



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

FRANCISCA DO ROSÁRIO FERREIRA DA SILVA

A PROBLEMÁTICA DA FILIAÇÃO CIVIL NA REPRODUÇÃO HUMANA
ASSISTIDA

SOUSA - PB
2006

FRANCISCA DO ROSÁRIO FERREIRA DA SILVA

A PROBLEMÁTICA DA FILIAÇÃO CIVIL NA REPRODUÇÃO HUMANA
ASSISTIDA

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Professora Ma. Giorgia Petruce Lacerda e Silva Abrantes.

SOUSA - PB
2006

FRANCISCA DO ROSÁRIO FERREIRA DA SILVA

A PROBLEMÁTICA DA FILIAÇÃO CIVIL NA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

Monografia apresentada em: ____ / ____ / ____

BANCA EXAMINADORA

Prof.^a(Orientadora).

Examinador 1

Examinador 2.....

À minha mãe, por suas orações e atitudes voltadas para a realização deste trabalho e de toda minha vida estudantil. A você, mulher guerreira, pelas madrugadas que me acompanhou acordada, a me vigiar enquanto estudava. Buscamos juntas o mesmo objetivo, por isso, a conquista é nossa.

AGRADECIMENTOS

Ao meu Bom Deus, Uno e Trino, Criador e Libertador, que com a força de seu Espírito concedeu-me o incentivo e a inspiração necessários para desenvolver este trabalho. Ao Senhor da vida e história, em que deposito toda fé e esperança de ver o mundo trilhado pelos seus justos ensinamentos.

À minha família, alicerce de minha personalidade e amparo em minhas dificuldades, grupo de pessoas que me ensinou valores como dignidade, responsabilidade e humildade; pela confiança que deposita em mim, jamais duvidando de que seria capaz de sonhar, lutar e conseguir; por entender a minha escolha profissional e por estimular-me no sentido de sempre seguir os caminhos da cristandade.

À professora Giorgia Petrucce Lacerda e Silva Abrantes, minha orientadora, por sua disponibilidade e incansável colaboração para o amadurecimento de uma idéia; por me garantir segurança e por depositar em mim sentimentos de amizade.

Ao meu pequeno sobrinho Yago, fonte inesgotável de ternura e amor, por saber compreender todo o tempo de brincadeiras e conversas que lhe foi subtraído para a consecução desta pesquisa.

Aos amigos Gildevânia, Ana Cláudia, Joaquim, Perpétua e Viviana, pelo efetivo esforço em auxiliar-me e por estarem sempre dispostos a escutarem os relatos do processo da confecção deste trabalho.

Aos companheiros fundadores da Pastoral da Juventude do Meio Popular (PJMP) de minha paróquia, por sonharem comigo em buscar uma nova realidade, pautada na Justiça e no Direito.

A todos... obrigada!

“O abuso não pode eliminar o uso. A possibilidade de um uso eticamente inaceitável de uma técnica, fruto do saber humano, não pode eliminar o seu uso se ela é de benefício para os demais membros dessa sociedade. O que procede é seu estrito regulamento no marco do bem comum. Este é o marco da L.EI.”

(Aristóteles – ética a Nicômaco)

RESUMO

Discute-se a problemática da filiação civil na reprodução humana assistida, haja vista a lacuna que a legislação pátria deixa acerca da identificação da maternidade e paternidade e, de igual modo, pelo fato das técnicas de concepção artificial serem cada vez mais comuns, cuja complexidade provoca discussões atuais de índole jurídica, pois tem suscitado questões de difícil solução para o ordenamento, além de provocar inquietações nos defensores da ética e da moral, extraindo-se daí a relevância de se abordar a temática sob o prisma da legalidade. O objetivo principal deste trabalho é apresentar uma visão geral sobre os problemas da filiação na reprodução humana assistida para ampliar a discussão no que tange às relações de parentesco, mormente no que concerne à filiação, inseridas no âmbito das técnicas laboratoriais de reprodução humana. Para tanto, lança mão da pesquisa bibliográfica e dos métodos exegetico-jurídico, histórico-evolutivo e de estudo comparativo. Organiza-se o trabalho em três capítulos dos quais o exordial discute a reprodução humana assistida enfocando os procedimentos mais utilizados e indicando alguma controvérsia a respeito; segue o segundo capítulo com o estudo do instituto da filiação civil primando por uma análise normativa e relacionando-o com os problemas advindos da reprodução humana: estes por sua vez, são detalhados pelo terceiro capítulo que, ao mesmo tempo, sugere caminhos para uma possível solução do dilema. Como resultado constata-se o problema de que o ordenamento brasileiro não possui uma norma especialista que regule o tema em sua totalidade, tendo apenas a resolução nº.: 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina, que constitui um conjunto de princípios éticos que nortearão a conduta médica perante a reprodução humana assistida e não tem, assim, a coercibilidade de uma lei; e confirma-se a hipótese de que há indefinição na filiação de algumas crianças nascidas das técnicas de reprodução humana e discordância das normas existentes sobre o assunto. Conclui-se enfatizando que é salutar a regulamentação dos institutos inerentes a procriação artificial para resguardar os direitos fundamentais expressos na Constituição Federal de 1988 e possibilitar harmonia à sociedade através da justiça no caso concreto.

Palavras-chave: Reprodução Humana Assistida. Filiação Civil. Produção Legislativa.

ABSTRACT

The problem of the civil filiation is discussed in the attended human reproduction, have seen the gap that the legislation homeland leaves concerning the identification of the maternity and paternity and, in equal way, for the fact of the techniques of artificial conception they be more and more common, whose complexity provokes current discussions of juridical nature, because it has been raising subjects of difficult solution for the ordainment, besides provoking inquietudes in the defenders of the ethics and of the morals, being extracted the relevance then of approaching the thematic under the prism of the legality. The objective principal of this work is to present a general vision on the problems of the filiation in the human reproduction attended to enlarge the discussion in what it plays to the relationship relationships, especially in what it concerns to the filiation, inserted in the ambit of the techniques laboratoriais of human reproduction. For so much, it throws hand of the bibliographical research and of the methods exegetic-juridical, historical-evolutionary and of comparative study. He/she is organized the work in three chapters of the which the exordial discusses the attended human reproduction focusing the procedures more used and indicating some controversy to I respect; it follows the second chapter with the study of the institute of the civil filiation excelling for a normative analysis and relating him/it with the problems avidness of the human reproduction; these for your time, are detailed for the third chapter that, at the same time, he/she suggests roads for a possible solution of the dilemma. As result is verified the problem that the Brazilian ordainment doesn't possess a specialist norm that regulates the theme in your totality, just tends the resolution no.: 1.358/92 of the Federal Council of Medicine, that it constitutes a group of ethical beginnings that will orientate the medical conduct before the attended human reproduction and he/she doesn't have, like this, the coercive of a law; and the hypothesis is confirmed that there is defiance in some born children's of the techniques of human reproduction filiation and disagreement of the existent norms on the subject. It is concluded emphasizing that is salutary the regulation of the inherent institutes the artificial procreation to protect the fundamental rights expressed in the Federal Constitution of 1988 and to make possible harmony to the society through the justice in the concrete case.

Word-key: Attended Human reproduction. Civil filiation. Legislative production.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
CAPÍTULO 1 A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA.....	12
1.1 Conceito.....	13
1.2 Sobre as técnicas de reprodução assistida.....	15
1.3 Alguma controvérsia acerca do tema.....	19
CAPÍTULO 2 A FILIAÇÃO CIVIL.....	27
2.1 Lineamentos históricos.....	28
2.2 Disciplinamento legal.....	32
2.3 Filiação e a reprodução humana assistida.....	38
CAPÍTULO 3 O PROBLEMA DA FILIAÇÃO NA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA.....	42
3.1 Disposição normativa brasileira.....	43
3.2 O tratamento dos principais assuntos ligados à reprodução humana assistida em algumas legislações estrangeiras.....	48
3.3 Sobre a problemática.....	51
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	57
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	60
ANEXO.....	63

INTRODUÇÃO

A sociedade nunca experimentou em escala tão profunda avanços científicos tão marcantes. A tecnologia é a tônica do cenário jurídico; o desenvolvimento científico é contínuo e parece não ter limites. Alvos outrora inimagináveis tornaram-se relativamente banais. Porém, esses avanços tecnológicos são freqüentemente contestados, porque não se sabe, previamente, quais as decorrências advindas e, ressalte-se, tais conquistas são irreversíveis, ou seja, posto um estágio, não há como voltar atrás.

O trabalho aborda a problemática da filiação civil na reprodução humana assistida, destacando a incidência das diversas práticas de reprodução alheias ao método natural que são carentes de regulamentação legal, e que, por isso, surtem efeitos desacobertados pelo manto protetor da legislação.

O direito de filiação é um dos institutos jurídicos afetados por essa inércia legislativa e clama por uma solução imediata e eficaz, pois é inegável que a reprodução humana assistida fora, nos últimos tempos, enriquecida com o advento da biotecnologia e vem recebendo mais adesão de usuários. O mercado, consciente disso, a cada dia investe mais nesta empreitada de auxiliar a natureza ou agir como tal no processo de reprodução humana.

A escolha do tema surgiu a partir de estudos feitos em sede de Direito de Família no que concerne à filiação pelos modos de reprodução assistida, dadas as inúmeras questões que o Código Civil atual não consegue suprir. Outrossim, a demanda de casais que recorrem às clínicas especializadas em reprodução humana é visivelmente superada em mínimos lapsos temporais. Todavia, essas práticas são realizadas sem cobertura de lei específica, o que denota, de per si, a relevância do tema, haja vista sua atualidade e seu grau de polêmica tanto no meio jurídico como nas áreas éticas, morais e religiosas.

A pesquisa que ora se apresenta tem como escopo analisar os principais aspectos da reprodução humana assistida e, especificamente, os seus efeitos na filiação civil. Objetiva-se, igualmente, ampliar a discussão no que tange à utilização das práticas de reprodução assistida sem aparato legal; enumerar o que existe de regulamentação normativa que dá respaldo às casas de saúde para que realizem procedimentos ligados à reprodução humana assistida; relacionar o direito de filiação com a paternidade e a maternidade e suas consequências inerentes à concepção não-natural; investigar como o direito brasileiro se dispõe a tratar da temática; realizar comparações com o direito alienígena; enfim, analisar a temática primando pela ética, pela moral, e essencialmente pela legalidade.

Diante do problema centrado na definição da filiação civil dos descendentes oriundos das técnicas de reprodução humana assistida, levanta-se a hipótese de que é grande o número de crianças nascidas através da reprodução humana assistida cujo direito de filiação não é regulamentado por lei específica, e ainda constata-se que há contrariedade nas escassas normas que abordam a temática.

É relevante enfatizar que neste trabalho de cunho acadêmico utiliza-se o método científico de pesquisa bibliográfica, além dos métodos exegético-jurídico, histórico-evolutivo e de estudo comparativo para que da análise da legislação e doutrina brasileiras pertinentes, frente às leis internacionais, e em razão da síntese de conhecimentos contraídos, se possa demonstrar de que maneira posiciona-se o Brasil frente ao problema da filiação civil oriunda das técnicas de concepção artificial.

O estudo revela-se em três capítulos, sendo que no primeiro discorre-se sobre a reprodução humana assistida enfocando, preliminarmente, o desejo de se exercer a procriação biológica, fundamentado nos antigos e atuais pensamentos da sociedade, para em seguida

abordar seus aspectos de ordem técnica, quais sejam: o conceito, as espécies de procedimentos; e encerra-se com o apontamento das principais controvérsias que norteiam o assunto.

O segundo capítulo detém-se na disciplina do direito de filiação na legislação e, para tanto, realiza uma abordagem da filiação civil fazendo alusão ao seu histórico; dispositivos da atual Constituição Federal, do Código Civil de 2002 e da Resolução n.º 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina (única disposição normativa específica vigente a tratar do assunto) e sobre a relação entre a reprodução humana assistida e a filiação civil.

No terceiro capítulo desenvolve-se o problema da filiação civil na reprodução humana assistida, retratando o arcabouço jurídico brasileiro pertinente e trazendo à baila legislações de países estrangeiros que já dispuseram sobre a temática em epígrafe. Por fim, dispõe-se sobre as cruciais preocupações jurídico-sociais relativas à filiação civil pelas práticas de concepção artificial, sugerindo alguma solução para os mais urgentes problemas.

CAPÍTULO 1 A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

É cediço que as aspirações da humanidade influenciam seu comportamento e modificam seus valores, e o desejo de auferir meios hábeis à ultrapassagem da barreira do impossível desafia a ciência, a ética e o Direito. Uma das maiores satisfações humanas é a procriação, a continuidade de sua espécie, a extensão de sua existência e a necessidade de multiplicar-se, pois, vai desde o sonho pessoal de constituição familiar até a idéia de continuidade do universo.

Desde os tempos mais antigos, a procriação está ligada a uma infinita alegria, uma graça divina. Há relatos bíblicos, no livro do Êxodo, que aduzem: a maior graça que Deus poderia conceder a um homem seria uma descendência tão numerosa quanto às estrelas do céu. Do lado oposto, aquele que permanecesse sem filhos era tido amaldiçoado pela divindade suprema e, por isso, excluído de sua tribo, sofrendo humilhações de todo o gênero.

É também da Bíblia que se extraem os primeiros desafios do homem à natureza no que se refere à reprodução humana. Neste documento há descrições de fatos em que a infertilidade e a esterilidade foram superadas e, por misericórdia divina, casais que não tinham descendentes, surpreendentemente, passaram a ter. É o caso, por exemplo, de Sara esposa de Abraão (narrado no livro do Êxodo) que em idade avançada, concebeu o seu primogênito: bem como do nascimento de Sansão, relatado no livro Juizes, já que sua mãe já havia sido declarada como infértil; e, no mesmo sentido, conta o Evangelho de Lucas que Isabel, esposa de Zacarias, já idosa e considerada infértil, deu à luz a João Batista; por fim, a concepção de Jesus, que ainda segundo os livros bíblicos do Evangelho, teria ocorrido sem relação sexual.

A mitologia, segundo ALDOVRANDI e FRANÇA (2002, p. 2) é rica na menção de hipóteses de mulheres que engravidam fora do ato sexual. Na Grécia, tem-se o exemplo de Ates – filho de Nana (filha do rei Sangário) que teria colhido uma amêndoa e colocado no seu

ventre. Na China, Kwanyin era a deusa da fertilidade e possibilitava a fecundidade das mulheres que lhe prestassem culto. No Japão, a deusa da fertilidade era Vanijiin, as mulheres se dirigiam sozinhas a seu templo e retornavam grávidas. No Egito, o deus Osíris teria sido morto por seu irmão que, pretendendo tomar-lhe a liderança política escondera o seu corpo. A deusa Ísis, inconformada com a morte do esposo que a deixara sem filhos, sai desesperadamente à procura do corpo de seu amado e, quando o encontra, fica muito tempo pousada sobre Osíris sob a forma de um falcão com asas abertas. Usando de toda sua magia, Ísis consegue engravidar do marido morto e dar à luz a Hórus, que veio a se tornar Faraó egípcio. E por último, no Brasil, é conhecida a lenda do boto que engravida as mulheres que lhe dirigem o olhar.

Destarte, os avanços tecnológicos permitiram que o sonho mítico viesse a se tornar realidade. As modernas técnicas de inseminação artificial e fertilização assistida tornaram esse milagre praticamente um fato normal, não fossem as dúvidas sobre o possível desrespeito aos ritmos naturais da vida humana e a valores éticos.

1.1 Conceito

A reprodução é uma característica de todos os seres vivos. Ela é fundamental para a manutenção do número de indivíduos de uma espécie, pois os seres vivos só surgem a partir de outros seres iguais a eles por meio da reprodução.

A reprodução humana, portanto, é a capacidade, peculiar à sua condição de ser vivo, que o ser humano tem de se multiplicar, através da união de elementos genéticos do homem e da mulher, que por via natural, se realiza através da conjunção carnal e, posteriormente, da fecundação.

Todavia, nem todos os casais apresentam condições biológicas de reproduzir-se naturalmente. Assim é que os problemas de infertilidade ou esterilidade induzem um casal, sequioso por formar uma descendência, a procurar tratamentos médicos ou meios artificiais para auxiliá-los na concepção de seus filhos.

A reprodução humana assistida é basicamente, no entendimento de ALDROVANI e FRANÇA (2002, p. 1), a intervenção do homem no processo de procriação natural, com o objetivo de possibilitar que pessoas com problemas de fertilidade ou esterilidade satisfaçam o desejo de alcançar a maternidade ou a paternidade.

Num outro entendimento, a Procriação Artificial ou Reprodução Medicamente Assistida, “é um conjunto de técnicas através das quais se permite a reprodução sem sexo, ao contrário da contracepção, que permite a prática sexual sem o risco da reprodução”. (LEITE, 1995, p. 62).

Pode-se extrair desses conceitos que a Reprodução Assistida nada mais é que a ação humana auxiliando ou até mesmo fazendo as vezes da natureza, no processo da procriação. Todavia, essa interferência se dá por técnicas biológicas laboratoriais, como adiante se descreverá. Ressalte-se que a esterilidade e a infertilidade são doenças devidamente registradas na Classificação Internacional de Doenças (CID), pela Organização Mundial de Saúde e, como tal, podem ser tratadas.

Embora a reprodução humana assistida não ataque diretamente a doença já que não a combate, mas apenas traz uma solução momentânea (porém, na maioria das vezes eficaz), alguns doutrinadores, como Luiz Chemin Guimarães (1978, p. 67), defendem que ela deve ser entendida como uma terapia. Esse pensamento é de concordância com a Resolução nº. 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina (em anexo) quando menciona em seus princípios gerais que as técnicas de reprodução assistida serão utilizadas quando outras terapêuticas não

lograrem êxito. A inclusão do advérbio “outras” claramente induz que a reprodução assistida é uma dentre outras terapêuticas.

1.2 Sobre as técnicas de reprodução assistida

Os casais que sofrem de infertilidade ou esterilidade costumam recorrer a meios hábeis a lhes facultar, pelo menos, a oportunidade de tentar deixar uma descendência. O meio mais procurado e mais eficaz é o que lança mão de métodos científicos da inseminação ou fertilização artificial.

A terminologia, no que diz respeito a esse conjunto de operações necessárias para que casais inférteis tenham a possibilidade de, por algum modo, ter um filho biológico, ainda causa discussões sobre a temática, como menciona FRANÇA (1998, p. 23):

Não há uma denominação satisfatória para esta técnica: fertilização matrimonial, fecundação artificial, fecundação por meios artificiais, impregnação artificial, fertilização artificial, concepção artificial, sementeira artificial e inseminação artificial. E, mais recentemente, reprodução assistida.

O mestre pugna pela expressão fecundação artificial por entender que, além de ser a terminologia mais adequada, é também a mais consagrada. Ao mesmo tempo, faz uma crítica à expressão ao definir que a fecundação é um processo (no sentido biológico) em que há a união do gameta sexual masculino (denominado espermatozóide) com o gameta sexual feminino (o óvulo) e que dará origem a um novo ser humano. Salienta, ainda, que essa terminologia sugere o entendimento de que a união dos gametas ocorre fora do organismo feminino, o que ainda segundo FRANÇA (1998, p. 25), é errôneo, pois o processo consiste em tentar-se a fecundação dentro do próprio organismo.

No mesmo sentido leciona GUIMARÃES (1978, p. 74) admitindo que a referida terminologia não encontra unânime entendimento. Afirma, pois, que dentre a multiplicidade

de expressões usadas soblevam-se aquelas referidas à fecundação artificial e à inseminação artificial. Entretanto, o que na verdade existe é o comum uso dessas expressões pela maioria dos autores como se fossem sinônimos.

X Para efeitos práticos e didáticos, as técnicas de reprodução humana assistida são classificadas, quanto às pessoas envolvidas, em homóloga ou conjugal e heteróloga; e quanto aos procedimentos médicos que são utilizados, tem-se as principais técnicas de procriação artificial que são: a inseminação artificial, a fecundação *in vitro* e as chamadas mães em substituição ou mãe por sub-rogação. X

A inseminação artificial homóloga consiste na técnica de reprodução artificial assistida pela qual o material genético usado é do homem e da mulher casados ou que vivem em união estável. Desta feita, o casal, em comum acordo, disponibiliza seus gametas para que sejam colhidos e em seguida submetidos a tal prática, contornando o percurso natural da vida para deixar uma descendência. Nos dizeres de GUIMARÃES (1978, p.13):

A inseminação artificial é homóloga quando se utiliza o sêmen do marido para tentar a fecundação da esposa. Ocorre a inseminação artificial própria, estreita ou *ab extra*, no caso de existir impossibilidade artificial intravaginal natural, por anomalias somáticas dos cônjuges, ou de um apenas [...], embora eles sejam biologicamente aptos para a função reprodutora. A inseminação homóloga imprópria, complementar ou *ab intra*, tem lugar quando, não obstante haja possibilidade de consumir o ato sexual naturalmente, existe a inviabilidade de ascensão dos espermatozóides até o útero [...]. Nesta espécie acontece a conjunção carnal, com a ejaculação dentro da vagina e a posterior coleta de esperma para injeção clínica *intra cavitatem uteri*. (grifos do autor).

Em Direito de Família, no que concerne à filiação por meio da reprodução humana assistida, leciona VENOSA (2005, p. 259) que:

A inseminação homóloga pressupõe que a mulher seja casada ou mantenha união estável e que o sêmen provenha do marido ou companheiro. É utilizada em situações nas quais, apesar de ambos os cônjuges serem férteis, a fecundação não é possível por meio do ato sexual por várias etiologias (problemas endócrinos, impotência, vaginismo etc).

A forma heteróloga de reprodução assistida consiste em se lançar mão de gametas provenientes de doadores, ou seja, é a técnica de inseminação artificial em que o casal (ou um dos seus membros) não possui gametas viáveis para a fecundação e, portanto, recorrem à doação de óvulos e/ou espermatozóides que sejam aptos para o fim almejado. É também, via de regra, a forma de inseminação utilizada por mulheres solteiras, divorciadas ou viúvas, problemática da qual tratar-se-á posteriormente.

A Resolução nº.1.358/92 do Conselho Federal de Medicina, tratando acerca do doador de gametas para a inseminação artificial heteróloga, impõe que os receptores não tomarão conhecimento da identidade dos doadores e vice-versa. Casos haverá em que o médico deverá receber algumas informações de ordem biológica sobre o doador ou doadora, com o fito de tentar impedir futuras anomalias, acidentes genéticos, ou ainda a incidência de alguma doença para o embrião ou para a gestante. Contudo, mesmo em tal situação, a identidade civil do doador será resguardada. Outrossim, é imperativa a norma em pauta no que tange à proibição de doação de material genético para fins lucrativos ou comerciais.

Devido ao desconhecimento posto entre doadores e receptores de gametas, a supracitada resolução (em seu item IV-6) dispõe que a escolha do doador será da unidade ou clínica de saúde que realizará a inseminação. A unidade terá que diligenciar no sentido de garantir que o doador tenha a maior semelhança possível no tocante às características fenóticas e imunológicas dos receptores, bem como a máxima compatibilidade com a receptora a fim de se evitar risco gestacional.

Quanto ao procedimento médico realizado nas práticas de procriação assistida, segundo GUIMARÃES (1978, p. 93) a inseminação artificial é a técnica pela qual se introduz no sistema reprodutor feminino, esperma previamente colhido, visando à fecundação. Frise-se que nesta modalidade a fecundação se dá dentro do organismo humano, portanto, o embrião será formado dentro do sistema reprodutor feminino. É na trompa uterina que se realiza a

efetiva união entre os gametas e daí decorre a inoculação para a formação da célula ovo que, ao sofrer várias divisões celulares e em cerca de 15 dias, dá origem ao embrião que estará praticamente formado. Esta técnica é, destarte aplicada em mulheres que têm capacidade biológica para gestar e não para conceber.

FREITAS (2006, p. 644) expõe sobre uma outra forma de reprodução mecanicamente assistida, que é a fertilização *in vitro*, consistente na fecundação do óvulo *in vitro*. Nela os gametas masculinos e femininos são previamente recolhidos e colocados em contato *in vitro* para que sejam fecundados e o embrião resultante é transferido para o útero ou para as trompas. Essa espécie de procriação assistida é indicada para mulheres com obstrução irreversível ou ausência tubária lateral. Pode-se usar óvulos e espermatozóides doados (e neste caso a fecundação será heteróloga) ou do próprio casal interessado (fecundação homóloga).

Por fim, tem-se a técnica pela qual o embrião é albergado no ventre de uma outra mulher que não aquela desejosa de usufruir do direito à maternidade, mas que fornece o material genético para a concepção. Trata-se da técnica conhecida como mães de substituição ou mães de aluguel, indicada para mulheres impossibilitadas de carregar um embrião, isto é, de ter uma gestação normal. Consiste em uma terceira pessoa emprestar seu útero, assegurando a gestação, quando o estado do útero materno não permite o desenvolvimento normal do ovo fecundado ou quando a gravidez apresenta um risco para a mãe genética.

No Brasil, esta forma de procriação está prevista no item VII da Resolução nº.1.358/92 do Conselho Federal de Medicina, o qual que estabelece que a sua utilização só poderá ocorrer desde que exista um problema médico que impeça ou contra-indique a gestação na doadora genética e, ainda, enfatiza que a doadora temporária do útero deve ser parente até segundo grau da doadora genética e que a substituição não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.

1.3 Alguma controvérsia acerca do tema

A matéria ora tratada suscita incontáveis indagações, seja por parte dos profissionais da área de saúde, dos operadores do Direito, dos defensores da ética, dos usuários das Técnicas de Reprodução Humana Assistida e até mesmo da população em geral. As polêmicas giram em torno, na maioria das vezes, do procedimento médico que é utilizado, da doação do material fertilizante, do destino dos embriões excedentes e, principalmente sobre os efeitos jurídicos que inevitavelmente eclodem quando se lança mão de técnicas que tenham o condão de criar, modificar e porque não dizer, extinguir uma ou mais relações jurídicas.

O mais relevante desses questionamentos deve-se à ausência de legislação específica que regule, de forma incisiva, as Técnicas de Reprodução Humana Assistida. A norma que melhor aborda a temática é a Resolução n.º 1358/92 do Conselho Federal de Medicina, a qual já se fez menção, e que não tem força de lei mas vincula as unidades de saúde e profissionais; por esta razão é aplicada, analogicamente, em algumas decisões judiciais.

Há um projeto de lei tramitando no Congresso Nacional sob o número 90/99, de autoria do senador Lúcio Alcântara, que praticamente copia a resolução supracitada e é o projeto mais completo e abrangente que prevê acerca do direito de filiação aos beneficiários das Técnicas de Reprodução Assistida, mas, como o projeto ainda não foi aprovado, não há legislação específica a respeito no Brasil.

Portanto, mesmo que as clínicas especializadas em reprodução humana assistida estejam trabalhando ininterruptamente, haja vista a demanda de pessoas inférteis ou estéreis que anseiam por filhos, não existe lei específica que as ampare, regulamentando acerca desses seus procedimentos ou dos reflexos jurídicos advindos de tais técnicas, posto que a Resolução n.º 1.358/92 apenas serve para traçar caminhos éticos a serem seguidos pelos médicos e clínicas.

Com efeito, o Código Civil de 2002 não respondeu por completo todas as dúvidas e ainda deu margem ao surgimento de varias celeumas entre os estudiosos do Direito de Família. Assim é que José Roberto Moreira Filho (2002, p. 4) releva a morosidade no processo de criação, edição e publicação das leis do país, que não acompanha a evolução social. Então, cita como maior exemplo o mesmo Código Civil, afirmando que este documento já nasceu obsoleto e carente de reformas antes mesmo de ser publicado, diante de vários temas presentes no cotidiano, como a inseminação artificial, clonagem, eugenia, embriões homoafetivos e outros de relevante valor que não foram sequer esclarecidos ou abarcados.

Entretanto, o citado diploma cível não é absolutamente omissos no que concerne às técnicas de procriação assistida, pois quando dispõe sobre a filiação no seu artigo 1.597 incisos III, IV e V, menciona a inseminação artificial homóloga *inter vivos* e *post mortem*, bem como a inseminação artificial heteróloga com o consentimento marital. Destaque-se que, apesar disso, os dispositivos mais confundem do que esclarecem. Neste sentido, VENOSA (2005, p.256) escreve:

Adverta-se de plano, que o Código de 2002 não autoriza nem regulamenta a reprodução assistida, mas apenas constata lacunosamente a existência da problemática e procura dar solução ao aspecto da paternidade. Toda essa matéria, que é cada vez mais ampla e complexa, deve ser regulada por lei específica, por um estatuto ou microsistema.

No entendimento de LEITE (1995, p. 83) acontece o inverso, ou seja, o fato de o legislador citar o reconhecimento do direito de filiação na inseminação artificial homóloga e heteróloga já implica na sua proteção e permissão, posto que a lei não traria o reconhecimento de um direito proveniente de uma prática ilícita.

Na verdade, o que está em pauta não é a ilicitude da prática das Técnicas de Reprodução Assistida, mas os seus procedimentos e, mormente, os efeitos surtidos na seara

jurídica. O Código Civil, por ser um documento publicado recentemente, deveria trazer uma regulamentação menos obscura e ratificar a urgência de uma lei específica que regule com ética e humanismo o tema, antes que a evolução tecnológica, que anda a passos largos, propicie ainda mais indagações e inseguranças.

Dentre os pontos controvertidos, lembra FREITAS (2006, p. 651) que ainda é importante ressaltar as mudanças havidas nos conceitos de paternidade e maternidade diante das práticas de Reprodução Humana Assistida. Em relação à maternidade tem-se o princípio *mater semper certa est* (a maternidade é sempre certa), pelo qual não haveria dificuldades em se identificar quem seria a mãe, pois que esta era a pessoa que dava à luz ao seu descendente e, assim, a maternidade era determinada pelo parto. Antigamente, a mãe era sempre conhecida porque era impossível fecundar o óvulo fora do útero materno ou transportá-lo em outra pessoa, sendo certo que a mãe era aquela que estava gestando o nascituro. Atualmente, esta premissa caiu por terra, haja vista que nas técnicas de procriação artificial, mormente na maternidade por substituição, podem haver conflitos positivos ou negativos entre a mãe biológica e a mãe que cedeu seu útero para a gestação da criança, assim como é possível ocorrer conflito entre a doadora de óvulos e a pessoa (impossibilitada de produzir esses gametas) que decidiu realizar uma inseminação artificial heteróloga.

Na legislação comparada, segundo MOREIRA FILHO (2002, p. 5), o entendimento que se consolida firma que nos casos de conflito de maternidade a mãe é aquela que dá a luz à criança, pois a maternidade é legalmente estabelecida pelo parto e não pela transmissão do patrimônio genético. No Brasil não há, igualmente, norma que regule acerca dos conflitos de maternidade.

No caso da paternidade, continua o autor, (2002, p. 5) a simples concepção de que filho de mulher casada presume-se que seja deveras, de seu marido, também não merece credibilidade, haja vista a evolução do comportamento social e as técnicas artificiais de

reprodução assistida. Portanto, o brocardo latino *pater is est, quem nuptiae demonstrat*, (pai é o que o casamento demonstra) fica apenas como uma lembrança histórica de quando a ciência tecnológica ainda não desafiava a humanidade. O conflito mais grave de paternidade que se vislumbra é aquele em que a mulher realiza inseminação artificial heteróloga sem o consentimento de seu cônjuge.

O doador do sêmen não é vinculado à criança, já que, de conformidade com a resolução que trata sobre o tema, este renuncia ao seu direito de paternidade no momento da doação. Por sua vez o cônjuge não está obrigado a reconhecer o filho que sua esposa concebeu sem a sua participação ou anuência. Em casos como este, se tem entendido que a inseminação daria ensejo à separação judicial por violação do direito de lealdade e por tornar a convivência do casal impossível, já que o homem terá de viver compulsoriamente sob uma paternidade que não planejou ou que até mesmo repudiava no momento. Assim, o cônjuge varão levado a erro por registrar a criança concebida mediante uso da técnica em epígrafe, poderá contestar judicialmente a sua paternidade.

Todavia, se o marido consente na prática da inseminação artificial heteróloga, entende KRELL (2006, p. 132), de um modo geral, não ser permitido ao marido impugnar a paternidade. Considera que seria antijurídico, injusto, além de imoral e antiético, que o marido ou companheiro pudesse desdizer-se e, por sua vontade, desfazer um vínculo tão significativo ao qual aderiu consciente e voluntariamente.

Ainda é polêmica, dentro do assunto da paternidade, a chamada procriação artificial *post mortem*, que é realizada através de sêmen ou embriões criopreservados que são implantados na mulher após a morte de seu cônjuge.

Segundo MOREIRA FILHO (2002, p. 6), parte da doutrina brasileira, como José de Oliveira Ascensão, Jussara Maria Leal de Meirelles e Michel Tort; e estrangeira, a exemplo de Gilda Nicolau, apontam para o consenso de que nas práticas de reprodução assistida devem

os doadores estar vivos no momento da inseminação, posicionando-se, destarte, contra a procriação *post mortem*. Tais doutrinadores sustentam que se esta prática fosse permitida configurar-se-iam situações esdrúxulas, como a ausência do pai da criança superveniente, eis que morto, e que a mesma não seria registrada com o sobrenome do *de cujus* e nem gozaria do *status* de filho; além disso, traduzindo moralmente a pior das situações, não disporia do convívio paterno.

No entanto, Paulo Otero citado por KRELL (2006, p. 178) defende essa prática, afirmando que o vínculo da filiação, nesses casos, será determinado pelo consentimento deixado em vida pelo *de cujus*, ou seja, se depositando seu líquido seminal em um Banco de Sêmen o indivíduo tinha a intenção de utilizá-lo para a reprodução automaticamente forma-se o vínculo de filiação entre a criança e o falecido.

Por questões morais e éticas, menciona GUIMARÃES (1978, p. 37), que a terapêutica da reprodução assistida só é indicada como último refúgio dos inférteis. Desse modo, outros tratamentos são aplicados para que a intervenção humana no processo natural de concepção seja a mínima possível, e uma dessas formas preliminares de tratamento é a introdução, na mulher, de hormônios capazes de intensificar a sua produção de óvulos. E quando exauridas todas as tentativas de terapêuticas sem que se logre êxito, manifestando o casal a vontade de efetivar a fecundação *in vitro*, exsurge o maior dos conflitos éticos: o destino dos embriões excedentes.

Com efeito, lembra FREITAS (2006, p. 641), que se garantir uma gestação são fecundados, fora do organismo da mulher, vários embriões, posto que há riscos de que a fecundação não ocorra satisfatoriamente ou nem venha a existir e, dentre as células embrionárias resultantes, apenas quatro são selecionadas e injetadas nas trompas ou no útero feminino, incumbindo ao casal decidir o destino dos demais embriões. Vale salientar que

pelos ditames da Resolução nº.: 1.358/92, após a transferência dos embriões fecundados não poderá haver a redução com o fito de diminuir o número de crianças geradas.

No que se refere à disposição normativa, apontam ALDROVANDI e FRANÇA (2002, p. 6) que as clínicas, centros ou serviços são autorizados pela já citada resolução do Conselho Federal de Medicina a criopreservar os embriões excedentes, sendo que o número total de embriões produzidos em laboratório será comunicado aos pacientes para que se decida quantos pré-embriões serão conservados a fresco.

No momento da criopreservação, os cônjuges ou companheiros deverão expressar a sua vontade por escrito quanto ao destino que será dado aos pré-embriões criopreservados em caso de divórcio, doenças graves ou falecimento de um deles ou de ambos e quando desejam doá-los. As mesmas autoras enfatizam que o casal não pode optar pelo descarte ou destruição nem cedê-los a pesquisas ou experimentações, mas apenas doá-los para satisfação do projeto parental de um outro casal infértil ou utilizá-los novamente para outros filhos futuros.

É interessante anotar sobre a permissão dada pela mesma resolução do Conselho Federal de Medicina para que se utilizem as práticas de reprodução assistida no tratamento de doenças genéticas ou hereditárias (item VI), ao mesmo tempo em que proíbe a fecundação humana com qualquer outra finalidade que não seja a procriação (item I-5). Entende-se que o Conselho Federal de Medicina faz a distinção entre embrião e pré-embrião, tratando-os como bens jurídicos díspares a serem protegidos. Sobre o assunto, KRELL (2006, p. 39) comenta que:

A intervenção *terapêutica*, por sua vez, também pode ter por fim somente tratar de uma doença ou impedir sua transmissão com garantias reais de sucesso (item VI-2). Com a inclusão do dispositivo que “o tempo máximo de desenvolvimento de pré-embriões *in vitro* será de 14 dias” (item VI-3), a Resolução assume a posição do relatório de Warnock, que hoje é adotada na grande maioria dos países e distingue entre “pré-embriões” e embriões propriamente ditos, com a consequência de uma proteção menor a ser atribuída a estas unidades de vida nas primeiras duas semanas após a fecundação. (grifos da autora).

De acordo com o projeto de lei nº.: 90/99, que visa regulamentar as técnicas de reprodução humana assistida, o congelamento de embriões será punido com pena privativa de liberdade e os médicos poderão retirar apenas três ou quatro óvulos da mulher. Com isso, haverá redução de embriões a serem implantados no útero, eliminado-se o problema dos excedentes, porém aumentando-se a possibilidade do tratamento fracassar.

Por fim, tem-se como questão polêmica a escolha do sexo da criança por meio de técnica de reprodução assistida. A Resolução nº.: 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina, no seu item I-4, aconselha que a seleção do sexo ou qualquer outra característica biológica durante a formação do embrião só deve ser realizada para evitar doenças relacionadas ao sexo do filho que venha a nascer.

Destarte, recentes decisões judiciais estrangeiras autorizaram que se fizesse a manipulação genética para escolha do sexo do bebê oriundo de fecundação *in vitro*, apresentando a mãe quadro depressivo na modalidade progressiva, por se sentir frustrada maternalmente em virtude de uma prole numerosa, mas apenas composta de um mesmo sexo.

O artigo 15 do projeto de lei nº.: 90/99, em concordância com a resolução mencionada, reza que a pré-seleção do sexo do embrião será permitida em situações clínicas que possam induzir ao risco genético de contração de doenças relacionadas ao sexo, porém não define quais são essas doenças, deixando que um outro regulamento assim o faça.

Percebe-se, em ambos casos, que prevalece a ética e o bom senso, em não se permitir a manipulação genética no tocante à seleção do sexo da criança por mero capricho dos beneficiários das técnicas de reprodução humana assistida.

Entende-se, finalmente, que a ausência de legislação específica impede que o direito acompanhe os ensejos da sociedade, mas a mesma não se sente constrangida por isso, ou seja, apesar da ação do legislador não está em consonância com as mais modernas atitudes da população, esta não se inibe em realizar práticas ainda não regulamentadas pelo poder

público. Destarte, as técnicas de reprodução humana assistida produzem efeitos ainda não regulamentados pelo Direito, os quais distorcem a segurança jurídica e atormentam a ética, a moral e a religião.

CAPÍTULO 2 A FILIAÇÃO CIVIL

A referência do direito de filiação é a relação de parentesco, pois que é a partir da filiação que se distribuem as demais formas de parentesco legal. Desta feita tem-se, via de regra, para que existência da filiação faz-se necessário a maternidade e a paternidade.

Filiação é conceito, portanto, relacional: é a relação que se estabelece entre duas pessoas, uma das quais é filha da outra (pai ou mãe). O estado de filiação é a qualificação jurídica dessa relação de parentesco atribuída a alguém, compreendendo um complexo de direitos e deveres reciprocamente considerados. O filho é titular do direito de filiação, da mesma forma que o pai e a mãe são titulares do estado de paternidade e maternidade em relação a ele.

Para GONÇALVES (2003, p. 86) a filiação civil está ligada ao parentesco consangüíneo, em primeiro grau e em linha reta, unindo uma pessoa aos seus genitores. No mesmo sentido, DINIZ (2002, p. 372) define que “*filiação* é o vínculo existente entre pais e filhos; vem a ser a relação de parentesco consangüíneo em linha reta de primeiro grau entre uma pessoa e aqueles que lhe deram a vida.” (grifo da autora).

Fazendo-se uma pequena observação aos conceitos dos mestres, tem-se que, à primeira vista, a filiação a que se referem é a biológica e não se leva em consideração a filiação sócioafetiva. Todavia, não se pode omitir que o tratamento modernamente dado ao estado de filiação é no sentido de não se fazer distinções entre filhos legítimos e ilegítimos, restando assim o entendimento de que os autores utilizaram-se desta premissa ao elaborar suas definições de forma genérica, justamente para não incorrerem em distinções.

Com o advento e freqüente uso das técnicas de Reprodução Humana Assistida, conceituar ou definir filiação tornou-se uma tarefa árdua e divergente, e acredita-se que o

principal fator de contribuição para essa polêmica não é a existência das técnicas, mas sim, a ausência de disciplinamento legal com o fito de reger as relações delas provenientes.

Lembra FREITAS (2006, p. 640) que a evolução do comportamento social e da forma de pensamento da humanidade, acoplados à revolução genética, trouxeram mudanças na tradição do Direito de Família brasileiro, pelo qual o conflito entre a filiação biológica e a filiação sócioafetiva sempre se resolveu em benefício da primeira. Em verdade, apenas recentemente a segunda passou a ser verdadeiramente cogitada pelos juristas como categoria própria, merecedora de construção adequada. Em outras áreas do conhecimento, que têm a família como objeto de investigação, a exemplo da sociologia, da psicanálise, da antropologia, a relação entre pais e filhos fundada na afetividade sempre foi determinante para sua identificação.

2.1 Lineamentos históricos

Aponta GUIMARÃES (1978, p. 45) aponta que o direito de filiação, desde a época da antiga civilização romana, é um instituto repleto de formalidades, devido ao seu aspecto moral. Assim, tal conceito já remetia ao matrimônio e também ao culto doméstico, onde o filho de mulher que não professasse o culto igualmente não seria admitido na família. Outrossim, a presença de prole na ausência de casamento indicava desonra e redundava em escárnio social. Todavia, as relações extraconjugais sempre existiram e os filhos nascidos dessas relações não poderiam ficar sem o manto protetor da justiça, cuja mesma proteção era mitigada e discriminatória, haja vista, o ato considerado amoral em que se consubstanciava a concepção da criança, taxada pela sociedade como bastarda.

Para explicar esse momento histórico atravessado pela humanidade tanto no que se refere ao comportamento, quanto à economia, política e religião, bem como a sua transição, menciona VENOSA (2005, p. 245-246) que:

Durante o século XX, a família, o casamento e as relações de filiação sofreram profunda transformação social. A família tradicional, unida pelo casamento, era o mecanismo apropriado para transmitir os bens por via hereditária por gerações. O sistema socioeconômico era baseado na propriedade da terra, na riqueza imobiliária sob a condução do *pater*. O enfraquecimento do poder patriarcal faz-se sentir e o reconhecimento de direitos e deveres decorrentes do pátrio poder ou poder familiar prepara o terreno para a ampla modificação legislativa do final do século XX. O sistema de produção passa a não depender da propriedade imobiliária e concentra-se na empresa e em bens mobiliários. O foco e o centro de produção econômica deixam de ser a família. As expectativas da família concentram-se doravante muito mais em uma perspectiva de consumo do que de produção. O homem e a mulher integram-se nas atividades produtivas e de serviços que se realizam fora do convívio familiar. Os filhos são formados e educados para ingressar nesse ambiente de trabalho altamente competitivo, fora da estrutura autoritária do poder paterno. Não só dentro da família, mas em todos os organismos sociais, a autoridade inconcussa e incontestável do chefe ou superior hierárquico perde terreno para a responsabilidade individual. (grifo do autor).

O modelo predominante de família lembrado por GUIMARÃES (1978, p. 63), posto entre o século XIX e a década de 1960 do século passado é, como já foi dito, baseado na instituição matrimonial, onde os papéis e as relações entre os diversos elementos da família são rigorosamente definidos pela instituição e acatados pela maioria do grupo social. Houve, no entanto, profundas transformações ao longo das décadas, sobretudo nos países da Europa Ocidental (como a Suécia e a Dinamarca), que marcaram a evolução nos comportamentos familiares, através da maciça entrada de mulheres no mercado de trabalho.

No modelo tradicional de família brasileira, a união entre homem e mulher não era uma decisão somente do casal, mas ocorria por vontade das famílias dos cônjuges, necessitando da aquiescência dos genitores dada a avaliação concreta da existência de condições para que a mulher viesse a ser esposa e mãe exemplar, e o homem pudesse manter o sustento de sua mulher e de seus filhos.

GUIMARÃES (1978, p. 65) ainda escreve que tal posicionamento social refletiu-se na legislação pátria a começar pelas Ordenações Filipinas, estendendo-se, inclusive, ao antigo Código Civil que, em matéria de família, entregou ao cônjuge varão a chefia da sociedade conjugal, considerando a mulher relativamente incapaz e vedando-lhe sem autorização do marido: aceitar ou repudiar herança, aceitar tutela, curatela ou outro *munus* público, litigar em juízo cível ou comercial, ressalvados os casos expressamente nominados, exercer profissão, aceitar mandato ou mesmo contrair obrigações que pudessem importar em alienação dos bens do casal. A Lei nº. 4.121, de 1962 (o Estatuto Civil da Mulher Casada) iniciou um processo de democratização da sociedade conjugal.

A constitucionalização do Direito de Família é verificável como uma série de comandos jurídicos trazidos pela Lei Maior, até então desconhecidos pelo Código Civil e que por ele foram incorporados em observância do princípio de adequação das normas infraconstitucionais à norma suprema do ordenamento jurídico. Assim, a Constituição Federal veio ocupar o lugar classicamente deferido ao Código Civil, contendo as regras e os princípios fundamentais do Direito de Família. Nessa senda é que a família, uma instituição privada, passa a ser considerada um direito do cidadão e assume uma pluralidade de feições, na direção de mais uma união de afetos e menos uma forma de aquisição e preservação do patrimônio.

No Brasil, a Constituição Federal atual é o marco divisor no que se refere ao direito de filiação, estabelecendo a conversão do antigo modelo familiar (até então pautado apenas na união formalizada legalmente) em um modelo de família sócioafetiva, onde a preocupação fundamental é o bem estar de seus entes formadores. A união estável e a família monoparental já integraram o conceito de sociedade familiar, respaldadas pelo artigo 226, §§ 3º e 4º da Carta Magna. Ainda na Constituição Federal de 1988 é estabelecido, no artigo 227, § 6º que

não poderá haver distinções entre filhos havidos ou não da relação de casamento ou pelo instituto legal da adoção, devendo pois, terem ambos os mesmo direitos e qualificações.

As retrocitadas determinações constitucionais vieram à baila em virtude do tratamento desigual que a sociedade e a própria lei dava para os filhos concebidos de forma oposta ao que pregavam os bons costumes da época. É do Código Civil de 1916 a classificação dos filhos entre legítimos, ilegítimos e adotivos.

Pelo extinto documento legal aludido, a doutrina afirmava, segundo VENOSA (2005, p. 647), que a filiação legítima era aquela pela qual se presumiam filhos aqueles provenientes de pai e mãe que contraissem casamento e, ainda, aqueles concebidos durante o casamento ou legitimados logo depois sendo, portanto, detentores de todos os amplos direitos. Dentre as formas de filiação ilegítimas tinha-se a filiação natural (subdividida em natural singela ou natural adulterina) e a filiação incestuosa. A filiação natural é aquela donde se parte do pressuposto de que não existe matrimônio entre os pais; logo natural singela é a espécie em que não há impedimento para o casamento dos pais e, por outro lado, a filiação era considerada adulterina quando emergente o impedimento aos pais de casarem-se porque um deles (ou ambos) já haviam contraído matrimônio com terceiros. Por fim, tem-se a filiação incestuosa, decorrente de relação de parentesco entre os genitores.

A filiação adotiva também se incluía no rol das espécies diferenciadas e restritas, mesmo sendo um ato jurídico com quantidade relevante de formalidades e um gesto de tamanha grandeza humana. A história do instituto da adoção é bastante peculiar: relatos bíblicos já trazem experiências reais de adoção entre os hebreus. Durante muito tempo a adoção fora tida como uma espécie de suprimento para clãs ou famílias ameaçadas pela não continuidade de sua descendência e de seu culto doméstico. Coulanges citado por VENOSA (2005, p. 297) afirma que “*adotar é pedir à religião e à lei aquilo que da natureza não se pôde obter-se.*” (sic!).

A partir dessa premissa é que se considera tal filiação jurídica, não decorrente de ligações genéticas, mas de ato de vontade. Em Roma, antes de Justiniano, como aduz PEGORARO (2000, p. 78), a adoção era freqüentemente utilizada para regularizar a situação dos filhos naturais. Aqui no Brasil, o Código Civil de 1916 rezava que a adoção deveria ser formalizada por escritura pública; permitia expressamente a adoção do nascituro e, até a eclosão do Estatuto da Criança e do Adolescente, regulava a adoção tanto de menores quanto de maiores. A partir de 1990, as determinações sobre adoção do antigo diploma passaram a conviver com as do estatuto mencionado.

Nesse contexto axiológico, pode ser compreendida a discriminação sofrida pelos filhos ilegítimos e adotivos, bem como a preocupação exagerada do legislador civil para com os aspectos patrimoniais das relações de filiação, manifestada nos ditames da sucessão hereditária.

2.2 Disciplinamento legal

Já se disse que a Carta Magna atual marcou o direito de filiação, impondo em seu Título VII, Capítulo de igual numeração, que não haverá nenhuma designação diferenciadora no que se refere à filiação extra ou intra conjugal, fulminando com a antiga discriminação entre filhos legítimos, ilegítimos ou adotivos.

Tepedino, *apud* KRELL (2006, p. 78) com a propriedade que lhe é inerente diz que são traços característicos da Constituição Federal de 1988, em matéria de filiação, a funcionalização das entidades familiares à realização da personalidade de seus membros (em particular dos filhos); a despatrimonialização das relações entre pais e filhos e a desvinculação entre a proteção conferida aos filhos e a espécie de relação dos genitores. As transformações nos paradigmas da família se fizeram com a nova Constituição Federal, que rompe com o

formalismo típico das legislações liberais a exemplo do Código Civil brasileiro, o qual supervalorizou os aspectos patrimoniais.

A transformação ocorrida no texto constitucional brasileiro em matéria familiar conduziu à superação das desigualdades existentes entre o matrimônio enquanto instituição jurídica liberal e as famílias informais, direcionando-se à compatibilização do mundo jurídico com o mundo real e impondo, desta forma, também a igualdade entre os filhos havidos ou não na constância matrimonial.

O *novel* Código Civil, praticamente transcrevendo o dispositivo constitucional em pauta, também trata da matéria no artigo 1.596, *in verbis*: “Os filhos havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.” Ressalte-se, portanto, o caráter de igualdade formal que o ordenamento vem interpondo através do princípio da isonomia, onde o tratamento passa a ser de filho, sem qualquer menção de sua qualificação e origem.

Mesmo com todas essas garantias de isonomia que o legislador constituiu ao direito de filiação, ainda é comumente possível classificar, apenas didaticamente, a filiação pelo estado civil dos seus genitores. A doutrinadora DINIZ (2002, p. 375), assim menciona:

A filiação pode ser classificada apenas *didaticamente* em:

- 1) *Matrimonial*, se oriunda da união de pessoas ligadas por matrimônio válido ao tempo da concepção, se resultante de união matrimonial que veio a ser anulada, posteriormente, estando ou não de boa-fé os cônjuges (CC, arts. 1.561, §§ 1º e 2º, e 1.617), ou se decorrente de união de pessoas, que após o nascimento do filho, vieram a convolar núpcias.
- 2) *Extramatrimonial*, provinda de pessoas que estão impedidas de casar ou que não querem contrair casamento, podendo ser “espúria” (adulterina ou incestuosa) ou natural. (grifos da autora).

Percebe-se que à compreensão do estado de filho é mister, ainda, saber da origem da criança no que tange ao fato de seus pais serem casados ou não entre si. A importância prática disso se concentra em vários aspectos do direito privado, tais como a incidência da

paternidade ou da maternidade; a constatação de adultério (que pode levar à dissolução da sociedade conjugal) para resguardar direitos do nascituro no que diz respeito à imputação de responsabilidades como alimentos e preservação de direitos sucessórios; e demais situações não pertinentes ao objeto do trabalho em tela.

O Código Civil em vigor enumera, no artigo 1.597, as situações em que se presume que o filho tenha nascido na constância do casamento. Nas primeiras hipóteses se presumem filhos os nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal (o termo da contagem do prazo é o do início da convivência e não da celebração, mostrando a preocupação do legislador que vislumbrara a possibilidade dos nubentes se casarem por procuração); nos trezentos dias após a dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade ou anulação do casamento. O referido diploma fixara esses prazos em concordância com os ditames científicos que apontam como seis meses o tempo de uma gestação viável.

Registre-se, portanto, que a criança pode ser concebida antes da realização da celebração do casamento e nascida no período de 180 dias depois de firmada a convivência estando inclusa na presunção de filiação matrimonial; revela comum a probabilidade de que após o desfazimento da sociedade conjugal sobrevenha descendência, se nascida até trezentos dias acima especificados, presumidamente tida como filiação matrimonial. Frise-se que há recentes decisões judiciais e projetos de lei firmando que o termo de contagem do prazo dos trezentos dias é o do dia em que o casal se separa de fato e não o da sentença que prolatar o fim da união civil. Existem também entendimentos, como o de MOREIRA FILHO (2002, p. 5), no sentido de que a presunção é inócua quando, à época da concepção da criança, o casal se encontrava separado de fato.

Diante de tudo o que foi dito, e do princípio que consagra certa a paternidade do marido em caso de filho de mulher casada, é que VENOSA (2005, p. 247) diz que a

presunção da paternidade, constatada nos moldes legais acima delineados, somente pode ser abalada com ação negatória de paternidade de cunho restrito, dentro de princípios atuais que devem se mostrar mais flexíveis. Configura-se, deste modo, como pai aquele que durante a época do casamento se mostra como tal.

Discorrendo a esse respeito, DINIZ (2002, p.376) afirma que:

Em virtude da impossibilidade de se provar diretamente a paternidade o Código Civil assenta a filiação num jogo de presunções, fundadas em probabilidades, daí estatuir (no art. 1.597) que se presumem matrimoniais os filhos concebidos na constância do casamento dos pais. Esta presunção é relativa ou *juris tantum*, pois a prova contrária é limitada, porém, em relação a terceiros é absoluta, pois ninguém pode contestar a filiação de alguém, visto ser a ação para esse fim privativa do pai (CC, art.1.601). (grifo da autora).

Desta forma as presunções legais respeitam a verdade real e se mostram a todo tempo (devido à imprescritibilidade da ação negatória de paternidade) aptas a conduzir o interessado à revelação desta verdade hoje (através do avanço da genética) facilmente provada. Ressalte-se que a ação em questão, por ser privativa, cabe exclusivamente à titularidade do pai, podendo os seus herdeiros dar-lhe continuidade em caso de falecimento do promovente antes do nascimento do suposto filho ou durante o tramitar da ação.

Outras presunções se dão no artigo 1.597 do Código Civil, *in verbis*:

Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

- I – nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;
- II – nascidos nos 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.

Diante disso, pode-se dizer que o Código Civil não reprime a reprodução assistida e ainda esboça tímidas regras no que concerne à filiação. Deve-se, porém, observar que apenas menciona a filiação matrimonial e respeita, sobretudo, a livre vontade do marido constituir-se pai, haja vista o amparo que se dá à reprodução homóloga.

Como bem se vê a fecundação *post mortem* é admitida no inciso III do artigo em questão, porém nada se comenta neste dispositivo a respeito do prazo para se considerar como filho a criança que assim venha a ser concebida. Contudo, a harmonização do ordenamento jurídico, prima para que deva ser o prazo fixado no inciso II do mesmo artigo. Entretanto, a dicção do inciso IV orienta que se a fecundação é homóloga, a qualquer tempo em que se dê o nascimento, o filho será fruto da união de seus pais, visto que se houve material genético coletado e, sem vício de vontade, criopreservado é porque o *de cujus* de livre vontade assumiu a possibilidade de, futuramente, vir a ser pai.

A inseminação artificial heteróloga é admitida desde que o marido tenha autorizado, através de consentimento informado, que sua esposa fosse inseminada com material genético de doador, o qual terá sua identidade preservada e também assinará o consentimento informado. A propósito, o consentimento informado é o documento através do qual o paciente exterioriza sua concordância em ser submetido a determinado procedimento médico, mesmo após ter sido informado sobre todos os riscos que possam advir, conforme lembra KRELL (2006, p. 12).

A legislação atual determina que é vedada a inseminação *post mortem* na forma heteróloga, pois, se o legislador quisesse admiti-la o teria feito no inciso III, estabelecendo que após a morte do marido (que tenha deixado consentimento assinado) poderia a esposa se submeter a tal prática de procriação e o filho concebido seria considerado proveniente da união matrimonial. Ainda, teria o legislador incluído no inciso IV que a qualquer tempo, também sob o manto do consentimento informado, poderia se dar a inseminação heteróloga.

Diante das razões acima expostas tem-se que pelo Código Civil a inseminação heteróloga, mesmo com o consentimento do marido, só será possível durante a convivência marital. Extinta a sociedade conjugal por morte, separação judicial, nulidade ou anulação do casamento a possibilidade de inseminação artificial heteróloga também sucumbirá.

A presunção de paternidade, extraída nas condições impostas legalmente, pode ser contestada por todos os meios de prova admitidos pela ciência processual que, por sua vez, na maioria das vezes conta com o auxílio da ciência genética (através do preciso exame de DNA) na busca da paternidade biológica. Outrossim, o próprio Código Civil, não obstante ser uma lei material, traça formas pelas se quais afastam ou incidem as presunções. Nesses moldes, reza o artigo 1.599 que a presunção de paternidade é ilidida pela prova de impotência do cônjuge para gerar, à época da concepção. Assim, como leciona GONÇALVES (2003, p. 88-89): “Só a impotência *generandi* (não a *couendi* ou instrumental) pode ser argüida pelo marido, provando a ausência total de espermatozóides em seu líquido seminal (azoospermia).”(grifos do autor). A doutrina aponta deveras que a presunção é afastada quando o marido provar que estava separado de fato de sua esposa.

O diploma legal em epígrafe prevê que incide a presunção de paternidade mesmo que a mulher confesse adultério. O dispositivo busca proteger a verdade real da filiação; para tanto, vislumbra a hipótese em que a esposa encolerizada, por vingança ou por qualquer outro sentimento mesquinho, falte com a verdade e profira que cometeu adultério e que, portanto, o filho não é de seu esposo. Ademais, se o adultério efetivamente tenha acontecido, não apenas a confissão da mulher provará a paternidade, visto que a ciência demonstra que nesses casos o filho tanto pode ser do esposo como do cúmplice do adultério, restando ao marido, se bem lhe aprouver e a qualquer tempo impugnar a paternidade.

Entrementes, o Código Civil timidamente inicia-se na árdua tarefa de disciplinar acerca da reprodução humana assistida. MOREIRA FILHO (2002, p. 2) afirma que o referido

pátria ainda não contempla especificadamente o controle e o procedimento de técnicas ligadas à biotecnologia, mormente no que tange à reprodução humana assistida.

Diante disso, urge que o Direito normatize tais práticas buscando fundamentos na Bioética que, tratando de ciência interdisciplinar, deverá discutir esses fundamentos com vários ramos, como a psicologia, a religião, a medicina enfim, a sociedade como um todo, tendo sempre como base a moral e a ética.

Tendo em vista esses aspectos é que a filiação civil decorrente de procriação artificial, qualquer que seja a sua modalidade, reclama por uma lei regulamentadora que venha a dirimir ou extinguir as dúvidas e controvérsias que cercam o direito de filiação inserido na categoria artificial.

3.1 Disposição normativa brasileira

A análise da reprodução humana sob o ponto de vista jurídico traz à tona questões polêmicas e de difícil resolução. Como já fora dito outrora, ainda não há no ordenamento jurídico brasileiro uma lei específica que discipline em sua totalidade o tema, sendo a Resolução n.º 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina (em anexo) a única fonte normativa orientadora de tais procedimentos.

O novo Código Civil de 2002 aborda superficialmente o tema em seu artigo 1.597, conforme foi demonstrado. Entende-se que a normalização da matéria deva ser estabelecida em leis especiais, visto ser alvo de constantes mudanças, já que as referidas técnicas estão diretamente arraigadas ao desenvolvimento técnico-científico. Sabe-se que a codificação de leis possui um caráter de estabilidade, logo não seria viável elencar matérias de conteúdo tão mutável.

KRELL (2006, p. 34) lembra que existe no Brasil o Código de Ética Médica de 1988 que, em alguns de seus artigos, se refere às novas técnicas reprodutivas e estabelece vedações cuja fiscalização é atribuída aos Conselhos Regionais e Federal de Medicina. Os conselhos, por sua vez, são autarquias corporativas, isto é, pessoas jurídicas de Direito Público, de capacidade administrativa, criadas pelo Estado para persecução de finalidades públicas, de forma descentralizada.

Comenta a autora (2006, p. 36) que estes órgãos colegiados da categoria regulamentam as relações profissionais e positivam normas deontológicas, adotadas por uma determinada coletividade como próprias. Estas normas representam um *standard* de excelência no exercício de determinadas profissões e podem ir além das jurídicas, porém não contrariá-las.

Neves *apud* KRELL (2006, p. 78) opina no sentido de que muitos não percebem que as normas éticas das profissões liberais, que se formaram no seio da profissão e são acatadas autonomamente pelos profissionais, foram codificadas e depois tornadas jurídicas, com o estabelecimento do dever jurídico de cumpri-las. E, apesar das normas éticas profissionais continuem tendo cunho moral, o seu cumprimento não mais depende da livre adesão de cada destinatário. O Estado, através de órgãos próprios, as impõe coercitivamente devido à sua alta relevância social. Atribui-se, portanto, a essas normas características jurídicas e morais simultaneamente.

Em razão dessa problemática entende LEITE (1995, p. 27) que os Conselhos Regionais de Medicina, quando implementam o Código de Ética Médica ou outras normas deontológicas da categoria, aplicam genuínas normas jurídicas e não normas de cunho meramente ético, visto que o Código de Ética Médica está positivado na Resolução nº 1.246/88 do Conselho Federal de Medicina, publicada no Diário Oficial da União. Assim,

igual natureza possui a Resolução nº.: 1.368/92 do mesmo órgão que institui as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução humana assistida.

Frise-se que a citada resolução não tem força de lei, sendo elaborada com o objetivo de balizar uma conduta médica de forma ética, abordando o tema sob ótica desvinculada de maior profundidade jurídica e dando margem, portanto, a uma insegurança jurídica repudiada por juristas e usuários das técnicas de reprodução humana assistida.

Como norma elaborada para abarcar determinada coletividade a Resolução nº.: 1.358/92 traz alguns princípios básicos a serem observados por médicos, unidades de saúde especializadas e usuários das técnicas de reprodução humana assistida. Dentre esses princípios, ressalta-se o uso da reprodução assistida no tratamento da infertilidade ou esterilidade como termo de alternativas, ou seja, após a tentativa de outras formas de terapêuticas (como a que induz o aceleração e aumento da produção hormonal na mulher) e como último recurso para se realizar a procriação humana, aditado à possibilidade de sucesso da técnica e que não acarrete risco grave à saúde da paciente ou do possível descendente.

Ainda impõe a resolução em pauta a obrigatoriedade da assinatura do consentimento informado pelos envolvidos no tratamento. O consentimento, fornecido pela clínica especializada deve conter: a vedação da utilização da reprodução assistida, com o intuito de seleção de características genéticas, exceto nos casos de prevenção de doenças; a determinação de que o número máximo de embriões ou ovócitos a serem transferidos seja de quatro, para evitar gestações múltiplas e suas complicações; o entendimento de que toda mulher capaz pode ser usuária das técnicas de reprodução humana assistida, sendo necessária a anuência de seu cônjuge ou companheiro caso seja casada ou viva em união estável.

A resolução em epígrafe preconiza ainda que as referidas clínicas devem manter um banco de dados com registro de todos os procedimentos e suas implicações. Lembra PALUDO (2006, p. 5) que tal procedimento, adotado pelas casas de saúde especializadas e

cuja finalidade é armazenar dados de origem genética para que, no futuro, possa-se de alguma forma e num possível tratamento de saúde, dar margem à discussão sobre a revelação da identidade do doador ou doadora e o direito que a pessoa tem sobre a sua identidade genética geram por sua vez, mais uma controvérsia a ser disciplinada por uma lei especial.

No que se refere à doação de gametas ou embriões, sabe-se que não poderá ter caráter lucrativo, tal como na geração em substituição (em que o útero é provisoriamente doado para que se possa levar uma gestação a termo) e que a mulher que gestar a criança deve ser parente em até segundo grau da mãe biológica.

Mesmo fundamentada por questões de alta relevância médica e incursa nos princípios que regem a Bioética, a Resolução nº.: 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina nada menciona a respeito da problemática da filiação civil. O atual Código Civil, de igual forma, não esclarece os principais conflitos que emergem quanto à maternidade, paternidade e, conseqüentemente, ao estado de filho.

No que concerne à legislação posta acerca da reprodução assistida existem, como já foi dito, alguns projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional, a maioria deles consistem em pequenas variações da Resolução nº.: 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina, tendo muito pouco a acrescentar e ficando, portanto, a filiação decorrente de procriação artificial ainda sem perspectivas de regulamentação.

Um dos projetos mais completos acerca do tema é o Projeto de Lei nº.: 90/99, elaborado pelo senador Lúcio Alcântara. O referido projeto em alguns pontos discorda da resolução do Conselho Federal de Medicina já referida, como por exemplo no uso da técnica de mães em substituição, que a resolução adota e o dito projeto de lei proíbe.

O projeto em pauta é, na visão de KRELL (2006, p. 104) inconstitucional em alguns de seus dispositivos. A autora respalda seu entendimento no parágrafo 9º do artigo 9º do projeto que dispõe não se aplicarem os direitos assegurados ao nascituro aos embriões

originados *in vitro*, antes de sua introdução no aparelho reprodutor da mulher receptora. Deveras, o parágrafo 4º do mesmo artigo torna obrigatório o descarte de gametas e embriões em determinadas situações, como por exemplo quando são doados há mais de dois anos ou nos casos conhecidos de falecimento de doadores e depositantes.

Diante de tantas críticas, foi apresentado pelo então senador Roberto Requião um projeto substitutivo para o Projeto de Lei n.: 90/99, que tem como princípio a proibição da produção de embriões excedentes, através da transferência a fresco dos embriões produzidos, preconizando ainda a tipificação da redução embrionária como crime e a proibição da utilização dos gametas após a morte do doador, salvo autorização expressa.

Não se pode desconsiderar que a Lei de Biossegurança n.: 11.105/2005, também traz em seu bojo regras jurídicas que dizem respeito à doação de embriões para pesquisas científicas e terapêuticas. Contudo, esta lei não trata de forma específica do assunto, mormente no que concerne à filiação civil, deixando a desejar o tratamento desse e de outros temas de alta relevância.

Entende-se que as leis e os projetos de lei existentes devem ser melhorados, pois não esgotam o tema de maneira satisfatória. Destarte, faz-se necessária a elaboração de projetos de leis por comissões multidisciplinares, pelo que se facultará uma visão ampla da técnica e, conseqüentemente, a proposição de soluções mais adequadas aos problemas gerados.

Enquanto a legislação pátria continua inerte, e porque não dizer, indiferente aos efeitos provenientes das técnicas de reprodução humana assistida no que tange à filiação, seguimentos da sociedade tentam traçar, da forma mais racional possível, meios de lidar com uma situação que se torna cada vez mais constante e que interfere nas relações de parentesco.

3.2 O tratamento dos principais assuntos ligados à reprodução humana assistida em algumas legislações estrangeiras

Considerando que o Brasil ainda está em fase de criação de suas normas jurídicas sobre os assuntos inerentes às técnicas de reprodução humana assistida, é de suma importância lançar um olhar atento às principais legislações estrangeiras no tocante à paternidade, maternidade e filiação decorrentes da fecundação artificial homóloga e heteróloga, à maternidade em substituição, à fecundação *post mortem* e ao descarte de embriões excedentários.

KRELL (2006, p.153) diz que os principais temas da Bioética, dentre eles o da filiação na reprodução humana assistida, surgiram e se desenvolveram na Europa e na América do Norte, tendo sido decisiva a criação das comissões éticas em diversos países, antes mesmo da entrada em vigor de suas respectivas legislações.

Ainda segundo a autora (2006, p. 154) a França, por exemplo, foi o primeiro país da Europa a se lançar nessa temática quando criou, em 1983, um Colegiado Nacional Consultivo de Ética para a Vida, a Ciência e a Saúde. Na Holanda, a partir de 1991, foi criado o *Dutch Interim Central Committee on Ethical Aspect for Medical Research* (KEMO), para dar um suporte aos comitês locais da ética médica.

O Canadá, segundo FREITAS (2006, p. 661) desenvolveu uma série de foros em nível local, distrital e nacional para lidar com novas questões específicas de Bioética, focalizando tópicos que envolvem questões legais, éticas e sociais suscitadas pelas novas tecnologias reprodutivas. Apesar de a experiência canadense resultar de um emaranhado de recomendações, entende-se que muitas delas foram inconsistentes e mostram-se conflitantes umas com as outras, o que não deve marginalizar interpretação negativa.

No entanto, como adverte LEITE (1995, p. 18) qualquer estudo legal comparativo deve ser efetuado com cautela, respeitando-se o contexto e as características históricas,

culturais e sócioeconômicas específicas de cada país. O estágio atual da discussão internacional sobre as novas técnicas de reprodução humana assistida mostra que ainda não existe uma ética universal, sendo que as diversidades das posturas legais é fruto das diferentes tradições, costumes e sistemas de valores de cada sociedade.

Por outro lado, menciona Freitas *apud* KRELL (2006, p. 154), no sentido de que é possível observar que as conquistas científicas no âmbito da reprodução assistida colocam-se de modo comparável, em especial nos países da Europa Ocidental que, como foi dito outrora, foram os pioneiros a adentrar no assunto.

Continua KRELL (2006, p. 156) argumentando que lei sueca de inseminação artificial (1985) foi a primeira legislação completa sobre a fecundação artificial, permitindo o uso desta técnica apenas aos casais casados ou companheiros em uniões estáveis, com o consentimento expresso do parceiro, excluindo-se os casais homossexuais e as mulheres solteiras. A intervenção apenas pode ser realizada em hospitais públicos, sob a supervisão de médico especialista, depois que este tenha se certificado que as condições médicas, psicológicas e sociais são adequadas.

No tocante à fecundação homóloga, o texto legal coloca os pais da criança em situação paralela àquela desfrutada pelos pais adotivos, requerendo que o casal idealizador da fecundação *in vitro* venha a adotar o bebê. A única forma de reprodução humana assistida, e mais especificamente, da fecundação *in vitro* permitida é aquela em que os gametas são próprios do casal ou dos companheiros.

Na Espanha, segundo FREITAS (2006, p. 664), em 1988, foi aprovada a Lei n.º 35, sobre técnicas de reprodução assistida, que contém normas civis, administrativas e penais. De acordo com ela mulheres maiores de 18 anos, inclusive solteiras, podem recorrer às técnicas de reprodução humana assistida, quando estas não ponham em risco a sua saúde ou de sua eventual descendência. A mulher casada precisa do consentimento formal do marido e os

embriões excedentes da fecundação *in vitro* devem ser conservados por um período máximo de cinco anos, ficando à disposição do banco de gametas no período de dois anos.

A lei alemã, conforma salienta KRELL (2006, p. 157) de proteção aos embriões, datada de 1990, estabelece que a fecundação heteróloga deve ser autorizada apenas em condições restritas, a exemplo da perturbação duradoura da fecundidade do marido e após o consentimento por escrito deste, na presença de notário. A fecundação *in vitro* só pode ser autorizada se for homóloga, em raros casos, por instituições médicas credenciadas, admitindo-se somente a fecundação do número de óvulos necessários para uma só transferência, para evitar embriões excedentes, cuja criopreservação é proibida. Por fim, dispõe a lei que é vedada aos casais não casados a reprodução assistida com o espermatozoide de um doador, assim como a procriação artificial de mulheres solteiras.

Ainda segundo KRELL (2006, p. 157) na Grã-Bretanha, no ano de 1988, entrou em vigor o *Family Law Reform Act*, que admite o emprego das técnicas de fecundação homóloga e heteróloga, inclusive com a utilização da fecundação *in vitro* para ambos os casos. Para a referida lei, o marido que consentiu na fecundação de sua esposa com outro homem é considerado pai, não se estabelecendo vínculo de parentalidade entre a criança e o doador.

Os Estados Unidos da América, como dispõe FREITAS (2006, p. 645), disciplinaram a fecundação artificial por meio de legislação federal, apesar da organização jurídica descentralizada desse país, onde cada Estado federado estabelece o seu próprio direito de família. Em 1973, o *Unifor Parentage Act*, que se tornou legislação-modelo para os Estados, determinou que a criança gerada artificialmente com sêmen de terceiro terá como pai legal o marido que expressamente consentiu na fecundação e que o doador não tem qualquer relação com a criança.

Resumindo a breve análise das legislações estrangeiras, observa-se a ocorrência de pontos comuns e divergentes: a fertilização do sêmen de terceiro é aceita em todas as ordens

jurídicas citadas; para a execução da fecundação heteróloga, normalmente se faz necessária a expressa autorização ou consentimento do marido, que nesse caso não poderá impugnar a paternidade; há um grande esforço legislativo em se vedar a maternidade por substituição, mas caso ela tenha sido efetuada, considera-se mãe aquela que deu à luz; a fecundação *post mortem* não é assunto de consenso, entretanto, a maioria das legislações a proíbe.

3.3 Sobre a problemática

Os principais problemas resultantes das formas de concepção artificial, especialmente os tocantes à filiação civil, estão iminentes à ausência de uma legislação específica que venha a reprimir ou ao menos intimidar o abuso com que são praticadas as técnicas.

Um dos problemas mais polêmicos fala da utilização das técnicas de procriação assistida por mulheres solteiras (e sob tal expressão entenda-se não somente a mulher não casada, mas, no sentido mais amplo, aquela que vive só, sem companheiro, sem marido, sem noivo ou namorado), pois quando se afirma que o desejo de gerar um filho é garantido constitucionalmente, a primeira indagação diz respeito à celeuma da monoparentalidade programada.

Como outrora dito o Código Civil pátrio permite o uso das técnicas de reprodução humana assistida apenas a casais casados ou em união estável, porém, a Resolução nº. 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina concede à classe médica o direito de realizar técnicas de concepção artificial em toda mulher capaz que recorrer a tal procedimento visando a maternidade.

O reconhecimento da igualdade entre os seres humanos impõe concluir-se pela inadmissibilidade de negação a uma mulher do uso das técnicas de procriação assistida somente pelo fato dela ser solteira. Entretanto, há que se interpretar o mesmo princípio de

isonomia tendo-se em vista o direito da criança, cujo destino de viver sem ao menos conhecer a figura do pai venha a ser determinado pelo livre arbítrio da mãe.

Sabe-se que o direito de ter filhos é reconhecido como um direito fundamental do ser humano, assim como casar com a pessoa de sua livre escolha e com esta formar uma família. No entanto, quando o projeto reprodutivo artificial envolve outras pessoas, como os profissionais da medicina como intermediadores, há a necessidade de que a sociedade esteja envolvida e que reflita sobre as condições em que poderá se autorizar o recurso à reprodução artificial, definindo quais as responsabilidades dos envolvidos nessa prática.

Entende-se que a utilização das técnicas de reprodução humana assistida por mulheres solteiras deve ser coibida por lei eventualmente vindoura, haja vista expor a criança envolvida a uma situação de paternidade indefinida que lhe tolheria não apenas a convivência e a educação por uma figura masculina, mas também lhe seriam negados direitos importantes à sua vida, a exemplo de direitos sucessórios, além disso daria mais concretização ao que a concepção artificial se propõe a fazer moralmente, que é a realização do sonho de um casal formar uma família. Para tanto, a Resolução do Conselho Federal de Medicina deve seguir a orientação do Código Civil brasileiro, e primar pelo interesse maior, qual seja, o da criança oriunda das técnicas reprodutivas artificiais.

Outra grande discussão é a possibilidade da maternidade em substituição ou gestação por outrem, onde se discute se deve ser autorizada, mesmo que com fins exclusivamente humanitários, sem monetarização e quais as garantias para que a criança não seja apenas um objeto a ser reivindicado pela mulher que cedeu o útero, confrontando-se ainda as dificuldades para a determinação da maternidade da criança, nos moldes da omissa legislação atual.

Para Mantovani citado por LEITE (1995, p. 36), a prática da maternidade em substituição constitui uma série de ofensas à dignidade da mãe e do nascituro, a saber: ofensa

à dignidade da mulher, porque tal locação descaracteriza o desenvolvimento da maternidade e reduz a mulher a mero organismo reprodutor, em contraste com o moderno conceito de maternidade responsável e com o processo de emancipação feminina; ofensa à dignidade do nascituro, porque reduzido a *res* comerciável e sujeita a estipulação de valores, sendo objeto de contratação e até mesmo de conflitos judiciais.

Contudo, há de se frisar que a orientação adotada pelo Conselho Federal de Medicina brasileiro (em anexo) permite o recurso à técnica da maternidade em substituição desde que a doadora temporária de útero seja da família daquela que não pode gerar, em parentesco até o segundo grau, descaracterizando a possibilidade de aluguel de útero, tendo em vista que entre familiares há solidariedade e a relação de afeto evitará qualquer interesse lucrativo. Haverá assim um pacto de gestação altruísta entre a mãe gestacional e a mãe genética, não sendo permitido no Brasil nenhum contrato remuneratório de gestação, o qual seria considerado nulo em virtude do objeto ilícito (gestação e entrega do filho tratado assim como uma mercadoria).

Entende-se, de acordo com os argumentos citados acima, que o Brasil deveria seguir a orientação de legislações internacionais, e dos ditames do Projeto de Lei nº.: 90/99 e vedar a maternidade de substituição, inclusive a descrita nos moldes da Resolução nº.: 1358/92 do Conselho Federal de Medicina. Além das razões já mencionadas, a maternidade em substituição é um instituto ainda não concebido moralmente pela população, e que uma norma abstrata neste sentido poderia provocar o alvoroço de alguns seguimentos da sociedade, como por exemplo da Igreja Católica. Analisa-se, também, juridicamente a temática pela eventual confusão que se faria no tocante às relações de parentesco dada a incrível possibilidade de a criança gerada ser filha e neta, simultaneamente, da mesma mulher.

Realizando uma análise psico-genética, a doadora provisória do útero (devido às trocas de material genético e sanguíneo que ocorrem durante a gestação, além da troca de afeto envolvido) pode desejar reivindicar a maternidade da criança que gestou, mesmo sendo

parente da mãe biológica. Dificilmente, se uma legislação veda a possibilidade de vínculo entre a mãe gestacional e a criança, açambarcaria-se toda a problemática superveniente. Adite-se a isso, por fim, o fato de que em sendo parente tanto da mãe biológica como da criança, a mãe de substituição manterá sempre contato com as duas, e isso pode vir a prejudicar a educação do infante, se porventura a mãe gestacional interferir nos cuidados e orientação da criança a qual deu à luz, mas que pela lei não é sua.

No que se refere à filiação decorrente da inseminação ou fecundação *post mortem*, há que se lembrar que o atual Código Civil presume como filho do casal o descendente nascido de fecundação artificial homóloga mesmo depois de falecido o marido. Nada menciona, porém, diante da hipótese de a fecundação ter-se dado na forma heteróloga, sem o consentimento do marido, e ainda o nascimento da criança ter ocorrido nos trezentos dias subseqüentes à dissolução da sociedade conjugal pela morte do cônjuge varão.

Em tal situação segue-se a orientação de FREITAS (2006, p. 674) pela qual se permite a fecundação artificial homóloga se houver consentimento escrito do *de cuius* e que esta seja realizada na pessoa indicada por este (que necessariamente deverá ser sua esposa ou companheira) e no prazo estipulado pelo mesmo. Caso o falecido não especifique prazo, a fecundação ou inseminação deverá ser realizada antes dos trezentos dias que sucederem o seu falecimento. Na possibilidade de o *de cuius* não deixar consignada a pessoa em que se deve realizar a inseminação, presume-se que esta será a sua esposa ou companheira. E, encerrando o assunto da fecundação *post mortem*, opina-se que para se evitar o surgimento de embriões excedentários e o dilema sobre o seu destino, serão produzidos para a fecundação póstuma apenas a quantidade de embriões necessários para realizar uma única transferência.

Outrossim, desde o instante em que é possível procriar sem a contribuição genética de um dos cônjuges ou companheiros, necessário se faz firmar critérios para fins de

estabelecimento dos vínculos do parentesco civil e os conseqüentes efeitos jurídicos da filiação originária dessa técnica de reprodução.

Há uma proximidade jurídica entre parentalidade e a filiação oriunda da reprodução heteróloga tal com na ligada à adoção, visto que ambos constituem modelos de parentesco civil não natural, que não se baseiam na fusão carnal entre homem e mulher, o que permite uma comparação e possibilidade de extensão das normas relacionadas à adoção para a reprodução assistida heteróloga. Não é exagero, segundo KRELL (2006, p. 157) afirmar que a tecnologia em genética humana, e especialmente no campo da reprodução assistida, direciona o Direito enquanto ciência normativa da realidade social a traduzir as mais significativas mudanças em seu conteúdo civilístico, notadamente no Direito de Família.

Na fecundação homóloga não há dúvidas de que o vínculo jurídico existente de paternidade-maternidade e filiação é o sanguíneo, independentemente da falta de relação sexual, sendo a paternidade presumida em pessoas casadas por força do artigo 1.597 do novo Código Civil. Na reprodução heteróloga, os fundamentos relacionados à paternidade-filiação e maternidade-filiação são distintos da homóloga, até porque nessa última apenas um dos cônjuges contribui com seu material fecundante, face à esterilidade do outro.

Em relação à diminuição do número de adoções face à reprodução heteróloga, leciona Krell (2006, p. 159) :

Não se faz sentido criticar a fecundação heteróloga sob o argumento de que diminuiria a adoção num país que vive a problemática do menor abandonado. Não se deve deslocar um problema de ordem pública, a incapacidade do Estado brasileiro em reduzir o número excessivo de menores abandonados, para a esfera privada, de foro íntimo. Sempre existirá o desejo inconsciente ou mesmo consciente de gerar seus próprios filhos, que darão continuidade à descendência genética ("sangue do meu sangue"). (*sic*!).

Deve-se ter em mente, porém, que a reprodução heteróloga não pretende ultrapassar todos os limites éticos, sociais, morais e religiosos com o simples argumento de que é

necessário satisfazer uma vontade privada de ter uma descendência e com fulcro na participação genética de apenas um dos cônjuges.

A orientação mais aconselhada para resolver a problemática da reprodução assistida heteróloga sem o consentimento do cônjuge é a apresentada por SANTOS (2001, p.138), pela qual as casas de saúde devem evitar a realização da técnica, informando a pretensa usuária de seus efeitos jurídicos. Porém, diante da efetiva realização da técnica deve a filiação atribuída à criança ser reconhecida pelo marido da usuária em cartório, ou seja deverá registrá-lo como se fosse seu, e assim ficará impossível o exercício do seu direito de impugnar a paternidade. Doutra banda, em não admitindo essa paternidade inesperada seria atribuído ao descendente o *status* de filho apenas à usuária da técnica.

Por fim, é forçoso se vincular ao entendimento de FREITAS (2006, p. 650) de que tanto as instituições de saúde quanto à sociedade devem estar atentos às práticas irregulares de reprodução assistida e que a lei específica vindoura sobre a matéria irá erradicar as formas de ultraje a direitos, que acabam por trazer responsabilidades e direitos alheios e fazer com que aquilo que a natureza repugna torne-se legalmente lícito.



CAPÍTULO 3 O PROBLEMA DA FILIAÇÃO NA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

Os avanços recentes da biotecnologia trouxeram enormes benefícios à humanidade, uma vez que praticamente permitem o controle da vida, desde a sua concepção, conservação, até o desenvolvimento e o fim. Dentre tais progressos sobressaem as práticas de reprodução humana assistida, destacando-se a inseminação artificial e a fecundação *in vitro*.

Contudo, a modernização das práticas de procriação artificial decorrentes do progresso biotecnológico tem afetado a família, a paternidade e maternidade, o sentido da concepção humana e a intangibilidade dos seres humanos, provocando sérios debates entre as ciências éticas, morais e religiosas.

Nesse contexto surge a Bioética, que segundo KRELL (2006, p.114) é o estudo interdisciplinar, ligado à ética, que investiga nas áreas das ciências da vida e da saúde, a totalidade das condições necessárias a uma administração responsável da vida humana em geral e da pessoa em particular. Prossegue a autora mencionando que a bioética nasceu da necessidade de um controle da utilização crescente e invasora de tecnologias cada vez mais numerosas e afinadas nas técnicas biomédicas.

Todavia, uma vez que esses avanços biotecnológicos trazem implicações à sociedade, vê-se que é necessária a presença do Direito ao lado da Bioética para que haja a defesa das pessoas diante de possíveis abusos. O Direito enquanto produtor maior do controle social e ciência normativa é, por excelência, o legitimado (através de debates doutrinários e de parcerias com as demais ciências) a acompanhar a evolução social, disciplinando seus atos de forma abstrata, porém completa.

Com efeito, o crescimento biotecnológico precisa encontrar limites para que não viole os direitos fundamentais do homem, e para tanto precisa ser regulado, já que a legislação

pátria ainda não contempla especificadamente o controle e o procedimento de técnicas ligadas à biotecnologia, mormente no que tange à reprodução humana assistida.

Diante disso, urge que o Direito normalize tais práticas buscando fundamentos na Bioética que, tratando de ciência interdisciplinar, deverá discutir esses fundamentos com vários ramos, como a psicologia, a religião, a medicina enfim, a sociedade como um todo, tendo sempre como base a moral e a ética.

Tendo em vista esses aspectos é que a filiação civil decorrente de procriação artificial, qualquer que seja a sua modalidade, reclama por uma lei regulamentadora que venha a dirimir ou extinguir as dúvidas e controvérsias que cercam o direito de filiação inserido na categoria artificial.

3.1 Disposição normativa brasileira

A análise da reprodução humana sob o ponto de vista jurídico traz à tona questões polêmicas e de difícil resolução. Como já fora dito outrora, ainda não há no ordenamento jurídico brasileiro uma lei específica que discipline em sua totalidade o tema, sendo a Resolução n.: 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina (em anexo) a única fonte normativa orientadora de tais procedimentos.

O novo Código Civil de 2002 aborda superficialmente o tema em seu artigo 1.597, conforme foi demonstrado. Entende-se que a normalização da matéria deva ser estabelecida em leis especiais, visto ser alvo de constantes mudanças, já que as referidas técnicas estão diretamente arraigadas ao desenvolvimento técnico-científico. Sabe-se que a codificação de leis possui um caráter de estabilidade, logo não seria viável elencar matérias de conteúdo tão mutável.

KRELL (2006, p. 34) lembra que existe no Brasil o Código de Ética Médica de 1988 que, em alguns de seus artigos, se refere às novas técnicas reprodutivas e estabelece vedações cuja fiscalização é atribuída aos Conselhos Regionais e Federal de Medicina. Os conselhos, por sua vez, são autarquias corporativas, isto é, pessoas jurídicas de Direito Público, de capacidade administrativa, criadas pelo Estado para persecução de finalidades públicas, de forma descentralizada.

Comenta a autora (2006, p. 36) que estes órgãos colegiados da categoria regulamentam as relações profissionais e positivam normas deontológicas, adotadas por uma determinada coletividade como próprias. Estas normas representam um *standard* de excelência no exercício de determinadas profissões e podem ir além das jurídicas, porém não contrariá-las.

Neves *apud* KRELL (2006, p. 78) opina no sentido de que muitos não percebem que as normas éticas das profissões liberais, que se formaram no seio da profissão e são acatadas autonomamente pelos profissionais, foram codificadas e depois tornadas jurídicas, com o estabelecimento do dever jurídico de cumpri-las. E, apesar das normas éticas profissionais continuem tendo cunho moral, o seu cumprimento não mais depende da livre adesão de cada destinatário. O Estado, através de órgãos próprios, as impõe coercitivamente devido à sua alta relevância social. Atribui-se, portanto, a essas normas características jurídicas e morais simultaneamente.

Em razão dessa problemática entende LEITE (1995, p. 27) que os Conselhos Regionais de Medicina, quando implementam o Código de Ética Médica ou outras normas deontológicas da categoria, aplicam genuínas normas jurídicas e não normas de cunho meramente ético, visto que o Código de Ética Médica está positivado na Resolução nº.: 1.246/88 do Conselho Federal de Medicina, publicada no Diário Oficial da União. Assim,

igual natureza possui a Resolução nº.: 1.368/92 do mesmo órgão que institui as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução humana assistida.

Frise-se que a citada resolução não tem força de lei, sendo elaborada com o objetivo de balizar uma conduta médica de forma ética, abordando o tema sob ótica desvinculada de maior profundidade jurídica e dando margem, portanto, a uma insegurança jurídica repudiada por juristas e usuários das técnicas de reprodução humana assistida.

Como norma elaborada para abarcar determinada coletividade a Resolução nº.: 1.358/92 traz alguns princípios básicos a serem observados por médicos, unidades de saúde especializadas e usuários das técnicas de reprodução humana assistida. Dentre esses princípios, ressalta-se o uso da reprodução assistida no tratamento da infertilidade ou esterilidade como termo de alternativas, ou seja, após a tentativa de outras formas de terapêuticas (como a que induz o aceleração e aumento da produção hormonal na mulher) e como último recurso para se realizar a procriação humana, aditado à possibilidade de sucesso da técnica e que não acarrete risco grave à saúde da paciente ou do possível descendente.

Ainda impõe a resolução em pauta a obrigatoriedade da assinatura do consentimento informado pelos envolvidos no tratamento. O consentimento, fornecido pela clínica especializada deve conter: a vedação da utilização da reprodução assistida, com o intuito de seleção de características genéticas, exceto nos casos de prevenção de doenças; a determinação de que o número máximo de embriões ou ovócitos a serem transferidos seja de quatro, para evitar gestações múltiplas e suas complicações; o entendimento de que toda mulher capaz pode ser usuária das técnicas de reprodução humana assistida, sendo necessária a anuência de seu cônjuge ou companheiro caso seja casada ou viva em união estável.

A resolução em epígrafe preconiza ainda que as referidas clínicas devem manter um banco de dados com registro de todos os procedimentos e suas implicações. Lembra PALUDO (2006, p. 5) que tal procedimento, adotado pelas casas de saúde especializadas e

cujas finalidades são armazenar dados de origem genética para que, no futuro, possa-se de alguma forma e num possível tratamento de saúde, dar margem à discussão sobre a revelação da identidade do doador ou doadora e o direito que a pessoa tem sobre a sua identidade genética geram por sua vez, mais uma controvérsia a ser disciplinada por uma lei especial.

No que se refere à doação de gametas ou embriões, sabe-se que não poderá ter caráter lucrativo, tal como na geração em substituição (em que o útero é provisoriamente doado para que se possa levar uma gestação a termo) e que a mulher que gestar a criança deve ser parente em até segundo grau da mãe biológica.

Mesmo fundamentada por questões de alta relevância médica e incursa nos princípios que regem a Bioética, a Resolução nº.: 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina nada menciona a respeito da problemática da filiação civil. O atual Código Civil, de igual forma, não esclarece os principais conflitos que emergem quanto à maternidade, paternidade e, conseqüentemente, ao estado de filho.

No que concerne à legislação posta acerca da reprodução assistida existem, como já foi dito, alguns projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional, a maioria deles consistem em pequenas variações da Resolução nº.: 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina, tendo muito pouco a acrescentar e ficando, portanto, a filiação decorrente de procriação artificial ainda sem perspectivas de regulamentação.

Um dos projetos mais completos acerca do tema é o Projeto de Lei nº.: 90/99, elaborado pelo senador Lúcio Alcântara. O referido projeto em alguns pontos discorda da resolução do Conselho Federal de Medicina já referida, como por exemplo no uso da técnica de mães em substituição, que a resolução adota e o dito projeto de lei proíbe.

O projeto em pauta é, na visão de KRELL (2006, p. 104) inconstitucional em alguns de seus dispositivos. A autora respalda seu entendimento no parágrafo 9º do artigo 9º do projeto que dispõe não se aplicarem os direitos assegurados ao nascituro aos embriões

originados *in vitro*, antes de sua introdução no aparelho reprodutor da mulher receptora. Deveras, o parágrafo 4º do mesmo artigo torna obrigatório o descarte de gametas e embriões em determinadas situações, como por exemplo quando são doados há mais de dois anos ou nos casos conhecidos de falecimento de doadores e depositantes.

Diante de tantas críticas, foi apresentado pelo então senador Roberto Requião um projeto substitutivo para o Projeto de Lei n.: 90/99, que tem como princípio a proibição da produção de embriões excedentes, através da transferência a fresco dos embriões produzidos, preconizando ainda a tipificação da redução embrionária como crime e a proibição da utilização dos gametas após a morte do doador, salvo autorização expressa.

Não se pode desconsiderar que a Lei de Biossegurança n.: 11.105/2005, também traz em seu bojo regras jurídicas que dizem respeito à doação de embriões para pesquisas científicas e terapêuticas. Contudo, esta lei não trata de forma específica do assunto, mormente no que concerne à filiação civil, deixando a desejar o tratamento desse e de outros temas de alta relevância.

Entende-se que as leis e os projetos de lei existentes devem ser melhorados, pois não esgotam o tema de maneira satisfatória. Destarte, faz-se necessária a elaboração de projetos de leis por comissões multidisciplinares, pelo que se facultará uma visão ampla da técnica e, conseqüentemente, a proposição de soluções mais adequadas aos problemas gerados.

Enquanto a legislação pátria continua inerte, e porque não dizer, indiferente aos efeitos provenientes das técnicas de reprodução humana assistida no que tange à filiação, seguimentos da sociedade tentam traçar, da forma mais racional possível, meios de lidar com uma situação que se torna cada vez mais constante e que interfere nas relações de parentesco.

3.2 O tratamento dos principais assuntos ligados à reprodução humana assistida em algumas legislações estrangeiras

Considerando que o Brasil ainda está em fase de criação de suas normas jurídicas sobre os assuntos inerentes às técnicas de reprodução humana assistida, é de suma importância lançar um olhar atento às principais legislações estrangeiras no tocante à paternidade, maternidade e filiação decorrentes da fecundação artificial homóloga e heteróloga, à maternidade em substituição, à fecundação *post mortem* e ao descarte de embriões excedentários.

KRELL (2006, p.153) diz que os principais temas da Bioética, dentre eles o da filiação na reprodução humana assistida, surgiram e se desenvolveram na Europa e na América do Norte, tendo sido decisiva a criação das comissões éticas em diversos países, antes mesmo da entrada em vigor de suas respectivas legislações.

Ainda segundo a autora (2006, p. 154) a França, por exemplo, foi o primeiro país da Europa a se lançar nessa temática quando criou, em 1983, um Colegiado Nacional Consultivo de Ética para a Vida, a Ciência e a Saúde. Na Holanda, a partir de 1991, foi criado o *Dutch Interim Central Committee on Ethical Aspect for Medical Research* (KFMO), para dar um suporte aos comitês locais da ética médica.

O Canadá, segundo FREITAS (2006, p. 661) desenvolveu uma série de foros em nível local, distrital e nacional para lidar com novas questões específicas de Bioética, focalizando tópicos que envolvem questões legais, éticas e sociais suscitadas pelas novas tecnologias reprodutivas. Apesar de a experiência canadense resultar de um emaranhado de recomendações, entende-se que muitas delas foram inconsistentes e mostram-se conflitantes umas com as outras, o que não deve marginalizar interpretação negativa.

No entanto, como adverte LEITE (1995, p. 18) qualquer estudo legal comparativo deve ser efetuado com cautela, respeitando-se o contexto e as características históricas.

culturais e sócioeconômicas específicas de cada país. O estágio atual da discussão internacional sobre as novas técnicas de reprodução humana assistida mostra que ainda não existe uma ética universal, sendo que as diversidades das posturas legais é fruto das diferentes tradições, costumes e sistemas de valores de cada sociedade.

Por outro lado, menciona Freitas *apud* KRELL (2006, p. 154), no sentido de que é possível observar que as conquistas científicas no âmbito da reprodução assistida colocam-se de modo comparável, em especial nos países da Europa Ocidental que, como foi dito outrora, foram os pioneiros a adentrar no assunto.

Continua KRELL (2006, p. 156) argumentando que lei sueca de inseminação artificial (1985) foi a primeira legislação completa sobre a fecundação artificial, permitindo o uso desta técnica apenas aos casais casados ou companheiros em uniões estáveis, com o consentimento expresso do parceiro, excluindo-se os casais homossexuais e as mulheres solteiras. A intervenção apenas pode ser realizada em hospitais públicos, sob a supervisão de médico especialista, depois que este tenha se certificado que as condições médicas, psicológicas e sociais são adequadas.

No tocante à fecundação homóloga, o texto legal coloca os pais da criança em situação paralela àquela desfrutada pelos pais adotivos, requerendo que o casal idealizador da fecundação *in vitro* venha a adotar o bebê. A única forma de reprodução humana assistida, e mais especificamente, da fecundação *in vitro* permitida é aquela em que os gametas são próprios do casal ou dos companheiros.

Na Espanha, segundo FREITAS (2006, p. 664), em 1988, foi aprovada a Lei n.º: 35, sobre técnicas de reprodução assistida, que contém normas civis, administrativas e penais. De acordo com ela mulheres maiores de 18 anos, inclusive solteiras, podem recorrer às técnicas de reprodução humana assistida, quando estas não ponham em risco a sua saúde ou de sua eventual descendência. A mulher casada precisa do consentimento formal do marido e os

embriões excedentes da fecundação *in vitro* devem ser conservados por um período máximo de cinco anos, ficando à disposição do banco de gametas no período de dois anos.

A lei alemã, conforma salienta KRELL (2006, p. 157) de proteção aos embriões, datada de 1990, estabelece que a fecundação heteróloga deve ser autorizada apenas em condições restritas, a exemplo da perturbação duradoura da fecundidade do marido e após o consentimento por escrito deste, na presença de notário. A fecundação *in vitro* só pode ser autorizada se for homóloga, em raros casos, por instituições médicas credenciadas, admitindo-se somente a fecundação do número de óvulos necessários para uma só transferência, para evitar embriões excedentes, cuja criopreservação é proibida. Por fim, dispõe a lei que é vedada aos casais não casados a reprodução assistida com o espermatozoide de um doador, assim como a procriação artificial de mulheres solteiras.

Ainda segundo KRELL (2006, p. 157) na Grã-Bretanha, no ano de 1988, entrou em vigor o *Family Law Reform Act*, que admite o emprego das técnicas de fecundação homóloga e heteróloga, inclusive com a utilização da fecundação *in vitro* para ambos os casos. Para a referida lei, o marido que consentiu na fecundação de sua esposa com outro homem é considerado pai, não se estabelecendo vínculo de parentalidade entre a criança e o doador.

Os Estados Unidos da América, como dispõe FREITAS (2006, p. 645), disciplinaram a fecundação artificial por meio de legislação federal, apesar da organização jurídica descentralizada desse país, onde cada Estado federado estabelece o seu próprio direito de família. Em 1973, o *Unifor Parentage Act*, que se tornou legislação-modelo para os Estados, determinou que a criança gerada artificialmente com sêmen de terceiro terá como pai legal o marido que expressamente consentiu na fecundação e que o doador não tem qualquer relação com a criança.

Resumindo a breve análise das legislações estrangeiras, observa-se a ocorrência de pontos comuns e divergentes: a fertilização do sêmen de terceiro é aceita em todas as ordens

jurídicas citadas: para a execução da fecundação heteróloga, normalmente se faz necessária a expressa autorização ou consentimento do marido, que nesse caso não poderá impugnar a paternidade; há um grande esforço legislativo em se vedar a maternidade por substituição, mas caso ela tenha sido efetuada, considera-se mãe aquela que deu à luz; a fecundação *post mortem* não é assunto de consenso, entretanto, a maioria das legislações a proíbe.

3.3 Sobre a problemática

Os principais problemas resultantes das formas de concepção artificial, especialmente os tocantes à filiação civil, estão iminentes à ausência de uma legislação específica que venha a reprimir ou ao menos intimidar o abuso com que são praticadas as técnicas.

Um dos problemas mais polêmicos fala da utilização das técnicas de procriação assistida por mulheres solteiras (e sob tal expressão entenda-se não somente a mulher não casada, mas, no sentido mais amplo, aquela que vive só, sem companheiro, sem marido, sem noivo ou namorado), pois quando se afirma que o desejo de gerar um filho é garantido constitucionalmente, a primeira indagação diz respeito à celeuma da monoparentalidade programada.

Como outrora dito o Código Civil pátrio permite o uso das técnicas de reprodução humana assistida apenas a casais casados ou em união estável, porém, a Resolução nº. 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina concede à classe médica o direito de realizar técnicas de concepção artificial em toda mulher capaz que recorrer a tal procedimento visando a maternidade.

O reconhecimento da igualdade entre os seres humanos impõe concluir-se pela inadmissibilidade de negação a uma mulher do uso das técnicas de procriação assistida somente pelo fato dela ser solteira. Entretanto, há que se interpretar o mesmo princípio de

isonomia tendo-se em vista o direito da criança, cujo destino de viver sem ao menos conhecer a figura do pai venha a ser determinado pelo livre arbítrio da mãe.

Sabe-se que o direito de ter filhos é reconhecido como um direito fundamental do ser humano, assim como casar com a pessoa de sua livre escolha e com esta formar uma família. No entanto, quando o projeto reprodutivo artificial envolve outras pessoas, como os profissionais da medicina como intermediadores, há a necessidade de que a sociedade esteja envolvida e que reflita sobre as condições em que poderá se autorizar o recurso à reprodução artificial, definindo quais as responsabilidades dos envolvidos nessa prática.

Entende-se que a utilização das técnicas de reprodução humana assistida por mulheres solteiras deve ser coibida por lei eventualmente vindoura, haja vista expor a criança envolvida a uma situação de paternidade indefinida que lhe tolheria não apenas a convivência e a educação por uma figura masculina, mas também lhe seriam negados direitos importantes à sua vida, a exemplo de direitos sucessórios. Além disso daria mais concretização ao que a concepção artificial se propõe a fazer moralmente, que é a realização do sonho de um casal formar uma família. Para tanto, a Resolução do Conselho Federal de Medicina deve seguir a orientação do Código Civil brasileiro, e primar pelo interesse maior, qual seja, o da criança oriunda das técnicas reprodutivas artificiais.

Outra grande discussão é a possibilidade da maternidade em substituição ou gestação por outrem, onde se discute se deve ser autorizada, mesmo que com fins exclusivamente humanitários, sem monetarização e quais as garantias para que a criança não seja apenas um objeto a ser reivindicado pela mulher que cedeu o útero, confrontando-se ainda as dificuldades para a determinação da maternidade da criança, nos moldes da omissa legislação atual.

Para Mantovani citado por LEITE (1995, p. 36), a prática da maternidade em substituição constitui uma série de ofensas à dignidade da mãe e do nascituro, a saber: ofensa

à dignidade da mulher, porque tal locação descaracteriza o desenvolvimento da maternidade e reduz a mulher a mero organismo reprodutor, em contraste com o moderno conceito de maternidade responsável e com o processo de emancipação feminina; ofensa à dignidade do nascituro, porque reduzido a *res* comerciável e sujeita a estipulação de valores, sendo objeto de contratação e até mesmo de conflitos judiciais.

Contudo, há de se frisar que a orientação adotada pelo Conselho Federal de Medicina brasileiro (em anexo) permite o recurso à técnica da maternidade em substituição desde que a doadora temporária de útero seja da família daquela que não pode gerar, em parentesco até o segundo grau, descaracterizando a possibilidade de aluguel de útero, tendo em vista que entre familiares há solidariedade e a relação de afeto evitará qualquer interesse lucrativo. Haverá assim um pacto de gestação altruísta entre a mãe gestacional e a mãe genética, não sendo permitido no Brasil nenhum contrato remuneratório de gestação, o qual seria considerado nulo em virtude do objeto ilícito (gestação e entrega do filho tratado assim como uma mercadoria).

Entende-se, de acordo com os argumentos citados acima, que o Brasil deveria seguir a orientação de legislações internacionais, e dos ditames do Projeto de Lei n.º: 90/99 e vedar a maternidade de substituição, inclusive a descrita nos moldes da Resolução n.º: 1358/92 do Conselho Federal de Medicina. Além das razões já mencionadas, a maternidade em substituição é um instituto ainda não concebido moralmente pela população, e que uma norma abstrata neste sentido poderia provocar o alvoroço de alguns seguimentos da sociedade, como por exemplo da Igreja Católica. Analisa-se, também, juridicamente a temática pela eventual confusão que se faria no tocante às relações de parentesco dada a incrível possibilidade de a criança gerada ser filha e neta, simultaneamente, da mesma mulher.

Realizando uma análise psico-genética, a doadora provisória do útero (devido às trocas de material genético e sanguíneo que ocorrem durante a gestação, além da troca de afeto envolvido) pode desejar reivindicar a maternidade da criança que gestou, mesmo sendo

parente da mãe biológica. Dificilmente, se uma legislação veda a possibilidade de vínculo entre a mãe gestacional e a criança, açambarcaria-se toda a problemática superveniente. Adite-se a isso, por fim, o fato de que em sendo parente tanto da mãe biológica como da criança, a mãe de substituição manterá sempre contato com as duas, e isso pode vir a prejudicar a educação do infante, se porventura a mãe gestacional interferir nos cuidados e orientação da criança a qual deu à luz, mas que pela lei não é sua.

No que se refere à filiação decorrente da inseminação ou fecundação *post mortem*, há que se lembrar que o atual Código Civil presume como filho do casal o descendente nascido de fecundação artificial homóloga mesmo depois de falecido o marido. Nada menciona, porém, diante da hipótese de a fecundação ter-se dado na forma heteróloga, sem o consentimento do marido, e ainda o nascimento da criança ter ocorrido nos trezentos dias subseqüentes à dissolução da sociedade conjugal pela morte do cônjuge varão.

Em tal situação segue-se a orientação de FREITAS (2006, p. 674) pela qual se permite a fecundação artificial homóloga se houver consentimento escrito do *de cuius* e que esta seja realizada na pessoa indicada por este (que necessariamente deverá ser sua esposa ou companheira) e no prazo estipulado pelo mesmo. Caso o falecido não especifique prazo, a fecundação ou inseminação deverá ser realizada antes dos trezentos dias que sucederem o seu falecimento. Na possibilidade de o *de cuius* não deixar consignada a pessoa em que se deve realizar a inseminação, presume-se que esta será a sua esposa ou companheira. E, encerrando o assunto da fecundação *post mortem*, opina-se que para se evitar o surgimento de embriões excedentários e o dilema sobre o seu destino, serão produzidos para a fecundação póstuma apenas a quantidade de embriões necessários para realizar uma única transferência.

Outrossim, desde o instante em que é possível procriar sem a contribuição genética de um dos cônjuges ou companheiros, necessário se faz firmar critérios para fins de

estabelecimento dos vínculos do parentesco civil e os conseqüentes efeitos jurídicos da filiação originária dessa técnica de reprodução.

Há uma proximidade jurídica entre parentalidade e a filiação oriunda da reprodução heteróloga tal com na ligada à adoção, visto que ambos constituem modelos de parentesco civil não natural, que não se baseiam na fusão carnal entre homem e mulher, o que permite uma comparação e possibilidade de extensão das normas relacionadas à adoção para a reprodução assistida heteróloga. Não é exagero, segundo KRELL (2006, p. 157) afirmar que a tecnologia em genética humana, e especialmente no campo da reprodução assistida, direciona o Direito enquanto ciência normativa da realidade social a traduzir as mais significativas mudanças em seu conteúdo civilístico, notadamente no Direito de Família.

Na fecundação homóloga não há dúvidas de que o vínculo jurídico existente de paternidade-maternidade e filiação é o sanguíneo, independentemente da falta de relação sexual, sendo a paternidade presumida em pessoas casadas por força do artigo 1.597 do novo Código Civil. Na reprodução heteróloga, os fundamentos relacionados à paternidade-filiação e maternidade-filiação são distintos da homóloga, até porque nessa última apenas um dos cônjuges contribui com seu material fecundante, face à esterilidade do outro.

Em relação à diminuição do número de adoções face à reprodução heteróloga, leciona Krell (2006, p. 159) :

Não se faz sentido criticar a fecundação heteróloga sob o argumento de que diminuiria a adoção num país que vive a problemática do menor abandonado. Não se deve deslocar um problema de ordem pública, a incapacidade do Estado brasileiro em reduzir o número excessivo de menores abandonados, para a esfera privada, de foro íntimo. Sempre existirá o desejo inconsciente ou mesmo consciente de gerar seus próprios filhos, que darão continuidade à descendência genética ("sangue do meu sangue"). (*sic*!).

Deve-se ter em mente, porém, que a reprodução heteróloga não pretende ultrapassar todos os limites éticos, sociais, morais e religiosos com o simples argumento de que é

necessário satisfazer uma vontade privada de ter uma descendência e com fulcro na participação genética de apenas um dos cônjuges.

A orientação mais aconselhada para resolver a problemática da reprodução assistida heteróloga sem o consentimento do cônjuge é a apresentada por SANTOS (2001, p.138), pela qual as casas de saúde devem evitar a realização da técnica, informando a pretensa usuária de seus efeitos jurídicos. Porém, diante da efetiva realização da técnica deve a filiação atribuída à criança ser reconhecida pelo marido da usuária em cartório, ou seja deverá registrá-lo como se fosse seu, e assim ficará impossível o exercício do seu direito de impugnar a paternidade. Doutra banda, em não admitindo essa paternidade inesperada seria atribuído ao descendente o *status* de filho apenas à usuária da técnica.

Por fim, é forçoso se vincular ao entendimento de FREITAS (2006, p. 650) de que tanto as instituições de saúde quanto à sociedade devem estar atentos às práticas irregulares de reprodução assistida e que a lei específica vindoura sobre a matéria irá erradicar as formas de ultraje a direitos, que acabam por tragar responsabilidades e direitos alheios e fazer com que aquilo que a natureza repugna torne-se legalmente lícito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Percebe-se que as ciências médicas e a tecnologia genética têm avançado muito no decorrer desses últimos anos, realizando seus nobres objetivos de promover a saúde e melhorar a qualidade de vida da humanidade. A inteligência que realiza o desiderato de pessoas que jamais imaginavam alcançar o seu sonho é a propulsora das grandes conquistas e, em virtude disso, é renovadora de conceitos, costumes, valores e crenças.

É de se ressaltar que o conhecimento das técnicas reprodução humana deve se expandir para todas as áreas da sociedade para que se tenha plena consciência dos benefícios e efeitos que uma nova descoberta possa surtir. Assim, a reprodução humana assistida, sob o prisma de contribuição social, é a esperança de casais angustiados para vencer a esterilidade e a infertilidade e realizar o desejo de construir um projeto familiar. Todavia, na criação da procriação artificial pouco se considerou acerca dos os seus efeitos de ordem ética, jurídica e social.

O direito, enquanto ciência social e normativa, não acompanha em igualdade de tempo a evolução da biotecnologia, fato que contribui para que novas técnicas a cada instante sejam criadas, modificadas e constantemente aplicadas em seres humanos sem que os mesmos estejam protegidos por uma legislação específica.

Observou-se que no Brasil existe apenas uma norma no tocante aos procedimentos de concepção artificial (a Resolução nº.: 1.358/92, do Conselho Federal de Medicina) e que se trata de um ditame corporativo, ou seja, são dispositivos elaborados por um segmento profissional para reger suas relações, não tendo força de lei. O atual Código Civil brasileiro mostra-se muito aquém da necessária elucidação das dúvidas sobre os efeitos da reprodução humana assistida e, falando em filiação civil, vê-se que este diploma furta-se em pronunciamento nas situações mais delicadas.

Desde o ano de 1999 tramita no Congresso Nacional um projeto de lei, sob número 90/99, para regulamentar as técnicas de reprodução assistida no Brasil e mensurar os seus efeitos. Porém, dada a falta de vontade política o projeto, que corre o risco de tornar-se obsoleto devido ao aceleramento das descobertas biotecnológicas, ainda não foi aprovado.

Os objetivos idealizados na propositura deste trabalho foram alcançados, haja vista a realização de análise da reprodução humana assistida sob a ótica dos efeitos da filiação civil, onde constatou-se a incidência da efetiva aplicação das técnicas reprodutivas sem legislação específica, gerando consequências jurídicas aberrantes e provocando sérios reflexos éticos e morais.

Diante do problema levantado, confirmou-se a hipótese formulada e verificou-se que crianças oriundas de técnicas de reprodução humana assistida não têm identificada ou reconhecida pelas presunções legais a sua filiação. Outrossim, vê-se que em determinadas técnicas a paternidade é indefinida (fecundação ou inseminação heteróloga sem autorização do cônjuge ou companheiro, ou em mulheres solteiras) e sobre a possibilidade de uma maternidade dúbia, nos casos das técnicas de mães em substituição.

Enquanto nada se resolve acerca de legislação, as relações de parentesco permanecem confusas e sendo alvo de inquietações por parte da população e de celeumas doutrinárias. Assim, uma legislação específica torna-se necessária à proteção do interesse de todas as partes envolvidas, embora não seja suficiente para um campo tão delicado das relações humanas. É fundamental uma conscientização a respeito do processo de reprodução assistida para que se faça uma opção consciente na escolha de sua realização.

O desejo de alcançar a paternidade e maternidade não pode ultrapassar os ditames da ética, da moral e do bom senso, que têm proporção direta com os efeitos jurídicos surtidos já que toda criança tem direito à filiação e aos benefícios inerentes a esse direito. Desta feita, deve-se balizar de forma urgente e eficiente a filiação civil oriunda da reprodução humana

assistida, de forma a preservar todos os interesses decorrentes e, principalmente, os da criança envolvida.

Enfim, o problema da infertilidade e da esterilidade foi resolvido pela biotecnologia, mas, resta ao direito positivo a emissão de lei hábil a resolver situações que atualmente encontram-se desprotegidas legalmente, gerando insegurança jurídica. Tal legislação específica deve vir pautada pela responsabilidade tanto dos usuários quanto da classe médica e do poder público, consistente na atuação com respeito à vida humana e interesses sentimentais, como forma de equilibrar a realização do desejo de descendência e a observação do direito de filiação do qual todo ser humano é portador.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALDROVANDI, Andréa; FRANÇA, Danielle Galvão de. *A reprodução assistida e as relações de parentesco*. Bioética e Biodireito. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n.58, ago. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3127>>. Acesso em: 17 de junho de 2006.

BÍBLIA SAGRADA, Edição pastoral. São Paulo: Paulus, 1990.

BRASIL, Constituição (1988). Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2004.

BRASIL, Código Civil de 2002, Novo código civil e legislação correlata, Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2003.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. vol.5.

FIUZA, Cesar. *Direito Civil*. Curso Completo. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito Médico*. 6. ed. São Paulo: BYK, 1995.

FRANÇA, Genival Veloso de. *Medicina Legal*. 5. ed. São Paulo: Guanabara Koogan, 1998.

FREITAS, Fernando. et all. *Rotinas em Obstetrícia*. 5. ed. Porto Alegre: Artmed, 2006.

GOLDIM, José Roberto. *Seleção de sexo por Técnica de Reprodução Assistida* Bioética. Disponível em: http://www.ufrgs.br/bioetica/sex_sel.htm. Acessado em 17 de junho de 2006.

GONÇALVES, José Roberto. *Direito de Família*. Coleção Sinopses Jurídicas. São Paulo: Saraiva, 2003.

GUIMARÃES, Luiz Chemin. *Inseminação Artificial Criminosa*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1978.

KRELL, Olga Jubert Gouveia. *Reprodução Humana Assistida e Filiação Civil: Princípios Éticos e Jurídicos*. Curitiba: Juruá Editora, 2006.

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

MARCONI, Marina de Andrade. LAKARTOS, Eva Maria. *Metodologia do Trabalho Científico: procedimentos básicos, pesquisa bibliográfica, projeto e relatório, publicações e trabalhos científicos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MOREIRA FILHO, José Roberto. *Conflitos jurídicos da reprodução humana assistida*. Bioética e Biodireito. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 54, fev. 2002. Disponível em: < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2588> >. Acesso em: 17 de junho de 2006.

NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 21. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Anotado e Legislação Extravagante*. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

PALUDO, Anison Carolina. *Bioética e Direito: procriação artificial, dilemas éticos-jurídicos*. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2333>. Acesso em 17 de junho de 2006.

PEGORARO, Olinto A. *Ética é Justiça*. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2000.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro. *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*. 19. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de Família*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. vol. 6.

VIEIRA, Humberto L. *Problemas da fecundação artificial*. Provida Família. Disponível em: <http://www.providafamilia.org.Br/doc.php?doc=doc83825>. Acesso em 17 de junho de 2006.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. *A contribuição do estudo da bioética no direito*. Revista Consulex, Ano VII, nº 179, 30 de junho de 2004.

ANEXO

RESOLUÇÃO CFM Nº 1.358, DE 1992

O **CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA**, no uso das atribuições que lhe confere a Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957, regulamentada pelo Decreto 44.045, de 19 de julho de 1958, e

CONSIDERANDO a importância da infertilidade humana como um problema de saúde, com implicações médicas e psicológicas, e a legitimidade do anseio de superá-la;

CONSIDERANDO que o avanço do conhecimento científico já permite solucionar vários dos casos de infertilidade humana;

CONSIDERANDO que as técnicas de Reprodução Assistida têm possibilitado a procriação em diversas circunstâncias em que isto não era possível pelos procedimentos tradicionais;

CONSIDERANDO a necessidade de harmonizar o uso destas técnicas com os princípios da ética médica;

CONSIDERANDO, finalmente, o que ficou decidido na Sessão Plenária do Conselho Federal de Medicina realizada em 11 de novembro de 1992;

RESOLVE

Art. 1º - Adotar as **NORMAS ÉTICAS PARA A UTILIZAÇÃO DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA**, anexas à presente Resolução, como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos.

Art. 2º - Esta Resolução entra em vigor na data da sua publicação.

São Paulo-SP, 11 de novembro de 1992.

IVAN DE ARAÚJO MOURA FÉ
Presidente

HERCULES SIDNEI PIRES LIBERAL
Secretário-Geral

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

NORMAS ÉTICAS PARA A UTILIZAÇÃO DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

I - PRINCÍPIOS GERAIS

1 - As técnicas de Reprodução Assistida (RA) têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de infertilidade humana, facilitando o processo de procriação quando outras

terapêuticas tenham sido ineficazes ou insuficientes para a solução da situação atual de infertilidade.

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

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

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

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

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

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

II - USUÁRIOS DAS TÉCNICAS DE RA

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

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

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

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

requisitos mínimos:

- 1 - um responsável por todos os procedimentos médicos e laboratoriais executados, que será, obrigatoriamente, um médico.
- 2 - um registro permanente (obtido através de informações observadas ou relatadas por fonte competente) das gestações, nascimentos e mal-formações de fetos ou recém-nascidos, provenientes das diferentes técnicas de RA aplicadas na unidade em apreço, bem como dos procedimentos laboratoriais na manipulação de gametas e pré-embriões.
- 3 - um registro permanente das provas diagnósticas a que é submetido o material biológico humano que será transferido aos usuários das técnicas de RA, com a finalidade precípua de evitar a transmissão de doenças.

IV - DOAÇÃO DE GAMETAS OU PRÉ-EMBRIÕES

- 1 - A doação nunca terá caráter lucrativa ou comercial.
- 2 - Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa.
- 3 - Obrigatoriamente será mantido o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e pré-embriões, assim como dos receptores. Em situações especiais, as informações sobre doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do doador.
- 4 - As clínicas, centros ou serviços que empregam a doação devem manter, de forma permanente, um registro de dados clínicos de caráter geral, características fenotípicas e uma amostra de material celular dos doadores.
- 5 - Na região de localização da unidade, o registro das gestações evitará que um doador tenha produzido mais que 2 (duas) gestações, de sexos diferentes, numa área de um milhão de habitantes.
- 6 - A escolha dos doadores é de responsabilidade da unidade. Dentro do possível deverá garantir que o doador tenha a maior semelhança fenotípica e imunológica e a máxima possibilidade de compatibilidade com a receptora.
- 7 - Não será permitido ao médico responsável pelas clínicas, unidades ou serviços, nem aos integrantes da equipe multidisciplinar que nelas prestam serviços, participarem como doadores nos programas de RA.

V - CRIOPRESERVAÇÃO DE GAMETAS OU PRÉ-EMBRIÕES

- 1 - As clínicas, centros ou serviços podem criopreservar espermatozóides, óvulos e pré-embriões.
- 2 - O número total de pré-embriões produzidos em laboratório será comunicado aos pacientes, para que se decida quantos pré-embriões serão transferidos a fresco, devendo o excedente ser criopreservado, não podendo ser descartado ou destruído.
- 3 - No momento da criopreservação, os cônjuges ou companheiros devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos pré-embriões criopreservados, em caso de divórcio, doenças graves ou de falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los.

VI - DIAGNÓSTICO E TRATAMENTO DE PRÉ-EMBRIÕES

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

- 1 - Toda intervenção sobre pré-embriões "in vitro", com fins diagnósticos, não poderá ter outra finalidade que a avaliação de sua viabilidade ou detecção de doenças hereditárias, sendo obrigatório o consentimento informado do casal.
- 2 - Toda intervenção com fins terapêuticos, sobre pré-embriões "in vitro", não terá outra finalidade que tratar uma doença ou impedir sua transmissão, com garantias reais de sucesso, sendo obrigatório o consentimento informado do casal.
- 3 - O tempo máximo de desenvolvimento de pré-embriões "in vitro" será de 14 dias.

VII - SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO (DOAÇÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO)

As Clínicas, Centros ou Serviços de Reprodução Humana podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contra-indique a gestação na doadora genética.

- 1 - As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família da doadora genética, num parentesco até o segundo grau, sendo os demais casos sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina.
- 2 - A doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.