA VIABILIDADE NA SOCIEDADE ARGENTINA.

Em primeiro lugar, vejamos o substrato material desta instituição. Para entendê-lo, é preciso ter presente que, na última década do século XX, a prática da fertilização extra-uterina humana foi aumentando na Argentina, onde não tardaram em florescer especialistas de prestígio internacional, com alto nível de sucesso nesses procedimentos. Assim, Buenos Aires, em março de 2002, poucas semanas depois do colapso que quase levou o país à anarquia, foi sede do Congresso Mundial de Fertilização *in Vitro* e Biologia Molecular, com a participação de Robert Edwards, chamado “o pai da fertilização *in vitro*”.<sup>3</sup>

Influiu, talvez, neste sucesso, a experiência local prévia com gado, mas ultimamente a fertilização *in vitro* está em evidência novamente, e são os especialistas em gravidez extra-uterina humana os que oferecem seus conhecimentos para trabalhos com outros animais.<sup>4</sup> Hoje, a qualidade do trabalho profissional dos médicos e bioquímicos locais é indiscutível nestes campos. Publicam-se, inclusive, revistas especializadas de bom nível científico, como a *Revista de Medicina Reprodutiva*, que em agosto de 2005 andava já no oitavo volume, e existe pelo menos um programa de televisão dedicado ao tema.

Na Argentina, embora a classe média tenha diminuído nos últimos lustros, em decorrência das políticas neoliberais, que concentraram a riqueza e aumentaram os setores pobres, ainda existe uma quantidade importante de casais em condições de enfrentar estas técnicas. A inseminação artificial é uma alternativa para poucos hoje. Seu custo normalmente anda entre 2.000 e 3.300 dólares, enquanto mais da metade da população sobrevive com menos de 200 dólares mensais.<sup>5</sup> Estas práticas não estão cobertas pelos serviços de saúde pública, e geralmente tampouco pelas obras sociais ou pela medicina pré-paga.

A possibilidade de que no futuro estas práticas tenham cobertura social é remota, pois há carências mais urgentes, como nutrição, oncologia, infecções, etc. As prioridades poderiam mudar por razões políticas ou ideológicas, ou mesmo por simples acordos negociados, mas isso não parece previsível, pelo menos

---

<sup>3</sup> Brugo Olmedo, Santiago. *También es asunto de hombres*. Bs. As.: Atlántida, 2004. p. 142.

<sup>4</sup> *Producen in vitro embriones de llama*, em *La Nación*, 27 jun 2006, *Ciencia y salud*.

<sup>5</sup> Villafañe, Lorena, *Una de cada siete parejas tiene problemas para tener hijos*, em *Los andes*, Mendoza, 23 jul. 2006, *Salud*.

a médio prazo. Como assessor, por muitos anos, da Comissão de Saúde do Senado Federal, eu notei a tendência contrária: a de redução das coberturas sociais.

Além disso, ultimamente, ajudados pela depreciação da moeda argentina ante o dólar, os institutos de fertilização se lançaram a ganhar pacientes estrangeiros. Vários deles oferecem seus *sites* em versões inglesa e castelhana paralelas. Alguns também, concordes com o estilo da medicina *fashion* atual, misturam o tema com o turismo: “Venha à Argentina, aprenda a dançar tango e volte para casa grávida”.<sup>6</sup>

Em vastos setores da população argentina existe uma necessidade de ter crianças biologicamente próprias, “do mesmo sangue” dos pais, especialmente do pai. Parece haver elementos machistas naquela demanda, além de uma relação imaginária entre fertilidade masculina e potência sexual. Fortalecendo essa hipótese, foi sugerida, como argumento para manter em sigilo a identidade dos pais dos embriões, uma suposta deterioração social derivada da esterilidade - um tipo de ressurreição anacrônica das obras de Fernando García Lorca, em versão masculina.

Os aspetos machistas subjacentes notam-se na pressão de alguns maridos sobre suas esposas para elas se submeterem à fecundação artificial, não obstante os problemas que isso implica para as mulheres e os sérios efeitos colaterais que podem derivar das drogas usadas, questões às vezes não abordadas pelos médicos. Em recente trabalho apresentado a um congresso científico internacional, um dos maiores especialistas argentinos, o Dr. Young, reconheceu que esses riscos incluem, em proporção não desprezível, a morte da mulher, e em grande porcentagem, sua esterilidade definitiva. A antecipação da menopausa é consequência inevitável do tratamento, porque aumenta o consumo de óvulos, que, como se sabe, constituem um número fixo que a mulher traz desde sua gestação.

Em tal contexto, a adoção de crianças perdeu atrativo. Além disso, critérios racistas existem nos níveis altos e médios da população, especialmente nas cidades mais cosmopolitas, como Buenos Aires. A identificação entre claridade de pele, ausência de traços indígenas e hierarquia socioeconômica que Isabel Allende

---

<sup>6</sup> Assim CEGYR ([www.cegyr.com](http://www.cegyr.com)) e FECUNDITAS ([www.fecunditas.com.ar](http://www.fecunditas.com.ar)). Diz no site da última: “Se recuerda a los extranjeros provenientes de la mayoría de los países de Europa, Estados Unidos y América Latina que no requieren visa especial para entrar al país, solamente necesitan de su pasaporte en vigencia y para los ciudadanos de países limítrofes solamente el documento de identidad. Al arribar al país obtendrán una permanencia de tres meses, fácilmente prorrogable por más tiempo. Nuestro idioma oficial es el Español, pero como Buenos Aires es una ciudad muy concurrida por turistas no existe inconvenientes para los extranjeros de habla Inglesa, Italiana, Francesa o Portuguesa. Además, podrían disponer de intérpretes. Si desean aprovechar el atractivo turístico de Argentina pueden consultar la página: [www.turismo.gov.ar](http://www.turismo.gov.ar)” ([www.fecunditas.com.ar/novedad.asp](http://www.fecunditas.com.ar/novedad.asp)).

descreve para o Chile se acha também na Argentina. Frequentemente, os interessados em adotar pertencem às classes elevadas e são do “tipo europeu”, ou pretendem sê-lo, o que se torna muito pior. A maioria das crianças disponíveis, vindas do proletariado, têm aspecto mais autóctone. A recusa se expõe como desejo de evitar problemas derivados da falta de semelhança física, mas mal disfarça a discriminação étnica. Subsiste a patética convicção na inferioridade intelectual “natural” dos aborígenes, idéia cujas raízes remontam à época hispânica, como bem estudou a historiadora Susana Ramella em sua magnífica tese *Uma Argentina racista*.<sup>7</sup>

Há também um preconceito nas dificuldades burocráticas da adoção. Obviamente, não se pode entregar seriamente uma criatura sem antes analisar as condições socioambientais e psicológicas dos que desejam adotá-la, e isso, naturalmente, toma um tempo. Sem dúvida, há casos de demoras desnecessárias e atitudes pouco solidárias; mas não parece serem tantos, e hoje se nota um esforço por melhorar o sistema.

Subsistem restrições, jurídicas ou sociológicas, para determinados adotantes potenciais, e se procura dar preferência aos matrimônios jovens. Não é um capricho. O acordo matrimonial, secular ou religioso, não constitui uma garantia, mas sublinha o desejo de ficar unidos. Procura-se o interesse da criança, e não a satisfação dos desejos dos pais adotivos, embora estes sejam respeitáveis.

Por estes e outros fatores, muitos casais que possuem o dinheiro necessário preferem recorrer à fertilização extra-uterina, em vez da adoção. Esta tendência cresceu dramaticamente em fins do século XX.

Outros dois fatores que devem ser considerados nesta paisagem são os que eu denomino *disnomia* e *anomia*. Em contraste com sua excelência tecnológica, a Argentina apresenta uma polícia sanitária e de controle do cumprimento das normas em vigor em situação deplorável. O desrespeito para com as leis e disposições jurídicas cruza todas as camadas e circunstâncias sociais. Normalmente a população argentina só obedece a uma norma por medo do castigo, mas também é conhecido que aquele castigo é hipotético, ou fácil de ser evitado. O divórcio entre legislação e realidade é abismal. O país possui leis bastante satisfatórias, mas ninguém as respeitam. A isso é o que eu chamo *disnomia*.

Não obstante, além da *disnomia*, no caso particular da fertilização assistida e da criopreservação de embriões e ovócitos pronucleados humanos, apresenta-se também um real quadro de *anomia*, ou seja, de real falta de normas jurídicas. Aproximadamente dez projetos de lei foram propostos desde a década de 1980 ao

---

<sup>7</sup> Ramella, Susana T. *Una argentina racista*. Historia de las ideas acerca de su pueblo y su población (1930-1950). Mendoza: Universidad Nacional de Cuyo, 2004. *passim*.

Congresso Federal, com óticas e sentidos diferentes, mas todos foram arquivados, em estágios diferentes do trâmite. Neste assunto, então, reina anarquia total. Por exemplo, em abril de 2006, ao depor, em razão de um projeto no qual ele tinha agido como aconselhador, diante do Comitê de Saúde do Senado, o já referido Dr. Young, eloqüentemente reconheceu: “No ano 91, a Municipalidade da cidade de Buenos Aires aprovou nosso instituto, mas ninguém veio nunca mais, de forma que ele poderia estar agora cheio de baratas”.<sup>8</sup>

### 3. A PROBLEMÁTICA DOS EMBRIÕES HUMANOS E SUA CONSERVAÇÃO POR ENTIDADES PRIVADAS EM BUENOS AIRES.

Temos que, para realizar a fertilização extra-uterina, a ovulação da mulher é aumentada de forma farmacológica. Deste modo são obtidos mais embriões, o que faz crescerem as possibilidades de sucesso. Imediatamente depois da fertilização, com critério eugênico, são selecionados os “melhores” embriões, e são instalados três ou quatro.<sup>9</sup> A idéia é darwiniana: quanto mais sejam os embriões, mais idôneos serão os seletos.<sup>10</sup>

A isso se soma a intenção de aperfeiçoar o procedimento, de forma que a mulher não precise voltar a tomar as drogas, pelos riscos e efeitos secundários e também por razões econômicas.

Atualmente não são instalados mais de quatro embriões. Os restantes se descartam ou se congelam. Alguns preferem congelá-los nos primeiros estágios, antes da conjugação do cromossomo ou singamia, porque eles consideram que assim não se trata de pessoas.<sup>11</sup> O especialista Sérgio Pasqualini, ao invés, considera preferível esperar por alguns dias, porque então existe maior certeza da viabilidade dos embriões que se preservam, e não se conferem aos pais falsas expectativas.<sup>12</sup>

Na metade da década de 1990, um projeto de lei do Poder Executivo propôs que não se fertilizassem mais de três óvulos, e todos os embriões resultantes foram instalados. Outras legislações do mundo adotaram critérios semelhantes,

---

<sup>8</sup> República Argentina, versión taquigráfica, Cámara de Senadores de la Nación, Reunión de la Comisión de Salud y Deporte, Salón “Héctor Maya” — H. Senado de la Nación, 18 de abril de 2006, Presidencia de la señora senadora Kirchner (documento inédito).

<sup>9</sup> Embora já com seus lustros, continua para estes temas a ser um clássico a obra: Cusine, Douglas J. *New Reproductive Techniques, a Legal Perspective*, Aldershot, Dartmouth, 1990. *passim*.

<sup>10</sup> Mais uma vez, volto a me perguntar aquela horrível questão com que intitulei um trabalho anos atrás: *¿Venció el nazismo?*, em *Frontera*, Invierno 2004, Granada, 2004, p. 20-37.

<sup>11</sup> Assim o declarou, por exemplo, o especialista Dr. Santiago Brugo Olmedo, no show *Esa bendita costilla*, televisado por Canal 7, Buenos Aires, 29 jul 2005.

<sup>12</sup> *Sentir y pensar*, por Canal Plus Satelital, Buenos Aires, 4 ago. 2005.

como a Lei 40/2004 italiana e as normas alemãs. O projeto argentino, não obstante, foi rejeitado pelos especialistas em inseminação artificial, os quais sustentaram que aquela restrição terminaria com a técnica, e falhou. Sorte igual sofreu mais meia centena deles.

A técnica de criopreservação (manutenção de material biológico em frio extremo) desenvolveu-se paralelamente à F.I.V., e veio a introduzir uma alternativa para os embriões não implantados, até mesmo em países onde estes não têm proteção jurídica, como os Estados Unidos<sup>13</sup> ou a Inglaterra.

Muitas vezes, seus próprios pais solicitaram a conservação, outras vezes assim decidiram os laboratórios ou os profissionais.

Não eliminar os embriões tranqüilizou algumas consciências, embora a maioria deles permaneça congelada *sine die*; e como o congelamento, a preservação e o descongelamento normalmente se cobram, apareceram novas possibilidades econômicas da F.I.V, e toda oportunidade para ganhar dinheiro é bem-vinda na sociedade capitalista (foi mostrado no expediente judicial *Rabinovich* que quase todas as entidades que preservam embriões em Buenos Aires são sociedades comerciais).

Talvez por razões mais jurídicas que médicas, preferiu-se congelar ovócitos pronucleados, isto é, óvulos em cujo núcleo fora introduzido um espermatozóide, sem produzir-se ainda a singamia. Prestigiosos doutrinadores argentinos, como Santos Cifuentes e Gustavo Bossert, sustentam, em minoria, que não há pessoa antes de ter-se fixado o embrião à parede uterina, ao redor de quatorze dias depois da singamia. É a chamada *tese do dia 14*. Até então, seriam legalmente coisas não só os ovócitos pronucleados, mas também os embriões fora do corpo, porque não podem aninhar sem útero.

Assim, um médico especializado e seu advogado assessor dizem:

Embora do momento em que o espermatozóide fertilize o óvulo se admita que há vida humana, isto não significa que possua a categoria de sujeito de direito, porquanto sua evolução é duvidosa até o dia 14, além de não ser um indivíduo irreversível.<sup>14</sup>

Durante a década de 1990, os embriões e ovócitos pronucleados congelados aumentaram muito nos países com maior tecnologia biomédica. Há pais que conge-

---

<sup>13</sup> A Corte Suprema dos Estados Unidos, em *Roe vs. Wade* (1973, 410 US 113), nega expressamente todo direito ao embrião. Sobre os fundamentos ideológicos do decisório: Woodward, Bob; Armstrong, Scott. *The Brethren Inside the Supreme Court*. N.York: Avon, 1981. p. 271 ss.

<sup>14</sup> Coco, Roberto; Arribere, Roberto. *Pertinencia y legitimidad del diagnóstico genético preimplantatorio*. Disponível em: <www.pgd-fecunditas.com.ar/5stpaper.asp>.

lam o “excesso” de embriões de uma F.I.V. e depois resolvem não os implantar. Eles satisfazem sua paternidade com as crianças nascidas do primeiro procedimento, ou então abandonam a idéia. Além disso, não é conhecido se o congelamento danifica os embriões. A casuística é pouca e a idade dos embriões descongelados, escassa.

Parece que não existem danos permanentes, mas será necessária maior experiência clínica, em tempo e quantidade, para se ter segurança. Enquanto isso, a sombra da dúvida pode levar os progenitores a não descongelar, mas implantar os embriões. Por outro lado, uns 30% dos embriões congelados morrem.<sup>15</sup>

Também o fato de serem os embriões congelados os descartados na fertilização original faz supor que eles podem ser portadores de doenças ou deficiências, e isso afeta o desejo dos pais de descongelá-los e instalá-los. Eles são seres humanos de segunda seleção, num mundo onde a perfeição física e psíquica é um valor cada vez mais procurado.

#### **4. OS EMBRIÕES HUMANOS NA PERSPECTIVA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE.**

Como se viu, os embriões congelados são milhares. Com o tempo eles se afastam de seus pais. Os anos passam e se deixa de pagar sua preservação. Alguns centros de preservação argentinos fazem assinar aos progenitores que congelam embriões a “cessão” antecipada deles à entidade, para serem dados a outras mulheres, nesses casos.

O estado jurídico do humano não nascido apresenta peculiaridades únicas na Argentina. O Código Civil, sancionado em 1869, seguiu o critério usado pelo jurista brasileiro Augusto Teixeira de Freitas em seu *Esboço*. Romanista luminoso. Freitas interpretou criticamente a posição de Friedrich von Savigny sobre as fontes justinianas.

Esse jurista germânico, abrindo um caminho que depois acabou por fundar a *escola das Pandectas*, como bem observa o excelente romanista Pierangelo Catalano, gostava de construir abstrações lógicas lá onde os antigos latinos tinham erguido simples deduções de senso comum.<sup>16</sup>

Chegou-se assim a criar figuras como a “capacidade de direito” (*Rechtsfähigkeit*), que já em Bernhard Windscheid se torna suscetível de sepa-

---

<sup>15</sup> Blacker, Charla M. 22 dez. 1999. Disponível em:<[www.fda.gov/ohrms/dockets/dailys/00/jan00/011900/c000392.pdf](http://www.fda.gov/ohrms/dockets/dailys/00/jan00/011900/c000392.pdf)>.

<sup>16</sup> Catalano, Pierangelo. *Diritto, soggetti, oggetti: un contributo alla pulizia concettuale sulla base di D. 1.1.12, em Iuris vincula. Studi in onore di M. Talamanca*, Napoli, Jovene, 2000, v. II, p. 97 ss.

rar-se do conceito de “homem”,<sup>17</sup> critério que modelaria, finalmente, o art. 1º do Código Civil Alemão de 1900: “*Die Rechtsfähigkeit des Menschen beginnt mit der Vollendung der Geburt*” (“A capacidade de direito dos homens começa com o termo total do nascimento”).<sup>18</sup>

Também Freitas adotou a expressão “capacidade de direito”, mas esclareceu que não a usava no mesmo sentido que Savigny. O genial brasileiro deixa nítido que ele não pode aceitar a existência de seres humanos que não sejam pessoas. “Para nós, para a cultura atual, todo homem é pessoa”, proclama o grande baiano.<sup>19</sup>

Então, o critério de Freitas, que ele visualizou como o genuíno dos juristas romanos, é biológico, isto é, todo ser humano é pessoa. E o é pelo simples fato de sua aparência física. E ele não pode deixar de sê-lo. A identificação pessoa-*homo* é, com efeito, uma constante no *Digesto*. Por exemplo, em 1.5.3, é compilado o texto de Gaius: “*Summa itaque de iure personarum divisio haec est, quod omnes homines aut liberi sunt aut servi.*” Isso deixa claro que o autor das Instituições considerava os *servi personae* e *homines*. A idéia se fortalece quando, citando-se esse mesmo autor, em 1.6.1, indica-se que o *ius* das pessoas segue outra divisão: “*quod quaedam personae sui iuris sunt, quaedam alieno iuri subiectae sunt*”. Entre estes últimos, Gaius incluía os “*servi dominorum*” (1.6.1.1).

O codificador civil argentino Dalmacio Vélez Sársfield plasmou essas idéias nos artigos 51, 52 e 53, tomados dos artigos 35 e seguintes do *Esboço*. Por conseguinte, na Argentina ser humano implica ser pessoa, independentemente de que, também seguindo o jurista brasileiro, o codificador argentino criou as “pessoas de uma existência ideal”, com base na “teoria da ficção” savigniana.

Expressando a idéia da identidade pessoa-humano, Freitas empregou o adjetivo “*concebidos*”, de raiz justiniana, para se referir ao que denominou “pessoas por nascer”. Deste modo, o art. 53 do *Esboço* dizia: “São pessoas por nascer as que, não sendo ainda nascidas, acham-se, porém, já concebidas no ventre materno”. As características destas pessoas são então duas: elas ainda não nasceram, mas já estão concebidas.

Vélez traduziu, com mínimas modificações, esse preceito de Freitas, no art. 63 de seu Código: “São pessoas por nascer aquelas que, não tendo nascido, estão concebidas no seio materno”; mas agregou, no art. 70, o substantivo *concepção*:

---

<sup>17</sup> Windscheid, Bernhard. *Lehrbuch des Pandektenrechts*. Frankfurt: Rutten & Leoning, 1891. v. I, p. 125 ss.

<sup>18</sup> Note-se que já existe homem antes da chegada da capacidade de direito. O nonato é, para o Código Civil germânico, um *Mann*, mas sem *Rechtsfähigkeit*. Ambos os conceitos tem sido dissociados! E este artigo abre o Título Primeiro, que traz o nome de *Natürliche Personen* (“pessoas naturais”), dentro do Capítulo Primeiro, denominado *Personen*, da Parte Geral.

<sup>19</sup> Teixeira de Freitas, Augusto. *Código Civil, Esboço*. Brasília: Ministério, 1983. v. I, p. 14.

“Desde a concepção no seio materno começa a existência das pessoas; e antes de seu nascimento elas podem adquirir alguns direitos, como se já tivessem nascido”.

Imediatamente retorna o adjetivo substantivado: “Esses direitos permanecem irrevogavelmente adquiridos se os concebidos no seio materno nascem com vida, embora apenas por instantes após terem sido eles separados de sua mãe.” Essa denominação, como bem sublinhou a romanista italiana Maria Pia Baccari, é uma das mais citadas nas fontes justinianas para o humano antes de nascer.<sup>20</sup>

Também o substantivo concepção aparece no *Digesto*;<sup>21</sup> porém ele parece chegar ao Código de Vélez Sarsfield por influência mais savigniana que diretamente romana. O termo traz uma abstração, característica do *System* savigniano, citado pelo codificador argentino na nota ao artigo, onde reiteradamente fala da “capacidade de direito” como algo que o “filho” pode ter ou não ter.

Então, o *conceptus é homo*. No momento em que haja um humano, uma coisa humana - para se usar a famosa expressão de Paulo em *Digesto* 1.5.7, também empregada por Ulpiano em *Digesto* 37.9.1 - de acordo com o que a Biologia ensina, haverá um concebido. Não parece uma idéia autônoma, mas aberta; um recipiente cujo conteúdo está a ser proporcionado pelo biólogo, e não pelo jurista.

Os romanos, não obstante, davam ao humano ainda não nascido muitos outros nomes, como *partus*, *venter*, *nasciturus* e *liber*. Eles não eram criativos na terminologia, porque realmente ela os preocupava pouco.<sup>22</sup>

Muito menos do que a vários professores atuais de Direito Romano. De todas essas denominações, talvez a mais freqüente seja uma expressão que nós podemos considerar como frase idiomática: *qui in utero est*, em singular ou plural. O que está no útero.

Como vimos, a expressão usada por Freitas em seu art. 53 foi “concebidas no ventre materno”. Da nota respectiva se depreende tratar-se da sua versão da expressão latina “*in utero sunt*”. Ele explica: “*Pessoas por nascer* existem, porque, conquanto não sejam ainda nascidas, vivem já no ventre materno – *in utero sunt*”.<sup>23</sup> Desta forma, como acontecia com essa fórmula romana, “concebido-no-ventre-materno” deve ser considerada uma frase idiomática que, em seu contexto, se refere à “pessoa por nascer”.

Vélez Sarsfield traduziu, no art. 63 do Código argentino, “concebidas no seio

---

<sup>20</sup> Baccari, Maria Pia. *Conceptito: l'antico diritto per il nuovo millennio*. Torino: Giappichelli, 2004. p. 1.

<sup>21</sup> Ulpiano (1.9.7.1, 1.9.7.2), etc.

<sup>22</sup> Catalano, Pierangelo. *Osservazioni sulla “persona” dei nascituri alla luce del diritto romano (da Giuliano a Teixeira de Freitas)*. *Rassegna di Diritto Civile*, 1988, v. I, p. 45 ss.

<sup>23</sup> Teixeira de Freitas, p. 37.

materno”, limitando-se a substituir ventre, que era mais acorde com a tradição romana. A mesma expressão, como nós já vimos, usou-a no art. 70. Assim, o circunstancial de lugar é então aparente, porque na realidade é a frase idiomática latina levada ao castelhano.

Para tirar qualquer dúvida, o codificador argentino omite a referência ao seio materno em muitos preceitos (arts. 66 inc. 1, 230 inc. 3, 240, 254, 359, 3290, 3733 e 4042). Por essas e outras razões de peso semelhante, eu acredito que a posição doutrinária, bastante solitária, que nega a humanidade, ou seja, a personalidade, ao nascituro extracorpóreo, por não estar ele no seio materno, carece de sustentação válida.

A personalidade-humanidade implica propriedade dos direitos fundamentais que nós consideramos comuns aos membros da nossa espécie pelo simples fato de o serem, direitos que eu chamo “existenciais”. Para o nascituro, sublinha-se o direito que tem por objeto a vida, o qual é para ele o direito de nascer, como destaca a denominação de Freitas: “pessoas por nascer”.

Não obstante, não é esse o único direito existencial do nascituro. Como pessoa/humano, ele possui também a prerrogativa de que sua saúde seja protegida e sua dignidade respeitada, quer consideremos a dignidade como objeto de uma faculdade essencial, quer como base de todas elas, como propõe o bioeticista Roberto Andorno.<sup>24</sup> No sistema argentino, de cunho romanista, essa defesa não é, teoricamente, exógena, ou seja, não é dada pelo Estado em interesse público, mas entendida como *iure próprio* e exercida por meio de representantes que operam, em virtude de uma ficção jurídica, em nome do incapaz.

Vélez Sársfield planejou um duplo sistema de “representação”, ou seja, de defesa e exercício das prerrogativas do “incapaz”. Neste sistema, diz o artigo 59, “além dos representantes necessários, os incapazes são concomitantemente representados pelo Ministério dos Menores, que será parte legítima e essencial em todo tema em que se trate das pessoas ou bens” dos incapazes.

Os direitos das pessoas por nascer, então, são defendidos por seus pais, por esse “ministério de menores”, o quer dizer que eles têm a função de protegê-los; mas nada impede que, em casos justificados, especificamente se existem interesses contrapostos, aquela faculdade seja dividida, mediante a designação de um tutor especial.

---

<sup>24</sup> Andorno, Roberto. *Bioética y dignidad de la persona*. Bs. As.: Tecnos, 1998. *passim*

## 5. OS EMBRIÕES HUMANOS E A SUA PRIMEIRA PROTEÇÃO JUDICIAL NA PESSOA DE UM TUTOR, UMA EXPERIÊNCIA DO DIREITO ARGENTINO.

Estamos nós agora em condição de voltar ao expediente *Rabinovich*. Como começa ele? Em 1993, os jornais anunciaram, otimistas, o primeiro nascimento de crianças criopreservadas na Argentina. Por esse motivo, a mídia comentou a existência, já então, de centenas de embriões congelados na cidade de Buenos Aires. Para muitos argentinos isto era uma novidade. Os jornais pareciam triunfantes, e os especialistas também. E não era para menos... Estávamos nos parecendo aos Estados Unidos!

Acontece, não obstante, que o sistema jurídico argentino não é o norte-americano, graças a Deus. Nos Estados Unidos, a defesa do humano não nascido foi recusada pela Suprema Corte Norte-Americana, na sentença *Roe vs. Wade*, de 1973. Na Argentina, ao invés, o código civil seguiu, e ainda segue, em vigor, sem neste ponto ter-se modificado o sistema protetor romano, segundo a versão de Vélez Sarsfield.

Para meu assombro, proclamavam-se abertamente, sem subterfúgios nem medos, condutas que, em minha opinião, são incompatíveis com essa visão do nascituro. Eu promovi então a ação judicial referida no começo. Em apresentação bem breve, pedi a intervenção do Ministério de Menores em defesa desses embriões, para que não tivessem outro destino que não a introdução no útero materno.

Após muitas situações que não é no momento de lembrar, em dezembro de 1999, mais de seis anos depois da introdução da demanda, a Câmara Nacional de Apelações em Matéria Civil ditou a sentença definitiva, reconhecendo expressamente a personalidade desde o ovócito pronucleado, ainda antes da singamia. Isso estaria concorde com as mais recentes investigações, segundo as quais, como explica o especialista Ostermeir num artigo publicado na revista *Nature* em 2004, “a presença do ARNm do espermatozóide age como transmissor e intermediário da informação para a transferência do Adn nuclear para o citoplasma, que marca o começo da atividade genética”.<sup>25</sup> E os médicos Hugo Obiglio e Roberto Dabusti agregam: “Isto quer dizer que já existe expressão genética, ou seja, que há uma vida humana nascente dotada de uma atividade contínua e própria, fato comprovado agora em forma biomolecular”.<sup>26</sup>

O Tribunal buscou pedir informações às várias entidades médicas e biológicas, e assim enriqueceu de dados científicos o sentido da expressão *concebido*.

---

<sup>25</sup> *Nature*, CDXXIX, 2004, p. 124.

<sup>26</sup> Obiglio, Hugo O. M.; Dabusti, Roberto J. *Embriones congelados*, em *La Nación*, Buenos Aires, 31 jul. 2005. *Cartas de lectores*.

Por conseguinte, ordenou realizar “um censo de embriões não implantados e ovócitos pronucleados” criopreservados, além de proibir toda ação sobre eles - da parte dos pais e das instituições profissionais - que pudesse implicar a sua destruição ou experimentação.

Também ordenou que toda disposição material ou jurídica dos embriões, com a única exceção da introdução na mesma mãe biológica com consentimento do pai biológico, fosse feita unicamente com intervenção do juiz correspondente, que deverá agir sempre com a intervenção do Ministério Público e em conformidade com os princípios estabelecidos no pronunciamento judicial.

Esta decisão foi uma pedra angular na defesa do nascituro. Embora seu efeito jurisprudencial fosse escasso, teve repercussão doutrinária notável,<sup>27</sup> até mesmo além das fronteiras argentinas. Estabeleceu-se, como dizem os juizes,

que em nosso ordenamento legal e constitucional todo ser humano é pessoa, e ele o é desde sua concepção, seja no seio materno seja fora dele; e desde então, por conseguinte, é titular de direitos, entre eles e em primeiro lugar, dos direitos à vida e à integridade física e psíquica.

Desse jeito, o decisório preparou a estrada para o passo seguinte.

Com efeito, três anos depois, em 2002, a Corte Suprema de Justiça da Nação proferiu a decisão *Portal de Belén c / Ministerio de Saúde e Ação Social da Nação s / Amparo*, referindo-se à chamada “pílula do dia depois”.<sup>28</sup> Em Portal de Belén, o supremo tribunal argentino reiterou os critérios do precedente da Câmara de Apelações, embora, curiosamente, sem o citar.

Comentando a sentença *Rabinovich*, as juristas Dolores Loyarte e Adriana Rotonda sublinham outra peculiaridade. Dizem:

Este caso abriu a porta aos primeiros precedentes que admitem a legitimação ativa de um interessado difuso em relação com a vida extra-uterina [...] Com efeito, o demandante inicial é um advogado alheio às práticas médicas em questão, referidas à fertilização extra-uterina, que sentiu necessário acudir à ajuda da justiça por entender que com as técnicas de procriação assistida medicalmente, existe risco potencial de que a vida humana seja atacada.

---

<sup>27</sup> Altamira, Florencia; Huberman, Laura Mercedes; Páez, Silvana Elena. *La píldora del día después: un fallo más que polémico...* Disponível em: <[www.cuadernos.bioetica.org/comentarios10.htm](http://www.cuadernos.bioetica.org/comentarios10.htm)>; Guastavino, Gabriel Nicolás Eustaquio. *Entre la vida y la muerte no hay elección válida posible*; Sambrizzi, Eduardo Antonio; González del Cerro, Ángel. *Comienzo de la existencia de la persona humana*. (trabalhos apresentados nas XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, 2003).

<sup>28</sup> p. 709.XXXVI. (<http://cuadernos.bioetica.org/fallos13.htm>).

E concluem Loyarte e Rotonda:

Assentado como princípio que o interesse difuso na preservação de direitos vitais para garantir a qualidade da vida humana concede legitimidade ativa para operar em defesa deles, nós temos que conceder que a mencionada admissão da ação de ator alheio ao processo direto da procriação artificial significou o primeiro antecedente judicial que decide em benefício da tutela judicial da preservação, não só da qualidade de vida humana, mas da vida mesma.<sup>29</sup>

Não obstante, a realidade não foi tão auspiciosa. Os centros de criopreservação se recusaram a realizar o censo ordenado, alegando diferentes razões. Chagaram a sustentar coisas surpreendentes, como que a Igreja Católica nega o batismo às crianças que estavam congeladas, disparate contestado pelo Defensor de Menores da Câmara. Deixando esses delírios à parte, outro centro sustentou, por exemplo, que a sentença “subjuga garantias constitucionais claras e viola expressas disposições internacionais”, entre elas: liberdade de trabalho, igualdade diante da lei, propriedade, direito à saúde, respeito à intimidade, devido processo e defesa em juízo. Muitos esgrimiram o “dever de confiança”. Maravilhosamente, houve quem se amparou... na Convenção dos Direitos das Crianças!

Para 2003, o expediente já tinha superado a casa de 800 folhas. Diante de tal estado de coisas, o Defensor de Menores da Câmara solicitou que fosse nomeado um tutor especial para todos os embriões e ovócitos pronucleados congelados em Buenos Aires, o qual deveria operar como apoio do Ministério de Menores e do tribunal, para o cumprimento da sentença; e, mostrando assim não ser muito amigo meu, recomendou meu nome para o exercício daquela tutoria *sui generis*.

A petição foi rejeitada imediatamente por algumas das empresas criopreservadoras, e esse rechaço deteve o curso do expediente. Só em novembro de 2004 a idéia do Defensor de Menores foi admitida pelo juiz. Eu aceitei imediatamente a incumbência e solicitei diligências, que foram concedidas parcialmente, entre elas, a intimação aos centros de criopreservação a responderem ao censo diretamente no tribunal, sob pena de serem denunciados pelo crime de desobediência e serem multados, em caso de descumprimento.

Não obstante, apesar de terem sido devidamente notificados, nenhum dos intimados cumpriu a determinação. Alguns interpuseram recursos e até argüiram o caso de inconstitucionalidade. Um deles condicionou a obediência à ordem judicial à prévia obtenção da conformidade dos “doadores” [assim] dos gametas;

---

<sup>29</sup> Disponível em: <[www.graciellamedina.com/archivos/auni/Cursos/Jurisprudencia\\_01\\_005.pdf](http://www.graciellamedina.com/archivos/auni/Cursos/Jurisprudencia_01_005.pdf)>.

outro atacou minha designação em particular, isto é, *ad hominem*. Aumentaram os ataques na imprensa, não só contra a instituição da tutela, mas contra minha pessoa mesma, com fortes adjetivos. No entanto, estas empresas não “representam” os embriões. Elas não são seus pais, nem seus tutores. Nem certamente são seus donos, nem depositários, porque os embriões e ovócitos pronucleados, segundo a decisão judicial, não são coisas, mas pessoas.

A representação deles têm-na seus pais - que, curiosamente, nunca se apresentaram no feito - e de forma conjunta, o defensor de menores. Mas essas entidades, mesmo assim, conseguiram complicar o trâmite, chegando a transformá-lo num labirinto, com a intenção clara de sufocá-lo, para assim deter o cumprimento da decisão e poder continuar trabalhando sem controles. Ou, como dizia o Dr. Young, com baratas...

A respeito do argumento do segredo profissional, existe sem dúvida o direito a não tornar pública a própria paternidade, mas só se tal ocultação não prejudica a outrem. O progenitor de um menino que pede alimentos, por exemplo, não pode refugiar-se naquela prerrogativa. Ainda se discute, embora cada dia menos, a imposição de testes genéticos; mas todos nós concordamos, em termos de posicionamento doutrinário, que o indivíduo que se recuse a submeter-se a eles dá motivo a uma forte presunção de paternidade, em sua resistência a admiti-la.

Ensinava o lembrado constitucionalista argentino Germán Bidart Campos que

não existem condutas auto-referentes inofensivas que permaneçam imuni-  
zadas pela intimidade, porque desde que se insere a vida em gestação do  
nascituro, aparece um terceiro, com seus direitos, que não estão à disposi-  
ção de seus pais, nem do Estado, nem de qualquer pessoa. Lá não vale  
invocar a intimidade.<sup>30</sup>

Se os embriões e ovócitos pronucleados são ou não pessoas pode debater-se nos círculos acadêmicos, mas não opor-se a uma ordem judicial cuja decisão diz, de forma contundente, que são, sim, pessoas.

Desta forma não temos doadores, mas sim, pais de humanos cujo direito à identidade não pode ser ferido, principalmente num país onde tanto foi necessário lutar para o reconhecimento dessa prerrogativa fundamental, ante os horrores produzidos pela apropriação de crianças de pessoas seqüestradas e assassinadas pelo último governo militar. Então, eles devem ser individualizados para ser possível defendê-los, a fim de que sejam implantados, possam crescer e nasçam.

---

<sup>30</sup> Bidart Campos, Germán. La tutela médica del estado providente y la privacidad matrimonial, em ED-145-441.

A existência de um acordo de sigilo entre os progenitores e os laboratórios não gera um interesse legítimo que autorize estes a peticionar no tribunal. Tal situação existiria, sim, se o cumprimento da decisão judicial os fizesse incorrer em responsabilidade diante dos pais; mas é bem conhecido que a ordem judicial supera o dever de preservar o sigilo dos dados pessoais, que é o de que aqui se trata, não o da intimidade. Esteja esta decisão nos acordos ou não, sempre vai ser implícita, porque é de ordem pública. Ninguém pode ser demandado por cumprir uma sentença judicial.

Enquanto isso, advogados importantes foram contratados pelos laboratórios. Escritos longos se apresentaram. Por que tanto esforço intelectual para não cumprir uma ordem judicial? Que coisa está por trás disso? Por que nem sequer se informa quantos são os embriões congelados? O que se teme? Recentemente, a mídia anunciou experiências projetadas em outros países, inclusive no Brasil, com embriões humanos, visando fins terapêuticos, mas também industriais, cosméticos, etc. Terá, pois, esta sentença, tocado uma ferida inesperada? Eu espero sinceramente que não, mas me confesso assustado...

## **5. CONCLUSÃO**

Acredita-se que esta controvérsia só pode resolver-se de um modo: com a adoção pré-natal dos embriões já congelados e a proibição ou restrição severa do congelamento para o futuro. Caso contrário, o problema vai crescer, gerando assim mais conflitos, que escaparão a toda possibilidade de solução jurídica satisfatória.

Por isso, ao final de 2004, após ter aceitado o cargo de tutor dos embriões, preparei um projeto de lei em tal sentido, que foi apresentado ao Senado da Nação, e ainda se acha em tramitação, junto com um novo projeto de lei de fertilização assistida. As pessoas hoje congeladas, que seriam aparentemente, na cidade de Buenos Aires, mais de trinta mil, devem ter a oportunidade de nascer. Se suas mães biológicas não desejam implantá-los em si mesmas, deve-se oferecer a possibilidade de ser mãe a mulheres que, em razão de terapias, patologias, etc., tenham perdido a fertilidade. Mas, claro, mediante adoção, não doação privada!

As apresentações dos centros criopreservadores produziram complicações infinitas no expediente. Eu tentei chegar a uma solução conciliadora, chamando as entidades a três reuniões sucessivas. A primeira foi na Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires, tendo-se em vista ser esse um lugar prestigioso e neutro. As duas restantes foram no auditório de um dos institutos de fertilização assistida.

Nessas reuniões, ofereceu-se uma alternativa muito flexível para a conclusão

do censo: a resposta por um código alfanumérico, sem identificação dos pais. Mas nem isso foi aprovado. Na realidade, os laboratórios se opõem a qualquer acordo no sentido de reconhecer a designação do tutor, que - achavam - implicaria a aceitação do caráter de pessoas dos embriões, que eles negam ferrenhamente.

Durante esses meses, sem infra-estrutura nem recursos, defrontei-me com uma dúzia de estudos jurídicos de primeiro nível, contratados por sociedades comerciais florescentes, de grande patrimônio, que põem publicidade na mídia ou até possuem seus próprios *shows* de televisão. Não foi dada ao tutor qualquer remuneração que compensasse sua consagração temporária. Nem mesmo uma soma para as despesas prementes e mínimas. Até para fazer fotocópias do expediente ele devia pedir, por escrito, permissão ao tribunal. Foi-lhe imposto notificar cada um dos laboratórios e acudir ao tribunal duas vezes por semana para se notificar das novidades.

Em tais condições, a tutela confiada à minha pessoa virou uma farsa, e completar a missão confiada era assim impossível. Por essas razões, eu renunciei, em junho de 2006, ao múnus da tutoria dos embriões da cidade de Buenos Aires, pelo que se sabe, o primeiro caso ocorrido no direito contemporâneo.

Como reflexão final, está clara a relação que existe entre esta tutela nova e a antiga *cura ventris* romana, tão bem estudada recentemente por Maria Pia Baccari,<sup>31</sup> porém o *curator ventris* teve como objetivo prioritário a defesa de interesses públicos, enquanto a tutela dos embriões só foi pensada de uma ótica “privada”. Considerou-se somente o tutor como representante legal dos nascituros congelados, mas nunca sua função foi vista como incluindo um interesse público. Por isso não lhe foi dada infra-estrutura, nem lhe foi destinada soma alguma para cobrir as despesas de sua administração, nem, obviamente, salário. Por isso se lhe negou qualquer faculdade direta, devendo agir só com pedidos ao tribunal, submetidos ao debate com todas as instituições incluídas, do que resultou a confusão processual já referida, que levou suas tarefas a ponto morto.

Jamais esteve clara a relação de sua incumbência com a esperança de nascer - a *spes nascendi*, para usar a expressão latina (*Digesto*, 37.9.1) - dos embriões congelados. Na realidade, o tutor foi limitado à simples tarefa de cuidar que se cumprisse o censo ordenado pela Câmara.

É impossível pensar que, com a limitação de suas faculdades (se é que teve alguma), realmente estivesse em condições de defender a vida e a saúde dos

---

<sup>31</sup> Baccari, Maria Pia. *Curator ventris tra storia e attualità*, em *Annali 2001*, LUMSA, Torino, Giappichelli, 2001. p. 43-77.

concebidos em questão, que se acham em poder de empresas poderosas, em cujas instalações nem sequer tinha o tutor o poder de entrar.

A pergunta desagradável que fica flutuando é: será que a idéia de *civitas augegens*, crescimento da comunidade, que tanta força mostrou na antiga Roma, ainda existe hoje? Em outras palavras, será que se considera atualmente coisa boa o aumento da população? Será que é visto como algo positivo que os embriões congelados nasçam, ou, na realidade, se estima conveniente que fiquem indefinidamente naquele limbo, até que, por uma ou outra razão, morram, e assim terminem os problemas que geram?

Arestas muito desagradáveis existem para esta resposta, as quais têm relação com os aspectos eugênicos do criopreservação, que já antecipamos. Como os embriões implantados na fertilização extracorpórea são os considerados “mais viáveis”, o que é só um eufemismo para referir-se aos *fittest* da terminologia darwiniana, aqueles que são descartados, e em conseqüência, congelados, são os *unfit*. Mas, numa sociedade que procura a perfeição física, ao extremo de cultivar sempre mais a prática da diagnose genética prévia à implantação, que verdadeiro interesse pode existir em que esses milhares de “humanos de segunda seleção” sejam *in lucem producti*, trazidos à luz?

Mais uma vez, o direito romano se eleva como um farol protetor da dignidade humana, até mesmo diante de fenômenos completamente novos, nem sequer imaginados pela ficção científica. Sua luz antiga, sempre renovada, pode nos chamar a atenção para os reparos que se podem fazer nas instituições atuais, como o que nos ocupa, para que possam cumprir sua missão.

A tutela dos embriões e ovócitos pronucleados congelados, uma interessante invenção argentina, falhou; mas até mesmo de suas cinzas pode nascer uma resposta renovada: a criação de um funcionário defensor de um interesse público, centrado prioritariamente na esperança de nascer dos concebidos criopreservados, e dotado, em conseqüência, da infra-estrutura e do poder imprescindíveis para poder realmente se desincumbir de sua função.

Essas idéias foram expostas recentemente por mim, no XV Congresso Latino-americano de Direito Romano, reunido em Morelia, México. Entre os presentes achava-se o deputado nacional chileno Dr. Maximiano Errázuriz, que imediatamente se deu à tarefa de preparar um esboço de lei no sentido proposto, para ser apresentado ao Congresso do país transandino. Também na Argentina existe a intenção de criar aquela instituição administrativa.

Trinta mil foram os desaparecidos que trouxe o último regime militar para a Argentina. Justificadamente, foram criados agora, para investigar seu destino e proteger os direitos dos interessados, cargos e escritórios públicos. Esses trinta mil, infelizmente, já estão mortos. Mas eis agora lá, curiosa e paradoxal coinci-

dência numérica, outros trinta mil seres humanos que, conservando em eloqüente silêncio sua esperança de nascer, aguardam ser trazidos à luz. Eles ainda podem - e devem - viver. Eles merecem, pelo menos, idênticos esforços, e é o que se espera da comunidade político-jurídica nacional.

## 6. REFERÊNCIAS

ALTAMIRA, Florencia; HUBERMAN, Laura Mercedes; PÁEZ, Silvana Elena. **La píldora del día después: un fallo más que polémico...** Disponible em: <[www.cuadernos.bioetica.org/comentarios10.htm](http://www.cuadernos.bioetica.org/comentarios10.htm)>

ANDORNO, Roberto. **Bioética y dignidad de la persona**. Bs. As.: Tecnos, 1998.

BACCARI, Maria Pia. **Concepito: l'antico diritto per il nuovo millennio**. Torino: Giappichelli, 2004.

BACCARI, Maria Pia. **Curator ventris tra storia e attualità**. Annali 2001, LUMSA, Torino: Giappichelli, 2001.

BIDART CAMPOS, Germán. **La tutela médica del estado providente y la privacidad matrimonial**. ED-145-441.

BLACKER, Charla M. Disponível em:<[www.fda.gov/ohrms/dockets/dailys/00/jan00/011900/c000392.pdf](http://www.fda.gov/ohrms/dockets/dailys/00/jan00/011900/c000392.pdf)>. Acesso em: 22 dez. 1999.

BRUGO OLMEDO, Santiago. **También es asunto de hombres**. Bs. As.: Atlántida, 2004.

CATALANO, Pierangelo. Diritto, soggetti, oggetti: un contributo alla pulizia concettuale sulla base di D. 1.1.12. **Iuris vincula**. Studi in onore di M. Talamanca, Napoli, Jovene, 2000, v. II.

CATALANO, Pierangelo. Osservazioni sulla “persona” dei nascituri alla luce del diritto romano (da Giuliano a Teixeira de Freitas).In: **Rassegna di Diritto Civile**. [s.l]: [s.n.], 1988.

CEGYR. Disponível em:<[www.cegyr.com](http://www.cegyr.com)>.

COCO, Roberto; ARRIBERE, Roberto. **Pertinencia y legitimidad del diagnóstico genético preimplantatorio**. Disponible em:<[www.pgd-fecunditas.com.ar/5stpaper.asp](http://www.pgd-fecunditas.com.ar/5stpaper.asp)>.

CUSINE, Douglas J. **New Reproductive Techniques**, a Legal Perspective. Aldershot: Dartmouth, 1990.  
FECUNDITAS. Disponible em:<[www.fecunditas.com.ar/novedad.asp](http://www.fecunditas.com.ar/novedad.asp)>.

GUASTAVINO, Gabriel Nicolás Eustaquio. Entre la vida y la muerte no hay elección válida posible. Jornadas Nacionales de Derecho Civil, 19, 2003. **Anais...**

OBIGLIO, Hugo O. M.; DABUSTI, Roberto J. Embriones congelados. **La Nación**, Buenos Aires, 31 jul. 2005. Cartas de lectores.

PRODUCEN IN VITRO EMBRIONES DE LLAMA. **La Nación**, Buenos Aires, 27 jun. 2006. Ciencia y salud.

RABINOVICH, Ricardo David. **S/ medidas precautorias** (R., R. D.), El Derecho-185-412.

RAMELLA, Susana T. , **Una argentina racista**. Historia de las ideas acerca de su pueblo y su población (1930-1950). Mendoza: Universidad Nacional de Cuyo, 2004.

REPÚBLICA ARGENTINA. Cámara de Senadores de la Nación, Reunión de la Comisión de Salud y Deporte, Salón “Héctor Maya” — H. Senado de la Nación, 18 de abril de 2006, Presidencia de la señora senadora Kirchner (documento inédito). versión taquigráfica.

SAMBRIZZI, Eduardo Antonio; GONZÁLEZ DEL CERRO, Ángel. Comienzo de la existencia de la persona humana. Jornadas Nacionales de Derecho Civil, 19, 2003, **Anais...**

TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. **Código Civil, Esboço**. Brasília: Ministerio da Educação, 1983.

Ulpiano (1.9.7.1, 1.9.7.2), etc.

VILLAFañE, Lorena. Una de cada siete parejas tiene problemas para tener hijos. **Los andes**, Mendoza, 23 jul. 2006. Salud.

WINDSCHEID, Bernhard. **Lehrbuch des Pandektenrechts**. Frankfurt: Rutten & Leoning, 1891.

WOODWARD, Bob; ARMSTRONG, Scott. **The Brethren Inside the Supreme Court**. N.York: Avon, 1981.

[www.gracielamedina.com/archivos/auni/Cursos/Jurisprudencia\\_01\\_005.pdf](http://www.gracielamedina.com/archivos/auni/Cursos/Jurisprudencia_01_005.pdf).

(<http://cuadernos.bioetica.org/fallos13.htm>).

¿VENCIO EL NAZISMO?. **Frona**, Invierno 2004, Granada, 2004.