

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO

DIREITOS DO EMBRIÃO FACE À FECUNDAÇÃO “IN VITRO”

REJANE MARCON

ORIENTADA

PROF^a JEANINE NICOLAZI PHILIPPI

ORIENTADORA

FLORIANOPOLIS (SC), JUNHO DE 1998

REJANE MARCON

DIREITOS DO EMBRIÃO FACE À FECUNDAÇÃO “IN VITRO”

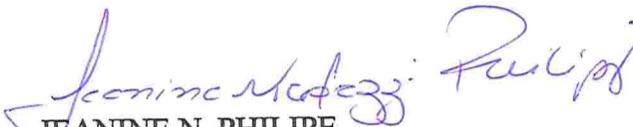
Trabalho de conclusão de Curso de
Graduação em Direito, Centro de
Ciências Jurídicas, Universidade
Federal de Santa Catarina.

Orientadora Professora Jeanine
Nicolazi Philippi.

FLORIANOPOLIS. (SC)

JUNHO DE 1998

Esta monografia intitulada DIREITOS DO EMBRIÃO FACE À FECUNDAÇÃO "IN VITRO", elaborada pela acadêmica REJANE MARCON, obteve nota 8.25 atribuída pela banca examinadora, composta pelos professores:


JEANINE N. PHILIPPE
Presidente da banca

REINALDO PEREIRA E SILVA
Membro da banca


RENATA RAUPP GOMES
Membro da banca

Florianópolis, 12 de agosto de 1998

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	5
1. DIREITOS DO EMBRIÃO FACE À FECUNDAÇÃO “IN VITRO”	7
1.1 - A Vida e a Fecundação.....	7
1.2 - Objeto da Fecundação “In Vitro”.....	10
1.3 - Antecedentes Históricos.....	13
1.4 - Técnicas de Reprodução Humana.....	14
1.5 - Aspecto Médico – Clínico.....	20
1.6 - Fertilização Assistida Frente A Igreja Católica	22
1.7 - Ponto de Vista Ético e Filosófico.....	25
1.8 - Ponto de Vista Moral.....	34
2. PONTO DE VISTA JURÍDICO.....	38
2.1 – O Estatuto do Embrião.....	38
2.2 – Embrião e o Código Civil.....	39
2.3 – Embrião e a Constituição Federal.....	42
2.4 – Código Penal e o Embrião.....	43
2.5 – Código de Ética Médica.....	46
2.6 – A Filiação.....	47
2.7 – Investigação de Paternidade	51
2.8 – Contratos.....	52
2.9 – Projetos	54

	4
3. NOVAS SITUAÇÕES E DESAFIOS.....	57
3.1 – Reprodução e as Manipulações.....	57
3.2 – Necessidade da Decisão	60
3.3 – O Melhoramento de Seres Humanos	61
3.4 – Código de Nuremberg	62
3.5 – A Lacuna do Ordenamento Jurídico	64
3.6 – O Direito à Personalidade	66
3.7 – Igualdade	70
3.8 – Tendências	71
CONSIDERAÇÕES FINAIS	73
BIBLIOGRAFIA	75

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa decorre de questionamentos feitos a partir do conceito biológico de fecundação¹, embrião, vida² e o momento em que esta é reconhecida, juntamente com o material obtido da fecundação "in vitro", como também o estatuto do embrião.

O capítulo I analisa o uso das modernas técnicas de Reprodução Assistida que se contrapõem ao posicionamento da moral e da Igreja Católica, por possuírem conceitos tradicionais a respeito de família, casamento e filhos, crêem que a vida não poderá ser objeto de manipulações, colocando, com isso, sérias indagações, levando a abordagem deste tema, cujo reflexos de ordem ético-filosófico divergem em vários pontos.

Com a evolução da medicina e das biociências, a família, tradicionalmente constituída, passa a ser questionada a partir de eventos aos quais as normas civis relacionadas ao reconhecimento dos filhos não podem ser aplicadas na sua totalidade. Enumera-se novas prováveis situações constituídas a partir do uso da biotecnologia na reprodução humana, como o uso de sêmen, óvulos e útero de outras pessoas.

Aborda-se no capítulo II as questões referentes aos embriões decorrentes da FIV, fecundação do óvulo fora do ventre materno, cujas implicações

¹ Fusão do óvulo com o espermatozóide, na qual resultará o embrião.

² O contrário de morte, iniciada com a fecundação.

jurídicas trazem à tona algumas situações ainda sem solução jurídica no Brasil, como o contrato de gestação e a autorização do marido para FIV heteróloga ocorrer. Da preocupação de alguns setores da sociedade, propõe-se a interpretação e regulamentação de tais situações, que, mesmo não contempladas pelo Ordenamento Jurídico, são vivenciadas pelos cidadãos deste país.

A obtenção deste resultado, que é um filho saudável, necessita da análise destas novas situações que nos desafiam, conforme aborda-se no capítulo III. A carência de regulamentação nas pesquisas com humanos torna-os material disponível.

A possibilidade de manipulações nos genes das células com fins diversos do terapêutico, gera o esclarecimento e regulamentação das práticas, onde a responsabilidade pelo uso desvirtuado de embriões, evidenciado pela modificação genética do embrião reflete a relevância do Estado em se ocupar da construção da devida regulamentação das questões referentes aos embriões e sua manipulação.

1. DIREITOS DO EMBRIÃO FACE À FECUNDAÇÃO “IN VITRO”

1.1 - A VIDA E A FECUNDAÇÃO

A vida humana não é um invento ou um produto e portanto não pode ser patenteada. “A natureza há milênios realiza o processo da criação e o homem a imita em seus experimentos e manipulações genéticas”.³

Ao longo dos séculos várias hipóteses foram formuladas pelos filósofos e cientistas na tentativa de explicar como teria surgido a vida no nosso planeta, imaginou-se até o século passado que esta poderia surgir, além do cruzamento dos indivíduos, da matéria bruta. Essa idéia proposta há mais de 2.000 anos por Aristóteles era conhecida por geração espontânea⁴.

Independente da teoria usada para explicar o surgimento da vida, ela está presente nos ricos, pobres, amarelos, negros ou brancos e deve ser protegida em cada etapa de desenvolvimento. É fato que o embrião humano possui vida, pois a vida biológica começa com a fecundação⁵, ou seja, fusão dos gametas. A morte é ausência da vida.

A vida na espécie humana, durante sua evolução, adquiriu peculiaridades como a razão e autoconsciência, desenvolvendo, para isso, células e órgãos capazes de realizar estas funções altamente complexas e organizadas, o sistema nervoso, suporte biológico da memória, formação do caráter e da maneira dos humanos conduzirem-se⁶.

³ OLIVEIRA, Fátima. **Bioética uma Face da Cidadania**. São Paulo: Moderna, 1997. P. 40.

⁴ PAULINO, Wilson Roberto. **Biologia**, Vol. Único, São Paulo: Ática, 1998, P. 54.

⁵ OLIVEIRA. Op. Cit., P. 84.

⁶ OLIVEIRA, Edmundo Alberto Branco de. **A Identidade Humana do Crime**. Belém, CEJUP, 1987. P. 13 à 20.

A árdua tarefa de definir a vida pode significar algo transcendente, indo além das propriedades da matéria, onde pode ser obtida com a síntese no laboratório, de moléculas orgânicas ou no organismo materno.

Tão difícil como definir a vida é tentar explicar a sua origem. Não se sabe ao certo quando surgiram as primeiras formas de vida do planeta, tão pouco a vida humana, cujo conhecimento científico aprofundado iniciou-se com o advento do microscópio⁷.

O significado de vida não possui resposta definitiva, preocupando a humanidade desde o dia em que a primeira criatura racional refletiu sobre si mesma, reconhecendo-a como algo visível, palpável, com extensão definitiva e presente em todo indivíduo⁸.

Uma das maneiras para identificar a vida consiste na aquisição de uma visão da organização de um ser vivo. Este possui o corpo constituído por unidades chamadas células, que se reúnem para formar tecidos, que por sua vez formarão os órgãos, sistemas e no final um organismo⁹.

O homem, formado por milhões de células altamente complexas e organizadas, tem como início da formação de seu corpo a união de duas células especiais denominadas gametas¹⁰. Desta união resulta o zigoto¹¹ ou célula-ovo, que surge ainda na Tuba de Falópio¹². Neste estágio forma-se um pré-embrião.

⁷ Enciclopédia Mirador. P. 11.415 à 11.420.

⁸ OLIVEIRA, Edmundo Alberto Branco de. Op. Cit., P. 21.

⁹ PAULINO, Roberto Wilson. **Biologia**. Vol. Único, São Paulo, Ática Editora, 1998. P. 15 à 19.

¹⁰ Células reprodutoras. Feminina é o óvulo e a Masculina é o espermatozóide.

¹¹ Primeira célula resultante da Fecundação.

¹² Canal que liga ovário ao útero.

A célula-ovo sofrerá uma série de divisões e, ao chegar no seu quarto dia, apresentará oito células. A mórula¹³, ou seja, maciço celular, encontra-se apto para se nidar-se no útero materno.

Após a nidação ocorrerão seguidas divisões e modificações até que o embrião adquira as características dos pais, mas isto só ocorre porque possui um conjunto de informações únicas que o instrui para que assim proceda, o seu código genético, formado pelo conjunto de genes¹⁴ existente no núcleo das células, capaz de identificar cada ser vivo.

Desta forma não é possível definir vida, mas apenas identificá-la nas suas manifestações, ou seja, não há um conceito para a vida, apenas se distingue o ser que a possui, apresentando um conjunto de características morfológicas como: corpo constituído por células, capacidade de reprodução, responder aos estímulos externos, adaptação¹⁵ e outros.

A capacidade que a célula-ovo possui de multiplicar-se e mover-se, como também o conjunto de substâncias que a formam, já manifestam a existência de vida, de um ser humano único¹⁶, que iniciou processo de formação do seu corpo, complexo, organizado e inigualável.

No sentido biológico, os sinais de vida já se manifestam logo em seguida à fecundação, seja ela na Tuba de Falópio ou em um tubo de ensaio de um laboratório, sendo que se concebe o embrião e o feto como uma pessoa em formação, "spes personae"¹⁷ cabendo, portanto, à lei proteger esta vida, embora em estado embrionário, qualquer seja sua origem.

¹³ Maciço celular semelhante a união amora. Ver Paulino. Obra já citada, P. 389.

¹⁴ GEWANDSZNALDER, Fernando. **Biologia**, Vol.1, Editora Ática, São Paulo, 1994. P. 27.

¹⁵ GEWANDSZNALDER, Fernando. **Biologia**, Vol. 3, Editora Ática, São Paulo, 1994. P. 137.

¹⁶ Ibidem. P. 15.

¹⁷ BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**, Vol. 1, P. 174.

1.2 – OBJETO DA FECUNDAÇÃO “IN VITRO”

A fecundação “in vitro”¹⁸ garante à mulher o direito de dar à luz a uma criança, mas é direito de todo embrião nascer? A técnica apresenta certos riscos à saúde da mulher que se submete a tais procedimentos em função dos hormônios que tomará, além da margem de erro na manipulação, ou seja, como o homem participa efetivamente da criação, pode trocar o material fecundante a ser usado nas mulheres, que se tornariam vítimas deste erro humano. Esta atividade gera portanto responsabilidade civil, isto é, assunção das conseqüências do próprio agir.

Recentemente, através da engenharia genética¹⁹ cientistas puderam transferir da estrutura celular algumas informações referentes ao código genético²⁰ para outras células, em outras palavras, promover a projeção modificativa do código genético destas células²¹. Esta atividade é usada em espécies vegetais, mas também pode ser utilizada em animais.

O Direito Civil Brasileiro, datado de 1916, limita pesquisas no campo das atividades que trabalham com a reprodução assistida, nele se observa o instituto da responsabilidade civil a ser imputado àquele que causar prejuízo ao grupo social. O limite imposto pela Lei 8.974, de 05 de Janeiro de 1995, além de regulamentar os incisos II e V do § 1º do artigo 225 da Constituição Federal estabeleceu punição aos técnicos da engenharia genética que manipularem células com fins diferentes do terapêutico, estabelece parâmetros para a reprodução, armazenamento e destino de embriões com intuito de usá-los como material genético disponível.

¹⁸ Técnica mediante o qual se reúnem “in vitro” os gametas masculinos e feminino, com meio artificial adequado de temperatura e nutrição.

¹⁹ Atividade de manipulação de moléculas de DNA (artigo 3º - inciso V da Lei 8.947/95).

²⁰ NETO, Francisco Vieira Lima. **Responsabilidade Civil das Empresas de Engenharia Genética**. São Paulo. De Direito, 1998. P. 25.

“Art. 13º - Constituem Crimes:

III – a produção, armazenamento ou manipulação de embriões humanos destinados a servirem como material biológico disponível.”

O progresso na área genética com relação a Reprodução Assistida, fez surgir uma nova preocupação com relação aos embriões que são produzidos fora do corpo da mãe, pois eles podem nunca serem implantados no útero de uma mulher para dar seguimento ao seu desenvolvimento. Disso surge a necessidade da regulamentação desta atividade.

Esta é, também, uma preocupação de ordem ética, pois envolve a atuação dos cientistas no congelamento de embriões ou gametas, na alteração de sua fisiologia, na clonagem, na gestação em espécies não humanas, na intervenção no patrimônio genético com manipulação do DNA, na intervenção na seleção natural²² e na decisão sobre qual embrião será implantado e qual será congelado.

De fato, hoje estão sendo cada vez mais desenvolvidos nos meios acadêmicos e científicos o mecanismo de constatação e mapeamento genético²³. Com isso, dentro de algum tempo será possível definir questões como: genes do comportamento, agressividade porte físico e outras características, mostrando genes ideais ou perfeitos, que poderão dar vida à utopia de um ser humano dócil e obediente ou forte e inteligente. Esta produção específica de conhecimento, embora seja hipótese, pode ensejar disputas e discriminação racial²⁴.

²¹ Alteração de certos genes referentes a certas características ou anomalias.

²² Meio pelo qual Darwin explica evolução dos seres vivos.

²³ NETO. Op. Cit., Para o autor o mapeamento genético é a atividade de identificação dos genes, material químico das células responsável pela determinação de uma característica. P. 29

²⁴ OLIVEIRA, Fátima. Op. Cit., P. 63.

Com aumento da tecnologia, que por razões de mercado, atropelam muitas discussões éticas acerca daquilo que é realmente válido para a humanidade, que permanece inerte diante das novas situações as quais são expostas em função do desenvolvimento tecnológico. A biotecnologia ultrapassa as discussões jurídicas que estão presas aos antigos conceitos de nascituro, maternidade, filiação e aborto.

O Ordenamento Jurídico protege toda vida humana, seu patrimônio e sua honra, inclusive aquelas em formação, garantindo o direito de nascer, conforme cita o artigo 4º do Código Civil.

“Art. 4º - A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro.”

Nascituro é aquele que vai nascer, ou seja, feto ou embrião em desenvolvimento que, devido ao uso das técnicas de Reprodução Assistida, se encontra fora do corpo materno e sujeito aos atos dos cientistas curiosos, podendo não estar amparado pelo dispositivo acima citado.

Procurando oferecer subsídios para instrumentalizar este tema, a bioética cujo protagonista do termo foi Rensselaer POTTER, surge como uma nova área de pesquisa ou campo de aprendizagem para ajudar a humanidade nas pesquisas, confrontando-as com valores humanos, que junto com o direito, visa à resolução de conflitos e a organização social. A razão da bioética é ajudar o cientista a conhecer a ciência, tendo como princípio básico a defesa da dignidade humana

quando se ocupa das discussões relacionadas com as técnicas de procriação assistida²⁵.

1.3 - ANTECEDENTES HISTÓRICOS

A busca de solução para a ausência de descendentes já é encontrada na Bíblia, onde Raquel, filha de Labão, não podia engravidar e ofereceu uma escrava a seu esposo para que pudesse ter filhos através dela²⁶. A mitologia reivindica para Zeus a primazia de ter engravidado Danae, filha de Acrísio, enclausurada para não dar à luz a Perseu, que mataria o avô para usurpar o trono²⁷.

Gena CORREA, jornalista americana, relata em seu livro "The mother machine"²⁸, que a transferência de embriões teve início em 1827, onde coelhos receberam embriões de alguns dias. Obtiveram também, uma gestação com sucesso, pecuaristas que usavam esta técnica em vacas e cabras. Quanto à inseminação artificial, tem-se notícias que os árabes a usaram para engravidar as éguas do exército inimigo com sêmen de cavalos doentes.

Esses fatos serviram de base para que tais técnicas fossem experimentadas em seres humanos. As décadas quarenta e cinquenta foram marcadas pela extração dos gonadotrofinas²⁹, hormônios femininos e laparoscopia³⁰. Nas décadas seguintes tivemos notícias do uso dessas técnicas em seres humanos, mas com muitos insucessos. A primeira fertilização "in vitro" com um nascimento, foi

²⁵ OLIVEIRA, Fátima. Op. Cit., P. 48.

²⁶ **Bíblia Sagrada**. Ver Antigo Testamento.

²⁷ BARBOZA. Op. Cit., P. 32.

²⁸ OLIVEIRA, Fátima. **Bioética uma Face da Cidadania**, Moderna Editora, 1997. P. 34

²⁹ Revista de Direito Civil – Imobiliário, Agrário e Empresarial, N.º 44, ano 12, Editora RT, abril/junho de 1988. P. 74.

³⁰ Ibidem.

realizada pelo médico Steptal e pelo biólogo Edwards, surgindo em seguida os bancos de sêmen, de embriões e as investigações genéticas³¹.

Em 1962 o geneticista norte americano Herman Joseph MULLER propôs a criação de um banco de sêmen humano recolhido de homens com certas qualidades, visando a ampliar a qualidade do sêmen³².

Essas técnicas se difundiram lentamente, muito embora ainda hoje, encontrem alguns obstáculos de ordem moral e religiosa, pois ainda não há segurança sobre o uso exclusivo e o objetivo desta técnica, ou seja, contornar a esterilidade conjugal.

Na opinião do veterinário Jim CUMMENS, professor da Universidade Murdoch, Austrália, citado por Fátima de OLIVEIRA³³.

“(...) esses procedimentos beiram as fronteiras do que seja eticamente aceitável, pois esta solução se desenvolve mais rápido do que nossa compreensão”.

1.4 - TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA

Atualmente é divulgado a existência de cinco métodos de reprodução assistida, segundo Heloísa Helena BARBOZA³⁴.

1º - Inseminação artificial (IA); o líquido seminal é injetado pelo médico na cavidade uterina ou no canal cervical da mulher, na época em que o óvulo

³¹ CALLIOLI, Eugênio Carlos. Op. Cit., P. 44 à 45.

³² CALLIOLI, Eugênio Carlos. Op. Cit., P. 46.

³³ OLIVEIRA. Op. Cit., P. 38.

³⁴ BARBOZA. Op. Cit., P. 35.

se encontra apto a ser fertilizado. Se o líquido seminal for do marido há a inseminação artificial homóloga, se de um terceiro é do tipo heteróloga.

2° - Fecundação "in vitro" (FIV); a mulher sofre uma estimulação hormonal onde vários folículos serão sugados do corpo por punção vaginal. Cada folículo contém um oócito, que é o óvulo imaturo. Em cada oócito será injetado um espermatozóide. Depois de quatro ou cinco dias de fertilização, serão inseridos na cavidade uterina.

3° - Transferência intratubária de gametas (GIFT); através desta técnica os gametas masculinos e femininos serão transferidos para a Tuba de Falópio, onde a fecundação deverá ocorrer.

4° - Transferência peritonal de gametas (POST); serão transferidos os óvulos e espermatozóides para a cavidade peritonal de quem irá gestar o embrião.

5° - Transferência intratubária de embriões (ZIFT). Após 18 horas da fertilização os embriões serão colocados na Tuba de Falópio.

Este trabalho ficará restrito à análise das repercussões jurídicas, morais, éticas, religiosas e filosóficas relativas à Fecundação "in vitro", com alguns enfoques a inseminação artificial. Segundo André CHARLIER e Vicente CASCIONE³⁵ este termo é inadequado, porque a fecundação é sempre natural sendo artificial o meio empregado para que esta ocorra.

Atualmente distinguem-se em sete grupos³⁶ de tratamento, as atuais indicações da fecundação "in vitro".

1° - Fracasso no tratamento do fator tubário;

2° - Inaplicabilidade de tratamento do fator tubário;

³⁵ CASCIONE, Vicente Fernandes. **A Fecundação Artificial em Face do Novo Código Penal Brasileiro**. Arquivos do Ministério Público. P. 72 à 73.

³⁶ BARBOZA, Op. Cit., P. 73 / 33.

3° - Inaceitação do tratamento do fator tubário;

4° - Canal cervical hostil;

5° - Esterilidade idiopática;

6° - Esterilidade masculina;

7° - Impotência coeundi feminina;

A fecundação "in vitro" é usada com frequência para suprir a esterilidade secundária, ou seja, decorrente da laqueadura ou obstrução tubária.

De acordo com os especialistas a coleta dos folículos contendo os oócitos é feita mediante a laporoscopia ecográfica por via vaginal que está sendo superada pela punção vaginal, que após aspirados de 7 (sete) a 8 (oito) folículos³⁷, há uma classificação e só os maduros serão submetidos à inseminação com os espermatozóides já preparados, cerca de 150.000,00 (Cento e cinquenta mil) móveis e normais.

"Após dezoito (18) horas de estufa, os pró-núcleos dos gametas desapareceram, neste momento temos os embriões, que ao atingirem 8 células, serão transferidos para o útero. Um cateter inserido no orifício cervical deixará passar em torno de 4 embriões apenas sendo desprezando os outros embriões. A paciente deve se submeter a um suporte progestacional³⁸ para conseguir manter os embriões no útero.

³⁷ SCARPARO, Mônica Sartori. **Fertilização Assistida Questão Aberta Aspectos Científicos**. Editora Forense, 1991. Rio de Janeiro. P. 11.

³⁸ Ibidem.

Não é fácil apurar os resultados das fertilizações “in vitro”, em razão dos diversos critérios usados pelas diversas equipes médicas, mas as estatísticas mostram que é por volta de 18% (dezoito por cento). De onde surge o problema a ser abordado neste trabalho, pois um grande número de embriões é perdido após fecundação em laboratório, inclusive depois da gravidez já estar adiantada. Se um único embrião for “produzido” e transferido, o procedimento terá que ser repetido em torno de 4 (quatro) vezes para que a gravidez ocorra, mesmo assim, metade dos casos com sucesso terminam em aborto espontâneo”³⁹.

Outro inconveniente é o da gestação gemelar⁴⁰, devido a multiplicidade de embriões implantados, sendo que, mais de um segue seu desenvolvimento.

Grande polêmica decorre do destino dado os embriões não utilizados e que ficaram crioconservados no laboratório, pois a técnica exige a formação de vários embriões. Questão de suma importância, também, é o destino dos embriões transplantados decorrentes da gestação gemelar.

A resolução nº 1358/92 do Conselho Federal de Medicina, considera que o número ideal de embriões a serem transferidos não deve ser superior a 4 (quatro). Todavia, são retirados de 5 a 8 (cinco a e oito) óocitos, isto implica dizer

³⁹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. Revista dos Tribunais. RT-729, Julho de 1996, 85º ano, P. 44.

⁴⁰ SCARPARO. Op. Cit., P. 12.

que ficam sobrando de 1 (um) até 4 (quatro) embriões, cujo destino está à cargo do casal e da entidade médica.

1.6 - “O número ideal de oócitos e pré-embriões a serem transferidos para a receptora não deve ser superior a quatro, (...)”

Biologicamente quando há união do gametas feminino com o masculino dá-se o início à formação de um novo ser humano, ou seja, a célula-ovo já constitui uma vida humana. Essa afirmação, contudo, não é aceita pela medicina e por alguns éticos práticos como Peter SINGER, que o considera agrupamento de células.⁴¹

Muitos casais desprezam os embriões excedentes depois de efetivada a gravidez, determinando sua destruição ou autorizando seu uso em pesquisas. Este comportamento gera polêmica, tangenciando a filosofia, religião, moral e o direito que, além de não acompanhar a evolução científica, apresenta divergência entre o atual artigo 4º do Código Civil e Penal artigo 121 e os seguintes do Código Penal a respeito do que seja embrião.

O Código Civil não conceitua nascituro ou vida, sendo necessário recorrer aos juristas filósofos e médicos para fazê-lo.

Segundo a autora Heloísa Helena BARBOZA, em seu livro “A Filiação”, a privação do nascimento é uma forma de destruição vida humana, ainda que na etapa inicial de desenvolvimento. Se esse tipo de atuação não transgride uma norma jurídica, transgride uma norma moral, religiosa ou ética, pois a vida, como

⁴¹ SINGER. Op. Cit., P. 166.

fenômeno único, não admite gradações, sendo absurdo garantir o direito à vida apenas em uma determinada fase de desenvolvimento humano.

Para Hélio GOMES, a palavra nascituro, mencionado, no Código Civil artigo 4º, designa o embrião humano do momento de concepção até o parto e dessa forma fica subtendido que a vida tem início com a fecundação. Nilson do Amaral SAN'TANNA tem a mesma opinião, citado por Heloísa Helena BARBOZA, cujo texto merece transcrição⁴².

“A vida humana irrompe e inicia a sua estrutura somática no exato momento da fecundação, antes, portanto do ovo se implantar no útero.

A nidação garante apenas o prosseguimento de um processo vital já em andamento, decorrente de seu próprio poder genético, e a continuidade citológica, cujas linhas prévias já lhe chegaram esboçadas no desenho das primeiras divisões mitóticas.”

Segundo as escolas médicas e jurídicas, a gravidez compreende o período entre a nidação do ovo no útero materno até o parto, afirmando inexistir crime de aborto na fertilização “in vitro” quando os embriões são inutilizados, pois a gravidez, só existe em organismos vivos. Em relação aos embriões excedentes da gravidez gemelar nada comentam. Então, qual a vida que o Código Civil protege? Qual o princípio que enseja a proteção? Qual o critério que desqualifica os embriões fecundados “in vitro” de proteção?

1.5 - ASPECTO MÉDICO – CLÍNICO

O zigoto, ou célula-ovo, é um ser vivo independente do meio que o rodeia. Possui a potencialidade necessária para dar origem a um ser humano adulto, com sua organização exclusivamente humana, diferente das estruturas das demais criaturas vivas⁴³.

Na fecundação “in vitro” o problema reside no grande número de fracassos, isto é, na perda de muitos embriões humanos que, para alguns autores, é uma espécie diferente de aborto. Estima-se que 50% (cinquenta por cento) dos embriões humanos transferidos com êxito, podem ter anormalidades cromossômicas, que os leva à morte, pois a superovulação favorece o aumento de aberrações cromossômicas, além de favorecer a fertilização polispérmicas (vários espermatozoides), ao deixar sem valor certas proteções naturais destinadas à evitar os gametas masculinas anormais fecundem o feminino. A concepção de crianças monstruosas se soma às dificuldades éticas e legais da técnica.⁴⁴

Mas o que leva uma pessoa a fazer uso das técnicas de Reprodução Assistida?

Será o amor materno um instinto, uma tendência feminina inata ou depende de um comportamento social, variável de acordo com a época e os costumes. Sem dúvida alguma que tanto o desejo da maternidade como a da paternidade foram, ao longo dos tempos, sendo inscritos pela cultura no caráter do homem e da mulher, como fonte essencial para a preservação da espécie.

⁴² BARBOZA. Op. Cit., P. 76 à 77.

⁴³ CALLIOLI, Eugênio Carlos. Revista de Direito Civil - Imobiliário – Agrário e Empresarial, N.º 44, ano 12, Junho/Julho de 1998, Editora RT. P. 73.

⁴⁴ EWERLÖF, Goran. A Inseminação Artificial de Direito Civil, Ano II, julho 1987, n.º 41. RT. P. 6.

A infertilidade, em muitas culturas, foi considerada como castigo divino. Um casal infecundo, mesmo na sociedade atual, poderá ser considerado por muitas pessoas como desviado do padrão dominante da sociedade, que é a presença de filhos. Percebe-se então porque tantos casais se socorrem nas novas técnicas para suprirem sua falha orgânica⁴⁵.

Para James TUBENCHEAK⁴⁶:

“A nobreza da maternidade avulta com tamanho vigor, que sequer às mães solteiras retira-lhes consideração, respeito e proteção face a seu status.

Porque o estado ou qualidade de mãe, mais que predestinação biológica, responde a uma necessidade fisiológica que até no Antigo testamentos havia referencia.

Quando a mulher casada ou não, chega ao extremo de permitir o uso de tais técnicas é porque o casamento e sua existência são insuportáveis pela ausência de filhos.”

Paulo RIBELATO, médico psiquiatra, afirma que a questão da fertilização assistida tem sua origem na parte impulsional, instituindo o desejo de gerar, mais intenso na mulher, pois é o resultado da bio mais a psique⁴⁷.

⁴⁵ Ibidem. P. 74.

⁴⁶ Ibidem.

⁴⁷ Ibidem.

1.6 - FERTILIZAÇÃO ASSISTIDA FRENTE À IGREJA CATÓLICA

Para os católicos o valor que damos aos bebês e embriões é uma atitude puramente religiosa e não um valor ético universal, pois revela o caráter sagrado da vida humana.

A Igreja Católica decidiu, pelo Decreto de 17 de março de 1897, por meio da Sagrada Congregação do Sacra Romana e Universal Inquisição, ser ilícita a fecundação artificial na mulher. O Papa Pio XII, num pronunciamento realizado em Roma em 1949, afirmou ser imoral a fecundação fora do matrimônio e que o resultado visado não justifica o emprego do meio.⁴⁸

Com base no apelo que a Igreja Católica fez em 1987, influenciada pela instrução “**Donum Vitae**” (O Dom da Vida)⁴⁹, se conclui sobre a rejeição de todas as formas de inseminação artificial. Esse documento pronunciou que a gestação só é admitida se for resultado de relação interpessoal entre homem e mulher casada. Neste discurso não há menção ao uso de alguns meios para facilitar o ato natural.

Na matéria intitulada “Pregação do Deserto”, divulgada na Revista Veja, o cardeal de Fortaleza, Dom Ivo LOSCHEIDER ratifica a posição da igreja, afirmando que todas as experiências para fazer bebês de proveta são condenáveis e têm repercussão terrível sobre a humanidade, porque a procriação tem como fundamento o amor entre os esposos e quando este não existe, qual o significado da criança. A autonomia da ciência é relativa, pois termina onde começam os direitos do homem e toda vida provém de Deus. Tal técnica viola, portanto, a lei natural.⁵⁰

⁴⁸ Ibidem.

⁴⁹ Ibidem.

⁵⁰ CALLIOLI, Eugênio Carlos. **Aspecto da Fecundação “in vitro”**. Revista Direito Civil, n.º 44 – RT, P. 82.

A primeira intervenção do magistério da igreja em matéria de Reprodução Assistida foi uma resposta do Santo Ofício de 24.03.1887, que declara ser ilícito “*Artificialis mulieris foecundatio*”⁵¹, inegavelmente atinge a FIV heteróloga e homóloga. Pio XII esclarece que os dois aspectos, unitivo e procriativo da sexualidade são inseparáveis e todas as tentativas de fecundação “*in vitro*” devem ser excluídas pois são imorais e ilícitas e, ainda, contrárias à lei natural e à moral católica.

João XXIII na encíclica “*Mater et Magistra*”, lembra que a transmissão da vida humana foi conferida pela natureza a um ato natural e consciente. Em outras datas, e por outras encíclicas segue-se o mesmo ponto de vista, sendo que, no discurso à Associação Médica Mundial de 29.10.1983, o Papa João Paulo II, recordou que este gênero de intervenção não deve causar prejuízo à origem da vida humana, isto é, a procriação vinculada à união não apenas biológica, mas a do matrimônio.⁵²

Numa recente declaração sobre o aborto procurado, ou seja, o não espontâneo, João Paulo II condena de modo mais explícito e formal, as manipulações e experimentos com embriões humanos, por que estes, desde a concepção até a morte, não podem ser instrumentalizados para nenhum fim.⁵³

No ano de 1982 os Bispos Católicos da Austrália apresentaram uma proposta ao Committee to Examine In Vitro Fertilization⁵⁴, nesta , afirmou-se que a FIV é inaceitável por ser contrária ao princípio da viabilidade da vida humana, além do mais a FIV heteróloga priva o direito de todo ser humano nascer em uma verdadeira família que assegure a sua identidade e sereno desenvolvimento.

⁵¹ Revista de Direito Civil, N.º 44. Op. Cit., P. 83.

⁵² Ibidem. P. 84.

⁵³ Ibidem.

⁵⁴ Ibidem. P. 85.

Quando à FIV homóloga, por implicar na separação entre os aspectos unitivo e procriativos da sexualidade, esta é igualmente condenável.

Há outros documentos que expressam reservas com relação a FIV, citada por Eugênio Carlos CALLIOLI⁵⁵ pelos atentados que vêm produzidos contra a dignidade e a vida física do embrião.

Com esta postura não se deve pensar na pretensão de obstruir ou frear o progresso científico, mas de alerta aos médicos que devem reencaminhar suas pesquisas para o campo da cura da esterilidade e “para que possa ajudar as esposas a viver seu amor, respeitando a estrutura e finalidade do ato conjugal que o exprime” (João Paulo II).⁵⁶

“No sêmen, a vida não pertence ao indivíduo só, mas à espécie humana. Por isso, a fecundação na espécie humana não é função apenas da matéria, mas do mundo interior espiritual. A fusão do esperma no óvulo traduz a última expressão do amor que une duas personalidades. A fecundação exprime a consumação normal do ato consciente e recíproco de dois seres humanos que se unem para ser esposo e esposa” (Pe. Estevão Bittencourt, OS.P).⁵⁷

“Como carolário, a procriação de modo algum se nivela a um processo de laboratório, nem deriva dos chamados homens em conserva, há de ser fruto de

⁵⁵ Ibidem. P. 86.

⁵⁶ Ibidem. P. 20.

⁵⁷ Ibidem. P. 26.

uma relação pessoal entre os cônjuges, que têm direito recíproco sobre seus corpos, a fim de fazer surgir uma nova vida. O filho fruto do sêmen de um terceiro fica à margem de qualquer laço moral e jurídico da procriação” (Pio XII).⁵⁸

1.7 - DO PONTO DE VISTA ÉTICA E FILOSÓFICO

Quando se discute sobre a fase inicial de formação do embrião, que mantido vivo em um fluido especial fora do corpo humano, utilizando-se o argumento de que este tem o direito à vida por ser membro da espécie *Homo Sapiens* não é suficiente, pois o embrião não é pessoa e não possui características da individualização. O processo da FIV leva à criação de embriões que vão transformar-se numa pessoa se houver o transplante. Mesmo assim, não se tem certeza que seja uma pessoa, aja como uma pessoa e viva como uma pessoa. Quando se destrói um embrião, este apenas possui o código genético humano e, portanto, a potencialidade de transformar-se num bebê que, depois de certo tempo, teria a capacidade de raciocinar e ter consciência de sua existência.⁵⁹

O mundo passa por um problema de superpopulação e a especulação de que estas novas técnicas poderão vir a ser utilizadas perversamente, com o fim de criar crianças feitas para obedecer e manipular aleatoriamente o material genético, descartado nas tentativas de solucionar a infertilidade humana.

⁵⁸ Revista de Jurisprudência. Arquivos do Tribunal de Alçada do Rio de Janeiro. Outubro/Dezembro, 1979. Vol. 21, Lese Editora. P. 25.

⁵⁹ SINGER. Op. Cit., P. 167.

Peter SINGER⁶⁰ sugere que não seja atribuído à vida de um embrião um valor maior que aquele dado a um animal no mesmo nível de racionalidade consciência e capacidade. Uma vez que não é pessoa não tem direitos de pessoa. Na FIV muitos embriões existem apenas para garantir o desenvolvimento de somente um deles, sua morte põe fim a uma existência sem valor intrínseco.

Na opinião de Arnaldo RIZZARDO⁶¹, a possibilidade de fertilizar um óvulo e injetá-lo no útero daquela que o forneceu, ou não, traz profundas conseqüências. Há aqueles que falam em programação de novas gerações à base de seleção dos embriões, portadores de genes determinados e gametas escolhidos de doadores ou de vendedores.

Sabe-se que muitos embriões excedentes ou criados de propósito, segundo Paolo VERCELLONE⁶², são cedidos para bancos de embriões, nos quais aguardam o momento oportuno para serem utilizados, o que poderá ensejar um comércio altamente qualificado com espécies classificadas, ou seja, um processo de depuração de raças com o fim de evitar crianças portadoras de doenças. O interessado comparecerá ao estabelecimento e “adquirirá” o futuro filho, nos moldes desejados.

A questão mais delicada, todavia, prende-se à eliminação⁶³ dos embriões que não são aproveitados ou estão com defeito, isso é, a existência de um enorme número de projetos de seres humanos congelados, que aumenta a cada dia, com todos os caracteres somáticos e psíquicos de um determinado e irrepetível ser da espécie humana sendo este usado como coisa.⁶⁴

⁶⁰ SINGER, Peter. *Ética Prática*, Fontes Editora, 1994. P. 147.

⁶¹ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*, Vol. 1, Editora Aide, Rio de Janeiro, 1994. P. 253.

⁶² RIZZARDO. Op. Cit., P. 255.

⁶³ RT- N.º 729. Op. Cit., P. 44.

⁶⁴ RIZZARDO. Op. Cit., P. 254.

É deixado aos homens que operam com a técnica e para os doadores do material genético o poder de decidir sobre a possibilidade dos embriões se tornarem homens verdadeiros ou manipulados em experiências, por ora grosseiras, mas com chances de se aperfeiçoarem.⁶⁵

RIZZARDO, considera a eliminação de qualquer embrião imoral e proibida, pois a vida começa com a fecundação e acrescenta o pensamento de Sérgio FERRAZ, onde é evidente que inexistente um direito de propriedade do embrião, eis que já é vida humana. Assim, o casal não pode decidir sobre a eliminação, não cabendo o uso em experimentos ou comercialização.⁶⁶

Há uma discussão filosófica a respeito do começo da vida nascente no ser humano. A maioria dos filósofos Aristotélicos como São Tomaz de Aquino, sustentam que a humanidade está presente desde a concepção.⁶⁷

Dentre várias questões éticas discutidas atualmente se destaca aquela referente ao aborto, onde configuram os conservadores, que o condenam, e os liberais que o defendem, não conferindo aos fetos e embriões o status de ser humano.

Com a utilização da FIV, procedimento que já deu origem a milhares de bebês saudáveis colocando, um problema pelos conservadores com relação aos embriões nos primeiros dias de fecundação. Como a FIV produz mais embriões do que pode seguramente ser transferido para o útero da mulher os remanescentes ficam conservados por anos, doados para pesquisas ou inutilizados por que jamais serão queridos.

Exames radiológicos podem denunciar doenças genéticas nestes embriões e sendo rejeitados para o implante, há quem especule a possibilidade de

⁶⁵ RIZZARDO. Op. Cit., P. 255.

⁶⁶ ANTONIO, Sérgio. **Manipulações Biológicas e Princípios Constitucionais: Uma Introdução.** Fabris Editora.

serem depositados em um banco, para fornecerem células aos que delas necessitam.⁶⁸

Para Peter SINGER⁶⁹, experiências com os embriões colocam questões éticas difíceis, pois muitos consideram o desenvolvimento do ser humano um processo gradual, mas se considerarmos o óvulo fertilizado imediatamente após a concepção será difícil ficar abalado com sua morte porque não possui nenhuma característica anatômica do ser no qual mais tarde irá se transformar. É impossível distinguir no embrião de quatorze dias qual célula fará parte da placenta⁷⁰, do saco amniótico e do corpo do embrião.

No outro extremo situa-se o ser humano adulto, cujo assassinato é um ato universalmente condenado. Não existindo uma linha absolutamente nítida que separe o óvulo fertilizado do adulto, surge assim o problema entre aqueles que defendem o valor da vida humana desde a concepção se contrapondo ao emprego da FIV com relação a opinião de Peter SINGER, que dentro dos limites éticos, não religioso, discute o valor da vida para solucionar o problema.⁷¹

Enquanto os conservadores chamam a atenção para a continuação entre o óvulo fertilizado e a criança o autor destaca as seguintes e possíveis linhas divisórias capazes de distinguí-los de forma significativa.

Nascimento: é a mais visível das possíveis linhas e que melhor se ajusta á argumentação liberal e aos nossos sentimentos, mas não é suficiente para transformá-lo em linha que decide se um ser pode ou não ser morto. Para os

⁶⁷ BRITÂNICA, Enciclopédia. Vol. 1, P. 431.

⁶⁸ OLIVEIRA. Op. Cit., P. 35.

⁶⁹ SINGER. Op. Cit., P. 147.

⁷⁰ PAULINO. Op. Cit., P. 391

⁷¹ SINGER. Op. Cit., P. 147.

conservadores a localização do ser, dentro ou fora do útero não configura diferença e destruí-lo seria um erro nas duas situações.⁷²

Viabilidade: recuando a linha divisória ao tempo em que o feto poderia sobreviver fora do útero, tornando-se igual ao bebê nascido prematuramente; que pode ser tratado diferente, de acordo com a tecnologia, onde há trinta anos um bebê de seis meses não sobreviveria, mas atualmente tem boas chances de sobreviver. O fato do bebê ser totalmente dependente da mãe não explica que não tenha direito à vida e esteja sujeito à vontade de seus pais, não é plausível que se dê a mãe o direito de destruí-lo.⁷³

Primeiros Sinais de Vida: é a época em que a mãe sente o feto mexer-se, que segundo a teologia católica tradicional, era o momento em que ganhava sua alma, porém já foi rejeitada, pois o ultra-som mostra que o feto começa a mover-se sem que a mãe possa senti-lo, e na sua falta não se pode negar o direito de continuar vivo.⁷⁴

Consciência: é a capacidade de sentir prazer ou dor, e que possui grande importância moral. Os adversários do aborto defendem a idéia de que o ser humano tem direito à vida desde a concepção, seja ou não consciente de si próprio.⁷⁵

⁷² SINGER. Op. Cit., P. 148.

⁷³ Idem. P. 149.

⁷⁴ Idem. P. 151.

⁷⁵ Idem. P. 152.

*“Os conservadores pisam em terreno firme quando insistem que o desenvolvimento que vai do embrião ao recém-nascido é um processo gradual”.*⁷⁶

Para os liberais, numa sociedade pluralista⁷⁷, devemos ser tolerantes com idéias diferentes, cabendo ao casal, ou a mulher, decidir sobre o uso ou não da técnica, não devendo ser coagidos por outros que seguem concepções morais particulares sobre o valor da vida humana.

Peter SINGER traz algumas conclusões a respeito do valor da vida, onde “humano”⁷⁸ se subdivide em duas noções específicas: ser um membro da espécie *Homo Sapiens* e ser uma pessoa. Uma vez o termo desmembrado, percebe-se a fragilidade da premissa conservadora de que termo humano é equivalente à expressão pessoa, o argumento de que o feto é ser humano é uma falsidade “pois o feto não é humano. Se tomado apenas com o significado de membro da espécie *Homo Sapiens* a defesa conservadora de vida fetal tem por base uma característica de significação moral”.⁷⁹

O autor sugere que não atribuamos à vida embrionária ou fetal um valor maior que o atribuído à vida de um animal no mesmo nível de racionalidade, autoconsciência e capacidade de sentir dor. Uma vez que não são pessoas não têm o mesmo direito à vida que as pessoas. Não nega, porém, que o feto seja ser humano em potencial, se por “ser humano” estiver se referindo a um membro *Homo Sapiens* com capacidade de advir como um ser racional e autoconsciente, uma pessoa.⁸⁰

⁷⁶ Ibidem.

⁷⁷ OLIVEIRA. Op. Cit., P. 58.

⁷⁸ SINGER. Op. Cit., P. 160.

⁷⁹ Idem. P. 161.

⁸⁰ Ibidem.

Quando se discute o status do embrião no laboratório, ou seja, na fase inicial de formação, trata-se de discussão relativamente nova, mas a base é a mesma dada no debate sobre o aborto, cujo argumento contra a experiência com embriões se funda na afirmação segundo a qual, o embrião tem direito à proteção por constituir um ser humano. O fato do embrião pertencer à espécie Homo Sapiens também, como os fetos, não é suficiente para considerá-lo humano, além disso os seres humanos são indivíduos e, os embriões usados em experiências ainda não apresentam nenhuma característica de individualização, colocando, com isso, um problema para aqueles que enfatizam o continuum de nossa existência. É ainda mais difícil sustentar que um embrião de alguns dias seja humano, num momento que não passa de um agrupamento de células⁸¹. Para o autor, é difícil dizer em qual estágio as crianças podem ver-se como entidades distintas, dotadas de existência no tempo, mas isto não é motivo para que seja traçada uma linha divisória no lugar errado ou de forma equivocada.⁸²

Eugênio Carlos CALLIOLI, traz outras considerações que julga de ordem ética⁸³, quando afirma que a natureza do embrião é sempre a mesma, quer tenha sido realizada no interior do corpo da mãe ou no tubo de ensaio, apenas por ignorância das elementares leis biológicas pode negar-se que o embrião é um ser humano. O próprio Edwards define o embrião já desde o período pré-implantatório como “microscópico ser humano em precocíssimo estágio de desenvolvimento”.⁸⁴

Desde a fecundação o que está em jogo é a vida humana, um novo homem dotado de valor intrínseco, independente do grau de desenvolvimento,

⁸¹ SINGER. Op. Cit., P. 161.

⁸² Ibidem. P. 162.

⁸³ Revista de Direito Civil, N.º 44. Op. Cit., P. 75.

⁸⁴ Ibidem. P. 77.

tornando a FIV inválida, pois para cada criança nascida, faleceram muitas outras em decorrência de falhas técnicas, embora previstas.

Muitos defensores do aborto e do uso da FIV tratam a mesma como fruto da fusão dos gametas humanos como uma simples “coisa”⁸⁵, que poderá ser congelada caso seja “conveniente” ou “útil”, isto é, utilizados como objeto de pesquisa. Todavia para aqueles que defendem a vida como um processo, seria incorreto manipular embriões, se nem sequer para um fim tão louvável e bem intencionado como o de dar filhos a pessoas estéreis.

Não é eticamente admissível que a vida conte-se como recursos disponíveis. Nada justifica que vidas humanas sejam “produzidas” com possibilidades de sobrevivência limitadas.⁸⁶

A complexidade do tema e suas implicações ético-jurídicas fizeram com que se reunisse na Inglaterra uma comissão com a finalidade de fixar normas para utilização da FIV, que ficou conhecida como Comissão Warnock. Com o mesmo objetivo, criou-se o Estatuto do Embrião e, no Código de Ética Médica, com a mesma finalidade, foram acrescentados alguns dispositivos e recomendações neste sentido.⁸⁷

A Comissão Warnock, no seu relatório final aconselha: que não seja implantado o embrião submetido à experiências científicas, que seja coibida a produção de embriões com interesse diferente a sua implantação e que esta ocorra sempre em espécie humana. Recomenda também, que a criança nascida através de Reprodução Assistida por doador, seja tida como filha do casal e assim registrada, não cabendo ao doador qualquer direito ou dever sobre a criança.⁸⁸

⁸⁵ Ibidem. P. 75 à 77.

⁸⁶ Ibidem. P. 77 à 78.

⁸⁷ SCARPARO. Op. Cit., P. 73.

⁸⁸ SCARPARO. Op. Cit., P. 75.

Na Inglaterra, o parlamento britânico, através do WARNOCK REPORT⁸⁹, relatório da comissão oficial com atribuição de analisar e propor medidas adequadas às questões referentes a procriação assistida, recomenda que:

- a) Doação de gametas humanos deve receber licença especial.
- b) Conservação de embriões não deve ultrapassar 18 dias.
- c) Embriões usados em pesquisas apenas com autorização dos doados.
- d) Armazenagem de embriões congelados no máximo por 10 anos.
- e) Considera delito a produção de embriões cuja finalidade não seja a transferência para o útero da gestante, isto é, para comércio ou fabricação de armas biológicas, defende a possibilidade de pesquisas até o décimo quarto dia de vida, onde estará individualizado, deixando de ser pré-embrião.⁹⁰

Élio SGRECCIA, professor de bioética da Faculdade de Medicina e Cirurgia de Gemelli de Roma, comenta: “É um erro considerar que a vida de uma criança começa quando nasce ou outro momento diverso da fecundação, “pois a vida é um ato contínuo e começa de acordo com a genética e a teologia”, contestando a Warnock Report.⁹¹

⁸⁹ SCARPARO. Op. Cit., P. 75.

⁹⁰ Idem.

⁹¹ Idem. P. 76.

1.8 - PONTO DE VISTA MORAL

A fecundação “in vitro” tem por objetivo o ser humano e não pode ficar circunscrita ao ponto de vista biológico abstraído da discussão moral, importante argumento para analisar a fecundação “in vitro” e inseminação artificial.

A moral se apresenta como norma social que regula a conduta humana pela imposição de um costume cuja sanção não vai além de reprovação social. Para J. Jidier FILHO, professor de Direito da Faculdade Cândido Mendes:⁹²

“E vem os séculos ensinando que os alicerces da sociedade são os princípios morais e espirituais, sem eles virá a ruína, mesmo que goze de saúde invejável e vira em abundância”.

“Nenhuma lei ou instituição é passível ou duradoura se opõe às regras da moral”. (Quid leges sine moribus?).⁹³

A moral leiga, existente em países predominante católicos, há poucos anos atrás era contrária até mesmo à masturbação, tornando a coleta do sêmen algo imoral, condenando, assim, toda a forma de reprodução assistida, e, ainda, qualificando o doador de sêmen com prostituto do onanismo, quando age como profissional⁹⁴, e ridicularizando-o quando na hipótese de agir por filantropia, é visto como puro animal reprodutor.⁹⁵

⁹² Ibidem.

⁹³ Ibidem. P. 26.

⁹⁴ Ibidem. P. 44.

⁹⁵ AZEVEDO, Arnaldo Dias. *A Inseminação Artificial em Face da Moral e do Direito* (Revista Forense, Vol. 149. P. 497 à 506.

Os israelitas, cuja moral religiosa baseia-se no desejo de descendência, condenam apenas o uso do sêmen de outro homem, senão do marido, visando à fecundação da mulher, equiparando a operação ao adultério.⁹⁶

Serpa LOPES traz à colação o pronunciamento da Academia de Ciências Morais e políticas: “do ponto de vista moral e social as técnicas se tornam desaconselhadas”.⁹⁷

A moral não deve se ocupar das conquistas da ciência mas das ações humana mediante as quais as pessoas podem usar a tecnologia para o bem ou mau. Os desvios da finalidade de ajudar um casal a ter filhos, que sob a aparência de humanismo podem implicar na alteração do desenvolvimento natural da vida humana, podem trazer uma perigosa consequência: a vida pode passar a ser considerada como mais um produto da técnica, dito de outra maneira, o novo ser humano poderá deixar de ser sujeito resultante de um ato pessoal que, dentro das regras morais, ocorre após o matrimônio e por amor, para se tornar “objeto produzido” pelo trabalho humano.⁹⁸

Dentro das regras morais, a vida humana revela um valor maior que o simples produto de corpos químicos a reagir entre si, porque os seres humanos gozam de direitos de pessoas e, como consequência, o direito à vida sendo a sua destruição, em qualquer estágio, configurada como um ato indigno e desumano.⁹⁹

A união sem procriação, sem união, merece desqualificação moral para moralistas como Armando Dias de AZEVEDO e Eugênio Carlos CALLIOLI, mas não para grande parte da sociedade que pratica estes atos sem considerar tais valores morais. A FIV revela uma dicotomia, pois, se através da técnica alguém pretende

⁹⁶ Revista de Jurisprudência. Vol. 21. P. 58.

⁹⁷ AZEVEDO. Op. Cit., P. 497.

⁹⁸ CALLIOLI. Op. Cit., P. 77.

⁹⁹ Revista de Direito Civil e Geral e Especial, n.º 44, ano 12, junho 1998, Ed. RT. P. 44.

conseguir um “filho a qualquer preço”, independentemente de uma relação conjugal, a mentalidade anticonceptiva leva a não querer filho de nenhuma maneira.¹⁰⁰

Dentro das regras morais, somente a relação sexual entre os cônjuges será digna de ser o início da vida humana. É a via honesta da propagação humana, embora tal regra tenha caído em desuso, pois reveste-se preconceitos que não condizem com determinadas necessidades humanas. A união psicológica ou afetiva supera esta regra moral e perpetua-se na prole. Defendem os moralistas, leigos ou cristãos, que o filho, quando fruto da união conjugal, possui um conjunto de informações biológicas e afetivas que lhe proporcionam viver de forma muito mais saudável. Sendo resultante de técnicas, o filho obtido não é continuidade de um ato amoroso entre marido e mulher para ser um produto de “qualidade” que deve ser analisado antes de ser aceito.¹⁰¹

Quanto aos filhos resultantes de casamento por conveniência combinado entre os pais, onde não há amor, os moralistas calam-se sobre este assunto ou, ainda, acerca das sociedades tradicionais onde a esposa tem filhos por obrigação e não por amor.

O ato de amor que os moralistas defendem nem sempre existe, como também não há mais necessidade de haver uma união conjugal para que ocorra uma gravidez saudável e tranqüila.

Se a FIV não encara o amor conjugal e interpessoal, traduzindo apenas um ato técnico cujo resultado é um “produto de qualidade”, a moral discrimina as milhares de crianças que nasceram pelo emprego desta tecnologia rotulando-as como “produto de qualidade”.

¹⁰⁰ Ibidem. P. 45.

¹⁰¹ Ibidem. P. 81.

Por mais perigos de alterações dos processos naturais que estas possam acarretar é indiscutível, no entanto, o bebê, assim obtido, será amado e acolhido pelos familiares, por esse fruto de um desejo que extrapola os preconceitos morais.

2. PONTO DE VISTA JURÍDICO

2.1 - ESTATUTO DO EMBRIÃO

Como não há legislação nem tão pouco definição sobre o momento da efetiva proteção ao embrião, vários projetos de lei surgiram no Brasil, inclusive o decreto n.º 93.933, para regulamentar as atividades de todos aqueles que já estão ou virão a se envolver no processo de procriação assistida.

Na tentativa de uniformizar a legislação neste aspecto, o CONSELHO DA EUROPA¹ elaborou a recomendação n.º 1100/1989, sobre o uso de embriões e fetos humanos em pesquisas científicas, cujo tópico fundamental é a tutela jurídica ao embrião desde a fecundação, por considerar pessoa o óvulo fecundado pelo espermatozóide e, portanto, intocável pelos biopesquisadores.

O Conselho da Europa considera que o progresso científico não pode ser limitado arbitrariamente, mas com base em princípios deontológicos, jurídicos, éticos e sociais, voltados à proteção do homem. Igualmente, a recomendação n.º 1.046, considera que a tutela jurídica deve ser assegurada ao embrião humano desde a fecundação, mesmo que gerado extracorporeamente.

Considera, ainda, que o embrião humano, embora se desenvolva em fases sucessivas indicadas pelos nomes: zigoto, mórula, blástula, pré-embrião, embrião e feto, manifesta uma diferenciação progressiva no seu organismo, mesmo mantendo continuamente a própria identidade biológica e genética. Lacunas ou deficiências jurídicas neste sentido abrem margem para o risco de que os embriões possam vir a ser reduzidos em seu direito à preservação e desenvolvimento, podendo

ser codificado e ficar à mercê de decisões aleatórias a serem ditadas pela engenharia genética.

2.2 - EMBRIÃO E O CÓDIGO CIVIL

Dentre os direitos de ordem física, ocupa posição de primazia o direito à vida, manifestando-se desde a concepção, sob a condição do nascimento com vida², quando inicia-se o direito ligado à pessoa.

Os direitos se estendem a qualquer ente trazido à lume pela espécie humana, independente do modo de nascimento, da condição e ser, e do estado físico e psíquico, concebido natural ou artificialmente³ (“in vitro” ou inseminação).

O direito à vida reveste-se do aspecto da indisponibilidade, assegurada na Constituição Federal no artigo 5º e no Código Penal a partir do artigo 121, verifica-se, pois, a não permissão da interrupção da vida do nascituro⁴ ou recém-nascido, garantindo a inviabilidade do direito à vida, estabelecendo punição para o descumprimento das leis vigentes.

Com avanços da medicina e da eletrônica, que tornam factíveis a manutenção e preservação de embriões à espera da introdução no útero da gestante, revolucionando conceitos com os denominados “bebês de proveta”, cabe ao novo Direito impor regras na defesa dos vários interesses envolvidos, em especial “do próprio feto, como ser”⁵.

¹ SCARPARO. Op. Cit., P. 111.

² BITTAR, Carlos Alberto. **Curso de Direito Civil**. Vol. 1, Rio de Janeiro, Editora Forense Universitária, 1994. P. 246.

³ Idem. P. 246.

⁴ Idem. P. 247.

⁵ Idem. P. 248.

Em nosso sistema jurídico todo o homem é capaz de direitos e obrigações na ordem civil, conforme artigo 2º do Código Civil o homem é pessoa, destinatário da organização jurídica ou ator principal, sujeito de direito e habilitado para exercer atividade jurídica, respeitando suas limitações, onde fica sendo responsável por violação ao direito de outrem e sujeito a reparação do dano causado.

No nosso Ordenamento Jurídico a pessoa possui individualidade concreta, abrange um indivíduo abstratamente analisado, sendo necessário que tenha capacidade e personalidade⁶, como tratará o capítulo seguinte.

Para que adquira status de sujeito é mister que a pessoa disponha de um direito subjetivo, não cabendo a existência de direito sem sujeito⁷. No caso dos embriões ou nascituros configura-se a situação da expectativa de direito, onde se aguarda a superveniência deste como titular de direitos.⁸

Em consonância com o regime codificado, ao nascituro, são assegurados direitos desde a concepção (C.C. art. 4º), mas fica sob condição da vinda à lume, onde os direitos serão reconhecidos à pessoa humana no plano jurídico. Mesmo que faleça após o nascimento considera-se direito adquirido. Para BITTAR.⁹

“nossa ordem jurídica reconhece direito ao feto porque dotado de personalidade própria, mesmo que no ventre materno. Vedam-se quaisquer atos que firam os legítimos direitos do nascituro, (...) ou praticar lesivas ao zigoto, porque já é pessoa e reúne os componentes básicos da personalidade”.

⁶ Idem. P. 66.

⁷ Idem. P. 79.

⁸ Idem. P. 80.

“Não se exige viabilidade de vida (vitae habilis), como também apresentação de forma humana, entendendo-se como qualquer criatura gerada por uma mulher”.¹⁰

Neste sentido, os direitos da personalidades poderão ser conferidos ao ente humano após o seu nascimento com vida, mas a grande dificuldade está em formular um conceito universal sobre o momento em que se origina vida humana no sentido jurídico, pois a gestação somente se inicia no instante da implantação do ovo, neste momento, a mulher está grávida, e a sua interrupção incide nos artigos 121 e seguintes do Código Penal. Contudo, isso não implica dizer que é neste momento que inicia a vida do novo ser.

Considerando que em 1916, quando foi elaborado o Código Civil Brasileiro, as técnicas de reprodução assistida não haviam atingido o grau de desenvolvimento, atual não definindo a efetiva proteção do embrião desde a concepção. Apenas quando a fecundação ocorre no corpo da gestante. Há uma lacuna no ordenamento jurídico, que fez necessário que Direito se ocupe deste tema.

Para autores como Clóvis MEIRA, nenhum direito é mais legítimo do que o de nascer com vida e sobreviver¹¹. A vida, o bem tutelado, não difere conforme a situação que se encontra. Assim a expressão “bebe de proveta” deve ser desmistificada como uma criança fabricada em laboratório, fruto da combinação de produtos químicos com partes humanas, onde médicos dão o sopro da vida à matéria

⁹ Ibidem. P. 62.

¹⁰ Ibidem. P. 80.

¹¹ MEIRA, Clóvis. *A fecundação e a Lei*, Revista do TJE, ano 31, Vol. 43, 1987. P. 60 à 65.

inerte e inanimada. Os médicos apenas, com as técnicas, ajudam a natureza e facilitam o encontro das células germinativas.¹²

É verdade que estas técnicas poderão ser desvirtuadas em seu propósito, e esses desvios podem transformar mulheres em verdadeiras “incubadoras” que recebem ovos de casais desconhecidos, mediante pagamento, tornando-se objetos aptos para mercantilização.¹³

Do ponto de vista de Clóvis MEIRA, a fecundação extracorpórea, homóloga ou heteróloga, é uma prática propedêutica, desde que aceita expressamente pelo casal.¹⁴ Chama atenção apenas para o fato da doação ou venda de gametas, cujo resultado desastroso poderá ser o incesto. O princípio legal deve proteger os direitos do nascituro como a sua vinculação a paternidade, evitando o desconhecimento da filiação. As pessoas têm o direito de saber como foram geradas e quem foram os doadores do material genético no caso de adoção de embriões ou FIV heteróloga.¹⁵

2.3 - EMBRIÃO E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Embora haja entendimento que os fundamentos éticos devam reger as questões reprodutivas, nossa Constituição Federal, nos artigos 5º e 227º assegura a inviolabilidade do direito à vida e a convivência familiar e a dignidade da pessoa humana, embora a personalidade seja adquirida depois do nascimento. Mas em embriões congelados, não há esta proteção, haja vista que existem vários deles aqui

¹² Idem. P. 65.

¹³ Idem. P. 65.

¹⁴ Idem. P. 77.

¹⁵ Idem. P. 79.

no Brasil¹⁶, cuja “aquisição” deve ser feita por alto preço, o que denuncia o comércio de material indisponível.

A reprodução de caráter técnico consultivo fez surgir novas questões neste campo. Preocupado com esse fato o Ministro da Saúde no Brasil, por portaria n.º 636/85, publicada no Diário da União de 15.10.85, criou a Comissão de Estudos dos Direitos dos embriões na reprodução assistida, todavia a Constituição Federal de 1988, que é posterior a este ato do ministro, firma o princípio da dignidade humana, mas não cuida do embrião, da mesma forma que o Estatuto da criança e do Adolescente, que desconhece os avanços tecnológicos nada mencionando com relação ao nascituro ou embriões, como relata o professor César MIRABELLI no III Encontro de Curadores do Rio de Janeiro.¹⁷

2.4 - CÓDIGO PENAL E O EMBRIÃO

Para o professor de Direito Penal da Faculdade de Santos, Vicente Fernandes CASCIONE, as técnicas de Reprodução assistida são condenáveis por serem antinaturais¹⁸, além disso, pode haver introdução na família de uma pessoa cujo patrimônio genético é diferente dos pais jurídicos.

A paternidade estranha ofende o estado da família e todo homem tem direito à paternidade real e ninguém pode dispor dela. O doador do sêmen é o pai da criança como também o marido que consente no uso da técnica na esposa.

¹⁶ OLIVEIRA, Fátima. **Bioética uma Face da Cidadania**. Editora Moderna, 1997. São Paulo. P. 36, 37 e 72.

¹⁷ Revista Forense. V. 149, São Paulo, 1989, P. 497.

Direito a Personalidade. V. 99, ano 45, São Paulo: Revista do Ministério Público, 1977. P. 30.

¹⁸ CASCIONE, Vicente Fernandes. **A fecundação Artificial em Face do Novo Código Penal Brasileiro**. Arquivos do Ministério Público. P. 70 à 73.

A FIV heteróloga, para CASCIONE, corresponde ao adultério, ensejando no mais grave motivo para o pedido de separação, onde, mesmo sem conjunção carnal, há uma quebra da exclusividade sexual, por ele assim encarada. Esta posição não é unânime haja vista que para o adultério se configurar há necessidade da conjunção carnal, sendo assim, a FIV heteróloga sem o consentimento material configurará no máximo a injúria grave¹⁹, parágrafo 3º do artigo 240 do Código Penal.

A relevância do problema é grave e o legislador deverá estar atento, antepondo-se ao fato que nestes últimos anos tornou-se realidade sem que houvessem leis para regulá-lo .

Na opinião de Jackes ROBERT citado pelo senador Nelson Carneiro, na Revista do Senado Federal, o legislador deve iniciar se perguntando se a nova lei responderá a uma utilidade social, se terá significação para os cidadãos, como também, preocupação de manifestar justiça. Enquanto as leis não vêm, os juízes são chamados para fazer papel de legisladores e resolver situações nunca antes tratadas pelo Direito.

A realidade não espera o legislador, multiplicando os casos de crioconservação de embriões, mãe sub-rogada, experimentos com embriões, não se estabelecendo limites ou sanções verdadeiras, não condenando ou aprovando a FIV heteróloga.

O professor de Direito Penal da FESPI, Francolino NETO, tem opinião contrária ao Código de Ética Médica, inciso II letra 2, e à dos moralistas,

¹⁹ SCARPARO. Op. Cit., P. 51 à 52.

afirmando que mulher solteira, viúva ou divorciada poderá ter filhos por sêmen doado, sem ser considerado ilícito face a ausência de lesão ao direito de outrem.²⁰

“2 – Estando casada ou em união estável, será necessário aprovação do cônjuge (...).”

O atual sistema jurídico se filia ao sistema romano cristão e considera a vida como um valor sagrado, considerando o embrião alvo da manifestação da personalidade²¹. Nele, porém, não consta nenhum tipo de proibição ao uso das técnicas de fertilização assistida e, partindo do princípio segundo o qual aquilo que não é proibido é permitido, os cientistas da área biomédica ficam com possibilidades de realizar vários atos neste campo. Há uma limitação apenas pelo artigo 13, incisos I e III da Lei 8.245/91 que merece transcrição:

“art.13 - Constituem crimes:

I - a manipulação genética das células germinativas humanas;

II - a produção, armazenamento ou manipulação de embriões humanos destinados a servirem como material biológico disponível.”

Segundo Fátima OLIVEIRA, a maioria dos países não há nenhum tipo de regulamentação legal no controle dessas atividades, alguns possuem apenas

²⁰ Revista da FESPI. Ano 1, junho de 1993. P. 70.

instruções, mas sem caráter de normas legais, tais como: a permissão do marido para FIV heteróloga e não autorização para as mulheres sozinhas ou que vivam em relação lésbica usarem as técnicas²², por considerar que a criança necessita da figura do pai e da mãe para crescer em condições favoráveis. No mesmo sentido, consideram necessário que o casal esteja vivo no momento do implante do embrião na gestante.²³

No Estado de Louisiana há uma lei específica sobre a Fecundação extracorpórea, fixando várias prescrições em sua proteção, pois é considerado “pessoa sob implantação”, não podendo, o embrião viável, ser destruído ou criopreservado, apenas adotado sendo esta adoção regulada judicialmente.

2.5 - CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA

As normas éticas para utilização das técnicas de reprodução assistida, denominada por resolução n.º 1.358 de 11 de novembro de 1992²⁴, são aquelas que norteiam a classe médica em suas práticas, mas são insuficientes para resolver todas as questões suscitadas. Essas regras têm como princípios gerais:

1º - A resolução dos problemas de infertilidade humana, desde que não incorra risco grave de saúde para o paciente. Um documento de consentimento manifestará a opção pela técnica.

2º - Toda mulher capaz poderá ser receptora das técnicas desde que casada ou união estável e com consentimento expresso do esposo. O material

²¹ GOMES, Luiz Roldão de Freitas. **Questões Jurídicas em torno de Inseminação Artificial**, Editora RT-678, abril de 1992. P. 269 à 271.

²² Idem. P. 272.

²³ SCARPARO. Op. Cit., P. 75.

²⁴ BARBOZA. Op. Cit., P. 119 à 123.

remanescente não poderá ser cedido por nenhuma clínica ou médico em caráter lucrativo.

3° - No caso de FIV heteróloga deverá ser mantido sigilo do doador.

4° - Não será permitida a utilização de procedimento que vise a redução embrionária no caso de gestação gemelar.

5° - É permitida a crioconservação dos embriões e do material genético desde que obedecidas certas formalidades.

6° - O tempo máximo de desenvolvimento dos embriões antes do implante é de 14 dias e a intervenção dos geneticistas se restringe ao tratamento ou detecção de doenças genéticas.

7° - A mãe sub-rogada deve ser alguém com certo grau de parentesco e sem caráter lucrativo.

2.6 - FILIAÇÃO

O homem ao nascer torna-se integrante de uma entidade convencionada e formada por um grupo de pessoas que mantém um complexo de relações pessoais e patrimoniais, qual seja, a família. Nela o homem permanece até quando ele cria sua própria família, unido-se a outra pessoa com o intuito de procriação ou não. Poderá também deixar a família apenas para romper alguns laços ou vínculos existentes.

Tem-se assistido um notável desenvolvimento tecnológico que veio abalar a estrutura de formação de entidade familiar, cujos filhos advindos do casamento podem decorrer de relações sexuais, presumidamente estabelecidas como efeito deste ato jurídico, como serem resultantes das avançadas técnicas de

reprodução assistida, que sem conjunção carnal poderá resultar na gravidez, nem mesmo sendo cogitado, nesse caso, o adultério.²⁵

A maternidade, antes sempre certa, marcada pelos sinais de parto, pode ser questionada quando resulta do uso de material genético de outra mulher, ou seja, do implante de um embrião doado por outro casal.

No sentido biológico, consideram-se pais os fornecedores do sêmen e do óvulo. Isto nas várias dimensões da reprodução assistida: óvulo²⁶ e espermatozóide doados por um casal para ser implantado em uma outra mulher; óvulo e espermatozoides do próprio casal para ser implantado na mulher; espermatozóide do marido que fecunda óvulo de outra mulher para ser implantado na esposa; o espermatozóide de outro homem que fecundado óvulo da esposa, e depois colocado no seu útero.²⁷

No sentido jurídico, quando a gravidez surge na constância do casamento não há maiores problemas, pois o filho nasce enquanto perdura o casamento, com presunção de paternidade e maternidade que incide no artigo 338 do Código Civil.

“Art. 338. – Presumem-se concebidos na constância do casamento.

I – Os filhos havidos 180 dias, pelo menos, depois de estabelecido a convivência familiar.

²⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, Editora Saraiva, São Paulo. P. 257 à 261.

²⁶ Material fecundante.

²⁷ BARBOZA. Op. Cit., P. 43.

II – Os nascidos dentro nos 300 dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal por morte, desquite ou anulação”.

Dentro das nuances criadas, trata-se de justificar a filiação naquelas situações em que um ou os dois gametas não são dos genitores²⁸. Tradicionalmente, a mãe é aquela que dá à luz a criança cuja fecundação e ovulação ocorreu no ventre da mulher que produziu o óvulo, desde que tenha ocorrido relações sexuais. Esta concepção não pode ser a única acolhida. Nos tempos atuais não se revela como verdade sólida diante da tecnologia. Diante disso parte-se para um fundamento da maternidade e paternidade diferente do tradicional, embasado uma nova explicação: o ato preciso da vontade.²⁹

Quando os cônjuges são os pais genéticos da criança não há discussão, imperando a regra do artigo 338 do Código Civil. Quando não foi a esposa que gestou a criança a maternidade repousa no consentimento expresso ou ato de vontade concretizado pelo registro de nascimento, com ressalva ao fato de dar parto alheio como seu, escritura pública ou testamento, citados no artigo 1º da Lei 8.560 de 1.992, sendo irrevogáveis quando havidos fora do casamento.

“Art. 1º – O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito:

I – no registro de nascimento;

²⁸ SOARES, José Luiz. **Biologia**. Vol. Único, Editora Saraiva, 1987. P. 196.

²⁹ Através de contrato de prestação de serviços entre o casal e as instituições clínicas especializadas (Heloísa Helena Barboza). P. 15. (Tal fundamento não é aceito pela moral cristã que se opõe tenazmente ao emprego de procedimento fecundantes, isto quer dizer que esta nova explicação também não é abrangente e não resolve à questão).

II – por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório;

III – por testamento, ainda que incidentalmente manifestado;

IV – manifestação expressa e direta perante o juiz, (...).

A mãe sub-rogada, que se oferece para gestar o embrião de um casal como prestadora de serviços, renuncia seu direito à maternidade mediante acordo expresse³⁰ após o nascimento, de modo que a mãe genética possa adotá-la, pois a filiação não comporta compartilhamento³¹ entre mais de uma mãe.

Sobre a possibilidade de que o marido venha propor em juízo ação negatória de paternidade, caso não seja o doador do sêmen, inexistente uniformidade doutrinária. Para Silvio RODRIGUES³², não cabe negatória e prevalece o art. 338 do Código Civil, se houver concordância do marido, sendo-lhe retirado o direito de impugnar a legitimidade do filho havido pela esposa, mas sem o consentimento do marido e provando que ao tempo da concepção estava impossibilitada de coabitar, contesta a paternidade com base no artigo 340 inciso I e II.

“Art. 340. – A legitimidade do filho concebido na constância do casamento ou presumido, só se pode contestar:

I – que o marido se achava fisicamente impossibilitado de coabitar com a mulher nos primeiros 121 dias, ou

³⁰ BARBOZA, Heloísa Helena. **A Filiação**. Editora Renovar, 1993. P. 92 à 96.

³¹ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**, Vol. 1, Rio de Janeiro, Editora Aide, 1994. P. 248.

³² SCARPARO. Op. Cit., P. 50.

mais, dos 300 que houverem precedido o nascimento do filho.

II – que a esse tempo os cônjuges estavam legalmente separados.”

Para Fernando SANTOSUOSSO³³, citado por Heloísa Helena BARBOZA, a paternidade é contestada pelo exame do material genético, sendo que o vínculo biológico deve prevalecer, mas o que realmente importa é o interesse da criança, sendo esta filha de um homem que realmente a desejou, materializando este desejo no consentimento expresso para a fecundação do óvulo da esposa por sêmen de doador, sua paternidade é a verdadeira.

A anuência do cônjuge nesta prática impossibilita-o de contestar a paternidade, bem como de ingressar com Ação de Separação embasada na falta praticada pela esposa.

2.7 - INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

Mesmo depois de superada a questão referente à mãe sub-rogada, é trazido à exposição a hipótese da mãe genética e biológica ser casada, e do marido não ter consentido com a fertilização heteróloga. A ela poderá ser imputada a conduta desonrosa ou grave decorrente da violação dos deveres do casamento. Neste caso, o marido não se torna pai se contestar a paternidade não assumindo a obrigação indesejada, segundo o artigo 340 do Código Civil.

³³ BARBOZA. Op. Cit., P. 59.

O filho advindo desta situação não poderá pleitear a investigação de paternidade, uma vez que o Código Civil no artigo 363, só admite esta ação em 4 casos:³⁴

- a) No concubinato
- b) No rapto da mãe do investigante
- c) Comprovação de relações sexuais
- d) Reconhecimento por escrito daquele a quem se atribui a paternidade.

Não é possível buscar a solução para este caso no Código Civil, que não contempla a hipótese de reprodução assistida, nem poderia, face à atualidade da matéria. Da mesma forma, não é possível subtrair desta pessoa a liberdade de procurar saber quem é seu pai genético, de sorte que o Direito não veda a Ação de Investigação de Paternidade.³⁵

Uma vez não assumido, este filho não tem direitos à pretensão alimentícia e nem participará da sucessão hereditária do dito cônjuge, que fica afastado da obrigação de guarda e educação.

2.8 – CONTRATOS

Lembra Mônica Sartori SCARPARO as implicações no Direito Civil referentes aos contratos entre as clínicas e os pacientes. Como os processos de

³⁴ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. Vol. 1, Editora Aide, Rio de Janeiro, 1994. P. 262 à 263.

³⁵ Idem.

fertilização assistida não dispõem, no Brasil, de regulamentação específica no Direito de Família, todos que participam do procedimento não poderão se eximir dos princípios vigentes do Código Civil referentes à responsabilidade contratual de fim, em razão da atividade profissional dos médicos e de acordo com o que estipula o artigo 1.545, estabeleceu:

“Art.1545. Os médicos, cirurgiões, farmacêuticos, parteiras e dentistas são obrigados a satisfazer o dano, sempre da imprudência, negligência ou imperícia, em atos profissionais resultar morte, inabilitação para servir ou ferimento.”

Por igual motivo os médicos poderão responder perante o Conselho de Medicina.

Não são menores as dificuldades levantadas pela prática conhecida vulgarmente por “barriga de aluguel”, à primeira dificuldade implica em saber quem dever ser considerada a mãe da criança gerada, onde ocorre: a mãe genética que cedeu o óvulo; e a mãe biológica que gestou e pariu, se as duas situações não coincidem na mesma mulher. A Segunda dificuldade se refere à validade do contrato firmado entre as duas mulheres. De acordo com o Código Civil, a maternidade é marcada pelo parto e cabe apenas ao marido contestar a paternidade. Mônica Sartori SCARPARO entende que maternidade decorre do fato natural que a cultura consagrou

secularmente na configuração da família, contudo o novo conceito de maternidade, já definido na página 48 deste trabalho, deve prevalecer.³⁶

Quanto ao contrato de “locação dos serviços de gestante” é totalmente ilegal, pois, para ter validade, deveria ter um objeto lícito, cujo titular tenha o poder de dispor deste, mas a vida humana, mesmo que em estado embrionário, é um bem que não se inclui no comércio, conforme artigo 199 § 4º da Constituição Federal.

“Art.199 § 4º. A lei disporá sobre as condições e requisitos que facilitem remoção de órgãos (...) sendo vedado todo tipo de comercialização.”

Na opinião de Orlando GOMES, citada por Mônica SCARPARO: “uma vez que a idoneidade do objeto é pressuposto de validade, a consequência de sua falta é a nulidade”.³⁷ Se for necessário, uma outra mulher poderá gestar o embrião, desde que siga as normas prescritas na Resolução 1.358 (Código de Ética Médica).

2.9 – PROJETOS

A matéria analisada exige reflexão, não basta proibir ou simplesmente aprovar as técnicas. Fez-se necessário discipliná-las para que não ofendam os princípios existentes no nosso sistema jurídico. Heloísa Helena BARBOZA delineou alguns pontos centrais da questão, numa tentativa de colaborar com normas e recomendações já existentes, onde destacam-se:³⁸

³⁶ SCARPARO. Op. Cit., P. 20.

³⁷ SCARPARO. Op. Cit., P. 52.

³⁸ BARBOZA. Op. Cit., P. 112 à 113.

A proibição:

- a) do método que implique na morte do embrião;
- b) experimentação diversa do seu desenvolvimento natural;
- c) negociações remuneradas;
- d) uso em mulher não casada;
- e) uso em mulher sub-rogada;
- f) inseminação heteróloga sem controle para prevenir incesto;

Recomendação:

- a) permissão para adoção dos embriões crioconservados;
- b) reconhecimento do filho quando FIV heteróloga com consentimento marital;
- c) autorização da lição de Contestação de Paternidade caso não haja consentimento;

Recentemente a advogada Graça Condé foi convidada pela OAB mulher para se pronunciar sobre a tendência no direito brasileiro na reprodução assistida, face à publicação de um artigo seu, desconsiderando os óvulos fecundados como embriões para efeito da FIV, bem como o sigilo sobre a origem do ovo ou gametas quando doados por terceiros. A exclusão dos seres advindos da FIV da qualidade de embriões humanos permite ao profissional exterminá-los ou comercializá-los sem que seja considerado crime. De fato extinguiria a polêmica se isto se

transformasse em lei, favorecendo cientistas inescrupulosos que se beneficiariam da situação.³⁹

O projeto da Deputada Rita CAMATA⁴⁰, no seu artigo 20, descreve a proibição de qualquer ato que atente contra a vida e dignidade das pessoas, bem como a manipulação de embriões com fins comerciais, estes merecem proteção. Mesma opinião tem a Deputada Sandra CAVALCANTI⁴¹, que inclui no seu projeto a proteção à vida desde o momento da fecundação e condena a fecundação heteróloga.

O Deputado Maurici MARIANO⁴², nos artigos 1º e 2º de seu projeto, veda o implante do embrião humano em mulher que não seja a própria geradora genética e justificando que seu projeto vai de encontro ao disposto no artigo 226 parágrafo 8º da Constituição Federal/1988, que assegura a assistência à família na pessoa de cada um dos integrantes, protegendo inclusive o caso específico do nascituro. O embrião deve fazer parte de uma família e ser tratado como nascituro. Também faz menção ao artigo 199 parágrafo 4º da Constituição Federal, que proíbe comércio e remoção de órgãos humanos, não restando dúvidas sobre sua posição de considerar o embrião como próprio homem. Para evitar problemas maiores sugere que sejam evitadas as técnicas, mas para não ser injusto com quem não pode ter seus filhos, estes devem optar pelo uso ou não, lembrando que neste país existem milhares de crianças desamparadas desejosas de um lar, recomendando a adoção ao uso das técnicas, já que estas exigem que se desfaçam velhos conceitos morais e religiosos enraizados na cultura das pessoas deste país.⁴³

³⁹ SCARPARO. Op. Cit., P. 62 à 64.

⁴⁰ Ibidem. P. 67 à 88.

⁴¹ Ibidem. P. 68.

⁴² Ibidem. P. 70 à 72.

⁴³ CALLIOLI. Op. Cit., P. 44.

3. NOVAS SITUAÇÕES E DESAFIOS

3.1 – REPRODUÇÃO E AS MANIPULAÇÕES

A perpetuação da espécie Homo Sapiens através do método “natural” dá indícios de se tornar obsoleta diante do mundo da “Procriação Artificial”. A capacidade de procriar, até então definida na vida privada, pode estar sendo o alvo de regulamentação pública, através de políticas de população, preocupada com a situação das pessoas da classe baixa, cuja prole chega a ser considerada uma ameaça ao planeta, haja vista os desequilíbrios ambientais causados pela super população de algumas regiões do planeta, decorrente da falta de condições de obrigar a todos os seres humanos de forma digna e coerente.

Criar novas espécies, como fabricar vinho e cerveja, constitui exemplo da observação e experimentação daquilo que se considera o melhor. Embora tivéssemos incertezas com relação aos efeitos futuros, a manipulação de DNA e de embriões, integra a Quarta Revolução Industrial¹, já que a terceira foi dita por Freud “como a reviravolta no modo de pensar da constituição subjetiva da humanidade”.

Ouve-se falar em caçadores de “genes”², pesquisadores que coletam e estudam os genes de espécies especiais de vegetais ou até de seres humanos, como de índios primitivos que vivem há séculos sem se relacionar com outros povos. Os bancos de sêmen, óvulos ou embriões não têm uma regulamentação eficiente, constituindo esses elementos como parte do material disponível para pesquisas, cujos efeitos futuros são incalculáveis, podendo dar, aos detentores dessa

¹ OLIVEIRA. Op. Cit., P. 25. (Entende a autora, por Revolução Industrial, mudança caracterizada pelo emprego de nova tecnologia.

² OLIVEIRA. Op. Cit., P. 73.

tecnologia, um poder ainda maior, o “biopoder”, que por coincidência, pertence aos países ricos, que nem sempre são um exemplo de preocupação humanitária ou ética com os setores da vida social e política do planeta.

É justo e ético que as pessoas tenham o direito de decidir se querem ou não ter uma criança, sejam casados ou não, optantes por uma das técnicas de Reprodução Assistida ou não, isto não está em questão. Mas o fato dos bancos de embriões congelados não saberem o que fazer com aqueles que já envelheceram em virtude de estarem armazenados há mais de dez anos produtos da super ovulação provocada pela estimulação hormonal, como também não saberem qual o resultado do descongelamento para saúde destes embriões, caso sejam requeridos para o implante, é um fato relevante que precisa ser seriamente analisado tanto do ponto de vista técnico quanto das reflexas éticas.

Atualmente, com a possibilidade de fazer o diagnóstico pré-natal de doenças hereditárias, como a hemofilia, anencefalia de vários distúrbios orgânicos, pode-se impedir que os embriões com estes problemas sejam implantados, evitando, com isso, que o casal arque com mais esta obrigação emocional e financeira que requer a criação de uma criança incapacitada para a vida autônoma e de boa qualidade. Isto implica dizer que a ciência chegou ao controle quase total na produção de seres humanos³ em laboratório.

Procurando garantir a dignidade humana, e defendê-la das situações em que houver abuso por parte dos biopesquisadores ou ofensa ao patrimônio genético dos seres humanos, a bioética com seus princípios laicos e

³ Ibidem.

religiosos⁴ atua como controladora ou fiscalizadora das experiências que envolvem seres humanos.

A bioética laica adota princípios de autonomia ou respeito à pessoa, de forma justa e de não maleficência. A bioética religiosa acrescenta a sacralidade da vida humana. Esses princípios de origem religiosa consideram inquestionável o dom da vida, divino e sagrado e por tanto, não deve ser coerente utilizá-la em experiências.⁵

Há também idéias como aborto e esterilização, que não levam em conta nenhum destes referenciais, mas são norteadas pela busca do que é bom e melhor para o ser humano e para humanidade, num dado contexto, tendo em vista as conseqüências da aplicabilidade das técnicas da biociência. Tais idéias também servem de referencial à bioética.

Apenas procedimentos éticos são insuficientes para suprimir produtos desta atividade científicas na defesa da espécie humana em sua globalidade.

A clonagem humana provoca a aferição de quanto uma pessoa é produto da genética ou do meio ambiente e que tipo de pessoas se tornariam os seres geneticamente idênticos? Se o clone abre fronteiras para o melhoramento de animais, poderá melhorar a genética dos seres humanos. Idéia fascinante e assustadora ao mesmo tempo, pois o clone não terá pai, mãe ou família, apenas a origem um broto produzido assexuadamente de outro ser vivo, não sendo fruto do desejo de outro humano. A clonagem poderia produzir cópias de um prêmio nobel da medicina da literatura, ou de um assassino, um nazista algoz ou de alguém inescrupuloso; enfim, a

⁴ OLIVEIRA. Op. Cit., P. 55.

⁵ OLIVEIRA. Op. Cit., P. 57.

tecnologia poderá ser usada para o bem e para o mal, dependendo de quem possua tal tecnologia⁶.

Um limite ético para esta ciência é mais precisamente, uma barreira que impede⁷ a mesma de transformar uma comunidade num centro de cobaias humanas.

3.2 – NECESSIDADE DA DECISÃO

A bioética apresenta-se como instrumento importante para a socialização do debate sobre as tecnociências. Não é simples compreender o que se passa nas áreas das ciências biológicas porque os saberes acompanham um grau de aceleração alucinante, e inacessível às pessoas comuns.

A primeira vista as questões relativas à bioética só interessam aos profissionais da área de saúde e cientistas, muito embora seus efeitos atinjam a espécie humana de um modo geral. Todos têm o direito de conhecer o grau de risco e fazer sua escolha, decidir se querem, ou não, ter filhos e, se for necessário, usar uma das técnicas, disponíveis para tal. Por isso deve haver, regulamentação pública sobre esta atividade científica e os produtos produzidos através desta tecnologia.

Sempre que se deparar com mulheres que desejam ter filhos, nas diferentes circunstâncias, não é cabível julgá-las mas apoiá-las em sua decisão, devido ao grau de complexidade da situação. O essencial é que não sofram e alcancem o objetivo almejado, sem discriminações e de uma forma adequada. Esta é a questão ética Central.

⁶ OLIVEIRA. Op. Cit., P. 26.

⁷ OLIVEIRA. Op. Cit., P. 27.

Gestar e parir constituem eventos biológicos que possibilitam um fato social, a maternidade, mas as modificações introduzidas pelos procedimentos de Reprodução Assistida, causam uma reversão no direito materno, sendo necessário recorrer a um exame DNA para identificar a maternidade e paternidade, retirando um poder que era, até então, absoluto, marcado pelos sinais do parto ou pelo registro de nascimento.

3.3 – O MELHORAMENTO DE SERES HUMANOS

Não basta apenas optar por um procedimento, que, não estando regulado em lei, não fere os princípios morais ou cristãos, se a optante não tiver convicção de tais princípios. É necessário interrogar se queremos dar à ciência e aos cientistas o direito de fazerem o que quiserem no tocante à satisfação de curiosidades científicas ou interesses mesquinhos e desnecessários.

Faz-se necessário que a população conheça sobre os atos da ciência e seus produtos para poder decidir com segurança, aprovando, ou não, o uso das técnicas. A ciência não fica acima do bem e do mal e deve prestar contas de seus atos à sociedade, sob pena de não cumprir sua função social.

O desejo de ter filhos mais aptos, sem defeitos, e a vontade de eliminar aqueles que alguém considera “defeituoso” passa a adquirir ares de ciência desde o século XIX, que se consolidou no século XX, a partir de 1920, quando esta idéia de “moralidade sanitária” e o patrulhamento dos desregrados⁸, ficou conhecida por eugenia.

3.4 – CÓDIGO DE NUREMBERG

Esta moralidade sanitária foi usada por cientistas alemães durante a II Guerra Mundial, com pretexto de criar uma raça pura de arianos.

Contra essa pretensão nazista surgiu o código, que consta de dez pontos que definem como ética a pesquisa em humanas, desde que tenha como pilares a utilidade, inocuidade e a auto decisão da pessoa que participa da experiência⁹. Refere-se também às condições nas quais ocorrem as pesquisas, que, “não podem se sobrepor aos interesses das pessoas”.

Esse código foi montado por um tribunal com integrantes dos países vencedores da II Guerra Mundial e depois ratificado pela Associação Médica Mundial, isto implica dizer que são regras ou diretrizes internacionais para pesquisas biomédicas envolvendo seres humanos. Este código e demais diretrizes éticas internacionais recomendam a regulamentação pública nesse sentido, para que se possa conter os abusos e garantir a função social das biociências¹⁰.

Dentre as idéias pacifistas, expressas por este código, está a proteção aos seres humanos envolvidos em pesquisas biomédicas, adotando princípios mais humanitários para evitar os crimes semelhantes aos cometidos pela máquina Hitlerista.

Legislar sobre esta novidade é algo bem complexo para muitos países pois são questões que dizem respeito não apenas à ética mas aos produtos da ciência. A luta em cada país por uma regulamentação é um bom caminho para o estabelecimento de uma regra universal, que corre risco de não existir, pois a cultura

⁸ OLIVEIRA. Op. Cit., P. 113.

⁹ OLIVEIRA. Op. Cit., P. 52 à 54.

¹⁰ OLIVEIRA. Op. Cit., P. 57 à 91.

de cada país é diferente com grau de moralidade e visão ética próprias. Além disso, há uma imposição econômica e política dos países ricos que se reflete nas ações dos países chamados subdesenvolvidos¹¹.

Do ponto de vista do direito há uma indagação: o controle ético através dos códigos de ética estaria se sobrepondo aos poderes legalmente constituídos nos Estados Democráticos, que ficam, desse modo, menosprezados enquanto às tecnociências determinam regras?

No Brasil é visível o anseio e a necessidade de elaborar regras e limites, haja vista que vários projetos de lei foram encaminhados ao plenário, como o projeto da Deputada Rita CAMATA, mas na hora da decisão final vacilam na aprovação dos projetos pois falta conhecimento ou previsão das conseqüências na população do país. “Enquanto não for possível delimitar os riscos às pessoas é prudente não arriscar a saúde e a vida destas¹².”

Faz-se necessário ter uma visão holística, ou seja, a visão do conjunto se sobrepõe às partes, bem como seus reflexos sociais, exigindo do Direito a capacidade de impor limites à pesquisa científica sem, contudo, impossibilitar seu desenvolvimento. Impor responsabilidade civil e penalidades graves a qualquer dano causando às pessoas é um mecanismo que ajuda a preservar a dignidade e integridade física dos seres humanos.

Biologicamente é correto considerar o início da vida humana no momento da fecundação, pois é o exato momento que ocorre a combinação gênica dos cromossomos homólogos¹³, que definem o ser humano na sua etapa inicial de

¹¹ OLIVEIRA. Op. Cit., P. 115.

¹² OLIVEIRA. Op. Cit., P. 117.

¹³ PAULINO, Wilson Roberto. **Biologia**, Vol. Único, Editora Saraiva, 1998, São Paulo, P. 370.

desenvolvimento. Neste momento, todas as suas atividades são coordenadas por um mecanismo próprio, inclusive o fato de nidar no útero.

A genética e a biologia consideram os seres humanos a partir da fecundação, mas a filosofia e a ética têm opiniões diferentes por que não analisam a questão a partir do ponto de vista fisiológico, mas através de reações e respostas relacionadas com a sociedade. Apesar disso, ambas opiniões devem ser reunidas para que se obtenha uma resposta única a indagação: os embriões merecem ou não proteção independente do local que se encontram?

Neste sentido, o Direito deverá formular esta resposta única e determinar que cada embrião deve ser considerado pessoa em formação estando nas trompas, útero ou tubo de ensaio, merecedora de proteção e tratamento em função de algum defeito genético. Desta forma preencher a lacuna criada com o advento das técnicas. Nesta ótica, a primeira tarefa é definir que todo embrião extracorporeamente formado tem direito de ser implantado e, sendo assim, prever a penalidade para o descumprimento desta norma.

Embora se esteja ligado a princípios morais ou religiosos, não há lógica em crer que a esterilidade seja castigo, mas sob outro ângulo, os seres humanos têm capacidade de superar seus limites e debilidades físicas, evitando os desperdícios de embriões. Cada um deles é merecedor de proteção.

3.5 – A LACUNA DO ORDENAMENTO JURÍDICO

A falta da interferência estatal nas questões referentes à Reprodução Artificial implica em dizer que o Estado não se preveniu e a lacuna referente ao suposto direito dos embriões, que ainda não estão nidados no útero,

deveria estar sanada. Decisões judiciais ocorridas nos Estados Unidos já conferiram ao embrião a tutela de ser humano, aqui no Brasil a divergência de opiniões deveria ser unificada e ser coerente com normas já existentes¹⁴, estendendo o direito à vida dos embriões ainda não implantados, como também a projeção dos direitos da personalidade.

O mundo moderno impede que se tenha uma mentalidade totalmente conservadora, mas por outro lado, não parece razoável partir para uma modificação total do Sistema Jurídico concernente a família ou filiação.

Por questões éticas e biológicas seria incoerente permitir que embriões sejam mantidos congelados ou que sirvam para qualquer manipulação genética não terapêutica. De acordo com a genética e a biologia, a vida inicia-se com a fecundação, e a partir daí é intocável. O progresso é necessário para ajudar mulheres estéreis, suprimindo suas falhas orgânicas e ajudando-as a gestar seus filhos, todavia recomenda-se que a criança tenha ciência do modo pelo qual foi gerada e, também, se for o caso, do pai e da mãe biológicos e genéticos, pois a curiosidade pelo modo como chegaram às suas famílias é algo freqüente entre os jovens.¹⁵

Se é desaconselhável o método que fecunda vários oócitos, originando assim, embriões excedentes, o ideal seria a fecundação de apenas um oócito e posteriormente este fosse implantado no útero¹⁶, impedindo assim o congelamento e os desperdícios dos embriões.

Desse modo, não haveria necessidade de serem formados bancos ou depósitos de gametas. As pessoas que deles necessitarem deverão recebê-los diretamente dos doadores sob rigoroso controle sanitário por parte de Órgãos

¹⁴ OLIVEIRA. Op. Cit., P. 117.

¹⁵ Revista do TJE, Pará. P. 68, ano 31. v.43, 1987.

¹⁶ CALLIOLI. Op. Cit., P. 54.

Públicos, inclusive aplicando-se o princípio da responsabilidade civil àqueles que causarem danos a sociedade.¹⁷

A destruição de um embrião viável corresponde a um aborto, pois o não implante no útero é a omissão causadora da morte de um ser humano em formação. Qualquer ato ou omissão que interrompa o desenvolvimento de um nascituro corresponde a um aborto, figura jurídica prevista no Código Penal, que contempla pesadas penas para esta interrupção.¹⁸

Este argumento, usado pelos conservadores, manifesta insegurança com relação às novas técnicas, que objetivam usar embriões em escalas cada vez maiores e que não distinguem um embrião “in vitro” do formado no ventre materno.

Com a discriminação do aborto, fato discutido nas diversas camadas sociais deste país, a destruição ou congelamento de embriões implicará apenas em questões morais e éticas.

3.6 – O DIREITO A PERSONALIDADE

A inserção e a atuação da pessoa na ordem jurídica pressupõem que tenha capacidade e personalidade.¹⁹

Nosso ordenamento jurídico, exigindo nascimento com vida como requisito para assunção dessa posição, acabou por admitir direitos ao nascituro, reconhecendo a necessidade de defesa da pessoa desde a sua etapa inicial de desenvolvimento.²⁰

¹⁷ LIMA NETO, Francisco Vieira. **A Responsabilidade Civil das Empresas de Engenharia Genética**. São Paulo: 1997. P. 57.

¹⁸ LIMA NETO. Op. Cit., P. 42.

¹⁹ OLIVEIRA. Op. Cit., P. 66.

²⁰ OLIVEIRA. Op. Cit., P. 220.

Por capacidade entende-se a aptidão de exercer por si os atos da vida civil, que pressupõe a existência da personalidade, que é a aptidão para adquirir direitos e contrair obrigações.²¹

O aborto tem como texto legal a interrupção da gravidez. Há uma tese doutrinária que reconhece personalidade ao nascituro, uma vez que consagra seu direito à vida. A destruição de um embrião humano equivale ao aborto, pois na verdade há a interrupção da vida humana, seja por omissão ou ação, consagrando o direito a vida de todos os humanos.²²

A personalidade é a idoneidade para apresentar-se como sujeito de direitos e obrigações. Os direitos da personalidade tomam a pessoa em si, voltando-se para os aspectos íntimos de sua estruturação e para as respectivas projeções na sociedade. Pode-se dizer também, que são os direitos de uma pessoa em relação a outras ou ao Estado²³. Conforme artigo 2º do Código Civil:

“Art. 2º Todo homem é capaz de direitos e obrigações na ordem civil.”

Quanto aos embriões, a discussão é com relação a existência desse direito ou da projeção desse direito para as primeiras semanas de vida. Muitos negam existência deste direito porque não há um direito subjetivo para embriões porque não são considerados pessoas pelo ordenamento Jurídico que, exige o nascimento com vida como requisito.

²¹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 1994. P. 81.

²² OLIVEIRA. Op. Cit., P. 248.

²³ Revista do Ministério Público de São Paulo, ano XXXIX, 4º Trimestre, 1977, Vol. 99, P. 130.

Quanto à natureza desse direito, há o conceito de que seja o poder que o homem exerce sobre a própria pessoa²⁴, ou melhor, o objeto do direito é o próprio homem, como pensam Ruiz TOMAZ e FERRARA, declarando que, neste caso, este direito deve ser buscado na pessoa em si como integrante de uma sociedade.²⁵

Além disso acrescentamos autores que o direito à inviolabilidade do corpo em formação, embora o ordenamento não considere sujeito, deverá ser buscada pelos membros da sociedade e pelos próprios biopesquisadores.²⁶

SAVIGNY, discorre sobre a ausência do direito subjetivo com relação a própria pessoa estando a determinação dos direitos da personalidade devem ser caracterizados pelos atributos ou qualidades dos homens.²⁷

Orlando GOMES, insere estes direitos em classes.²⁸

a) Relativas à integridade física como o direito à vida e ao própria corpo.

b) Relativos à integridade moral como honra e liberdade.

A ausência desses direitos torna a personalidade sem valor e todos os outros direitos civis ficariam sem valor e a pessoa não existiria como tal, por isso devem ser considerados como inatos, cabendo ao Estado apenas reconhecê-los e sancioná-los em outro plano do direito positivo mesmo que não sejam reconhecidos, BITTAR²⁹ afirma que estes direitos existem independente disso, como algo inerente ao próprio homem, considerado em si e em suas manifestações, desse modo, por que limitar o Direito apenas aos Códigos é reduzi-lo a normas positivas, pois é sabido que

²⁴ Idem.

²⁵ Revista do Ministério Público de São Paulo, ano XXXIII, 4º Trimestre, 1971, Vol. 75, P. 101 à 105.

²⁶ Ibidem. P. 102.

²⁷ Ibidem.

²⁸ Ibidem.

²⁹ BITTAR. Op. Cit., P. 211.

o mesmo compreende costumes e jurisprudência, embora necessário estar codificado em muitos casos.

O direito a personalidade existe em si mesmo, porque está situado na órbita dos direitos ligados ao ente humano. A adoção de orientação contrária leva a considerar que o ser humano em formação é uma coisa, um bem ou propriedade de alguém.³⁰

O progresso e a ciência confundem os conceitos jurídicos, a ponto de tornar insuficiente a proteção dada aos embriões.

A personalidade, inerente a pessoa, no sentido jurídico é própria de todo sujeito a quem competem direitos e deveres. A pessoa abrange o indivíduo abstratamente onde, todo homem é pessoa, portanto, um ser com expectativa de adquirir direitos e obrigações. Enquanto não nascido, os embriões ou nascituros, são em tudo o que é do seu interesse equiparados àqueles que já nasceram por intermédio das leis civis, conservando até o nascimento todos os direitos que lhe competiriam se já estivessem nascidos no momento da aquisição, contanto que nasçam vivos. Acrescenta M. A. COELHO da Rocha³¹, que os embriões "in vitro" congelados são incapazes de nascer e continuar vivos se não forem implantados no útero de uma mulher, portanto, não devem ser considerados como pessoa e nem ter direitos à personalidade condicional, equiparando-se ao embrião inviável.

Os direitos da personalidade se acham tutelados na esfera penal para justificar a proteção a integridade física do embrião durante a gestação, que são iguais morfológica e fisiologicamente³² àqueles congelados dentro das cápsulas

³⁰ Ibidem.

³¹ ROCHA, M.A. Coelho. **Instituição de Direito Civil**, Tomo 1: Editora Saraiva, 1984, São Paulo, P. 29.

³² Formato e Função.

em baixas temperaturas, devendo ter idêntica proteção.³³ Como o direito de integridade física, de ser tratado e de prosseguir seu desenvolvimento.

3.7 – IGUALDADE

Segundo a Declaração Universal dos Direitos Humanos no artigo III:

“Todos os homens têm direito à vida, liberdade e a segurança.”

Que duas coisas sejam iguais entre si não é justo nem injusto, porque a igualdade é um fato³⁴. Os embriões fora ou dentro do útero são equiparados, morfo e fisiologicamente, a diferença entre eles, do ponto de vista estrutural, é um equívoco. Os direitos devem ser iguais porque ambos são idênticos, tratá-los de forma igualitária é uma questão de justiça, segundo os critérios éticos, se um é inutilizado, congelado ou usado como material para pesquisas, enquanto outro segue seu desenvolvimento no ventre materno, denuncia tratamento desigual para seres iguais.

Proveniente de Roma antiga o significado de que é justa a sociedade onde para cada um é dado o que merecem, neste sentido os embriões necessitam ser tratados com isonomia perante a lei e com igualdade de oportunidade de implante, ou seja, não deve haver excedentes.³⁵ A liberdade porém, não pode ser

³³ STA MARIA, José Serpa. *Direitos da Personalidade e Sistemática Civil e Geral*, São Paulo.

³⁴ BOBBIO, Norberto. *Igualdade e Liberdade*, tradução Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Editora Ouro, 1996, P. 16 à 19.

³⁵ BOBBIO. Op. Cit., P. 70.

conferida a cientistas, que em nome da ciência, proporcionem mudanças profundas nos valores de vida humana, para beneficiar detentores da mais moderna tecnologia, em detrimento dos menos favorecidos de saber.

3.8 – TENDÊNCIAS

Hoje ocorrem fatos que até ontem eram impensáveis, como a possibilidade dos jovens terem seus gametas ou embriões congelados para dar à luz posteriormente, quando tiverem situação financeira estabilizada.

Paolo VENCELLONE, citado por Salvio Figueiredo TEIXEIRA³⁶, comenta que os cientistas se empenham em afirmar que é apenas ficção científica com probabilidade muito distante de se tornar realidade, a possibilidade de alterar o Código Genético de embriões humanos, cujos resultados podem ser o nascimento de bebês com qualidades pré-determinadas e de acordo com a classe social.

Não se pode descartar a hipótese de desastre ecológico. Alterar o curso natural da evolução dos seres humanos pode ter conseqüências desastrosas. Faz-se necessário limitar e avaliar o impacto ambiental dessa nova situação sobre a humanidade. As modificações nos genes de embriões humanos, pelo processo de seleção, poderá se refletir na mudança estrutural do corpo de forma acelerada e sem previsão das conseqüências, que é o gravame menor³⁷, como também favorecer o racismo e a discriminação de certos caracteres físicos e mentais.

³⁶ TEIXEIRA, Sálvio Figueiredo. **Direitos de Família e do Menor: inovações e tendências**. Belo Horizonte: Del Rey, 1992. P. 31 à 33.

³⁷ OLIVEIRA. Op. Cit., P. 130.

Diante dessa mudança tão poderosa, a perplexidade das pessoas tem sido a atitude mais adotada, porque não pode imaginar que “coisas novas” os cientistas estão elaborando.³⁸

³⁸ Idem. P. 62.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema abordado mostra-se amplo e dinâmico, merecendo constante atualização. A ciência não está limitada a textos escritos como o Ordenamento Jurídico. O primeiro avança enquanto este, lento, carece de dispositivos que se ajustem às mudanças sociais e científicas. Torna-se necessário elaboração de conceitos e normas regulamentadoras ainda inexistentes no texto legal, das novas produções técnicas da humanidade.

Novos valores questionam-se a respeito das situações que carecem de adequação ou resignificação, como a maternidade e filiação.

O desafio de compreender e relacionar as questões pertinentes à genética e à embriologia humana, com as atuais definições jurídicas, não pode se resumir a esta pesquisa. As respostas ainda não são suficientes para esclarecer as dúvidas, ainda encontram-se contradições entre os conceitos filosóficos, jurídicos e biológicos, além do mais, doutrinadores não são consensuais ainda se prendem ao moralismo e aos princípios religiosos em detrimento das definições científicas.

Os juristas preocupados em discutir os métodos de Reprodução Assistida não questionam com mais determinação a questão dos embriões, que, ao se originarem por FIV, nem nascituros são considerados pelo Direito.

A tentativa de prever e antecipar o futuro, para combater irregularidades, é vista como simples ficção científica longe de se tornar real. Mas sabe-se que isso não é verdade e, portanto é dever do Estado preparar-se para este

futuro, já quase presente, defendendo os cidadãos de uma falsa ciência, com elaboração de regras que limitem excessos, desestagnar o texto legal e assegurem à humanidade uma sobrevivência digna.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICAS

- ANTÔNIO, Sérgio. **Manipulações Biológicas e Princípios Constitucionais**. São Paulo: FABRIS Editora, 1994, P. 151.
- BARBOZA, Heloísa Helena. **A Filiação em Face Inseminação Artificial e da Fecundação "In Vitro"**. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, P. 113.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Curso de Direito Civil**. v1. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994, P. 246.
- BOBBIO, Norberto. **Igualdade e Liberdade**, tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Editora Ouro, 1996, P. 79.
- BRITÂNICA enciclopédia. v1. P. 431.
- BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**. v1. São Paulo: Saraiva, P. 144.
- _____**Aspectos da Fecundação Artificial "In Vitro"**. N.º 44, ano 12. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, P. 93.
- _____**Inseminação Artificial**. v1. Rio de Janeiro: Revista de Jurisprudência – Arquivos do Tribunal de Alçada do Rio de Janeiro, Lex Editora, 1979, P. 30.
- CASCIONE, Vicente Fernandes. **A Fecundação Artificial em Face do Novo Código Penal Brasileiro**. Arquivos do Ministério Público: São Paulo, P. 79.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: 1995, P. 392.
- _____**Questões Jurídicas em Torno da Inseminação Artificial**. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1991, P. 07.

- GEWANDSZNALDER, Fernando. **Biologia**. v1. São Paulo: Editora Ática, 1994, P. 340.
- GOMES, Orlando. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 1996, P. 455.
- _____ **A Fecundação e a Lei**. Rio de Janeiro: Revista do TJE, 1987.
- _____ **A Inseminação Artificial – Debates e Legislação**. ano 11. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, P. 14.
- _____ **A Inseminação Artificial em Face da Moral**. v1. 149. São Paulo: Revista Forense, P. 06.
- NETO, Francisco Vieira Lima. **Responsabilidade Civil das Empresas de Engenharia Genética**. São Paulo: Editora de Direito, 1997, P. 165.
- _____ **A Inseminação Artificial Perante o Direito Penal**. v51. Rio de Janeiro: 1962, P. 334.
- _____ **Problemas Ético-Jurídico da Inseminação Artificial**. v696. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, P. 278.
- OLIVEIRA, Fátima. **Bioética**. São Paulo: Editora Moderna, 1997, P. 144.
- OLIVEIRA, Edmundo Alberto Branco. **A Identidade de Humana do Crime**. Belém: CEJUR, 1987, P. 321.
- _____ **Direito à Vida**. v07, ano 4. Rio de Janeiro: Revista de Direito Comparado luso-brasileiro, 1985, P. 160.
- PAULINO, Wilson Roberto. **Biologia**. v. único. São Paulo: Editora Saraiva, 1998, P. 370.
- RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. v.1. Rio de Janeiro: Editora Aide, 1994, P. 253.
- ROCHA, M.A. Coelho. **Instituições de Direito Civil**. tomo 1. São Paulo: Editora Saraiva, 1984, P. 129.

_____ **Reflexões Sobre Inseminação Artificial Humana.** v.1, ano 1. Bahia: Revista FESPI, 1983, P. 77.

SCARPARO, Mônica Sartori. **Fertilização Assistida, Questões Abertas, Aspectos Científicos e Legais.** Rio de Janeiro: Editora Forense, 1991, P. 133.

SINGER, Peter. **Ética Prática.** São Paulo: Fontes Editora, 1994, P. 147.

STA MARIA, José Serpa. **Direitos da Personalidade Civil e Geral.** São Paulo: Julex Editora. P. 131.