



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

KELLE DE LIMA

A PROTEÇÃO JURÍDICA DO NASCITURO FRENTE AOS AVANÇOS
CIENTÍFICOS NA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

SOUSA - PB
2008

KELLE DE LIMA

A PROTEÇÃO JURÍDICA DO NASCITURO FRENTE AOS AVANÇOS
CIENTÍFICOS 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.

Orientador: Professor Esp. Admilson Leite de Almeida Júnior.

SOUSA - PB
2008

KELLE DE LIMA

A PROTEÇÃO JURÍDICA DO NASCITURO FRENTE AOS AVANÇOS
CIENTÍFICOS NA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

Trabalho de Conclusão apresentado ao
Curso de Ciências Jurídicas e Sociais, da
Universidade Federal de Campina Grande,
em cumprimento dos requisitos necessários
para a obtenção do título de Bacharel em
Ciências Jurídicas e Sociais.

Aprovada em: de de 2008.

COMISSÃO EXAMINADORA

Admilson Leite de Almeida Junior
Professor Orientador

Nome – Titulação – Instituição
Professor(a)

Nome – Titulação – Instituição
Professor(a)

A Jesus Cristo – o caminho a verdade e a vida.

Aos meus pais pelo esforço, dedicação e compreensão em todos os momentos desta e de outras caminhadas, aos meus irmãos que sempre me deram força para superar os obstáculos que surgiram na minha caminhada estudantil, e em especial a meu irmão Clépson, que pode ser denominado como um segundo pai.

RESUMO

O objetivo geral deste trabalho monográfico é apresentar através de pesquisa bibliográfica, e dos métodos exegético-jurídico, histórico-evolutivo e do estudo interdisciplinar, os direitos do nascituro face a reprodução humana assistida e tecer considerações a cerca das implicações decorrentes dela, que é um tema que vem gerando uma serie de questões de difíceis soluções para o nosso ordenamento jurídico vigente. Dessa forma, diante da problemática, tentou-se primordialmente conceituar e esclarecer os métodos de reprodução em suas diferentes formas, fazendo referência direta à utilização das mães de substituição também como técnica de reprodução assistida, para posteriormente narrar algumas implicações jurídicas decorrentes do uso das técnicas de reprodução assistida, como é o caso das relações de parentesco, dos embriões excedentes e sua doação para uso em pesquisas com células-tronco e as conseqüências jurídicas decorrente dessas implicações. E por fim, enumerar alguns direitos do nascituro, como o direito a adoção, de receber doações, de ser representado, de ter direitos sucessórios, direito a alimentos, direito a imagem, honra e integridade física, mostrando em contrapartida a dificuldade dos legisladores nacionais sobre a normatização desses direitos, exemplificando através de jurisprudências as decisões controvertidas e a dificuldade dos magistrados diante da inexistência de legislação específica sobre o referido tema. Como resultado ficou evidenciado que o maior problema para que se efetive a proteção do nascituro é a inexistência de normas que possa contemplar de forma ampla o uso de métodos e técnicas de reprodução desenvolvidos no país e reunir de forma efetiva todos os direitos e formas para que se garanta não só os direito dos nascituros, mas, sua efetiva proteção, pois caso haja inoperância das normas se preserve o maior bem que é a vida.

Palavras-chave: Reprodução humana assistida. Implicações jurídicas. Direitos do nascituro.

ABSTRACT

The general objective of this work is to present through bibliographical research, and of the methods exegesis-juridical, historical-evolutionary and of the study to interdisciplinary, the rights of the begotten face the attended human reproduction and to weave considerations the about of its current implications, that it is a theme that is generating one serializes of subjects of difficult solutions for our effective juridical assemblage of rules. In that way, before the problem, was tried, at first, to consider and to explain the reproduction methods in their different forms, also making direct reference to the substitution mothers' use as technique of attended reproduction, for later to narrate some current juridical implications of the use of the techniques of attended reproduction, as it is the case of the kinship's relation, of the spare embryos and its donation for use in researches with cell-trunk and the juridical consequences due to those implications. And finally, to enumerate some rights of the begotten, as the right the adoption, of receiving donations, of being acted, of having rights of successive, right to foods, right the image, honors and physical integrity, showing in compensation the difficulty of the national legislators on the elaboration of rules about those rights, exemplifying through jurisprudences the controverted decisions and the difficulty of the magistrates due to the inexistence of legislation specifies on the referred theme. As result was evidenced that the largest problem for the protection of the begotten to be executed is the inexistence of norms that can meditate in a wide way the use of methods and reproduction techniques developed at the country and to gather in an effective way all the rights and forms for it is guaranteed not only the rights of the begotten, but, its executes protection, because in case there is unproductive of the norms, the largest privilege – the life – can be reserved.

Word-key: Attended human reproduction. Juridical implications. Rights of the begotten.

SUMÁRIO

RESUMO.....	05
ABSTRACT.....	06
INTRODUÇÃO.....	08
CAPITULO 1 REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA.....	11
1.1 Conceito.....	12
1.2 Técnicas.....	15
1.3 A utilização da mãe de substituição na reprodução humana assistida.....	20
CAPÍTULO 2 IMPLICAÇÕES JURÍDICAS E ÉTICAS EM DECORRÊNCIA DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA.....	22
2.1 Relações de parentesco.....	23
2.2 As mães de substituição e os efeitos jurídicos decorrentes da relação contratual.....	29
2.3 Embriões excedentes.....	31
2.4 A abordagem ética das técnicas de reprodução humana assistida.....	37
CAPÍTULO 3 O NASCITURO E SUA PROTEÇÃO.....	40
3.1 Direitos da personalidade inerentes ao nascituro.....	40
3.2 O desafio da legislação nacional quanto aos direitos do nascituro.....	46
3.3 A jurisprudência no Brasil e sua abrangência a cerca dos direitos do nascituro.....	49
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	55
REFERÊNCIAS.....	58
ANEXOS.....	60

INTRODUÇÃO

Perante o progresso das ciências biológicas, da medicina e da tecnologia, foram nascendo técnicas de reprodução humana assistida, que possibilitaram a realização de sonhos de muitos casais, que por hora não poderiam ser agraciados com um filho. Foi através dessas técnicas e métodos de preparação e manipulação de embriões, que se observou de maneira evidente um grande avanço nos resultados de procriação para que pessoas acometidas pela infertilidade pudessem perpetuar a sua espécie.

O presente trabalho aborda a proteção jurídica do nascituro diante dos avanços científicos, na reprodução humana assistida, e as implicações decorrentes dela que afetam diretamente o nascituro, uma vez que transparecem aos olhos da sociedade como uma afronta aos valores éticos, morais e religiosos do ser humano desconstituindo assim a concepção natural e fazendo muitas vezes do nascituro um objeto para a satisfação da vontade de procriar.

Salienta-se, primordialmente, que nacionalmente não existe legislação sobre a reprodução humana assistida e muito menos uma lei que salvaguarde a tutela do nascituro. Os julgados nesses sentidos ainda são escassos e divergentes quanto à maneira de decidir. Subsiste apenas a resolução Nº. 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina, que serve de base aos médicos e participantes das citadas técnicas e projetos de Leis que visam à proteção do nascituro.

A escolha do tema surgiu a partir de estudos feitos em sede de Direito Civil, onde se observa inúmeras questões que o código civil não consegue responder. Da mesma maneira, a demanda de casais que recorrem a clínica é notoriamente superada em pequenos intervalos de tempo. Entretanto, essas práticas são realizadas sem legislação específica, o que denota a relevância do tema, haja vista o seu grau de polêmica tanto no meio jurídico como na área ética, moral e religiosa.

Na utilização das técnicas de reprodução humana assistida, atenta-se para o fato de se banalizar o nascituro, como o congelamento do embrião e o seu descarte ou até mesmo a comercialização, o uso de material genético de uma terceira pessoa e a desordem nas relações de parentesco, deixando assim, sem uma proteção efetiva aquele que ainda vai nascer, passando de um ser que possui material genético próprio e que pode ser um futuro ser humano para uma simples coisa ou

objeto de satisfação pessoal.

Assim, percebe-se que o tema é de relevante importância, pois se faz necessário um controle realmente eficaz por parte do poder público para que a vida não seja desrespeitada, em relação aos embriões humanos. Como também, um real e efetivo controle das clínicas de reprodução humana que vem crescendo assustadoramente, assim como os casais que sofrem com problemas de infertilidade.

Neste trabalho monográfico a metodologia aplicada partiu da leitura aprofundada em artigos, revista específica e na doutrina especializada, além dos métodos exegético-jurídico, histórico-evolutivo e do estudo inter-disciplinar, como também nos poucos artigos do novo código civil, citando por inúmeras vezes a resolução nº 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina, haja vista, a inexistência de uma norma legal.

A pesquisa se concluiu em três capítulos. O primeiro, trata de pontos relativos à origem dos procedimentos de reprodução assistida, mostrando que desde muito tempo o homem se preocupa com a criação e o surgimento do ser humano. Dando seguimento ao raciocínio, conceituou-se e descreveu as novas técnicas de reprodução, fazendo uma sucinta abordagem dos problemas gerais decorrentes desses procedimentos, como a problematização da fecundação heteróloga, embriões excedentários e por fim a utilização da mãe de substituição onde a mulher possui um filho biológico fora de seu útero é o chamado empréstimo de útero.

O segundo capítulo, narra circunstanciadamente as implicações tanto jurídicas como éticas do uso das técnicas de reprodução assistida. Em relação à filiação onde se separa a filiação biológica da filiação afetiva; a mãe biológica da mãe substituta; a inseminação em mulheres solteiras, viúvas ou divorciadas; o direito ao conhecimento genético em confronto com o anonimato do doador; os efeitos jurídicos decorrentes de um possível contrato de locação de útero e o destino dos embriões excedentes.

Por fim, o terceiro capítulo principia sobre conceitos e teorias a cerca da personalidade, para posteriormente se discorrer sobre os direitos e a proteção inerentes ao nascituro, pois é a partir do alcance da personalidade que se pode falar em direitos e obrigações. E para rematar este ultimo capítulo, a sua parte final mostra a dificuldade dos legisladores quanto à sistematização dos direitos e tutela do nascituro e as controvertidas e escassas decisões jurisprudenciais a cerca do

abordado tema.

Do fato social é que emerge a necessidade da criação da norma jurídica, e essa nova realidade social grita por um ordenamento que realmente assegure os direitos inerentes ao nascituro, sob punição da instabilidade jurídica e social e da total banalização do conceito de vida humana. É o valor desta é tão valiosa que mesmo diante de situações extraordinárias, a percepção humana tenta protegê-la, criando regras que obstaculize a prática de atos desnecessários e desumanos.

CAPITULO 1 A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

Desde os tempos mais remotos, é notável a preocupação com a explicação da origem do homem. Desde manuscritos antigos, é possível observar nos relatos histórico bíblicos, tentativas de explicar a criação.

Na Bíblia Sagrada, no livro de Gêneses (Cap. 1, Vers. de 26 a 28):

(...) E disse Deus: Façamos o bem à nossa imagem, conforme a nossa semelhança; e domine sobre os peixes do mar, e sobre as aves dos céus, e sobre o gado, e sobre toda a terra, e sobre todo réptil que se mova sobre ela.

E criou Deus o homem à sua imagem; à imagem de Deus o criou: macho e fêmea os criou.

E Deus os abençoou e Deus lhes disse: Frutificai, e multiplicai-vos, e enchei a terra, e sujeitai-a; e dominai sobre os peixes do mar, e sobre as aves dos céus, e sobre todo o animal que se move sobre a terra.

Esse é o mito da criação, encontrada na Bíblia Sagrada dos Cristãos. Explica a criação da espécie humana, apoiando-se no poder de um Ser Supremo,

Os gregos através de Aristóteles¹, na procura de explicações racionais para o surgimento do homem e como ele transmitia sua descendência, formulou a teoria da pré-formação, onde se afirmava que existia uma semente, onde estão contidas todas as partes do corpo do homem que serão formadas.

Foi no final do século XIX, que os cientistas iniciaram pesquisas a respeito do desenvolvimento embrionário, desmistificando a idéia de que apenas o homem, com seu espermatozóide, era responsável pela geração da vida. Mas foi em meados do séc. XX que se conheceu o processo da meiose celular, e que através da união do espermatozóide com o óvulo, fazia surgir um pequeno ser, possuidor de metade do material genético da mãe e metade do pai.

Somente com o trabalho de dois renomados geneticistas, James Watson e Francis Crick, foi possível desvendar a estrutura do DNA, material genético originário de todo ser humano. Daí em diante, os avanços da genética foram surpreendentes e em rápido espaço de tempo, foi possível o desenvolvimento de técnicas de manipulação do material genético e de fecundação humana em laboratório.

Esses avanços tecnológicos permitiram que um sonho viesse se tornar

¹A teoria de Aristóteles foi popularizada por Sêneca, grande orador romano.

realidade, outrora considerado fictício, para muitas pessoas, com problemas de infertilidade ou esterilidade, que buscam encontrar na ciência a resposta para a impossibilidade de alcançar a maternidade ou a paternidade.

E em 25 de julho de 1978, há cerca de trinta anos, o mundo foi surpreendido, com o que nunca acreditou ser possível realizar: nascia Louise Brown, no Hospital Geral de Oldham, Inglaterra, o primeiro bebê de proveta do mundo. No Brasil a primeira criança assim gerada foi a curitibana Ana Paula Caldeira, nascida em 7 de outubro de 1984, hoje já existe um grande número de crianças nascidos dessas técnicas.

Após esse fato espantoso, e com todos os progressos científicos que envolvem a manipulação de material genético humano, as técnicas de reprodução assistida incitaram inúmeras discussões não só no campo das ciências biológicas, como também no campo jurídico, fazendo com que a sociedade se preocupe com essa nova realidade, clamando para as Ciências Jurídicas, uma resposta que supra todas as conseqüências de ordem moral e social, preservando assim a vida, pois está acima de qualquer lei, devendo ser protegida contra quem quer que seja, até mesmo do seu próprio titular, por ser irrenunciável e inviolável.

1.1 Conceito

O desejo de gerar um filho é próprio da natureza humana. Destarte esse desejo pode ser mais intenso se esta pessoa for acometida por uma esterilidade que pareça incurável.

Segundo a Organização Mundial de Saúde (OMS), infertilidade é a ausência de concepção depois de pelo menos dois anos de relações sexuais não protegidas. A infertilidade pode se apresentar de forma absoluta ou relativa. Se a infertilidade for de forma relativa, são de causas inexplicadas, a concepção de dará, em alguns casos, por terapêuticas tradicionais. Porém se for de forma absoluta, se dará origem à esterilidade, derivando de razões irreversíveis em que a concepção só será possível por meio das técnicas de reprodução assistida.

A análise da reprodução humana assistida é um tema vasto e polêmico, desencadeando debates éticos e questionamentos jurídicos que se discute em âmbito nacional e internacional,

Segundo o entendimento de Genival Velozo de França (1998, p.207):

Reprodução humana assistida são procedimentos no sentido de contribuir na resolução dos problemas da infertilidade humana, facilitando assim o processo de procriação quando outras terapêuticas ou condutas tenham sido ineficaz para a solução e obtenção da fertilidade desejada.

Já no parecer de Maria Helena Diniz (2007, p. 497), a reprodução humana assistida, é o conjunto de operações para unir, artificialmente, os gametas masculino e feminino, dando origem ao um ser humano, poderão dar-se pelo método ZIFT (Transferência intratubária de zigoto) que consiste na retirada do óvulo da mulher para fecundá-lo na proveta, com sêmen do marido ou de outro homem, para depois introduzir o embrião no seu útero ou no de outra e do GIFT (Transferência intratubária de gametas) que é a inoculação do sêmen na mulher, sem que haja qualquer manipulação externa de óvulo ou de embrião.

Do ponto de vista ético, para a mestra Olga Jubert Gouveia Krell (2006, p.43):

A reprodução assistida constitui um remédio terapêutico para combater o mal da infertilidade humana e, assim, realizam o postulado de se fazer o bem aos seres humanos; elas podem ser utilizadas desde que exista a probabilidade efetiva de sucesso e não se incorra em risco grave a saúde para o paciente ou o possível descendente, consagrando-se princípio da beneficência e não o da maleficência.

Assim a reprodução humana assistida surgiu como esperança para aqueles casais que eram impedidos de procriar. É incontestável que a esterilidade gera uma situação de reprovação em cadeia, sendo limitada, inicialmente, a mulher, passando a atingir o casal, e daí atinge o grupo familiar, envolvendo, em um estágio final, toda a sociedade. Neste sentido, são inúmeros os casais que resolvem se submeter às técnicas de reprodução medicamente assistida, para enfim, realizar o desejo da maternidade ou paternidade.

A Constituição Federal de 1988 não se manifesta claramente sobre direitos de se ter filhos, mas contempla o direito de planejamento familiar, abrangendo as situações de concepção e contracepção, ambos norteados pela autonomia do casal, competindo ao estado o dever de proporcionar os recursos necessários para a educação e informação sobre os métodos existentes e sua eficácia.

Dessa forma, dispõe o artigo 226, § 7º, da Carta Magna:

Art. 226, § 7º da CF. "Fundados no princípio da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre

decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte instituições oficiais ou privadas.”

A Constituição institui, ao patamar da dignidade humana, a satisfação e o exercício do direito ao planejamento familiar a ser assegurado pelo Estado. Ela proclama o direito a vida, cabendo ao Estado assegurá-lo, não só apenas no direito de continuar vivo como de se ter uma vida digna quanto à subsistência.

Adverte Alexandre de Moraes (2005, p. 30), que o direito a vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos.

Em relação ao planejamento familiar tratado no artigo 2º da Lei 9263/96 que regula o § 7º do artigo 226 da Constituição Federal:

Para fins desta Lei, entende-se planejamento familiar, como o conjunto de ações de regulação de fecundidade que garante direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem e pelo casal.

Com muita clareza que se subtrai deste artigo a incumbência que o Estado tem de assegurar medidas eficazes de regulação, bem como proporcionar a satisfação da fecundidade no seio familiar.

De outro lado, não se pode esquecer, que o direito a saúde é proclamado pelo artigo 6º da Constituição Federal, e aplica-se ao direito de procriar pelo fato de que toda pessoa tem direito à assistência, tendo em vista que a esterilidade é um problema de saúde que precisa de tratamento e solução encontrada na medicina.

Apesar da grande evolução científica, do enorme passo ao crescimento da biomedicina e o benefício para a sociedade, contribuindo assim para o desenvolvimento da humanidade, essas novas técnicas fizeram surgir inúmeros problemas éticos e jurídicos nas quais as ciências jurídicas, até o momento, não conseguiu disciplinar totalmente a cerca do tema, criando, assim, como consequência, uma grande desproporção entre as técnicas e as regras jurídicas, principalmente as que tutelam os direitos do nascituro, de sua personalidade, e o direito de família, entre outros.

No Brasil, atualmente, inexistente disciplina que regulamente a reprodução humana assistida e muito menos leis que garantam os direitos do nascituro, apenas projetos como o Projeto de Lei 1.884/2003 dispendo sobre a reprodução assistida e

o Estatuto do nascituro que visa reunir todos os direitos a ele inerentes, que ainda não foram aprovados e alguns poucos dispositivos no novo Código Civil. É nessa ausência de normas que os médicos se baseiam através das normas pelo Conselho Federal de Medicina (Resolução n. 1.358/92).

1.2 Das Técnicas de Reprodução Assistida

Tem-se conhecimento que há pelo menos 50 anos, cientistas e clínicos do mundo inteiro trabalham sem parar, com um único propósito: tornar possível a vitória das ciências e das técnicas científica diante da dificuldade humana de reproduzir naturalmente. E como resultado desse imenso trabalho, a reprodução humana assistida vem ampliando extraordinariamente os limites da fecundidade masculina e feminina.

As técnicas de reprodução humana assistida, que hoje tentam concretizar o projeto parental de muitas pessoas, se tornaram possíveis, segundo Alejandra Ana Rotania, citada por Nathalie Carvalho Santos (2007²), com a descoberta, em 1770, de que a fecundação ocorre com a incorporação do espermatozóide com o óvulo, pelo biólogo Spallanzani. Esse foi um grande passo que favoreceu o desenvolvimento dessas técnicas. Daí em diante, as pesquisas científicas no campo da reprodução consentiram o crescimento de técnicas mais seguras e eficientes.

Dentre os conjuntos de procedimentos que viabilizam a reprodução humana assistida, as mais conhecidas são a inseminação intra-uterina ou artificial e a fertilização *in vitro*. Outras técnicas complementares de reprodução são as doações de óvulos quando pacientes não apresentam boa resposta durante o uso de medicamento para a estimulação ou no caso de não possuir ovários e de sêmen, quando o do parceiro não apresenta boas condições para a reprodução, usando o de um doador; doações de embriões em caso de casais que já realizaram o procedimento e possuem embrião congelado não necessitando mais deles; congelamento de material biológico reprodutivo e de embriões esse caso é para uma vontade futura de ter mais filhos, mediante diagnóstico genético pré-implantatório que visa impedir a transferência de embriões portadores de graves doenças genéticas; entre outros.

² Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10171>>.

A inseminação configura-se em umas das técnicas de reprodução artificial, em que ocorre a introdução do sêmen diretamente no órgão sexual da mulher ou sua inserção no útero, por meios outros que não seja as relações sexuais. É indicada nos casos em que a mulher, ou quando o homem, possui má formação nos órgãos sexuais, por motivo de impotência masculina, má formação nos espermatozóides que prejudique sua mobilidade (astenospermia), quantidade pequena de espermatozóide, naqueles casos de esterilidade sem causa aparente, e até mesmo para selecionar o sexo da criança para evitar doenças hereditárias ligadas ao sexo, como por exemplo, a hemofilia³.

Está prática pode se distinguir entre homóloga, ou auto-inseminação, e heteróloga, ou hétero-inseminação. A homóloga ocorre na mulher a ser fertilizada, realizada com o próprio sêmen do marido ou companheiro, em vida deste, ou após sua morte; enquanto a heteróloga é feita em mulher casada ou não, com sêmen originário de terceira pessoa, um doador; está é recomendada no caso de esterilidade indiscutível ou absoluta.

No entendimento de Sílvia da Cunha Fernandes (2005, p.29):

A inseminação homóloga é indicada para os casos de incompatibilidade ou hostilidade do muco cervical, oligosperma (baixo número ou reduzida mobilidade dos espermatozóides), retro ejaculação (retenção dos espermatozóides na bexiga), hipofertilidade, perturbações das relações sexuais e esterilidade secundária após tratamento esterilizante.

Como afirma Maria Helena Diniz (2007, p. 502), a inseminação artificial homóloga não fere princípios jurídicos, embora possa acarretar problemas ético-jurídicos, apesar de ter o filho os componentes genéticos do marido (convivente) e da mulher (companheira).

Polêmica existe quando o sêmen recolhido não é imediatamente implantado no corpo da mulher, e é congelado, vindo posteriormente o marido ou convivente a falecer. Na vigência do código civil de 1916, não sabia que direito possuía a viúva ou companheira sobre esse material fertilizante, pois embora fosse filha genética do marido de sua mãe, seria, juridicamente, extramatrimonial.

Diante dessa controvérsia, o Código Civil de 2002, em seu art. 1597, III, passou a presumir, na constância do casamento, filho oriundo de inseminação

³ Hemofilia é a disposição congênita hereditária (ocorre quase sempre no homem, raro em mulheres) para hemorragias profusas e dificilmente controláveis.

artificial homóloga, mesmo que o marido doador do sêmen já tenha falecido. Algumas legislações alienígenas entendem que isso só será possível se houver anuência do marido neste sentido em instrumento público ou em testamento, outras legislações como a Suécia e a Alemanha vedam a inseminação *post mortem*.

Dessa forma, no vigente Código Civil Brasileiro:

Art. 1.957 Presume-se concebidos na Constancia do casamento os filhos: I - nascidos 180 dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; II- nascidos nos 300 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, decorrente de concepção artificial homóloga; V- havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha previa autorização.

Na fecundação heteróloga, os problemas jurídicos e morais são maiores, pois existe um doador, estranho a relação matrimonial ou conjugal. Esse, por sua vez, fica em anonimato, com respaldo da Resolução do Conselho Federal de Medicina Nº. 1358/92, onde o doador não sabe quem se beneficia com o material genético e o beneficiário não sabe quem doou, cabendo a clínica responsável pela fertilização, e sobre todos os meios de segurança, o sigilo do procedimento adotado.

No caso de ser o homem incapaz de ter filho, o esperma é doado por outra pessoa, com a autorização expressa deste, não se admitindo posterior impugnação em relação ao filho, pois a concepção gera presunção absoluta de paternidade socioafetiva, que é aquela relação baseada na vontade de ser pai, é um pai social, de afeto, construindo uma relação com o filho moldada no amor, carinho e dedicação constante.

Salienta, neste mesmo sentido, Maria Berenice Dias (2006, p.187):

Na inseminação heteróloga, o esperma é doado por terceira pessoa. É utilizado nos casos de esterilidade do marido. Tendo havido prévia autorização, também se estabelece a presunção *pater est*, ou seja, tendo o cônjuge concordado de modo expresso com o uso da inseminação artificial, assume ele a condição de pai do filho que venha a nascer.

A fertilização *in vitro*, também conhecida como "bebê de proveta", é a fusão do óvulo com o espermatozóide em laboratório, ou seja, ocorre a fecundação extracorporeamente. Os gametas masculino e feminino são previamente retirados e colocados em contato *in vitro* para que sejam fecundados. Após a fecundação, que é provocada artificialmente, o óvulo fecundado é transferido para a mulher, quando se

espera que se dê a nidação, que é a fixação desse óvulo na mucosa uterina. Essa técnica é indicada para mulheres com obstrução irreversível ou ausência tubária bilateral.

A doutrinadora Eliane Cristina da Silva (2003, p 247) destaca:

É a técnica mediante a qual se reúne em um tubo de ensaio os gametas masculinos e femininos (espermatozóides e óvulo), em meio artificial apropriado que possibilite a fecundação e formação do ovo ou zigoto, o qual, já iniciada a reprodução celular, será implantada no interior do útero materno.

Do mesmo modo da inseminação artificial, a fertilização in vitro pode ser homóloga ou heteróloga.

A fertilização in vitro homóloga foi à primeira entre as técnicas de fertilização artificial, onde os óvulos são retirados do ovário da mulher e fertilizados com espermatozóide do marido em laboratório, enquanto os embriões resultantes são colocados no útero, dando início a gravidez.

Em relação à fertilização in vitro heteróloga, a fecundação se dá com espermatozóide colhido de uma terceira pessoa, um doador que geralmente se encontra armazenado no banco de sêmen. A polêmica aqui é sobre a hereditariedade jurídica, pois discorda da biológica, na medida em que a maternidade ou paternidade não coincide com a legal.

O maior argumento que se encontra para refutar essa técnica é que essa pratica fere a dignidade e a liberdade do embrião ou do individuo dele resultante, pois teria sua origem biológica diferente da social.

Outro problema é de ordem moral, onde é possível observar na internet, a venda de óvulos de modelos, onde é possível escolher características fenotípicas do embrião, como cor dos olhos, textura de cabelo, tipo de pele, ou seja, a pratica de eugênia. Pra se ter uma idéia da problemática, consta que na Califórnia existe um banco de gametas que é reservado a doadores intelectualmente superdotados.

Alguns psicólogos e psiquiatras têm observado problemas de ordem afetiva, pela quebra do vínculo da conjugalidade e paternidade, e pelo sentimento de inferioridade que passa a dominar aquele membro do casal que não é progenitor biológico do filho.

Pelas técnicas de crioconservação existentes da atualidade, o sêmen pode ficar congelado com suas características sem sofrer alteração por um período de até

20 anos. Dá mesma forma que é possível o congelamento de espermatozóide também pode ser congelados óvulos.

As técnicas retro-referidas são utilizadas para tentar sanar o problema da infertilidade. O que acontece, é que essas técnicas se utilizam uma super-estimulação hormonal, e esses hormônios são intencionalmente administrados para provocar uma ovulação múltipla. Em geral, cerca de 15 óvulos são fecundados e apenas 3 ou 4 implantados no corpo da mulher.

Esse grande número de óvulos fecundados é por motivo de segurança médica, para suprir eventual problema que ocorra com o embrião ou mesmo ser utilizado em futuras concepções, e, principalmente, pois as técnicas de reprodução possuem um baixo índice de êxito, tendo que ser implantados cerca de 4 embriões dos 15 retirados, o que acarreta maior probabilidade de gêmeos. O pior é que ainda sobram embriões que não foram implantados no corpo feminino, ficando assim, congelados no laboratório.

Segundo Maria do Carmo, citada por Karla Bernardo (2003⁴): Não podemos produzir um único embrião, temos que ter mais possibilidade de ajudar o casal a ter o seu bebê, reprodução assistida não é uma questão de matemática.

De acordo com um levantamento feito pelo Movitae – Movimento em Prol da Vida -, já existem cerca de 30 mil embriões congelados no Brasil, outros especialistas contam o número de 50 mil. Este número não é confirmado pelo Ministério da Saúde que não consta com estatística oficial.

Os embriões excedentários ficam reservados para usos futuros, do casal, ou tão somente da esposa, caso seu parceiro venha falecer. No entanto, muitos bancos de embriões só permitem a reserva deste por certo período de tempo, como ocorre na Inglaterra, onde o prazo máximo é de 5 anos.

Diante dessa situação, vários questionamentos, jurídicos e éticos, surgem como o que fazer com os embriões excedentes, como proteger, se existiria um limite para esses embriões ficarem conservados e se esses embriões poderiam ser usados em pesquisa. Devido a sua complexidade, esses pontos serão abordados em capítulo posterior.

⁴ Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1852>>

1.3 A utilização da “mãe de substituição” na reprodução assistida

A mãe substituta, ou vulgarmente chamada de “mãe de aluguel”, é aquela mulher que cede seu útero para gestação do filho, concebido pelo espermatozóide e óvulo de terceiros, a quem a criança deverá ser entregue após o nascimento, assumindo a fornecedora do óvulo o exercício de mãe.

Esta técnica é indicada para mulheres impossibilitadas de carregar o embrião, por não permitir o desenvolvimento normal, ou quando a gravidez apresenta um risco à mãe genética. Baseia-se em uma terceira pessoa emprestar o seu útero.

O empréstimo do útero comporta duas situações diferentes. A primeira delas é a da mãe portadora, que é aquela que apenas empresta seu útero. Trata-se de uma mulher fértil no útero da qual reimplanta-se um ou vários embriões obtidos por fecundação *in vitro*, a partir dos óvulos e espermatozóides do casal solicitante; e a da mãe de substituição, que além de emprestar o seu útero, dá igualmente os seus óvulos. Trata-se de uma mulher fértil que será inseminada com o esperma do marido da mulher que não pode conceber.

Nesse mesmo sentido, descreve o professor Eduardo de Oliveira Leite (1995, p.402):

Na fertilização “*in vitro*” heteróloga a mãe concebe e carrega em seu ventre uma criança que, na ótica maternal, é inteiramente sua, sem que se possa falar de maternidade dividida ou dissociada: ela é a mãe integral de uma criança, concebida após inseminação natural ou artificial, bebê de proveta ou mãe gestadora de um embrião doado, mas ainda mãe pelo parto. Na “mãe de substituição” a maternidade é dividida ou dissociada: a mãe genética, por impossibilidade física recorre à outra mulher, mãe gestacional, para que esta leve a termo a gravidez impossível daquela.

Vislumbrando melhor as pessoas envolvidas nesse tipo de técnica de reprodução, descreve Sílvia da Cunha Fernandes (2005, p.92):

Podem aparecer três figuras de doadores, doadora de óvulos, doadora temporária de útero, doador de sêmen; isso porque essa técnica pode ser homologa, se é utilizado o material fertilizante do próprio casal solicitante, ou heteróloga se feita de material genético de terceiros doadores, seja sêmen ou óvulos; o embrião gerado, por sua vez, poderá ser implantado no útero da solicitante ou de terceira pessoa.

Com essa possibilidade o mundo assistiu hesitante a viabilidade de a mulher conceber um filho biológico fora do seu ventre. E, Inevitavelmente, surgiram

inúmeros questionamentos éticos, indagando-se sobre a validade e a necessidade de tal prática.

Pela falta de normas éticas sobre a gestação de substituição, o Conselho Federal de Medicina, através da Resolução Nº. 1358/92, em sua seção VII, assim dispõe:

As clínicas, Centros ou Serviços de Reprodução Humana, podem usar as técnicas de reprodução assistida 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.

Essa prática tem repercussões bastante negativas, porque muitas vezes a mãe substituta se afeiçoa ao ser que gerou e carregou durante nove meses, deixando de devolver o recém nascido à mulher que a contratou. O casal não tem garantia em relação à entrega da criança; a figura do pai fica comprometida, pois não pode estar ao lado da mãe de substituição, além da angústia do casal solicitante durante toda a gravidez.

Além disso, outros pontos são questionáveis, como no caso da doadora do útero vier a sofrer algum dano físico ou até mesmo falecer diante da gestação e ainda, mantendo relações sexuais com seu marido ou companheiro, ou com outros homens, pois a criança pode não ser fruto da fertilização, o que acarretaria problemas em relação à maternidade e à paternidade biológica.

Em todas as situações, é importante que os envolvidos estejam conscientes e esclarecidos a respeito das técnicas, pois seu consentimento produz inúmeros efeitos e, devido à imprecisão jurídica, pode servir de prova para instruir eventual processo de disputa pela maternidade da criança.

Não existe regra legal sobre o empréstimo do útero, nem que a proíba, a não ser a citada resolução que vincula os médicos e as clínicas e não as mães. Por isso a prática vem cercada de dúvidas e questionamentos que geram perplexidade no meio social e grande cautela entre os juristas.

Nos países desenvolvidos como Alemanha, Espanha, França, Japão e Suíça, esse fato tem causado grandes discussões, sendo nestes países proibido o uso das mães de substituição. Contudo, será melhor examinado posteriormente quando das implicações jurídicas e éticas da reprodução assistida.

CAPITULO 2 IMPLICAÇÕES JURÍDICAS E ÉTICAS EM DECORRÊNCIA DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA.

Hodiernas descobertas no campo de atuação das ciências biomédicas, como também avanços da tecnologia, são examinados, atualmente, ao lado dos direitos fundamentais da pessoa humana porque seus resultados e implicações atingem o equilíbrio entre a vida humana, a ética e as ciências jurídicas.

As novidades, por vezes perturbadoras, impõem alteração de relações e presunções estabelecidas como corretas, fazendo surgir à necessidade de observar e analisar as novas questões que, inevitavelmente, atingem a sociedade como um todo.

As novas técnicas de reprodução assistida incluem-se neste contexto, pois de sua utilização resultam problemas determinados no âmbito jurídico, que requerem soluções por parte do direito, sob pena de haver transgressão de liberdades e garantias de direitos inerentes não só a personalidade, como também a própria existência dos indivíduos.

No momento atual existem varias hipóteses concretas que podem gerar várias celeumas jurídicas, pois a reprodução humana assistida perturba valores, crenças e representações que se julgavam intocáveis. Ela separa sexualidade da reprodução, a concepção da filiação, a filiação biológica dos laços afetivos e educativos, a mãe biológica da mãe substituta, a adoção e venda de gametas, a criopreservação de embriões, a inseminação após a morte, entre outras.

Por tudo isso, trata-se de um tema de suma importância no mundo jurídico, pois apresenta uma problemática atual e interessante no campo da bioética e do direito civil, haja vista o aumento das situações que estão acontecendo cotidianamente com a utilização do novo conceito de família vinculada à afetividade.

Diante dessa nova demanda, provocada pelo avanço das tecnologias e da sociedade, devem os instrumentos jurídicos, buscar fundamentação no campo da ética para dirimir litígios, que possam a ser enfrentados nos tribunais, primando sempre pela paz social, protegendo os valores mais significativos para a convivência humana.

2.1 Relações de parentesco

As técnicas artificiais de reprodução provocaram um desmoronamento completo em relação à filiação.

Etimologicamente, filiação é derivado do latim *filiatio*, que significa a relação de parentesco estabelecida entre pessoas que concederam a vida a um ser humano e este. Percebe-se que a idéia inicial da filiação tinha como fato originário a procriação, relação sexual entre duas pessoas.

Atualmente o conceito de filiação já não é mais tão facilmente estruturado. A alteração sofrida no direito de família ao longo do tempo impõe novas formas de vivenciar e compreender as relações entre pais e filhos.

No entender de Maria Helena Diniz (2005, p. 426):

Filiação é o vínculo existente entre pais e filhos; vem a ser a relação de parentesco consanguíneo em linha reta de primeiro grau entre uma pessoa e aqueles que lhe deram a vida, podendo, ainda, ser uma relação socioafetiva entre pai adotivo e institucional e filho adotado advindo de inseminação artificial heteróloga.

Na fertilização homóloga, que é feita com gametas do casal, não fere princípios jurídicos, embora acarrete alguns problemas ético-jurídicos, apesar de ter os mesmo componentes genéticos do marido e da mulher; na fertilização heteróloga os problemas são maiores, pois utiliza óvulos ou espermatozóide de terceiro e a mãe de substituição usada como meio para gerar um embrião fertilizado com gametas de outras pessoas.

Observam-se, atualmente, três modelos de filiação: o primeiro é o modelo tradicional, que segue o critério jurídico positivado no art. 1597 do CC de 2002, derivado do casamento legal; o segundo é o científico, ou filiação biológica, determinada pela ação de maternidade ou paternidade quando o genitor não quer reconhecer o vínculo de filiação espontaneamente no registro civil; o terceiro representa a filiação socioafetiva, recentemente albergada nas decisões judiciais é baseada no princípio da afetividade das relações.

O pai ou a mãe, pela atual doutrina, não é definido apenas pelos laços biológicos que tenham com o menor e sim pelo querer externado de ser pai ou mãe, ou seja, de assumir, independentemente do vínculo biológico, as responsabilidades

e deveres da filiação mediante a demonstração de afeto e de querer bem ao menor.

A falta desses requisitos tem como conseqüência a perda do pátrio poder aos pais biológicos, possibilitando que a criança seja adotada por quem lhe de afeto, carinho e condições dignas de sobrevivência.

Levando-se em consideração o melhor interesse da criança, pode-se definir a filiação do nascituro concebido por técnicas de reprodução artificiais, tanto pelo aspecto biológico como pelo aspecto afetivo.

Citando ainda, Eduardo Oliveira Leite (2005, p. 77):

Relativizando as conquistas obtidas pela verdade genética (atualmente, plenamente garantidas através dos seguríssimos exames de DNA), as novas técnicas de reprodução revelam não só a fragilidade da verdade biológica, mas retomam a validade de novos princípios informadores da relação paterno-materno-filial, como é a verdade afetiva.

Sendo casado ou vivendo em união estável, o casal que se submeteu as técnicas de reprodução artificial, e quem em conjunto com seu cônjuge ou companheiro externou seu consentimento informado a cerca da inseminação, sendo está homóloga ou heteróloga, a filiação pertencerá ao casal que a consentiu, descabendo qualquer contestação futura a seu respeito.

Quanto à forma do consentimento, a Resolução do Conselho Federal de Medicina, assim dispõe:

O consentimento informado será obrigatório e extensivo aos pacientes inférteis e doadores. Os aspectos médicos envolvendo todas as circunstâncias de aplicação de uma técnica de reprodução assistida 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 biológicos, jurídico, ético e econômico. O documento de consentimento informado será em formulário especial, e estará completo com a concordância, por escrito do casal ou da paciente infértil.

Por se referir à normas éticas, é importante destacar a realização de inseminação heteróloga em mulher casada, sem o consentimento do marido, a paternidade não lhe será imputada, legitimando até mesmo a dissolução do vínculo matrimonial e de ação negatória de paternidade cumulada com anulação do registro de nascimento, se houver sido feito mediante erro.

Em relação apenas a maternidade, segundo o princípio no qual a mãe é sempre certa (*mater semper certa est*) ficou visivelmente ameaçado devido às novas

técnicas de reprodução assistida e o uso da prática da "mãe de substituição".

Antigamente a mãe era sempre certa, por não haver como fecundar o óvulo fora do útero materno ou transferi-lo em outra pessoa, tendo-se como certo que a mãe era aquela que estivesse gestando o nascituro.

Se a inseminação for homóloga, não resta dúvida que está será declarada a mãe, tendo em vista a coincidência dos atributos genéticos, socioafetivo e gestacional. A questão de maior complexidade ocorre quando a mãe gestante for diferente da mãe biológica ou da mãe socioafetiva.

Dois conflitos podem surgir dessa situação: o primeiro ocorre quando várias mães reclamam para si a maternidade da criança; e o segundo quando nenhuma das mães assumirem a maternidade da criança.

Enquanto a ausência de interesse de qualquer das partes, existirá a necessidade de se atribuir a guarda da criança a um terceiro, durante o tempo em que se espera a decisão judicial.

Não menos desafiador será decidir a guarda da criança, quando de um lado existe a mãe biológica, que além de fornecer o elemento gerador, o óvulo, passa nove meses alimentando o desejo da maternidade e de outro lado está a mãe gestacional que dispõe de sua energia na formação de um novo ser, submetendo-se aos riscos e desconforto do parto.

A Legislação Nacional consagra a opinião de que é mãe, a que gestou e deu a luz. Mas, atualmente, cresce na doutrina que, independente da origem biológica ou gestacional, a mãe será aquela que assumiu e levou adiante o sonho da maternidade ao recorrer até mesmo a estranhos para que sua vontade fosse satisfeita.

Neste sentido, Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2003, p.84):

O direito de família sofreu direta repercussão dos avanços tecnológicos na área de reprodução humana, mormente envolvendo as fontes de paternidade, maternidade e filiação, e todas essas transformações permitiram a ocorrência de um importante fenômeno, denominado de "desbiologização", ou seja, a substituição do elemento carnal pelo elemento biológico ou psicológico.

Diante da possibilidade de um conflito de maternidade. É importante que se estabeleça juridicamente que a maternidade deverá cair sempre naquela que será mãe socioafetiva, até por que o projeto de maternidade partiu dela, no momento que

fez seu planejamento familiar.

Dessa forma, apesar da inexistência de legislação, a maternidade não deve ser aferida, apenas no seu aspecto biológico, mas também no seu aspecto afetivo. Afinal, não se pode esquecer que o direito de família, tem como elemento central as relações humanas.

A Carta Magna, estabelece que as crianças e adolescentes são prioridades absolutas no que se refere a salvaguarda de seus direitos fundamentais, cabendo a família, a sociedade e ao Estado assegurar seus direitos fundamentais.

É importante ressaltar que a proteção deve se fixar nos direitos do nascituro, pois as mães biológicas ou as de substituição são completamente capazes de seus atos, É necessário, apenas, determinar qual será a melhor maternidade para a criança.

O artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe que a criança ou o adolescente tem o direito de ser educado e criado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta.

Não obstante, de modo nenhum se pode desprezar que ser mãe é uma forma de amor, amor este incondicional, e a incondicionalidade deste amor se fundamenta no que for melhor para o filho.

No que diz respeito à paternidade, a máxima jurídica latina segundo o qual o filho de mulher casada presume ser do marido, também foi jogado por terras pelas novas técnicas reprodutivas.

Na inseminação homóloga não há maiores análises jurídicas, tendo em vista que se concilia a filiação biológica e a afetiva. Em relação à inseminação heteróloga é interessante analisar três situações distintas.

A primeira situação é aquela que a técnica foi permitida dentro de um casamento ou união estável, existindo uma menor preocupação, pois já existe um consenso que ao permitir a inseminação heteróloga de sua esposa ou companheira, assume a paternidade da criança e em nenhum momento poderá contestá-la.

Na segunda situação, é quando essa técnica não foi consentida pelo companheiro ou marido. Neste caso, ao se inseminar com o sêmen de terceiro e com o desconhecimento do marido ou companheiro, comete-se um ato atentatório ao casamento, e como já foi abordado, o marido poderá contestar a paternidade do filho, se já houver registrado, tendo em vista que foi levado ao erro.

E a terceira situação ocorre quando a técnica é realizada fora do casamento

ou da união estável em mulheres solteiras, viúvas, separadas judicialmente ou divorciadas. A mulher recorre a um banco de sêmen e se fertiliza com o objetivo de se formar uma família monoparental.

A Constituição Federal em seu artigo 226, §4º, reconhece como entidade familiar à comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. Reconhecendo a família monoparental, pois seria um absurdo excluir pessoas solteiras da possibilidade de utilização das técnicas de reprodução assistida, por isso que a Lei 9.263/96, que regulamenta o direito constitucional ao planejamento familiar, em seu art. 3º dispõe:

O planejamento familiar é parte integrante do conjunto de ações de atenção à mulher, ao homem ou ao casal, dentro de uma visão global e integral à saúde.

Parágrafo único. As instancias gestoras do Sistema Único de Saúde, em todos os seus níveis, nas prestações de ações previstas no caput, obrigam-se a garantir, em toda a sua rede de serviços, no que respeita a atenção a mulher, ao homem ou ao casal, programa de atenção integral a saúde, em todos os seus ciclos vitais, que inclua como atividades básicas, entre outras:

I – a assistência concepção e a contracepção

Permitindo-se a inseminação em mulheres solteiras, divorciadas ou viúvas, surge um problema quanto à filiação. Nestes casos, não é possível atribuir-se ao doador qualquer vínculo de filiação, usa-se por analogia o instituto da adoção em relação à doação do sêmen. A criança somente será registrada em nome da mãe, mas poderá requerer no futuro o reconhecimento de seu vínculo de filiação biológica sem que isto acarrete ao doador quaisquer obrigações ou direitos relativos à criança, pois uma vez que doa o sêmen, ele abdica voluntariamente da paternidade, da mesma forma que o faz a quem entrega uma criança para adoção.

A questão que envolve o direito do filho de conhecer sua identidade genética é complicada, pois mesmo possuindo um pai socioafetivo, muitas vezes a pessoa possui a vontade, ou até mesmo a necessidade de conhecer suas origens.

Em alguns casos esse desejo pode ser como a inexistência de um pai ou de uma mãe juridicamente conhecido; pode também ser movida pelo desejo de ver desconstituída a paternidade anteriormente estabelecida, seja por ambição material, seja por desentendimento com os que lhe criaram; pode aparecer a necessidade de se analisar o material genético de seu ascendente para preservar a saúde do filho socioafetivo; como também pode ter como partida a simples curiosidade sobre

aquele que permitiu a realização do projeto parental daqueles que reconhece como pais.

Para a doutrina, em virtude da inexistência do pai, o filho tem direito ao conhecimento de sua origem genética. No entanto, é importante esclarecer a diferença entre o conhecimento de sua origem genética do reconhecimento da maternidade ou paternidade, porque conhecer o doador que possibilitou a inseminação, não implica necessariamente em estabelecer vínculos familiares.

De acordo com a referência de Lílian Lúcia Graciano (2003⁵):

Na obra do jurista Italiano Paolo VERCELLONE, sobre direito familiar, nega a possibilidade do doador de esperma torna-se pai do nascido, mas permite ao filho, ao atingir a maturidade, conhecer a pessoa de cujo corpo proveio o sêmen que participou de sua própria criação, e, portanto é responsável pelo seu nascimento e por seus caracteres genéticos.

Com a atual evolução da medicina que permite que doenças possam ser evitadas, reconhecidas e tratadas mediante conhecimento da carga genética do indivíduo, tornou-se possível, em certos casos, a análise da ascendência genética, pois se faz importante a manutenção da vida do ser gerado. Também, é defendido o conhecimento da origem genética, como forma de manutenção de impedimentos matrimoniais previsto no código Civil.

Seja qual for o motivo do interesse da criança em conhecer sua origem genética, existira um embaraço à realização do seu desejo, que é o anonimato do doador, resoluto na única regulamentação a respeito que é a Resolução do Conselho Federal de Medicina. Em casos especiais, as informações sobre doadores, podem ser fornecidas exclusivamente a médicos, guardando a identidade civil do doador.

Existe, portanto, um conflito, pois enquanto a resolução confere o direito ao anonimato do doador, fundado no direito fundamental a intimidade, a doutrina entende que o direito do ser gerado de conhecer sua ascendência genética faz parte dos direitos fundamentais da personalidade.

Os dois interesses, do doador e da criança, encontram respaldo no texto constitucional, existindo um choque de direitos fundamentais. A solução começa a surgir, quando se analisa no caso concreto qual o direito a se manter por ser o que mais protege a dignidade da pessoa.

⁵ Disponível em: <http://www.intelligentiajuridica.com.br/v3//artigo_visualizar.php?id=636>

No caso de se conhecer o ascendente para a preservação da vida é incontestável a superioridade, do direito ao conhecimento da origem genética em detrimento da identidade do doador. Pois a vida é o maior bem da pessoa e merece a forma mais ampla de proteção.

Nas outras hipóteses de querer desconstituir vínculo parental estabelecido por motivo financeiro ou descontentamento com a família, é de comum acordo entre os doutrinadores em manter o anonimato do doador, pois nestes casos não estaria defendendo a dignidade da pessoa humana, mas sim interesses financeiros pessoais.

2.2 As Mães de substituição e os efeitos jurídicos decorrentes da relação contratual

Como alhures já foi mencionado, o ato de ceder o útero permite duas maneiras: a primeira é a da mãe portadora que apenas empresta seu útero, trata-se de uma mulher fértil no útero da qual reimplanta-se um ou vários embriões obtidos por fecundação *in vitro*, a partir dos óvulos e espermatozóides do casal solicitante; e a segunda, é a da mãe de substituição, onde, além de emprestar o seu útero, dá igualmente os seus óvulos, que serão inseminado com o esperma do marido da mulher que não pode formar o embrião.

De acordo com a legislação nacional, será considerada mãe, a mãe de substituição, mesmo que não tenha vínculo genético, pois a gestação e o parto determinam a maternidade. Todavia, já se sabe que essa premissa não é mais verdadeira.

Como já é unânime na doutrina, será considerada mãe aquela que fez o planejamento parental, que desejou a criança como seu filho, para tratá-lo com amor, carinho e dedicação, mesmo não tendo nenhum vínculo biológico ou gestacional com ela.

A inexistência de legislação sobre o assunto, exige uma discussão sobre uma melhor conduta e procedimento para o exercício da mãe de substituição, pois o controle dessa técnica é executado apenas pelo Código de Ética Médica, Resolução 1358/92, não tem força de lei e o seu desrespeito pelos médicos, embarca apenas sanções administrativas.

Nesse conteúdo de controle, salienta-se o princípio da dignidade, pois despropositado, é a aceitação de aluguel do útero, proibida constitucionalmente a

comercialização dos bens que compõe o corpo, razão que se diz ser errado a expressão "barriga de aluguel", pois pressupõe uma prestação pecuniária, o que para muitos doutrinadores deve ser abolida.

Assim define o artigo 199, § 4º da constituição federal:

Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

§ 4º - A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.

Não se pode aceitar a discussão na reprodução humana medicamente assistida, se a cessão do útero é contrato de locação de coisa ou contrato de locação de serviços, tendo em vista o princípio constitucional da dignidade humana, sob pena de se admitir que o ser humano tivesse passado a ser um objeto em um contrato.

A legislação de diversos países, com a intenção de prevenir a exploração comercial, considerou nulidade absoluta destes contratos, pois, o pagamento à gestante representa a compra e venda do bebê, passando a existir a coisificação da pessoa; a cobiça pelo dinheiro pode dar ensejo a um consentimento viciado da gestante substituta e por fim os contratantes vão exigir mais da criança, podendo até rejeitá-la se caso seja portadora de problemas físicos ou mentais.

Alguns defensores dessa prática alegam que o pagamento é apenas uma recompensa, uma prestação pecuniária, que não se trata de venda de criança, mas de apenas uma remuneração por serviço prestado, sendo somente uma profissional com direito a recompensa.

No Brasil essa prática só deve ser recepcionada, mediante algumas limitações, uma vez que o direito de ter filhos entra em choque com o princípio da dignidade humana, base do texto constitucional.

Necessário se faz estabelecer critérios para o exercício dessa prática, inclusive para fins de responsabilidade civil, evitando que eventualmente as partes neguem a filiação estabelecida. O Conselho Federal de Medicina instituiu algumas normas a cerca da prática das mães de substituição.

Um dos primeiros critérios estabelecidos pelo Conselho Federal de Medicina

se refere ao Consentimento Informado, dispondo sobre o tratamento o qual será submetido, não incumbindo ao médico esse poder. Dessa forma dispõe a Convenção dos Direitos Humanos e Biomédicos de 1997 em seu art. 5º :

Art. 5º - Uma intervenção no campo da saúde, só pode ser realizada depois de a pessoa ter dado seu consentimento livre e informado para tal. Essa pessoa, deve, antecipadamente, receber informações apropriadas a cerca do propósito e natureza da intervenção, bem como de seus riscos.

A respeito desse fato afirma Tycho Brahe Fernandes (2000, p. 82), quando declara que a concordância é dita como incondicional e irrevogável, inviabilizando qualquer pedido de impugnação de paternidade, até por que não pode ficar o filho gerado ficar a mercê das oscilações de humor do marido ou companheiro da mãe genética.

Aquela que irá ceder à barriga deve ainda apresentar por escrito, em um formulário especial, perante a clínica ou centro que opera a reprodução assistida, o seu consentimento, sujeito à aprovação do cônjuge ou companheiro, conforme seja casada ou viva em união estável.

Estabeleceu-se como requisito que é preciso existir laços familiares entre a mão substituta e a mãe biológica. Também conhecida pelo conselho de medicina, pois seguindo a lógica, entre familiares não existe interesse lucrativo, permitindo essa prática desde que a doadora do útero seja parente da mãe genético ate segundo grau, seja em linha reta ou colateral.

Da mesma forma sustenta a doutrinadora Maria Berenice Dias (2006, p. 305), que é admitida a cessão temporária do útero, sem fins lucrativos, desde que a cedente seja parente até o segundo grau (mãe, avó, neta ou irmã) da mãe genética. Apesar da omissão também parentes por afinidade (sogra ou cunhada) podem ceder o útero.

A resolução do Conselho federal de Medicina não tem nenhum caráter cogente, restando a bioética, dirigida por seus princípios basilares, dispor sobre os requisitos necessários para qualquer técnica de reprodução artificial.

2.3 Embriões Excedentes

No tocante aos embriões excedentários, existe uma enorme controvérsia que

se inicia a partir da fecundação in vitro, diz respeito ao destino desses embriões formados e que não foram utilizados para a concepção.

A maioria das soluções encontradas para esse problema, não é tão agradável. Em alguns, impõem-se limites para o armazenamento dos embriões excedentes, por exemplo, na Inglaterra o limite é de cinco anos, passando esse tempo os contratos de tutela entre a família e a clínica de reprodução já haviam expirado e ninguém queria receber.

Destarte, um ponto interessante é saber se existe algum limite de tempo para que esses embriões permaneçam congelados e se existe um prazo para esse congelamento, e se após esse prazo esses embriões podem ser destruídos.

Diante da ausência de legislação que regule as técnicas de fertilização in vitro, é sabido que nosso ordenamento jurídico vigente não permite que o embrião seja destruído, pois a Carta Magna assegura o direito à vida. Observa-se que o primeiro direito do homem é o direito a vida, que condicionam todos os outros, o ser humano é um ser valioso em si mesmo, tem um valor ético-social imprescindível, sobre o qual se fundamentam todos os demais valores da pessoa humana.

Também nesse sentido, é inaceitável a comercialização dos embriões excedentes, pois o feto é sujeito e não objeto. A vida humana não possui valor econômico, pois existe uma dignidade que precisa ser respeitada. Esse respeito consiste na difícil tarefa de tratar o outro como pessoa, e não como coisa.

Se a comercialização corresponde a uma coisificação e sua destruição se contrapõe o direito à vida, esses embriões deveriam ser mantidos para posterior implantação. Caso em que os pais biológicos não queiram mais ter filhos, que sejam doados então a casais estéreis, não importando em valoração econômica, mas apenas uma doação.

Como Maria Helena (2007, p. 476) explica, eliminar embriões congelados ou não, seria um "embrionídio eugênico", concluindo que a lei assegura os seus direitos, inclusive a sua vida, desde a concepção, pouco importando que se tenha dado in vitro.

No Brasil, a Resolução 1.358/92, do Conselho Federal de Medicina, regulamenta que os embriões excedentes não poderiam ser descartados. Por outro lado, essa resolução não estabelece o tempo máximo de congelamento, o que produz um contínuo crescimento de embriões excedentes congelados em laboratório. Cabendo ressaltar que existe o projeto de Lei 90/99, que visa

regulamentar essas técnicas estabelecendo que o congelamento de embriões será punido com prisão de 6 a 20 anos, pois os médicos poderão retirar 3 ou 4 óvulos da mulher, havendo assim, uma redução dos embriões a serem implantados.

O tema é polêmico e envolve diversas posturas e diante dessa tempestuosa confusão de questionamentos biotecnológicos e biomédicos, ainda está no rol dos problemas não solucionados pelo direito. Nessa perspectiva, Jussara Maria Leal de Meirelles (2000, p. 273):

[...] questões como o destino a ser dado aos embriões obtidos a partir de fertilização *in vitro* e não utilizados para implantação, bem como a respeito da manipulação desses seres para fins de diagnose e experimentação das mais diversas ordens, continuam sem solução.

Grande ponto de controvérsia diz respeito a lei de Biossegurança, aprovada em 03 de março de 2005, por 363 votos contra 58, onde determina que o uso de células tronco obtidas de embriões humanos para pesquisa está liberado. No entanto, só poderão ser utilizados os embriões congelados a mais de três anos, bem como uma autorização dos genitores para o uso.

É o que se observa no artigo 5º e parágrafos da Lei 11.105, de 24 de março de 2005, *verbis*:

Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data de publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§ 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisas ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética e pesquisa.

§ 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

Essas pesquisas com células-tronco embrionárias tornaram-se uma grande promessa da medicina depois que se verificou que elas têm a capacidade de se transformar em tecidos do organismo humano. Acredita-se que, com a evolução das

pesquisas, elas podem levar à cura de doenças tão graves quanto o diabetes, as distrofias musculares e as lesões de medula que provocam a paraplegia e tetraplegia.

Foi a partir da aprovação dessa Lei pelo Congresso Nacional, três meses após, que nasceu uma ação, a Ação Direta de Inconstitucionalidade, (Adin 3510), onde o Procurador Geral da República Cláudio Fonteles, questionou a constitucionalidade do artigo 5º da Lei de Biossegurança.

Em ação Direta de inconstitucionalidade, proposta pelo Procurador Geral da República, em sua fundamentação por inconstitucionalidade material, diz a Dra. Alice Teixeira Ferreira⁶:

As células tronco embrionárias são aquelas provenientes da massa celular interna do embrião (blastocisto). São chamadas de células-tronco embrionárias humanas porque provêm do embrião e porque são células-mães do ser humano. Para se usar estas células, que constituem a massa interna do blastocisto, é destruído o embrião. As células tronco adultas são aquelas encontradas em todos os órgãos e em maior quantidade na medula óssea (tutano do osso) e no cordão umbilical-placenta. No tutano dos ossos tem-se a produção de milhões de células por dia, que substituem as que morrem diariamente no sangue."

Também em fundamentação da Adin 3510, o Dr. Herbert Praxedes⁷ considera que:

As células de um embrião humano de poucos dias são todas células-tronco (CTE), são pluripotenciais, tendo capacidade de se autorenovarem e de se diferenciarem em qualquer dos tecidos do corpo. As células-tronco adultas (CTA) são multipotenciais e têm também capacidade de ser autorenovarem e se diferenciarem em vários, mas, aparente não em todos, os tecidos do organismo. As CTA existem no organismo adulto em vários tecidos como a medula óssea, pele, tecido nervoso, e outros, e também são encontradas em grande concentração no sangue do cordão umbilical.

A aprovação dessas pesquisas não muda o destino dos embriões excedentes, pois ao invés de serem descartados, serão utilizados em pesquisas, onde de qualquer forma haverá eliminação de embrião.

Destarte, se por um lado, as pesquisas representam uma esperança para pacientes de doenças degenerativas e deficientes físicos, por outro, para se extrair

⁶ Professora Associada de biofísica da UNIFESP/EPM na área de Biologia Celular-Sinalização Celular.

⁷ Médico e professor titular do Departamento de Medicina Clínica da faculdade de medicina da Universidade Federal Fluminense.

células embrionárias, o embrião é destruído, ou seja, é necessário a supressão de embriões.

Interessante se faz esclarecer que curas imediatas e mesmo dentro de prazo inimaginável, não acontecem, visto que o emocionalismo com que foi tratada a matéria, sem dúvida, induziu a muitas expectativas.

Majoritariamente os cientistas defendem as pesquisas com células-tronco embrionárias, poucos discordam e essa minoria argumenta que existem métodos alternativos para se estudar as células-tronco, sem pra que isso seja possível descartar um embrião.

Afirma o deputado Dr. Talmir⁸ (PV-SP):

Nenhum artigo científico foi publicado comprovando que células-tronco embrionárias são mais eficientes que células-tronco adultas (encontradas na medula-óssea e no sangue dos cordões umbilicais). Pelo contrario, em alguns testes essas células se transformam em câncer, por que uma célula-tronco embrionária pode virar qualquer coisa inclusive um câncer.

Para Fonteles, ex-Procurador Geral da República, a vida começa na fecundação, que dessa forma já deve ser observado o direito a vida. Sendo assim, a destruição de um embrião humano vai contra o artigo 5º da Constituição, que garante a todos o direito à vida.

No julgamento para decidir sobre a constitucionalidade dessa Lei, os ministros do STF deviam responder, aos questionamentos levantados pelo ex-Procurador-geral da República. Ele pergunta quando começa a vida para fins legais, se começa na fecundação, após a implantação do embrião no útero ou após o nascimento.

Observam-se duas posições, a primeira visão para aqueles que argumentam que a vida começa no momento da fecundação e que, portanto, aquele aglomerado de células que formam o embrião deve ser considerado vida humana, e, aqueles que afirmam que os embriões abarcados na Lei de Biossegurança teriam pouco ou praticamente nenhum potencial para se tornarem seres humanos.

Ao contrário de se discutir o início da vida, seria mais adequado a ciência jurídica propor soluções que protejam os embriões congelados, sem necessariamente, conferir personalidade aos mesmos.

⁸ Pediatra trabalha há 25 anos com deficientes físicos e é coordenador da Frente Parlamentar contra a Legalização do Aborto.

O código Civil brasileiro vê o embrião, nessa posição. O nascituro tem seus direitos protegido desde o momento da concepção, logo, o embrião, ainda in vitro, também se inclui nessa proteção. O concebido é sujeito de direitos e considera o seu caráter como pessoa no exato momento da fecundação.

Como resultado, assistiu-se no dia 28 de maio de 2008 a votação sobre o uso de células-tronco embrionárias em pesquisas, que teve como decisão a constitucionalidade da pesquisa, sem nenhuma restrição, aprovada por seis votos em um grupo de onze ministros, portanto a maioria da corte. Para esses seis ministros o artigo 5º da lei de Biossegurança não merece reparo, votaram nesse sentido os ministros Carlos Ayres Britto, relator da matéria, Ellen Gracie, Cármen Lúcia Antunes Rocha, Joaquim Barbosa, Marco Aurélio e Celso de Mello.

O voto do ministro e relator Carlos Ayres Britto teve como base dispositivos da Constituição Federal que garantem o direito à vida, à saúde, ao planejamento familiar e à pesquisa científica e na obrigatoriedade que o Estado tem de garanti-los. Destacou, também, o espírito de sociedade fraternal divulgada pela Constituição Federal, ao defender a utilização de células-tronco embrionárias na pesquisa para curar doenças; e sustento que para existir vida humana, é necessário que o embrião esteja implantado no útero materno.

Já no parecer dos ministros Cezar Peluso e Gilmar Mendes, a lei é constitucional, mas solicitaram que o Tribunal declarasse em seu pronunciamento, a necessidade de que as pesquisas fossem rigorosamente fiscalizadas do ponto de vista ético por um órgão central, no caso, a Comissão Nacional de Ética em Pesquisa (Conep), que no entanto não foi acolhida pela corte.

Os três ministros Carlos Alberto Menezes, Ricardo Lewandowski e Eros Grau disseram que as pesquisas podem ser feitas, mas somente se os embriões ainda viáveis não forem destruídos para a retirada das células-tronco, ainda fizeram ressalvas para a liberação das pesquisas com células-tronco embrionárias no país, como por exemplo , que se crie um comitê central no Ministério da Saúde para controlar as pesquisas, que sejam fertilizados apenas quatro óvulos por ciclo, que a obtenção de células-tronco embrionárias seja realizada a partir de óvulos fecundados inviáveis, ou sem danificar os viáveis, entre outras cautelas.

Apesar da aprovação pela constitucionalidade, observam-se vários votos pedindo adaptação ou mudança na legislação e dessa forma também concordou o presidente do STF, Gilmar Mendes afirmando que será feita uma avaliação a

respeito da necessidade de sugerir mudança ao congresso ou estabelecer restrições às pesquisas com células-tronco embrionárias.

Dessa maneira, mais uma etapa foi vencida para a quebra de conceitos que até então pareciam improváveis. De um lado estão as manifestações e os protestos contrários a essa permissão, pois o uso de células-tronco embrionárias fere o direito a vida, alegando também que o estudo feito com esse tipo de célula em outros países não tem tido bons resultados e de outro lado, esperanças para pessoas portadoras de doenças sem qualquer possibilidade de cura.

Espera-se que com essa nova porta que se abre, não sacrifique o homem de maneira inútil, desrespeitando o bem mais valioso que é a vida, pois o embrião é um ser humano em potencial e deve ser respeitado até o início de suas fases de vida.

2.4 Abordagem ética das técnicas de reprodução assistida

O desenvolvimento de técnicas de reprodução humana assistida trouxe grande satisfação aos casais, homens e mulheres que queriam ter filhos, mas que naturalmente não podia gerá-los. Todavia, o avanço científico que tornou capaz esse sonho não poderia deixar de levantar vários questionamentos de ordem jurídica, científica, religiosa, moral e psicológica, uma vez que essas técnicas manipulam a vida, tanto daqueles que almejam ser pais, como aqueles que virão a ser filhos.

E foi nesse cruzamento da ética com as ciências da vida e com o avanço da biotecnologia, provocando uma forte mudança nas formas de agir dos profissionais de saúde, originando o novo ramo do saber, ou seja, a bioética.

A ética para a biotecnologia emergiu para que se pudesse preservar a dignidade da pessoa humana dos abusos do biopoder, da revolução biológica, das novas técnicas biomédicas, ou seja, sobre os fenômenos ligados a vida e a morte. E, com isso, despertar um sentido nos seres humanos, profissionais dessa área, como o que fazer, o que pode fazer e como deve fazer, encontrando assim limites éticos para a ação médica ou científica.

Segundo Maria Helena Diniz (2007, p. 6):

Um novo domínio da reflexão que considera o ser humano sem sua dignidade e condições éticas para uma vida humana digna, alertando a todos sobre as conseqüências nefastas de um avanço incontrolado da biotecnologia e sobre a necessidade de uma tomada de consciência dos desafios trazidos pelas ciências da vida.

Com a rápida evolução surgida pelas ciências biomédicas, e como conseqüências as difíceis questões ético-jurídicas, o direito não pode deixar de reagir, diante dos riscos que a sociedade humana está sujeita. Requerendo assim, a elaboração de normas que tragam respostas e satisfação as necessidades surgidas e defendendo a pessoa humana da coisificação.

É necessário estabelecer o ponto de equilíbrio entre a liberdade de pesquisa, consagrada na Constituição Federal em seu artigo 5º, IX; onde a proibição total de qualquer atividade biomédica traria uma grande estagnação no processo científico, e a permissividade completa que geraria inúmeros prejuízos a sociedade e à humanidade.

Os juristas não podem se calar diante dos avanços da biomedicina. Faz-se necessário um estudo jurídico que teria como objeto a vida, tomando por base a bioética e a biogenética surgindo uma nova disciplina o Biodireito, evidenciando que a verdade científica não poderá justapor-se a ética e ao direito, da mesma maneira que o avanço científico poderá dissimular crimes contra a dignidade humana. Requer, portanto, estabelecer fronteira a atual medicina e reconhecer respeito ao ser humano em todas as fases de sua vida, seja antes de nascer, depois de nascer, enquanto viver, no sofrer e até mesmo no morrer.

O respeito à vida humana, deve está presente na ética e no ordenamento jurídico de todas as sociedades humanas. A Declaração sobre a Utilização do Progresso Científico e Tecnológico no Interesse da Paz e em Benefício da Humanidade, feita pela ONU em 10 de novembro de 1975, contém em seu artigo 6º:

Art. 6º - Todos os Estados adotarão medidas tendentes a estender a todos os estratos da população os benefícios da ciência e da tecnologia e a protegê-los, tanto nos aspectos sociais quanto materiais, das possíveis conseqüências negativas do uso indevido do progresso científico e tecnológico, inclusive sua utilização indevida para infringir os direitos do individuo ou do grupo, em particular relativamente ao respeito à vida privada e à proteção da pessoa humana e de sua integridade física e intelectual.

A Convenção sobre Direitos Humanos e Biomedicina, adotada pelo Conselho da Europa em 1996, prescreveu em seu artigo 2º que "os interesses e bem-estar do ser humano devem prevalecer sobre o interesse isolado as sociedade ou da ciência".

Todos os seres humanos, médicos, biólogos, geneticistas e os aplicadores do direito têm que fortalecer, em favor do respeito à dignidade da humana, para que realmente exista efetividade e respeito aos direitos humanos.

CAPITULO 3 O NASCITURO E SUA PROTEÇÃO

Importante se faz um breve esclarecimento de personalidade civil e o momento de seu começo, pois é a partir do alcance da personalidade que a pessoa adquire direitos e contrai obrigações. Esses esclarecimentos são importantes, quando se fala em proteção do nascituro.

Nascituro é um ser humano já concebido, mas que ainda não veio ao mundo. Para Maria Helena Diniz (2005, p. 273):

Nascituro é aquele que há de nascer, cujos direitos a lei põe a salvo; aquele que, estando concebido, ainda não nasceu e que, na vida intra-uterina, tem personalidade jurídica formal, no que atina aos direitos da personalidade, passando a ter personalidade jurídica material, alcançando os direitos patrimoniais, que permaneciam em estado potencial, somente com o nascimento com vida.

A Lei brasileira põe a salvo, desde o momento da concepção, os direitos do nascituro. Assim define o art. 2º do Código Civil: "A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida, mas a lei põe a salvo desde a concepção o direito dos nascituros". Significa dizer que o nascituro tem seus direitos assegurados para quando nascer, mas ainda não os detém, só os possuirá quando nascer com vida.

O art. 1º, afirma que toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil. É notória a infeliz contradição do artigo 2º do Código Civil, onde se nega a personalidade civil ao nascituro garantindo proteção aos direitos que possa ser titular. Em uma leitura inicial, parece que o nascituro não é merecedor de direito, mas, por uma bondade da lei alguns direitos ficaram assegurados.

3.1 Os direitos da personalidade inerentes ao nascituro

É importante que se saiba quando se inicia a personalidade, pois, é quando o homem se torna sujeito de direitos. Existem três teorias que se discute o início da personalidade, a teoria natalista, a da personalidade condicionada e a concepcionista. A questão divergente entre as teorias é o instante em que se inicia a capacidade e, conseqüentemente, a personalidade.

A primeira delas, adotada pela maioria dos nossos doutrinadores, é a teoria

natalista, que defende que a personalidade jurídica só começa com o nascimento com vida e que o nascituro só possui expectativas de direitos e está fundamentada pelo art. 2º do Código Civil de 2002.

Diante desse conceito, nota-se que a posição do nascituro é de um expectador de direitos, a vista disso ensina Venosa (2004, p. 162) que essa expressão é a mera possibilidade ou simples esperança de se adquirir um direito.

Para essa teoria o nascituro não é considerado pessoa, é encarado como parte das víceras da mãe, não tem vida independente, e no momento de seu nascimento com vida que passa a ter o status de pessoa.

Defende Fiúza (2004, p. 114):

O nascituro não tem direitos propriamente ditos. Aquilo que o próprio legislador denomina "direitos do nascituro" não são direito subjetivos. São na verdade direitos objetivos, isto é, regras impostas pelo legislador para proteger um ser que tem potencialidade de ser pessoa e que, por já existir pode ser resguardados eventuais direitos que virá adquirir ao nascer.

Da mesma forma, Pontes de Miranda (1994, p. 162), afirma:

No útero, a criança não é pessoa, se não nasce com vida, nunca adquiriu direitos, nem pode ser sujeito de direito. Todavia, entre a concepção e o nascimento, o ser vivo pode achar-se em situação tal que se tem de esperar o nascimento para saber se algum direito, pretensão, ação, ou exceção lhe deveria ter ido. Quando o nascimento se consuma, a personalidade começa.

Essa teoria tem como principais argumentos a inexistência de direito subjetivo sem que exista um titular, o nascimento é um fator para que se atribua a personalidade e todo o ordenamento jurídico esta baseado nessa regra. No entanto é notória que essa teoria já não responde aos resultados e a mudança decorrente dos avanços científicos e tecnológicos ligados a reprodução humana.

A segunda corrente doutrinaria é a concepcionista afirma que a personalidade do homem começa a partir da concepção e não do nascimento com vida, e é a partir da concepção que o nascituro é considerado pessoa.

Os juristas concepcionista fundamentam sua convicção, no fato que o nascituro possuindo direitos legalmente assegurados, é considerado pessoa, pois somente pessoas são sujeitos de direito e detêm personalidade jurídica.

Diante desse juízo, não há como explicar como o nascituro possa ter direitos assegurados por lei, sem que seja considerado pessoa, pois uma das características

de que o nascituro tem personalidade civil é o fato de o legislador ter disciplinado o crime de aborto referente aos crimes contra a pessoa.

Os concepcionistas assumem uma posição moderna, uma vez que não restringem os direitos do nascituro, pois se assim fizesse, e este não viesse a nascer, é como se não tivesse sido concebido.

Por fim a terceira teoria adotada, conhecida como teoria da personalidade condicionada sustenta que o início da personalidade começa a partir da concepção, mediante a condição suspensiva do nascimento com vida, ou seja, se o nascituro nascer com vida, a sua personalidade retroage a data de sua concepção. A condição de nascimento não é para que a personalidade exista, mas para que exista a consolidação da sua capacidade jurídica.

Muitas dificuldades se encontram nessa teoria, pois a sua realização resultaria uma grande mudança no ordenamento jurídico nacional e nos preceitos culturais, e outra questão relevante é quanto a notória dificuldade de se estabelecer o momento da fecundação no útero, o que obstacularizaria a atribuição da personalidade em concreto.

Independente da teoria adotada para a definição do início da personalidade, ao nascituro assegura-se direitos desde o momento da concepção, e não convêm à forma como isso se deu, seja de forma natural ou em laboratório. Pensando que o nascituro é pessoa, e como consequência, portador de personalidade jurídica, ainda que não provido de capacidade do exercício de seus direitos, é portador de direitos, dentre os quais, o direito a vida, que o maior direito do ser humano, é também um direito condicionante, já que dele dependem os demais.

A Constituição Federal, no caput do artigo 5º, dessa forma prescreve: "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e a propriedade". De nada adiantaria a Constituição assegurar outros direitos como a igualdade a intimidade, a liberdade, o bem-estar, se não instituisse a vida humana em um desses direitos.

A mestra, a professora Benedita Inêz Lopes Chaves (2000, p.55) destaca:

A vida é o principal direito do ser humano, cabendo ao Estado preservá-lo desde a sua concepção, sendo que nenhum interesse estatal pode superá-lo. Sempre que deixa de ser respeitado, a história tem demonstrado que a ordem jurídica que o avilta perde a estabilidade futura e se deteriora rapidamente. Portanto, ele deve ser sempre protegido e seu afastamento

sempre se justifica contra aqueles que o procuram negar, como nos casos da legítima defesa, em que a morte do agressor decorre da preservação do direito a vida do agredido, que estava para perdê-la, sem ter dado causa a agressão.

Outro direito que assiste ao nascituro é o da integridade física, que não se confunde com a da mãe – ainda que com ela mantenha relação de dependência, sendo assim não pode a mãe recusar-se a ingerir medicamentos destinados a preservar a vida do concebido, nem se submeter à intervenção médica para decompor medicamento do líquido amniótico ingerido, pelo feto. Não cabe a mãe dispor de direito à saúde que não é seu, mas sim, do filho que virá a nascer.

Dentre os direitos da personalidade, compatíveis com a condição do nascituro é importante tecer comentários ao direito à imagem. Do ponto de vista técnico o direito a imagem diz respeito à reprodução da imagem da pessoa, inteira ou parcialmente, através de qualquer meio de captação como fotografia, pintura, etc.

O direito a imagem do nascituro, está consagrado, pois a ultra-sonografia permite a reprodução do nascituro ou até mesmo câmara fotográfica em miniatura ou radiografias. Assim se captada a imagem, para sua publicação necessita-se de consentimento do titular da imagem, por seu representante legal, o pai, a mãe ou o curador. Dessa forma se publicada ou utilizada sem autorização de seus representantes legais e causar-lhe dano, cabível será uma indenização. Conclui-se que o nascituro é protegido pelo direito de imagem.

Em relação ao direito a adoção do nascituro, existe uma controvérsia, pois o artigo 372 do Código Civil de 1916 dizia que não se pode adotar sem o consentimento do adotado ou de seu representante legal se for incapaz ou nascituro. Não obstante, o Novo Código Civil, em art. 1.621, não fez menção ao nascituro, dizendo apenas que a adoção depende de consentimento dos pais ou dos representantes legais, de quem se deseja adotar, e da concordância deste, se contar com mais de 12 (doze) anos.

O Estatuto da Criança e do adolescente, por sua vez, no seu art. 2º dispõe que: considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até 12 (doze) anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.

A polêmica gira em torno, de saber se o nascituro está dentro do conceito de criança dado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, pois o Novo código civil nada mencionou a respeito do nascituro. É importante ressaltar que essas diferentes

denominações se referem tão somente a etapas de vida do mesmo ser.

Nesse mesmo estatuto, o artigo 7º dispõe que a criança e adolescente tem direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência, significa dizer, que não nasceu, mas que tem o direito de nascer, já é criança.

Dessa forma e em respeito à vida, merece o nascituro a legalização de sua adoção, deve merecer apoio e atenção, uma vez que lhe assegurará alimentos e integridade física até o seu nascimento com vida, com possibilidade de uma gravidez segura.

Não existindo capacidade de fato ou de exercício, o nascituro, para exercer seus direitos, necessitava de um representante legal, pai, mãe ou um curador. O direito de representação, embora de maneira indireta, vem expresso no artigo 1779 do Código Civil, que dessa forma estabelece: "Dar-se-á curador ao nascituro, se o pai falecer estando grávida a mulher, e não tendo o poder familiar. Parágrafo Único: se a mulher estiver interdita seu curador será o do nascituro".

Desse modo, entende-se, que se o pai falecer, e deixar a mulher grávida de seu filho e esta vier a perder o pátrio poder será designado um curador ao ventre que terá como papel zelar pelos seus interesse do nascituro até o seu nascimento com vida, quando, então, lhe será nomeado um tutor. Não existindo perda do pátrio poder, os direitos do nascituro serão assegurados e resguardado por quem detenha sua representação legal, ou seja, seus pais.

Segundo Maria Helena Diniz (1995, p.306), lembrada pela professora Benedita Inêz Lopes Chaves (2000, p.91):

A lei põe a salvo seus direitos, desde a concepção, e, para resguardá-los, determina que se lhe nomeie um curador, quando a mulher grávida enviuvar e não estiver em condições de exercer o pátrio poder. Este fato ocorrerá, desde que o nascituro tenha a receber algum bem, em razão da herança, legado ou doação, pois, se houver nascimento com vida, nomear-se-á um tutor à criança, cessando a curatela especial e quando a mãe do nascituro estiver interdita, seu curador será também o do seu filho.

Em vista disso, o nascituro não pode agir por si mesmo e, como a lei lhe concede direitos, é coerente que terá que ter um representante legal, para agir em seu nome.

Entre os direitos do nascituro, está o direito de receber doações, determinado

no artigo 542 do Código Civil: "A doação feita ao nascituro valerá, sendo aceita pelo seu representante legal".

O nascituro poderá receber doação, mas a aceitação depende daquele que cuida de seus interesses, ou seja, pai, mãe ou curador. A partir da liberalidade, seus representantes legais poderão usufruir do bem doado e entrar em sua posse. Todavia se nascer morto, a doação caducará por ser o nascituro titular de direito sob condição suspensiva. Se tiver um instante de vida o nascituro recebe o benefício e transmite aos herdeiros.

Outro direito inerente ao nascituro é o direito a alimentos, essencial no sentido de possibilitar o desenvolvimento do embrião até que assuma juridicamente sua categoria de pessoa. Na verdade os alimentos serão prestados a sua mãe para uma sadia e confortável gravidez ensejando um bom desenvolvimento do feto e as despesas de assistência decorrente do parto, no entanto é o nascituro o sujeito ativo da relação obrigacional.

Quando o filho for gerado na constância do casamento ou por inseminação artificial homologa, é necessário apenas a prova da gravidez e do parentesco para a propositura da ação. Tratando-se de filho não reconhecido o nascituro deve ser representado para ingressar com ação de investigação de paternidade cumulada com alimentos.

O direito a alimentos é reconhecido ao nascituro sem condicioná-lo ao nascimento com vida, mas, antes, a ele objetivando e não dele dependendo. Em fim o direito a alimentos é reconhecido ao nascituro desde a concepção, para que nasça vivo, não dependendo assim do nascimento com vida.

Nesses alimentos uma adequada assistência médico-cirúrgica pré-natal, abrangendo as técnicas especiais como transfusão de sangue entre outras e cirurgias realizadas em fetos, alcançando ainda as despesas do parto. Na fixação desses alimentos o juiz levará em consideração as despesas que forem necessárias, para o bom desenvolvimento da gravidez, até o seu termo final incluindo despesas medicas e medicamentos decorrentes.

Em relação ao direito sucessório, o nascituro terá direitos à herança, se já estiver concebido no momento da abertura da sucessão. Desta maneira dispõe o artigo 1798 do Código Civil: "Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão". A regra geral, portanto, é a da coexistência do titular da herança e de seu sucessor. O herdeiro, até por imperativo

lógico, precisa existir quando morre o autor da herança, tem de sobreviver ao falecido. Na sucessão legítima, quem não estiver concebido até a data da morte do autor da herança, não está legitimado a suceder.

Entretanto na sucessão testamentária, pode haver o chamamento de pessoa futura, de alguém que ainda não foi concebido. O Código Civil, em seu artigo 1.799 estabelece: “Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder: I. os filhos ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão”.

Tratando-se de embrião concebido e criopreservado, para receber bens por sucessão legítima, este embrião deverá estar implantado no útero, pois só assim poderá herdar os bens do falecido. Se o embrião estiver fecundado, mas não implantado, existem duas correntes. A primeira é que o nascituro nunca poderá herdar por sucessão legítima por não se encontrar no conceito de nascituro e o direito não pode ficar a critério da vontade da mãe em implantá-lo quando quiser. A segunda é a possibilidade de herdar desde que o autor da herança disponha em seu testamento e desde que esclareça quem será a mãe do beneficiário.

Em qualquer caso, se dentro de dois anos após abertura da sucessão não houver sido concebido o herdeiro esperado os bens reservados caberão aos herdeiros legítimos desde que não haja cláusula específica em testamento a respeito, dessa forma esclarece o art. 1800, § 4º CC.

3.2 O desafio da legislação nacional quanto aos direitos do nascituro

Hodiernamente não existe em nosso ordenamento jurídico pátrio um diploma legal voltado à proteção do nascituro, que resguarde sua saúde no ventre da mãe e seu nascimento com vida. Todavia, a proteção a esses bens jurídicos se observa do próprio contexto jurídico nacional, onde o legislador demonstrou interesse com o nascituro, seja quando conceituou do início da vida, seja quando protegeu o seu patrimônio, ou até mesmo quando proibiu o aborto.

Mais complicado é a situação de inércia do direito frente aos enormes avanços da tecnologia em relação à reprodução humana, pois muitos casais não têm a sorte de ter um filho através dos métodos convencionais, e as ciências sociais não tem conseguido dar respostas satisfatórias aos problemas surgidos em decorrência dos avanços das ciências biológicas, causando um enorme impasse

entre ela e o direito.

A legislação brasileira garante os direitos do nascituro desde a concepção, assim se observa no Código Civil, arts. 2º, 1609, 1799 e parágrafo único e 1.798, o direito a vida na Constituição Federal, art. 5º, Código Penal, arts. 124 a 128, I e II, direito à filiação no Código Civil, em seus arts. 1596 e 1.597, direito a uma adequada assistência pré-natal, direito a um curador que zele pelos seus interesses em caso de incapacidade de seus genitores, direito a receber herança com fulcro no Código Civil, arts. 1.798 e 1.800, parágrafo 3º, direito de ser contemplado por doação também Código Civil, art. 542, direito de ser reconhecido como filho, entre outros.

Destarte, essa legislação aponta apenas um início legislativo, pois essa legislação não é suficiente para responder aos avanços da reprodução assistida. Faz-se necessário um estudo mais aprofundado para que se corrijam as imperfeições dessa legislação.

É urgente que se melhore a redação do artigo 2º do Código Civil, pondo fim ao grande celeuma do início da personalidade; que se estabeleça a natureza jurídica do nascituro e quais são os seus direitos; que se resolva sem mais delongas a regulamentação da reprodução assistida, como o uso das técnicas e o funcionamento de suas clínicas.

Existem no congresso algumas propostas que dispõem exclusivamente sobre a proteção integral do nascituro. Esta tramitando desde 2007 o Estatuto do Nascituro que foi proposta pelo deputado Luiz Bassuma - PT/BA, que hoje se encontra apensado ao Projeto de Lei 489/2007 de autoria do deputado Odair Cunha - PT/MG, onde estão aguardando parecer.

O presente projeto do Estatuto se refere tanto aos direitos de personalidade, como ressalta o direito à vida, à saúde, à honra, à integridade física, à alimentação, à convivência familiar, e proíbe-se qualquer forma de discriminação que venha a privá-lo de algum direito em razão do sexo, da idade, da etnia, da aparência, da origem, da deficiência física ou mental, da expectativa de sobrevivência ou de delitos cometidos por seus genitores.

O Estatuto referido também defende a proibição da proliferação de abusos com seres humanos não nascidos, incluindo a manipulação, o congelamento, o descarte e o comércio de embriões humanos, a condenação de bebês à morte por causa de deficiências físicas ou por causa de crime cometido por seus pais, os planos de que bebês sejam clonados e mortos com o único fim de serem suas

células transplantadas para adultos doentes.

Grande inovação traz o estatuto quando cria a modalidade culposa do aborto, pois de acordo com o Código Penal o aborto só é punido a título de dolo. Também é portador da novidade o crime de anunciar processo, substância ou objeto destinado a provocar aborto, entre vários outros crimes contra a pessoa do nascituro, começando a enquadrar o aborto entre os crimes hediondos.

Foram apresentados na Câmara vários projetos com o objetivo de regulamentar a reprodução humana assistida e, por conseqüência, solidificar ainda mais a proteção ao nascituro.

Um dos importantes Projetos de Lei é o 1.184, de 2003, proposto pelo Senado Federal, que dispõe sobre a reprodução assistida, definindo normas para realização de inseminação artificial e fertilização "in vitro"; proibindo a gestação de substituição (barriga de aluguel) e os experimentos de clonagem radical.

Dentro deste Projeto estão apensados ainda: o PL 2.855, de 1997, do Deputado Confúcio Moura que dispõe sobre a utilização de técnicas de reprodução humana assistida e dá outras providências, incluindo a fecundação in vitro, transferência de pré-embriões, transferência intratubária de gametas, a crioconservação de embriões e a gestação de substituição, a conhecida barriga de aluguel; o PL 4.664, de 2001, do Deputado Lamartine Posella que dispõe sobre a proibição ao descarte de embriões humanos fertilizados in vitro, determina a responsabilidade sobre os mesmos e dá outras providências; o PL 4.664, de 2001 do Deputado Lamartine Posella, que dispõe sobre a autorização da fertilização humana in vitro para casais comprovadamente incapazes de gerar filhos pelo processo natural de fertilização e dá outras providências; o PL 6.296, de 2002, do Deputado Magno Malta que proíbe a fertilização de óvulos humanos com material genético proveniente de células de doador do gênero feminino; o PL 120, de 2003 do Deputado Roberto Pessoa que dispõe sobre a investigação de paternidade de pessoas nascidas de técnicas de reprodução assistida, permite à pessoa nascida de técnica de reprodução assistida saber a identidade de seu pai ou mãe biológicos; alterando a Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992; o PL 2.061, de 2003, da Deputada Maninha que Disciplina o uso de técnicas de Reprodução Humana Assistida como um dos componentes auxiliares no processo de procriação, em serviços de saúde, estabelece penalidades e dá outras providências; o PL 4.889, de 2005, do Deputado Salvador Zimbalde que estabelece normas e critérios para o

funcionamento de Clínicas de Reprodução Humana; o PL 5.224, de 2005 do Deputado Neucimar Fraga, que cria Programa de Reprodução Assistida no Sistema Único de Saúde e dá outras providências e o PL 3.067, de 2008, do Deputado Dr. Pinotti Altera a Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005, estabelece que as pesquisas com células-tronco só poderão ser feitas por entidades habilitadas, mediante autorização especial da Comissão Nacional de Ética em Pesquisa - CONEP; proíbe a remessa para o exterior de embriões congelados; veda o envio e a comercialização dos resultados das pesquisas.

A tramitação de qualquer projeto de lei é lenta e demorada. Existe uma anormalidade no Congresso Nacional conhecida por Medida Provisória. No parecer do Deputado Federal Miguel, 70% (setenta por cento) do que se vota na Câmara são Medidas Provisórias⁹. A tramitação dos outros 30% (trinta por cento) é muito lenta. Com boa vontade pode ser mais rápida, com má vontade demora ainda mais.

Urge a aprovação de uma regulamentação, em que o legislador possa sensibilizar-se quanto à importância completa da regulamentação dessa matéria, com leis eficientes que protejam a sociedade de conseqüências nocivas advindas da utilização das conquistas científicas no campo da reprodução.

3.3 A jurisprudência no Brasil e a sua abrangência a cerca dos direitos do nascituro.

Sob o prisma jurisprudencial, assim como na doutrina existe muita divergência, no sentido do nascituro ser ou não ser sujeito de direitos, devido à teoria abarcada na legislação nacional da personalidade jurídica do nascituro começar do nascimento com vida. Por vezes é possível observar vários julgados, que por ora adota a teoria natalista e ora a concepcionista, existindo nos últimos anos um aumento significativo de julgados que reforçam a idéia desta última teoria.

Fazendo uma análise dos casos sobre os nascituros que chegam aos tribunais, é interessante o do Acórdão proferido na Ap. c/ Revisão n. 489.775-00/7 do 2º TACSP, assim dispõe a ementa:

Nascituro. Morte do genitor. Ação Acidentária. Empregadora. Responsabilidade comprovada. Dano moral devido. Indenização a contar do nascimento do autor. Ementa oficial: A Ação Acidentária pelo direito comum.

⁹Disponível em: http://www.bispadobauru.org.br/nova/especial.php?news_id=86&acao=ler&PHPSESSID=8fc5f7ef6eec6cab741f0b5bbaa75a84. Acesso em 06 de maio de 2008.

Responsabilidade da empregadora comprovada. Dano moral devido. Indenização a contar d nascimento do autor – comprovada a responsabilidade da empregadora pelo acidente letal do seu empregado, é devida a indenização ao filho dele, até que complete 21 anos de idade. Devida é, também, a indenização, por dano moral, desde o nascimento, ao nascituro, que nasceu com vida, como reparo pela perda do genitor. (Ap. c/ Revisão n. 489.775-00/7 rel. juiz Adail Moreira. – Mogi Guaçu - Apelantes e apelados: Toni Empreendimentos e Construção LTDA. e Paulo César Ribeiro Filho representado pro Maria Aparecida dos Santos – beneficiário: Paulo César Ribeiro – Deram provimento parcial a ambos os apelos. Publicado no DOE em 17.12.97, pág. 12, caderno I, parte II).

Apesar de o referido acórdão ser anterior ao Código Civil de 2002 ele possui significativos pontos que comprovam a importância da defesa dos direitos do nascituro que sempre deveram ser pleiteados. Pondera o ilustre relator Adail Moreira que:

A perda do genitor, ainda que não sentida, no ato de sua ocorrência, pelo nascituro, afeta-lhe, contudo e posteriormente, quando nascido com vida, o psiquismo pelo sentimento de frustração, ante a ausência da figura paterna, que é dor psíquica e, destarte, reclama a indenização por dano moral, concluindo que o reparo, a ele, minor a dor da orfandade, e que a pensão ao autor menor limitar-se-á até 21 anos de idade.

Após uma madura reflexão, o relator opinou pela concessão da indenização pelo dano moral, ao nascituro, que nasceu com vida, como ocorreu no caso, entre as razões, é necessário se fazer alusão ao artigo 2º do Código Civil, que põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro, pois a vida em gestação é merecedora de todo respeito, além disso, marca a existência de uma realidade diferente dos progenitores possuindo uma capacidade de autodesenvolvimento, originando um ser único.

Embora o nascituro não seja nascido, pois não se separou do ventre materno, para ter vida própria, é tido como nascido para um melhor resguardo de seus direitos que lhe cabem pela concepção. Dessa forma, posto que comece do nascimento com vida, a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro, como direitos a alimentos, a uma adequada assistência pré-natal, direito a um curador que zele pelos seus interesses no caso de incapacidade ou, impossibilidade de seus genitores de receber herança, ser contemplado por doação, ser adotado, ser reconhecido como filho, de ter legitimidade ativa na investigação de paternidade, etc.

No entendimento de Maria Helena Diniz (1995, p. 101), lembrada pela professora Benedita Inêz Lopes Chaves (2000, p.91):

O momento de consideração da consideração jurídica do nascituro, ante as novas técnicas de reprodução assistida in vitro, embora se inicie com a fecundação e a vida viável com a gravidez, que se dá com a nidação, na verdade o início legal da personalidade é o momento da penetração do espermatozóide no óvulo, mesmo fora do corpo da mulher, não sendo, no entanto, o entendimento dominante.

Como é possível observar, ao nascituro assiste direito de ser indenizado, tanto moralmente como materialmente de violações que abrangem, basicamente, o direito a vida, a integridade corporal (saúde), a integridade intelectual e a integridade moral. Pois não teria sentido, o respeito a vida que decorre do próprio direito natural, se não existisse proteção integral a expectativa do nascimento com vida.

Faz-se necessário destacar a ementa, relativa à apelação civil, da Sétima Câmara Cível do TJRS, que dessa forma estatui:

EMENTA: NASCITURO. INVESTIGACAO DE PATERNIDADE. A GENITORA, COMO REPRESENTANTE DO NASCITURO, TEM LEGITIMIDADE PARA PROPOR AÇÃO INVESTIGATORIA DE PATERNIDADE. APELO PROVIDO. (4FLS) (Apelação Cível Nº 70000134635, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 17/11/1999)

Da ementa desse acórdão reconhece-se ao nascituro a capacidade para ser parte, na seara do Direito Processual, tanto na qualidade de autor ou réu, incontestavelmente representado pelos seus responsáveis legais. Portanto, pode a mãe representar o nascituro e o seu nascimento com vida o investirá na titularidade da pretensão do direito material, que, até então, se revestia apenas em uma expectativa.

Em sentido preciso, encontram-se inúmeros acórdãos concedendo capacidade processual ao nascituro, principalmente em sede de investigação.

Merece consideração decisão em que é possível vislumbrar, a importância dos direitos do nascituro está presente no acórdão de agravo de instrumento, do qual relator foi o Des. José Mazoni Ferreira. Assim, estabelece a ementa:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - ALIMENTOS PROVISÓRIOS - FIXAÇÃO - CONCUBINA - POSSIBILIDADE - INDÍCIO DE PROVA SUFICIENTE DA UNIÃO ESTÁVEL - ARBITRAMENTO EM MEIO SALÁRIO MÍNIMO - ATENDIMENTO AO BINÔMIO POSSIBILIDADE/NECESSIDADE - NASCITURO - IMPOSSIBILIDADE DE ESTIPULAÇÃO - AUSÊNCIA DE PROVA ACERCA DA PATERNIDADE - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Reconhece nessa deliberação, que os alimentos podem e devem ser concedidos à ex-companheira que efetivamente deles necessita para suprir suas necessidades básicas, ainda mais quando a genitora não possui condições de trabalhar por estar grávida de 7 (sete) meses. No entanto, o pedido de alimentos, somente pode ser deferido quando houver prova cabal acerca da paternidade, existindo elementos possíveis de comprovar a paternidade é possível a fixação de alimentos provisórios. Entrever, indistintamente, que se confere ao nascituro, mesmo antes de seu nascimento com vida, o direito a alimentos.

Importa, ainda, evidenciar, decisão do Tribunal de Justiça do rio Grande do Sul TJRS nº 71000854430, relator Eugênio Facchini Neto, cuja ementa é a seguinte:

Seguro obrigatório. Dpvat. Natimorto. O art. 2º, do cc, resguarda, desde a concepção, os direitos do nascituro. Dessa forma, inviabilizada a vida extra-uterina, em decorrência de acidente de trânsito sofrido pela genitora do nascituro, legítima a pretensão veiculada na inicial. Valores devidos. Indexação em salários mínimos. Possibilidade excepcionalmente admitida pelos tribunais superiores e pelo tjrs. O salário mínimo a ser considerado é aquele em vigor à época do sinistro. Recurso ao qual se nega provimento.

É possível extrair do acórdão dessa decisão, que o nascituro não tem apenas expectativas de direitos, sendo efetivamente sujeito de direitos, por que todos os fatos ocorridos desde o momento da concepção geram conseqüências jurídicas. Dessa forma, interrompida a vida extra-uterina, em decorrência de acidente de trânsito sofrido pela genitora do nascituro, legítima a pretensão indenizatória.

Atenta-se o resultado dessa decisão, a teoria concepcionista, que outrora foi conceituado e abordado, significando dizer que o nascituro é sujeito de direitos desde o momento da concepção, merecendo assim a mais ampla proteção jurídica.

Nesse sentido é a jurisprudência do Tribunal de Justiça Gaúcho:

Seguro-obrigatório. Acidente. Abortamento. Direito a percepção da indenização. O nascituro goza de personalidade jurídica desde a concepção. O nascimento com vida diz respeito apenas a capacidade de exercício de alguns direitos patrimoniais. Apelação a que se dá provimento. (Apelação Cível nº 70002027910, Sexta Câmara Cível, TJRS, Relator: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, julgado em 28/03/2001)

Apelação cível. Seguros. Ação de indenização. Seguro DPVAT. Direito de a mãe receber a indenização correspondente ao nascituro. Possibilidade jurídica do pedido. A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro. Inteligência do art. 2º do Novo Código Civil. Insurgência contra o

termo inicial de incidência da correção monetária. A correção monetária incide desde a data da ocorrência do evento danoso. Manutenção do índice fixado em sentença. O IGP-M é o indexador que melhor reflete a realidade inflacionária. Sentença mantida. Apelo desprovido. (Apelação Cível Nº 70010345999, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ney Wiedemann Neto, Julgado em 24/11/2005)

Em sentido contrario decidiu o Tribunal de justiça de Santa Catarina negando a percepção de indenização, a mulher que sofre aborto em decorrência de acidente de trânsito. Assim, dispõe a ementa Nº. 2005.039028-9, cujo relator foi o Des. Marcus Túlio Sartorato:

CIVIL - AÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO OBRIGATÓRIO (DPVAT) - ACIDENTE DE VEÍCULO - AUTORA QUE EM DECORRÊNCIA DO SINISTRO SOFRE ABORTO - GESTAÇÃO NO SEXTO MÊS - NASCITURO QUE SOMENTE COM O NASCIMENTO COM VIDA IRÁ ADQUIRIR PERSONALIDADE JURÍDICA - INTELIGÊNCIA DO ART. 2º DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 - CIRCUNSTÂNCIA QUE NÃO SE ENQUADRA NA HIPÓTESE PREVISTA NO ART. 3º DA LEI 6.194/74 (MORTE DE PESSOA DECORRENTE DE ACIDENTE COM VEÍCULO AUTOMOTOR) - SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO

Esta decisão encontra respaldo na teoria natalista, onde o nascituro não é considerado pessoa, não tem vida independente, e a partir do momento de seu nascimento com vida que passa a ter o status de pessoa, ficando seus direitos de forma latente, até a verificação do seu nascimento com vida. Isso significa dizer que a personalidade civil do homem começa do nascimento com vida, não se considerando assim o feto. Dessa maneira, nascendo natimorto, o nascituro nunca adquiriu personalidade civil, então não há como se admitir a ocorrência de direitos.

Seguindo está orientação, colhe-se os seguintes precedentes:

CIVIL. NASCITURO. Proteção de seu direito, na verdade proteção de expectativa, que se tornara direito, se ele nascer vivo. venda feita pelos pais a irmã do nascituro. as hipóteses previstas no código civil, relativas a direitos do nascituro, são exaustivas, não os equiparando em tudo ao já nascido" (RE n. 99.038, Min. Francisco Rezek).

Como a personalidade civil do homem começa com o nascimento com vida, o seu direito somente pode ser efetivado do dia de seu nascimento em diante, ficando latente até verificar-se o parto. Dessa maneira, os direitos que se reconhecem ao nascituro, que ainda não é pessoa, permanecem em estado potencial (TJSP, AC n. 340.115-4/0, Des. Silvério Ribeiro).

SEGURO OBRIGATÓRIO. Responsabilidade civil. Acidente de trânsito. Perda de filho em razão de interrupção da gestação, por aborto decorrente

do aludido acidente. Aquisição da personalidade jurídica, pelo nascituro, somente com o nascimento com vida. Cobrança improcedente. Recurso desprovido. Voto vencido" (TACivSP, 1 Rec, n.1.224.297-0, Juiz Paulo Roberto Grava Brazil).

RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. MORTE DE NASCITURO. Prêmio de seguro obrigatório. Inviabilidade do pedido em face do nosso direito não lhe conferir personalidade civil. Dado provimento ao recurso" (TJDF, AC n. 2000.011.004.499-5, Des. João Timóteo de Oliveira).

Diante de tanta complexidade apresentada pelo tema, é notória a divisão da jurisprudência brasileira, que por vezes adota a teoria natalista e outras a concepcionista. De qualquer forma, é indubitável que o nascituro tem assegurado todos os direitos fundamentais da personalidade, que por ora já foi mencionado, fazendo também referência a sua representação. Cabendo aos representantes legais usarem dos meios adequados para a defesa dos direitos, expressos em lei.

Diante de tudo que foi exposto a proteção do nascituro deve ser ampla, tendo em vista que a vida precisa ser protegida, principalmente diante dos avanços científicos atuais. Afinal, o nascituro é um ser já concebido e como tal passível de desenvolvimento e de gerar uma vida futura e autônoma, independente do modo que ocorreu a concepção, se por métodos naturais ou em laboratório.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste último século, na mesma proporção da eclosão do progresso científico, gerou-se uma lacuna não só no ordenamento jurídico brasileiro, como também nas normas jurídicas de outros países, na tentativa de ajudar pessoas que sofriam da infertilidade. Pois são muitas as questões colocadas ao jurista, desde a definição de um estatuto do embrião até a proteção de bens essenciais, como a unidade familiar, a salvaguarda do valor da procriação e a licitude dos meios e dos fins que caracterizam suas aplicações no campo científico, que até então não se encontra legislativamente positivados.

O nascituro ou embrião tem normativamente resguardado seus direitos desde a concepção, porque a partir dela passa a ter existência e vida orgânica, pois se verifica que mesmo desprovido de capacidade de exercício de seus direitos, dos quais se salienta o direito a vida, que é o maior direito do ser humano.

Por conseguinte, a tutela tem que iniciar desde a concepção, ou fecundação do embrião, e não somente após o nascimento com vida tendo por fim uma ampla proteção do nascituro, tendo em vista que a vida precisa ser protegida, principalmente diante dos avanços científicos atuais verificados na engenharia genética. Compete ainda destacar que a proteção do nascituro deve ocorrer desde quando ele é concebido, não importando a forma como isso ocorreu, se por métodos naturais ou em laboratórios. Afinal, o embrião gerado pelo processo de fecundação in vitro, há de ser considerado para todos os efeitos da proteção jurídica do estado, um ser já concebido e como tal passível de desenvolvimento e de gerar uma vida futura e autônoma, devendo ser estendida ao mesmo à proteção que se reserva aos nascituros intra-uterinos.

Retrataram-se direitos do nascituro como a integridade física que não se confunde com a da mãe, esta não pode dispor do direito a saúde do nascituro; o direito a imagem, pois a ultra-sonografia reproduz a imagem do nascituro e dessa forma para a sua publicação necessita da autorização do seu representante legal; a legalização de sua adoção, pois só através da sua legalização o nascituro terá assegurado alimentos e integridade física até o seu nascimento com vida; o direito de representante legal, que zelará pelos seus interesses; o direito de receber doações, onde a aceitação depende de seu representante e nascendo morto essa

doação caducará; direito a alimentos que possibilite o seu normal desenvolvimento e não está condicionado ao nascimento com vida; e o direito sucessório, se já estiver concebido ao momento da abertura da sucessão ou, não concebido, espera-se o prazo de dois anos contados da abertura, se este não vier a nascer os bens caberão aos herdeiros legítimos.

Além dos direitos que são por vezes violados pela prática dessas técnicas, foi de importante alvitre a menção feita às implicações jurídicas também decorrentes desses métodos de reprodução, como decidir as relações de parentesco nas técnicas heterólogas, que recentemente foi albergada nos tribunais decidindo pelo princípio da afetividade das relações e não apenas pelos laços biológicos; o direito do filho de conhecer sua ascendência genética em confronto com o anonimato do doador sendo apenas permitido para se evitar o incesto ou em casos de se evitar doença do ser gerado e, por fim, o destino dos embriões excedentes que por hora ainda causa muita celeuma na doutrina e jurisprudência, e mais ainda quando se decidiu em sede Ação Direta de Inconstitucionalidade pela aprovação do uso de embriões excedentes congelados a mais de três anos para serem usados em pesquisas com células-tronco, contrariando assim a legislação brasileira, onde esses embriões não poderiam ser descartados, pois a Constituição Federal resguarda o direito a vida e sem este todos os demais não existiriam.

Mesmo sem normas específicas os direitos do nascituro não podem ser ignorados e não há mais sentido para se continuar agindo de forma lacunosa, onde atitudes omissas autorizam medidas que atacam direitos fundamentais desses seres inofensivos e desde já pode se contar com mecanismos emergenciais, aplicando-se normas constitucionais, que se referem à proteção da pessoa humana, a esses casos, enquanto legislações específicas não são elaboradas para a proteção da vida e dignidade dos embriões humanos.

A jurisprudência ainda não possui consenso quanto as suas decisões, que às vezes decide por condicionar seus direitos ao nascimento com vida e outras desde a concepção. É fácil observar quem tem crescido entre os julgados, decisões que reconhecem a tutela jurídica do nascituro desde a concepção, merecendo desde sempre a mais ampla proteção jurídica encontrando respaldo no artigo 2º do Código Civil. Resta aos aplicadores do direito usar os mecanismos apropriados para a proteção efetiva dos nascituros, seja concebido de forma natura ou artificial.

Infelizmente não é possível em sede de trabalho monográfico, exaurir a

discussão em torno do assunto tão polêmico e interessante, que mobiliza doutrinadores de todo mundo, mas espera-se ter contribuído através do desenvolvimento da presente pesquisa, para a difusão do assunto e futuros estudos a respeito do tema.

REFERÊNCIAS

Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 3510-0/600. Disponível em: http://noticias.pgr.mpf.gov.br/noticias-do-site/pdfs/ADI_3510%20parecer.pdf. Acesso em: 03 de abril de 2008.

BRASIL, Constituição (1998). Brasília: Senado Federal Subsecretaria de Edições Técnicas, 2004.

_____, Código Civil de 2002, 3 ed. São Paulo: Manole, 2004.

BÍBLIA SAGRADA, Traduzida por João Ferreira de Almeida, Sociedade Bíblica do Brasil. São Paulo, 1995.

BERNARDO, Karla. **Quem quer ter um bebê?**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1852>. Acesso em: 05 de jan. de 2008.

CÂNDIDO, Nathalie Carvalho. **Reprodução medicamente assistida heteróloga: distinção entre filiação e origem genética**. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1480, 21 jul. 2007. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10171>. Acesso em: 27 mar. 2008.

CHAVES. Benedita Inêz Lopes. *A Tutela Jurídica do Nascituro*. São Paulo: LTr, 2000.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito de Famílias**, 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2007.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil, Direito de Família*. 20º Ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina Legal**: 5 ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1998.

FERNANDES, Sílvia da Cunha. **As técnicas de Reprodução Assistida e a Necessidade de sua Regulamentação Jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

GRACIANO, Lilian Lucia. Reprodução Humana Assistida: Determinação da paternidade e o anonimato do doador. *Inteligência jurídica*. Recife, ano IV, n. 63, 12 de ago. 2003. Disponível em: http://www.inteligentiajuridica.com.br/v3//artigo_visualizar.php?id=636. Acesso em: 09 de nov. de 2007.

JÚNIOR, José Gonçalves Franco. **Debate sobre o artigo de Fernando Zegers-hochschild.** Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X998000500004. Acesso em: 09 de março de 2008.

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

LEITE, Eduardo Oliveira. **Os sete pecados do novo direito de família.** Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 94, n. 833, mar. 2005
MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 18 ed. São Paulo: Editora Atlas S/A, 2005.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. **A vida humana embrionária e sua proteção jurídica,** Rio de Janeiro: renovar, 2000.
TAVARES, Carolina. **Barriga de aluguel.** Disponível em: <http://www.original123.com.br/wp/?p=3718>. Acesso em: 03 março de 2008.

SILVA, Eliane Cristina da. **Temas polêmicos de direito de família.** Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2003.

SCUTTI, Renata Calvacante. Barriga de aluguel – Obrigação Lícita?. Disponível em: <http://www.viajus.com.br>. acesso em: 03 de março de 2008.

STF. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=89758&tip=UN>
Acesso em: 06 de março de 2008.

TJ SP. Tribunal de Justiça de São Paulo. Disponível em: <http://cjo.tj.sp.gov.br/esaj/jurisprudencia/consultaCompleta.do>. Acesso em: 06 de maio de 2008.

TJ RS. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Disponível em: http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/ementa.php. Acesso em: 06 de maio de 2008.

TJ SC. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Disponível em: http://tjsc6.tj.sc.gov.br/jurisprudencia/VerIntegra.do?p_id=AAAG5%2FAAHAAABSEAAB&p_query=nascituro&corH=FF0000. Acesso em: 08 de maio de 2008.

TJ DF. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Disponível em: <http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcgi1?DOCNUM=5&PGATU=1&I=20&ID=61179,717665817&MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=jrhtm03&OPT=&ORIGEM=INTER>. Acesso em: 08 de maio de 2008.

VENOSA. Sílvio de Salvo. Direito Civil. Vol. 1. 4 ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2004.

ANEXOS

RESOLUÇÃO CFM Nº. 1.358/92

O COSELHO REGIONAL 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.

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 possibilidade a procriação em diversas circunstâncias em que isto não era possível pelos procedimentos tradicionais;

CONSIDERANDO a necessidade de harmonizar o uso desta técnica com os princípios da ética médica;

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

RESOLVE:

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

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

São Paulo – SP, 11 de Novembro de 1992.

IVAM DE ARAÚJO MOURA FÉ
Presidente

HERCULES SIDNEI PIRES LIBERAL
Secretário – Geral

Publicada no D.O. U dia 19.11.92 – Seção I Página 16056.

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 ineficaz ou ineficiente 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 incorra em risco grave de saúde para a paciente ou o possível descendente.

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 nascer.

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

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

7- Em caso de gravidez múltipla, decorrente do uso de técnicas de RA, é proibido utilização de procedimentos que visem a reduções embrionárias.

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 conciente em documento de consentimento informado.

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

III – REFERENTE ÀS CLINICAS, CENTROS OU SERVIÇOS QUE APLICAM TÉCNICAS DE RA

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

VI – DIAGNÓSTICO E TRATAMENTO DE PRÉ-EMBRIÕES

As técnicas de RA podem ser utilizadas na preservação e tratamento de doenças genéticas ou hereditárias quando perfeitamente indicados e com suficiente 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 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 técnicas, 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 doadora temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.