

REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA – reflexões iniciais

Maria Cristina Zainaghi

Membro da Asociación Iberoamericana de Derecho Del Trabajo y de la Seguridad Social; Doutoranda em Direitos Difusos e Coletivos pela PUC-SP; Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade Mackenzie; Especialista em Direito Processual Civil pela UNIP-SP; Professora das Faculdades Tibiriçá e UNINOVE.

Resumo

Trabalho desenvolvido com o objetivo de demonstrar a necessidade de, urgentemente, estabelecer normas a serem seguidas pelos profissionais que trabalham com as novas técnicas de reprodução.

Unitermos: reprodução assistida; nascituro; personalidade; legislação.

Abstract

This work was developed with the main goal to demonstrate the urgent need for creation policies that should be followed by all professionals that are involved with new techniques of reproduction.

Uniterms: assisted reproduction; newborn; personality; laws.

Neste trabalho, pretendo trazer alguns questionamentos a respeito dessa nova forma de reprodução que, vista como ficção na metade do século XX, é hoje uma realidade e tende a se tornar rotineira.

São poucos os questionamentos jurídicos apresentados sobre a matéria até o momento, mas novos certamente surgirão, pois não se passará incólume a essas novas formas de reprodução sem, ao longo do tempo, serem resolvidas as questões jurídicas que advirão da matéria. Afinal, não tardará (ao menos entre nós, pois em outros países isso já é possível) o momento em que casais homossexuais

femininos ou mulheres sozinhas, simplesmente, virão a comprar espermias para gerar os próprios filhos.

Não se pode negar que as novas tecnologias são mais céleres que os legisladores e muitas das questões não terão respaldo legal, devendo os julgadores valer-se de fontes subsidiárias do direito, da doutrina e do direito comparado. Assim, traço alguns pontos importantes que devem ser analisados e ponderados para, com o passar do tempo, buscar soluções razoáveis para os questionamentos trazidos pelas novas tecnologias.

Inquestionavelmente, o biodireito está ligado à ética. Observe-se que, a despeito de considerações contrárias, a ética¹ e a moral² não podem ser usadas de maneira sinônima, já que a ética seria bem mais complexa que a moral, abrangendo a “cientificação das normas ou regras de condutas, análises de valores, reflexões sobre fundamentos de obrigações ou de valores” (DURAND, 1997, p. 16). Para que se possa conceituar o biodireito, faz-se necessária a análise dos componentes estruturais da palavra. Assim, se o termo ‘bio’ se relaciona com vida, e se direito é a ciência que estuda as normas, pode-se concluir que o biodireito é a ciência que estuda as normas pertinentes à vida. Faticamente, não se pode deixar de considerar a relação desse estudo com a ética,³ posto que esta, em interação com aquele, terá de nortear as condições normativas que estabelecerão regras para a vida, observadas as normas de conduta e reflexões a respeito dos valores e das obrigações.

O desenvolvimento tecnológico dos últimos anos que transformou o mundo em uma aldeia globalizada trouxe avanços que as leis não acompanharam e gerou fatos inusitados, sem embasamento na doutrina ou na jurisprudência, cujos questionamentos têm provocado impasse no judiciário. Nesse contexto, cite-se o dilema protagonizado pelo filho da cantora Cássia Eller, que vivia com a mãe e sua companheira, e cuja guarda foi disputada judicialmente por esta e pelo avô materno. O problema se

¹ Termo de origem grega, representando a idéia de costumes.

² Palavra originária do latim, representando a idéia de hábito.

³ Segundo Basso (1998, p. 8): “A ética é um valor humano e abarca integralmente o panorama da atividade humana. Nenhuma outra ciência tem igual perspicácia para descobrir e hierarquizar os valores humanos” (tradução nossa).

estabeleceu em virtude de a lei não amparar qualquer questão advinda de relações homossexuais. Similarmente, o legislador, que se preocupou em normatizar os transplantes de órgãos (Lei n.º 9.434/97), que trouxe normatização para os transgênicos, terá de abordar outros temas de grande importância, como a reprodução assistida, a clonagem e o testamento vital.

Embora todos esses temas sejam de grande interesse e importância para a comunidade científica e jurídica, abordar-se-á, no presente trabalho, apenas a reprodução assistida, que pode ocorrer de duas formas: homóloga (entre o casal); heteróloga (com a participação de um doador estranho).

Primeiramente, é necessário distinguir os conceitos de embrião e nascituro, sob a óptica jurídica. O embrião é o encontro de moléculas que pode ocorrer em ambiente externo (*in vitro*), fora do corpo da mãe, enquanto nascituro é o ser concebido já no útero materno.⁴ Quanto à personalidade jurídica, é importante esclarecer que doutrinariamente existem duas correntes, embora alguns autores defendam três tipos: a nativista, a concepcionista e a mista, pois daí advirão diversas intercorrências jurídicas. No que se refere à personalidade, o direito civil brasileiro, desde 1916, adotou a teoria nativista, isto é, aquela em que a personalidade jurídica se inicia com o nascimento com vida. O Código Civil, que entrou em vigor em janeiro deste ano, manteve essa corrente, adotada por vários ordenamentos jurídicos, como o português (art. 6º Código Civil Português de 1931 e art. 66, 1, do Código Civil Português vigente), o colombiano (art. 90 do Código Civil Colombiano⁵), o Código Civil de Macau⁶ (art. 63), o japonês (arts. 1º, 2º e 3º). É importante lembrar que no Japão, apesar da lei, por uma tradição,

⁴ Escapa às possibilidades deste trabalho estabelecer distinções mais complexas das fases da vida humana em zigoto, embrião e feto. Contentamo-nos com uma definição mais sintética.

⁵ Tradução nossa: Art. 90 – “A existência legal de toda pessoa começa ao nascer, isto é, ao separar-se completamente da mãe”. Considera-se a criatura que morre no ventre materno, ou que morre antes de estar completamente separada de sua mãe, ou que não tenha sobrevivido à separação no momento seguinte, como se jamais tivesse nascido.

⁶ Art. 63. “1. Adquire-se a personalidade no momento do nascimento completo e com vida. 2. Os direitos que a lei reconhece aos nascituros dependem do seu nascimento. 3. A tutela da personalidade, desde que preenchida a condição do número anterior, abrange as lesões provocadas no feto. 4. No entanto, os genitores não são responsáveis pelas malformações causadas aos filhos ou pelas doenças a eles transmitidas, no momento da concepção, salvo quando tenham sido intencionalmente provocadas, pelas lesões produzidas posteriormente no feto”.

se “tem por nascido o ser humano que se acha no ventre materno”⁷ e que, no direito português, os doutrinadores vêm adotando a teoria concepcionista.⁸

A teoria concepcionista que respalda a personalidade desde a concepção foi, no Brasil, defendida no projeto de Código Civil de autoria de Teixeira de Freitas (1896, p.1): “Art. 1º – As pessoas considerar-se-ão como nascidas apenas as formadas no ventre materno; a Lei lhes conserva os direitos de sucessão para o tempo do nascimento”(sic). Este projeto serviu de base para o Código Civil Argentino⁹ (art. 63), bem como para o peruano (art. 1º) e o paraguaio¹⁰ (art. 28). No direito canônico, art. 96, dispõe-se que “pelo batismo o homem é incorporado à igreja de Cristo e nela constituído pessoa, com os deveres e os direitos que são próprios dos cristãos, tendo-se presente à condição deles, enquanto se encontram na comunhão eclesiástica, a não ser que se oponha uma sanção legitimamente infligida”.¹¹

Quanto à teoria mista ou da personalidade condicional, a professora Silmara Chinelato (2000, p.148), não-adepta desta teoria, afirma que nela se aceita a personalidade jurídica desde a concepção, porém condicionando-a ao nascimento com vida. Isso explicaria as contradições do direito brasileiro que não confere ao nascituro personalidade jurídica, porém lhe confere capacidade processual.¹²

Cabe, nesta parte do trabalho, trazer as discussões inerentes ao

⁷Tradução nossa da nota do Código Civil Japonês traduzido para o espanhol: “*tiene por nacido al ser humano que se halla en ventre sa mère [...]*” (sic) (DOMINGO; HAYASHI, 2000, p. 60).

⁸ “No direito português, o artigo 66º do Código Civil determina que a personalidade jurídica começa com o nascimento, mas hoje um vasto e significativo sector da doutrina inclina-se no sentido de que há vida e personalidade a partir da concepção” (BARBAS, 1998, p. 71).

⁹ “Título III - De las personas por nacer - Art.63. - Son personas por nacer las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno. Art.64.- Tiene lugar la representación de las personas por nacer, siempre que éstas hubieren de adquirir bienes por donación o herencia”.

¹⁰ “Art.28.- La persona física tiene capacidad de derecho desde su concepción para adquirir bienes por donación, herencia o legado”.

¹¹ Naquele diploma legal distingue-se, em nota, o que se considera homem: “As pessoas em geral” - e que tem um conteúdo prevalentemente jurídico. Pessoa, do ponto de vista jurídico, é todo sujeito capaz de direitos e obrigações. Personalidade é o constitutivo jurídico da pessoa. Pessoa física é o indivíduo humano. Discutem os autores de Direito Civil se, neste sentido jurídico, já se pode considerar pessoa o feto humano ainda não nascido. Devemos afirmar que se trata de uma verdadeira pessoa, embora incompleta. O feto, por possuir uma vida verdadeiramente humana, já tem direito ao respeito desta vida, embora ainda não tenha nenhum dever”.

¹² O Código de Processo Civil, prevê em seus artigos 877/878, a posse em nome do nascituro.

tema propriamente dito, para explicar a relação da reprodução assistida com o questionamento da personalidade jurídica, numa abordagem legal ou forense.

A definição do início da personalidade é condição para a regulamentação a ser aplicada na reprodução assistida (assim considerada, segundo o projeto, como a tecnologia de implantação artificial de espermatozoides ou embriões humanos no aparelho reprodutor de mulheres receptoras, com a finalidade de facilitar a procriação) que, conforme o projeto de lei, legalizará a implantação na mãe biológica ou, em outra hipótese, de 'barriga de aluguel', que a lei denominou de "doação temporária de útero". A personalidade discutida no parágrafo anterior torna-se mais importante quando o projeto de lei nº 90/1999, assevera o direito de descarte de gametas ou embriões. Já que, se a concepção for o início da personalidade, a lei estaria institucionalizando um homicídio ou, pelo menos, admitindo o aborto.

Se adotada a teoria nativista, aquele acúmulo de células não é absolutamente nada, já que, embora humano, deixaria de ser representativo das características humanas, porque apenas configuraria a pessoa após a nidação, isto é, depois de implantado o embrião no útero humano.

O legislador pátrio, até a presente data, não previu qualquer forma de regulamentação para os questionamentos advindos da reprodução assistida. Assim, em vigor, tem-se apenas a Instrução Normativa nº 1.358/92, do Conselho Federal de Medicina, que estabelece um período máximo de três anos para armazenagem do embrião congelado. Findo o período, deve-se eliminá-lo ou doá-lo para pesquisas. Há ainda um artigo no novo Código Civil que contempla a filiação advinda da reprodução assistida.¹³ Paralelamente, existe o Projeto de Lei do Senado nº 90, de 1999, inclusive conflitante com o Código Civil, que prevê o descarte do embrião na hipótese de falecimento dos cônjuges. Esse projeto está

¹³ Artigo 1597 – Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

III – havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

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

V – havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

tramitando em conjunto com o Projeto Lei da Câmara de nº 54, de 2002. Tratam também da matéria, mas apenas em questões pontuais, a Lei nº 8.974/95 e as instruções nº 8 e 9 da CTNBio. A servir de referência, entre outros, está, em Portugal, o Decreto Lei nº 319, de 1986, que admite a reprodução assistida homóloga, a fertilização *in vitro* e a fertilização intratubária com sêmen fresco. Aqui, de forma lógica, parece-me, o artigo 2.033 prevê a sucessão apenas para aqueles já concebidos à época do falecimento.¹⁴

O tema ora abordado é inquestionavelmente de extrema importância para o direito e para a sociedade e exige as seguintes reflexões:

- a) Se o embrião for congelado e, posteriormente, descartado, não estaria havendo um aborto? Não se pode esquecer que o Código Civil adota a teoria nativista, porém a própria lei apresenta contrariedade, principalmente quando no artigo 542 do Código Civil admite a doação ao nascituro.
- b) Na hipótese de segundas núpcias, o embrião concorreria nos direitos patrimoniais do falecido? E o espólio poderia impedir a inseminação?
- c) Quem tem legitimidade para determinar o descarte do embrião congelado?
- d) Na hipótese de embrião congelado, pode um dos doadores fecundá-lo, mesmo depois de eventual separação?¹⁵

14 Cabe aqui informar que, em 1/04/1984, o Tribunal de Crétel determinou que o Centro de Estudo de Conservação de Esperma restituísse à viúva o sêmen congelado do marido falecido. Essa decisão que autorizava a inseminação *pos mortem* só não teve repercussão por não ter vingado a inseminação.

15 Sobre esse caso a Corte dos Estados Unidos já se manifestou, respeitando a opinião de cada um de seus membros. Assim, em 1992, a Suprema Corte do Tennessee reconheceu ao marido divorciado o direito de exterminar os embriões que sua mulher queria preservar para futura concepção. Entretanto, em posição contrária, a Suprema Corte de Nova Iorque, em 1995, concedeu à esposa, Maureen Kass, divorciada à época havia dois anos, o direito de posse dos embriões congelados, produtos de óvulos seus fecundados por esperma do ex-marido. Nesse caso, comentava-se o direito de a genitora, posteriormente, requerer pensão alimentícia para o filho.

Referências

ALMEIDA, Silmara Chinelato. *Tutela civil do nascituro*. São Paulo: Saraiva, 2000.

BARBAS, Stela M. A Neves. *Direito ao patrimônio genético*. Coimbra: Almedina, 1998.

BASSO, Domingo M. S. *Ética*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.

BASTOS, Jacinto Rodrigues. *Código Civil Português*. 11. ed. Coimbra: Almedina, 1996.

DURAND, Guy. *La bioéthique*. Quebec: Cerf-Fides, 1997.

TEXEIRA DE FREITAS. Augusto. *Consolidação das leis civis*. 3. ed. Rio de Janeiro: H. Garner, 1896.

ROJAS, Paulo Cesar Soto. *Código civil*. Lima: Bernilla, 2003.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Novo código civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

Legislação

Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (trad.). *Código de Direito Canônico*. 2. ed. São Paulo: Loyola : 2002, p. 47.

Código Civil Argentino.

Código Civil Brasileiro.

Código Civil Colombiano. 8. ed. Bogotá: Lergis, 2002.

Código Civil Japonês, Tradução espanhola de Rafael Domingo e Nobuo Hayashi. Madri/Barcelona : Marcial Pons, 2000

Código Civil Paraguaio.

Projeto Lei da Câmara de nº 54, de 2002.

Projeto de Lei do Senado nº 90, de 1999.

