UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

Conflitos Éticos e Legais

Legislar é Necessário

Silvio Romero Beltrão

Recife
2010

UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

Conflitos Éticos e Legais

Legislar é Necessário

Silvio Romero Beltrão

Recife
2010

SILVIO ROMERO BELTRÃO

REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

Conflitos Éticos e Legais

Legislar é Necessário

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas / Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito

Área de Concentração: Direito Privado.

Linha de Pesquisa: Neoconstitucionalismo

Orientador: Fabíola Santos Albuquerque.

RECIFE
2010

Beltrão, Silvio Romero
Reprodução humana assistida: conflitos éticos e legais: legislar é necessário / Silvio Romero Beltrão. – Recife : O Autor, 2010.
244 folhas; il.

Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Direito, 2010.

Inclui bibliografia e anexos.

1. Reprodução Humana - Aspectos Éticos E Legais - Limites Ao Direito. 2. Reprodução Humana - Aspectos Jurídicos - Direito Comparado. 3. Tecnologia Da Reprodução Humana - Legislação. 4. Infecundidade. 5. Direito Fundamental - Planejamento Familiar. 6. Embrião - Tutela Jurídica. 7. Filiação. 8. Direito Ao Anonimato Do Doador - Direito À Identidade Pessoal - Conflito. 9. Reprodução Humana Assistida - Código Civil Brasileiro. 10. Inseminação Artificial "Post Mortem". I. Título.

347.63 CDU (2.ed.) UFPE
346.0135 CDD (22.ed.) BSCCJ2010-022

Silvio Romero Beltrão

REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA.

Conflitos Éticos e Legais.

Legislar é Necessário.

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife / Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco PPGD/UFPE, como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor.

Área de concentração : Direito Público.

Orientadora: Drª. Fabíola Santos Albuquerque

A banca examinadora composta pelos professores abaixo, sob a presidencia do primeiro, submeteu o candidato à defesa, em nível de Doutorado, e o julgou nos seguintes termos:

MENÇÃO GERAL: Aprovado

Professor Dr. ***Francisco Ivo Dantas Cavalcanti*** (Presidente - UFPE)

Julgamento: Aprovado Assinatura: _____

Professora Dra. ***Isabela Cristina ANC Coutinho*** (1ª Examinadora externa-UFPE)

Julgamento: Aprovado Assinatura: Isabela Cristina Nunes Coutinho

Professor Dr. ***Alexandre Freire Pimentel*** (2º Examinador externo - UNICAP)

Julgamento: Aprovado Assinatura: _____

Professor Dr. ***Paulo Luiz Neto Lobo*** (3º Examinador interno - UFPE)

Julgamento: Aprovado Assinatura: _____

Professora Dra. ***Larissa Maria de Moraes Leal*** (4ª Examinadora interna-UFPE)

Julgamento: Aprovado Assinatura: _____

Recife, 29 de março de 2010.

Coordenador Prof. Dr. Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti

DEDICATÓRIA

Dedico a presente Tese à família.

A Minha companheira Glória.

Ao meu pai e a minha mãe, Silvio e Sonia.

Aos meus irmãos, Rodrigo e Taciana.

Aos meus sobrinhos, Danilo, Francisco e Lucas.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a minha orientadora Professora Doutora Fabíola Santos Albuquerque pelo incentivo e estimulo na orientação acadêmica.

Agradeço ao Professor Doutor José de Oliveira Ascensão pela paciência e disponibilidade em discutir os diversos aspectos da presente Tese.

Agradeço a todos os funcionários da Pós-Graduação em Direito.

Agradeço a todos que direta e indiretamente me ajudaram e incentivaram na realização desse sonho.

BELTRÃO, Silvio Romero. Reprodução Humana Assistida: Conflitos Éticos e Legais. Legislar é Necessário. 2010, 244 f. Tese(Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas / FDR. Universidade Federal de Pernambuco, Recife. 2010.

RESUMO

A partir do estudo da reprodução humana assistida através de meios não naturais que, o presente trabalho busca encontrar respostas para as diversas questões que podem surgir, envolvendo desde a discussão do direito de ser mãe até a tutela dos direitos fundamentais que envolvem o novo ser concebido. O objeto de investigação da presente pesquisa é estudar os diversos aspectos jurídicos da reprodução humana assistida, diante do Direito Civil Constitucional e principalmente os conflitos que podem surgir em face dos direitos fundamentais. O estudo dos aspectos jurídicos da reprodução humana medicamente assistida tem por fim a análise do direito à saúde, da dignidade do nascido, do direito de fundar uma família, do direito ao anonimato do doador, do direito a reprodução assistida de mulher solteira, das relações jurídicas da maternidade de substituição, da inseminação post-mortem, da determinação da paternidade, do procedimento legal para reprodução assistida.

Palavras chaves: Reprodução humana assistida, direito à saúde, direito ao anonimato do doador, direito a reprodução assistida da mulher solteira, maternidade de substituição, inseminação post-mortem, determinação da paternidade, filiação, inseminação.

BELTRÃO, Silvio Romero. Assisted Human Reproduction: Legal and Ethical Conflicts. Lawmaking is Needed. 2010, 244 p. Thesis (PhD of Law) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas / FDR. Universidade Federal de Pernambuco, Recife. 2010.

ABSTRACT

From the study of human reproduction, assisted by unnatural means that this work seeks to find answers to various questions that may arise, ranging from discussion of the right to be mother to the protection of fundamental rights involving the new human being designed . The research object of this research is to study the various legal aspects of assisted human reproduction, in the Constitutional Law and Civil Law especially the conflicts that may arise in the face of fundamental rights. The study of legal aspects of medically assisted human reproduction is aimed at analyzing the right to health, dignity of the unborn, the right to found a family, the right to donor anonymity, the right to assisted reproduction for single women, relationships law of surrogate mother, insemination post-mortem determination of paternity, the legal procedure for assisted reproduction.

Key words: Assisted human reproduction, right to health, right to donor anonymity, the right to assisted reproduction of single women, surrogate mother, insemination post-mortem, determination of paternity, filiation and insemination.

SUMÁRIO

1- Introdução..... 001

2- O Desejo de Ter Filhos..... 007

3- Técnicas de Reprodução Humana Assistida..... 017
a) Infertilidade..... 017
b) Das Diversas Técnicas de Reprodução Humana Assistida..... 022
4- O Direito à Reprodução Humana Assistida..... 028
a) O Direito Fundamental à Saúde..... 030
b) O Direito Fundamental ao Planejamento Familiar..... 035
c) O Direito da Personalidade à Autodeterminação em face da Reprodução Humana Assistida..... 041
d) Reprodução Humana Assistida e o Código Civil Brasileiro..... 047

5- Limites ao Direito à Reprodução Humana Assistida..... 051
a) Das Diversas Situações de Conflito..... 053

7- Tutela Jurídica do Embrião..... 094
a) O Início da Vida..... 098
b) O Destino dos Embriões Excedentes..... 104
c) Congelamento de embriões..... 109
d) Diagnóstico Pré-Implantação..... 112
8- Reprodução Humana Assistida e Filiação..... 117
a) A Filiação nos Casos de Reprodução Humana Assistida..... 117
b) A Filiação nos Casos de Maternidade de Substituição..... 124

9- O Conflito entre o Direito ao Anonimato do Doador e o Direito à Identidade Pessoal..... 134

10- Maternidade de Substituição..... 147

11- Inseminação Artificial “Post Mortem”..... 161
12- Conclusão..... 171
13- Bibliografia..... 185

I- Resolução n. 1.358 do Conselho Federal de Medicina... 193
II- Lei Portuguesa n. 32/2006..... 197
III- Lei Espanhola n. 14/2006..... 220

1- INTRODUÇÃO

Novos elementos são encontrados na atualidade para compor a noção de família, transcendendo os limites fixados na Constituição Federal.

> Nasce uma diversa arquitetura jurídica com a nova Constituição Brasileira e leis posteriores, à luz das provocações e das perspectivas da família sem casamento e de um regime jurídico familiar aberto e fraterno, igualitário e plural, sob o preceito de igualdade ética e jurídica entre homem e mulher.[1]

Segundo Edson Fachin,[2] com o surgimento do desenho do afeto no plano dos fatos, a família se inscreve numa trajetória de direitos subjetivos, dando uma maior liberdade à pessoa no terreno da cidadania.

O afeto ganha destaque na doutrina e na jurisprudência como forma de constituição da família-cidadã.[3]

---

[1] Fachin, Luiz Edson. O impacto das mudanças sociais no direito de família. Separata. Coimbra Editora: Coimbra, 2000, (Apresentação de Trabalho/Conferência ou palestra). p. 20

[2] Fachin, Luiz Edson. Direito de Família. 2ª. Ed. Renovar: Rio de Janeiro, 2003. p. 6.

[3] RELAÇÃO HOMOSSEXUAL – UNIÃO ESTÁVEL – PARTILHA DE BENS – Mantém-se o reconhecimento proferido na sentença da união estável entre as partes, homossexuais, se extrai da prova contida nos autos, forma cristalina, que entre as litigantes existiu por quase dez anos forte relação de afeto com sentimentos e envolvimentos emocionais, numa convivência more uxoria, pública e notória, com comunhão de vida e mútua assistência econômica, sendo a partilha dos

As regras para a definição de família vêm de aspectos fundados nas relações passadas em contraposição às complexidades e contradições existentes no presente, assim o novo modelo determinará o estudo da família a partir da análise da afetividade e da fundamentação histórica de família como os elementos principais para o estudo das novas relações familiares.[4]

Nesse contexto se insere a reprodução humana assistida, através de inovações de ordem científica, que vem influenciando a composição da nova família e a realização do projeto familiar.

Acrescenta-se um novo tempero na doutrina do direito de família, com a possibilidade de nascimento de filhos havidos com o uso de técnicas de reprodução humana assistida.

A reprodução humana assistida compreende toda manipulação dos elementos reprodutores humanos (células germinais, gametas, zigotos, embriões) encaminhada à procriação por meio não naturais.[5]

---

bens mera conseqüência. Exclui-se da partilha, contudo, os valores provenientes do FGTS da ré utilizados para a compra do imóvel, vez que "frutos civis", e, portanto, incomunicáveis. Precedentes. Preliminar de não-conhecimento do apelo rejeitada. Apelação parcialmente provida, por maioria. (segredo de justiça). (TJRS – APC 70007243140 – 8ª C.Cív. – Rel. Des. José Ataídes Siqueira Trindade – J. 06.11.2003)

[4] Pereira, Tânia da Silva. Famílias Possíveis: Novos paradigmas na convivência familiar. Del Rey: Belo Horizonte, 2004, p. 648.

[5] Albornoz, Eduardo Osuna Carrillo, Técnicas de reproducción humana asistida. Comentários a la Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asisitca.Pamplona: Aranzadi, 2007, p. 32.

No processo de reprodução sexual é doado por cada individuo uma parte do seu material genético, para dar origem a novos indivíduos que diferem geneticamente, entre si, dos seus progenitores.

O ciclo vital do ser humano tem o seu início com uma célula única, chamada de zigoto, formada através da fecundação dos gametas masculinos e femininos. É nesse momento, que surge uma nova realidade de vida, distinta e com características próprias determinadas por uma autonomia genética.[6]

Por sua vez, para que uma vida humana possa ser considerada individualizada, do ponto de vista científico, com unicidade e unidade, que faz distinguir uma pessoa da outra, há ainda a necessidade da nidação, com o desenvolvimento do embrião no ventre materno, pois, antes a vida humana não estaria definitivamente estabelecida segundo numerosas evidências.[7]

Contudo ainda assim, não é possível prevê e fixar o momento exato em que se dá o início da nova vida.

Nesse sentido, a partir do estudo da reprodução humana assistida através de meios não naturais que, o presente trabalho busca encontrar respostas para as diversas questões que podem surgir, envolvendo desde a discussão do direito de ser mãe até a tutela dos direitos fundamentais que envolvem o novo ser concebido.

---

[6] Idem, p. 32.
[7] Não é pacifico na doutrina e na ciência o momento do surgimento da vida.

Assim, poderíamos perguntar se há um direito à reprodução medicamente assistida? Se este direito é um direito fundamental, ou até mesmo se é um direito da personalidade? Ou se toda mulher tem o direito de ser mãe?

Desta forma, o objeto de investigação da presente pesquisa é estudar os diversos aspectos jurídicos da reprodução humana assistida, diante do Direito Civil Constitucional e principalmente os conflitos que podem surgir em face dos direitos fundamentais.

O estudo dos aspectos jurídicos da reprodução humana medicamente assistida tem por fim a análise do direito à saúde, da dignidade do nascido, do direito de fundar uma família, do direito ao anonimato do doador, do direito a reprodução assistida de mulher solteira, das relações jurídicas da maternidade de substituição, da inseminação post-mortem, da determinação da paternidade, do procedimento legal para reprodução assistida.

Há uma evidente necessidade de discussões e fixações de normas que regulem a reprodução humana assistida, hoje limitada à resolução do Conselho Federal de Medicina, mas que não analisam os principais efeitos jurídicos do procedimento médico reprodutivo.

A reprodução humana assistida é uma lacuna em nosso ordenamento jurídico, que não se encontra capaz de resolver os vários problemas que tais técnicas podem suscitar.[8]

Segundo a máxima de Jean Carbonier de que *Legiférer c'est consacrer*[9], a lei impõe, só por existir, efeitos simbólicos que impedem a interpretação das questões relativas à reprodução humana assistida pelo arbítrio de cada pessoa.

Assim, diante da falta de legislação a respeito dos efeitos jurídicos da reprodução humana assistida, cabe ao aplicador do direito o exercício da interpretação de modo a cumprir a sua obrigação de julgar.[10]

Nesse mesmo sentido, tem a doutrina a missão de realizar a crítica ao estudo dos aspectos jurídicos da reprodução humana assistida, apontando as atuais coordenadas dispostas pelo direito e demonstrando a solução para os conflitos de interesses.

O presente estudo se orientou por uma metodologia de aplicação do direito, tendo em vista a definição teórico-científica do Direito à reprodução humana assistida e a possibilidade efetiva da aplicação dos seus pressupostos nas questões jurídicas, de modo a obter soluções para os casos práticos que surgem na sociedade.

---

[8] Duarte, Tiago. In Vitro Veritas? Coimbra: Ed. Almedina, 2003, p. 24.
[9] "a legislação é o foco" Raposo, Mario. Procriação Assistida – Aspectos Éticos e Jurídicos. Direito a Saúde e Bioética. Lisboa: Lex, 1991, p.93; Duarte, op. cit. p. 24.
[10] Duarte, op. cit. p. 28

Todavia, devo enfatizar que o estudo do Direito à reprodução humana assistida é delimitado ao âmbito do Direito Civil Constitucional, determinando o encadeamento das questões práticas e as correspondentes respostas jurídicas normativas, fazendo com que o trabalho tenha utilidade nas soluções dos conflitos de interesses.

Daí que, o presente estudo da reprodução humana assistida é voltado à definição de sua categoria, como direito fundamental ou como direito subjetivo da pessoa, os seus limites, as condições pessoais para a aplicação das técnicas, dando especial relevo a legitimidade ou não da mulher solteira para ser beneficiária, assim como a defesa dos interesses do embrião, para em uma segunda etapa serem analisadas as questões decorrentes da determinação da filiação, envolvendo o conflito de interesses entre o direito ao anonimato do doador e o direito à identificação pessoal, e a legalidade ou não da maternidade de substituição, bem como da inseminação artificial “post mortem”, em face do atual Direito Civil Constitucional.

O estudo metodológico se utiliza, ainda, do recurso do direito comparado, haja vista o avançado estudo do direito à reprodução humana assistida em diversos paises, tais como Espanha e Portugal, os quais já possuem legislação própria desde o ano de 2006.

Assim, o presente estudo busca resolver um problema que já é realidade em nossa sociedade, inspirado na busca de respostas que possam aprofundar a prática e contribuir para o avanço do conhecimento.

2- O DESEJO DE TER FILHOS.

O casamento até bem pouco tempo atrás era o único fundamento legítimo da família[11], contudo hoje principalmente, a partir da interpretação aberta da Constituição Federal, vários podem ser os sentidos e os fundamentos dados à família diante da tentativa de chegar a sua definição.

Caio Mario da Silva Pereira expressa bem essa idéia ao destacar a plurivalência semântica que é própria no vocabulário jurídico e que não foge ao se tentar conceituar a família. [12]

A família, a princípio, destacava-se pelo conteúdo biológico, como o conjunto de pessoas que descendem de um tronco ancestral comum, incluindo-se nesse conceito aquelas pessoas ligadas pelo casamento, tais como, o cônjuge, os filhos do cônjuge, os cônjuges dos filhos.[13]

---

[11] Pereira, Lafayette Rodrigues. Direito de Família. Campinas: Russel Editores, 2003, p. 35.
[12] Pereira , Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.23.
[13] Idem.

Segundo Messineo, o casamento como relacionamento ou vínculo, uma vez constituído, era o núcleo elementar e o fundamento da família, mesmo que dele viesse a nascer ou não um filho.[14]

Nessa mesma linha, Mazeud y Mazeud definiam a família como a coletividade formada por pessoas, que em face dos seus vínculos de parentesco ou de sua qualidade de cônjuge, estariam submetidas à mesma autoridade: a da cabeça da família. Em outras palavras, usando uma expressão mais precisa, a família compreendia não mais que o marido, a mulher e os filhos sujeitos a sua autoridade.[15]

Na presença de um conceito de família baseado no parentesco e no casamento, houve a necessidade de limitação da extensão dessa família, com o objetivo de lhe atribuir efeitos jurídicos, considerando-a para fins de direitos a alimentos, direitos sucessórios, direitos previdenciários e fiscais, entre outros.

Mas, apesar do reconhecimento exclusivo da família oriunda do casamento, não desconheciam os autores a existência da família natural, fruto de um relacionamento baseado na afetividade, apesar de não lhe atribuírem efeitos jurídicos.[16]

---

[14] Messineo, Francesco. Manuale di Diritto Civile e Commerciale. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1950, p.31.

[15] Mazeud, Henri y Leon; Mazeud, Jean. Lecciones de Derecho Civil, Traducción Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1959, p. 1.

[16] "I rapporti fra coniugi e i rapporti fra genitori e figli (più in generale, fra parenti) sono regolati dall'affeto, dal senso dall'onore, dall'impulso altruístico (spirito di sacrifício, senso delo dovere, disinteresse patrimoniale etc.) e da

Com a Constituição Federal de 1988, foi ampliado o conceito de família reconhecendo como entidade familiar, para além do casamento, o complexo de duas ou mais pessoas formadas pelos pais e seus descendentes, bem assim pelo complexo derivado da união afetiva entre homem e mulher, não advinda do casamento denominada de união estável.

A ideia de família evolui em sua constituição, utilizando fundamentos independentes dos pressupostos de parentesco, de consangüinidade e do senso de família natural, onde segundo Rodrigo da Cunha Pereira, a citar Jacques Lacan, a família passou a ter um sentido cultural:

> Jacques Lacan, em 1938, escrevendo para o tomo VIII da Encyclopédie Française, em seu texto A Família(publicado no Brasil com o nome complexos Familiais), vem exatamente marcar a diferença, mostrando que a família não é um grupo natural, mas cultural. Ela não se constitui apenas por homem, mulher e filhos. Ela é antes uma estruturação psíquica, onde cada um de seus membros ocupa um lugar, uma função. Lugar do pai, lugar da mãe, lugar dos fihos, sem, entretanto, estarem necessariamente ligados biologicamente. Tanto é assim, uma questão de lugar, que um indivíduo pode ocupar o lugar de pai sem que seja o pai biológico. Exatamente por ser uma questão de lugar e de função, que é possível no Direito, que se faça e que exista o instituto da adoção. Da mesma forma, o pai ou a mãe biológica podem ter dificuldade, ou até mesmo não ocupar o lugar, de pai ou de mãe , tão necessários(essenciais) a nossa estruturação psíquica e formação como seres humanos.[17]

---

spirito di solidarietà, prima Che dall'ordinamento giuridico) Messineo, op. cit. P. 28.

[17] Cunha pereira, Rodrigo da. Afeto, ética, família e o novo Código Civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.13

A família passou a ser construída a partir de elementos não exclusivamente jurídicos, mas de elementos sociais, onde Maria Berenice Dias destaca as Famílias Plurais, com o surgimento de novos modelos de família.

> Agora o que identifica a família não é nem a celebração do casamento nem a diferença de sexo do par ou o envolvimento de caráter sexual. O elemento distintivo da família, que a coloca sob o manto da juridicidade, é a presença de um vinculo afetivo a unir as pessoas com identidade de projetos de vida e propósitos comuns, gerando comprometimento mútuo. Cada vez mais, a idéia de família se afasta da estrutura do casamento. A família de hoje já não se condiciona aos paradigmas originários, quais sejam, casamento, sexo e procriação.[18]

Mas, diante da nova concepção de família, destaca-se ainda o estudo das finalidades da família, que em termos doutrinários era matéria estudada no capítulo referente às características do casamento.

Caio Mario destaca que as finalidades das relações familiares, principalmente a do casamento, seguindo a concepção canônica, distribuem-se em dois blocos: o da procriação e educação dos filhos no primeiro bloco, e o da mútua assistência e satisfação sexual, no segundo bloco.[19]

Tradicionalmente, a finalidade natural do casamento e da constituição de uma família é a procriação de filhos, com o objetivo de perpetuar a espécie, por seus descendentes, contudo, não é possível afirmar que para a constituição de uma família seja necessária a

[18] Dias, Maria Berenice. Manuel de Direito das Famílias. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 39.
[19] Pereira, op.cit. p. 77.

possibilidade de ter filhos, pois é natural a união de pessoas que não querem ou não podem ter filhos.

Em posição contrária, Eduardo de Oliveira Leite descarta das finalidades da família a procriação, declarando que hoje o amor e o companheirismo são as finalidades fundamentais determinantes de uma comunhão de vida.[20]

Coincide em parte com a idéia de Caio Mario, de que a mútua assistência e a satisfação sexual são finalidades do casamento, aparecendo em um segundo bloco, diante da comunhão de vida e de interesses, bem como diante da satisfação do amor recíproco.[21]

Em destaque, Eduardo de Oliveira Leite, expõe:

> A procriação e a educação da prole, bem como o remédio à concupiscência, (constantes na Encíclica Casti Connubii) deixaram de ser fins do casamento. Logo:
>
> Intenção de viverem juntos: que os romanos chamavam, acertadamente, affectio maritalis, é o elemento decisivo na indissolubilidade do vínculo;
>
> O amor: que independe da mera atração sexual e encontra sua manifestação mais veemente na afeição, solidariedade, cumplicidade, atração mútua e afinidades pessoais;
>
> O companheirismo: calcado num projeto comum, capaz de atender e satisfazer ideais e interesses comuns.[22]

Contudo, apesar da procriação não ser mais considerada em regra, como umas das finalidades da união familiar, destaco que em

---

[20] Leite, Eduardo de Oliveira. Direito Civil Aplicado. Direito de Familia. São Paulo: RT, 2005, p. 51.
[21] Pereira, op.cit. p. 77.
[22] Leite, idem, p. 51.

grande parte dos relacionamentos amorosos, a finalidade de ter filhos e educá-los é um dos desejos do casal.

É certo que, na união de pessoas idosas, ou até mesmo na união entre pessoas que não querem ter filhos, o fundamento principal para a vida em comum é o amor e o companheirismo, mas de certo modo não é possível descartar a finalidade de procriação como uma das finalidades da constituição da família, apesar de não podermos apresentá-la como uma regra geral.

> Tradicionalmente, a finalidade natural do casamento é a procriação de filhos, perpetuando a espécie. Natural, mas não essencial, pois não são raros os casais sem filhos, como as uniões de pessoas que pela idade ou estado de saúde não têm condições de os ter.[23]

Dessa forma é que se apresenta a figura da reprodução humana assistida, diante da intenção de ter filhos, erigida como finalidade da união entre duas pessoas, mas que diante de problemas de saúde não têm condições de os ter por meios naturais.

A reprodução humana assistida evoluiu juntamente com o conceito de família, onde não foram poucas as discussões geradas a partir do primeiro bebê de proveta, desde o nascimento de Louise Brown, em 1978, na Inglaterra.

Mas antes da concepção do primeiro bebê de proveta, o mundo já experimentava diversas técnicas com o objetivo principal da procriação.

---

[23] Pereira, op. cit. p. 78.

Segundo João Álvaro Dias, em 1911, um autor como Rohleder assinalava na literatura médica mundial 65 tentativas de inseminação artificial com apenas 21 resultados positivos, enquanto que no ano de 1924, em 138 casos registrava-se um percentual de 38% de êxitos, quando em 1934, num total de 157 casos foram assinalados 57 bem sucedidos.[24]

Afirma ainda Álvaro Dias que, a partir dos anos 40 registra-se o inicio do período mais complexo da experimentação e realizações práticas dos médicos e biólogos no campo da genética e da reprodução. É na década de 40 que surge nos Estados Unidos os primeiros Bancos de Semém.[25]

> É sobretudo a partir de 1943-45 que se afirma decisivamente a inseminação artificial, concitando a pouco e pouco o beneplácito das sociedades médicas, sendo massivamente aplicado às mulheres dos soldados americanos combatentes no Pacifico, ao mesmo tempo que despertava o interesse da Igreja e motivava as preocupações de diferentes países.[26] [27]

Nos anos 50, continua Álvaro Dias, foram aperfeiçoadas as técnicas de congelamento de esperma, através de Polge e Rowson, enquanto por sua vez, os cientistas anglo-saxónicos se ocupavam do

---

[24] Dias, João Álvaro. Procriação Assistida e Responsabilidade Médica. Coimbra: Coimbra Editora. 1996.p.21.
[25] Idem.
[26] Idem.
[27] Destaca-se em nota de João Álvaro Dias, que o esperma dos soldados americanos eram levados para os Estados Unidos de avião, e sendo realizadas as inseminações artificiais, foi obtido um numero considerável de gravidez, estimando-se em cerca de 20.000 nascimentos frutos de inseminação artificial. Destaca ainda, que o Supremo Tribunal do Estado de Nova Iorque declarou que todos os filhos eram legítimos, por decisão do Juiz H. Geemberg. Idem.

problema do transplante de ovos fecundados, fazendo experiências em gado vacum.[28]

No ano de 1969, pela primeira vez os cientistas Beckwith, Shapiro e Eron conseguiram isolar um gene e torná-lo visível ao microscópio. Em 1970, o prêmio Nobel hindu Har Gabind Khorona conseguiu sintetizar um gene composto por 77 nucleótidos, gene que não era, todavia, funcional. Contudo, três anos mais tarde, o mesmo conseguiu sintetizar um gene de 126 nucleótidos que introduziu em uma bactéria, mostrando-se funcional e que se duplicou dentro da mesma bactéria.[29]

Então, com o nascimento de Louise Brown, gerada através de técnicas de fecundação “in vitro”, não restou nenhuma dúvida sobre a possibilidade de transplante do embrião humano, depois de se obter através de um laboratório, a fecundação dos gametas masculinos e femininos.[30]

Essa busca pelo aperfeiçoamento das técnicas de reprodução assistida gerou na comunidade internacional uma enorme preocupação que culminou com o relatório sobre inseminação artificial humana, aprovado em 18 de setembro de 1981 pela Comissão Parlamentar do Conselho da Europa.

---

[28] Idem. p. 22
[29] Idem. p. 23
[30] Idem. p. 24.

> O relatório é composto por um projecto de recomendações e por uma exposição de motivos, cujo interesse justificaria porventura a sua integral transcrição, onde cumpre assinalar a afirmação solene de que o modo normal da procriação humana é o da união física do homem e da mulher, de preferência no seio da unidade familiar, pelo que se considera, em conformidade, a inseminação medicamente assistida como uma solução excepcional, apenas tolerada para obviar às graves e insuperáveis conseqüências da esterilidade e às dificuldades impostas pelas diversas legislações em matérias de adoção.[31]

Sendo a procriação umas das finalidades da união familiar, apesar de não ser regra geral como já dito antes, é possível encontrar através de dados estatísticos um índice, onde em cada cinco casais, ao menos, um apresenta dificuldades em ter filhos.[32]

A infertilidade, tanto masculina quanto feminina, afeta um significado número de casais, contudo, hoje encontra soluções em face das descobertas e avanços científicos no âmbito da procriação medicamente assistida.[33]

> Se por um lado, os avanços no âmbito da contracepção fizeram com que se tenham apenas os filhos que se querem, por outro, as técnicas de procriação medicamente assistida, permitiram realizar o desejo de ter filhos de quem não tem capacidade para se reproduzir. É corrente afirmar-se que nada há de mais 'inatural' do que a falta de filhos num casamento. Daí a tentativa, tantas vezes desesperada, de os casais os obterem através dos recursos médicos e científicos disponíveis.[34]

---

[31] Idem. p. 29.
[32] Abdelmassih, Roger. Avanços na Reprodução Humana Assistida. São Paulo: Atheneu, 2007, p.3.
[33] Guimarães, Ana Paula. Alguns Problemas Juridico-Criminais da Procriação Medicamente Assistida. Coimbra: Coimbra Editora, 1999. p. 12.
[34] Idem.

Assim, todo o estudo desenvolvido no campo da reprodução assistida busca superar o problema da infertilidade que atinge diversos casais, visando a possibilidade de procriação, eleita como umas das finalidade da união familiar. Nesse sentido, o estudo da reprodução assistida no presente trabalho irá se concentrar nas técnicas de reprodução assistida e suas repercussões jurídicas no direito da pessoa, desde a sua definição como direito da personalidade até seus efeitos de ordem sucessória.

Diante do desejo de ter filho e da impossibilidade da sua obtenção por meios naturais, busca-se no próximo capitulo esclarecer quanto às diversas técnicas de reprodução humana assistida.

3- TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA.

a) Infertilidade

Uma das ciências que mais se desenvolveu nos últimos 30 anos, desde o nascimento de Louise Brown, em 1978, foi a Medicina Reprodutiva, à qual diante dos avanços científicos, provocou enorme repercussão social, possibilitando a geração de filhos em relação àquelas pessoas que possuem dificuldades para conceber.

A frustração em não poder gerar um filho, sendo um dos objetivos comuns na vida dos casais *"torna-se uma doença da alma"*.[35]

A infertilidade, segundo Roger Abdelmassih, *"é a incapacidade de concepção após um ano e meio de tentativa sem uso de método anticoncepcional em ritmo sexual adequado."* [36] [37]

> A função alterada na infertilidade é a reprodução. O objetivo da reprodução humana é a fecundação – união dos gametas masculino(espermatozóides) e feminino(oócitos) dentro da tuba uterina. Esse evento origina um embrião que irá se implantar e se diferenciar em um novo indivíduo dentro da cavidade uterina. Nesse contexto, o objetivo é que a mulher dê à luz um bebê saudável e a termo.[38]

---

[35] Abdelmassih. Op.cit. p.3.
[36] Idem.
[37] Esta definição, segundo Abdelmassih, é aceita pela maioria dos médicos especialistas em reprodução assistida nos Estados Unidos.
[38] Idem.

É interessante, de logo, destacar que a esterilidade é o termo utilizado para a incapacidade absoluta de procriar, onde a ideia de infertilidade divide-se em: infertilidade primária, se nunca ocorreu a gestação; e infertilidade secundária se já ocorreu gestação, mesmo que sucedida de aborto.[39]

A infertilidade não é a impossibilidade irreversível de ter filhos, mas sim uma dificuldade em conceber.

> Os casais considerados normais do ponto de vista reprodutivo são capazes de conceber com uma taxa que varia de 10% a 35% de chance ao mês. Estudos populacionais mostram que ao final de dois anos de tentativa para engravidar, 95% dos casais terão alcançado seu objetivo. Desse modo, uma outra forma de definir a infertilidade é como a dificuldade em conceber passados dois anos de tentativa, sem utilização de métodos contraceptivos, com número adequado de relações sexuais (pelo menos três relações mensais) no período fértil da mulher. Esse termo é mais aceito pelos especialistas em RA originários da Europa.[40]

Nota-se pela definição de infertilidade que a freqüência a que o casal pratica relações sexuais, durante o período de ovulação, é determinante para que o mesmo, ou alguém seja considerado infértil.

---

[39] Ana Paula Guimaraes, esclarece em seu livro Alguns Problemas Jurídicos Criminais da Procriação Medicamente assistida que: "temos utilizado indistintamente os termos infertilidade e esterilidade. Contudo, na bibliografia da especialidade nem sempre o significado dos termos infertilidade e esterilidade é coincidente. Na verdade, José Antonio Usandizaga, catedrático de obstetrícia e ginecologia, define esterilidade como incapacidade para conceber e infertilidade como incapacidade de uma mulher, para conseguir, após ficar grávida, que a gestação termine com o nascimento de um filho viável. Refere, contudo, que especialmente na bibliografia inglesa, esterilidade e infertilidade são considerados muitas vezes sinônimos(Los problemas de La esterilidad conyogal humana y su solución, Madrid: Edición de Marino Barbero Santos, 1989, p. 64)." Guimarães, op.cit. p. 20.

[40] Abdelmassih. op. cit. p. 4

Além disso, deve-se levar em consideração a idade da mulher, pois, quanto mais velha maior será a dificuldade em conceber, devido a qualidade dos oócitos.

A definição de que um casal é infértil não exclui a possibilidade deste mesmo casal de ter filhos através de métodos não naturais.

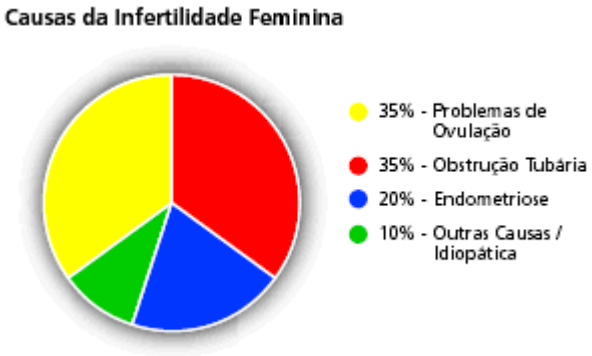
O processo de reprodução sexual dos indivíduos surge com a doação, por cada um dos integrantes do casal, de seu material genético para dar origem a um novo individuo com uma genética diferente dos seus genitores. A concepção e o desenvolvimento de um novo indivíduo implica em uma complexa série de processos, que compreendem tanto à formação dos gametas masculinos e femininos, quanto a sua interação durante a fecundação e a ativação do processo embrionário. A fecundação é o processo através do qual interagem, unem-se e ativam-se mutuamente os gametas masculinos e femininos.[41]

A infertilidade, tanto masculina quanto feminina, pode ter vários motivos, e nesse sentido, é necessária uma análise médica para definir qual o melhor tratamento a ser realizado, bem como qual a técnica de reprodução humana assistida poderá produzir melhores resultados.

No site do Dr. Roger Adedelmassih, é possível verificar as causas mais freqüentes de infertilidade, através de um gráfico específico:

[4141] Albornoz, op. cit. p. 31.

Infertilidade Feminina [42]



Causas de Infertilidade Feminina

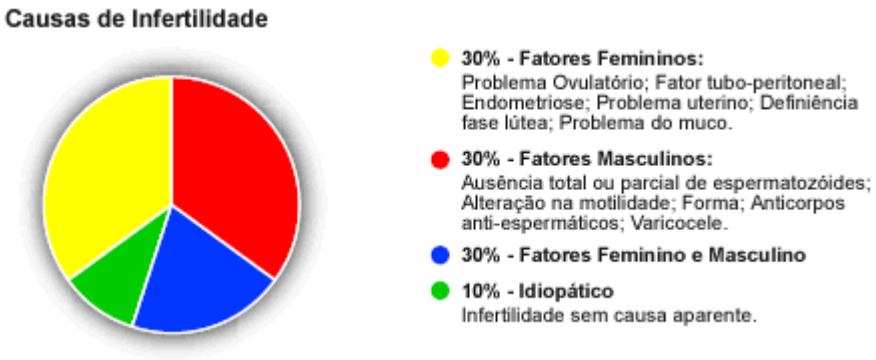
- 1. Distúrbios hormonais que impeçam ou dificultem o crescimento e a liberação do óvulo.
- 2. Problemas nas trompas ou tubas uterinas provocados por infecções, cirurgias, ou
- 3. Endometriose. [43]
- 4. Ligadura das trompas.
- 5. Muco cervical que impede a passagem dos espermatozóides

---

[42] http://www.infertilidadefeminina.com.br/

[43] A endometriose é o crescimento de células que revestem internamente o útero (células endometriais, que descamam durante a menstruação) em outras locais do organismo. Nessa doença, células endometriais se ligam a outras regiões do organismo e formam os chamados implantes endometriais. É mais comum nos ovários, tubas uterinas e na superfície externa do útero e intestinos, bem como no tecido de revestimento da cavidade pélvica. Também pode ser encontrada no fígado, vagina, cicatrizes cirúrgicas e até mesmo nos pulmões ou cérebro. http://www.lincx.com.br/lincx/saude_a_z/

Infertilidade Masculina [44]



Causas de Infertilidade Masculina

- 1. Diminuição do número de espermatozóides.
- 2. Pouca mobilidade dos espermatozóides.
- 3. Espermatozóides anormais.
- 4. Ausência da produção de espermatozóides.
- 5. Vasectomia.
- 6. Dificuldades na relação sexual.

É bastante extensa a relação dos fatores que podem causar a infertilidade, fatores esses que podem ser de origem masculina, feminina ou de ambos os sexos. Contudo, há um aparente aumento no diagnóstico da infertilidade nos últimos 20 anos, que tem dentre as suas causas, a postergação do casal em ter filhos, dando-se preferência à

[44] http://www.masculinainfertilidade.com.br/

realização profissional e depois à realização familiar, alterando com o tempo, a qualidade do material a ser doado pelo casal.[45]

Em face dos problemas de infertilidade, há uma enorme procura por assistência médica com a intenção de possibilitar a gestação, onde diversos tratamentos convencionais podem ser aconselhados para aquelas causas menos severas de infertilidade, onde uma orientação médica e até mesmo a prescrição de hormônios podem ser suficientes para gerar a gravidez.

Diante do insucesso do tratamento convencional, é indicada à reprodução humana assistida, que tem como objeto solucionar as causas mais severas de infertilidade.

> Podemos afirmar que mais de 50% dos casais que procuram assistência médica para tratar a infertilidade vão acabar utilizando algum tipo de técnica de reprodução assistida, como a inseminação intra-uterina de espermatozóides(IIU), fertilização in vitro convencional(FIV) ou injeção intracitoplasmática de espermatozóides (ICSI), para aliviar a dificuldade em conceber.[46]

b) Das Diversas Técnicas de Reprodução Humana Assistida.

Atualmente, há uma lista de técnicas de reprodução sexual assistida reconhecida no meio científico e clinico, as quais não podem ser consideradas absolutas, pois, com o desenvolvimento da ciência reprodutiva podem surgir novas e mais eficazes técnicas de reprodução.

---

[45] Abdelmassih, op. cit. p. 5
[46] Idem .

Nesse sentido, a Lei Espanhola 14/2006, em seu anexo, discriminou as técnicas de reprodução assistida existentes, seguindo um critério aberto, que ao mesmo tempo em que as relaciona, também possibilita que novas técnicas possam surgir desde que sejam autorizadas pela Comissão Nacional de Reprodução Assistida, uma vez comprovado o seu reconhecimento científico e clinico.[47] [48]

De uma forma breve, passo a descrever cada uma das técnicas existentes:

1) Inseminação artificial.

A inseminação artificial consiste no depósito de espermatozóide na cavidade uterina ou no orifício cervical uterino, com ou sem tratamento hormonal da mulher.[49]

Segundo Ana Paula Guimarães, *"consiste na introdução de sêmen nos órgãos genitais da mulher de forma a facilitar o encontro dos gametas masculino e feminino essencial a fecundação".*[50]

---

[47] Albornoz, op. cit. p. 33.

[48] Ley 14/2006. Artículo 2. Técnicas de reproducción humana asistida. 1. Las técnicas de reproducción humana asistida que, conforme a lo que se determina em El artículo 1, reúnen lãs condiciones de acreditación científica y clinica son las relacionadas em el anexo. 2. La aplicación de cualquier outra técnica no relacionada em el anexo requerirá La autorización de La autoridad sanitária correspondiente, prévio informe favorable de la Comsión Nacional de Reproducción Humana Asistida, para su prática provisional y tutela como técnica experimental. 3. El Gobierno, mediante real decreto y prévio informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, podrá actualizar el anexo para su adaptación a los avances científicos y técnicos y para incorporar aquellas técnicas experimentales que hayan demonstrado, mediante experiência suficiente, reunir la condiciones de acreditación científica precisas para su aplicación generalizada.

[49] Albornoz, op. cit. p. 34.

2) Fertilização “in vitro”.

A fertilização “in vitro” ou como alguns autores também denominam, fecundação “in vitro” consiste na fecundação, realizada em laboratório, de um ovócito extraído da mulher com um espermatozóide. Realiza-se através da estimulação hormonal da mulher, com a obtenção dos óvulos mediante aspiração do conteúdo dos folículos do ovário. Os óvulos são incubados “in vitro” junto com os espermatozóides procedentes do parceiro ou do doador, os quais são preparados em condições especiais para induzir uma ativação fisiológica necessária para a fecundação.[51]

Em poucas palavras, a fertilização “in vitro” consiste na reprodução em laboratório do processo de fecundação, que normalmente aconteceria na cavidade uterina da mulher.

3) Injeção intracitoplasmática de esperma.

A injeção intracitoplasmática de esperma, conhecida pela sigla ICSI consiste na introdução de espermatozóides diretamente no citoplasma dos ovócitos, através de uma injeção.[52]

A ICSI é particularmente utilizada nas situações onde a infertilidade tem como principal causa problemas de ordem masculina, ocorrendo quando os espermatozóides são escassos ou não possuem mobilidade suficiente para a realização da fecundação “in vitro”.

---

[50] Guimarães, op. cit. p. 23.
[51] Albornoz, op. cit. p. 34.
[52] Guimarães, op. cit. 26.

Segundo Amélia do Rosário Motta de Pádua, a ICSI tem como objetivo dar um impulso no espermatozóide com pouca força de locomoção e consiste em injetar um único espermatozóide no óvulo da mulher e em uma incubadora, que simula a trompa, aguardar a fertilização e formação do embrião, para então, transferi-lo para a cavidade uterina.[53]

A reprodução humana, em suas diversas técnicas, pode ser classificada quanto à origem do sêmen em homóloga, heteróloga ou mistura bisseminal.[54]

Será homóloga a reprodução, quando a inseminação ou fecundação do óvulo é realizada com sêmen do marido ou companheiro da receptora.[55] É aquela realizada dentro ou fora do casamento, onde a mulher é inseminada com o espermatozóide do marido ou do companheiro, propiciando que a ascendência biológica do filho a nascer seja do casal.[56]

A reprodução será heteróloga, quando o material que irá fecundar o óvulo da mulher é doado por um terceiro, que não é do marido

---

[53] Pádua, Amélia do Rosário Motta da. Responsabilidade Civil na Reprodução Assistida. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 75.

[54] "O sêmen em causa pode ser do marido ou da pessoa que viva com a mulher em união de facto e então designa-se por homóloga a inseminação artificial ou pode dar-se o caso de ter de se recorrer a um dador caso em que tal inseminação passa a denominar-se de heteróloga." Duarte, op. cit. p. 32

[55] "o próprio processo de fecundação realiza-se 'normalmente'; o que é atípico nesta modalidade é apenas a forma de introdução do liquido seminal nas vias genitais femininas que requer uma intervenção médica. Guimarães, op. cit. p. 30.

[56] Guimarães. Op. cit. 29.

ou do companheiro. Na maioria das vezes, a reprodução heteróloga é determinada em face da esterilidade do elemento masculino do casal, uma vez que para possibilitar o projeto de procriação daquela família, socorrem-se a doação do sêmen por um terceiro e sua inseminação no óvulo da mulher.[57]

A reprodução com mistura bisseminal ocorre quando há uma insuficiência de espermatozóides do elemento masculino do casal e é realizada uma mistura, diluindo-se partes do esperma do marido ou companheiro com o esperma de um terceiro doador.[58] Nesses casos, cria-se um estado emocional de dúvida quanto à paternidade, dando uma certa esperança ao elemento masculino do casal da sua possibilidade de ser realmente o pai genético.

Em face da utilização das técnicas de reprodução assistida, são levantadas diversas questões de ordem jurídica, onde no caso da inseminação homóloga discute-se muito o problema da chamada inseminação artificial “post mortem”, na qual a pessoa que fornece o sêmen falece antes da realização da inseminação.[59]

Por sua vez, na inseminação artificial heteróloga se apresentam diversas preocupações que envolvem o reconhecimento ou não do anonimato do doador; a determinação da paternidade, em caso de inseminação com ou sem o consentimento do elemento masculino do

---

[57] Idem . p. 41
[58] Pádua. Op. cit. p. 73
[59] Duarte. Op. cit.. p. 32.

casal; o direito da personalidade do filho em investigar a sua identidade pessoal; o direito da mulher solteira em realizar a inseminação.

Vários são os efeitos que podem produzir a reprodução assistida no direito civil, em especial no direito de família e no direito das sucessões, os quais devem ser investigados.

O presente estudo da reprodução assistida é orientado por uma metodologia de aplicação do direito, possibilitando a efetiva solução dos problemas jurídicos, que possam surgir a partir da utilização de suas técnicas.

Neste sentido, o próximo capítulo busca estudar a existência ou não de um Direito à Reprodução Humana Assistida e qual o seu fundamento jurídico.

4- O DIREITO À REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA.

As técnicas de reprodução humana assistida, além das questões e repercussões no direito de família e das sucessões, que envolvem como visto anteriormente o direito ao anonimato do doador, o direito à investigação de sua origem genética, a inseminação artificial post-mortem, entre outras preocupações do direito, levanta também a discussão quanto à existência propriamente dita de um direito à reprodução humana assistida e qual o seu fundamento jurídico.

Há um direito da pessoa à reprodução assistida? E qual o fundamento jurídico deste direito?

Atualmente, não existe no ordenamento jurídico brasileiro uma norma jurídica que discipline os procedimentos legais para a reprodução humana assistida, apesar de tramitar no Congresso Nacional vários projetos de lei com esse objetivo. Por sua vez, o Conselho Federal de Medicina regula através da Resolução 1358/92 tais procedimentos, tendo por fim *"auxiliar na resolução dos problemas de infertilidade humana, facilitando o processo de procriação, quanto outras terapêuticas*

tenham sido ineficazes ou ineficientes para a solução atual da infertilidade".[60]

As normas do Conselho Federal de Medicina têm conteúdo ético, e regulam os princípios gerais da reprodução assistida, os possíveis usuários das técnicas de reprodução assistida, as responsabilidades das clinicas e dos centros na aplicação das técnicas de reprodução assistida, a doação de gametas ou pré-embriões, a crio-preservação, o diagnóstico e o tratamento de gametas ou pré-embriões e a gestação de substituição.

Mas para além da existência de uma lei ou norma ética que regule a reprodução assistida, há a necessidade de uma investigação quanto a sua natureza jurídica, se de direito fundamental, de direito da personalidade, ou simplesmente um direito da pessoa, sem o fundamento ético da tutela da personalidade humana.

> No tocante às Técnicas de Reprodução Humana Assistida, vislumbra-se um apanhado de normas e princípios constitucionais que podem fornecer respostas jurídicas – possibilidade e limites – e ofertar respaldo legal para um possível direito à reprodução humana assistida. Como não há menção expressa do referido direito, ele deve ser construído através da interpretação sistemática dos direitos fundamentais à vida (art. 5ª. Caput), à saúde e ao de constituir uma família, baseado no direito fundamental ao planejamento familiar, sempre amparados pelo princípio da dignidade humana, fundamento da República (art. 1º. , III).[61]

---

[60] Resolução 1358/92 CFM

[61] Olga Jubert Gouveia Krell, Reprodução Humana Assistida e Filiação Civil. Juruá: Curitiba, 2006, p. 98.

a) O Direito Fundamental à Saúde.

A ideia de um direito fundamental à saúde para justificar a existência de um direito à reprodução humana assistida, parte do entendimento de que a finalidade principal da utilização das suas técnicas, é possibilitar a fecundação diante da existência de uma patologia da infertilidade.

A infertilidade é reconhecida como uma disfunção da pessoa que impede a sua reprodução.

> Seria natural que todos os casais conseguissem ter filhos. Entretanto, um em cada cinco casais apresenta ou apresentará dificuldades em conceber. Esse fato é objeto de muita frustração e provoca no casal uma disfunção silenciosa e inexorável denominada infertilidade. Os casais inférteis sofrem pela ausência de filhos, um objetivo comum em suas vidas, que, quando não atingido, torna-se uma doença da alma.[62]

O Conselho Federal de Medicina, ao regulamentar os procedimentos de reprodução humana assistida compreendeu que a infertilidade humana é um problema de saúde, com implicações médicas e psicológicas.

Por sua vez, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, expressa *"... o direito de toda pessoa desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental."*

Entende Yolanda García Ruiz que a definição de direito à saúde, tratada no Pacto, possibilita a aplicação das técnicas de reprodução

---

[62] Abdelmassih. Op. cit. p. 3.

humana assistida, a partir de uma concepção terapêutica para enfrentar as conseqüências da infertilidade.[63]

A possibilidade de concepção com a utilização de técnicas terapêuticas foi o principal impulso para os primeiros descobrimentos em matéria de reprodução assistida. O objetivo da medicina reprodutiva do século XVIII era descobrir formas de possibilitar a fecundação e conseqüente gravidez da mulher, que por questões de saúde eram consideradas inférteis.

Hoje, podemos crer que, com o avanço das descobertas no campo da reprodução humana e da descodificação do genoma humano, as perspectivas de investigações científicas são outras.

> No obstante, en um primer momento la pretensión fundamental consistió em la consecución de la reproducción de parejas que, por cualquier circunstancia, padecían algún tipo de esterilidad. Posteriormente, las posibilidades en matéria de reproducción y de genética reproductiva se han desarrollado vertiginosamente dando lugar, em la actualidad, a debates más problemáticos que se centran no ya en el âmbito de la propia reproducción asistida sino em otros como el relativo a la clonación, tanto em su aplicación terapêutica como reproductiva. [64]

Apesar dos novos descobrimentos que surgiram a partir do estudo da reprodução humana assistida, é possível afirmar que o seu

---

[63] Garcia Ruiz, Yolanda. Reproducción Humana Asistida. Comares: Editorial Comares. 2004, p. 245.

[64] Garcia Ruiz, Yolanda, Reproducción Humana Asistida. Editora Comares: Granada, 2004, p. 246.

objetivo principal ainda é minorar as conseqüências da infertilidade humana, a partir de uma ideia de saúde reprodutiva.[65]

Assim, essa nova dimensão do direito à saúde, através de uma concepção de saúde reprodutiva, foi reconhecida pela Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, que apresentou a sua definição em seu capitulo 7º:

> Um estado de completo bem-estar físico, mental e social em todas as questões relacionadas com o sistema reprodutivo, e não apenas a ausência de doença ou enfermidade. A saúde reprodutiva implica, assim, que as pessoas são capazes de ter uma vida sexual segura e satisfatória e que possuem a capacidade de se reproduzir e a liberdade para decidir se, quando e com que frequência devem fazê-lo. [66]

Nesse mesmo sentido, a Conferência Mundial sobre a Mulher, realizada em Pequim, em setembro de 1995, reconheceu a necessidade de proteção à saúde reprodutiva tanto do homem, quanto da mulher.[67]

---

[65] Idem. p. 247

[66] "reproductive health is a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity, in all matters relating to the reproductive system and to its functions and processes. Reproductive health therefore implies that people are able to have a satisfying and safe sex life and that they have the capability to reproduce and the freedom to decide if, when and how often to do so." Capitulo 7º. Do programa de ações da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento.

[67] "Ensure equal access to and equal treatment of women and men in education and health care and enhance women's sexual and reproductive health as well as education" . Art. 30 da Declaração da 4ª. Conferência Mundial da Mulher, em Pequim.

Desse modo, diante de um conceito de saúde reprodutiva, reconhecido internacionalmente, é possível concluir que o mesmo está diretamente ligado à construção de um direito à reprodução.

Souto Paz, citado por Garcia Ruiz, expõe que dito direito à reprodução, em seu sentido positivo, supõe *"la ordenación de la actividad sexual a la reproducción de acuerdo com las pautas de la naturaleza o bien acudir al recurso a las técnicas de reproducción humana asistida."*[68]

Diante da existência de técnicas de reprodução assistida com o objetivo de cura da infertilidade, pode-se concluir que, diante do reconhecimento do direito à saúde, haveria uma ramificação reprodutiva deste direito que ensejaria a noção de direito à reprodução.

Contudo, com a afirmação de que o conteúdo do direito à reprodução assistida é regulado pelo direito à saúde, em face da visão ética de tratamento de uma disfunção reprodutiva, como se justificaria o uso dos meios de reprodução assistida por aquelas pessoas que tem capacidade para uma reprodução natural?[69]

Daí, Paulo Otero explica que o alargamento do elenco dos direitos fundamentais no âmbito da procriação assistida pode criar circunstâncias de conflitos e incompatibilidade com outros valores

---

[68] Garcia Ruiz. Op. cit. p. 249.
[69] Krell, Olga Jubert Gouveia. Reprodução Assistida e Filiação Civil. Curitiba: Juruá, 2006, p. 110.

fundamentais consagrados, tais como, um ambiente familiar normal e o princípio da dignidade da pessoa humana.[70]

> Assim, a título de exemplo, se o recurso à inseminação artificial homóloga se mostra perfeitamente enquadrável na tutela conferida pela Constituição ao direito de procriar, já mostra alguma dificuldade o reconhecimento liminar no artigo 36º , nº 1, de um eventual direito à inseminação artificial heteróloga, isto para não falar da criação de um direito à inseminação artificial homóloga "post mortem" ou mesmo à inseminação artificial homóloga por razões decorrentes da recusa de exercício de um direito à procriação natural(v.g., objecção à prática de quaisquer relações sexuais ou , especificamente, de relações heterossexuais). [71]

Ora, como seria possível fundamentar o direito à reprodução assistida como direito fundamental à saúde àquelas pessoas que não possuem nenhum problema de saúde para a realização da procriação natural?

Mesmo diante de uma tipificação aberta dos direitos fundamentais, que possa incluir o direito à reprodução assistida, não se deve esquecer que esse direito não é absoluto e deve sofrer restrições determinadas pela própria lei que o regule, bem como restrições que possam ocorrer em conflito com outros direitos.

> Admitir o direito à reprodução assistida baseado no direito fundamental à saúde limita automaticamente a sua utilização por pessoas fisicamente incapazes de gerar filhos, excluindo-se, portanto, as mulheres solteiras sadias e os casais homossexuais. Nessa linha, a fecundação artificial aparece menos como sistema de procriação e mais, como procedimento terapêutico, que deve trabalhar com

---

[70] Otero, Paulo. Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do Ser Humano. Coimbra: Almedina, 1999, p. 22.
[71] Idem, p. 21.

> indicações médicas, como a esterilidade ou a incidência de doenças hereditárias.[72]

Dentro dos avanços científicos e tecnológicos, segundo Paulo Otero, *"o verdadeiro problema reside, por conseguinte, em saber se deve ser a biologia a conduzir arbitrária e desreguladamente o sentido do direito"*[73], ou cabe ao direito determinar os limites possíveis das investigações biológicas e conseqüentemente da reprodução assistida.

Apesar do avanço dos estudos biológicos no campo da reprodução assistida, deve-se julgar se há uma correspondência entre a possibilidade biológica e a possibilidade jurídica.

Vale ressaltar que, o Brasil é carente de lei que regule a reprodução humana assistida, onde a resolução do Conselho Federal de Medicina, por si só, não é suficiente para determinar os limites da reprodução humana assistida.

b) O Direito Fundamental ao Planejamento Familiar.

A partir da noção de planejamento familiar, busca-se a determinação da reprodução assistida como direito fundamental, baseado no artigo 226, parágrafo 7º. da Constituição Federal de 1988.

Parágrafo 7º. Art. 226, da Constituição Federal:

> Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito,

[72] Krell, op. cit. p. 111.
[73] Otero, op. cit. p. 26.

> vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

A Constituição Federal determina que a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado, onde uma de suas formas de proteção está determinada na liberdade de planejamento familiar baseado no principio da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável.

O planejamento familiar, conforme dispõe o art. 2º. da Lei 9.263/96 é: *"...o conjunto de ações de regulamentação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal."*

O planejamento familiar se destaca pelo direito de procriar, e também, em face do mesmo princípio, pelo direito de não procriar, dentro da idéia de livre desenvolvimento da personalidade humana.[74]

Apesar da procriação não ser mais considerada como finalidade do casamento e das uniões familiares, como foi visto no início do trabalho, não é possível excluí-la, ao todo, do interesse da maioria dos casais que se unem em família, e até mesmo em face da ideia de família monoparental, que tem por base a figura de qualquer dos pais e seus descendentes.

---

[74] Barbosa, Heloisa Helena. Direito à Procriação e às Tecnicas de Reprodução Assistida. In Grandes Temas da Atualidade de Bioética e Biodireito. Eduardo de Oliveira Leite. Rio de Janeiro: Forense, 2004. P. 161.

É evidente que não é requisito de existência do casamento e da união estável à existência de filhos, contudo, há ainda um forte sentimento de procriação nas pessoas, quando buscam se unirem umas com as outras.

Pode-se dizer, que a procriação é um elemento biológico natural de todo ser, que em busca da perpetuação da espécie, em face do caráter finito de todos os seres, consegue através da reprodução manter a sua espécie viva.

> O direito à procriação, em particular sob a ótica religiosa, parece inerente ao casamento. Já se afirmou que, para os cristãos, o desejo de ter um filho próprio natural é " o fim do sacramento do Matrimônio". Mesmo em termos jurídicos a procriação foi, durante tempo significativo, considerada como uma das finalidades do casamento, conseqüência natural da satisfação do "débito conjugal". Contudo, a liberação dos costumes, que capitaneou a liberdade sexual, aliada ao advento da pílula anticoncepcional, incrementou o debate de que resultou o reconhecimento de novos direitos.[75]

Não é possível atribuir a todas as uniões familiares a sua função procracional[76], contudo, está dentro do interesse do Estado a proteção da família em face do seu planejamento familiar, sendo sua obrigação propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício do direito de procriar.

Diante da existência de um direito à procriação, em face do direito ao planejamento familiar, deve ser esclarecido se diante da

---

[75] Barbosa, op. cit. p. 161.
[76] Lôbo, Paulo. Direito Civil – Familias. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 3.

liberdade de reprodução, haveria um direito à reprodução humana assistida.

Para Romeo Casabona[77], o direito de fundar uma família não é senão uma concretização do livre desenvolvimento da personalidade, onde o direito de procriar se insere melhor no âmbito das liberdades do que dos direitos, em sentido estrito.

Para o citado autor, essa liberdade está presente na medida em que a pessoa toma decisões sobre reprodução e sobre a formação de uma família, compreendendo dentro desta liberdade, tanto a hipótese de reprodução natural quanto a hipótese de reprodução assistida.[78]

Não obstante o reconhecimento de um direito à procriação, a inclusão de um direito à reprodução humana assistida depende de um outro direito, qual seja, o direito ao progresso científico e os benefícios que deles resultem, contido na Declaração Universal dos Direitos Humanos.[79]

Ora, diante dos avanços científicos relacionados à procriação assistida, deve o direito evoluir no sentido de propiciar ao ser humano a obtenção e utilização desses novos recursos como forma de atingir os

---

[77] Citado por Garcia Ruiz, op. cit. p. 256.
[78] Idem. p. 257.
[79] Declaração Universal dos Direitos Humanos. Art. 27.1 ” Toda pessoa tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar do processo científico e de seus benefícios.”

seus objetivos, dentro do planejamento familiar, respeitando o princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim, se há o direito à reprodução, derivado do direito ao planejamento familiar, a reprodução deve ser reconhecida em todas as suas formas, quer seja natural, quer seja assistida.

> Así pues, según el citado autor, el derecho a fundar uma família constituye el marco jurídico em el cual se inserta el derecho a procrear entendido como libertad. Este derecho-libertad, concretamente su ejercicio, comprendería tanto la reproduccíon natural como la reproduccíon artificial. Sin embargo, en relación com ésta última, junto a la libertad de procrear, conviene tener em cuenta también la relevância del derecho a participar em los progresos científicos y em sus benefícios.[80]

Mas, diante do direito à procriação assistida, reconhecido constitucionalmente através do direito ao planejamento familiar, seria possível concluir que haveria um direito a todos os métodos de reprodução assistida, tais como a inseminação artificial heteróloga ou até mesmo a gestação através de mãe de aluguel?

Não é difícil reconhecer a existência de um direito fundamental à reprodução, baseado no direito ao planejamento familiar, contudo, é duvidoso que o direito à reprodução humana assistida possa atingir toda e qualquer forma de procriação artificial: "*o direito a constituir família, expressando o valor próprio da família como elemento natural e*

[80] Garcia Ruiz, op. cit. p. 258.

fundamental da sociedade, não compreende uma abertura constitucional a qualquer forma ou técnica de procriação artificial."[81]

Ora, o fato de que a Constituição determina ao Estado a não intervenção no planejamento familiar, não significa dizer que em matéria de reprodução não poderá haver limites impostos pelo Estado.

O reconhecimento de um direito à reprodução natural e artificial, não significa dizer que todas as formas de reprodução assistida devem ser admitidas pelo Estado e até mesmo reguladas.[82]

Nesse sentido, seguindo o exemplo de Paulo Otero, a inseminação artificial homóloga poderá ser tutelada perfeitamente pela Constituição como direito de procriar, já por sua vez, a inseminação artificial heteróloga, além da inseminação artificial "post mortem" apresentam dificuldades em seu reconhecimento como direito fundamental à procriação.

Além do mais, o direito ao planejamento familiar encontra-se limitado pelo princípio da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o que por si só, já impõe limites constitucionais a um reconhecimento genérico de todas as formas de reprodução assistida.

---

[81] Otero, op. cit. p. 21.

[82] "Ou seja, A Constituição pode impor ao Estado o dever de regular a procriação artificial, isto não significa, porém, qualquer imperatividade de reconhecimento de todas as formas de procriação artificial, nem muito menos a sua elevação ao estatuto dos direitos fundamentais." Otero, op. cit. p. 21.

Logo, deve ser reconhecido o direito à reprodução humana assistida, como direito fundamental ao planejamento familiar, impondo-se, contudo, limites que visem à preservação do principio da dignidade da pessoa humana, bem como, excluindo-se certas modalidades de procriação artificial da qualificação de direito fundamental, por não se adequarem aos valores tutelados pela Constituição Federal.

c) O Direito da Personalidade à Autodeterminação em face da Reprodução Humana Assistida.

Não há valor que supere o valor da pessoa humana. É nesse sentimento de valor que se fundamenta o direito da personalidade como projeção da personalidade humana.[83]

Com os direitos da personalidade, quer-se fazer referência a um conjunto de bens que são tão próprios do indivíduo, que chegam a se confundir com ele mesmo e constituem as manifestações da personalidade do próprio sujeito.[84]

A posição naturalista defende a ideia de que existem e merecem respeito, os direitos da personalidade mesmo não tipificados

---

[83] Santos, Fernando Ferreira. Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Fortaleza: Celso Bastos, 1999, p. 93.

[84] Motes, Carlos Maluquer de. Derecho de la persona y negocio juridico. Barcelona: Bosch, 1993, p. 29.

pelo ordenamento jurídico, valendo-se do princípio geral da proteção da dignidade da pessoa humana. [85]

Os Direitos da Personalidade vêm tradicionalmente definidos como direitos essenciais do ser humano, os quais funcionam como o conteúdo mínimo necessário e imprescindível da personalidade humana.[86] A justificativa teórica para atribuir o caráter de direitos inatos aos direitos da personalidade, volta-se à circunstância de se tratarem de direitos essenciais, naturais à pessoa humana que remetem a sua existência ao mesmo momento e ao mesmo fato da existência da própria pessoa.

Assim, pode-se definir os direitos da personalidade como categoria especial de direitos subjetivos que, fundados na dignidade da pessoa humana, garantem o gozo e o respeito ao seu próprio ser, em todas as suas manifestações espirituais ou físicas.[87]

Dentro da classificação dos direitos da personalidade, podemos encontrar a categoria do direito à pessoalidade, como a qualidade do ser humano em relação com os outros serem humanos, com o mundo exterior, consigo mesmo e com os valores éticos, onde a partir

---

[85] Segundo Pontes de Miranda, os direitos da personalidade "são todos os direitos necessários à realização da personalidade, à sua inserção nas relações jurídicas". Pontes de Miranda. Tratado de direito privado. Tomo 7. Campinas: Bookseller, 2000, p. 39.

[86] Para Antônio Chaves, os direitos da personalidade constituem o mínimo necessário do conteúdo da própria personalidade, definindo-os como aqueles direitos que, diferentemente dos patrimoniais, têm por objeto os modos de serem físicos ou morais da pessoa. Chaves, Antônio. Tratado de Direito Civil: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, tomo 1.p. 39.

[87] Pueche, José Enrique Bustos. Manual sobre bienes y derechos de la personalidad. Madri: Dykinson, 1997. p. 43.

desses relacionamentos o ser humano afirma e defende a sua individualidade e autonomia[88].

Segundo Oliveira Ascensão, essa categoria seria a dos direitos ao desenvolvimento da personalidade, como a garantia de um espaço de atuação de cada pessoa, que se concentra essencialmente na ideia de liberdade.[89]

> A personalidade, garantida embora na sua existência e na sua individualidade, não é evento acabado. O homem é um projecto, com fins próprios: tende ilimitadamente a aperfeiçoar-se. Esse aperfeiçoamento é por outro lado um direito de cada um, que deve ser assegurado. Os direitos de personalidade tomam agora carácter dinâmico.[90]

Nessa categoria, compreende-se a liberdade de ação em geral, a atividade da força de trabalho, a liberdade de associação, liberdade cultural, liberdade de expressão do pensamento, entre outras liberdades, que assegurem o exercício da autonomia necessário ao desenvolvimento humano. Contudo, nem todas as liberdades podem ser classificadas como direito ao desenvolvimento da personalidade, a liberdade de consciência é inserida como direito à individualidade, enquanto que a liberdade de locomoção é direito da personalidade à dignidade humana.[91]

---

[88] Heinrich Hubmann apud Souza, Rabindranath Capelo. O Direito Geral da Personalidade. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 144.
[89] Ascensão, Teoria Geral do Direito Civil**.** Coimbra: Editora Coimbra, 1997, p.98.
[90] Idem.
[91] Beltrão, Silvio Romero. Direitos da Personalidade. São Paulo: Atlas, 2005. p. 100.

É importante que, a liberdade que tem a pessoa de tomar decisões quanto à formação de uma família, bem como à hipótese de ter um filho, através de uma reprodução natural ou através de uma reprodução assistida, é acima de tudo um direito da personalidade à pessoalidade, como elemento da autonomia que todo ser humano possui para desenvolver livremente a sua personalidade.

Olga Krell, fazendo referência a Yolanda Gomes Sanchez, argumenta que, o primeiro dos valores considerados fundamentais para a utilização das técnicas de reprodução assistida é a liberdade pessoal, que não pode ser interpretada restritivamente, pelo contrário, deve ter uma interpretação ampla, que implicaria na faculdade que toda pessoa possui de autodeterminar-se fisicamente, o que incluiria a sua própria reprodução.[92]

Segundo Heloisa Helena Barbosa, a essência da liberdade de fundar uma família constituiu uma manifestação da privacidade determinada pelo livre desenvolvimento da personalidade.[93]

> Efectivamente, no parece que haya um derecho absoluto a ala reproduccíon em el sentido tradicional de la palabra, derecho a algo que se puede reclamar a alguien, por ejemplo, al Estado; el Estado no nos va a poder aportar um hijo si nosotros decidimos que queremos reproducirmos(...) esse derecho a la reproducción: no séria derecho, sino libertad.[94]

[92] Krell, op. cit. p. 103.
[93] Barbosa, op. cit. 158.
[94] Gárcia Ruiz, op. cit. p. 257

Apesar do direito à reprodução ser consagrado como direito da personalidade à pessoalidade, este direito não é absoluto.

O direito de proceder na sua vida privada segundo as suas próprias razões, denomina-se autonomia. Essa autonomia significa dizer, a liberdade que o ser humano tem para conduzir a sua vida. A Constituição Federal do Brasil, em seu artigo 5º, inc. II, dispõe que: "Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei". [95]

Por outro lado, essa autonomia não é absoluta, pois a mesma está restrita aos termos da lei e aos princípios de ordem pública. Assim, o respeito à autonomia da vontade pode ser interpretado dentro de uma larga extensão, não podendo ser aplicado às pessoas que não estejam em condição de agir de maneira suficientemente autônoma.

Quanto à ideia de autonomia da vontade, a reprodução assistida aparece não somente como uma terapia clínica para os casos de infertilidade, mas também como um meio alternativo de reprodução, o que retoma o questionamento dos limites dessa liberdade.

---

[95] "Não há grandes divergências, porém, no sentido de que o 'right to procreate' tem um conteúdo negativo, isto é, que atribui ao indivíduo uma defesa contra qualquer privação ou limitação, por parte do Estado, da liberdade de escolha quanto a procriar ou não. Certo é também que o conceito de 'procriar'compreende sobretudo o fato meramente genético. Acresceu-se posteriormente um conteúdo positivo ao direito de procriar, consistente no direito de desenvolver em concreto a função de genitor."Heloisa Helena Barbosa, op. cit. p. 157.

A Constituição Federal garante que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei contudo, em nosso ordenamento jurídico, não há qualquer norma jurídica que discipline a reprodução humana assistida, com exceção de normas éticas dispostas pelo Conselho Federal de Medicina.

Pode-se então afirmar que todas as formas de reprodução assistida, inclusive a fecundação em mãe solteira e às barrigas de aluguel estariam autorizadas e seriam perfeitamente lícitas?

A resposta é negativa. Apesar do caráter absoluto dos direitos da personalidade, a autonomia da vontade está limitada pela lei, onde o próprio direito que impõe a liberdade, cria limites em razão de outras situações juridicamente protegidas.[96]

O direito à reprodução assistida pode encontrar limites no direito da criança que vai nascer, em respeito aos seus direitos da personalidade, como expressão do princípio da dignidade da pessoa humana, onde a lei se apresenta com uma forte limitação ao princípio da autonomia da vontade, através do princípio que defende o melhor interesse da criança.

Daí, a liberdade de fundar uma família como manifestação da pessoa no desenvolvimento de sua personalidade, está vinculada ao principio da dignidade da pessoa humana e ao princípio da paternidade responsável, contidos no art. 226 da Constituição Federal e ao princípio do

---

[96] Ascensão, op.cit., p. 83.

melhor interesse da criança e do adolescente, contidos no art. 227 da Constituição Federal, restringindo o exercício da liberdade de procriar à proteção do respeito e da dignidade da criança que irá nascer.[97]

d) Reprodução Humana Assistida e o Código Civil Brasileiro.

O Código Civil de 2002, não disciplina diretamente a procriação humana medicamente assistida, contudo, trata no artigo 1.597 da presunção de paternidade nos casos de filhos havidos através de fecundação ou inseminação artificial.

O inciso III do art. 1.597 do Código Civil trata da determinação da paternidade, por presunção, em face da fecundação artificial homóloga, mesmo que tenha ocorrido o falecimento do marido, enquanto que o inciso IV, dispõe sobre a presunção da paternidade em face da concepção artificial homológa, havida a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, e por fim, o inciso V, dispõe da presunção da paternidade havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

A finalidade da norma contida no Código Civil a respeito da procriação medicamente assistida é a de preservar o direito da pessoa que

---

[97] Art, 3º. Do Estatuto da Criança e do Adolescente: "A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e igualdade."

virá a nascer através de fecundação ou inseminação artificial, garantindo ao mesmo o reconhecimento da paternidade em respeito à dignidade da pessoa humana.

Nos casos de fecundação e principalmente quanto à inseminação artificial heteróloga estaria o Código Civil admitindo estes métodos de reprodução assistida?

Entendo que não. O Código Civil não está reconhecendo ou rejeitando um direito à reprodução humana assistida, está na verdade regulando os casos de filiação por presunção.

Em se tratando da inseminação heteróloga, o legislador está declarando a impossibilidade do marido, que autorizou a inseminação com o sêmen de um doador, de voltar atrás em sua palavra, presumindo a lei a sua paternidade, não sendo esse dispositivo suficiente para determinar a admissão pelo ordenamento jurídico do direito a uma inseminação artificial heteróloga.

Pressupõe-se que o principal objetivo do Código Civil é admitir a presunção da paternidade nos casos de reprodução humana assistida, contudo, não se deve duvidar que o legislador conhece as técnicas de reprodução humana assistida, como também as reconhece diante da evolução medico-científica.

Por sua vez, para Heloísa Helena Barbosa, haveria um reconhecimento das técnicas contidas no Código Civil como autorizadas e lícitas.

> Como antes assinalado, o novo Código Civil presume concebidos na constância do casamento os filhos havidos da inseminação artificial homóloga e heteróloga nos casos que especifica. Duvidas não devem restar, portanto, quanto à possibilidade de utilização desses meios de procriação pelos cônjuges. De acordo com sua livre decisão, o casal exerce o direito à procriação, constituindo ou aumentando a prole.[98]

Segundo Tiago Duarte, quando um legislador regula um instituto é porque o considera, juridicamente válido, a menos que faça uma referência especial a sua ilicitude ou que esta resulte do próprio instituto ou do modo como é regulado.[99]Entende o mesmo, que o legislador aceitou a reprodução humana assistida e decidiu então lhe reconhecer efeitos jurídicos, priorizando-se como lícitas aquelas técnicas previstas no Código Civil português.

Defendo, contudo, que a disposição contida no Código Civil, por si só, não é suficiente para determinar que aquelas práticas ali inseridas sejam lícitas. No dispositivo contido na Lei Civil busca-se regular a filiação e a presunção da paternidade em face da utilização de técnicas de reprodução humana assistida, mas não há uma regulação quanto ao exercício do direito à reprodução humana assistida, sendo necessária a edição de uma norma que declare quais técnicas são licitas ou ilícitas.

Nesse sentido, é a orientação de Oliveira Ascensão, em situação análoga existente no Código Civil português:

> O Código Civil português, após a reforma de 1977, passou a considerar esta matéria no art. 1839/3, com referência aos actos de fecundação artificial heteróloga praticados na

---

[98] Barbosa, op. cit. 164.
[99] Duarte, op. cit. 55.

> vigência do casamento. Dispõe-se: 'Não é permitida a impugnação de paternidade com fundamento em inseminação artificial ao cônjuge que nela consentiu'.
>
> A previsão da inseminação artificial abrange, ao menos no seu espírito, a fecundação heteróloga. Isso não implica a licitude dessa prática. O direito tem de regular a fecundação artificial porque ela é possível. Toma-a como mero pressuposto de facto, resultante de acções praticadas no país ou no estrangeiro. São pois necessárias previsões que cubram todos os fenômenos, lícitos e ilícitos, que se possam produzir. [100][101]

Contudo, não é possível deixar de concluir que houve um reconhecimento no Código Civil do fenômeno da reprodução humana assistida, havendo por sua vez, uma grande lacuna para ser preenchida pela lei.

O próximo capitulo irá estudar, dentro do reconhecimento de um direito à reprodução humana assistida, a necessidade de imposição de limites aos usos das técnicas de reprodução, diante de conflitos com outros interesses protegidos pelo Direito.

---

[100] Ascensão, José de Oliveira. Direito e Bioética. Direito da Saúde e Bioética. Lisboa: Lex. 1991, p. 33

[101] Este é o mesmo entendimento de Guilherme de Oliveira, citado por Duarte, op. cit. p. 56: "... embora esta norma preveja directamente o caso de inseminação heteróloga é obvio que ela não se destina a admitir ou a rejeitar esta modalidade de procriação assistida(...) O legislador civil não quis, em 1977, tomar partido na gravíssima discussão acerca da admissibilidade da inseminação heteróloga: ele limitou-se a estabelecer um certo aspecto do regime, no caso de vir a considerar-se admitida, e a praticar-se, tal modalidade de procriação assistida. O art. 1839, no. 3, não é argumento de peso em favor do reconhecimento das novas técnicas de fecundação."

5- Limites ao Direito à Reprodução Humana Assistida.

O reconhecimento de um direito à reprodução assistida, com base no direito fundamental à saúde, bem como no direito fundamental ao planejamento familiar, dentro de um espaço de autodeterminação que possui a pessoa para desenvolver a sua personalidade, como expressão de liberdade, não pode reconhecer um ilimitado direito à utilização das técnicas de reprodução humana assistida, sem que exista a intervenção do Estado e da lei.[102]

O legislador não pode ficar longe da realidade ao fixar as normas relativas à reprodução assistida, pois, não seria seguro para as relações sociais deixar para cada indivíduo o poder de fixar o que é lícito e bom, segundo a sua própria consciência.[103]

Nenhum direito é absoluto.

O direito à reprodução assistida, elevado a nível de direito fundamental, sofre limitações em seu exercício, isto porque a unidade normativa do direito à reprodução assistida deve necessariamente se integrar no ordenamento jurídico com outros direitos e poderes de

---

[102] Dias, op. cit. p. 71.
[103] Idem. p. 72.

conteúdo jurídico diverso, os quais possuem valores a serem ponderados. [104]

Os limites à reprodução assistida podem ser intrínsecos ou extrínsecos. Será intrínseco quando demarcado pela própria lei que estabelece o seu conteúdo, como uma pré-delimitação do domínio de aplicação do respectivo direito. Será extrínseco, quando resultar da conjugação com outras situações protegidas, tendo em vista que os interesses protegidos pelo direito à reprodução assistida podem conflitar com outros direitos e poderes protegidos na ordem jurídica.[105]

A imposição de limites à reprodução assistida é própria da dinâmica do direito, dentro do complexo normativo do sistema jurídico, onde o ser humano não deve ser visto como um ente isolado, e o exercício de direitos deve corresponder aos interesses e fins sociais. Dessa forma, o direito à reprodução assistida não pode significar uma liberdade arbitrária atribuída ao seu titular, devendo sofrer limitações dentro da própria lei e diante da dinâmica do direito em face da conjugação como outras situações protegidas, sofrendo assim limitações valoradas, com o objetivo de atender os interesses e fins sociais da ordem jurídica.[106]

A própria Constituição ao conceder ao casal o direito ao planejamento familiar, como direito fundamental, impõe limites baseados na dignidade da pessoa humana e na paternidade responsável.

---

[104] Souza, op. cit. p. 515.
[105] Beltrão, op. cit. p. 30.
[106] Idem. p. 31

Daí, é possível concluir que mesmo diante da aceitação de um direito à reprodução humana assistida, nem todos os meios e técnicas de reprodução devem ser considerados lícitos.

Porém, diante da inexistência de uma norma jurídica especial no ordenamento jurídico brasileiro, fica o intérprete limitado ao Direito Constitucional, o qual também não revela o sentimento de admissibilidade ou não nas diversas técnicas de reprodução assistida.

> Em jeito de conclusão, poderá apenas afirmar-se que o direito constitucional relevante não aponta caminhos claros no sentido da admissibilidade ou da rejeição global dos novos métodos da procriação assistida. Em todo o caso e no pressuposto que a consciência sociológica e ético-jurídica será complacente, se não mesmo cúmplice, no recurso à utilização de tais técnicas, é de prever que da Constituição acabe por desentranhar-se (quiça, emergir) uma interpretração favorável à admissão de tais processos, cerceada embora por limites mais ou menos acentuados, consoante o alcance que for dado às norma que tutelem o direito à vida e à identidade pessoal.[107]

a) Das Diversas Situações de Conflito.

Deve-se ressaltar que, mesmo o Código Civil Brasileiro admitindo a presunção de paternidade em face de reprodução humana assistida, não significa dizer que tais técnicas sejam reconhecidamente admitidas ou repudiadas pelo nosso ordenamento jurídico.

Vale destacar que o modo normal de procriação humana é aquele advindo da união física do homem e da mulher, e que a reprodução humana assistida é uma exceção, onde suas diversas técnicas

---

[107] Dias, op. cit. p. 75

foram desenvolvidas com o objetivo principal de possibilitar a procriação àquelas pessoas, que por qualquer motivo padeciam de algum tipo de infertilidade.[108]

Assim, em face do reconhecimento do direito à saúde, como direito fundamental, é possível encontrar limites ao direito à reprodução humana assistida, através do uso de suas técnicas por aquelas pessoas que possuam uma capacidade natural de procriação.[109]

Ora, diante da demarcação e da categoria do Direito Fundamental à saúde, o Estado não pode intervir em favor da pessoa que pode gerar naturalmente um filho, pois, estando com sua saúde reprodutiva em condições de procriar naturalmente, não é possível encontrar o elemento ético que fundamente a tutela jurídica do Estado.

Partindo da ideia de que a incapacidade reprodutiva é uma doença, não há como justificar, dentro da lógica do direito à saúde, a possibilidade de se autorizar a reprodução humana assistida para aquelas pessoas que gozam de uma boa saúde reprodutiva, pois, falta o fundamento ético da dignidade da pessoa humana, como exigência natural para a proteção do Estado.

> Admitir o direito à reprodução assistida baseado no direito fundamental à saúde limita automaticamente a sua utilização por pessoas fisicamente incapazes de gerar filhos, excluindo-se, portanto, as mulheres solteiras sadias e os

[108] Garcia Ruiz, op. cit, p 246

[109] O Estado pode não tutelar o direito à reprodução humana assistida àquelas pessoas sadias, as quais, por sua vez, poderiam buscar na ordem privada o reconhecimento de um direito subjetivo da pessoa, que não seja reconhecidamente demarcado como direito fundamental.

> casais homossexuais. Nessa linha, a fecundação artificial aparece menos como sistema de procriação e mais, como procedimento terapêutico, que deve trabalhar com indicações médicas, como a esterilidade ou a incidência de doenças hereditárias.[110]

Por outro lado, parece saudável a possibilidade de utilização preventiva das técnicas de reprodução humana assistida nos casos de transmissão de doenças hereditárias para os filhos.

Nesse caso, afirmamos que o casal tem em vista a proteção da criança a ser gerada, e o respeito à sua dignidade com o objetivo de evitar a transmissão de doenças genéticas. Contudo, deve-se evitar ao máximo que tal possibilidade jurídica se transforme na autodireção da evolução humana, com o uso de técnicas de melhoramento genético, que venham a produzir uma discriminação genética

Diante da necessidade de imposição de limites, é imprescindível que se separe a ideia de utilização teraupêutica da reprodução humana assistida, evitando-se a transmissão de doenças genéticas, da ideia de eugenia, com a seleção discriminatória dos embriões.[111]

Segundo o Conselho da Europa sobre Direitos Humanos e Biomedicina(CDHB):

---

[110] Krell, op. cit. p. 111.

[111] A Declaração Universal da Unesco sobre o Genoma Humano é contrária a hipótese de discriminação genética: "Art.6º. Ninguém poderá ser objeto de discriminações fundadas em suas características genéticas, cujo objeto ou efeito seria atentar contra seus direitos humanos e liberdades fundamentais e o reconhecimento de sua dignidade."

> Art. 12: Não se poderá proceder a testes predictivos de doenças genéticas ou que permitam quer a identificação do indivíduo como portador de um gene responsável por uma doença quer a detecção de uma predisposição ou de uma susceptibilidade genética a uma doença, salvo para fins médicos ou de investigação médica e sem prejuízo de um aconselhamento genético apropriado.[112]

Logo, o uso de técnicas de reprodução humana assistida para evitar doenças genéticas, deve ser autorizado de forma limitada como prevenção de enfermidades, e não como uma forma de seleção eugênica dos embriões.[113][114]

Em outro sentido, o direito à reprodução humana assistida também envolve outras questões bastante controversas, as quais apresentam a discussão quanto à possibilidade do uso das técnicas de reprodução por mulheres solteiras.

O reconhecimento das técnicas de reprodução humana assistida pelo Estado visa tutelar o direito à saúde e ao planejamento familiar, baseado na idéia de que a infertilidade é um problema de saúde,

---

[112]http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/convbiologiaNOVO.html

[113] Krell, Olga. op. cit. p. 111.

[114]"Neste sentido, sempre haverá a necessidade de se ponderar sobre os interesses que estão envolvidos e os riscos decorrentes de cada tipo de procedimento científico. Por exemplo, com relação aos procedimentos ligados à possibilidade de diagnóstico genético pré-implantatório e de intervenções sobre o embrião ou a sua criopreservação, deve-se considerar que, se a intervenção visar a saúde e o desenvolvimento de uma gravidez com sucesso, poderão ser permitidas tais manipulações científicas. Do contrário, deverão ser proibidas as intervenções que se destinam a escolher características estéticas ou étnicas, tendo em vista os riscos de eugenia positiva." Brauner, Maria Claudia Crespo Brauner. Direito, Sexualidade e Reprodução Humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 70.

tendo o casal a liberdade de optar por uma reprodução medicamente assistida para viabilizar o seu projeto de gerar filhos.

No caso das mulheres solteiras, que pretendem realizar o seu projeto de ter filhos através de doações de espermatozóides, com a garantia do anonimato do doador, realizando uma produção independente do reconhecimento do ente paterno, com o objetivo de fundar uma família monoparental, é bastante discutível a existência de um direito à reprodução humana assistida.

A possibilidade de existência da família monoparental, bem como o princípio da liberdade humana, pautado no direito da personalidade à pessoalidade entra em conflito, nesse caso, com o principio da dignidade humana da criança a ser concebida e com o princípio do melhor interesse da criança.

Ora, apesar da possibilidade jurídica da mulher solteira e sua descendência de formar uma família monoparental, seria justo que a criança a ser concebida seja privada da existência de um pai?

Há um direito à identidade pessoal, que envolve o conhecimento de sua ascendência, bem como para além desse direito, muitos autores entendem que a criança para realizar um desenvolvimento psicológico normal, necessita da figura paterna.

A esse respeito Olga Krell comenta que:

> Os defensores da posição liberal alegam que a reconhecida importância psicológica de uma 'figura paterna' para o desenvolvimento da criança não levaria necessariamente à

> exigência de uma figura masculina e que a família monoparental não seria necessariamente um mal. No entanto, há muitos autores que rechaçam a idéia de que homossexuais e mulheres solteiras possam recorrer à reprodução assistida, tendo em vista a especial proteção constitucional assegurada às crianças, o que incluiria o seu direito de se desenvolverem num ambiente familiar 'normal'. [115]

Para Garcia Ruiz, o sujeito principal na reprodução assistida deve ser o filho e a sua necessidade de contar com uma referência paterna e materna, o que determinaria, consequentemente, que em matéria de reprodução humana assistida, o conceito de família deveria ter como marco a existência de um pai e uma mãe, e que o casal possua algum problema de infertilidade.[116]

Questão semelhante acontece com a possibilidade de utilização de técnicas de reprodução humana assistida com o material de doador já falecido, como é o caso de inseminação artificial "post mortem", onde no mesmo sentido, a criança nasceria sem a referência de um pai, além de diversos outros problemas que podem surgir em face da questão sucessória.

> Sobre este assunto, é importante ressaltar a opinião de Carlo Maria Romeo Casabona, para quem a inseminação post mortem apresenta dois inconvenientes: "em primeiro lugar, se sabe que antes de realizar a fecundação que a criança vai carecer de pai, que é a principal objeção, dificilmente superável a partir de uma perspectiva constitucional; em segundo lugar, os problemas sucessórios da criança, reconhecendo-se seus direitos de herdeiro do pai, podem os demais herdeiros se sentir prejudicados, em

[115] Krell, op. cit. p. 114.
[116] Garcia Ruiz, op. cit. 264.

> especial, se a concepção e o nascimento tiverem ocorrido muito depois do falecimento do pai.[117]

Assim, há uma verdadeira necessidade de impor limites ao direito à reprodução humana assistida, limites esses que estão dispostos na própria Constituição Federal, ao disciplinar o planejamento familiar baseado na dignidade da pessoa humana e na paternidade responsável.

A liberdade que tem a pessoa para planejar a sua família, como autodeterminação da personalidade, aliado ao avanço científico das técnicas de reprodução humana assistida não pode gerar a expressão "tudo que é possível será aceitável"[118], onde a omissão do direito em impor limites a reprodução assistida pode causar danos irreparáveis ao ser humano, criando direitos que violam diretamente a dignidade da pessoa humana.

O legislador tem a obrigação de determinar qual a finalidade das técnicas de reprodução humana assistida, bem como se a sua finalidade é simplesmente a de combater a infertilidade humana e se haveria alguma exceção a esta regra, possibilitando a sua utilização à margem do direito à saúde.[119] [120]

---

[117] Crespo Brauner, op. cit. p. 72.
[118] Fernando José Bronze, citado por Paulo Otero, op. cit. p. 26.
[119] Garcia Ruiz, op. cit. p. 267.
[120] "Essa omissão pode ser tanto mais grave quanto no domínio da bioética e da genética se pode alimentar a vã construção de alegados 'direitos fundamentai' contra natura, isto é, 'direitos' do homem, designadamente contra a vida, a dignidade do ser humano e a configuração da família como elemento natural da sociedade, demonstrando que na referida 'encruzilhada existencial' não é impossível uma opção que traduza a 'coisificação' do homem. Otero, op. cit. p. 27.

Deve-se ainda determinar quem são os beneficiários das técnicas de reprodução humana assistida e quais são os direitos das futuras crianças que irão nascer através das técnicas de reprodução humana assistida.

Conclui-se com isso, que a pessoa como fundamento e sujeito do direito, não é simplesmente uma entidade biológica, mas uma entidade ética, por ter conhecimento dos seus fins e responsabilidades, e assim, apesar da ciência permitir as diversas formas de reprodução assistida deve a sua utilização ser amparada pela dignidade da pessoa humana.

No próximo capítulo abre-se o estudo em relação às condições pessoais para aplicação das técnicas de reprodução humana assistida, diante da discussão do direito e seus limites.

6- CONDIÇÕES PESSOAIS PARA A APLICAÇÃO DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA.

Com a evolução da ciência reprodutiva é possível conceber um filho pela utilização de técnicas de reprodução humana assistida, e não somente através da relação natural e física entre homem e mulher. Tal avanço científico, contudo, tem gerado diversas implicações éticas e jurídicas, produzindo discussões e perguntas sobre os pressupostos legais quanto à utilização dessas técnicas.

As discussões doutrinárias buscam as respostas para os pressupostos legais quanto à utilização das técnicas de reprodução humana assistida e quase sempre se encontram em uma bifurcação que pode levar a dois caminhos.

O primeiro caminho seria de uma liberdade de procriar, como representação da autonomia da vontade inerente a qualquer

pessoa, e o segundo caminho, seria do direito à saúde, diante da atuação médica perante o problema de infertilidade.[121]

Entendendo que a liberdade de procriar permite à pessoa o direito de se reproduzir da forma que entenda melhor, teríamos as técnicas de reprodução humana assistida como uma forma alternativa de reprodução, onde não seria necessária a existência de qualquer problema de saúde.

Por sua vez, a utilização das técnicas de reprodução humana assistida como direito à saúde, envolve o problema da infertilidade e, portanto, somente as pessoas que tenham dificuldades em procriar naturalmente poderiam ser usuárias das referidas técnicas.

Dependendo da opção do legislador, em tratar o direito à reprodução humana assistida de forma ampla, considerando uma liberdade de procriar, dentro da idéia de autodeterminação da pessoa, ou em tratar o direito à reprodução como um direito à saúde, restringindo o uso das técnicas pelas pessoas portadoras de infertilidade, teremos respostas diferentes às questões que se apresentam quanto aos beneficiários das técnicas de reprodução humana assistida.

No Direito Português, com a edição da Lei 32/2006, ficou explicito o entendimento de que a reprodução humana assistida é um direito à saúde e somente pode ser utilizado por aquelas pessoas que

---

[121] Meroño, Encarna Serna. Usuários de las técnicas. Comentários a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Pamplona: Aranzadi, 2007. p. 180.

tenham o diagnóstico de infertilidade, ou nos casos de tratamento de doença grave ou risco de transmissão de doença de origem genética.

Por sua vez, o Direito Espanhol, em face da lei 14/2006, entende que o direito à reprodução humana assistida é uma liberdade da mulher, que possua plena capacidade no ordenamento jurídico civil, tratando a utilização das técnicas como uma forma alternativa de procriação.

A decisão quanto ao melhor fundamento do direito à reprodução assistida, não pode ser vista de forma isolada, mas devidamente conjugada com outros valores fundamentais da pessoa, onde deve prevalecer o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento ético de sua proteção da pessoa, em todas as suas manifestações.

Menoño citando Perlingieri explica:

> Por ello tal vez, como de manera acertada há mantenido Perlingieri para abordar los derechos que afectan a la persona sea conveniente superar las classificaciones dogmáticas y las discusiones doctrinales porque ceñirse a esta cuestiones seria abordar el problema com um caráter reduccionista e incompleto, pues no siempre se puede compartir que la diversidade de los intereses fundamentales del hombre se traduzcan en uma pluralidade de derechos fundamentales diversificados con contenido y disciplinas distintas, lo relevante es el valor de la persona unitariamente entendida, pues em realidad el valor de la persona escapa de rígidas y unívocas caracterizaciones y asume configuraciones más diversas como elección técnica.
>
> Esta opción metodológica, a mi juicio, es adecuada para no perderse em disquisiciones sobre derechos hoy no cuestinados, pero quizás otros que mañana también podrían ser reconocidos com relación a la utilización de las técnicas de reproducción asistida. Además, esta opción resulta ajustada a nuestro orden constitucional pues nuestra

> Constitución considera fundamento de nuestro orden político y de la paz social la protección de 'la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás'.[122]

Dessa forma, diante das duas vertentes passarei a analisar os pressupostos necessários para poder ser usuário das técnicas de reprodução humana assistida, tendo como valor fundamental em referência, o princípio da dignidade da pessoa humana.

a) Capacidade.

A ideia de capacidade está ligada à aptidão que tem a pessoa para adquirir direitos e exercê-los por si só ou com a assistência de outrem. Assim, a capacidade pode ser dividida em capacidade de direito, que é inerente à qualidade da pessoa de ser sujeito de direitos e obrigações e à capacidade de gozo, que é a aptidão que tem a pessoa para exercer os seus direitos, de acordo com condições materiais impostas pela lei, tais como idade e saúde.

Antes de qualquer discussão quanto aos requisitos pessoais para a realização das técnicas de reprodução humana assistida, é necessário discutir a capacidade de exercício desses direitos, impondo limites de idade e de saúde mental.

Inicialmente, é necessário destacar que a fixação de uma idade limite para a utilização das técnicas de reprodução humana assistida

[122] Meroño, op. cit. p. 182.

depende da vontade do legislador, dentro de uma construção natural do desenvolvimento físico e mental da pessoa humana.

A pessoa natural adquire capacidade absoluta no ordenamento jurídico brasileiro com 18 anos de idade, pelo casamento, pelo exercício de emprego público efetivo, pela colação de grau em curso de ensino superior, pelo estabelecimento civil ou comercial e por concessão dos pais.

Cabe ao legislador definir se a capacidade para a utilização de técnicas de reprodução deve coincidir com a capacidade em geral para a prática dos atos civis, determinada no art. 5º. do Código Civil Brasileiro, ou se para o caso, deve-se estabelecer requisitos especiais de capacidade.

É interessante demonstrar que a procura por tratamentos de infertilidade ocorre a partir dos 30 anos de idade, quando há uma diminuição constante e gradual na fertilidade da mulher.

> A idade da mulher influencia a chance de gravidez mensal de forma definitiva, como veremos mais adiante, de tal forma que quanto maior a idade materna, menor a taxa de nascimento. A incidência de aborto também aumenta com a idade da mãe. Dito de uma outra maneira, a capacidade mental em conceber(ou seja, a fertilidade) diminui progressivamente após os 35 anos e um profundo declínio ocorre entre os 40 e 45 anos. Desse modo, quanto maior a idade, menor a chance de engravidar e maior a chance de abortar. Um dos principais fatores determinantes dessa influência da idade nas chances de gravidez é a qualidade do oócito, particularmente a presença de aberrações cromossômicas nos oócitos das pacientes com mais de 38 anos.[123]

[123] Abdelmassih, op. Cit. p. 4.

Pode-se dizer que a melhor idade para gestação é inversamente proporcional ao envelhecimento da pessoa, a se justificar o reconhecimento do direito à procriação para as mulheres a partir da sua capacidade plena ou de sua idade núbil.

Nesse sentido, a idade núbil incorpora elementos biológicos da aptidão para procriar, que são levados em consideração para a fixação da idade para contrair casamento.[124]

> Esta aptidão diz respeito ao discernimento (condições psíquicas) e à puberdade (condições fisiológicas). O discernimento vem da experiência que o tempo propicia, associa-se à autonomia do espírito. A puberdade vem com o desenvolvimento dos órgãos e glândulas que permitem conceber, e varia de indivíduo a indivíduo, com as condições de meio, de sexo, de saúde, de educação e de alimentação.[125]

De acordo com o Direito Espanhol e o Direito Português a mulher com 18 anos de idade adquire plena capacidade para ser usuária das técnicas de reprodução humana assistida, desde que não possua nenhuma inabilidade psíquica que possa limitar o exercício de sua capacidade.

Verifica-se, no presente caso, que há uma coincidência entre o exercício da capacidade plena e a capacidade para ser usuária das técnicas de reprodução humana assistida, como demonstração do

---

[124] Lôbo. op. cit. p. 81.
[125] Pereira. op. cit. p. 83.

necessário discernimento e o desenvolvimento biológico natural exigido para a procriação.

Por outro lado, pode-se indagar da existência de uma idade limite para a reprodução humana assistida.

É reconhecido pela ciência reprodutiva, como já visto acima, uma maior dificuldade em procriar para as mulheres com idade avançada, contudo, também são reconhecidos casos em que mulheres com mais de 50 anos de idade chegaram a gestação. A título de ilustração, pode-se citar o caso da espanhola Carmem Bousada que com 67 anos foi mãe de duas crianças.[126]

O caso de Carmem Bousada teve repercussão na Espanha em razão da mesma ter se submetido ao tratamento de fertilização nos Estados Unidos da América, quando possuía 67 anos de idade, concebendo duas crianças. A mesma somente conseguiu realizar o tratamento de fertilização, por ter mentido sobre sua verdadeira idade, ao alegar que possuía 55 anos de idade. A sua atitude foi bastante criticada, por ser uma manifestação egoísta de sua vontade, tendo a mesma declarado em uma entrevista que sua mãe havia vivido até os 101 anos de idade e que não existia nenhuma razão para ela não viver este mesmo tempo, contudo, após três anos do nascimento dos gêmeos Carmem Bousada faleceu de câncer, levantando novamente a discussão quanto à

[126] Meroño, op. cit. p. 186.

idade limite, para se submeter a técnicas de reprodução humana assistida.[127]

É evidente que, com as diversas técnicas de reprodução humana assistida, principalmente com fertilização “in vitro” com óvulos de um terceiro doador, é possível que a idade da mulher não seja mais um empecilho para a gestação. O termo mãe-avó é utilizado para denominar aquelas mulheres, com idade avançada, que tem filhos através de reprodução humana assistida.

A limitação da idade para a reprodução humana assistida gera no direito diversas dúvidas, onde alguns autores entendem que essa prática não protege os legítimos interesses das crianças, onde uma grande diferença de idade entre pais e filhos produziria um claro prejuízo para os filhos.[128]

Encarna Serna Meroño não acredita que a diferença de idade por si só, como um critério geral, seja suficiente para demonstrar que os interesses da criança não estarão resguardados pelo pai e pela mãe, uma vez que, por outro lado, pode-se afirmar também que com uma mãe muito jovem a criança não estaria protegida. Em todo caso é difícil solucionar problemas tão complexos, onde ao seu juízo, a alegação de diferença de idade é muito fraca, pois dependerá de cada caso e das medidas estabelecidas para resguardar os interesses da criança, onde a

---

[127] *www.bebesymas.com*
[128] Meroño. op. cit. p. 186.

casuística pode ser bastante variada. Pode acontecer que a mãe tenha uma idade avançada e o pai seja jovem e comparando com o caso em contrário, um pai com idade avançada e uma mãe jovem, como é possível o fato da mãe com idade avançada ser prejudicial ao filho, e o contrário não, onde o pai tem idade avançada e a mãe é jovem.

Com certeza, a determinação da idade limite para a reprodução assistida não deve ser vista isoladamente, mas tendo por principal fundamento, o melhor interesse da criança. É muito difícil para o legislador acertar qual idade limite seria aceitável, contudo, tendo por base o fim natural da capacidade reprodutiva para as pessoas sadias, é equilibrada a idéia de que a reprodução humana assistida não possa ser realizada em mulher com idade avançada.

É função do legislador determinar a idade limite, mas, se assim não o fizer diretamente à lei, conforme é possível compreender pelo Projeto de Lei nº 90 de 1999, que tramita no Congresso Nacional, caberá à equipe médica, responsável pela reprodução humana assistida, o poder de decidir, levando em consideração aspectos relacionados à saúde da mulher e à proteção da dignidade da criança a ser concebida, diante das circunstâncias que envolvam o caso.[129]

> En mi opinión, la fijación de uma edad limite, solo la puede imponer el legislador, pues es quien está legitimado para fijar restricciones a las posibilidades de actuación de la persona, en este caso, ser usuária de las técnicas de

[129] Art. 2º., III: "a receptora da técnica seja apta, física e psicologicamente, após avaliação que leve em conta sua idade e outros critérios estabelecidos em regulamento".

> reproducción asistida, pues uma prohibición, solo por cuestiones de edad, acaso podría interpretarse como una vulneración del derecho constitucional a um adecuado y libre desarrolo de la personalidad que tiene toda persona.[130]
>
> Es comprensible que el equipo médico tenga un importante poder de decisión sobre a quién y cómo lleva a cabo la utilización de las técnicas. Parece evidente, que para la practica de las técnicas de reproducción asistida, no solo debe existir la voluntariedad de la mujer a someterse a uma fecundación asistida, sino que también, y en todo caso, se deben valorar la condiciones de salud de la usuária en su conjunto y junto con la edad de la mujer, decidir si es inadecuada la práctica de las técnicas, y solo se podra llegar a esta situación una vez examinado cada caso en concreto y nunca porque a priori y solo Poe el dato de la edad, se decida que uma mujer ya no es apta para ser usuária.

b) Aspectos Pessoais Para Ser Beneficiária.

A definição das pessoas que podem ser beneficiárias das técnicas de reprodução humana assistida gera um enorme debate no meio jurídico, principalmente, em face da discussão da condição da mulher solteira como usuária das referidas técnicas.

A Resolução do Conselho Federal de Medicina, norma ética médica, compreende que toda mulher, independente de seu estado civil, poderá ser receptora das técnicas de reprodução humana assistida.[131]No caso, para o Conselho Federal de Medicina é indiferente qual seja o estado

---

[130] Meroño, op. cit. p. 187.

[131] Resolução CFM 1.258/92, "II- Usuários das técnicas de RA. 1- Toda mulher, capaz nos termos da lei, que tenha solicitado e cuja indicação não se afaste dos limites desta Resolução, pode ser receptora das técnicas de RA, desde que tenha concordado de maneira livre e consciente em documento de consentimento informado."

civil da mulher que irá se submeter às técnicas de reprodução humana assistida, podendo a mulher estar solteira, casada, divorciada ou viúva.

O fato de a mulher solteira poder ser usuária das técnicas de reprodução humana assistida não é pacífico na doutrina, bem como nas legislações estrangeiras.

Em Portugal, somente as pessoas casadas que não se encontrem separadas judicialmente ou de fato e as pessoas de sexo diferente, que vivam em união estável a pelo menos dois anos, podem se submeter às técnicas de reprodução assistida.

Por sua vez, no Direito Espanhol de maneira bastante flexível não se leva em conta o estado civil da mulher, podendo inclusive através de uma interpretação extensiva, ser usuária das técnicas a mulher que viva em parceria com outra mulher.[132]

Contudo, a análise jurídica do direito ou não da mulher solteira em ser beneficiária das técnicas de reprodução humana assistida não pode ser feita de forma isolada, mas dentro da sistemática do direito civil constitucional, onde diversos valores fundamentais da pessoa humana estão em conflito com o próprio direito à reprodução.

Daí que a primeira questão a ser discutida, é saber se o direito à reprodução assistida é um direito à saúde ou uma liberdade derivada do princípio da livre determinação da pessoa.

---

[132] Meroño, op. cit. p. 187.

É evidente que o direito à reprodução assistida é um direito à saúde, diante da compreensão de que a disfunção denominada infertilidade, que apresenta na pessoa dificuldades em conceber, gera um defeito no sistema reprodutivo que impede a procriação, considerando uma doença. [133]

Mas, também, não deixa de ser um direito à livre determinação da pessoa, pois, envolve a utilização do seu próprio corpo autorizando que, com a assistência médica se obtenha a gravidez.

Tal liberdade de procriar se expressa também pelo direito fundamental ao planejamento familiar, liberdade que tem a pessoa em desejar autonomamente procriar ou não.

Caso o legislador entenda que o direito à reprodução assistida seja exclusivamente um direito à saúde, impede-se, desde logo, a utilização dessas técnicas por pessoas sadias, inclusive por mulheres solteiras e por casais homossexuais.

Por outro lado, se o legislador entender que o direito à reprodução assistida compreende uma liberdade da mulher independente de seu estado de saúde e do seu estado civil, as técnicas de reprodução assistida poderão ser utilizadas por todas as mulheres, sem qualquer discriminação.

---

[133] Abdelmassih, op. cit. p. 3.

Contudo, entendo que a adoção de um ou outro fundamento não deixaria de esbarrar no direito da criança, como principal obstáculo jurídico para limitar o direito à reprodução humana assistida.

Embora, mesmo que venha a prevalecer o entendimento de que o direito à reprodução é um direito à livre determinação da pessoa no desenvolvimento de sua personalidade, estaria o mesmo ainda limitado pela dignidade da criança a ser gerada, pois este direito não seria de exercício individual, mas conjugado com os direitos da pessoa a ser concebida.

A determinação de qual será o fundamento do ordenamento jurídico brasileiro, para as condições de admissibilidade do uso das técnicas de reprodução humana assistida, quer como direito à saúde, quer como liberdade da pessoa para determinar o seu desenvolvimento, dependerá de um necessário estudo pelo legislador.

Diante dos elementos constantes na Constituição Federal, estaria garantido à pessoa, através do Estado, o direito à reprodução assistida como direito à saúde, entendendo que os direitos fundamentais são direitos garantidos para a pessoa, que se impõe a todas as entidades públicas e privadas e que incorporam os valores básicos da sociedade.

Nesse sentido, com o reconhecimento do direito à procriação como um direito à saúde, pode-se exigir do Estado, medidas necessárias para a realização desse direito através de projetos sociais que possibilitem o acesso às pessoas que possuam infertilidade quanto às

técnicas de reprodução humana assistida, contudo, isto não implicaria em um direito a ter filhos, pois, o Estado não estaria obrigado a conceber um filho para a pessoa, mas tão somente o de prover meios para que a pessoa possa realizar o seu planejamento familiar.

Quando se quer dizer que, somente em face do direito fundamental à saúde, tem a pessoa garantido perante o Estado o direito à reprodução humana assistida, leva-se em consideração a tutela dos direitos fundamentais que garante ao cidadão o exercício do referido direito perante o Estado, que estaria vinculado à norma constitucional.[134]

Assim, com o reconhecimento do direito à reprodução humana assistida, como direito fundamental à saúde, destinado àquelas pessoas que sejam diagnosticadas como inférteis, caberá ao Estado a realização de medidas sociais que visem, dentro do planejamento familiar, os meios necessários para a concepção.

Contudo, a hipótese de reconhecer o direito à reprodução humana assistida como um direito fundamental, não exclui a possibilidade

---

[134] "Em correlação com a aplicabilidade imediata dos preceitos respeitantes aos direitos, liberdades e garantias, a 2ª. Parte do art. 18, no. 1, da Constituição(portuguesa) estabelece quais são os seus destinátários. São destinatários dessas normas, estão vinculados aos direitos, liberdades e garantias, antes de mais, as entidades públicas, todas as entidades públicas, e não apenas o Estado; e todos os órgãos do poder, e não apenas um dos poderes do Estado, o poder legislativo (até porque, ao contrário do que se supunha no século XIX, não é a lei o único acto que revela para o cumprimento dos preceitos constitucionais sobre direitos, liberdades e garantias). Miranda, Jorge. Manual de Direito Constitucional, Direitos Fundamentais. Coimbra Editora: Coimbra, 1993, p. 278.

do exercício deste mesmo direito, como atributo da livre determinação da pessoa no desenvolvimento de sua personalidade.

Ou seja, pode-se utilizar e qualificar a reprodução humana assistida dentro de um quadro que não seja de direito fundamental, sem a garantia do Estado, mas que respeite os interesses individuais da pessoa, como um direito próprio ao desenvolvimento de sua personalidade.

> Neste sentido, sem prejuízo de o princípio da não tipicidade dos direitos fundamentais poder ser utilizado no sentido de alargar o elenco de direitos fundamentais no âmbito da procriação assistida – circunstância esta que, por outro lado, se mostra susceptível de colocar problemas de compatibilidade e de operatividade delimitada com outros valores fundamentais consagrados expressamente na Constituição, tal sucede com a tutela conferida à adopção, a "um ambiente familiar normal" e, naturalmente, à dignidade da pessoa humana – , o certo é que existem limites constitucionais a um reconhecimento genérico de todas as formas ou técnicas de procriação artificial, tal como existem valores que excluem em absoluto que a utilização de certas modalidades de procriação artificial seja qualificada como sendo um direito fundamental.[135]

Assim, é possível destacar que dentro da hipótese de direito pessoal, tanto a mulher quanto o homem poderiam se socorrer das técnicas de reprodução assistida, como meio alternativo de reprodução.

Dessa forma, diante da inexistência de norma constitucional ou legal, que determine o fundamento do direito à reprodução humana assistida, e imponha restrições[136] a esse direito, há uma liberdade que

---

[135] Otero, op. Cit. p. 22.

[136] "a restrição afecta certo direito (em geral ou quanto a certa catergoria de pessoas ou situações), envolvendo a sua compressão ou, douto prisma, a amputação de faculdades que a priori estariam nele compreendidas." Miranda, op. Cit. p. 297.

somente possui limites nos sentimentos éticos e morais daqueles que realizam tais técnicas.

Por sua vez, como bem leciona Paulo Otero, diante da textura aberta da moral, que não representa uma realidade unitária e indiferenciada, sua ordem normativa ética é dotada de uma considerável imprecisão, o que permite diversas interpretações quanto às condições para a utilização das técnicas de reprodução humana assistida. [137]

Aqueles que defendem a possibilidade de utilização das técnicas de reprodução humana assistida somente por casais, designadamente aquelas pessoas casadas, que não se encontrem separadas judicialmente ou de fato, ou ainda que vivam, sendo de sexo diferente, em união estável, têm em mente a proteção da criança, que deverá nascer em um ambiente familiar normal, com a representação das figuras paternas e maternas.

> A atual noção de vida familiar 'normal' está vinculada àquilo que é socialmente predominante segundo as regras de comportamento familiar. Leite afirma que, se a noção de 'família normal' já não pode ser entendida como referência ao matrimônio, visto que a CF de 1988 rejeitou o modelo familiar único, ela continuaria valendo à relação pais e filhos. Para ele, 'toda criança tem direito ao convívio familiar (de pai e de mãe) e a psiquiatria sempre afirmou de forma taxativa que a identificação paterna e materna é fundamental ao desenvolvimento normal dos seres humanos. Nessa linha de entendimento, a proteção constitucional aferida às crianças abarcaria o seu direito de se desenvolverem num ambiente propício ao desenvolvimento de suas potencialidades enquanto seres

[137] Otero, Paulo. Lições de Introdução ao Estudo do Direito, Pedro Ferreira Artes Gráficas: Lisboa, 1998, p. 267.

> humanos, o que somente poderia ser garantido numa família biparental.[138]

Afirmam que, a determinação de quem pode ser usuário das técnicas de reprodução humana assistida deve atender, em primeiro lugar, aos interesses da criança a ser gerada, principalmente quanto ao seu direito da personalidade à identidade, o que necessariamente inclui o reconhecimento de uma figura paterna.

Defende-se que, o direito ao planejamento familiar disposto no art. 226, parágrafo 7º. da Constituição Federal, ao mesmo tempo em que concede à pessoa, a liberdade para planejar a sua família, em face da liberdade em procriar ou não, também exige que tal procedimento respeite os princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável.

Nesse sentido, Maria Claudia Crespo Brauner comenta:

> Pode-se afirmar, e parece plenamente razoável, a idéia de que o direito de gerar não é absoluto, ou que o direito ao filho não pode ser um argumento que abra as portas a todas as possibilidades de reproduzir artificialmente. Entretanto, os motivos evocados para restringir-se o acesso ilimitado às técnicas, ora referidas, fundamentam-se em rejeitar o tratamento da criança como uma 'coisa', 'um objeto-devido', negando irresponsavelmente a sua dignidade de pessoa.[139]

Segundo afirma Paulo Otero, o direito que tem a mulher solteira de não constituir família através do casamento ou da união estável, não reconhece para a mesma, um eventual direito de

---

[138] Krell, op. Cit. p. 115.
[139] Brauner. Op. cit. p. 79.

deliberadamente privar outro ser humano de ter um pai e uma mãe biológico-genéticos, onde possa neste ambiente desenvolver a sua personalidade. [140]

A hipótese de adoção unilateral não justificaria a possibilidade de reprodução unilateral, vez que a referida adoção é um ato excepcional, onde a criança se encontra em situação de risco, sendo tal atitude um remédio para a situação lesiva em que a mesma se encontra, possibilitando com a sua colocação em família substituta, o respeito a sua dignidade.

Para aqueles que defendem a possibilidade da mulher solteira ser usuária das técnicas de reprodução humana assistida, o reconhecimento da figura paterna como elemento necessário para o desenvolvimento da criança, não importaria absolutamente na exigência de uma figura masculina, onde a família monoparental não pode ser vista como um mal.[141]

Diante do exposto, alegam que havendo a possibilidade de adoção unilateral, onde a criança passaria a conviver em uma família monoparental, poderia também ser admitida a procriação unilateral, com o mesmo caráter excepcional, diante da análise de circunstâncias específicas.[142]

---

[140] Otero, op. cit. p. 79.
[141] Krell, op. cit. p. 114.
[142] Idem. p. 118.

A lei espanhola 14/2006 que trata da reprodução humana assistida determina que as técnicas devam ser aplicadas na mulher maior de idade, com plena capacidade, independente do seu estado civil, se casada, solteira ou companheira, e independente de sua orientação sexual, concedendo a proteção jurídica do direito à reprodução, à capacidade legal da mulher suficiente para compreender a amplitude das responsabilidades, que derivam da concepção através do uso de técnicas de reprodução humana assistida.

A evolução trazida pela lei espanhola reflete o novo desenho da família, a qual não é mais simplesmente demonstrada pela idéia do casamento entre pessoas de sexo diferentes.

No sistema jurídico brasileiro, novos elementos são encontrados na atualidade para compor a noção de relações familiares, transcendendo aos limites fixados na Constituição Federal.[143]

Segundo as lições de Edson Fachin,[144] a partir da incidência do elemento afetivo no plano dos fatos, a família adquire um novo traçado, com o surgimento de novos direitos subjetivos.

O sentido clássico de família se assentava num aspecto tripartite que une sexo, sangue e família[145], propiciando a modelação das relações familiares em normas jurídicas baseadas nesse modelo. Contudo, a atual realidade aponta algumas mudanças, possibilitando a tutela

---

[143] Fachin, O Impacto das Mudanças Sociais no Direito de Família, op. cit. p. 20
[144] Fachin, Direito de Familia, op. cit. p. 6.
[145] Fachin, O Impacto das Mudanças Sociais no Direito de Familia, op. cit. p. 35.

jurídica à orientação sexual, alterando o alicerce da família, que passa agora a ter origem nas relações de afeto, solidariedade e mútua constituição de uma história comum.[146]

> Humanismo e solidariedade constituem, quando menos, duas ferramentas para compreender esse desafio que bate às portas do terceiro milênio com mais intensidade. Reacender o significado de projeto de vida em comum é uma tarefa que incumbe a todos, num processo sacudido pelos fatos e pela velocidade das transformações.[147]

O reconhecimento da família monoparental na Constituição Federal confere o direito à realização das técnicas de reprodução humana assistida às mulheres solteiras, fazendo surgir como bem explanado por Julieta Quayle, uma nova forma de monoparentalidade.

> Assistimos ao crescimento de uma nova forma de monoparentalidade: aquela decorrente de opções reprodutivas de mulheres que recorrem à RHA para constituição de seu núcleo familiar, independentemente da existência de qualquer laço afetivo, civil ou financeiro com um genitor potencial. Essa figura em discussão no direito brasileiro(Abrahão, 2003) refere-se inicialmente à mulher sem companheiro (legal) que utiliza a RHA para conseguir engravidar e ter filhos. Herdeira ideológica da (antiga) "mãe solteira", descendente da "produção independente" dos anos 90, a maternidade monoparental decorrente da utilização de diferentes técnicas de reprodução assistida está longe de ser um consenso, embora seja um fato consumado. Todavia, longe está de ser vista com naturalidade."[148]

---

[146] Idem.
[147] Idem. P. 37.
[148] Quayle, Julieta, Conceitos e "Pré-conceitos". A Condição da Criança na Família Monoparental. In Psicologia e Reprodução Humana Assistida. Coordenadores Rose Massaro Melamed, Liliana Seger e Edson Borges Jr. Santos Editora: São Paulo, 2009, p.127.

Apesar das diversas correntes contrárias, a possibilidade da mulher solteira ser beneficiária das técnicas de reprodução humana assistida, sob o fundamento da dignidade da criança a ser concebida e de que o nascimento de uma criança fora do casamento, traria grande sofrimento à mesma, entende-se de forma minoritária, mas contundente, que não é a estrutura da família que trará felicidade à criança, mas sim a dinâmica que será estabelecida.[149]

Atualmente, como já foi referido, o Conselho Federal de Medicina, não discrimina a utilização das técnicas de reprodução humana assistida por mulheres solteiras.[150] E para além disso, de fato, hoje já se realizam no Brasil inseminações em mulheres solteiras, independentemente das questões de ordem pública quanto à dignidade da criança.

Nessa linha de ideia, Juleta Quayle relata que estudos realizados nos Estados Unidos demonstram que não existiria na realidade danos à dignidade da criança.

> Estudos sobre as repercussões dessas decisões apontam, em outras culturas, que a adequação parental (ou monoparental) não é ditada pela união estável; estudo de Murray e Golombock (2005) comparou 21 mães solteiras e 47 casadas e seus filhos concebidos por inseminação artificial e concluiu que as solteiras tinham mais prazer em sua relação com os filhos, com menos reações de raiva e

---

[149] Idem. P. 128.

[150] Capitulo II, item 1: “Toda mulher, capaz nos termos da lei, que tenha solicitado e cuja indicação não se afaste dos limites desta Resolução , pode ser receptora das técnicas de RA, desde que tenha concordado de maneira livre e consciente em documento de consentimento informado.” Resolução do CFM 1.358/92

> frustração. Seus filhos apresentavam, comparativamente, menos dificuldades comportamentais e emocionais do que os das mães casadas. Esses dados são confirmados por estudos longitudinais – com acompanhamento de até 12 anos (Colpin Soenen, 2002; Murray et al., 2006) a partir das técnicas como a ovodoação, p. ex, sem que se observassem problemas de desenvolvimento físico ou psicológico nessas crianças. Ao comparar as relações familiares em situação de FIV, ovodoação e inseminação artificial, observou-se maior sensibilidade nas respostas das últimas, que tendiam a ser, comparativamente às de ovodoação, mais envolvidas com seus filhos. Não foram observadas diferenças entre as famílias constituídas por ovodoação e FIV, e as crianças se mostraram bem adaptadas do ponto de vista de seu desenvolvimento social e psicológico (quayle, 2006)[151]

Ainda se discute juridicamente, a possibilidade da lei discriminar as pessoas que podem e não podem utilizar as técnicas de reprodução humana assistida, diante da violação do princípio da igualdade perante a lei, onde o Estado não poderia diferenciar o filho da mulher solteira nascido naturalmente, com o filho gerado através de técnicas de reprodução.

Vera Lúcia Raposo, em sua Obra de Mãe para Mãe, expõe:

> A única explicação para estas duas acusações de discriminação será a de considerar que as pessoas referidas são, em abstracto, titulares do direito à reprodução. Porém este direito só pode ser livremente exercido quando a natureza, isto é, a biologia, o permita. Se uma mulher só, viúva ou lésbica, engravidar pelos métodos ditos “naturais” (por relação sexual com um ser humano do sexo masculino) o Estado não tem legitimidade para se imiscuir nesta opção de vida. Não lhe pode retirar a criança, nem forçá-la a abortar, nem sancioná-la de qualquer modo. Isto é, não pode proibir este comportamento. Mas quando assim não seja, e se sinta a necessidade de recorrer aos avanços da ciência, já o direito à reprodução não pode ser exercido, pois embate no direito ao bem-estar do novo ser, que logo ao nascer se veria privado de uma parcela substancial da

[151] Quayle, p. 128.

> sua integração humana, qual seja, o direito de nascer numa família nuclear, supostamente funcional (este "supostamente" visa apenas sublinhar o caráter tautológico da consideração das novas famílias como coligações humanas mais ou menos desviantes, mas sempre perniciosas e, concomitantemente, o erro de considerar as famílias tradicionais como a perfeita trindade)[152]

Pode-se dizer ainda que não existe um estudo psicossociológico, que demonstre perfeitamente que as famílias monoparentais, advindas das técnicas de reprodução humana assistida, causem um efetivo prejuízo ao crescimento da criança. As especulações, nesses casos, levam em consideração princípios morais, com uma enorme carga protetiva da criança, baseados em elementos que interessam ao conceito clássico de família.[153]

Aqueles que criticam o uso de técnicas de reprodução humana assistida por mulher solteira, alegam que tais técnicas não podem ser utilizadas pelas mesmas para atender a um projeto pessoal, uma vez que revelaria um egoísmo da genitora, e não estaria preocupada com as repercussões no âmbito da personalidade da criança.

Contudo, concluo que mesmo diante de um projeto unilateral, a formação de uma família monoparental através da reprodução assistida, representa um projeto de amor e carinho para com

---

[152] Raposo, Vera Lúcia, De Mãe para Mãe, Coimbra Editora: Coimbra, 2005, p. 70.
[153] Idem, p. 71.

o ser que irá nascer, não permitindo considerá-lo um projeto egoísta ou impessoal.[154]

Diante da inexistência de evidências que demonstrem a possibilidade de dano à pessoa concebida a partir de uma mãe solteira, e em face da atual arquitetura jurídica que apresenta um regime familiar aberto e fraterno, igualitário e plural[155], compreendo que é juridicamente possível a constituição de uma família monoparental a partir das técnicas de reprodução humana assistida.

c) O consentimento.

Por último, como condição pessoal para a aplicação das técnicas de reprodução humana assistida está o consentimento informado.

A resolução do Conselho Federal de Medicina estabelece no capítulo II que *"toda mulher, capaz nos termos da lei, que tenha solicitado e cuja indicação não se afaste dos limites desta Resolução, pode ser*

---

[154] "Como considerar tal afirmação à luz de tantas evidências empíricas de que não é a estrutura, mas a dinâmica que se estabelece na família, que pode associar-se à chamada 'felicidade' individual? Como considerar a vaticinação de tantos desatres e agruras? Como considerá-la senão como o requisito de uma superstição, a voz do preconceito que não se cala? Entende-se aqui que a criança assim concebida e criada está sendo privada de seu direito e que '... a inseminação artificial não foi desenvolvida para atender interesses egoísticos de particulares, muito menos de grupos ou segmentos de conduta excepcional na sociedade; a legitimidade deste recurso repousa na natural intenção de ter prole, própria de casais, como decorrência natural da relação matrimonial, ou, da entidade familiar (...) A inseminação deve atender a um projeto parental e nunca um projeto impessoal.(leite, 1995: 336, apud Abrahão, 2003) conforme Juleta Quayle, op. cit. p. 128.

[155] Fachin, Luiz Edson. O impacto das mudanças sociais no direito de família. Op. cit. p. 20

receptora das técnicas de RA, desde que tenha concordado de maneira livre e consciente em documento de consentimento informado"[156]

Ora, o consentimento para a utilização das técnicas de reprodução assistida deve ser realizado através de documento escrito, onde deve constar expressamente todas as condições concretas de cada caso.

A lei espanhola, a lei italiana, assim como a lei portuguesa determinam que somente é admissível a utilização das técnicas de reprodução assistida, a partir da obtenção do consentimento informado.

O consentimento informado de forma geral, é um requisito essencial para todo tratamento médico e no caso de reprodução assistida, além da produção de efeitos no corpo da mulher, há também a produção de efeitos morais, jurídicos, sociais e econômicos.

> Si è già accenato (e si ritornerà spesso su questo caposaldo della legge) Che ogni intervento medico o di istituzioni pubbliche in matéria di procreazione assistida trova fondamentale giustificazione nel consenso dei soggetti richiedenti; consenso Che presuppone adeguate informazioni e determina uma serie di conseguenze morali, giuridiche, sociali ed economiche.[157]

Ora, tratando-se de uma intervenção médica, a necessidade de um consentimento livre e inequívoco, conforme explica Eduardo Oliveira Leite, decorre do princípio da inviolabilidade do corpo.[158]Contudo,

---

[156] Não está grifado no original.
[157] Santosuosso, Fernando. La Procreazine Medicalmente Assistita, Giuffrè: Milano, 2004, p. 32.
[158] Leite, op. cit. p. 31.

no caso de reprodução assistida, os efeitos da intervenção médica vão mais além do que as modificações no corpo da mulher e os riscos de uma gravidez.

Nos casos de mulheres casadas ou em união estável, haverá também a necessidade do consentimento do marido ou companheiro, pois a procriação deve ser um projeto comum, independente se a reprodução for homóloga ou heteróloga.

O consentimento informado, necessário para a realização da reprodução humana assistida deriva do princípio da autonomia da vontade, como a liberdade que o ser humano tem para conduzir a sua vida privada.

Segundo as lições de Marco Segre e Claudio Cohen, a compreensão de autonomia na relação médico-paciente, entende que ambos devem ser competentes e, portanto, livres para poderem avaliar as opções possíveis, permitindo uma escolha consciente e conseqüente.

> Para que uma ação possa considerar-se autônoma, poderíamos exigir uma substancial satisfação dessas condições, um completo ou quase completo entendimento da situação e/ou uma completa ausência de influência. Levando estas questões a um último grau, e colocando-as num mundo prático, observaremos o quão serão as ações pessoais autônomas, até mesmo nunca o sendo. O objeto realista é, apenas, que uma decisão conseqüente seja substancialmente autônoma.[159]

[159] Segre, Marco; Cohen, Claudio. Bioética, Editora da Universidade de São Paulo: São Paulo, 1995, p. 88.

Nesse sentido, a autonomia é um conceito que está ligado à escolha reflexiva individual.

Assim, o respeito à autonomia da vontade pode ser interpretado dentro de uma larga extensão, não podendo ser aplicado às pessoas que não estejam em condições de agir de maneira suficientemente autônoma. As pessoas incapazes, ignorantes, débeis, criança, dependentes de drogas, não estão em condições de manifestar de forma livre e refletida a sua vontade.

Inicialmente, antes que o paciente tenha condições de decidir se um tratamento médico lhe é aceitável, segundo seu próprio plano de vida, ou projeto familiar, deve o mesmo ser informado das possibilidades médicas de intervenção, suas recomendações, além da visão do próprio médico e como as recomendações afetam os valores do seu paciente.

Segundo Segre, o *"consentimento esclarecido (ou informado) é uma expressão do ato autônomo. Este ato é caracterizado como "uma decisão, e um ato, sem restrições internas ou externas, com tanta informação quanto o caso exige, e de acordo com a avaliação feita por uma pessoa no momento de tomar a decisão."*[160]

---

[160] Marco Segre, Situação ético-jurídica da Testemunha de Jeová e do médico e /ou instituição hospitalar que lhe presta atenções de saúde, face à recusa do paciente-religioso na aceitação de transfusões de sangue(parecer), citado por Zelita da Silva Souza e Maria Isabel Dias Miorim de Moraes, no Simpósio de Bioética, in http://www.portalmedico.org.br/revista/bio1v6/eticmedica.htm

Em relação ao consentimento para a utilização das técnicas de reprodução humana assistida pela mulher, diversos podem ser os efeitos e os pressupostos, segundo o seu estado civil, no caso em que a mulher possui um companheiro ou é solteira.

Partindo do princípio que o Conselho Federal de Medicina autoriza a utilização das técnicas de reprodução humana assistida por mulheres solteiras, através da doação do material reprodutivo masculino por um terceiro, que esteja depositado em algum banco, vai ser necessário o seu consentimento livre e informado, feito de forma escrita para que a utilização das referidas técnicas sejam autorizadas.[161]

Diante disso, encontraremos crianças sem pais, o que é bastante discutível, principalmente quando o direito de família tem como princípio a proteção e o bem estar da criança.[162] Sendo relevante, diante da possibilidade de danos à criança, que esta circunstância seja esclarecida e informada à mulher, para que em sua manifestação de vontade possa a mesma ter consciência de todos os aspectos que resultam da utilização das técnicas de reprodução humana.

Nessa linha de entendimento, nada impede que um casal de mulheres homoafetivas possam se socorrer das técnicas de reprodução

---

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

[162] Hernández, Angel Sánchez. Técnicas de Reproducción Humana Asistida, in Comentários a La Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, Aranzadi: Navarra, 2007, p. 50

humana assistida, surgindo uma situação própria na qual o legislador brasileiro ainda não se aventurou em legislar.[163]

Nos casos de mulheres casadas ou em união estável, o consentimento do marido ou companheiro é necessário, uma vez que a reprodução passa a ser um projeto familiar, comum, conforme capitulo II, item 2 da Resolução do Conselho Federal de Medicina: *"Estando, casada ou em união estável, será necessária a aprovação do cônjuge ou do companheiro, após processo semelhante de consentimento informado."*

Dentro da perspectiva da utilização das técnicas pela mulher casada, podem surgir duas situações:

a) a utilização do sêmen do marido ou companheiro, no caso de fecundação homóloga.

b) a utilização do sêmen de um doador, no caso de fecundação heteróloga.

Na primeira situação, justifica-se a autorização do marido para a utilização das técnicas com fundamento no próprio casamento, que determina uma comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.[164]

Assim, a necessidade de autorização e consentimento informado do marido, é determinada pela igualdade de direitos e deveres,

---

[163] Idem.
[164] Art. 1.511 do Código Civil.

dentro das responsabilidades impostas ao casal para o planejamento familiar.

Além do mais, conforme determina o Código Civil Brasileiro, atribui-se ao marido a filiação havida por fecundação artificial homóloga.[165]

Por sua vez, no segundo caso, diante da utilização de sêmen de doador, o consentimento é necessário como fundamento da paternidade,[166] pois, somente o consentimento do marido criará obrigações perante a criança que irá nascer.

O Código Civil presume a filiação, na constância do casamento, dos filhos havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.[167]

Assim, o consentimento do marido para que a esposa receba o material doado por terceiro, obriga-lo-á de maneira irrevogável a paternidade, não podendo futuramente impugnar aquela filiação. A presunção de paternidade nesse caso, impede a impugnação da filiação, sendo o filho considerado como nascido na constância do casamento, responsabilizando o marido como pai, para todos os efeitos legais.

Por outro lado, em sentido contrário, caso não haja o consentimento do marido nas situações acima determinadas, duas são as possibilidade que podem ocorrer e suas conseqüências.

---

[165] Art. 1.597, III, do Código Civil.
[166] Hernández, op. cit. p. 53.
[167] Art. 1.597, V do Código Civil.

Inicialmente, se o material genético implantado na mulher for do próprio marido, apesar de não possuir o seu consentimento, aplica-se no caso o critério biológico, atribuindo a paternidade ao marido, diante do princípio da proteção da criança, bem como pela aplicação do artigo 1.597 do Código Civil, que não exige o consentimento do marido para presumir a filiação, nos casos de fecundação homóloga.

Por sua vez, no segundo caso, se o material genético implantado na mulher for de um terceiro doador, não há como atribuir a paternidade ao marido, que não consentiu o tratamento, não sendo possível aplicar a presunção legal determinada pelo Código Civil. Assim, poderá o marido impugnar a filiação, que não possui a sua descendência biológica e não foi pelo mesmo autorizado.

> Como é sabido, o consentimento do futuro 'pai' tem efeitos jurídicos consideráveis no que toca à filiação(art. 1839, no. 3, do Código Civil) e à obrigação de alimentos(arts. 2003 e segs. do Código Civil e art. 197 do Código Penal), mas do que aqui se trata é de saber se para o processo médico propriamente dito de inseminação medicamente assistida, fecundação in vitro com posterior implantação ou de fecundação intra tubária, a falta de consentimento do cônjuge pode afectar a validade do consentimento que o médico obteve da mulher. A orientação prevalecente é a de que tendo o marido meios civis de reacção (v.g., divórcio) nos casos em que discorda da atitude da mulher que pretende doar gametas ou recebê-los e acrescendo que na generalidade dos sistemas jurídicos o consentimento do marido não é exigido para a realização de um aborto ou para uma esterilização, não faria sentido exigir tal consentimento para técnicas de procriação assistida.
>
> Todavia, é preciso ter presente que 'a obtenção de um óvulo duma dadora exige uma intervenção cirúrgica' e que 'uma gestacional carrega com a criança nove meses e tem um parto'. Daí que em todos os casos que exigem mais que

> uma simples doação de esperma a questão da autorização ou da opinião do marido deva ser tida em conta.[168]

Assim, a manifestação de vontade é elemento essencial para a validade do processo de reprodução humana assistida, impondo-se ao médico a obrigação de obter de todos os intervenientes o consentimento. [169]

Por muito tempo, discutiu-se a existência de um adultério ginecológico, nos casos de falta de consentimento do marido para o processo de reprodução humana assistida, tendo Fernando Santosuosso, declarado em sua Obra "La fecondazione Artificiale Umana" que em face da enorme carga negativa do adultério quanto ao ponto de vista social e pessoal, a gravidez sem autorização do marido, obtida por inseminação artificial heteróloga, justifica a intoleralidade da manutenção da convivência conjugal.[170]

Conclui-se dessa forma, que o consentimento informado é requisito de validade para a utilização das técnicas de reprodução humana assistida, principalmente quando da utilização de material estranho ao casal, diante das diversas repercussões jurídicas e sociais, que podem

---

[168] Dias, op. cit. p. 293.
[169] "Sendo vários os intervenientes no processo, impõe-se que o médico de todos obtenha o consentimento; não apenas da doente (a mulher afectada por problemas, próprios ou do marido, de infertilidade) mas também do dador de sêmen, ou se, for caso disso, da dadora de gametas femininos e quiçá do cônjuge (ou companheiro) da doente e do dador ou da dadora. Não que o cônjuge goze de um qualquer direito de vulto sobre a autonomia decisória da mulher, mas porque tal solução servirá para expressar o respeito pelo "outro" e só poderá estimular a harmoniosa vivência conjugal." Dias, op. Cit. p. 293.
[170] Citado por Dias, op. Cit. p. 295.

resultar do tratamento. Além do mais, a reprodução humana assistida deve ser objeto de informação com todos os riscos à saúde e possibilidades de resultados, em cada caso concreto, de forma a exaurir todas as possibilidades de sucesso e de fracasso.

No próximo capítulo será abordada a tutela jurídica do embrião como estudo necessário para a compreensão dos direitos que possuem o embrião, em face das técnicas de reprodução humana assistida.

7- TUTELA JURÍDICA DO EMBRIÃO.

A proteção do embrião é determinada a partir do estudo do início da vida humana, diante da necessidade de proteção à vida consagrada na Constituição Federal.

A utilização das técnicas de reprodução humana assistida, possibilita a obtenção de embriões "in vitro", com sua manipulação extracorporal, para posterior implantação na mulher.

Contudo, a problemática da proteção do embrião parte da possibilidade fática de não implantar os embriões na mulher, em face da fertilização de óvulos em excesso.

Ana Paula Guimarães, diante de tal problemática encontra três caminhos possíveis para os embriões: a sua destruição, a sua utilização para fins de investigação e o seu congelamento.[171]

---

[171] Dissemos já que, para que se obtenha uma percentagem elevada de sucesso, é necessária a fertilização de vários óvulos de cada vez. Dos óvulos fecundados in vitro nem todos são implantados. Tal facto coloca-nos perante a específica problemática da seleção pré-implantatória e dos embriões excedentários. É o que vamos agora estudar. Relativamente a esta última encontramos três caminhos possíveis: destruição, utilização para fins de investigação e congelação. Guimarães, op. cit. p. 169.

Daí, que é necessário o estudo da personalidade jurídica do embrião, com a determinação do início da vida humana, objetivando solucionar as principais controvérsias relativas à manipulação dos embriões.

A problemática sobre o inicio da personalidade humana, a partir da concepção, é própria do pensamento científico, onde o embrião desde o momento da concepção, traz consigo de forma demarcada, os seus genes e cromossomos, com as características que o individualiza como um ser único e irrepetível.[172]

> A concepção tradicional sobre o início da personalidade(humana) - pessoa é todo o ser(humano) nascido vivo e viável - está dominada pela concepção aristotélica da alma vegetativa ou nutritiva, faculdade de crescimento e de reprodução; da alma animal ou sensitiva, faculdade de sentir, de desejar e de se mover; e da alma razoável ou pensante, faculdade de humanidade, esta sendo adquirida com o nascimento.[173]

A ideia de que somente a criança nascida tem proteção jurídica é pré-científica fundada na ignorância da vida pré-natal. Hoje não há dúvidas que o ser humano concebido é capaz de sensações e sentimentos, e que a partir da concepção já é possível determinar a existência de uma vida em evolução. [174]

A formatação da ideia do início da personalidade humana, deve-se à necessidade de defesa da vida intra-uterina em relação ao

---

[172] Beltrão, op. cit. p. 72
[173] Campos, Diogo Leite. Lições de Direito da Personalidade. Coimbra: Editora Coimbra, 1995, p. 40.
[174] Beltrão, op. Cit. p. 73.

exterior, como uma tradução da realidade da pessoa à qual necessita ser protegida desde o momento da sua concepção.

> Parece, assim, inegável a existência de vida humana no nascituro concebido, uma vez que ele, desde a concepção emerge como um ser dotado de uma estrutura e de uma dinâmica humana autônomas, embora funcionalmente dependente da mãe.[175]

Sendo assim, a tutela do direito à vida consagrado na Constituição Federal não protege exclusivamente àqueles seres dotados de personalidade jurídica, segundo o ordenamento civil, mas na verdade à vida humana, aplicável ao ser humano, também, antes do nascimento, independente da noção jurídico-civilista de personalidade jurídica. [176]

Daí que, pode se dizer que não é a personalidade jurídica que justifica a titularidade de direitos por parte do ser humano, mas sim a qualidade de ser humano que desperta a titularidade de certos direitos e conseqüentemente envolve o reconhecimento da personalidade jurídica.

Partindo de novas evidências é possível ao direito, a abertura de novos questionamentos. [177]

A personalidade humana pré-natal atribuída ao nascituro é apresentada através de um enfoque atual da ciência, em face do avanço tecnológico, da proteção natural da vida e da atribuição de direitos para

---

[175] Souza, op.cit., p. 158.
[176] Idem, p. 36.
[177] Ferraz Jr., Tercio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito. São Paulo: Atlas, 1994, p. 44.

períodos em que não se reconhecia a pessoa, tudo em face da aplicação abrangente do princípio da dignidade humana.

Gabriel Del Estal expõe o seguinte:

> En segundo lugar, hablemos de la independencia del ser concebido con respecto de su própria madre. Esta es uma independencia genética (...) el nuevo ser así engendrado en nada se parece al padre o a la madre, tiene rasgos de uno e de otro(...) todolo que tiene personalidad es ya por definición uma persona. Ningún biólogo duda hoy dia de que en el momento mismo de la reunión de los gametas se ha engedrado ya una vida nueya e divisoria, ninguna solución de continuidad, entre vida pristina apenas esbozada, en un grupito está en plenitud de sus potencias(....) Pero su cualidad biológica, su definición, será la misma desde el ser unicelular hasta el indivíduo adulto. [178]

A partir do momento em que há a formação do embrião com a concepção, não se pode duvidar, do ponto de vista biológico, que a vida se inicia e que a ordem jurídica protege o direito de nascer, sancionando como crime o aborto.

Assim, pode-se concluir que o nascituro passa a ser uma entidade parcialmente dotada de força jurígena, em face da possibilidade de tutela jurídica contra lesões e ilícitos praticados antes do nascimento,

---

[178] "Em segundo lugar, falemos da independência do ser concebido em relação a sua própria mãe. Esta é uma independência genética(...) o novo ser assim engendrado em nada se parece ao pai e a mãe, tem traços de um e de outro(...) Todos que têm personalidade é por definição uma pessoa. Nenhum biologo duvida hoje em dia de que no mesmo momento da reunião dos gametas se tem engedrada uma nova vida e dividida, nenhuma solução de continuidade entre a vida primitiva e apenas esboçada, em um pequeno grupo está em plenitude de suas potências(....) por sua qualidade biológica, sua definição, será a mesma desde o ser uninuclear até o indivíduo adulto". Estal, Gabriel Del. Derecho a la vida e institución Familiar. Madrid: Apostolado de la Prensa, 1979, p. 18.(tradução nossa)

demonstrando-se adequada à ideia defendida por Hubmann, Karl Larenz e Oliveira Ascensão da existência de uma personalidade jurídica parcial, com a atribuição de uma esfera própria para o nascituro. [179]

Contudo, as coisas não se parecem tão simples como se apresentam.

a) O Início da Vida.[180]

Apesar do reconhecimento de vida humana ao nascituro, há ainda discussões quanto ao momento exato do início da vida, o que poderá determinar de forma diferente, a abrangência do direito principalmente diante das técnicas de reprodução "in vitro".

Inicialmente, há uma corrente doutrinária, derivada da linha interpretativa da Igreja Católica, que defende a idéia de que a partir da fecundação do óvulo pelo espermatozóide começa a vida humana, distinta em relação a de seus genitores. [181]

---

[179] apud Souza, op.cit., p.364.

[180] O STF designou audiência pública para discutir o inicio da vida, em face da lei de Biossegurança que permite a realização de pesquisas a partir da utilização de embriões inviáveis. Em decisão proferida em 29 de maio de 2008, o STF decidiu julgar improcedente a ADI 3510: "Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, por maioria e nos termos do voto do relator, julgou improcedente a ação direta, vencidos, parcialmente, em diferentes extensões, os Senhores Ministros Menezes Direito, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cezar Peluso e o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. - Plenário, 29.05.2008" http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=3510&processo=3510.

[181] Guimarães, op. cit. p. 152.

Diante da fusão do espermatozóide com o óvulo, se origina o novo ser dando inicio ao processo da vida, em uma sucessão gradual e continua que fará nascer uma pessoa humana.[182]

A vida humana, segundo essa corrente, tem início com a concepção a partir da formação do novo corpo genético. [183]

> Na verdade, embora condicionado ao organismo materno, o ser humano em formação possui um dinamismo próprio, uma vida própria e actual que se vai desenvolvendo e aperfeiçoando. Não vive por si, mas vive para si. É já um ser e não uma parte da mãe que o gera. Um dia, este ser, encontrando-se capaz de se autonomizar do corpo da mãe, nascerá, crescerá, envelhecerá e, um outro dia morrerá.[184]

Por outro lado, diante do processo natural de desenvolvimento do embrião, há quem defenda que a vida humana realmente somente se inicia a partir da nidação.

A nidação ocorre quando o embrião fixa-se no útero.

---

[182] Idem, p. 153.

[183] "A ontogenia humana, isto é, o aparecimento de um novo ser humano, ocorre com a fusão dos gametas feminino e masculino, dando origem ao zigoto, com um código genético distinto do óvulo e do espermatozóide. A fetologia e as modernas técnicas de medicina comprovam que a vida inicia-se no ato Ca concepção, ou seja, da fecundação do óvulo pelo espermatozóide, dentro ou fora do útero. A partir daí tudo é transformação morfológico-temporal, que passará pelo nascimento e alcançará a morte, sem que haja qualquer alteração do código genético, que é singular, tornando a vida humana irrepetível e, com isso, cada ser humano único. Jerome Lejeune, geneticista francês e autoridade mundial em biologia genética, asseverou: 'Não quero repetir o óbvio mas, na verdade, a vida começa na fecundação. Quando os 23 cromossomos masculinos se encontram com os 23 cromossomos da mulher, todos os dados genéticos que definem o novo ser humano já estão presentes. A fecundação é o marco do início da vida. Daí para frente, qualquer método artificial para destruí-lo é um assassinato.'" Diniz, Maria Helena, O Estado Atual do Biodireito, Saraiva: São Paulo, 2007, p. 25.

[184] Guimarães, op. Cit. p. 154.

Segundo Ana Paula Guimarães[185], diante do processo de seleção natural o organismo da mulher encarrega-se de eliminar cerca da metade dos óvulos fecundados, onde a vida humana em gestação até a nidação é particularmente instável e frágil.

Nesse mesmo sentido, antes da nidação *"não se pode falar em individualização pois existe um momento do processo embrionário conhecido por 'segmentação' que ocorre até o 14º. dia após a fecundação, em que há a possibilidade de se formarem gêmeos"*.[186]

Aqueles que defendem a teoria da nidação declaram que antes das primeiras trocas entre a mãe e o feto, somente existiria um amontoado de células, que isoladamente não permitiriam a determinação da vida, pois não teriam condições de desenvolvimento fora do útero materno.

> Esta teoria apregoa que somente a partir da nidação (fixação) do ovo no útero materno é que começa, de fato, a vida. Tendo em vista que esta fase começa em torno do sexto dia- quando começam a ocorrer as primeiras trocas materno-fetais – e termina entre o sétimo e o décimo segundo dia após a fecundação, pela doutrina da nidação do ovo, enquanto este estágio evolutivo não for atingido, existe tão-somente um amontoado de células, que constituiriam os alicerces do embrião. Assim, para os defensores desta teoria, é a partir da nidificação (ligação do blastocisto a mucosa uterina) que a mulher pode ser considerada grávida. Antes disso, o concepto humano não pode ser considerado nascituro, não obstante (e aí vem o que parece um contra-senso) reclamar o dever de proteção jurídica enquanto pessoa virtual, com carga genética própria.[187]

---

[185] Idem.. p. 154.
[186] Idem, p. 155.
[187] Vasconcelos, Cristiane Beuren, A Proteção Jurídica do Ser Humano In vitro na Era da Biotecnologia. Atlas: São Paulo, 2006, p. 44

Assim, com a nidação poder-se-ia falar na obtenção de uma identidade individual, que não se confundiria com a figura da identidade genética. [188]Ora, independente do reconhecimento de que biologicamente a vida humana começa com o encontro do espermatozóide com o óvulo, somente com a nidação o novo ser se identifica como nascituro, obtendo do sistema jurídico a devida proteção.[189]

O Direito Penal alemão dispõe, que não pode ser considerada interrupção voluntária da gravidez, qualquer ato praticado antes da nidação.[190]

---

[188] Guimarães, op. Cit. p. 156.

[189] A vida, no sentido da existência histórica de um ser humano, ocorre segundo os conhecimentos biológicos e fisiológicos pelo menos a partir do 14º. dia a seguir à concepção (nidação, individualização). O desenvolvimento que posteriormente se opera é continuo, se bem que não se possa fazer uma divisão precisa, nem uma distinção exacta entre as diferentes fases do desenvolvimento da vida humana. Dias, op. cit. p. 161.

[190] "Por outro lado, parece-me igualmente inquestionável que o embrião seja somente uma forma prévia, ainda muito pouco desenvolvida, do homem, que não pode gozar da mesma proteção que o homem nascido – ainda mais enquanto o embrião se encontrar fora do corpo da mãe. Uma corrente fundamentalista relativamente grande na Alemanha e também, por ex., na Ásia oriental, nega esta posição, numa postura que, contudo, não é sustentável, face aos demais limites admitidos à proteção à vida. O impedimento intencional da nidação, através de pílulas ou espirais, é impune segundo o Direito Alemão (§ 218, I, 2 StGB), de modo que, antes da implantação no útero o embrião carece de qualquer tutela. Face ao Código Penal brasileiro, que não toma posição expressa a respeito do momento inicial da proteção penal, é igualmente possível sustentar este posicionamento, o que é mesmo feito por um setor aparentemente minoritário da doutrina". Roxin, Claus. A proteção da vida humana através do Direito Penal. Conferência realizada no dia 07 de março de 2002, no encerramento do Congresso de Direito Penal em Homenagem a Claus Roxin, Rio de Janeiro.Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 23 de janeiro de 2010.

Por sua vez, uma terceira corrente entende que somente a partir da formação dos rudimentos do sistema nervoso central, poder-se-ia falar em vida humana.

A teoria da formação do sistema nervoso no embrião leva em consideração, os mesmos fundamentos para o término da vida humana, onde o fim da vida é determinado pela morte encefálica, e que o início da vida seria formado a partir do desenvolvimento do sistema nervoso no embrião.[191]

Apesar da existência dessas diversas teorias, é certo que o direito penal brasileiro protege o embrião a partir da nidação, pois, enquanto o embrião estiver "*in vitro"*, fora do organismo da mulher, não há como imputar à sua morte o crime de aborto, pois, não existe ainda a gravidez, e conseqüentemente a sua interrupção.

Atualmente, no ordenamento jurídico brasileiro não existem normas que imponham uma sanção pelo descarte de embriões, não sendo possível determinar a existência do crime de aborto.

Pode-se até afirmar que não existe proteção legal, em face da falta de previsão, contudo, não é possível declarar que não tenha ocorrido a destruição de uma vida embrionária, dentro de um processo vital do novo ser.

---

[191] "Esta teoria apóia-se no critério que coincidir o fim da vida com a falta irreversível de atividade cerebral. Afirma-se que assim como a morte do homem se determina com a morte cerebral, também antes da formação do córtex cerebral não existe pessoa humana. A partir daí, diz-se, o embrião possui vida humana digna de proteção". Guimarães, op. cit. p. 158.

> A partir do momento em que é possível destruir a vida contida numa proveta fertilizada, interromper o processo vital deste novo ser ou, por outras palavras, provocar a morte do novo ser cuja vida começou no momento da fecundação in vitro, antes de implantado no corpo materno, deparamo-nos com uma forma de lesão à vida. Há uns anos atrás, conceber uma vida humana era apenas possível no interior do organismo materno. Mas se outras formas de concepção da vida humana são agora possíveis, seguramente, surgem novas formas, ou pelo menos, formas diferentes de lesão a vida: a lesão da vida extra-uterina pré-implantatória que merece ser tutelada penalmente, à semelhança do que se passa com a norma que incrimina e pune o aborto.[192]

O embrião possui uma vida em desenvolvimento e merece proteção do direito, em respeito à dignidade da pessoa humana.

Se, de acordo com a teoria conceptualista, a personalidade jurídica da pessoa tem início a partir da concepção, não interessa o momento e a fase do desenvolvimento do embrião para determinar que a vida deve ser protegida a partir do seu inicio.

Independente daqueles que teorizam a existência da vida humana, somente a partir da nidação, com o objetivo de estabelecer a possibilidade de destruição do embrião "*in vitro"*, não podemos considerar o embrião como uma coisa juridicamente falando, pois, o embrião é parte da evolução de um ser humano e deve ser respeitado a partir do princípio da dignidade da pessoa humana.

> Mas a nossa questão é prévia em relação a essa; consiste em saber se o embrião é ou não dotado de personalidade – no sentido de humanidade – mesmo sendo certo que isso não resulta indiscutivelmente da sua aparência externa, da sua independência e da individualidade. Se chegarmos à

[192] Guimarães, op. Cit. 184.

> conclusão que o embrião é uma pessoa humana em potência (in fieri) haveremos de concluir necessariamente pela necessidade da sua proteção jurídica.[193]

Ora, a vida humana deve ser protegida em qualquer de suas fases, em respeito à dignidade da pessoa humana, contudo, algumas perguntas são difíceis de serem respondidas, principalmente em relação à destinação dos embriões excedentes.

b) O Destino dos Embriões Excedentes.

A Resolução do Conselho Federal de Medicina no. 1.358/92 que trata de reprodução assistida dispõe que caberá ao casal a disponibilidade dos embriões não utilizados e criopreservados, esclarecendo que eles não poderão ser destruídos.[194]

Por sua vez, o art. 5º. da Lei de Biossegurança[195] dispõe que os embriões não utilizados no respectivo procedimento e que estejam

---

[193] Dias, op. cit. p. 163.

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

[195] Ver julgamento da ADI 3510 no STF: http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=3510&processo=3510.

congelados há mais de três anos, podem ser utilizados em pesquisa científica.[196]

A partir da Lei de Biossegurança exige-se que os embriões não sejam viáveis, e que estejam congelados há três anos ou mais da data da publicação da lei.[197]

Nesses casos, a utilização dos embriões em pesquisa científica requer obrigatoriamente o consentimento dos genitores e a aprovação do projeto científico pelo Comitê Ético.

A Lei espanhola 14/2006[198], permite o término da conservação do embrião, sem sua cessão para outra pessoa, desde que

---

[196] Lei 11.105/05 - Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

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

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

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

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

[197] A lei foi omissa em relação aos embriões congelados após a publicação da lei.

[198] Artículo 11. Crioconservación de gametos y preembriones.

1. El semen podrá crioconservarse en bancos de gametos autorizados durante la vida del varón de quien procede.

2. La utilización de ovocitos y tejido ovárico crioconservados requerirá previa autorización de la autoridad sanitaria correspondiente.

3. Los preembriones sobrantes de la aplicación de las técnicas de fecundación in vitro que no sean transferidos a la mujer en un ciclo reproductivo podrán ser crioconservados en los bancos autorizados para ello. La crioconservación de los ovocitos, del tejido ovárico y de los preembriones sobrantes se podrá prolongar

tenha finalizado o prazo máximo de conservação, estabelecido em lei, sem que outro destino possa ser dado ao embrião, onde a Lei portuguesa permite a utilização dos embriões que não estejam envolvidos em um projeto parental para fins de investigação científica, após decorridos o prazo de três anos.

Segundo o Professor Oliveira Ascensão o único argumento utilizável em abono à entrega dos embriões, para serem destruídos através da sua utilização científica, é o argumento do mal menor.

> Como esses embriões estariam destinados a perecer de qualquer modo, o argumento do mal menor consiste em realçar a superioridade de uma destruição útil à ciência sobre o perecimento a que estão condenados, sem qualquer proveito.[199]

A doutrina espanhola, sem deixar de lado a compreensão da enorme discussão que envolve a destinação dos embriões excedentes,

---

hasta el momento en que se considere por los responsables médicos, con el dictamen favorable de especialistas independientes y ajenos al centro correspondiente, que la receptora no reúne los requisitos clínicamente adecuados para la práctica de la técnica de reproducción asistida.
4. Los diferentes destinos posibles que podrán darse a los preembriones crioconservados, así como, en los casos que proceda, al semen, ovocitos y tejido ovárico crioconservados, son:

a. Su utilización por la propia mujer o su cónyuge.
b. La donación con fines reproductivos.
c. La donación con fines de investigación.
d. El cese de su conservación sin otra utilización. En el caso de los preembriones y los ovocitos crioconservados, esta última opción sólo será aplicable una vez finalizado el plazo máximo de conservación establecido en esta Ley sin que se haya optado por alguno de los destinos mencionados en los apartados anteriores.

[199] José de Oliveira Ascensão, A lei no. 32/06, Sobre Procriação Medicamente Assistida, Separata, Revista da Ordem dos Advogados, ano 67, III: Lisboa, 2007, p. 994.

entende que a Lei não resolve o problema ético, mas somente esclarece as situações jurídicas quanto à destinação dos embriões.

Boa parte da doutrina não vê na Lei a necessária proteção jurídica do embrião, em face do principio da dignidade humana e do direito à vida contida na Constituição espanhola.

Sem a proteção da Lei, a ciência médica justifica a produção de embriões em número maior do que àqueles que serão transmitidos, ao tratamento médico de fecundação *"in vitro"*, onde se obtém uma quantidade de óvulos superior à necessária para implantação, com o objetivo de não ser repetido o tratamento de extração, no caso de insucesso do procedimento, com o fim de evitar traumas à mulher, que teria que repetir todo o tratamento.[200]

> A razão que eticamente pode sustentar que os embriões inviáveis ou os que estão congelados há mais de três anos possam ser utilizados na pesquisa é uma razão de moral utilitária. Esses embriões não poderiam de qualquer modo ser implantados em condições medicamente indicadas e pereceriam de toda a sorte. Mais vale então que sejam aproveitados para pesquisa ou terapia, tornando-se assim úteis.[201]

Diante disso, a possibilidade de produção de embriões em número maior do que o utilizável para a reprodução in vitro, permite a

---

[200] "Os embriões excedentários resultam normalmente da produção de embriões num número superior ao que se prevê utilizar, dadas as elevadas taxas de frustração. Ficariam já de reserva para tentativas futuras. Aproveita-se a estimulação ovária que precede o processo e que conduz a produção de vários óvulos – evitando-se assim o trauma que a repetição dessa estimulação, em caso de falha de anteriores tentativas, provoca na mulher." Ascensão, op. cit. p. 990.

[201] José de Oliveira Ascensão, "O Inicio da Vida". Revista do Tribunal Regional Federal – 3ª. Região. Separata.Thomson-IOB: São Paulo, 2007, p. 104.

abertura do referido procedimento às criticas, por considerar o embrião uma coisa, em flagrante atentado à dignidade humana e o respeito ao próprio embrião como um ser humano em potencial. Contudo, aqueles que defendem a utilização e o descarte do embrião excedente, prendem-se à valorização das fases do seu desenvolvimento, e a possibilidade de diferentes tipos de intervenção para cada fase, onde antes da nidação não haveria violação à vida.[202]

Daí, busca-se proteger o embrião, desde o momento da fecundação, através da tentativa de equilibrar e harmonizar a dignidade humana com a liberdade de investigação.

> Este mismo critério se estableció en la Recomendación 1100, de 2 de febrero de 1989, sobre utilización de embriones y fetos humanos en la investigación científica. Em ella se anima a los Estados a profundizar em los conocimientos relativos a la reprodución asistida em general y en la investigación del desarrolo embrionário desde una perspectiva básicamente diagnóstica y terapêutica. Además, se reitera que los embriones y los fetos humanos deben ser em todo caso tratados con el respeto proprio de la dignidade humana, respeto que condiciona el mantenimiento de un necessário equilíbrio entre la libertad de investigación y el respeto a la vida humana y a los derechos humanos.[203]

Por sua vez, a formação dos embriões não pode ter como objetivo principal a sua experimentação, pois, a manipulação com a exclusiva intenção de investigação científica não respeita a dignidade da

---

[202] Garcia Ruiz, op. cit. p. 280.
[203] Idem, p. 282.

pessoa humana. A utilização do embrião para fins científicos deve ser a última hipótese prevista, dentre outras, que beneficiem o direito à vida.[204]

c) Congelamento de embriões.

Outra questão bastante discutível é o congelamento de embriões, principalmente quanto ao seu prazo de congelamento.

Ana Paula Guimarães apresenta diversas questões a respeito do congelamento dos embriões, principalmente quanto à possibilidade dos embriões virem a nascer após dezenas de anos do seu congelamento, sem que nesse momento tenha a mínima relação com a geração e a família em que será inserida.[205]

A Lei portuguesa determina que após o prazo de três anos de criopreservação, o embrião pode ser utilizado em investigações científicas, desde que exista o consentimento dos beneficiários originários.[206]

Por sua vez, a Lei espanhola disciplina que, em relação aos embriões congelados, será solicitado à mulher e ao seu companheiro que a cada dois anos renove ou modifique o seu consentimento quanto ao

---

[204] "Conceber embriões in vitro com a finalidade exclusiva de investigação constitui um atentado à vida humana, uma ignóbil desconsideração pela vida. Entende-se que a experimentação efectuada também para o bem do embrião é em regra permitida; que a experimentação em benefício da ciência em geral, destinada à obtenção de conhecimentos científicos de que poderão vir a beneficiar as gerações futuras, é permitida em embriões não viáveis; que a experimentação em embriões obtidos com fins distintos da procriação, ou seja, pré-ordenadamente criados para fins de experimentação, está excluída." Guimarães, op. cit. p. 185.

[205] Guimarães, op. cit. p. 186.

[206] Artigo 25 da Lei portuguesa 32/2006.

congelamento dos embriões, ficando a responsabilidade pelo destino dos embriões sujeita à vontade dos beneficiários, e aos limites médicos que possibilitem a sua utilização, renovável a cada biênio.[207]

A Lei de Biossegurança, como foi visto, estabelece um prazo de 03 anos para o congelamento de embriões, permitindo a sua utilização em pesquisas científicas, caso não seja do interesse do casal a sua implantação.

Contudo, não há nenhuma obrigatoriedade para que os beneficiários dos embriões congelados realizem a sua implantação, sujeitando, como conseqüência final, o seu descarte ou a utilização em investigações científicas, daí as reiteradas críticas contrárias ao congelamento.[208]

As críticas ao descarte dos embriões, com a sua entrega para a morte, mesmo que através de uma experimentação científica, fundamenta que a legislação não respeita a natureza do embrião como uma pessoa em potencial, com traços genéticos que o individualizam.

O embrião é reconhecido como um ser humano em potencial, possuindo material genético próprio, devendo ser protegido e

---

[207] Artigo 11 da Lei espanhola 14/2006.

[208] "que compromisso é este? Onde se estabelece a obrigatoriedade de utilizar durante esse período? Não consta de lugar nenhum nem, evidentemente, há qualquer tipo de sanção se o não fizerem. Nem sequer se dispõe que se o casal, dentro do prazo de três anos, pretender nova gravidez deve recorrer a estes embriões remanescentes." Ascensão, op. cit. p. 988.

reconhecido como pertencente à ordem das pessoas, e não pode ser tratado de forma indiferente como uma coisa.[209]

Como forma alternativa para a defesa da dignidade dos embriões, existe a possibilidade de utilização de técnica já encontrada em alguns países da Europa, que consiste em interromper o processo de formação do embrião, através do congelamento em momento anterior à singamia.

A singamia é caracterizada como o processo em que duas células se juntam durante a fertilização, onde as duas células perdem a sua identidade e criam o novo ser com identidade própria e irrepetível.

No caso, com a utilização da nova técnica, é suspensa a singamia através do congelamento, criando-se um pré-embrião que poderá se descongelado, quando houver interesse dos beneficiários em sua implantação.

> A técnica utilizada em vários países, como a Alemanha e a Áustria, e entre nós pelo menos nos Hospitais da Universidade de Coimbra, consiste em levar o processo de fecundação a desenvolver-se até ao momento anterior à singamia e suspendê-lo então, por meio da criopreservação: temos aí um pré-embrião, na verdadeira acepção do termo, mas ainda não um embrião.
>
> Se amanhã se quiser prosseguir, em nova tentativa de gravidez com vista a procriação, a singamia completa-se por si após descongelamento. Isto significa que só se produzem os embriões que realmente irão ser implantados; e significaria também que se superam as questões éticas ligadas aos embriões excedentários.[210]

---

[209] Ascensão, op. cit. p. 989.
[210] Ascensão. op. cit. p. 990.

d) Diagnóstico pré-implantação.

Nessa mesma linha de conflitos, encontra-se a figura do diagnóstico pré-implantação, o qual consiste na análise genética do embrião, com o objetivo de detectar alterações genéticas ou anomalias que possam ter os embriões, e ao final serem transferidos para o útero materno somente aqueles que se encontram sadios e viáveis.[211]

A Resolução do Conselho Federal de Medicina autoriza a realização do diagnóstico pré-implantação, quando tiver por objetivo o tratamento de doenças genéticas ou hereditárias, com a finalidade terapêutica.[212]

O procedimento para o diagnóstico pré-implantação se desenvolve de acordo com algumas etapas:

---

[211] Albornoz, op. cit. p. 436.

[212] Resolução 1352/92: ” VI - DIAGNÓSTICO E TRATAMENTO DE PRÉ-EMBRIÕES
As técnicas de RA também podem ser utilizadas na preservação e tratamento de doenças genéticas ou hereditárias, quando perfeitamente indicadas e com suficientes garantias de diagnóstico e terapêutica.
1 - Toda intervenção sobre pré-embriões "in vitro", com fins diagnósticos, não poderá ter outra finalidade que a avaliação de sua viabilidade ou detecção de doenças hereditárias, sendo obrigatório o consentimento informado do casal.
2 - Toda intervenção com fins terapêuticos, sobre pré-embriões "in vitro", não terá outra finalidade que tratar uma doença ou impedir sua transmissão, com garantias reais de sucesso, sendo obrigatório o consentimento informado do casal.
3 - O tempo máximo de desenvolvimento de pré-embriões "in vitro" será de 14 dias.”

a) primeiro é realizada uma biopsia embrionária no terceiro dia de desenvolvimento do embrião, extraindo-se uma das células individuais ou blastômero[213].

b) segundo, analisam-se as células obtidas, num prazo máximo de 48 horas;[214]

c) terceiro, do resultado são transferidos para o útero os embriões sadios, até o quinto dia de desenvolvimento embrionário.

O procedimento de diagnóstico de pré-implantação gera, de imediato, uma questão polêmica, similar à figura dos embriões excedentes, uma vez que para a realização do referido tratamento é necessária a produção de uma grande quantidade de embriões, onde aqueles considerados não sadios serão descartados.

Segundo Oliveira Ascensão, *"o problema ético só surge praticamente se o DGPI for a antecâmara da rejeição, levando-se então a problemática do destino do embrião."*[215]

Contudo, o fundamento legal que é dado ao diagnóstico pré-implantação é de um tratamento terapêutico que visa identificar os embriões portadores de uma anomalia grave, com a avaliação da sua viabilidade ou detecção de doenças hereditárias.

---

[213] As células-filhas originárias do ovo fecundado são denominadas blastómeros. In http://pt.wikipedia.org/wiki/Blast%C3%B3mero
[214] Albornoz, op. cit. p. 437.
[215] Ascensão, op. cit. p. 1000.

Uma outra questão que se suscita é a de que o diagnóstico pré-implantação não traz um problema de infertilidade em si, pois sua finalidade não é a reprodução humana propriamente, mas sim a seleção de embriões sadios, tratando-se na verdade de uma técnica complementar da reprodução humana assistida.

> Como señala la Exposición de Motivos de la LTRHA(apdo. II), se ha producido uma notable evolución em la utilización y aplicación de las técnicas de reproducción asistida en su vertiente de solución de problemas de esterilidad, al extender su âmbito al desarollo de otras técnicas complementarias que permiten evitar la transmissión de enfermedades incurables.[216]

Por outro lado, apesar do diagnóstico pré-implantação ser uma técnica autorizada, não é superada a possibilidade de utilização dessas técnicas para selecionar as características da criança a nascer, tendo um caráter eugênico, ou seja, com o objetivo exclusivo de melhorar os aspectos genéticos da pessoa.

A potencialidade da utilização do diagnóstico pré-implantação com caráter eugênico é evidente, sendo necessária a intervenção do estado na fiscalização e na imposição de limites próprios, que impeça o desvio da finalidade terapêutica do tratamento.

> À semelhança do que acontece com o diagnóstico pré-natal devemos concluir pela licitude da selecção dos embriões a implantar sempe que orientada pela finalidade terapêutica, ou seja, sempre que vise prevenir ou corrigir certas anomalias, com exclusão de qualquer manipulação genética na tentativa de unificar a humanidade.[217]

---

[216] Albornoz, op. cit. p. 439.
[217] Guimarães, op. cit. 173.

Diante da grande quantidade de doenças hereditárias detectáveis no embrião, e diante da finalidade terapêutica do diagnóstico pré-implantação, deve o mesmo ser autorizado, devendo por sua vez, o Estado estar vigilante quanto aos limites desses tratamentos, coibindo e punindo a sua utilização com interesses egoístas, meramente para a escolha de características genéticas da pessoa.

Assim, a proteção e tutela da dignidade humana devem ser estendidas ao embrião, por representar como já foi dito, um ser humano em potencial e por possuir traços genéticos que identificam e determinam a existência de uma vida em evolução.

Não há mais dúvida, em face do desenvolvimento da ciência, que a união do óvulo com o espermatozóide faz surgir uma nova vida, com todos os elementos genéticos que identificam uma pessoa, e que não permite considerá-lo, nem tratá-lo como uma coisa, objeto dos interesses individuais da pessoa.

Logo, é o embrião sujeito de direitos próprios, em face de sua natureza de ser humano em potencial, que deve ser tutelado e protegido pelo Estado, em um âmbito próprio, em defesa do interesse maior da dignidade da pessoa humana.

A partir do próximo capítulo será estudada a reprodução humana assistida em relação a sua dinâmica na ordem

jurídica-social, iniciando-se com os aspectos relativos à determinação da filiação.

8- REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E FILIAÇÃO.

a) A filiação nos Casos de Reprodução Humana Assistida.

A filiação obtida, através da utilização de técnicas de reprodução humana assistida suscita, na ordem jurídica diversas discussões, principalmente quanto ao aspecto relativo à determinação da paternidade e sua repercussão no direito de família. E em outros casos, típico de maternidade de substituição, polemiza-se a determinação da maternidade.

Ora, a partir da utilização de técnicas de reprodução humana assistida, iniciou-se um período de crise em relação ao modelo tradicional de reprodução e a determinação da filiação.[218]

A forma natural de procriação, resultado de relações sexuais entre o homem e a mulher, desenvolvia-se exclusivamente no útero materno até o momento do nascimento, onde a maternidade era reconhecida pelo fato de dar a luz, enquanto a paternidade era presumida em razão da relação matrimonial.

---

[218] José de Oliveira Ascensão, Procriação Medicamente Assistida e Relação de Paternidade. Separata. Direito de Família e das Sucessões. Método: São Paulo, p. 01.

Surge na teoria clássica o brocardo: *mater semper certa est et pater is est quem nuptiae demonstrant.*

Tal regra é, ainda hoje utilizada no Código Civil brasileiro para determinar a filiação, onde prevalece a família constituída através do casamento e que viva em função dos filhos, apesar da Constituição Federal expandir o conceito de família.[219]

A paternidade, assim, fruto de presunção, é estabelecida através de uma série de elementos naturais e outras vezes por ficção jurídica. [220]

> Embora a ciência moderna disponha de meios para determinar com precisão de poucos dias de diferença a data em que se deu a concepção, o direito se vale ainda aqui de um jogo de presunções.
>
> Por isso, já foi dito que, colocado o problema no plano social, por muito tempo vigorou como verdade que "a filiação é objeto de crença e não de ciência". Admitindo como filho aquele concebido na constância do matrimônio, a lei estabelece, com base na observação e nas probabilidades, os termos máximo e mínimo de uma gestação: trezentos dias e cento e oitenta dias, respectivamente.[221]

Toda a construção da determinação da paternidade baseava-se assim, na idéia do relacionamento sexual, a qual era atribuída ao marido, na constância do casamento. Contudo, a crise na determinação da filiação se inicia a partir da revolução nas formas de reprodução

---

[219] Basta realizar a leitura do artigo 1.597 do Código Civil para verificar que apesar da existência de outras famílias, o Código Civil ainda dá prevalência a família advinda do casamento .
[220] Pereira, Caio Mario da Silva. op. cit. p. 326.
[221] Idem, p. 326.

humana, através da assistência médica, que possibilitou a quebra dos modelos reconhecidos no direito civil.

Com a possibilidade de fertilização "*in vitro*" surge a possibilidade de se utilizar o material doado por um terceiro, quer com a doação de sêmen, quer a doação do óvulo.

Institui-se a crise verdadeiramente, segundo José de Oliveira Ascensão, quando diante da utilização de técnicas de reprodução humana assistida surge a possibilidade fática daquele que é o genitor ou genitora não ser necessariamente o pai ou a mãe da criança concebida. [222]

Nos casos de reprodução humana assistida, a origem genética do genitor não determinará, obrigatoriamente, o reconhecimento da paternidade civil, surgindo uma desvinculação do DNA como elemento essencial para a verificação da filiação.

---

[222] Isto provoca uma mudança de plano essencial. Biologicamente, o genitor (e mais tarde a genitora) será quem fornece esse material genético. Mas são juridicamente os pais? Traria as maiores dificuldades transpor o vínculo de paternidade para um mero dador de gametas, em virtude da mera derivação biológica. De fato, o mero dador estará divorciado de qualquer projeto de paternidade. É até normalmente um mercenário, embora as leis prefiram um silêncio cúmplice neste domínio. Se os dadores fossem juridicamente os pais, surgiria imediatamente o inconveniente da intromissão do dador na família de destino; como surgiria o inconveniente de se atribuírem logo ao dador responsabilidades, antes de mais por alimentos, quando ele está espiritualmente divorciado daquela procriação. A necessidade de arredar o mero dador levou a falar-se em *desbiologização da paternidade*: ficou particularmente conhecido o estudo que João Baptista Villela publicou sobre este tema [222]. A tendência é naturalmente a de procurar desligar a filiação do processo biológico. Não porque este não seja normal, mas porque não seria suficiente. Porém, com isto entrava-se em conflito com a lei. O Código Civil (1916) tinha o elemento biológico como a base da filiação: o que era natural, porque ao tempo da aprovação não se conhecia outro processo. Uma vez porém confrontados agora com esta discrepância, como proceder? José de Oliveira Ascensão, Procriação Medicamente Assistida e Relação de Paternidade. Separata. Direito de Família e das Sucessões. Método: São Paulo, p. 02.

> O avanço da biotecnologia permite, por exemplo, a inseminação artificial heteróloga, autorizada pelo marido (art. 1.597, V, do Código Civil), o que reforça a tese de não depender a filiação da relação genética do filho e do pai. Nesse caso, o filho pode vindicar os dados genéticos de dador anônimo de sêmen que constem dos arquivos da instituição que o armazenou, para fins de direito da personalidade, mas não poderá fazê-lo com escopo de atribuição de paternidade. Conseqüentemente, é inadequado o uso da ação de investigação de paternidade, para tal fim.[223]

A filiação não estará obrigatoriamente vinculada à origem genética.

O Código Civil Brasileiro a esse respeito, previu a presunção de paternidade dos filhos havidos na constância do casamento em três hipóteses:

1) havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

2) havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

3) havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Na primeira e na segunda hipótese, de fecundação artificial homóloga não existirão muitos problemas.

---

[223] Paulo Luiz Netto Lôbo, Direito ao Estado de Filiação e Direito à Origem Genética. http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4752&p=2

A fecundação artificial homóloga, consiste na fecundação, realizada em laboratório, de um ovócito extraído da mulher, com um espermatozóide. Os óvulos são incubados "*in vitro"* junto com os espermatozóides procedentes do parceiro, os quais são preparados em condições especiais para induzir uma ativação fisiológica necessária para a fecundação.[224]

Na fecundação homóloga utiliza-se o material do próprio casal, que intenta a procriação, não existindo grandes discussões, apesar de que a fecundação ocorra fora do corpo da mulher, pois nesses casos há uma coincidência entre os doadores do material genético e os pais.

Mesmo que o tratamento seja feito através de inseminação artificial, fertilização *"in vitro",* injeção introcitoplasmática ou qualquer outra modalidade, tratando-se de procriação assistida homóloga, esses casos seguirão a ordem natural já estabelecida, em face do material empregado ser dos próprios pais.[225]

> Consideram-se filhos os havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido (inciso III do art. 1.597). Neste caso o óvulo e o sêmen pertencem ao marido e à mulher. Este procedimento pressupõe o consentimento de ambos. Deve-se admitir, no entanto, a presunção de paternidade do marido falecido, se utilizado o material genético do falecido e estando a mulher na condição de viúva, devendo haver ainda autorização escrita do marido.[226]

---

[224] Albornoz, op. cit. p. 34.
[225] José de Oliveira Ascensão, op. cit. 02
[226] Pereira, Caio Mario da Silva, op. cit. p. 328.

Apesar da coincidência daqueles que são os genitores e pais da criança que for concebida por meio de técnica de reprodução humana assistida, esses casos podem suscitar controvérsias quanto à figura da fecundação artificial *"post mortem"*, diante da existência ou não de direitos sucessórios. Controvérsia esta que será estudada em capitulo próprio.

Por sua vez, quanto à da reprodução humana heteróloga, em que o material genético é de um doador, não havendo coincidência entre os genitores biológicos e os pais, o direito civil atribui a filiação a uma presunção legal, em face da autorização dos pais em se submeterem ao procedimento médico.

Porém, apesar do Direito Civil solucionar o problema através da utilização de uma presunção legal, não resolveu com exatidão o critério da filiação.

Com a disposição do Direito Civil, a paternidade e a maternidade são determinadas pelo critério presuntivo, sendo pai aquele que consentiu e mãe aquela que deu a luz.

Qual será a responsabilidade do doador do material genético?

Segundo o direito de família e as regras do Conselho Federal de Medicina, o doador de material genético não tem nenhuma responsabilidade parental sobre o ser gerado, mesmo que o nascimento ocorra dentro de um projeto de monoparentalidade.

No mesmo sentido, apesar de não explicitamente previsto no Código Civil, se o óvulo fecundado for de uma doadora, teremos biologicamente o DNA da mãe doadora, mas a maternidade será da mãe que realizar a gestação, dentro da figura da reprodução humana heteróloga, diante dos mesmos argumentos que excluem a paternidade do doador.

Daí, a Lei Portuguesa de Procriação Medicamente Assistida estabeleceu os critérios para a determinação da paternidade e da maternidade, excluindo explicitamente os doadores da possibilidade de serem considerados os progenitores da criança.

> Artigo 10, Lei 32/2006.
>
> 1- Pode recorrer-se à dádiva de ovócitos, de espermatozóides ou de embriões quando, face aos conhecimentos médico-científicos objectivamente disponíveis, não possa obter-se gravidez através do recurso a qualquer outra técnica que utilize os gametas dos beneficiários e desde que sejam asseguradas condições eficazes de garantir a qualidade dos gametas.
>
> 2- Os doadores não podem ser havidos como progenitores da criança que vai nascer.

Assim, nos casos de fecundação artificial heteróloga, será pai o marido ou companheiro da mulher que consenti na realização do tratamento de fertilização, sem nenhuma responsabilidade para o doador do material genético.

b) A Filiação Nos Casos De Maternidade De Substituição.

Há uma complicação na determinação da maternidade, quando o procedimento adotado for o da barriga de aluguel, ou da mãe substituta, procedimento este previsto pela Resolução 1.358/92, uma vez que não há nenhuma previsão legal que estabeleça critérios para determinação de quem será a mãe.[227]

Em caso de conflito de interesses, quem será a mãe? A mãe biológica? A mãe que emprestou o útero(gestacional)? Ou a mãe social, que contratou o processo de reprodução humana assistida?

A regra adotada pelo Código Civil, de forma clássica, baseia-se que a mãe é aquela que dá a luz, utilizando-se a presunção de relacionamento sexual, e partindo daí a idéia de que a maternidade é sempre certa.[228]

Porém, tal regra não pode ser considerada de maneira absoluta, pois, não há uma disposição legal no Código Civil Brasileiro, nem

---

[227] VII - SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO (DOAÇÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO)
As Clínicas, Centros ou Serviços de Reprodução Humana podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contra-indique a gestação na doadora genética.
1 - As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família da doadora genética, num parentesco até o segundo grau, sendo os demais casos sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina.
2 - A doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.

[228] "Antes da emergência destas técnicas não se suscitava nenhuma dificuldade na determinação da mãe: mãe era quem dava à luz, porque não havia alternativa. Quem dava à luz era necessariamente a mãe biológica. Poderia uma mulher celebrar contratos de gestação para outrem, mas esses contratos padeciam de nulidade por ofensa aos bons costumes. Por isso era incontestável o aforisma: *mater semper certa est*. O pai é que era incerto". José de Oliveira Ascensão, op. cit. p. 10.

na Resolução do CFM que disciplinem os critérios para a determinação da maternidade.

A solução encontrada pelo direito português, através da lei 32/2006, foi a de proibir a realização da maternidade de substituição e posteriormente a que determina que a *"mulher que suportar uma gravidez de substituição de outrem é havida para todos os efeitos legais, como a mãe da criança que vier a nascer"*.

Ora, para o caso, o Direito Português determinou a prevalência do critério gestacional sobre o critério biológico e social, para dispor que a mãe portadora será considerada a mãe legal no caso de maternidade de substituição.

Nesse mesmo sentido, o Direito Espanhol, através da Lei 14/2006, dispôs que o contrato de maternidade de substituição é nulo, e que a maternidade deverá ser determinada pelo parto.

> Además el motivo que impulsa a la madre comitente a emplear esta prática es, precisamente, una maternidad de deseo y en la que es frecuente que coincida con una maternidad biológica, sin embargo la Ley ante el eventual conflicto de intereses y de voluntades que pudiera generarse opta, como ya hemos dicho, por la solución tradicional y más sencilla, el de atribuir la maternidad a la madre sustituta por el hecho de ser la que pare (la razón que en su momento dio la Exposición de Motivos de la Ley de 1988 fue el de "la estrecha relación psicofísica con el futuro descendiente durante los nueve meses de embarazo"), aunque previamente advertia que "sin cuestinar el alcance de otras variantes", lo que permite averiguar cuál sea el alcance de dicha expresión y si podría suponer autorizar, en determinados casos excepcionales,

> que la maternidad fuese atribuida no a la madre gestante, sino a la social y/o genética.[229]

Em comentário à lei portuguesa, Oliveira Ascensão condena a atribuição da maternidade à mãe de gestação, entendendo que a escolha recai como uma forma de sanção, para dissuadir a prática do contrato de maternidade de substituição, quando a escolha deveria recaí naquela mãe que fosse de melhor interesse para a criança.

> A Lei portuguesa n.º 32/06, sobre PMA, consagra a orientação dominante, ao estabelecer que na "maternidade de substituição" a gestante é sempre considerada a mãe da criança – portanto, mesmo quando o material genético é da mulher a quem a criança se destinava por contrato de gestação. A lei cederá ao peso da tradição, que todavia só resultava de circunstâncias passadas; e incorre noutro vício mais grave, a nosso parecer, pois atribui a maternidade a título de sanção, para dissuadir da prática destes negócios. É muito grave: a filiação deve ser determinada no interesse da criança, nunca como sanção dum comportamento que a lei reprova.[230]

Para o Oliveira Ascensão, a questão não é de fácil solução e pode obter diversas respostas de acordo com cada caso em concreto e de acordo com as pessoas que estão envolvidas no contrato de maternidade de substituição.

Inicialmente, se no contrato de gestação é a própria mãe a quem se destina a criança, que faz a doação do óvulo o qual será

---

[229] Carmem Garcia Pérez. Gestación por Sustitución. In Comentários a la Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Aranzadi: Pamplona, 2007, p. 384.
[230] José de Oliveira Ascensão, op. cit. p. 14.

implantado na mãe de aluguel, a melhor solução para o problema será atribuir a maternidade à mãe biologica.

A mãe biológica é a mesma para quem se destina a criança obtida em maternidade de substituição, onde deverá prevalecer o caráter genético da procriação.[231]

Contudo, explica Oliveira Ascensão, em face do caráter artificial da maternidade de substituição, frequentemente ocorrerão conflitos, pois é comum a mãe de gestação se afeiçoar à criança que cresce dentro de si.[232]

Por outro lado, no caso do embrião ser formado pelo óvulo de uma doadora, com o espermatozóide do pai de destino, a ser implantado em uma mãe de substituição, para atender a um projeto de uma mãe social, a maternidade não poderá ser atribuída à mãe biológica, uma vez que a mesma está ausente do projeto de filiação.

Por sua vez, o pai que doou o espermatozóide, para quem se destinava o filho a ser produzido, poderá reivindicar a paternidade, tanto pelo caráter biológico quanto pelo caráter social.

---

[231] "No entanto, julgado recente da 2ª. Vara de Registro Público de São Paulo determinou o registro de trigêmeos nascidos por via de gestação de substituição em nome da doadora do óvulo. Trata-se de processo não contencioso (a portadora era sobrinha da doadora), suscitado pelo Cartório de Registro de Nascimento, cujo oficial não sabia em nome de quem registrar as crianças, visto que a mãe genética se apresentava como tal e o documento da maternidade apontava que o parto fora realizado pela mãe gestante. Como não foi o caso de um "Comercio carnal", o juiz concedeu tutela àquela "paternidade de intenção", o que Lima Neto chama de "adoção brasileira por via judicial", um procedimento cuja técnica pode ser criticada, pois, o mais correto seria considerar mãe a parturiente. " Krell, op. cit. p. 195.

[232] Ascensão, op. cit. p. 15

Há no caso conflito entre a mãe de gestação e a mãe social, embora respeitado o anonimato da mãe biológica, sendo que a mãe de gestação foi inseminada com o sémen do marido da mãe social. Neste caso, como será definida a maternidade?

Se for observada a determinação legal, de que a mãe é aquela que dá a luz, haverá uma separação entre aqueles que poderão ser determinados como os pais, pois tanto o pai biológico, quanto a mãe de gestação poderão reivindicar a guarda da criança.

E qual seria o melhor interesse da criança nesses casos?

Permanecer com o pai biológio e a mãe social, que contratou o projeto de maternidade de substituição, ou permanecer com a mãe de gestação, separada da figura do pai biológico? Eis a questão?

Assim, é possível verificar que a determinação neutra da lei em atribuir a maternidade à mãe de gestação, sem uma análise do melhor interesse da criança, não é a melhor solução jurídica para o problema.

Por sua vez, se o material empregado na maternidade de substituição, tanto o óvulo quanto o espermatozóide forem fruto de doadores, a serem implantados em uma mãe substituta, onde ao final a criança seja destinada ao casal que realizou todo o projeto de maternidade de substituição, qual será a melhor solução?

No caso, pode-se chegar a surpreendente conclusão, segundo a doutrina do Professor Oliveira Ascensão, de que não haverá verdadeiramente uma mãe.[233]

Inicialmente, tal como ocorre no Direito Português e no Direito Espanhol, o contrato de maternidade de substituição deve ser declarado nulo, assim, o nascimento não poderá produzir efeitos em relação àquelas pessoas que não participaram da gestação, nem como doadores do material genético, nem com barriga de aluguel.

Assim, aqueles que celebraram o contrato, e são considerados os pais sociais não podem reclamar a paternidade/maternidade da criança.[234]

Por outro lado, seguindo a regra geral, não poderá ser atribuída a paternidade/maternidade ao doador de material genético, que não esteja envolvido no projeto de filiação, como forma de proteção tanto aos doadores quanto para os receptores do material genético.

A Resolução do Conselho Federal de Medicina impõe o anonimato do doador, não podendo ser considerada a mãe biológica para atribuição da maternidade.

---

[233] " Ascensão, op. cit. p. 17.

[234] "A destinação social não é critério de filiação. Os contratos celebrados são nulos, porque se não pode dispor do estado das pessoas e iriam contra os bons costumes. A "mãe social" nenhuns direitos tem: se algo puder reclamar, nunca será com base no Direito da Família". Ascensão, op. cit. P. 19

Por fim, a mãe de substituição será a única a quem se atribuir a maternidade, diante do critério natural da gestação, apesar da mesma não ter nenhum interesse na criança, pois se submeteu ao tratamento de gravidez, com a condição de entregar a criança ao final, com o seu nascimento.

Assim, apesar da possibilidade de se atribuir a maternidade à mãe substituta, a mesma não tem o sentimento materno, participando do projeto de filiação, em face de um contrato nulo.

Nesse sentido, Oliveira Ascensão prefere concluir que a criança não tem mãe nenhuma, apesar da intervenção de três mães.[235]

O ordenamento jurídico brasileiro não possui uma lei específica para o caso, mantendo a interpretação do Código Civil de que mãe é aquela que dá a luz.

Nessa linha de disposição, também se encontra o direito alemão, que também atribui a maternidade à mulher que deu a luz, ao tempo em que proibe a maternidade de substituição.[236]

Por sua vez, Olga Krell entende que em face da lacuna da lei, a respeito da determinação da maternidade de substituição, devem ser

---

[235] "Chegamos assim à conclusão paradoxal que nestas manipulações intervêm três "mães" – mas afinal de contas traz-se à vida uma criança que não tem mãe nenhuma! " Ascensão, op. cit. p. 17.

[236] Art. 1.591 do Código Civil Alemão: "A mãe do filho é a mulher que lhe dê a luz".

aplicados os princípios da Lei de Introdução ao Código Civil, atentando para os fins sociais e as exigências do bem comum.[237]

A esse raciocínio poderá ainda ser adicionada a necessidade de proteção da criança, determinada pelo artigo 227 da Constituição Federal, com o objetivo da maternidade ser atribuída da forma menos prejudicial para a criança, de acordo com o caso em concreto.

A proteção do melhor interesse da criança e de seu bem-estar emocional deve prevalecer, para a determinação da maternidade, quando surgirem situações de conflito.

> O princípio inverte a ordem de prioridade: antes no conflito entre a filiação biológica e a não-biológica ou socioafetiva, resultante de posse de estado de filiação, a prática do direito tendia para a primeira, enxergando o interesse dos pais biológicos como determinantes, e raramente contemplando os do filho. De certa forma, condizia com a idéia de poder dos pais sobre os filhos e da hegemonia da consangüinidade-legitimidade. Menos que sujeito, o filho era objeto da disputa. O princípio impõe a predominância do interesse do filho, que norteará o julgador, o qual, ante o caso concreto, decidirá se a realização pessoal do menor estará assegurada entre os pais biológicos ou entre os pais não-biológicos. De toda forma, deve ser ponderada a convivência familiar, constitutiva da posse do estado de filiação, pois ela é prioridade absoluta da criança e do adolescente (art. 227, da Constituição Federal).[238]

Por outro lado, a alegação de uma maternidade sócio-afetiva em favor da mãe social, que realizou todo o projeto de maternidade de substituição não tem como prosperar, uma vez que afetividade ainda não existe, o que existe verdadeiramente é um projeto,

---

[237] Krell, op. cit. p. 195.
[238] Lôbo, op. cit. http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4752&p=1

um desejo de se obter um filho através das técnicas de reprodução humana assistida.

A afetividade necessitaria de um estágio de convivência, pois estaria representada por um vinculo de reciprocidade entre pais e filhos, o que não ocorre em relação à maternidade de substituição.

> A invocação do afeto só tem sentido como uma proposta pré-legislativa: em caso de uma criança ter crescido com família de acolhimento, mas sem regularização da situação, o vínculo criado resguardaria os "pais", se o afeto se desenvolveu reciprocamente, de os "filhos" lhes virem a ser retirados por invocação da lei. Estaríamos de acordo com semelhante proposta, conhecendo a situação brasileira, mas sabendo também de dramas semelhantes que se desenrolam noutros países. Porém, como critério de constituição originária do vínculo, não vemos como possa funcionar.[239]

Em conclusão, o legislador brasileiro não deve pender para uma única forma de determinação da paternidade ou da maternidade, pois, diante da existência natural de dúvidas e uma tendência a variação de opiniões, deve-se ter respeito e prudência para progredir nessa zona de relevância humana.[240]

É necessário ter cautela para que se possa fazer justiça, buscando diante das diversas possibilidades jurídicas, a garantia e o respeito ao melhor interesse da criança.

---

[239] Ascensão, op. cit. p. 23.
[240] Idem, p. 27.

Ainda no campo da filiação, o próximo capítulo estuda o conflito entre o direito ao anonimato do doador e o direito à identidade pessoal, como questão legal a ser dirimida.

9- O CONFLITO ENTRE O DIREITO AO ANONIMATO DO DOADOR E O DIREITO À IDENTIDADE PESSOAL.

Na inseminação artificial heteróloga, em que o material a ser fecundado na mulher é doado por um terceiro, que não é o seu marido, nem o seu companheiro, suscitam-se várias questões, dentre elas, a problemática do anonimato ou não do doador. [241]

Essa questão envolve o direito da personalidade à identidade pessoal do ser humano, ou seja, o seu direito de conhecer a sua origem genética, os seus progenitores, em conflito com o direito ao anonimato daquele que por um sentimento altruísta doa seu sêmen para que outrem possa ter um filho.

A figura da inseminação artificial heteróloga envolve a existência de um vínculo biológico fictício, pois o genitor não transmitiu para a criança nenhuma das suas características genéticas, apesar de possuir laços de paternidade afetiva.

O Código Civil Brasileiro no artigo 1.597, V, prevê a hipótese de inseminação artificial heteróloga, desde que exista a prévia autorização do marido, regulando a presunção de paternidade, à qual é atribuída a ele que autorizou a utilização da técnica com material doado por um terceiro.

Com a reforma da Lei da adoção, há no ordenamento jurídico brasileiro norma especial que permite ao adotado conhecer a sua origem biológica, instituída no artigo 48 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

---

[241] Ascensão, op. cit. p. 984.

> A Lei n. 12.010/09 alterou radicalmente a redação do art. 48, não mais mencionando a irrevogabilidade da adoção. Em seu lugar estipulou o direito à identidade genética. Consiste em o adotado maior de 18 anos de: (1) conhecer os seus genitores biológicos. Não compartilhamos do posicionamento de que exista ainda um direito à ação investigatória de ascendência genética(conforme Rossato e Lépore, Comentários à Lei Nacional de Adoção, p. 48).[242]

Apesar da citação constante no Estatuto da Criança do Adolescente, o Direito à identidade pessoal não é tipificado no Brasil, pois, a referida disposição é específica para os casos de adoção, sem mencionar aspectos da reprodução humana assistida, que envolve dinâmica diversa.

O direito à identidade pessoal, envolve uma dimensão absoluta ou individual, tornando cada pessoa um ser único, dotado de uma individualidade própria e exclusiva, sendo facultado o direito de conhecer a forma como foi gerado, a identidade dos seus progenitores e o conhecimento do seu patrimônio genético.[243]

Apesar do Direito Brasileiro somente dispor sobre o Direito à Identidade genética no procedimento da adoção, e não tratar genericamente do Direito à identidade pessoal, a Constituição Portuguesa em seu artigo 26, inc. 3, dispõe expressamente que *"a lei garantirá a dignidade pessoal e a identidade genética do ser humano, nomeadamente na criação, desenvolvimento e utilização das tecnologias e na experimentação científica"*.[244]

---

[242] Valter Kenji Ishida, Estatuto da Criança e do Adolescente, Doutrina e Jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2010, p. 102.
[243] Otero, op. cit. p. 65.
[244] Art. 26 da Constituição Portuguesa:

A intenção do Direito Português é propriamente de defesa da identidade genética do ser humano, à qual pode se desdobrar em diversas realidades, sendo contudo, a que nos interessa no presente estudo, a sua realidade em relação à verdade biológica. [245]

Para Leila Donizetti, *"o que se almeja do conhecimento da origem genética – e aqui a redundância é proposital – é tão-somente o conhecimento da origem genética. Nada mais"*[246].

Todavia, ao lado do direito ao conhecimento de sua origem genética, encontra-se o direito ao anonimato do doador, que é determinado através de um termo de confidencialidade.

O Conselho Federal de Medicina, através da resolução 1.358/92, dispõe sobre o anonimato do doador, impondo a obrigatoriedade de ser mantido o sigilo da identidade do doador e do receptor dos gametas ou embriões sujeitos à reprodução humana assistida.

---

1. A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação.
2. A lei estabelecerá garantias efectivas contra a utilização abusiva, ou contrária à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias.
3. A lei garantirá a dignidade pessoal e a identidade genética do ser humano, nomeadamente na criação, desenvolvimento e utilização das tecnologias e na experimentação científica.
4. A privação da cidadania e as restrições à capacidade civil só podem efectuar-se nos casos e termos previstos na lei, não podendo ter como fundamento motivos políticos.

[245] Otero, op. cit. p. 87.

[246] Donizetti, Leila, Filiação Sócioafetiva e Direito à Identidade Genética. Luem Júris: Rio de Janeiro, 2007, p. 126

Observa-se que o anonimato, em face das diversas esferas da personalidade humana, quanto ao tratamento da reprodução humana assistida, tem um caráter interno e externo, de acordo com as pessoas envolvidas nas relações jurídicas.

Esse caráter confidencial dos dados e da identidade do doador, do receptor e do filho tem por objeto resguardar o direito à intimidade, impedindo que pessoas alheias ao procedimento de reprodução humana assistida, tenham acesso aos aspectos pessoais à vida daqueles que se submetem ao tratamento, representando então uma confidencialidade externa.[247]

Por sua vez, a confidencialidade interna objetiva assegura a confidencialidade do tratamento entre as pessoas envolvidas, em relação a elas próprias, na medida em que a identidade do doador não é acessível ao receptor e vice-versa.

> Pero esta confidencialidad, que podríamos llamar externa, em cuanto salvaguarda la intimidad de donantes, receptoras e hijos impidiendo que personas ajenas al proceso de reproducción asistida accedan a um âmbito estrictamente reservado de sus vidas, se complementa com una espécie de confidencialidad interna. La confidencialidad interna desvicula a los sujetos que intervienen en un mismo procedimiento de reproducción asistida heteróloga, pueto que la identidad del donante es inaccesible para los usuários de las técnicas y viceversa. Es respecto a este último tipo de confidencialidad que procede hablar de anonimato en la donación de gametos y preembriones: el donante es desconocido para la mujer que va a recibir el gameto o el embrión concebido con gametos ajenos, así como tambíen

[247] Juan José Iniesta Delgado, Donantes y contratos de donación, in Comentários a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, Aranzadi: Pamplona, 2007, p. 143.

> resulta desconocido para su pareja y para la criatura que acabe naciendo y desarrollándose como persona.[248]

A importância do anonimato é evidente quando tenta evitar que o doador, a receptora e o filho cheguem a se conhecer, impedindo que, entre eles possa surgir uma relação pessoal que possa causar danos ao desenvolvimento do filho.

O anonimato do doador visa assim, evitar um conflito na determinação da paternidade, garantindo que a paternidade do marido ou companheiro que autorizou a sua esposa a realizar o tratamento, não possa ser impugnada, impedindo a conexão entre o filho havido por inseminação heteróloga e o doador do material.

Nesse sentido, a doutrina e a jurisprudência brasileira determinam que nos casos em que seja necessária a revelação da identidade do doador, tal fato não possibilitará a alteração da paternidade, buscando com a regra do anonimato que impeça o reconhecimento da paternidade do doador em relação ao filho gerado em inseminação heteróloga.[249]

---

[248] Idem, op. cit. p. 143.

[249] "A ação negatória de paternidade é imprescritível, na esteira do entendimento consagrado na Súmula nº 149/STF, já que a demanda versa sobre o estado da pessoa, que é emanação do direito da personalidade. 2. No confronto entre a verdade biológica, atestada em exame de DNA, e a verdade socioafetiva, decorrente da denominada ''adoção à brasileira'' (isto é, da situação de um casal ter registrado, com outro nome, menor, como se deles filho fosse) e que perdura por quase quarenta anos, há de prevalecer a solução que melhor tutele a dignidade da pessoa humana. 3. A paternidade sócio-afetiva, estando baseada na tendência de personificação do direito civil, vê a família como instrumento de realização do ser humano; aniquilar a pessoa do apelante, apagando-lhe todo o histórico de vida e condição social, em razão de aspectos formais inerentes à

Nessa mesma linha de pensamento, com o anonimato do doador se evita problemas afetivos, tanto por parte do doador em relação ao filho havido por inseminação heteróloga, quanto por parte do filho em relação ao doador do material genético. Tais problemas afetivos podem causar traumas psicológicos que interfiram no desenvolvimento da personalidade do filho e ainda uma insegurança no casal que se submete ao tratamento em relação às reações que possam surgir a partir do filho, inclusive o temor de rejeição.[250]

Enfim, a possibilidade de se realizar a inseminação artificial heteróloga está diretamente vinculada à garantia do anonimato do doador, pois do contrário, não será possível obter um grande número de doações, uma vez que os doadores não estarão livres das conseqüências indesejáveis que poderão ser produzidas a partir do nascimento de um filho biológico. [251] [252]

---

irregular ''adoção à brasileira'', não tutelaria a dignidade humana, nem faria justiça ao caso concreto, mas, ao contrário, por critérios meramente formais, proteger-se-iam as artimanhas, os ilícitos e as negligências utilizadas em benefício do próprio apelado. AC 108.417-9 - 2ª C.Civ. - Ac. 20.110 - Rel. Des. Accácio Cambi - unân. - J. 12.12.2001

[250] Delgado, op. cit. p. 145.

[251] Idem.

[252] A esse respeito, Stela Marcos de Almeida Neves Barbas, Direito ao Patrimônio Genético, Almedina: Coimbra, 1988, p. 171. “Os defensores do anonimato alegam, entre outras razões, que: - Garante o valor da defesa da intimidade da vida privada. – Promove um “eventual bem estar da criança (forma de poupar de um possível conjunto de traumas resultantes da descoberta de uma terceira pessoa na sua procriação) – É uma forma de encorajar a doação. – Representa um meio de desresponsabilização da paternidade do dador anônimo. – É uma garantia para o pais sociais da impossibilidade do dador anônimo reclamar qualquer tipo de direito sobre o filho biológico. – A revelação de determinados elementos de origem biológica da criança pode fazer com que alguns dadores ocultem características essenciais para os diagnósticos pré-natais. – O

Contudo, apesar de diversos posicionamentos favoráveis ao anonimato do doador, persiste o conflito de interesses em relação ao direito à identidade pessoal do ser, gerada em inseminação artificial, pois, cada pessoa tem uma individualidade que deriva de uma história do passado, que passa obrigatoriamente pela sua origem biológica.

> Podemos, ainda, alegar que o segredo pode estar, em termos gerais, em profunda contradição com direitos humanos fundamentais.
>
> O espaço familiar e mais circunstâncias sociais são indispensáveis, mas não nos dão o total conhecimento de nós próprios, se for escondida a nossa origem genómica.
>
> Assegurar o anonimato aos dadores implica negar à criança uma parte das suas raízes, da sua história, em suma da sua própria identidade.
>
> Sem sabermos de onde provimos não é possível descobrir para onde vamos ou para onde pretendemos ir. Precisamos de ter consciência da nossa própria identidade; necessitamos da certeza da nossa proveniência genómica até para podermos ter dúvidas acerca de nós próprios.[253]

Assim, a proteção à identidade pessoal e o direito ao conhecimento de sua origem genética deve ser garantida à pessoa, sempre que a tutela da dignidade da pessoa humana se mostrar necessária para assegurar direitos essenciais.

Desse modo, a própria resolução do Conselho Federal de Medicina determina as circunstâncias em que o sigilo do anonimato pode ser quebrado, facultando inicialmente que tal informação seja fornecida ao

---

conhecimento da identidade do dador pode pôr em causa a atribuição da paternidade ao cônjuge da mulher inseminada."

[253] Stela Marcos de Almeida Neves Barbas, Direito do Genoma Humano, Almedina: Coimbra, 2007, p. 522.

médico da pessoa gerada por inseminação heteróloga, se a pretensão for exclusivamente de conhecer aspectos médicos do doador.[254]

Inicialmente, a regra do Conselho Federal de Medicina determina a permanência do sigilo, somente sendo facultados dados pessoais do doador de maneira anônima, que visem a preservação da saúde da pessoa gerada por inseminação heteróloga.

Contudo, quando o interesse for próprio de investigação de sua origem genética, com o conhecimento dos seus progenitores, e necessário ao desenvolvimento da sua personalidade, deverá ou não ser autorizado a revelação da identidade do doador?

A resposta a esta pergunta importa em uma ponderação de valores, observando dentro do conflito de interesses, aquele que preserva com maior potencialidade o princípio da dignidade da pessoa humana.

> Nesse caso, afirmou-se que deve haver uma ponderação individual no plano do próprio Direito de Família, e não somente no plano constitucional, o que significa que o próprio juiz civil deve analisar e sopesar os interesses envolvidos em cada caso concreto. Canaris afirma que esta "ponderação individual de interesses" caberia, com mais razão ainda, no caso da análise da revelação da identidade civil do doador de esperma, para que seja possibilitada uma solução "intermediária", no sentido da concorrência prática, pela qual os interesses de ambas as partes sejam respeitados. [255]

---

[254] CFM, Res. 1.358/92, IV, 3: Obrigatoriamente será mantido o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e pré-embriões, assim como dos receptores. Em situações especiais, as informações sobre doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do doador.

[255] Krell, op. cit. p. 182.

A lei portuguesa estabelece que podem ser obtidas informações sobre a identidade do doador por "razões ponderosas" reconhecidas em sentença judicial, o que se assemelha com a prática jurídica brasileira, que utilizando o princípio da ponderação dos valores, faculta ao juiz solucionar o conflito entre o anonimato do doador e o direito ao conhecimento de sua origem genética.

Ora, apesar do direito à origem genética ser um direito da personalidade, o mesmo não é absoluto sendo limitado pelo direito ao anonimato do doador. O conhecimento dos seus antecedentes genéticos vai depender da análise do pedido e dos fundamentos da pessoa gerada por inseminação heteróloga, onde deve superar os valores para a manutenção do sigilo e do anonimato do doador.[256]

---

[256] No entanto, há, é verdade, um ideal de coincidência entre a biologia e a filiação, que se vislumbra, por exemplo, na aproximação entre filiação não adoptiva e os laços de sangue (artigo 1586º do Código Civil) ou quando se permite o uso dos exames de sangue como meios de prova nas acções relativas à filiação (artigo 1801º). Isto aponta para o carácter subsidiário dos processos heterólogos no que toca aos processos homólogos: a utilização daqueles só deve ser permitida quando a procriação por processos homólogos não seja possível ou quando implique elevados riscos para a saúde dos beneficiários ou do nascituro. A admissibilidade subsidiária dos processos heterólogos suscita, porém, dois problemas: o da contrapartida económica da dação de espermas, ovócitos e embriões, e o do anonimato do dador.
No que respeita à contrapartida da dação, o princípio da dignidade da pessoa humana afasta a licitude da venda de material biológico destinado à procriação. No que respeita à contrapartida da dação, o princípio da dignidade da pessoa humana afasta a licitude da venda de material biológico destinado à procriação. No que toca ao anonimato do dador, parece-nos seguro que o mesmo não pode ser absoluto. É preciso garantir que a pessoa nascida mediante o recurso a técnica heteróloga de procriação medicamente assistida não venha, futuramente, a casar com a pessoa que fez a dação ou com os descendentes do dador. Há um forte interesse público contrário ao casamento consanguíneo. Neste sentido, registre-se o disposto nos artigos 1603º e 1986º, nº1, do Código Civil. A identidade do dador deve ser conhecida no âmbito do processo preliminar de

Por outro lado, o direito de conhecer a sua origem genética, como direito da personalidade, não obriga necessariamente o reconhecimento da paternidade.

O Professor Paulo Luiz Netto Lobo a esse respeito ensina que:

> A origem biológica presume o estado de filiação, ainda não constituído, independentemente de comprovação de convivência familiar. Neste sentido, a investigação da origem biológica exerce papel fundamental para atribuição da paternidade ou maternidade e, *a fortiori*, do estado de filiação, quando ainda não constituído. Todavia, na hipótese de estado de filiação não biológica já constituído na convivência familiar duradoura, comprovado no caso concreto, a origem biológica não prevalecerá. Em outras palavras, a origem biológica não se poderá contrapor ao estado de filiação já constituído por outras causas e consolidado na convivência familiar (Constituição, art. 227).[257]

Maria Berenice Dias, a esse respeito destaca que o filho pode ingressar com ação de investigação de paternidade, mesmo que

---

publicações. Mas será que o dador deve beneficiar de um segredo de identidade oponível aos beneficiários da procriação e à pessoa nascida graças à dádiva? Por vezes, responde-se afirmativamente, com o argumento de que, sem o anonimato, haveria uma redução do número de dadores de gâmetas ou de que o conhecimento da identidade do dador, por parte da pessoa nascida graças à dação, acabaria por prejudicar a relação de filiação legalmente estabelecida. Abstraindo do impacto que a identificação dos dadores tenha sobre o universo de dádivas, supomos que é constitucionalmente muito duvidosa a defesa do anonimato do dador47. A pessoa nascida graças à dação tem direito à sua identidade pessoal genética. Nesse direito cabe, parece-nos, o direito de conhecer a pessoa que lhe transmitiu os genes. Quanto ao argumento da eventual lesão da relação afectiva existente entre o filho e os pais jurídicos, convém ter presente que, como escreve certo autor, não é bom que uma relação de filiação se baseie numa mentira, num segredo ou numa ocultação. PROCRIAÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA**,** Jorge Duarte Pinheiro. http://www.apdi.pt/APDI/DOUTRINA/procria%C3%A7%C3%A3o%20medicamente%20assistida.pdf

[257] Lôbo, op. cit. http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4752&p=2

esteja registrado em nome de outrem, visando com isto à perquirição da verdade biológica, embora, o reconhecimento da paternidade não autorizará a alteração no assento de nascimento do investigante.[258]

> NEGATORIA DE PATERNIDADE. Não obstante ter o exame de DNA afastado a paternidade, deve prevalecer a realidade socioafetiva sobre a biológica, diante da relação formada entre pai e filha ao longo dos anos.(TJRGS – AC 70007706799 – 8ª. C. Civ – Rel. Des. Alfredo Guilherme Englert – DOERS 17/04/2004)

Quanto aos casos de inseminação artificial em mulher solteira, verdadeiro problema pode ser ocasionado diante da impossibilidade de se determinar a filiação, quando a pessoa concebida através de técnicas de reprodução humana assistida não possua um pai, e tenha sido fruto de inseminação artificial.

Diante da ausência de um pai sócio afetivo, poderia a pessoa investigar a sua filiação biológica, para fins de registro, violando o anonimato do doador?

Como a intenção do doador não foi a de gerar uma criança para si, com o reconhecimento da paternidade, mas sim a doação altruísta do material genético, acredito que a identidade biológica do genitor poderia ser revelada, mas não possibilitaria a alteração do registro civil.

Verdadeiramente, a critica é apresentada sobre a possibilidade de que a mulher solteira possa realizar tratamento de reprodução humana assistida, pois na mesma linha de raciocínio diante do

[258] Dias, op. cit. p. 362.

princípio do anonimato do doador, não será possível atribuir ao mesmo, a paternidade para fins de registro civil.[259]

Assim, em conclusão, somente circunstâncias extraordinárias podem justificar a violação do anonimato do doador, uma vez que tal revelação não poderá influir no registro civil do investigante, nem tampouco produzir efeitos patrimoniais. Daí, diante da existência de conflitos de interesses, deve-se ponderar qual direito deve ser restringido, buscando-se sempre que possível a manutenção do termo de confidencialidade e facultando ao investigante o conhecimento de aspectos que visem solucionar seus problemas de perigo de vida e danos à saúde, sem a violação do anonimato.

É evidente que, conforme explica Oliveira Ascensão, o direito à identidade genética implica também no direito ao conhecimento de sua origem genética, e muitas vezes não se limita pela simples indicação de dados genéticos do doador, o que permite dizer que a

---

[259] Toda pessoa tem direito fundamental, na espécie direito da personalidade, de vindicar sua origem biológica para que, identificando seus ascendentes genéticos, possa adotar medidas preventivas para preservação da saúde e, *a fortiori*, da vida. Esse direito é individual, personalíssimo, não dependendo de ser inserido em relação de família para ser tutelado ou protegido. Uma coisa é vindicar a origem genética, outra a investigação da paternidade. A paternidade deriva do estado de filiação, independentemente da origem (biológica ou não). O avanço da biotecnologia permite, por exemplo, a inseminação artificial heteróloga, autorizada pelo marido (art. 1.597, V, do Código Civil), o que reforça a tese de não depender a filiação da relação genética do filho e do pai. Nesse caso, o filho pode vindicar os dados genéticos de dador anônimo de sêmen que constem dos arquivos da instituição que o armazenou, para fins de direito da personalidade, mas não poderá fazê-lo com escopo de atribuição de paternidade. Conseqüentemente, é inadequado o uso da ação de investigação de paternidade, para tal fim. Paulo Luiz Netto Lôbo, Direito ao Estado de Filiação e Direito à Origem Genética. http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4752&p=2

questão ainda continua em aberto, sem uma solução pacífica, diante da permanente existência de conflitos e ponderações de valores.[260]

Diante da busca e do desejo em ter filhos, o próximo capítulo estuda a legalidade da maternidade de substituição, diante dos conflitos com interesses protegidos na Constituição Federal.

10- MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO.

Como antes mencionado, a frustração em não poder conceber um filho gera para a vida dos casais uma doença da alma[261].

[260] Ascensão, op. cit. p. 987.
[261] Abdelmassih. Op.cit. p.3.

A infertilidade, tanto masculina quanto feminina, pode ter vários motivos, sendo necessária uma análise médica para definir qual o melhor tratamento a ser realizado, bem como qual técnica de reprodução assistida poderá produzir melhores resultados.

Assim, devido à existência de problemas de infertilidade há uma enorme procura por assistência médica, com a intenção de possibilitar a gestação. Contudo, diante do insucesso do tratamento convencional, é indicada a reprodução humana assistida, que tem como objeto solucionar as causas mais severas de infertilidade.

É interessante, relembrar que a esterilidade é o termo utilizado para a incapacidade absoluta de procriar, onde a idéia de infertilidade divide-se em: infertilidade primária, se nunca ocorreu a gestação; e infertilidade secundária se já ocorreu gestação, mesmo que sucedida de aborto.

Atualmente, há uma lista de técnicas de reprodução medicamente assistida, reconhecida no meio científico e clinico, e entre elas polemiza-se a figura da maternidade de substituição.

Tecnicamente se define a maternidade de substituição pela fertilização "in vitro" do óvulo de um mãe biológica com sêmen de um pai biológico, com implantação em uma mãe substituta(mãe de gestação), para posteriormente, com o nascimento da criança, entregá-la aos

progenitores biológicos ou aos pais sociais que contrataram o procedimento.[262]

É possível também ocorrer a maternidade de substituição, com a inseminação artificial do sêmen de um doador conhecido em uma mãe portadora(mãe de gestação), para que em razão do contrato de gestação, a criança gerada seja entregue ao doador e a sua esposa ou companheira.[263]

Em síntese, entende-se por maternidade de substituição, o contrato em que uma mulher se compromete a gerar um filho, submetendo-se a todo o processo de gestação, e com o nascimento da criança entregá-lo para outra mulher, abdicando de todos os direitos sobre a criança, principalmente a sua qualificação jurídica como mãe.[264]

Diante da definição de maternidade de substituição, costuma-se qualificar a mãe substituta com diversas designações, de acordo com o modo em que exerce a substituição.

Fernando Araujo denomina de “mãe hospedeira” aquela que recebe o sêmen de um doador, por inseminação artificial, sendo seu o óvulo a ser fecundado, qualificando-se ainda como mãe genética. Enquanto que se denomina “mãe portadora” aquela que tem implantado

---

[262] Araujo, Fernando. A procriação assistida e o problema da santidade da vida. Almedina: Coimbra, 1999. p. 27.
[263] Idem p. 26.
[264] Raposo, op. cit. p. 13.

em seu útero o óvulo já fecundado, pertencentes a doadores, deixando, neste caso de ser qualificada como mãe genética.[265]

Em razão disso, Olga krell faz a distinção entre "mãe portadora" e "mãe substituta", sendo a primeira aquela que recebe o óvulo do casal já fecundado, enquanto que na segunda há a inseminação com o sêmen do marido da contratante, no óvulo da substituta.

No presente trabalho será utilizada a denominação mãe substituta, para ambos os casos, pois melhor se adapta a denominação empregada pelo Conselho Federal de Medicina, diante da possibilidade de diversas outras denominações.[266]

A maternidade de substituição apesar de reconhecida e autorizada pelo Conselho Federal de Medicina, ainda não é pacificamente aceita pela doutrina, além de ser proibida em diversos países.

O Conselho Federal de Medicina, através da Resolução 1358/92, dispôs:

> VII - SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO (DOAÇÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO)
>
> As Clínicas, Centros ou Serviços de Reprodução Humana podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição, desde que

---

[265] Araujo, op. cit. p. 26.

[266] "O presente trabalho intitula-se "mãe portadora", socorrendo-se de uma terminologia que é usada no direito francês para designar uma realidade que também é conhecida pelas expressões "mãe hospedeira", "mãe de aluguer" e "mãe de substituição". O termo "mãe de aluguer" é especialmente popular no Brasil, enquanto a expressão "mãe de substituição" tem origem no direito anglo-americano. Pinheiro, Jorge Duarte. Mãe Portadora – A Problemática da Maternidade de Substituição. In Estudos de Direito da Bioética. Almedina: Coimbra. 2008. p. 323.

> exista um problema médico que impeça ou contra-indique a gestação na doadora genética.
>
> 1 **-** As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família da doadora genética, num parentesco até o segundo grau, sendo os demais casos sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina.
>
> 2 **-** A doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.

Ora, apesar de medicamente e cientificamente ser possível a maternidade de substituição, discute-se a sua possibilidade jurídica, em face da violação dos princípios da dignidade humana, e por tratar como objeto o corpo da gestante e a vida da criança a ser fecundada.

A esse respeito a Lei portuguesa n. 32/06, sobre Procriação Medicamente Assistida, a proíbe expressamente, considerando nulos os negócios jurídicos que têm por fim a maternidade de substituição, punindo com pena de 2(dois) anos de prisão aquele que concretiza a maternidade de substituição ou a promove, por qualquer meio.[267]

Nesse mesmo sentido, dispõe a Lei Espanhola n. 14/2006, que é nulo de pleno direito o contrato em que seja aprovada a gestação por uma mulher que renuncie a filiação materna em favor de um contratante ou de um terceiro.

---

[267] Art. 39, da Lei Portuguesa n. 32/2006:
Maternidade de Substituição
1 - Quem concretizar contratos de maternidade de substituição a título oneroso é punido com pena de prisão até 2 anos ou pena de multa até 240 dias.
2 - Quem promover, por qualquer meio, designadamente através de convite directo ou por interposta pessoa, ou de anúncio público, a maternidade de substituição a título oneroso é punido com pena de prisão até 2 anos ou pena de multa até 240 dias.

A doutrina enumera diversos motivos para a não aceitação da maternidade de substituição, tendo como exemplo clássico o caso "Baby M", ocorrido nos Estados Unidos da America, em que a mãe substituta (portadora) recusou-se a entregar a criança ao pai biológico, em cumprimento do contrato celebrado, tendo o caso se resolvido nos Tribunais.[268]

Além da própria violação do principio da dignidade da pessoa humana, declaram-se como argumentos contrários à maternidade de substituição, entre outros[269]:

---

[268] "um dos mais famosos bebês nascidos com recurso a mães portadoras foi Melissa, mais conhecida por "Baby M". Em 1987 o casal Stern dirigiu-se ao New York City Infertility Center para tentar encontrar uma solução viável para o seu problema de infertilidade. Elisabeth Stern(quarenta e um anos0 foi aconselhada a não engravidar por sofrer de esclerose múltipla. Simultaneamente Mary Beth Whitehead (vinte e nove anos) ofereceu-se como mãe hospedeira nesse mesmo centro. Após ter sido submetida a um rigoroso exame por um grupo de ginecologistas e psicólogos, Mary Whitehead foi considerada apta para receber o sêmen de Willian Stern. No contrato celebrado (com acordos de todos – Mary Whitehead e o seu marido Richard, Elisabeth e Willian Stern -) Mary Whitehead renunciava a todo e qualquer direito de mãe sobre a criança e comprometia-se a, logo após a inseminação artificial, não fumar, não beber, nem consumir drogas durante a gravidez e a abortar caso fosse detectada qualquer anomalia no feto. Por seu turno o casal Stern responsabilizava-se por todas as despesas médicas e legais, assim como por pagar à mãe portadora a quantia acordada (dez mil dólares). Num outro contrato estipulou-se o pagamento de sete mil e quinhentos dólares ao New York Infertility Center. Contudo, depois do parto, Mary Whitehead pediu a Elisabeth e Willian Stern para ficar mais alguns dias com a bebê, alegando estar a atravessar grave crise depressiva. Todavia, alguns meses depois recusou a entrega definitiva da criança (a quem tinha dado o nome de Sarah). Dada a situação o casal Stern recorreu aos Tribunais. O Tribunal de New Jersey reconheceu a força vinculativa do contrato ao ponto de satisfazer a pretensão de execução específica, decidindo que a bebê fosse entregue ao casal Stern, devendo Elisabeth Stern adoptá-la. In Barbas, op. cit. p. 147.

[269] Raposo, op. cit. p. 47.

1- Instrumentalização da criança: em face da criança ser utilizada para satisfazer os fins pessoais da mãe, relegando-se os interesses, os quais é titular a criança.

2- Instrumentalização da mãe de substituição: pois a mãe de substituição é utilizada como mero instrumento para a gestação, violando a sua dignidade e tratando-a como mera incubadora dos filhos de terceiros.

3- Contratualização da maternidade: sendo a filiação matéria de ordem pública necessita da intervenção do Estado, não sendo a situação das pessoas matéria disponível por contrato.

4- Exploração da pobreza: com a coisificação da pessoa humana, possibilita-se a exploração daqueles mais pobres, os quais são utilizados como mães de substituição.

5- Comercialização da vida humana: o principio da dignidade da pessoa humana impede que a vida seja objeto de comercio.

6- A indeterminação da maternidade: a confusão quanto a maternidade biológica, gestacional ou social, onde o

> parto por si só não é elemento determinante da maternidade.[270]

Diversos são os argumentos para a proibição da maternidade de substituição, inclusive a possibilidade de sua utilização com fins lucrativos, e o surgimento de um mercado de aluguel de úteros, transformando as crianças em um bem de consumo.[271]

A utilização da maternidade de substituição com fins lucrativos ou onerosos é condenável, onde a gestação valeria um preço, em frontal desacordo com os princípios de ordem pública e os bons costumes.

Quaisquer que sejam os argumentos para a proibição da maternidade de substituição, é possível encontrar quem defenda a sua legalização, já sendo comum na Inglaterra o reconhecimento ao direito de contratar uma maternidade de substituição, como elemento inerente à autonomia da vontade.[272]

> A mesma liberdade que deve proteger a mulher de intromissões estaduais nas suas decisões reprodutivas (tais como o livre acesso ao aborto ou a contraceptivos, segundo o slogan “women’s body, women’s rights”) deve permitir-lhe nestes termos . “When the contract between the gestacional mother and the commissioning parents reflects the

[270] Idem.
[271] Araujo, op. cit. p. 28.
[272] “O direito inglês, que regula a maternidade de substituição desde 1990, superou estes problemas exigindo que todas as partes envolvidas estejam de acordo, e fazendo um controlo semelhante ao que se pratica antes de um adopção.” Francisco Pereira Coelho, Guilherme de Oliveira. Curso de Direito de Família. Coimbra Editora: Coimbra, 2006, p. 61.

> procreative intentions of both parties, enforcement of the contract is the only way to give force to the desire and commitment of those who seek to raise a child and to recognize the autonomy of the gestational mother.
>
> Esta posição tem particular acolhimento no seio das correntes feministas, propugnadoras do direito à livre escolha da mulher e do direito de dispor sobre o próprio corpo. Pois se as mulheres são seres racionais, têm o direito de impor ao Estado que se abstenha de intervir (exercício de um direito, liberdade e garantia, isto é, de um direito à abstenção do Estado), ainda que seja para as proteger das suas próprias escolhas, numa clara vocação paternalista, tão própria de certo tipo de Estado.[273]

Nesse mesmo sentido, no direito norte-americano é possível encontrar no art. 8º. do Uniform Parentage Act a admissibilidade do contrato de maternidade de substituição, vinculado a sua homologação judicial, de forma semelhante ao procedimento de adoção.[274]

Outros argumentos defendem que a utilização da maternidade de substituição, pode significar a única forma para que uma pessoa com problemas de infertilidade ultrapasse esta barreira gerando

---

[273] Raposo, op. cit. p. 64.

[274] A gestational agreement is one between a woman and a couple that obligates the woman to carry the child for the intended parents, often times referred to as a surrogate mother. The conception must be an assisted conception and the woman who gives birth is not the legal mother. If she is a married woman, her husband must consent to the agreement and he has no parental rights or legal obligations with respect to the child.
Gestational agreements are controlled under the act because they must be approved by the court. The court must verify the birth mother's qualifications to carry the child and the intended parents' qualifications to be parents. The procedure is similar to those for adoptions. The birth mother may be compensated, and she has the power to terminate the agreement. In http://family-law.lawyers.com/paternity/The-Uniform-Parentage-Act-of-2002.html

uma criança, onde a gravidez certamente poderia causar riscos a sua saúde e risco à saúde do ser humano a gerar. [275]

E ainda, baseado no princípio da igualdade de procriar, somente através da maternidade de substituição seria facultado o acesso à maternidade, aquelas mulheres que não têm possibilidade de levar até um termo final a gravidez, evitando-se uma discriminação em relação a outras mulheres que podem utilizar das técnicas de reprodução humana assistida com sucesso.[276]

Contudo, apesar da existência de um direito fundamental à reprodução, baseado no direito ao planejamento familiar, não significa dizer que toda e qualquer forma de reprodução assistida estará autorizada pelo direito.[277]

> E, concretamente sobre o argumento que invoca uma exigência de igualdade no acesso a maternidade, sublinhe-se que o direito de procriar está sujeito a limites intrínsecos, que correspondem ao fim do direito, fim que não é meramente egoísta nem imediatista. O direito de procriar está concebido para a formação de um grupo familiar composto por filho e progenitor; neste grupo, o interesse mais ponderoso é o da criança.[278]

Através da Resolução n. 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina permite-se no Brasil, a utilização da maternidade de substituição, para fins de procriação.

---

[275] Araujo, op. cit. p. 35.
[276] Pinheiro, op. cit. p. 332.
[277] Otero, op. cit. p. 21.
[278] Pinheiro, op. cit. p. 333.

Mas, diante dos fatos acima elencados, será que é juridicamente possível a realização da maternidade de substituição diante do ordenamento jurídico brasileiro?

A Resolução do Conselho Federal de Medicina autoriza a utilização da maternidade de substituição desde que não tenham caráter lucrativo ou comercial.

Ora, é evidente, como já foi declarado anteriormente, que a maternidade de substituição a título oneroso, atenta contra o principio da dignidade da pessoa humana, pois passa a tratar a mãe substituta e a criança a ser gerada como uma mercadoria, um objeto.

Mas independente do contrato ser gratuito, haverá sempre o intuito de lucro pelas clinicas autorizadas para a utilização das técnicas de reprodução humana assistida, onde a mãe substituta carregará o ônus de uma gravidez, sem qualquer compensação, em um contrato desequilibrado, que lhe impõe unicamente obrigações, em contraposição aos benefícios aferidos pelos beneficiários da criança a ser gerada.

A gratuidade do tratamento demonstra-se injusta para a mãe substituta, daí somente aqueles parentes mais próximos da beneficiária se submetem, por reais fins altruístas, à maternidade de substituição, sendo este o fim da Resolução do Conselho Federal de Medicina quando determina que as doadoras temporárias do útero devam pertencer à família da doadora genética, num parentesco até o segundo grau.

Mas dentro de um contexto geral, segundo Fernando Araujo, a onerosidade não é um mal que invalide o contrato de maternidade substituta.

> Correndo o risco deliberado de chocarmos algumas consciências, seja-nos permitido temperarmos o moralismo dominante com duas ressalvas relativizadoras, uma pragmática e uma ressalva feminista. Em primeiro lugar, todo o trabalho subordinado é um aluguer da nossa força corporal, ou da nossa energia mental (como ficava exemplarmente consagrado na expressão latina "locatio operis"); há exploração, decerto, no "aluguer de útero": mas fica por demonstrar que essa exploração seja unilateral ou danosa, ou que não se faça com vantagens para ambas as partes. Em segundo lugar, a idéia de que o "aluguer de útero" só é consentido pela "portadora" por força de um estado de necessidade é uma idéia que pode alastrar a todo o desempenho de tarefas que as pessoas apenas aceitam por não serem mais ricas do que são. Em terceiro lugar, a proscrição do 'aluguer de útero" criará uma pressão crescente para multiplicação de "gestações altruístas", o que não raro redundará no recurso a "mães portadoras" que são parentes da mãe biológica – da dadora de ovócitos -, com todas as complicações de ordem familiar que esse expediente pode acarretar. Por último, a idéia de que é mais condenável "alugar o útero" do que vender esperma não deixa de introduzir um elemento de discriminação sexista, sobretudo na medida em que sugere que uma mulher, porque é a única que suporta a gestação e porque é culturalmente condicionada a assumir a parte principal no cuidado da prole, é menos capaz de dispor racionalmente das suas determinações biológicas, ou tem ao menos um dever moral de considerar essas determinações como os aspectos centrais da sua identidade e da sua vida, como o próprio cerne da sua existência.[279]

Entendo que a questão não é de fácil solução. A perspectiva é por assim dizer de ordem ética e filosófica, em que diante do principio da dignidade da pessoa humana estará em discussão valores e ponderações.

---

[279] Araujo, op. cit. p. 29.

A questão da nulidade do contrato, por si só, não soluciona a questão, uma vez que no plano da existência, a maternidade de substituição produzirá efeitos práticos.

A tendência em determinar a ilegalidade da maternidade de substituição é bastante promissora, principalmente em face dos antecedentes jurídicos de países como Portugal, Espanha, Alemanha e França, onde a infertilidade não é justificativa para a utilização de outras pessoas para suprir o desejo de ter filhos.[280]

No Brasil, em face dos direitos da personalidade, de acordo com o artigo 13 do Código Civil, a maternidade de substituição não poderá ser autorizada por violar direito à integridade física da mulher.

Ora, mesmo que a mãe substituta autorize a intervenção em seu próprio corpo, tal medida não poderá ser aceita, pois viola os bons costumes, com possibilidade de risco à sua saúde.

> Art. 13 do Código Civil
>
> Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.
>
> Parágrafo único: O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.

O direito à integridade física compreende, ainda, por sua amplitude, o direito ao corpo vivo e às suas partes integrantes, sendo direito indisponível da personalidade.

---

[280] Raposo, op. cit. p. 139.

O corpo da pessoa é inalienável como projeção da dignidade da pessoa humana, apesar de ser admissível a disposição de suas partes, em vida, ou após a morte, desde que não atente contra os bons costumes.

É evidente que existem diversos argumentos jurídicos lógicos para a proibição da maternidade de substituição, os quais foram descritos acima. Além do mais, a maternidade de substituição envolve diversos riscos e perigos, tanto emocionais, quanto financeiros e sociais.[281]

Entendo que a prática da maternidade de substituição deve ser considerada ilegítima atualmente no Direito Brasileiro.

Diante da ausência de uma lei especial, não é possível argumentar somente com ideias e valores morais.[282]

Uma regulamentação adequada poderá garantir o exercício do direito à reprodução e impedir a realização da maternidade de substituição, uma vez que atualmente, a regra do Conselho Federal de

---

[281] Idem.

[282] "O direito assume uma função protectora e, neste sentido, cabe-lhe prevenir danos cuja ocorrência, embora não estando provada, assuma fortes probalidades. Resta saber se a maternidade de substituição é efetctivamente susceptível de provocar tais danos, ou se a sua proibição não se estriba antes numa ordem diferente de motivos, mormente de carácter moral. Efectivamente, poderão existir (existem certamente) opiniões que considerem a maternidade de substituição imoral. Porém, este argumento, isoladamente considerado, não é suficiente para a afastar, sob pena de tomarmos a lei como a guardiã da moralidade. As escolhas morais de cada um hão-de revelar-se no facto de participarem ou não num contrato nestes termos. "Certainly the individual has the right to participate or not to participate in a practise they find immoral, but they do not have the right to force their morality into society's laws."Raposo, op. cit. p. 142.

Medicina autoriza a realização do referido procedimento, sem qualquer reflexão na órbita do Direito.

Encerrando o estudo das questões legais e éticas envolvendo a filiação fruto de reprodução humana assistida, será estudado no próximo capítulo a problemática da inseminação artificial "post mortem".

11- INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL "POST MORTEM".

Uma das questões mais intrigantes quanto ao direito de família e ao direito das sucessões envolve a questão relativa à inseminação artificial "post mortem" e seus efeitos jurídicos.

A problemática inicia-se a partir do momento em que o Código Civil Brasileiro dispôs em seu artigo 1.597 que: *"Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: III- havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido."*

Ora, o Código Civil Brasileiro presume que o filho havido, mesmo após a morte de seu genitor, fora concebido na constância do casamento, com o objetivo de conferir àquele genitor premoriente a paternidade.

Trata-se como declara Caio Mario da Silva Pereira de uma ficção jurídica, pois verdadeiramente não há uma presunção, uma vez que diante da certeza da morte, não há como determinar que o nascimento ocorresse na constância do casamento.

> Em disposição infeliz, o Código de 2002(art. 1.597) afirma que se presumem "concebidos na constância do casamento" os filhos "havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido"(n. III). Em realidade, ocorrendo a concepção, por processo artificial, depois da morte do pai, não há que presumir sua contemporaneidade com um casamento sabidamente dissolvido por aquele óbito anterior: a hipótese é, claramente, de ficção jurídica, e não de verdadeira presunção.[283]

A presunção de paternidade impõe duas questões relevantes a serem resolvidas pelo direito: a) A criança havida por inseminação artificial "post mortem" pode ser registrada como filho do genitor premoriente? E em face do reconhecimento da paternidade, terá essa criança direitos sucessórios sobre os bens do seu genitor premoriente?

---

[283] Caio Mario da Silva Pereira, instituições de Direito Civil, Direito das Sucessões. Forense: Rio de Janeiro, 2007. p. 34.

Inicialmente, antes de resolver tais questões, faz-se necessária uma análise da legalidade da reprodução humana assistida, com material genético de doador morto.

O Conselho Federal de Medicina não tratou a inseminação artificial *"post mortem"* na resolução n. 1.358, existindo em nosso ordenamento jurídico, unicamente, a referência contida no artigo 1.597 do Código Civil a respeito do reconhecimento da filiação.

Não existem regras próprias que autorizem ou não autorizem a reprodução humana *"post mortem"*, sendo relevante destacar que a referência contida no Código Civil não é suficiente para determinar a legalidade do referido tratamento.

Por sua vez, o Direito Português, através da Lei 32/2006 proíbe a inseminação *"post mortem"*, mesmo que haja o consentimento do marido, exceto no caso em que a morte tenha ocorrido durante a realização do projeto parental.[284]

Nesse mesmo sentido, o Direito Espanhol, na Ley 14/2006, veda a utilização das técnicas de reprodução humana assistida com o

---

[284] Lei portuguesa 32/2006. Art. 22º. Inseminação *post mortem*
1—Após a morte do marido ou do homem com quem vivia em união de facto, não é lícito à mulher ser inseminada com sémen do falecido, ainda que este haja consentido no acto de inseminação.
2—O sémen que, com fundado receio de futura esterilidade, seja recolhido para fins de inseminação do cônjuge ou da mulher com quem o homem viva em união de facto é destruído se aquele vier a falecer durante o período estabelecido para a conservação do sémen.
3—É, porém, lícita a transferência *post mortem* de embrião para permitir a realização de um projecto parental claramente estabelecido por escrito antes do falecimento do pai, decorrido que seja o prazo considerado ajustado à adequada ponderação da decisão.

material do genitor já falecido, excluindo os casos onde o material já estiver implantado no útero da mulher, no momento da morte, ou, quando o marido declarar de forma expressa que o seu material reprodutivo possa ser utilizado em até 12 meses após a sua morte.[285]

Dentre os argumentos contrários a inseminação artificial *"post mortem"* está o fato de a criança nascer de um pai já morto, privando-a da companhia paterna, cujo o interesse maior da criança estaria em risco, pois o mesmo teria o direito de ser criado em uma estrutura bi parental.

> Independentemente dos complexos problemas jurídicos que a aceitação da inseminação "post-mortem", necessariamente, equaciona, o grande argumento para a sua proibição baseia-se no direito inderrogável da criança beneficiar da estrutura biparental da filiação. É de condenar

---

[285] Lei espanhola 14/2006. Premoriencia del marido.
1. No podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en esta Ley y el marido fallecido cuando el material reproductor de éste no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón.
2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el marido podrá prestar su consentimiento, en el documento a que se hace referencia en el artículo 6.3, en escritura pública, en testamento o documento de instrucciones previas, para que su material reproductor pueda ser utilizado en los 12 meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer. Tal generación producirá los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial. El consentimiento para la aplicación de las técnicas en dichas circunstancias podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquéllas.
Se presume otorgado el consentimiento a que se refiere el párrafo anterior cuando el cónyuge supérstite hubiera estado sometido a un proceso de reproducción asistida ya iniciado para la transferencia de preembriones constituidos con anterioridad al fallecimiento del marido.
3. El varón no unido por vínculo matrimonial podrá hacer uso de la posibilidad prevista en el apartado anterior; dicho consentimiento servirá como título para iniciar el expediente del artículo 49 de la Ley del Registro Civil, sin perjuicio de la acción judicial de reclamación de paternidad.

> a criação, a fundação voluntária de uma família unilinear póstuma.[286][287]

Ora, a questão relativa ao nascimento da criança em uma família monoparental, não é por si só, suficiente para impedir a realização da inseminação *"post mortem",* uma vez que o direito brasileiro prevê constitucionalmente a existência da família monoparental.

A defesa quanto à possibilidade de inseminação artificial na mulher solteira, já foi apresentada em capitulo anterior, sendo relevante destacar que o reconhecimento da família monoparental na Constituição Federal confere o direito à realização das técnicas de reprodução humana assistida às mulheres solteiras.

Mantenho-me coerente com os argumentos apresentados anteriormente, quanto à possibilidade de utilização das técnicas de reprodução assistida pela mulher solteira, não é o argumento de que a criança deva necessariamente nascer em uma estrutura bi parental suficiente para questionar a possibilidade jurídica da inseminação artificial *"post mortem"*.

---

[286] Barbas, op. cit. p. 133.

[287] Neste mesmo sentido: "Pode-se argumentar que é perfeitamente válida a vontade inequívoca do marido de querer dar à esposa, mesmo depois de sua morte, o poder de conceber um filho, através do esperma depositado e congelado durante sua vida. Por outro lado, se questiona, do ponto de vista psicológico, o porquê de se gerar um filho de um pai morto, senão o desejo de perpetuar o falecido nessa criança, que, desde o início, seria privada do direito de ter dois pais. Deve ser lembrado também que a permissão incondicional da fecundação artificial "post mortem" implicaria, necessariamente, a possibilidade de mulher viúvas perseguirem fins econômicos, querendo "fabricar" possíveis herdeiros."Krell. op. cit. p. 188

As questões que mais se revelam conflitantes, para autorizar a inseminação artificial *"post-mortem",* dizem respeito à indefinição dos aspectos relativos à paternidade e ao direito sucessório.

Embora, em face da necessidade de proteção e defesa dos interesses da criança, e à proibição de qualquer designação discriminatória, contidos no artigo 227 da Constituição Federal, qualquer tratamento desigual em relação à filiação e aos direitos sucessórios impede a legalização da inseminação artificial "post mortem".

Resolvida essa questão, estará resolvida a legalidade ou não da inseminação *"post-mortem"*.

Para tanto, um elemento essencial para a solução do problema é a figura do consentimento esclarecido do genitor, autorizando a utilização do seu material genético após a sua morte.

A resolução do Conselho Federal de Medicina estabelece:

> O consentimento informado será obrigatório e extensivo aos pacientes inférteis e doadores. Os aspectos médicos envolvendo todas as circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, assim como os resultados já obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico, ético e econômico. O documento de consentimento informado será em formulário especial, e estará completo com a concordância, por escrito, da paciente ou do casal infértil.[288]

Ora, o consentimento para a utilização das técnicas de reprodução assistida deve ser realizado através de documento escrito,

---

[288] Resolução 1.358 do CFM.

onde devam constar expressamente todas as condições concretas de cada caso, inclusive, a possibilidade de utilização do material *"post mortem"* e o prazo para a sua utilização.

Dentro do princípio da autonomia privada, o consentimento informado é necessário para qualquer projeto de reprodução humana assistida.

Assim, a validade da inseminação *"post mortem"* passará obrigatoriamente pelo consentimento refletido do genitor.

A legislação espanhola, apesar de vedar a realização de inseminações *"post mortem"* autoriza a sua realização, excepcionalmente, se for demonstrada a vontade do genitor de forma escrita e válida pelo prazo de 12 meses.

> No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el marido podrá prestar su consentimiento, en el documento a que se hace referencia en el artículo 6.3, en escritura pública, en testamento o documento de instrucciones previas, para que su material reproductor pueda ser utilizado en los 12 meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer. Tal generación producirá los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial. El consentimiento para la aplicación de las técnicas en dichas circunstancias podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquéllas.[289]

Ora, a principal relevância do dispositivo legal espanhol é que, diante da manifestação de vontade do genitor, serão atribuídos os efeitos legais relacionados à filiação, em face do nascimento da criança.

---

[289] Lei espanhola 14/2006.

Efeitos esses relativos ao reconhecimento da paternidade e a incidência de direitos sucessórios.

Por outro lado, em caso de inexistência de autorização, aplicam-se as mesmas regras relativas ao doador anônimo, não podendo ser atribuído ao mesmo a paternidade e conseqüentemente os seus efeitos legais.

> No podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en esta Ley y el marido fallecido cuando el material reproductor de éste no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón.[290]

Acredito que a melhor solução para o caso é esta empregada pelo Direito Espanhol, onde exige o consentimento informado para a validade da técnica utilizada.

> Importante também que a lei determine que a procriação assistida somente seja permitida com expresso consentimento dos cônjuges e mediante a comprovação da necessidade, oportunidade e conveniência.[291]

Assim, a legalidade da inseminação artificial “post mortem” deve está vinculada à manifestação de vontade para que seja possível a atribuição da paternidade e conseqüentemente os seus efeitos legais, inclusive no âmbito sucessório.

---

[290] Lei espanhola 14/2006.
[291] Venosa, Silvio Salvo, Direito Civil. Direito de Família. Atlas: São Paulo, 2008, p. 227.

Não encontro razões para a atribuição da paternidade “post mortem”, ausente da manifestação de vontade, quando as realidades dos fatos demonstram que o morto não poderá exercer as obrigações relativas à paternidade, diante da atual conceituação de paternidade que vai além do caráter biológico.

Concluindo, trago os ensinamentos de Paulo Luiz Netto Lobo, citando diversos autores, que expõe:

> “Nem sempre o ascendente biológico será o pai jurídico. Essa diferenciação é um processo ainda em construção. Diferença incômoda, propositadamente, desassossegada, *noise* epistemológico”.(Fachin, Luiz Edson) Guilherme de Oliveira confessa que, ao começar a estudar o direito da filiação, aderiu, sem reservas, ao mandamento do respeito pela verdade biológica do parentesco, mas teve de concluir que nos sistemas jurídicos atuais “o pater não é determinado pelo critério da progenitura, mas sim pela função social de pai, pelo ofício familiar da paternidade, em homenagem ao interesse concreto do filho, à paz de um certo agregado familiar” e portanto, a paternidade jurídica “não foi, nem é, forçosamente determinada pela verdade biológica do parentesco”(Oliveira, Guilherme).[292]

Em se tratando da determinação inicial da paternidade, o entendimento majoritário é ainda o da determinação biológica dessa paternidade.

Apesar disso, persisto no entendimento de que para fins de determinação da paternidade nos casos de reprodução humana assistida, é essencial e necessária a manifestação de vontade.

---

[292] Lôbo, op cit. p. 196.

Mesmo que o genitor tenha participado do tratamento de infertilidade, com a coleta de seu material genético e posterior fecundação, a implantação do óvulo fecundado na mulher exige a sua manifestação de vontade e autorização. E estando o doador do material morto, a vontade antes manifestada perde os seus efeitos legais, salvo se houver disposição expressa em contrário.

Em caso de morte do genitor, não é possível encontrar uma manifestação de vontade válida, principalmente quando a inseminação ocorre em um período de tempo bem posterior ao falecimento.

Nessa situação, devem ser aplicadas ao caso, as mesmas regras do doador anônimo, onde a sua identidade biológica pode ser revelada, mas sem a possibilidade de lhe ser atribuída a paternidade.

A resposta então, às indagações, no inicio realizadas, vão depender da existência ou não do consentimento refletido do genitor premoriente.

Assim, em caso positivo, restaria que sejam respeitados os direitos provenientes da filiação, e diante do artigo 227, parágrafo 6º. da Constituição Federal, que proíbe qualquer tratamento discriminatório relativos à filiação, o filho havido por inseminação artificial *"post mortem"* teria os mesmos direitos sucessórios que os demais.

Por sua vez, em caso negativo, sem que haja o consentimento do genitor premoriente para a realização da inseminação

“post mortem”, não será possível lhe atribuir a filiação, aplicando-se ao caso as mesmas regras do doador anônimo.

Por fim, deve o legislador atribuir um prazo máximo para a implantação do óvulo fecundado ou do espermatozóide, a exemplo do prazo estabelecido no Código Civil para a prole eventual que é de 02(dois) anos a partir do falecimento, respeitando o caráter imediatista da sucessão.[293]

12- CONCLUSÃO.

[293] “Se decorridos 2(dois) anos após a abertura da sucessão, não for concebido o herdeiro esperado, os bens reservados, salvo disposição em contrário do testador, caberão aos herdeiros legítimos.” Parágrafo 4º., art. 1.799 do Código Civil brasileiro.

Diante da evolução da ciência, em face da utilização das técnicas de reprodução humana assistida, tem a doutrina à missão de descrever seus principais efeitos na ordem jurídica e realizar as críticas necessárias a solução dos conflitos de interesses que possam surgir.

O presente trabalho delimitou, assim, o estudo dos efeitos jurídicos da reprodução humana assistida apontando o caminho que o interprete deve utilizar para a aplicação do direito ao caso concreto.

Desta forma, pelo presente estudo, é possível verificar que para a maioria das pessoas gerar um filho talvez seja uma tarefa simples, algo que ocorre naturalmente.

Contudo, uma minoria representativa da população tem dificuldades para conceber, onde essa frustração em não poder gerar um filho, causa à pessoa uma diminuição em sua estima, tornando-se uma verdadeira doença da alma.[294]

> Do ponto de vista médico, os membros deste grupo podem ter pouco em comum. Alguns ficaram inférteis por doenças manifestamente diferentes. Uma mulher pode ter sido submetida a tratamentos oncológicos, por exemplo, que tenham implicado a ablação dos seus ovários; um homem pode ter estado exposto a substâncias químicas tóxicas. Outros sofrem de problemas genéticos nos seus sistemas reprodutivos ou de doenças acidentalmente contraídas. Alguns homens têm baixas contagens de espermatozóides ou uma mobilidade espermática deficiente. Algumas mulheres são alérgicas ao sêmen dos maridos, ou simplesmente demasiado velhas para produzir óvulos viáveis. E há alguns casais inférteis que não têm, aparentemente, nenhum problema médico. O que une, pois,

[294] Abdelmassih. Op.cit. p.3.

> esta comunidade heterogênea é apenas a sua incapacidade comum: querem ter filhos e não conseguem.[295]

Não é possível dizer que a infertilidade seja uma doença que ponha a vida da pessoa em risco, mas, é reconhecida como uma doença do aparelho reprodutivo.

A Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento reconheceu a existência de um direito à saúde reprodutiva, dispondo que a pessoa tem o direito ao bem-estar físico, mental e social em todas as questões relacionadas com o sistema reprodutivo.[296] A Conferência Mundial sobre a Mulher, realizada em Pequim, também reconheceu a necessidade de proteção da saúde reprodutiva da mulher e do homem.[297]

Assim, diante do reconhecimento internacional de um conceito de saúde reprodutiva, é possível concluir que o mesmo está diretamente ligado a construção de um direito à reprodução.

---

[295] Spar, Débora L. O Négocio de Bebés. Almedina, Tradução Benedita Bettencourt: Coimbra. 2007, p. 24.

[296] "reproductive health is a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity, in all matters relating to the reproductive system and to its functions and processes. Reproductive health therefore implies that people are able to have a satisfying and safe sex life and that they have the capability to reproduce and the freedom to decide if, when and how often to do so." Capitulo 7º. Do programa de ações da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento.

[297] "Ensure equal access to and equal treatment of women and men in education and health care and enhance women's sexual and reproductive health as well as education" . Art. 30 da Declaração da 4ª. Conferência Mundial da Mulher, em Pequim.

Este direito à reprodução pode ser estabelecido de forma natural ou através do recurso as técnicas de reprodução humana assistida.[298]

Neste sentido, reconhecendo a existência de um problema de saúde, com implicações médicas e psicológicas, o Conselho Federal de Medicina editou através da Resolução no. 1.358, normas de caráter ético com o objetivo de disciplinar a utilização das técnicas de reprodução humana assistida.

Nesta medida, o reconhecimento das técnicas de reprodução humana assistida pelo Estado tem por objeto tutelar o direito à saúde e ao planejamento familiar, a partir de uma interpretação constitucional.

Embora exista um reconhecimento a este direito à saúde, não há ainda em nosso ordenamento jurídico uma norma legal que determine os limites para a utilização das técnicas de reprodução humana assistida.

Alguns projetos de Lei estão em tramitação, com o objetivo de regular a utilização das técnicas de reprodução humana assistida, contudo, as únicas normas em vigor são aquelas relativas ao Conselho Federal de Medicina, que trata a matéria de ordem ética.

---

[298] Souto Paz, citado por Garcia Ruiz, expõe que dito direito a reprodução, em seu sentido positivo, supõe 'la ordenación de la actividad sexual a la reproducción de acuerdo com las pautas de la naturaleza o bien acudir al recurso a las técnicas de reproducción humana asistida.'Garcia Ruiz. op. cit. p. 249.

Diante da ausência de normas específicas, o exercício do direito à saúde reprodutiva somente encontra limites na resolução do Conselho Federal de Medicina, o qual não apresenta respostas às principais questões que surgem nas relações jurídicas humanas, principalmente, quanto à determinação da filiação e as pessoas que podem ser beneficiadas pelo uso das referidas técnicas.

Assim, relembro os pontos fundamentais do presente estudo, que foram postos em destaque, a fim de concluir a presente intervenção.

I

Considerando, o direito à reprodução humana assistida como direito fundamental à saúde e ao planejamento familiar.

Considerando, que o direito a reprodução humana assistida, mesmo dentro da categoria dos direitos fundamentais, sofre necessariamente restrições, diante da sua integração com outros direitos e poderes de conteúdo jurídico diverso, os quais possuem valores a serem ponderados.

Concluo, que mesmo diante do reconhecimento de um direito à reprodução humana assistida, nem todas as técnicas devem ser consideradas lícitas, devendo a lei impor limites próprios para a proteção da vida a ser gerada

Assim, o legislador tem a obrigação de determinar qual a finalidade das técnicas de reprodução humana assistida, quem são as pessoas beneficiárias, e quais são os direitos das futuras crianças que irão nascer através das técnicas de reprodução humana assistida.

II

Considerando, que o Conselho Federal de Medicina não apresenta nenhuma determinação de idade, sexo ou estado civil para a utilização das técnicas de reprodução humana assistida.

Considerando, que com a fertilização *"in vitro"* com óvulos de um terceiro doador, é possível que a idade da mulher não seja mais um empecilho para a gestação.

Considerando, que a resposta para essa questão pode vir do próprio legislador, através da imposição de uma idade limite, mas também pode ser considerada em relação ao caso concreto, diante da análise médica das condições pessoais.

Concluo, que a determinação da idade limite para a reprodução assistida não deve ser vista isoladamente, mas, tendo por principal fundamento o melhor interesse da criança.

Onde, para além da função do legislador em determinar a idade limite para a utilização das técnicas de reprodução humana assistida, caberá a equipe médica responsável o poder de decidir, levando em consideração aspectos relacionados à saúde da mulher e a proteção da

dignidade da criança a ser concebida, diante das circunstâncias que envolvam o caso.

III

Considerando, que a Resolução do Conselho Federal de Medicina, norma ética médica, compreende que toda mulher, independente do seu estado civil, poderá ser receptora das técnicas de reprodução assistida.

Considerando, a possibilidade de adoção unilateral, onde a criança passaria a conviver em uma família monoparental.

Considerando, que a dinâmica que será estabelecida na família, é mais importante para estabelecer a felicidade da criança do que a estrutura familiar em si.

Considerando, que não há um estudo psicossociológico que demonstre cabalmente que as famílias monoparentais, causem um efetivo prejuízo ao crescimento das crianças.

Concluo, que o reconhecimento da família monoparental na Constituição Federal confere o direito a realização das técnicas de reprodução humana assistida às mulheres solteiras, fazendo surgir uma nova forma de monoparentalidade.

Diante de um projeto unilateral, a formação de uma família monoparental, mesmo através da reprodução assistida, representa um projeto de amor e carinho.

IV

Considerando, que a resolução do Conselho Federal de Medicina estabelece que a legitimidade do uso das técnicas de reprodução humana assistida depende do consentimento informado do beneficiário.

Considerando, que o consentimento informado é um requisito essencial para todo tratamento médico, onde além de produzir efeitos no corpo e na saúde da mulher, produz efeitos morais, jurídicos, sociais e econômicos.

Concluo, que o consentimento informado é requisito de validade para a utilização das técnicas de reprodução humana assistida, principalmente, quando da utilização de material estranho ao casal.

Além do mais, no tratamento deve ser objeto de informação todos os riscos à saúde e possibilidades de resultados, em cada caso concreto, de forma a exauri todas as possibilidades de sucesso e de fracasso.

V

Considerando, que não é a personalidade jurídica que justifica a titularidade de direitos por parte do ser humano, mas sim a qualidade de ser humano que desperta a titularidade de certos direitos e conseqüentemente envolve o reconhecimento da personalidade jurídica.

Considerando, que a partir do momento em que há a formação do embrião, com a concepção, não se pode duvidar, do ponto de vista biológico, que a vida se inicia e que a ordem jurídica protege o direito de nascer, sancionando como crime o aborto.

Concluo, que o nascituro passa a ser uma entidade parcialmente dotada de força jurígena, em face da possibilidade de tutela jurídica contra lesões e ilícitos praticados antes do nascimento, demonstrando a existência de uma personalidade jurídica parcial, com a atribuição de uma esfera própria para o nascituro.

Desta forma, é o embrião sujeito de direitos próprios, em face de sua natureza de ser humano em potencial, que devem ser tutelado e protegido pelo Estado, em um âmbito típico, em defesa do interesse maior da dignidade da pessoa humana.

Neste sentido, a formação de embriões não pode ter como objetivo principal a sua experimentação ou a manipulação com a exclusiva intenção de investigação científica, pois, não respeita a dignidade humana.

VI

Considerando, que nos casos de reprodução humana assistida, a origem genética do genitor, não determinará, obrigatoriamente, o reconhecimento da paternidade civil, surgindo uma desvinculação do DNA como elemento essencial para a verificação da filiação.

Considerando, que segundo o direito de família e as regras do Conselho Federal de Medicina, o doador de material genético não tem nenhuma responsabilidade parental sobre o ser gerado, mesmo que o nascimento ocorra dentro de um projeto de monoparentalidade.

Considerando, que o ordenamento jurídico brasileiro não possui uma lei específica para o caso, matendo a interpretação do Código Civil de que mãe é aquela que dá a luz.

Considerando, que a proteção do melhor interesse da criança e de seu bem-estar emocional deve prevalecer para a determinação da maternidade.

Concluo, que o legislador brasileiro não deve pender para uma única forma de determinação da paternidade ou da maternidade, pois, diante da existência natural de dúvidas e de uma tendência a variação de opiniões, deve-se ter respeito e prudência para progredir nesta zona de relevância humana.

É necessário ter cautela para que possa fazer justiça, buscando diante das diversas possibilidades jurídicas a garantia e o respeito ao melhor interesse da criança.

VII

Considerando, que o anonimato do doador visa assim, evitar um conflito na determinação da paternidade, garantindo que a paternidade do marido ou companheiro que autorizou a sua esposa a realizar o tratamento não possa ser impugnada, impendido à conexão entre o filho havido por inseminação heteróloga e o doador do material.

Considerando, que o Conselho Federal de Medicina determina as circunstâncias em que o sigilo do anonimato pode ser quebrado, facultando inicialmente que tal informação seja fornecida ao médico da pessoa gerada por inseminação heteróloga, se a pretensão for exclusivamente de conhecer aspectos médicos do doador.

Concluo, que somente circunstâncias extraordinárias podem justificar a violação do anonimato do doador, uma vez que tal revelação não poderá influir no registro civil do investigante, nem tampouco produzir efeitos patrimoniais.

Desta forma, diante da existência de conflitos de interesses, deve-se ponderar qual direito deve ser restringido, buscando-se sempre que possível a manutenção do termo de confidencialidade e facultando ao investigante o conhecimento de aspectos que visem solucionar seus

problemas de perigo de vida e danos a saúde, sem a violação do anonimato.

VIII

Considerando, que se entende por maternidade de substituição, o contrato em que uma mulher se compromete a gerar um filho, submetendo-se a todo o processo de gestação, para com o nascimento da criança, entregá-lo para outra mulher, abdicando de todos os direitos sobre a criança, principalmente a sua qualificação jurídica como mãe.

Considerando, que a maternidade de substituição apesar de reconhecida e autorizada pelo Conselho Federal de Medicina, ainda não é pacificamente aceita pela doutrina, além de ser proibida em diversos países.

Considerando, que apesar de medicamente e cientificamente ser possível a maternidade de substituição, a sua validade jurídica é discutível, em face da violação dos princípios da dignidade humana, e por tratar como objeto o corpo da gestante e a vida da criança a ser fecundada.

Concluo, que a maternidade de substituição é ilegal, pois, a infertilidade não é justificativa para a utilização do corpo de outras pessoas para suprir o desejo de ter filhos, além dos diversos riscos e

perigos, tanto emocionais, quanto financeiros e sociais que este tipo de tratamento pode produzir.

Não é possível considerar legitima a prática da maternidade de substituição, no atual direito brasileiro, pois, não se permite a disposição do corpo humano em face da doutrina dos direitos da personalidade, contida no art. 13 do Código Civil.

IX

Considerando, que o Conselho Federal de Medicina não tratou a inseminação artificial “post mortem” na resolução n. 1.358, existindo em nosso ordenamento jurídico, unicamente, a referência contida no artigo 1.597 do Código Civil a respeito do reconhecimento da filiação.

Considerando, que o consentimento para a utilização das técnicas de reprodução assistida deve ser realizado através de documento escrito, aonde devam constar expressamente todas as condições concretas de cada caso, inclusive, a possibilidade de utilização do material “post mortem” e o prazo para a sua utilização.

Considerando, que dentro do princípio da autonomia privada, o consentimento informado é necessário para qualquer projeto de reprodução humana assistida.

Concluo, que não existe razões para a atribuição da paternidade “post mortem”, ausente da manifestação de vontade, quando as realidades dos fatos demonstram que o morto não poderá exercer as obrigações relativas à paternidade, diante da atual conceituação de paternidade que vai além do caráter biológico.

Neste sentido, em caso de fecundação “post mortem” será utilizada a mesma doutrina relativa ao anonimato do doador, não tendo a criança a ser gerada direitos sucessórios, salvo nos casos, de manifestação de vontade dirigida ao projeto de filiação “post mortem”.

Terá, por sua vez, a pessoa o direito a investigação de sua origem genética, sem que necessariamente haja a atribuição da paternidade.

X

Considerando por fim, a possibilidade científica da utilização das diversas formas de reprodução humana assistida e o dever da mesma ser amparada pelo principio da dignidade da pessoa humana.

Considerando, a já presente utilização das técnicas de reprodução humana assistida na sociedade brasileira.

Concluo, pela urgente necessidade do legislador aprovar uma lei que aborde todos os aspectos da reprodução humana assistida, impondo regras amparadas pelo princípio da dignidade da pessoa humana, que possam indicar os limites do direito à reprodução humana assistida.

13- BIBLIOGRAFIA

Abdelmassih, Roger. **Avanços na Reprodução Humana Assistida**. São Paulo: Atheneu, 2007.

Albornoz, Eduardo Osuna Carrillo de, Maria Belén Andreu Martinez, in **Comentários a la Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida**, Editora Aranzadi: Pamplona, 2007.

Araujo, Fernando. **A procriação assistida e o problema da santidade da vida**. Almedina: Coimbra, 1999.

Ascensão, José de Oliveira, "**O Inicio da Vida"**. Revista do Tribunal Regional Federal – 3ª. Região. Separata.Thomson-IOB: São Paulo, 2007.

____ **A lei no. 32/06, Sobre Procriação Medicamente Assistida**, Separata, Revista da Ordem dos Advogados, ano 67, III: Lisboa, 2007.

____ **Procriação Medicamente Assistida e Relação de Paternidade**. Separata. Direito de Família e das Sucessões. Método: São Paulo, 2009.

____ **Direito e Bioética**. Direito da Saúde e Bioética. Lisboa: Lex. 1991.

____ **Teoria Geral do Direito Civil.** Coimbra: Editora Coimbra, 1997.

Barbas, Stela Marcos de Almeida Neves, **Direito do Genoma Humano**, Almedina: Coimbra, 2007.

Barbosa, Heloisa Helena. **Direito à Procriação e às Tecnicas de Reprodução Assistida**. Grandes Temas da Atualidade de Bioética e Biodireito. Eduardo de Oliveira Leite. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

Beltrão, Silvio Romero. **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas, 2005.

Brauner, Maria Cláudia Crespo. **Direito, Sexualidade e Reprodução Humana.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

Campos, Diogo Leite. **Lições de Direito da Personalidade.** Coimbra: Editora Coimbra, 1995.

Chaves, Antônio. **Tratado de Direito Civil: parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, tomo 1.

Coelho, Francisco Pereira, Oliveira, Guilherme de. **Curso de Direito de Família**. Coimbra Editora: Coimbra, 2006.

Delgado, Juan José Iniesta, **Donantes y contratos de donación**, in Comentários a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, Aranzadi: Pamplona, 2007.

Dias, João Álvaro, **Procriação Assistida e Responsabilidade Médica**, Coimbra Editora: Coimbra, 1996.

Dias, Maria Berenice, **Manual de Direito das Famílias**, Livraria do Advogado Editora: Porto Alegre, 2005.

Diniz, Maria Helena, **O Estado Atual do Biodireito**, Saraiva: São Paulo, 2007.

Donizetti, Leila, **Filiação Sócioafetiva e Direito à Identidade Genética**. Lumem Júris: Rio de Janeiro, 2007.

Duarte, Tiago. **In vitro Veritas? A Procriação Medicamente Assistida na Constituição e na Lei.** Coimba: Almedina, 2003.

Estal, Gabriel Del. **Derecho a la vida e institución Familiar**. Madrid: Apostolado de la Prensa, 1979.

Fachin, Luiz Edson. **Direito de Família**. 2ª. Ed. Renovar: Rio de Janeiro, 2003.

___ **O impacto das mudanças sociais no direito de família.** Coimbra Editora: Coimbra, 2000.

Ferraz Jr., Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito.** São Paulo: Atlas, 1994.

Guimarães, Ana Paula. **Alguns Problemas Juridico-Criminais da Procriação Medicamente Assistida.** Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

Hernández, Angel Sánchez, **Técnicas de Reproducción Humana Asistida**, in Comentários a La Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, Aranzadi: Navarra, 2007.

Krell, Olga Jubert Gouveia, **Reprodução Humana Assistida e Filiação Civil**. Juruá: Curitiba, 2006.

Ishida, Valter Kenji, **Estatuto da Criança e do Adolescente**, Atlas: São Paulo, 2010.

Leite, Eduardo de Oliveira, **Bioética e Presunção de Paternidade(considerações em torno do art. 1.597 do Código Civil)**, in Grandes Temas da Atualidade – Bioética e biodireito, Forense: Rio de Janeiro, 2004.

Leite, Eduardo de Oliveira. **Direito Civil Aplicado**. Direito de Familia. São Paulo: RT, 2005.

Lôbo, Paulo Luiz Netto, **Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária,** http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4752&p=1

____ Direito Civil. **Famílias.** Saraiva: São Paulo, 2009.

Mazeud, Henri y Leon; Mazeud, Jean. **Lecciones de Derecho Civil**, Traducción Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1959.

Meroño, Encarna Serna. **Usuários de las técnicas**. Comentários a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Pamplona: Aranzadi, 2007.

Messineo, Francesco. **Manuale di Diritto Civile e Commerciale**. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1950.

Miranda, Jorge. **Manual de Direito Constitucional, Direitos Fundamentais.** Coimbra Editora: Coimbra, 1993.

Motes, Carlos Maluquer de. **Derecho de la persona y negocio juridico.** Barcelona: Bosch, 1993.

Otero, Paulo, **Lições de Introdução ao Estudo do Direito**, Pedro Ferreira Artes Gráficas: Lisboa, 1998.

____ **Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do Ser Humano**. Coimbra: Almedina, 1999.

Pádua, Amélia do Rosário Motta da. **Responsabilidade Civil na Reprodução Assistida.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

Pereira, Caio Mario da Silva, **Instituições de Direito Civil, Direito das Sucessões.** Forense: Rio de Janeiro, 2009.

____**Instituições de Direito Civil. Direito de Família.** Forense: Rio de Janeiro, 2009.

Pereira, Lafayette Rodrigues. **Direito de Família.** Campinas: Russel Editores, 2003.

Pereira, Rodrigo da Cunha. **Afeto, ética, família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

Pereira, Tânia da Silva. **Famílias Possíveis: Novos paradigmas na convivência familiar.** Del Rey: Belo Horizonte, 2004.

Pérez, Carmem Garcia. **Gestación por Sustitución.** In Comentários a la Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Aranzadi: Pamplona, 2007.

Pinheiro, Jorge Duarte, **Procriação Medicamente Assistida,** http://www.apdi.pt/APDI/DOUTRINA/procria%C3%A7%C3%A3o%20medicamente%20assistida.pdf

____ **Mãe Portadora – A Problemática da Maternidade de Substituição**. In Estudos de Direito da Bioética. Almedina: Coimbra. 2008.

Pontes de Miranda. **Tratado de direito privado**. Tomo 7. Campinas: Bookseller, 2000.

Pueche, José Enrique Bustos. **Manual sobre bienes y derechos de la personalidad**. Madri: Dykinson, 1997.

Quayle, Julieta, **Conceitos e "Pré-conceitos". A Condição da Criança na Família Monoparental.** In Psicologia e Reprodução Humana Assistida. Coordenadores Rose Massaro Melamed, Liliana Seger e Borges Jr., Edson. Santos Editora: São Paulo, 2009.

Raposo, Mario. **Procriação Assistida – Aspectos Éticos e Jurídicos. Direito a Saúde e Bioética.** Lisboa: Lex, 1991.

Raposo, Vera Lúcia, **De Mãe para Mãe,** Coimbra Editora: Coimbra, 2005.

Roxin, Claus. **A proteção da vida humana através do Direito Penal**. Conferência realizada no dia 07 de março de 2002, no encerramento do **Congresso de Direito Penal em Homenagem a Claus Roxin**, Rio de Janeiro. <http://www.mundojuridico.adv.br>.

Ruiz, Yolanda Garcia, **Reproducción Humana Asistida**. Editora Comares: Granada, 2004.

Santos, Fernando Ferreira. **Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. Fortaleza: Celso Bastos, 1999.

Santosuosso, Fernando, **La Procreazine Medicalmente Assistita**, Giuffrè: Milano, 2004

Segre, Marco; Cohen, Claudio, **Bioética**, Editora da Universidade de São Paulo: São Paulo, 1995.

Souza, Rabindranath Capelo. **O Direito Geral da Personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

Souza, Zelita da Silva; Moraes, Maria Isabel Dias Miorim de, **Ética Médica e Respeito as Crenças Religiosas**, no Simpósio de Bioética, in http://www.portalmedico.org.br/revista/bio1v6/eticmedica.htm

Spar, Débora L.. **O Négocio de Bebés**. Almedina, Tradução Benedita Bettencourt: Coimbra. 2007, p. 24.

Vasconcelos, Cristiane Beuren, **A Proteção Jurídica do Ser Humano In vitro na Era da Biotecnologia**. Atlas: São Paulo, 2006.

Venosa, Silvio Salvo, **Direito Civil. Direito de Família**. Atlas: São Paulo, 2008.

SITES PESQUISADOS

http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=3510&processo=3510

http://www.bebesymas.com

http://family-law.lawyers.com/paternity/The-Uniform-Parentage-Act-of-2002.html

http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4752&p=2

http://pt.wikipedia.org/wiki/Blast%C3%B3mero

http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/convbiologiaNOVO.html

http://www.infertilidadefeminina.com.br/

http://www.lincx.com.br/lincx/saude_a_z/

http://www.masculinainfertilidade.com.br/

ANEXO I

RESOLUÇÃO 1.358 DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

RESOLUÇÃO CFM Nº 1.358, DE 1992

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

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

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

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

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

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

RESOLVE

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

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

São Paulo-SP, 11 de novembro de 1992.

IVAN DE ARAÚJO MOURA FÉ

Presidente

HERCULES SIDNEI PIRES LIBERAL

Secretário-Geral

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

NORMAS ÉTICAS PARA A UTILIZAÇÃO DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

I - PRINCÍPIOS GERAIS

1 - As técnicas de Reprodução Assistida (RA) têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de infertilidade humana, facilitando o processo de procriação quando outras terapêuticas tenham sido ineficazes ou ineficientes para a solução da situação atual de infertilidade.

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

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

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

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

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

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

II - USUÁRIOS DAS TÉCNICAS DE RA

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

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

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

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

1 - um responsável por todos os procedimentos médicos e laboratoriais executados, que será, obrigatoriamente, um médico.

2 - um registro permanente (obtido através de informações observadas ou relatadas por fonte competente) das gestações, nascimentos e mal-formações de fetos ou recém-nascidos, provenientes das diferentes técnicas de RA aplicadas na unidade em apreço, bem como dos procedimentos laboratoriais na manipulação de gametas e pré-embriões.

3 - um registro permanente das provas diagnósticas a que é submetido o material biológico humano que será transferido aos usuários das técnicas de RA, com a finalidade precípua de evitar a transmissão de doenças.

IV - DOAÇÃO DE GAMETAS OU PRÉ-EMBRIÕES

1 - A doação nunca terá caráter lucrativa ou comercial.

2 - Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa.

3 - Obrigatoriamente será mantido o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e pré-embriões, assim como dos receptores. Em situações especiais, as informações sobre doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do doador.

4 - As clínicas, centros ou serviços que empregam a doação devem manter, de forma permanente, um registro de dados clínicos de caráter geral, características fenotípicas e uma amostra de material celular dos doadores.

5 - Na região de localização da unidade, o registro das gestações evitará que um doador tenha produzido mais que 2 (duas) gestações, de sexos diferentes, numa área de um milhão de habitantes.

6 - A escolha dos doadores é de responsabilidade da unidade. Dentro do possível deverá garantir que o doador tenha a maior semelhança fenotípica e imunológica e a máxima possibilidade de compatibilidade com a receptora.

7 - Não será permitido ao médico responsável pelas clínicas, unidades ou serviços, nem aos integrantes da equipe multidisciplinar que nelas prestam serviços, participarem como doadores nos programas de RA.

V - CRIOPRESERVAÇÃO DE GAMETAS OU PRÉ-EMBRIÕES

1 - As clínicas, centros ou serviços podem criopreservar espermatozóides, óvulos e pré-embriões.

2 - O número total de pré-embriões produzidos em laboratório será comunicado aos pacientes, para que se decida quantos pré-embriões serão transferidos a fresco, devendo o excedente ser criopreservado, não podendo ser descartado ou destruído.

3 - No momento da criopreservação, os cônjuges ou companheiros devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos pré-embriões criopreservados, em caso de divórcio, doenças graves ou de falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los.

VI - DIAGNÓSTICO E TRATAMENTO DE PRÉ-EMBRIÕES

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

1 - Toda intervenção sobre pré-embriões "in vitro", com fins diagnósticos, não poderá ter outra finalidade que a avaliação de sua viabilidade ou detecção de doenças hereditárias, sendo obrigatório o consentimento informado do casal.

2 - Toda intervenção com fins terapêuticos, sobre pré-embriões "in vitro", não terá outra finalidade que tratar uma doença ou impedir sua transmissão, com garantias reais de sucesso, sendo obrigatório o consentimento informado do casal.

3 - O tempo máximo de desenvolvimento de pré-embriões "in vitro" será de 14 dias.

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

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

1 - As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família da doadora genética, num parentesco até o segundo grau, sendo os demais casos sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina.

2 - A doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.

ANEXO II

LEI PORTUGUESA Nº. 32/2006

Lei n.º 32/2006 de 26 de Julho

Procriação medicamente assistida

A Assembleia da República decreta, nos termos da alínea c) do artigo 161.º da

Constituição, o seguinte:

CAPÍTULO I

Disposições gerais

Artigo 1.º

Objecto

A presente lei regula a utilização de técnicas de procriação medicamente assistida

(PMA).

Artigo 2.º

Âmbito

A presente lei aplica-se às seguintes técnicas de PMA:

a) Inseminação artificial;

b) Fertilização in vitro;

c) Injecção intracitoplasmática de espermatozóides;

d) Transferência de embriões, gâmetas ou zigotos;

e) Diagnóstico genético pré-implantação;

f) Outras técnicas laboratoriais de manipulação gamética ou embrionária equivalentes

ou subsidiárias.

Artigo 3.º

Dignidade e não discriminação

As técnicas de PMA devem respeitar a dignidade humana, sendo proibida a

discriminação com base no património genético ou no facto de se ter nascido em

resultado da utilização de técnicas de PMA.

Artigo 4.º

Condições de admissibilidade

1 - As técnicas de PMA são um método subsidiário, e não alternativo, de procriação.

2 - A utilização de técnicas de PMA só pode verificar-se mediante diagnóstico de

infertilidade ou ainda, sendo caso disso, para tratamento de doença grave ou do risco

de transmissão de doenças de origem genética, infecciosa ou outras.

Artigo 5.º

Centros autorizados e pessoas qualificadas

1 - As técnicas de PMA só podem ser ministradas em centros públicos ou privados

expressamente autorizados para o efeito pelo Ministro da Saúde.

2 - São definidos em diploma próprio, designadamente:

a) As qualificações exigidas às equipas médicas e ao restante pessoal de saúde;

b) O modo e os critérios de avaliação periódica da qualidade técnica;

c) As situações em que a autorização de funcionamento pode ser revogada.

Artigo 6.º

Beneficiários

1 - Só as pessoas casadas que não se encontrem separadas judicialmente de

pessoas e bens ou separadas de facto ou as que, sendo de sexo diferente, vivam em

condições análogas às dos cônjuges há pelo menos dois anos podem recorrer a

técnicas de PMA.

2 - As técnicas só podem ser utilizadas em benefício de quem tenha, pelo menos, 18

anos de idade e não se encontre interdito ou inabilitado por anomalia psíquica.

Artigo 7.º

Finalidades proibidas

1 - É proibida a clonagem reprodutiva tendo como objectivo criar seres humanos

geneticamente idênticos a outros.

2 - As técnicas de PMA não podem ser utilizadas para conseguir melhorar

determinadas características não médicas do nascituro, designadamente a escolha do

sexo.

3 - Exceptuam-se do disposto no número anterior os casos em que haja risco elevado

de doença genética ligada ao sexo, e para a qual não seja ainda possível a detecção

directa por diagnóstico pré-natal ou diagnóstico genético pré-implantação, ou quando

seja ponderosa a necessidade de obter grupo HLA (human leukocyte antigen)

compatível para efeitos de tratamento de doença grave.

4 - As técnicas de PMA não podem ser utilizadas com o objectivo de originarem

quimeras ou híbridos.

5 - É proibida a aplicação das técnicas de diagnóstico genético pré-implantação em

doenças multifactoriais onde o valor preditivo do teste genético seja muito baixo.

Artigo 8.º

Maternidade de substituição

1 - São nulos os negócios jurídicos, gratuitos ou onerosos, de maternidade de

substituição.

2 - Entende-se por «maternidade de substituição» qualquer situação em que a mulher

se disponha a suportar uma gravidez por conta de outrem e a entregar a criança após

o parto, renunciando aos poderes e deveres próprios da maternidade.

3 - A mulher que suportar uma gravidez de substituição de outrem é havida, para todos

os efeitos legais, como a mãe da criança que vier a nascer.

Artigo 9.º

Investigação com recurso a embriões

1 - É proibida a criação de embriões através da PMA com o objectivo deliberado da

sua utilização na investigação científica.

2 - É, no entanto, lícita a investigação científica em embriões com o objectivo de

prevenção, diagnóstico ou terapia de embriões, de aperfeiçoamento das técnicas de

PMA, de constituição de bancos de células estaminais para programas de

transplantação ou com quaisquer outras finalidades terapêuticas.

3 - O recurso a embriões para investigação científica só pode ser permitido desde que

seja razoável esperar que daí possa resultar benefício para a humanidade,

dependendo cada projecto científico de apreciação e decisão do Conselho Nacional de

Procriação medicamente Assistida.

4 - Para efeitos de investigação científica só podem ser utilizados:

a) Embriões criopreservados, excedentários, em relação aos quais não exista nenhum

projecto parental;

b) Embriões cujo estado não permita a transferência ou a criopreservação com fins de

procriação;

c) Embriões que sejam portadores de anomalia genética grave, no quadro do

diagnóstico genético pré-implantação;

d) Embriões obtidos sem recurso à fecundação por espermatozóide.

5 - O recurso a embriões nas condições das alíneas a) e c) do número anterior

depende da obtenção de prévio consentimento, expresso, informado e consciente dos

beneficiários aos quais se destinavam.

Artigo 10.º

Doação de espermatozóides, ovócitos e embriões

1 - Pode recorrer-se à dádiva de ovócitos, de espermatozóides ou de embriões

quando, face aos conhecimentos médico-científicos objectivamente disponíveis, não

possa obter-se gravidez através do recurso a qualquer outra técnica que utilize os

gâmetas dos beneficiários e desde que sejam asseguradas condições eficazes de

garantir a qualidade dos gâmetas.

2 - Os dadores não podem ser havidos como progenitores da criança que vai nascer.

CAPÍTULO II

Utilização de técnicas de PMA

Artigo 11.º

Decisão médica e objecção de consciência

1 - Compete ao médico responsável propor aos beneficiários a técnica de PMA que,

cientificamente, se afigure mais adequada quando outros tratamentos não tenham

sido bem sucedidos, não ofereçam perspectivas de êxito ou não se mostrem

convenientes segundo os preceitos do conhecimento médico.

2 - Nenhum profissional de saúde pode ser obrigado a superintender ou a colaborar na

realização de qualquer das técnicas de PMA se, por razões médicas ou éticas,

entender não o dever fazer.

3 - A recusa do profissional deve especificar as razões de ordem clínica ou de outra

índole que a motivam, designadamente a objecção de consciência.

Artigo 12.º

Direitos dos beneficiários

São direitos dos beneficiários:

a) Não ser submetidos a técnicas que não ofereçam razoáveis probabilidades de êxito

ou cuja utilização comporte riscos significativos para a saúde da mãe ou do filho;

b) Ser assistidos em ambiente médico idóneo que disponha de todas as condições

materiais e humanas requeridas para a correcta execução da técnica aconselhável;

c) Ser correctamente informados sobre as implicações médicas, sociais e jurídicas

prováveis dos tratamentos propostos;

d) Conhecer as razões que motivem a recusa de técnicas de PMA;

e) Ser informados das condições em que lhes seria possível recorrer à adopção e da

relevância social deste instituto.

Artigo 13.º

Deveres dos beneficiários

1 - São deveres dos beneficiários:

a) Prestar todas as informações que lhes sejam solicitadas pela equipa médica ou que

entendam ser relevantes para o correcto diagnóstico da sua situação clínica e para o

êxito da técnica a que vão submeter-se;

b) Observar rigorosamente todas as prescrições da equipa médica, quer durante a

fase do diagnóstico quer durante as diferentes etapas do processo de PMA.

2 - A fim de serem globalmente avaliados os resultados médico-sanitários e

psicossociológicos dos processos de PMA, devem os beneficiários prestar todas as

informações relacionadas com a saúde e o desenvolvimento das crianças nascidas

com recurso a estas técnicas.

Artigo 14.º

Consentimento

1 - Os beneficiários devem prestar o seu consentimento livre, esclarecido, de forma

expressa e por escrito, perante o médico responsável.

2 - Para efeitos do disposto no número anterior, devem os beneficiários ser

previamente informados, por escrito, de todos os benefícios e riscos conhecidos

resultantes da utilização das técnicas de PMA, bem como das suas implicações

éticas, sociais e jurídicas.

3 - As informações constantes do número anterior devem constar de documento, a

ser aprovado pelo Conselho Nacional de Procriação medicamente Assistida, através

do qual os beneficiários prestam o seu consentimento.

4 - O consentimento dos beneficiários é livremente revogável por qualquer deles até ao

início dos processos terapêuticos de PMA.

Artigo 15.º

Confidencialidade

1 - Todos aqueles que, por alguma forma, tomarem conhecimento do recurso a

técnicas de PMA ou da identidade de qualquer dos participantes nos respectivos

processos estão obrigados a manter sigilo sobre a identidade dos mesmos e sobre o

próprio acto da PMA.

2 - As pessoas nascidas em consequência de processos de PMA com recurso a

dádiva de gâmetas ou embriões podem, junto dos competentes serviços de saúde,

obter as informações de natureza genética que lhes digam respeito, excluindo a

identificação do dador.

3 - Sem prejuízo do disposto no número anterior, as pessoas aí referidas podem obter

informação sobre eventual existência de impedimento legal a projectado casamento,

junto do Conselho Nacional de Procriação medicamente Assistida, mantendo-se a

confidencialidade acerca da identidade do dador, excepto se este expressamente o

permitir.

4 - Sem prejuízo do disposto nos números anteriores, podem ainda ser obtidas

informações sobre a identidade do dador por razões ponderosas reconhecidas por

sentença judicial.

5 - O assento de nascimento não pode, em caso algum, conter a indicação de que a

criança nasceu da aplicação de técnicas de PMA.

Artigo 16.º

Registo e conservação de dados

1 - Aos dados pessoais relativos aos processos de PMA, respectivos beneficiários,

dadores e crianças nascidas é aplicada a legislação de protecção de dados pessoais

e de informação genética pessoal e informação de saúde.

2 - Em diploma próprio, de acordo com a especificidade dos dados relativos à PMA, é

regulamentado, nomeadamente, o período de tempo durante o qual os dados devem

ser conservados, quem poderá ter acesso a eles e com que finalidade, bem como os

casos em que poderão ser eliminadas informações constantes dos registos.

Artigo 17.º

Encargos

1 - Os centros autorizados a ministrar técnicas de PMA não podem, no cálculo da

retribuição exigível, atribuir qualquer valor ao material genético doado nem aos

embriões doados.

2 - O recurso às técnicas de PMA no âmbito do Serviço Nacional de Saúde é

suportado nas condições que vierem a ser definidas em diploma próprio, tendo em

conta o parecer do Conselho Nacional de Procriação medicamente Assistida.

Artigo 18.º

Compra ou venda de óvulos, sémen ou embriões e outro material biológico

É proibida a compra ou venda de óvulos, sémen ou embriões ou de qualquer material

biológico decorrente da aplicação de técnicas de PMA.

CAPÍTULO III

Inseminação artificial

Artigo 19.º

Inseminação com sémen de dador

1 - A inseminação com sémen de um terceiro dador só pode verificar-se quando, face

aos conhecimentos médico-científicos objectivamente disponíveis, não possa obter-se

gravidez através de inseminação com sémen do marido ou daquele que viva em união

de facto com a mulher a inseminar.

2 - O sémen do dador deve ser criopreservado.

Artigo 20.º

Determinação da paternidade

1 - Se da inseminação a que se refere o artigo anterior vier a resultar o nascimento de

um filho, é este havido como filho do marido ou daquele vivendo em união de facto

com a mulher inseminada, desde que tenha havido consentimento na inseminação,

nos termos do artigo 14.º, sem prejuízo da presunção estabelecida no artigo 1826.º do

Código Civil.

2 - Para efeitos do disposto no número anterior, e no caso de ausência do unido de

facto no acto de registo do nascimento, pode ser exibido, nesse mesmo acto,

documento comprovativo de que aquele prestou o seu consentimento nos termos do

artigo 14.º

3 - Nos casos referidos no número anterior, no registo de nascimento é também

estabelecida a paternidade de quem prestou o consentimento nos termos do artigo

14.º

4 - Não sendo exibido o documento referido no n.º 2, lavra-se registo de nascimento

apenas com a maternidade estabelecida, caso em que, com as necessárias

adaptações, se aplica o disposto nos artigos 1864.º a 1866.º do Código Civil, apenas

com vista a determinar a existência de consentimento sério, livre e esclarecido,

prestado por qualquer meio, à inseminação e consequente estabelecimento da

paternidade de quem prestou o consentimento.

5 - A presunção de paternidade estabelecida nos termos dos n.os 1 e 2 pode ser

impugnada pelo marido ou aquele que vivesse em união de facto se for provado que

não houve consentimento ou que o filho não nasceu da inseminação para que o

consentimento foi prestado.

Artigo 21.º

Exclusão da paternidade do dador de sémen

O dador de sémen não pode ser havido como pai da criança que vier a nascer, não lhe

cabendo quaisquer poderes ou deveres em relação a ela.

Artigo 22.º

Inseminação post mortem

1 - Após a morte do marido ou do homem com quem vivia em união de facto, não é

lícito à mulher ser inseminada com sémen do falecido, ainda que este haja consentido

no acto de inseminação.

2 - O sémen que, com fundado receio de futura esterilidade, seja recolhido para fins de

inseminação do cônjuge ou da mulher com quem o homem viva em união de facto é

destruído se aquele vier a falecer durante o período estabelecido para a conservação

do sémen.

3 - É, porém, lícita a transferência post mortem de embrião para permitir a realização

de um projecto parental claramente estabelecido por escrito antes do falecimento do

pai, decorrido que seja o prazo considerado ajustado à adequada ponderação da

decisão.

Artigo 23.º

Paternidade

1 - Se da violação da proibição a que se refere o artigo anterior resultar gravidez da

mulher inseminada, a criança que vier a nascer é havida como filha do falecido.

2 - Cessa o disposto no número anterior se, à data da inseminação, a mulher tiver

contraído casamento ou viver há pelo menos dois anos em união de facto com

homem que, nos termos do artigo 14.º, dê o seu consentimento a tal acto, caso em

que se aplica o disposto no n.º 3 do artigo 1839.º do Código Civil.

CAPÍTULO IV

Fertilização in vitro

Artigo 24.º

Princípio geral

1 - Na fertilização in vitro apenas deve haver lugar à criação dos embriões em número

considerado necessário para o êxito do processo, de acordo com a boa prática clínica

e os princípios do consentimento informado.

2 - O número de ovócitos a inseminar em cada processo deve ter em conta a situação

clínica do casal e a indicação geral de prevenção da gravidez múltipla.

Artigo 25.º

Destino dos embriões

1 - Os embriões que, nos termos do artigo anterior, não tiverem de ser transferidos,

devem ser criopreservados, comprometendo-se os beneficiários a utilizá-los em novo

processo de transferência embrionária no prazo máximo de três anos.

2 - Decorrido o prazo de três anos, podem os embriões ser doados a outro casal cuja

indicação médica de infertilidade o aconselhe, sendo os factos determinantes sujeitos

a registo.

3 - O destino dos embriões previsto no número anterior só pode verificar-se mediante

o consentimento dos beneficiários originários ou do que seja sobrevivo, aplicando-se,

com as necessárias adaptações, o disposto no n.º 1 do artigo 14.º

4 - Não ficam sujeitos ao disposto no n.º 1 os embriões cuja caracterização

morfológica não indique condições mínimas de viabilidade.

5 - Aos embriões que não tiverem possibilidade de ser envolvidos num projecto

parental aplica-se o disposto no artigo 9.º

Artigo 26.º

Fertilização in vitro post mortem

Se aquele que depositou o seu sémen ou ovócitos para fins de inseminação em

benefício do casal a que pertence vier a falecer, aplica-se, com as necessárias

adaptações, o que se dispõe em matéria de inseminação post mortem nos artigos 22.º

e 23.º

Artigo 27.º

Fertilização in vitro com gâmetas de dador

À fertilização in vitro com recurso a sémen ou ovócitos de dador aplica-se, com as

devidas adaptações, o disposto nos artigos 19.º a 21.º

CAPÍTULO V

Diagnóstico genético pré-implantação

Artigo 28.º

Rastreio de aneuploidias e diagnóstico genético pré-implantação

1 - O diagnóstico genético pré-implantação (DGPI) tem como objectivo a identificação

de embriões não portadores de anomalia grave, antes da sua transferência para o

útero da mulher, através do recurso a técnicas de PMA, ou para os efeitos previstos no

n.º 3 do artigo 7.º

2 - É permitida a aplicação, sob orientação de médico especialista responsável, do

rastreio genético de aneuploidias nos embriões a transferir com vista a diminuir o risco

de alterações cromossómicas e assim aumentar as possibilidades de sucesso das

técnicas de PMA.

3 - É permitida a aplicação, sob orientação de médico especialista responsável, das

técnicas de DGPI que tenham reconhecido valor científico para diagnóstico, tratamento

ou prevenção de doenças genéticas graves, como tal considerado pelo Conselho

Nacional de Procriação medicamente Assistida.

4 - Os centros de PMA que desejem aplicar técnicas de DGPI devem possuir ou

articular-se com equipa multidisciplinar que inclua especialistas em medicina da

reprodução, embriologistas, médicos geneticistas, citogeneticistas e geneticistas

moleculares.

Artigo 29.º

Aplicações

1 - O DGPI destina-se a pessoas provenientes de famílias com alterações que

causam morte precoce ou doença grave, quando exista risco elevado de transmissão

à sua descendência.

2 - As indicações médicas específicas para possível DGPI são determinadas pelas

boas práticas correntes e constam das recomendações das organizações

profissionais nacionais e internacionais da área, sendo revistas periodicamente.

CAPÍTULO VI

Conselho Nacional de Procriação medicamente Assistida

Artigo 30.º

Conselho Nacional de Procriação medicamente Assistida

1 - É criado o Conselho Nacional de Procriação medicamente Assistida, adiante

designado por CNPMA, ao qual compete, genericamente, pronunciar-se sobre as

questões éticas, sociais e legais da PMA.

2 - São atribuições do CNPMA, designadamente:

a) Actualizar a informação científica sobre a PMA e sobre as técnicas reguladas pela

presente legislação;

b) Estabelecer as condições em que devem ser autorizados os centros onde são

ministradas as técnicas de PMA, bem como os centros onde sejam preservados

gâmetas ou embriões;

c) Acompanhar a actividade dos centros referidos na alínea anterior, fiscalizando o

cumprimento da presente lei, em articulação com as entidades públicas competentes;

d) Dar parecer sobre a autorização de novos centros, bem como sobre situações de

suspensão ou revogação dessa autorização;

e) Dar parecer sobre a constituição de bancos de células estaminais, bem como

sobre o destino do material biológico resultante do encerramento destes;

f) Estabelecer orientações relacionadas com a DGPI, no âmbito dos artigos 28.º e 29.º

da presente lei;

g) Apreciar, aprovando ou rejeitando, os projectos de investigação que envolvam

embriões, nos termos do artigo 9.º;

h) Aprovar o documento através do qual os beneficiários das técnicas de PMA prestam

o seu consentimento;

i) Prestar as informações relacionadas com os dadores, nos termos e com os limites

previstos no artigo 15.º;

j) Pronunciar-se sobre a implementação das técnicas de PMA no Serviço Nacional de

Saúde;

l) Reunir as informações a que se refere o n.º 2 do artigo 13.º, efectuando o seu

tratamento científico e avaliando os resultados médico-sanitários e psicossociológicos

da prática da PMA;

m) Definir o modelo dos relatórios anuais de actividade dos centros de PMA;

n) Receber e avaliar os relatórios previstos na alínea anterior;

o) Contribuir para a divulgação das técnicas disponíveis e para o debate acerca das

suas aplicabilidades;

p) Centralizar toda a informação relevante acerca da aplicação das técnicas de PMA,

nomeadamente registo de dadores, beneficiários e crianças nascidas;

q) Deliberar caso a caso sobre a utilização das técnicas de PMA para selecção de

grupo HLA compatível para efeitos de tratamento de doença grave.

3 - O CNPMA apresenta à Assembleia da República e aos Ministérios da Saúde e da

Ciência e Tecnologia um relatório anual sobre as suas actividades e sobre as

actividades dos serviços públicos e privados, descrevendo o estado da utilização das

técnicas de PMA, formulando as recomendações que entender pertinentes,

nomeadamente sobre as alterações legislativas necessárias para adequar a prática da

PMA à evolução científica, tecnológica, cultural e social.

Artigo 31.º

Composição e mandato

1 - O CNPMA é composto por nove personalidades de reconhecido mérito que

garantam especial qualificação no domínio das questões éticas, científicas, sociais e

legais da PMA.

2 - Os membros do CNPMA são designados da seguinte forma:

a) Cinco personalidades eleitas pela Assembleia da República;

b) Quatro personalidades nomeadas pelos membros do Governo que tutelam a saúde

e a ciência.

3 - Os membros do Conselho elegem de entre si um presidente e um vice-presidente.

4 - O mandato dos membros do Conselho é de cinco anos.

5 - Cada membro do Conselho pode cumprir um ou mais mandatos.

Artigo 32.º

Funcionamento

1 - O CNPMA funciona no âmbito da Assembleia da República, que assegura os

encargos com o seu funcionamento e o apoio técnico e administrativo necessários.

2 - O Conselho estabelece em regulamento interno a disciplina do seu funcionamento,

incluindo a eventual criação e composição de uma comissão coordenadora e de

subcomissões para lidar com assuntos específicos.

3 - Os membros do CNPMA têm direito a senhas de presença, por cada reunião em

que participem, de montante a definir por despacho do Presidente da Assembleia da

República, e, bem assim, a ajudas de custo e a requisições de transporte, nos termos

da lei geral.

Artigo 33.º

Dever de colaboração

Todas as entidades públicas, sociais e privadas têm o dever de prestar a colaboração

solicitada pelo CNPMA para o exercício das suas competências.

CAPÍTULO VII

Sanções

SECÇÃO I

Responsabilidade criminal

Artigo 34.º

Centros autorizados

Quem aplicar técnicas de PMA fora dos centros autorizados é punido com pena de

prisão até 3 anos.

Artigo 35.º

Beneficiários

Quem aplicar técnicas de PMA com violação do disposto no n.º 2 do artigo 6.º é punido

com pena de prisão de 2 a 8 anos.

Artigo 36.º

Clonagem reprodutiva

1 - Quem transferir para o útero embrião obtido através da técnica de transferência de

núcleo, salvo quando essa transferência seja necessária à aplicação das técnicas de

PMA, é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos.

2 - Na mesma pena incorre quem proceder à transferência de embrião obtido através

da cisão de embriões.

Artigo 37.º

Escolha de características não médicas

Quem utilizar ou aplicar técnicas de PMA para conseguir melhorar determinadas

características não médicas do nascituro, designadamente a escolha do sexo, fora

dos casos permitidos pela presente lei, é punido com pena de prisão até 2 anos ou

com pena de multa até 240 dias.

Artigo 38.º

Criação de quimeras ou híbridos

Quem criar quimeras ou híbridos com fins de PMA é punido com pena de prisão de 1 a

5 anos.

Artigo 39.º

Maternidade de substituição

1 - Quem concretizar contratos de maternidade de substituição a título oneroso é

punido com pena de prisão até 2 anos ou pena de multa até 240 dias.

2 - Quem promover, por qualquer meio, designadamente através de convite directo ou

por interposta pessoa, ou de anúncio público, a maternidade de substituição a título

oneroso é punido com pena de prisão até 2 anos ou pena de multa até 240 dias.

Artigo 40.º

Utilização indevida de embriões

1 - Quem, através de PMA, utilizar embriões na investigação e experimentação

científicas fora dos casos permitidos na presente lei é punido com pena de prisão de 1

a 5 anos.

2 - Na mesma pena incorre quem proceder à transferência para o útero de embrião

usado na investigação e na experimentação científicas fora dos casos previstos na

presente lei.

Artigo 41.º

Intervenções e tratamentos

1 - Às intervenções e tratamentos feitos através de técnicas de PMA por médico ou

por outra pessoa legalmente autorizada com conhecimento do médico responsável

aplica-se o disposto no artigo 150.º do Código Penal.

2 - As intervenções e tratamentos no âmbito da PMA feitos sem conhecimento do

médico responsável ou por quem não esteja legalmente habilitado constituem ofensas

à integridade física, puníveis nos termos do Código Penal, de acordo com as lesões

provocadas, sem prejuízo de qualquer outra tipificação penal.

Artigo 42.º

Recolha e utilização não consentida de gâmetas

Quem recolher material genético de homem ou de mulher sem o seu consentimento e

o utilizar na PMA é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos.

Artigo 43.º

Violação do dever de sigilo ou de confidencialidade

Quem violar o disposto no artigo 15.º é punido com pena de prisão até 1 ano ou com

pena de multa até 240 dias.

SECÇÃO II

Ilícito contra-ordenacional

Artigo 44.º

Contra-ordenações

1 - Constitui contra-ordenação punível com coima de (euro) 10000 a (euro) 50000 no

caso de pessoas singulares, sendo o máximo de (euro) 500000 no caso de pessoas

colectivas:

a) A aplicação de qualquer técnica de PMA sem que, para tal, se verifiquem as

condições previstas no artigo 4.º;

b) A aplicação de qualquer técnica de PMA fora dos centros autorizados;

c) A aplicação de qualquer técnica de PMA sem que, para tal, se verifiquem os

requisitos previstos no artigo 6.º;

d) A aplicação de qualquer técnica de PMA sem que o consentimento de qualquer dos

beneficiários conste de documento que obedeça aos requisitos previstos no artigo 14.º

2 - A negligência é punível, reduzindo-se para metade os montantes máximos

previstos no número anterior.

SECÇÃO III

Sanções acessórias

Artigo 45.º

Sanções acessórias

A quem for condenado por qualquer dos crimes ou das contra-ordenações previstos

neste capítulo pode o tribunal aplicar as seguintes sanções acessórias:

a) Injunção judiciária;

b) Interdição temporária do exercício de actividade ou profissão;

c) Privação do direito a subsídios, subvenções ou incentivos outorgados por entidades

ou serviços públicos;

d) Encerramento temporário de estabelecimento;

e) Cessação da autorização de funcionamento;

f) Publicidade da decisão condenatória.

SECÇÃO IV

Direito subsidiário

Artigo 46.º

Direito subsidiário

Ao disposto no presente capítulo é aplicável, subsidiariamente, o Código Penal e o

regime geral das contra-ordenações.

CAPÍTULO VIII

Disposições finais

Artigo 47.º

Outras técnicas de PMA

À injecção intracitoplasmática de espermatozóides, à transferência de embriões,

gâmetas ou zigotos e a outras técnicas laboratoriais de manipulação gamética ou

embrionária equivalentes ou subsidiárias aplica-se, com as necessárias adaptações, o

disposto no capítulo IV.

Artigo 48.º

Regulamentação

O Governo aprova, no prazo máximo de 180 dias após a publicação da presente lei, a

respectiva regulamentação.

Aprovada em 25 de Maio de 2006.

O Presidente da Assembleia da República, Jaime Gama.

Promulgada em 11 de Julho de 2006.

Publique-se.

O Presidente da República, ANÍBAL CAVACO SILVA.

Referendada em 14 de Julho de 2006.

O Primeiro-Ministro, José Sócrates Carvalho Pinto de Sousa.

ANEXO III

LEI ESPANHOLA Nº. 14/2006

CAPÍTULO I.
DISPOSICIONES GENERALES.

Artículo 1. Objeto y ámbito de aplicación de la Ley.

1. Esta Ley tiene por objeto:

a. Regular la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida acreditadas científicamente y clínicamente indicadas.
b. Regular la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida en la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético, siempre que existan las garantías diagnósticas y terapéuticas suficientes y sean debidamente autorizadas en los términos previstos en esta Ley.
c. La regulación de los supuestos y requisitos de utilización de gametos y preembriones humanos crioconservados.

2. A los efectos de esta Ley se entiende por preembrión el embrión in vitro constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde.

3. Se prohíbe la clonación en seres humanos con fines reproductivos.

Artículo 2. Técnicas de reproducción humana asistida.

1. Las técnicas de reproducción humana asistida que, conforme a lo que se determina en el artículo 1, reúnen las condiciones de acreditación científica y clínica son las relacionadas en el anexo.

2. La aplicación de cualquier otra técnica no relacionada en el anexo requerirá la autorización de la autoridad sanitaria correspondiente, previo informe favorable de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, para su práctica provisional y tutelada como técnica experimental.

3. El Gobierno, mediante real decreto y previo informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, podrá actualizar el anexo para su adaptación a los avances científicos y técnicos y para incorporar aquellas técnicas experimentales que hayan demostrado, mediante experiencia suficiente, reunir las condiciones de acreditación científica y clínica precisas para su aplicación generalizada.

Artículo 3. Condiciones personales de la aplicación de las técnicas.

1. Las técnicas de reproducción asistida se realizarán solamente cuando haya posibilidades razonables de éxito, no supongan riesgo grave para la salud, física o psíquica, de la mujer o la posible descendencia y previa aceptación libre y consciente de su aplicación por parte de la mujer, que deberá haber sido anterior y debidamente informada de sus posibilidades de éxito, así como de sus riesgos y de las condiciones de dicha aplicación.

2. En el caso de la fecundación in vitro y técnicas afines, sólo se autoriza la transferencia de un máximo de tres preembriones en cada mujer en cada ciclo reproductivo.

3. La información y el asesoramiento sobre estas técnicas, que deberá realizarse tanto a quienes deseen recurrir a ellas como a quienes, en su caso, vayan a actuar como donantes, se extenderá a los aspectos biológicos, jurídicos y éticos de aquéllas, y deberá precisar igualmente la información relativa a las condiciones económicas del tratamiento. Incumbirá la obligación de que se proporcione dicha información en las condiciones adecuadas que faciliten su comprensión a los responsables de los equipos médicos que lleven a cabo su aplicación en los centros y servicios autorizados para su práctica.

4. La aceptación de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida por cada mujer receptora de ellas quedará reflejada en un formulario de consentimiento informado en el que se hará mención expresa de todas las condiciones concretas de cada caso en que se lleve a cabo su aplicación.

5. La mujer receptora de estas técnicas podrá pedir que se suspenda su aplicación en cualquier momento de su realización anterior a la transferencia embrionaria, y dicha petición deberá atenderse.

6. Todos los datos relativos a la utilización de estas técnicas deberán recogerse en historias clínicas individuales, que deberán ser tratadas con las debidas garantías de confidencialidad respecto de la identidad de los donantes, de los datos y condiciones de los usuarios y de las circunstancias que concurran en el origen de los hijos así nacidos. No obstante, se tratará de mantener la máxima integración posible de la documentación clínica de la persona usuaria de las técnicas.

Artículo 4. Requisitos de los centros y servicios de reproducción asistida.

1. La práctica de cualquiera de las técnicas de reproducción asistida sólo se podrá llevar a cabo en centros o servicios sanitarios debidamente autorizados para ello por la autoridad sanitaria correspondiente. Dicha autorización especificará las técnicas cuya aplicación se autoriza en cada caso.

2. La autorización de un centro o servicio sanitario para la práctica de las técnicas de reproducción asistida exigirá el cumplimiento de los requisitos y condiciones establecidos en el capítulo V de esta Ley y demás normativa vigente, en especial, la dirigida a garantizar la accesibilidad de las personas con discapacidad.

CAPÍTULO II.
PARTICIPANTES EN LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA.

Artículo 5. Donantes y contratos de donación.

1. La donación de gametos y preembriones para las finalidades autorizadas por esta Ley es un contrato gratuito, formal y confidencial concertado entre el donante y el centro autorizado.

2. La donación sólo será revocable cuando el donante precisase para sí los gametos donados, siempre que en la fecha de la revocación aquéllos estén disponibles. A la revocación procederá la devolución por el donante de los gastos de todo tipo originados al centro receptor.

3. La donación nunca tendrá carácter lucrativo o comercial. La compensación económica resarcitoria que se pueda fijar sólo podrá

compensar estrictamente las molestias físicas y los gastos de desplazamiento y laborales que se puedan derivar de la donación y no podrá suponer incentivo económico para ésta.

Cualquier actividad de publicidad o promoción por parte de centros autorizados que incentive la donación de células y tejidos humanos deberá respetar el carácter altruista de aquélla, no pudiendo, en ningún caso, alentar la donación mediante la oferta de compensaciones o beneficios económicos.

El Ministerio de Sanidad y Consumo, previo informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, fijará periódicamente las condiciones básicas que garanticen el respeto al carácter gratuito de la donación.

4. El contrato se formalizará por escrito entre los donantes y el centro autorizado. Antes de la formalización, los donantes habrán de ser informados de los fines y consecuencias del acto.

5. La donación será anónima y deberá garantizarse la confidencialidad de los datos de identidad de los donantes por los bancos de gametos, así como, en su caso, por los registros de donantes y de actividad de los centros que se constituyan.

Los hijos nacidos tienen derecho por sí o por sus representantes legales a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad. Igual derecho corresponde a las receptoras de los gametos y de los preembriones.

Sólo excepcionalmente, en circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o la salud del hijo o cuando proceda con arreglo a las Leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad de los donantes, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto. Dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará en ningún caso publicidad de la identidad de los donantes.

6. Los donantes deberán tener más de 18 años, buen estado de salud psicofísica y plena capacidad de obrar. Su estado psicofísico deberá cumplir las exigencias de un protocolo obligatorio de estudio de los donantes que incluirá sus características fenotípicas y psicológicas, así como las condiciones clínicas y determinaciones analíticas necesarias para

demostrar, según el estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica existentes en el momento de su realización, que los donantes no padecen enfermedades genéticas, hereditarias o infecciosas transmisibles a la descendencia. Estas mismas condiciones serán aplicables a las muestras de donantes procedentes de otros países; en este caso, los responsables del centro remisor correspondiente deberán acreditar el cumplimiento de todas aquellas condiciones y pruebas cuya determinación no se pueda practicar en las muestras enviadas a su recepción. En todo caso, los centros autorizados podrán rechazar la donación cuando las condiciones psicofísicas del donante no sean las adecuadas.

7. El número máximo autorizado de hijos nacidos en España que hubieran sido generados con gametos de un mismo donante no deberá ser superior a seis. A los efectos del mantenimiento efectivo de ese límite, los donantes deberán declarar en cada donación si han realizado otras previas, así como las condiciones de éstas, e indicar el momento y el centro en el que se hubieran realizado dichas donaciones.

Será responsabilidad de cada centro o servicio que utilice gametos de donantes comprobar de manera fehaciente la identidad de los donantes, así como, en su caso, las consecuencias de las donaciones anteriores realizadas en cuanto a la generación de hijos nacidos previamente. Si se acreditase que el número de éstos superaba el límite establecido, se procederá a la destrucción de las muestras procedentes de ese donante.

A partir de la entrada en funcionamiento del Registro nacional de donantes a que se refiere el artículo 21, la comprobación de dichos datos podrá hacerse mediante consulta al registro correspondiente.

8. Las disposiciones de este artículo serán de aplicación a los supuestos de donación de gametos sobrantes no utilizados en la reproducción de la propia pareja para la reproducción de personas ajenas a ella.

Artículo 6. Usuarios de las técnicas.

1. Toda mujer mayor de 18 años y con plena capacidad de obrar podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en esta Ley, siempre que haya prestado su consentimiento escrito a su utilización de manera libre, consciente y expresa.

La mujer podrá ser usuaria o receptora de las técnicas reguladas en esta Ley con independencia de su estado civil y orientación sexual.

2. Entre la información proporcionada a la mujer, de manera previa a la firma de su consentimiento, para la aplicación de estas técnicas se incluirá, en todo caso, la de los posibles riesgos, para ella misma durante el tratamiento y el embarazo y para la descendencia, que se puedan derivar de la maternidad a una edad clínicamente inadecuada.

3. Si la mujer estuviera casada, se precisará, además, el consentimiento de su marido, a menos que estuvieran separados legalmente o de hecho y así conste de manera fehaciente. El consentimiento del cónyuge, prestado antes de la utilización de las técnicas, deberá reunir idénticos requisitos de expresión libre, consciente y formal.

4. En la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, la elección del donante de semen sólo podrá realizarse por el equipo médico que aplica la técnica, que deberá preservar las condiciones de anonimato de la donación. En ningún caso podrá seleccionarse personalmente el donante a petición de la receptora. En todo caso, el equipo médico correspondiente deberá procurar garantizar la mayor similitud fenotípica e inmunológica posible de las muestras disponibles con la mujer receptora.

Artículo 7. Filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida.

1. La filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las leyes civiles, a salvo de las especificaciones establecidas en los tres siguientes artículos.

2. En ningún caso, la inscripción en el Registro Civil reflejará datos de los que se pueda inferir el carácter de la generación.

3. Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido.

Artículo 8. Determinación legal de la filiación.

1. Ni la mujer progenitora ni el marido, cuando hayan prestado su consentimiento formal, previo y expreso a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido como consecuencia de tal fecundación.

2. Se considera escrito indubitado a los efectos previstos en el artículo 49 de la Ley del Registro Civil el documento extendido ante el centro o servicio autorizado en el que se refleje el consentimiento a la fecundación con contribución de donante prestado por varón no casado con anterioridad a la utilización de las técnicas. Queda a salvo la reclamación judicial de paternidad.

3. La revelación de la identidad del donante en los supuestos en que proceda conforme al artículo 5.5 de esta Ley no implica en ningún caso determinación legal de la filiación.

Artículo 9. Premoriencia del marido.

1. No podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en esta Ley y el marido fallecido cuando el material reproductor de éste no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el marido podrá prestar su consentimiento, en el documento a que se hace referencia en el artículo 6.3, en escritura pública, en testamento o documento de instrucciones previas, para que su material reproductor pueda ser utilizado en los 12 meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer. Tal generación producirá los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial. El consentimiento para la aplicación de las técnicas en dichas circunstancias podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquéllas.

Se presume otorgado el consentimiento a que se refiere el párrafo anterior cuando el cónyuge supérstite hubiera estado sometido a un proceso de reproducción asistida ya iniciado para la transferencia de preembriones constituidos con anterioridad al fallecimiento del marido.

3. El varón no unido por vínculo matrimonial podrá hacer uso de la posibilidad prevista en el apartado anterior; dicho consentimiento servirá como título para iniciar el expediente del artículo 49 de la Ley del Registro Civil, sin perjuicio de la acción judicial de reclamación de paternidad.

Artículo 10. Gestación por sustitución.

1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.

2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.

3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.

CAPÍTULO III.
CRIOCONSERVACIÓN Y OTRAS TÉCNICAS COADYUVANTES DE LAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA.

Artículo 11. Crioconservación de gametos y preembriones.

1. El semen podrá crioconservarse en bancos de gametos autorizados durante la vida del varón de quien procede.

2. La utilización de ovocitos y tejido ovárico crioconservados requerirá previa autorización de la autoridad sanitaria correspondiente.

3. Los preembriones sobrantes de la aplicación de las técnicas de fecundación in vitro que no sean transferidos a la mujer en un ciclo reproductivo podrán ser crioconservados en los bancos autorizados para ello. La crioconservación de los ovocitos, del tejido ovárico y de los preembriones sobrantes se podrá prolongar hasta el momento en que se considere por los responsables médicos, con el dictamen favorable de especialistas independientes y ajenos al centro correspondiente, que la receptora no reúne los requisitos clínicamente adecuados para la práctica de la técnica de reproducción asistida.

4. Los diferentes destinos posibles que podrán darse a los preembriones crioconservados, así como, en los casos que proceda, al semen, ovocitos y tejido ovárico crioconservados, son:

a. Su utilización por la propia mujer o su cónyuge.
b. La donación con fines reproductivos.
c. La donación con fines de investigación.
d. El cese de su conservación sin otra utilización. En el caso de los preembriones y los ovocitos crioconservados, esta última opción sólo será aplicable una vez finalizado el plazo máximo de

conservación establecido en esta Ley sin que se haya optado por alguno de los destinos mencionados en los apartados anteriores.

5. La utilización de los preembriones o, en su caso, del semen, los ovocitos o el tejido ovárico crioconservados, para cualquiera de los fines citados, requerirá del consentimiento informado correspondiente debidamente acreditado. En el caso de los preembriones, el consentimiento deberá haber sido prestado por la mujer o, en el caso de la mujer casada con un hombre, también por el marido, con anterioridad a la generación de los preembriones.

6. El consentimiento para dar a los preembriones o gametos crioconservados cualquiera de los destinos citados podrá ser modificado en cualquier momento anterior a su aplicación.

En el caso de los preembriones, cada dos años, como mínimo, se solicitará de la mujer o de la pareja progenitora la renovación o modificación del consentimiento firmado previamente. Si durante dos renovaciones consecutivas fuera imposible obtener de la mujer o de la pareja progenitora la firma del consentimiento correspondiente, y se pudieran demostrar de manera fehaciente las actuaciones llevadas a cabo con el fin de obtener dicha renovación sin obtener la respuesta requerida, los preembriones quedarán a disposición de los centros en los que se encuentren crioconservados, que podrán destinarlos conforme a su criterio a cualquiera de los fines citados, manteniendo las exigencias de confidencialidad y anonimato establecidas y la gratuidad y ausencia de ánimo de lucro.

Con anterioridad a la prestación del consentimiento, se deberá informar a la pareja progenitora o a la mujer, en su caso, de lo previsto en los párrafos anteriores de este apartado.

7. Los centros de fecundación in vitro que procedan a la crioconservación de gametos o preembriones humanos de acuerdo con lo establecido en este artículo deberán disponer de un seguro o garantía financiera equivalente que asegure su solvencia, en los términos que se fijen reglamentariamente, para compensar económicamente a las parejas en el supuesto de que se produjera un accidente que afecte a su crioconservación, siempre que, en el caso de los preembriones crioconservados, se hayan cumplido los procedimientos y plazos de renovación del consentimiento informado correspondiente.

Artículo 12. Diagnóstico preimplantacional.

1. Los centros debidamente autorizados podrán practicar técnicas de diagnóstico preimplantacional para:

a. La detección de enfermedades hereditarias graves, de aparición precoz y no susceptibles de tratamiento curativo posnatal con arreglo a los conocimientos científicos actuales, con objeto de llevar a cabo la selección embrionaria de los preembriones no afectos para su transferencia.
b. La detección de otras alteraciones que puedan comprometer la viabilidad del preembrión.

La aplicación de las técnicas de diagnóstico preimplantacional en estos casos deberá comunicarse a la autoridad sanitaria correspondiente, que informará de ella a la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida.

2. La aplicación de técnicas de diagnóstico preimplantacional para cualquiera otra finalidad no comprendida en el apartado anterior, o cuando se pretendan practicar en combinación con la determinación de los antígenos de histocompatibilidad de los preembriones in vitro con fines terapéuticos para terceros, requerirá de la autorización expresa, caso a caso, de la autoridad sanitaria correspondiente, previo informe favorable de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, que deberá evaluar las características clínicas, terapéuticas y sociales de cada caso.

Artículo 13. Técnicas terapéuticas en el preembrión.

1. Cualquier intervención con fines terapéuticos sobre el preembrión vivo in vitro sólo podrá tener la finalidad de tratar una enfermedad o impedir su transmisión, con garantías razonables y contrastadas.

2. La terapia que se realice en preembriones in vitro sólo se autorizará si se cumplen los siguientes requisitos:

a. Que la pareja o, en su caso, la mujer sola haya sido debidamente informada sobre los procedimientos, pruebas diagnósticas, posibilidades y riesgos de la terapia propuesta y las hayan aceptado previamente.
b. Que se trate de patologías con un diagnóstico preciso, de pronóstico grave o muy grave, y que ofrezcan posibilidades razonables de mejoría o curación.

c. Que no se modifiquen los caracteres hereditarios no patológicos ni se busque la selección de los individuos o de la raza.

d. Que se realice en centros sanitarios autorizados y por equipos cualificados y dotados de los medios necesarios, conforme se determine mediante real decreto.

3. La realización de estas prácticas en cada caso requerirá de la autorización de la autoridad sanitaria correspondiente, previo informe favorable de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida.

CAPÍTULO IV.
INVESTIGACIÓN CON GAMETOS Y PREEMBRIONES HUMANOS.

Artículo 14. Utilización de gametos con fines de investigación.

1. Los gametos podrán utilizarse de manera independiente con fines de investigación.

2. Los gametos utilizados en investigación o experimentación no podrán utilizarse para su transferencia a la mujer ni para originar preembriones con fines de procreación.

Artículo 15. Utilización de preembriones con fines de investigación.

1. La investigación o experimentación con preembriones sobrantes procedentes de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida sólo se autorizará si se atiene a los siguientes requisitos:

a. Que se cuente con el consentimiento escrito de la pareja o, en su caso, de la mujer, previa explicación pormenorizada de los fines que se persiguen con la investigación y sus implicaciones. Dichos consentimientos especificarán en todo caso la renuncia de la pareja o de la mujer, en su caso, a cualquier derecho de naturaleza dispositiva, económica o patrimonial sobre los resultados que pudieran derivarse de manera directa o indirecta de las investigaciones que se lleven a cabo.

b. Que el preembrión no se haya desarrollado in vitro más allá de 14 días después de la fecundación del ovocito, descontando el tiempo en el que pueda haber estado crioconservado.

c. En el caso de los proyectos de investigación relacionados con el desarrollo y aplicación de las técnicas de reproducción asistida, que la investigación se realice en centros autorizados. En todo caso, los proyectos se llevarán a cabo por equipos científicos

cualificados, bajo control y seguimiento de las autoridades sanitarias competentes.

d. Que se realicen con base en un proyecto debidamente presentado y autorizado por las autoridades sanitarias competentes, previo informe favorable de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida si se trata de proyectos de investigación relacionados con el desarrollo y aplicación de las técnicas de reproducción asistida, o del órgano competente si se trata de otros proyectos de investigación relacionados con la obtención, desarrollo y utilización de líneas celulares de células troncales embrionarias.

e. En el caso de la cesión de preembriones a otros centros, en el proyecto mencionado en el párrafo anterior deberán especificarse las relaciones e intereses comunes de cualquier naturaleza que pudieran existir entre el equipo y centro entre los que se realiza la cesión de preembriones. En estos casos deberán también mantenerse las condiciones establecidas de confidencialidad de los datos de los progenitores y la gratuidad y ausencia de ánimo de lucro.

2. Una vez terminado el proyecto, la autoridad que concedió la autorización deberá dar traslado del resultado de la experimentación a la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida y, en su caso, al órgano competente que lo informó.

Artículo 16. Conservación y utilización de los preembriones para investigación.

1. Los preembriones crioconservados sobrantes respecto de los que exista el consentimiento de la pareja progenitora o, en su caso, la mujer para su utilización con fines de investigación se conservarán, al igual que aquellos otros para los que se haya consentido en otros destinos posibles, en los bancos de preembriones de los centros de reproducción asistida correspondientes.

2. La utilización efectiva del preembrión con fines de investigación en un proyecto concreto en el propio centro de reproducción asistida, o su traslado a otro centro en el que se vaya a utilizar en un proyecto concreto de investigación, requerirá del consentimiento expreso de la pareja o, en su caso, de la mujer responsable del preembrión para su utilización en ese proyecto, previa información pormenorizada y comprensión por los interesados de los fines de esa investigación, sus fases y plazos, la especificación de su restricción al ámbito básico o su extensión al ámbito clínico de aplicación, así como de sus consecuencias posibles. Si no se

contase con el consentimiento expreso para la utilización en un proyecto concreto de investigación, deberá recabarse en todo caso antes de su cesión a ese fin, salvo en el caso de la ausencia de renovación del consentimiento previsto en el artículo 11.6.

CAPÍTULO V.
CENTROS SANITARIOS Y EQUIPOS BIOMÉDICOS.

Artículo 17. Calificación y autorización de los centros de reproducción asistida.

Todos los centros o servicios en los que se realicen las técnicas de reproducción asistida, o sus derivaciones, así como los bancos de gametos y preembriones, tendrán la consideración de centros y servicios sanitarios. Se regirán por lo dispuesto en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, en la normativa que la desarrolla o en la de las Administraciones públicas con competencias en materia sanitaria, y precisarán para la práctica de las técnicas de reproducción asistida de la correspondiente autorización específica.

Artículo 18. Condiciones de funcionamiento de los centros y equipos.

1. Los equipos biomédicos que trabajen en estos centros o servicios sanitarios deberán estar especialmente cualificados para realizar las técnicas de reproducción asistida, sus aplicaciones complementarias o sus derivaciones científicas y contarán para ello con el equipamiento y los medios necesarios, que se determinarán mediante real decreto. Actuarán interdisciplinariamente, y el director del centro o servicio del que dependen será el responsable directo de sus actuaciones.

2. Los equipos biomédicos y la dirección de los centros o servicios en que trabajan incurrirán en las responsabilidades que legalmente correspondan si violan el secreto de la identidad de los donantes, si realizan mala práctica con las técnicas de reproducción asistida o los materiales biológicos correspondientes o si, por omitir la información o los estudios establecidos, se lesionan los intereses de donantes o usuarios o se transmiten a los descendientes enfermedades congénitas o hereditarias, evitables con aquella información y estudio previos.

3. Los equipos médicos recogerán en una historia clínica, custodiada con la debida protección y confidencialidad, todas las referencias sobre los donantes y usuarios, así como los consentimientos firmados para la realización de la donación o de las técnicas.

Los datos de las historias clínicas, excepto la identidad de los donantes, deberán ser puestos a disposición de la receptora y de su pareja, o del hijo nacido por estas técnicas o de sus representantes legales cuando llegue a su mayoría de edad, si así lo solicitan.

4. Los equipos biomédicos deberán realizar a los donantes y a las receptoras cuantos estudios estén establecidos reglamentariamente, y deberán cumplimentar igualmente los protocolos de información sobre las condiciones de los donantes o la actividad de los centros de reproducción asistida que se establezcan.

Artículo 19. Auditorías de funcionamiento.

Los centros de reproducción humana asistida se someterán con la periodicidad que establezcan las autoridades sanitarias competentes a auditorías externas que evaluarán tanto los requisitos técnicos y legales como la información transmitida a las Comunidades Autónomas a los efectos registrales correspondientes y los resultados obtenidos en su práctica clínica.

CAPÍTULO VI.
COMISIÓN NACIONAL DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA.

Artículo 20. Objeto, composición y funciones.

1. La Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida es el órgano colegiado, de carácter permanente y consultivo, dirigido a asesorar y orientar sobre la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida, a contribuir a la actualización y difusión de los conocimientos científicos y técnicos en esta materia, así como a la elaboración de criterios funcionales y estructurales de los centros y servicios donde aquéllas se realizan.

2. Formarán parte de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida representantes designados por el Gobierno de la Nación, las comunidades autónomas, las distintas sociedades científicas y por entidades, corporaciones profesionales y asociaciones y grupos de representación de consumidores y usuarios, relacionados con los distintos aspectos científicos, jurídicos y éticos de la aplicación de estas técnicas.

3. Podrán recabar el informe o asesoramiento de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida los órganos de gobierno de la

Administración General del Estado y de las comunidades autónomas, así como las comisiones homólogas que se puedan constituir en estas últimas.

Los centros y servicios sanitarios en los que se apliquen las técnicas de reproducción asistida podrán igualmente solicitar el informe de la Comisión Nacional sobre cuestiones relacionadas con dicha aplicación. En este caso, el informe deberá solicitarse a través de la autoridad sanitaria que haya autorizado la aplicación de las técnicas de reproducción asistida por el centro o servicio correspondiente.

4. Será preceptivo el informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida en los siguientes supuestos:

a. Para la autorización de una técnica de reproducción humana asistida con carácter experimental, no recogida en el anexo.
b. Para la autorización ocasional para casos concretos y no previstos en esta Ley de las técnicas de diagnóstico preimplantacional, así como en los supuestos previstos en el artículo 12.2.
c. Para la autorización de prácticas terapéuticas previstas en el artículo 13.
d. Para la autorización de los proyectos de investigación en materia de reproducción asistida.
e. En el procedimiento de elaboración de disposiciones generales que versen sobre materias previstas en esta Ley o directamente relacionadas con la reproducción asistida.
f. En cualquier otro supuesto legal o reglamentariamente previsto.

5. La Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida deberá ser informada, con una periodicidad al menos semestral, de las prácticas de diagnóstico preimplantacional que se lleven a cabo conforme a lo dispuesto en el artículo 12.1.

Igualmente, con carácter anual deberá ser informada de los datos recogidos en los Registros nacionales de donantes y de actividad de los centros a los que se refieren los artículos 21 y 22.

6. Las comisiones homólogas que se constituyan en las Comunidades Autónomas tendrán la consideración de comisiones de soporte y referencia de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida y colaborarán con ésta en el ejercicio de sus funciones.

7. Los miembros de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida deberán efectuar una declaración de actividades e intereses y se abstendrán de tomar parte en las deliberaciones y en las votaciones en que tengan un interés directo o indirecto en el asunto examinado.

CAPÍTULO VII.
REGISTROS NACIONALES DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA.

Artículo 21. Registro nacional de donantes.

1. El Registro nacional de donantes, adscrito al Ministerio de Sanidad y Consumo, es aquel registro administrativo en el que se inscribirán los donantes de gametos y preembriones con fines de reproducción humana, con las garantías precisas de confidencialidad de los datos de aquéllos.

2. Este registro, cuyos datos se basarán en los que sean proporcionados por las comunidades autónomas en lo que se refiere a su ámbito territorial correspondiente, consignará también los hijos nacidos de cada uno de los donantes, la identidad de las parejas o mujeres receptoras y la localización original de unos y otros en el momento de la donación y de su utilización.

3. El Gobierno, previo informe del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud y mediante real decreto, regulará la organización y funcionamiento del registro nacional.

Artículo 22. Registro nacional de actividad y resultados de los centros y servicios de reproducción asistida.

1. Con carácter asociado o independiente del registro anterior, el Gobierno, mediante real decreto y previo informe del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, regulará la constitución, organización y funcionamiento de un Registro de actividad de los centros y servicios de reproducción asistida.

2. El Registro de actividad de los centros y servicios de reproducción asistida deberá hacer públicos con periodicidad, al menos, anual los datos de actividad de los centros relativos al número de técnicas y procedimientos de diferente tipo para los que se encuentren autorizados, así como las tasas de éxito en términos reproductivos obtenidas por cada centro con cada técnica, y cualquier otro dato que se considere necesario

para que por los usuarios de las técnicas de reproducción asistida se pueda valorar la calidad de la atención proporcionada por cada centro.

El Registro de actividad de los centros y servicios de reproducción asistida recogerá también el número de preembriones crioconservados que se conserven, en su caso, en cada centro.

Artículo 23. Suministro de información.

Los centros en los que se practiquen técnicas de reproducción asistida están obligados a suministrar la información precisa, para su adecuado funcionamiento, a las autoridades encargadas de los registros regulados en los dos artículos anteriores.

CAPÍTULO VIII.
INFRACCIONES Y SANCIONES.

Artículo 24. Normas generales.

1. La potestad sancionadora regulada en esta Ley se ejercerá, en lo no previsto en ella, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

2. Las infracciones en materia de reproducción humana asistida serán objeto de las sanciones administrativas correspondientes, previa instrucción del oportuno expediente, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales o de otro orden que puedan concurrir.

3. Cuando, a juicio de la Administración, la infracción pudiera ser constitutiva de delito o falta, el órgano administrativo dará traslado al Ministerio Fiscal y se abstendrá de proseguir el procedimiento sancionador mientras la autoridad judicial no se haya pronunciado. La sanción penal excluirá la imposición de sanción administrativa.

De no haberse estimado la existencia de delito, la Administración continuará el expediente sancionador tomando como base los hechos que los tribunales hayan considerado probados.

Las medidas administrativas que hubieran sido adoptadas para salvaguardar el derecho a la protección de la salud y la seguridad de las

personas se mantendrán en tanto la autoridad judicial se pronuncia sobre ellas.

En ningún caso se impondrá una doble sanción por los mismos hechos y en función de los mismos intereses protegidos, si bien deberán exigirse las demás responsabilidades que se deduzcan de otros hechos o infracciones concurrentes.

4. En los procedimientos sancionadores por infracciones graves o muy graves se podrán adoptar, con arreglo a la de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sus normas de desarrollo, las medidas de carácter provisional previstas en dichas normas que se estimen necesarias para asegurar la eficacia de la resolución que definitivamente se dicte, el buen fin del procedimiento, evitar el mantenimiento de los efectos de la infracción y las exigencias de los intereses generales.

En la adopción y cumplimiento de tales medidas se respetarán, en todo caso, las garantías, normas y procedimientos previstos en el ordenamiento jurídico para proteger los derechos a la intimidad personal y familiar y a la protección de los datos personales, cuando éstos pudieran resultar afectados.

En los casos de urgencia y para la inmediata protección de los intereses implicados, las medidas provisionales previstas en este apartado podrán ser acordadas antes de la iniciación del expediente sancionador. Las medidas deberán ser confirmadas, modificadas o levantadas en el acuerdo de iniciación del procedimiento, que deberá efectuarse dentro de los 15 días siguientes a su adopción, el cual podrá ser objeto del recurso que proceda. En todo caso, dichas medidas quedarán sin efecto si no se inicia el procedimiento sancionador en dicho plazo o cuando el acuerdo de iniciación no contenga un pronunciamiento expreso acerca de aquéllas. El órgano administrativo competente para resolver el procedimiento sancionador podrá imponer multas coercitivas por importe que no exceda de 1.000 euros por cada día que transcurra sin cumplir las medidas provisionales que hubieran sido acordadas.

5. Las infracciones muy graves prescribirán a los tres años; las graves, a los dos años, y las leves, a los seis meses. Las sanciones impuestas por faltas muy graves prescribirán a los tres años; las impuestas por faltas graves, a los dos años, y las impuestas por faltas leves, al año.

Artículo 25. Responsables.

De las diferentes infracciones será responsable su autor.

Cuando el cumplimiento de las obligaciones previstas en esta Ley corresponda a varias personas conjuntamente, responderán de forma solidaria de las infracciones que se comentan y de las sanciones que se impongan.

De conformidad con lo previsto en el artículo 130.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, los directores de los centros o servicios responderán solidariamente de las infracciones cometidas por los equipos biomédicos dependientes de aquéllos.

Artículo 26. Infracciones.

1. Las infracciones en materia de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida se califican como leves, graves o muy graves.

2. Además de las previstas en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, y de las tipificadas en la legislación de las comunidades autónomas, se consideran como infracciones leves, graves y muy graves las siguientes:

a. Es infracción leve el incumplimiento de cualquier obligación o la transgresión de cualquier prohibición establecida en esta Ley, siempre que no se encuentre expresamente tipificada como infracción grave o muy grave.
b. Son infracciones graves:
    1. La vulneración por los equipos de trabajo de sus obligaciones legales en el tratamiento a los usuarios de estas técnicas.
    2. La omisión de la información o los estudios previos necesarios para evitar lesionar los intereses de donantes o usuarios o la transmisión de enfermedades congénitas o hereditarias.
    3. La omisión de datos, consentimientos y referencias exigidas por esta Ley, así como la falta de realización de la historia clínica en cada caso.
    4. La ausencia de suministro a la autoridad sanitaria correspondiente para el funcionamiento de los registros previstos en esta Ley de los datos pertenecientes a un centro determinado durante un período anual.

5. La ruptura de las condiciones de confidencialidad de los datos de los donantes establecidas en esta Ley.
6. La retribución económica de la donación de gametos y preembriones o su compensación económica en contra de lo previsto en los artículos 5.3 y 11.6.
7. La publicidad o promoción que incentive la donación de células y tejidos humanos por parte de centros autorizados mediante la oferta de compensaciones o beneficios económicos en contra de lo previsto en el artículo 5.3.
8. La generación de un número de hijos por donante superior al legalmente establecido que resulte de la falta de diligencia del centro o servicio correspondiente en la comprobación de los datos facilitados por los donantes y, en el caso de éstos, el suministro de datos falsos en la identidad o la referencia a otras donaciones previas.
9. La generación de un número de preembriones en cada ciclo reproductivo que supere el necesario, conforme a los criterios clínicos para garantizar en límites razonables el éxito reproductivo en cada caso.
10. En el caso de la fecundación in vitro y técnicas afines, la transferencia de más de tres preembriones a cada mujer en cada ciclo reproductivo.
11. La realización continuada de prácticas de estimulación ovárica que puedan resultar lesivas para la salud de las mujeres donantes sanas.
12. El incumplimiento de las normas y garantías establecidas para el traslado, importación o exportación de preembriones y gametos entre países.

c. Son infracciones muy graves:

1. Permitir el desarrollo in vitro de los preembriones más allá del límite de 14 días siguientes a la fecundación del ovocito, descontando de ese tiempo el que pudieran haber estado crioconservados.
2. La práctica de cualquier técnica no incluida en el anexo ni autorizada como técnica experimental en los términos previstos en el artículo 2.
3. La realización o práctica de técnicas de reproducción asistida en centros que no cuenten con la debida autorización.
4. La investigación con preembriones humanos con incumplimiento de los límites, condiciones y procedimientos de autorización establecidos en esta Ley.

5. La creación de preembriones con material biológico masculino de individuos diferentes para su transferencia a la mujer receptora.
6. La transferencia a la mujer receptora en un mismo acto de preembriones originados con ovocitos de distintas mujeres.
7. La producción de híbridos interespecíficos que utilicen material genético humano, salvo en los casos de los ensayos actualmente permitidos.
8. La transferencia a la mujer receptora de gametos o preembriones sin las garantías biológicas de viabilidad exigibles.
9. La práctica de técnicas de transferencia nuclear con fines reproductivos.
10. La selección del sexo o la manipulación genética con fines no terapéuticos o terapéuticos no autorizados.

Artículo 27. Sanciones.

1. Las infracciones leves serán sancionadas con multa de hasta 1.000 euros; las graves, con multa desde 1.001 euros hasta 10.000 euros, y las muy graves, desde 10.001 euros hasta un millón de euros.

En el caso de las infracciones muy graves tipificadas en el artículo 26.c.2 y 3, además de la multa pecuniaria, se podrá acordar la clausura o cierre de los centros o servicios en los que se practiquen las técnicas de reproducción humana asistida.

En el caso de la infracción grave tipificada en el artículo 26.b.5, además de la multa pecuniaria, se podrá acordar en la resolución que imponga la sanción la revocación de la autorización concedida al centro o servicio de reproducción asistida.

2. La cuantía de la sanción que se imponga, dentro de los límites indicados, se graduará teniendo en cuenta los riesgos para la salud de la madre o de los preembriones generados, la cuantía del eventual beneficio obtenido, el grado de intencionalidad, la gravedad de la alteración sanitaria o social producida, la generalización de la infracción y la reincidencia.

3. En todo caso, cuando la cuantía de la multa resulte inferior al beneficio obtenido por la comisión de la infracción, la sanción será aumentada hasta el doble del importe en que se haya beneficiado el infractor.

4. Si un mismo hecho u omisión fuera constitutivo de dos o más infracciones, tipificadas en esta u otras Leyes, se tomará en consideración únicamente aquélla que comporte la mayor sanción.

5. Las cuantías de las multas serán revisadas y actualizadas periódicamente por el Gobierno mediante real decreto.

Artículo 28. Competencia sancionadora.

Los órganos competentes de las comunidades autónomas y ciudades con Estatuto de Autonomía, en su caso, ejercerán las funciones de control e inspección, de oficio o a instancia de parte, así como la instrucción y resolución de expedientes sancionadores.

DISPOSICIÓN ADICIONAL PRIMERA. Preembriones crioconservados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley.

A partir de la entrada en vigor de esta Ley, las parejas o, en su caso, las mujeres que dispongan de preembriones crioconservados en los bancos correspondientes y que hubieran ejercido su derecho a decidir el destino de dichos preembriones mediante la firma del consentimiento informado correspondiente en los términos permitidos por la legislación anterior, podrán ampliar o modificar los términos de su opción con cualquiera de las previstas en esta Ley.

DISPOSICIÓN ADICIONAL SEGUNDA. Comisión de seguimiento y control de donación y utilización de células y tejidos humanos.

DISPOSICIÓN ADICIONAL TERCERA. Organización Nacional de Trasplantes.

1. Se modifica el organismo autónomo Centro Nacional de Trasplantes y Medicina Regenerativa, creado por la disposición adicional única de la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, por la que se modifica la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida, que pasa a denominarse Organización Nacional de Trasplantes.

2. La Organización Nacional de Trasplantes conserva la naturaleza de organismo autónomo, de acuerdo con lo previsto en los artículos 41 y siguientes de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, con personalidad jurídico-pública diferenciada y plena capacidad de obrar, adscrito al Ministerio de Sanidad y Consumo, al que corresponde su dirección

estratégica y la evaluación y control de los resultados de su actividad. En dicho organismo estarán representadas las comunidades autónomas en la forma que reglamentariamente se establezca.

3. Son fines generales de la Organización Nacional de Trasplantes, sin perjuicio de las competencias del Instituto de Salud *Carlos III* y de las atribuciones de otros órganos del Ministerio de Sanidad y Consumo y de las Comunidades Autónomas:

a. Coordinar la política general de donación y trasplantes de órganos y tejidos de aplicación en humanos en España.
b. Promover e impulsar la donación de órganos y tejidos.
c. Promover e impulsar los trasplantes de órganos, tejidos y células en España.
d. Promover la formación continuada en materia de donación y trasplantes de órganos y tejidos.
e. Desarrollar, mantener, custodiar y analizar los datos de los registros de origen, destino y seguimiento de los órganos y tejidos obtenidos con la finalidad de trasplante.
f. Asesorar al Ministerio de Sanidad y Consumo y a los departamentos de sanidad de las comunidades autónomas en materia de trasplantes de aplicación en humanos.
g. Representar al Ministerio de Sanidad y Consumo en los organismos nacionales e internacionales en materias relacionadas con los trasplantes.
h. Aquellas otras funciones que pueda asignarle el Ministerio de Sanidad y Consumo en la coordinación y gestión de los ensayos clínicos y la aplicación terapéutica de la medicina regenerativa.

4. Para la consecución de sus fines, se atribuyen a la Organización Nacional de Trasplantes las funciones que en materia de trasplantes se reconocen al Ministerio de Sanidad y Consumo por la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos, y atribuidas a la Organización Nacional de Trasplantes por el Real Decreto 2070/1999, de 30 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención y utilización clínica de órganos humanos y la coordinación territorial en materia de donación y trasplante de órganos y tejidos.

5. Las funciones y competencias en materia de investigación en terapia celular y de medicina regenerativa del organismo modificado se atribuyen al organismo autónomo Instituto de Salud *Carlos III*.

6. El personal que a la entrada en vigor de esta Ley preste servicios en el Centro Nacional de Trasplantes y Medicina Regenerativa, en el ámbito de las funciones y competencias que se atribuyen a la Organización Nacional de Trasplantes, y aquel del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria que realice funciones de soporte y coordinación de transplantes, quedará integrado en el organismo autónomo que se modifica con la misma naturaleza, régimen jurídico, situación, antigüedad, régimen retributivo y de organización que tuviera. Queda exceptuado de esta disposición el personal perteneciente a la Subdirección General de Terapia Celular y Medicina Regenerativa, que se adscribe al Instituto de Salud *Carlos III*.

7. El personal al servicio de la Organización Nacional de Trasplantes podrá ser funcionario, estatutario o laboral en los mismos términos que los establecidos para la Administración General del Estado. El personal estatutario estará sujeto a la relación funcionarial especial prevista en el artículo 1 del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, aprobado por la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, y le será de aplicación la citada Ley.

8. La Organización Nacional de Trasplantes asumirá la titularidad de los recursos, derechos, deberes y obligaciones que, en el ámbito de sus fines y competencias, fueran de la titularidad del Centro Nacional de Trasplantes y Medicina Regenerativa.

9. El Gobierno, en el plazo de seis meses, aprobará un nuevo estatuto de la Organización Nacional de Trasplantes, adaptado a esta Ley, mediante real decreto, a iniciativa del Ministro de Sanidad y Consumo y a propuesta conjunta de los Ministros de Administraciones Públicas y de Economía y Hacienda. Hasta entonces permanecerá vigente el aprobado por el Real Decreto 176/2004, de 30 de enero, en cuanto se ajuste a los fines enumerados en el apartado 3 de esta disposición y no se oponga a lo previsto en esta Ley.

DISPOSICIÓN ADICIONAL CUARTA. Banco Nacional de Líneas Celulares.

El Banco Nacional de Líneas Celulares se adscribe al Ministerio de Sanidad y Consumo, a través del Instituto de Salud *Carlos III*.

DISPOSICIÓN ADICIONAL QUINTA. Garantía de no discriminación de las personas con discapacidad.

Con arreglo a lo dispuesto en la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, las personas con discapacidad gozarán de los derechos y facultades reconocidos en esta Ley, no pudiendo ser discriminadas por razón de discapacidad en el acceso y utilización de las técnicas de reproducción humana asistida.

Asimismo, la información y el asesoramiento a que se refiere esta ley se prestarán a las personas con discapacidad en condiciones y formatos accesibles apropiados a sus necesidades.

DISPOSICIÓN DEROGATORIA ÚNICA. Derogación normativa.

A la entrada en vigor de esta Ley quedan derogadas todas las disposiciones normativas que se le opongan y, en particular, la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida, y la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, por la que se modifica la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida.

DISPOSICIÓN FINAL PRIMERA. Título competencial.

Esta Ley, que tiene carácter básico, se dicta al amparo del artículo 149.1.16 de la Constitución. Se exceptúa de lo anterior su capítulo IV, que se dicta al amparo del artículo 149.1.15 de la Constitución, y los artículos 7 a 10, que se dictan al amparo de su artículo 149.1.8.

DISPOSICIÓN FINAL SEGUNDA. Desarrollo normativo.

Se faculta al Gobierno para dictar cuantas disposiciones resulten necesarias para el desarrollo y ejecución de esta Ley.

DISPOSICIÓN FINAL TERCERA. Entrada en vigor.

La presente Ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*.

Por tanto. Mando a todos los españoles, particulares y autoridades, que guarden y hagan guardar esta Ley.

Madrid, 26 de mayo de 2006.

- Juan Carlos R. -