

REPRODUÇÃO ASSISTIDA: DETERMINAÇÃO DA FILIAÇÃO E ABORTAMENTO

ASSISTED REPRODUCTION: DETERMINATION OF MEMBERSHIP AND ABORTION

Silvio Dutra¹

SUMÁRIO: 1. Nota introdutória. 2. Técnicas de reprodução assistida. 3. Princípios norteadores da filiação na reprodução assistida; 3.1 Filiação e gestação de substituição. 3.2 Filiação e doação de óvulos/espermatozoides. 3.3 Filiação *post mortem*. 3.4 Aspectos relevantes relacionados à paternidade responsável e ao planejamento familiar. 4. Dever de alimentação do embrião. 5. Direito à vida. 5.1. O embrião *in vitro*: premissas para o abortamento. 6. Conclusão. Bibliografia.

RESUMO: A única norma que aborda de forma específica a questão da reprodução assistida é a Resolução nº 1.957/2010, do Conselho Federal de Medicina, ou seja, não há nenhuma lei tratando sobre o assunto, o que leva o operador do Direito (magistrados, advogados, estudantes etc.) a utilizar-se dos princípios jurídicos para a resolução dos conflitos. Isto posto, levando-se em consideração as questões relativas à determinação da filiação e o abortamento, este estudo pretende trazer algumas premissas para a definição do direito/dever de filiação do embrião originado das técnicas de reprodução assistida, bem como estabelecer alguns limites e consequências jurídicas relacionadas à reprodução assistida, especialmente sob a ótica do abortamento.

Palavras-chave: embriões; reprodução assistida; abortamento; filiação.

ABSTRACT: *The only standard that specifically addresses the issue of assisted reproduction is Resolution n. 1,957/2010 of the Federal Council of Medicine, i.e. there is no case law on the subject, which leads the operator of the law (judges, lawyers, students, etc.) to be used for general legal principles for resolving conflicts. That said, taking into account issues relating to the determination of parentage and abortion, this study aims to bring some assumptions to define the right/duty to membership of the embryo originated from assisted reproduction techniques, as well as some limits and consequences law related to assisted reproduction, especially from the perspective of abortion.*

Keywords: Embryos; assisted reproduction; abortion; Membership.

¹ Silvio Dutra. Advogado. Graduado pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. Ano de conclusão: 2002. Mestrando em Direito pela PUC-SP. Especialista em Direito Processual Civil pela PUC-SP. Endereço profissional, sito a Av. Nazaré, 1.139, 5º andar, Ipiranga, CEP: 04263-100. São Paulo/SP. Brasil. E-mail: silvio@dutraadogados.com.br. Área de concentração de pesquisa na PUC-SP: Direito Empresarial.

1. NOTA INTRODUTÓRIA

A reprodução assistida trouxe inúmeras benesses, mas, também, surgiram novas situações jurídicas que devem ser debatidas pela sociedade no âmbito ético e sociológico. Neste aspecto, recentemente, o Supremo Tribunal Federal (STF) permitiu o uso das células tronco embrionárias para fins de pesquisa, bem como também possibilitou a interrupção da gravidez de fetos anencefálicos. Destas decisões podem se extrair a maneira como o judiciário se posicionará quanto aos direitos de filiação, o aborto e o início da vida.

O tema requer atenção especial da comunidade jurídica, pois os avanços tecnológicos da reprodução assistida devem ser parametrizados pelos princípios éticos e os valores sociais preservados pela sociedade contemporânea, tais valores, no tocante à reprodução assistida, estão diretamente relacionados à dignidade da pessoa humana, o direito à vida e o direito à filiação.

A ausência de legislação específica tratando sobre o assunto também é motivo determinante para se analisar a reprodução assistida sob o prisma dos valores socialmente reconhecidos pela sociedade. Aqui, importante citar os ensinamentos de Tércio Sampaio Ferraz Junior², para quem: “Valores são símbolos de preferência para ações indeterminadamente permanentes, ou ainda fórmulas integradoras e sintéticas para a representação do sentido de consenso social”. Segue ainda dizendo o respeitável jurista:

(...) Não é qualquer conteúdo que pode constituir o relato das chamadas normas jurídicas, mas apenas os que podem ser generalizados socialmente, isto é, que manifestam núcleos significativos vigentes numa sociedade, nomeadamente por fora da ideologia prevalecente e, com base nela, dos valores, dos papéis sociais e das pessoas com ela conformes. Assim, por exemplo, na cultura ocidental de base cristã, conteúdos normativos que desrespeitem ao valor da pessoa humana serão rejeitados, como seria o caso de norma que admitisse a tortura como forma de obtenção da confissão pare efeitos de processo de julgamento.

Os princípios gerais de Direito, ou qualquer outro termo como direitos fundamentais, entre outros, independentemente de sua nomenclatura, na verdade, servem apenas para traduzirem os valores éticos de uma sociedade em um determinado momento histórico, os quais, por sua vez, são fundamentais para a resolução dos conflitos sociais. No caso da reprodução assistida, isto não poderia ser diferente; os reflexos jurídicos e sociais decorrentes da utilização desta técnica não podem ficar à margem destes valores éticos e sociais reconhecidamente aceitos pela sociedade.

Outrossim, o abortamento como conduta ilícita tipificada pelo Art. 124 e seguintes do Código Penal deve ser igualmente visto sob o enfoque das novas técnicas de reprodução. Contudo, no caso do abortamento, a análise restringe-se ao momento, de acordo com estas novas técnicas, que surge o novo ser humano protegido contra o ato de abortamento.

O objetivo despretensioso deste breve estudo está em possibilitar algumas diretrizes para a determinação da filiação e as responsabilidades oriundas do dever/direito de filiação, assim como também verificar a questão do abortamento, levando-se em consideração o direito de

² FERRAZ JÚNIOR, 2008, p. 86-87.

nascer, diante da presença de um embrião *in vitro*. Estes dois temas, determinação da filiação e abortamento, *a priori*, são os mais relevantes nas controvérsias sobre reprodução assistida. Para tanto, antes de entrar no mérito do debate é importante fazer um breve comentário sobre as técnicas de reprodução assistida, somente depois disso será possível analisar os aspectos relacionados com a filiação e o abortamento.

2. TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

A reprodução assistida é um conjunto de técnicas utilizadas por médicos especializados, que tem como principal objetivo tentar viabilizar a gestação em mulheres com dificuldades de engravidar. Atualmente, a reprodução assistida pode dividir-se em dois grandes grupos:

- Inseminação Artificial – Trata-se de uma técnica mais antiga, na qual a fecundação ocorre dentro do corpo da própria mulher. Esta técnica subdivide-se em:
 1. I.A.C.³ – Inseminação Artificial com espermatozoides do próprio cônjuge, isto é, sem doação de material sêmen de terceiros.
 2. I.A.D.⁴ – Inseminação Artificial com doador externo, onde a fecundação ocorre com o espermatozoides de terceiros.
- Fecundação *In Vitro* – Ocorre fora do corpo da mulher, propiciando a fecundação extracorpórea, por meio de técnicas avançadas que se subdividem nos seguintes procedimentos:
 1. GIFT – Técnica que consiste na transferência dos gametas masculino e feminino diretamente na tuba uterina da mulher.
 2. ZIFT – Nesta técnica, ambos os tipos de gametas são postos em *contacto in vitro*, em condições apropriadas para sua fusão. O zigoto ou zigotos resultantes são então transferidos por laparoscopia para o interior das trompas.

Além dos métodos reprodutivos supracitados e, até mesmo como consequência da técnica da fecundação *in vitro*, também deve ser mencionada a existência da figura da *maternidade de substituição* ou *gestação de substituição*, quando a mulher cede e/ou empresta o útero para a fertilização de óvulo de outra mulher. Neste método de gestação, a mulher que não consegue desenvolver a gestação do óvulo cede seu material genético, juntamente, com o material genético paterno, para que a gestação seja feita em outra mulher.

O escopo deste capítulo é trazer alguns conceitos básicos sobre as características técnicas da reprodução assistida sem, contudo, adentrar de forma pormenorizada em cada um destes

³⁻⁴ Os termos I.A.C. e I.A.D. são conhecidos respectivamente como Inseminação Artificial Homóloga e Inseminação Artificial Heteróloga. Contudo, ressalta-se a incorreção do termo, como bem asseverou a professora Maria Celeste Cordeiro Leite Santos, no livro *Imaculada concepção: nascendo In Vitro e morrendo in machina*, quando diz em referência a Miguel Angel Soto Lamadrid que: “O conceito heterólogo se refere normalmente ao que ocorre entre diversas espécies, por exemplo, o intento de hibridação entre o homem e o chimpanzé.”

conceitos, isto porque a identificação das técnicas de reprodução assistida servirão como suporte para o debate do tema sobre a determinação da filiação e o abortamento.

3. OS PRINCÍPIOS NORTEADORES DA FILIAÇÃO NA REPRODUÇÃO ASSISTIDA

Como dito anteriormente, a reprodução convencional deixou de ser a única forma conhecida para a procriação humana. Atualmente é possível que as pessoas consideradas inférteis possam ter filhos. Sem sombra de dúvida, tal fato repercute em todas as esferas do conhecimento humano (psicologia, antropologia, filosofia, entre outros); no caso do Direito, a repercussão ocorre em especial no tocante aos direitos dos embriões relacionados à filiação, à dignidade e à vida.

Nesse sentido, a filiação constitui-se na relação jurídica que reconhece o vínculo de parentesco de uma determinada pessoa (filho) em relação às outras (pai e mãe). Em que pese entendimentos diversos, ela pode dividir-se em: a) Filiação Biológica – relação de parentesco reconhecida em razão da herança genética e laços consanguíneos; b) Filiação Não Biológica – onde não há rastro genético e vínculo consanguíneo entre o filho e os pais ou, um dos pais, formando-se a relação de parentesco em razão de outros fatores não biológicos como, por exemplo, o vínculo socioafetivo e/ou jurídico fruto da adoção.

No Direito Canônico, a família e o casamento eram a base para o reconhecimento da filiação; por sua vez, a família era aquela constituída pelo matrimônio. De acordo com Arnold Wald⁵, a Igreja Católica elevou o casamento à condição de sacramento, impondo o princípio da indissolubilidade do vínculo matrimonial. Durante toda a Idade Média as famílias foram regidas pelo Direito Canônico e as uniões concebidas fora do casamento foram duramente discriminadas, sofrendo restrições jurídicas e sociais.

Os filhos nascidos fora do casamento – ilegítimos – não eram reconhecidos pela Igreja Católica, ficando sem a proteção jurídica dispensada aos filhos havidos na constância do casamento, considerados legítimos. A partir deste marco da religião, a sociedade passa a dividir a união de um homem e uma mulher de duas maneiras. Se a união fosse derivada do matrimônio, então, seria legítima. Se não fosse legalizada, seria ilegítima, sendo reprovada pela Igreja.

O Código Civil de 1916 (Lei nº 3.071) estabelecia no seu art. 337 que são filhos legítimos os concebidos na constância do casamento. Com este dispositivo, os filhos não havidos no casamento eram considerados ilegítimos. Isso mostra uma forte influência do Direito Canônico na determinação de filiação, no Código de 1916; porém, com o advento da Constituição Federal de 1988, a filiação e seus efeitos jurídicos alteraram-se significativamente com a disciplina do Parágrafo 7º, Artigo 227, que equiparou de forma plena os filhos adotivos aos filhos havidos ou não na constância do casamento, proibindo qualquer forma de discriminação.

Atualmente, a filiação é vista de modo mais amplo, a fim de atender às necessidades da sociedade contemporânea. Daí a razão pela qual os valores outrora protegidos pelo Direito Canônico, com a diferenciação de filhos legítimos e ilegítimos, já não correspondem mais à realidade social. Inclusive nota-se que se tornou corriqueiro em algumas decisões judiciais o reconhecimento da filiação socioafetiva nas conhecidas “adoções a brasileira”.

⁵ WALD, 2000, p. 9.

Enfim, a evolução histórica do direito de filiação é bastante intrigante, pois, de uma situação regida vivenciada no início do século passado - onde apenas os filhos legítimos eram reconhecidos pelo direito - passou-se a admitir outras espécies de filiação, entre elas a filiação socioafetiva, o que demonstra que os valores atualmente preservados pela sociedade são outros. O indivíduo ganhou relevância e o direito de filiação tornou-se corolário para proteção da dignidade da pessoa humana.

Nesse contexto histórico, o novo Código Civil (lei nº 10.406/2002) veio introduzir no nosso ordenamento jurídico, além das filiações difundidas anteriormente, a filiação decorrente da reprodução assistida, *in verbis*:

Art. 1.597. 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.

Em nossa concepção a filiação deve ser vista como um direito inerente da personalidade da pessoa humana, constituindo-se em direito irrenunciável e intransferível, e, sob esta ótica, deve ser vista a determinação da filiação na reprodução assistida.

A filiação, como integrante do rol dos direitos da personalidade, está no mesmo patamar do direito à honra, à imagem e ao nome e, como tal, a filiação não pode ser suprimida, sob pena de violar a integridade física e social do ser humano. Observa-se, por oportuno, ser o direito de personalidade o princípio que preserva a pessoa em sua intimidade psíquico-social. Nesse sentido, o artigo 11 do Código Civil veda qualquer tipo de limitação ao pleno exercício dos direitos de personalidade.

De acordo com Roxana Cardoso B. Borges⁶, os direitos da personalidade, cada vez mais desenvolvidos para a proteção maior do ser humano, voltam-se para a realização da dignidade da pessoa, dizendo ainda que a dignidade humana é inserida no ordenamento por meio do Art. 1º, III, da Constituição Federal. O valor da dignidade da pessoa humana torna-se, explicitamente, um princípio, uma norma de dever-ser, com caráter jurídico e vinculante, não podendo mais ser considerado apenas um valor cujo caráter seria somente axiológico.

Todo ser humano possui pai e mãe; por este motivo, todos têm o direito à *filiação como fruto do princípio da dignidade da pessoa humana*. Nesse sentido, a respeito do princípio da dignidade, escreve Rizzato Nunes⁷:

⁶ BORGES, 2007, p. 16.

⁷ NUNES, 2009, p. 47-48,52.

É ela, a dignidade, o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional posto e o último arcabouço da guarda dos direitos individuais. A isonomia serve, é verdade, para gerar equilíbrio real, porém visando concretizar o direito à dignidade. É a dignidade que dá a direção, o comando a ser considerado primeiramente pelo intérprete.

[...]

E esse fundamento funciona como princípio maior para a interpretação de todos os direitos e garantias conferidos às pessoas no Texto Constitucional.

[...]

Percebe-se, então, que o termo dignidade aponta para, pelo menos, dois aspectos análogos, mas distintos: aquele que é inerente à pessoa, pelo simples fato de ser, nascer pessoa humana; e outro dirigido à vida das pessoas, à possibilidade e ao direito que têm as pessoas de viver uma vida digna.

A ausência de filiação caracteriza violação ao princípio da dignidade da pessoa humana por agredir a intimidade social e o direito ao nome, sem contar os prejuízos resultantes deste fato social, que poderá sobremaneira trazer danos psicológicos e sociais no desenvolvimento da vida do menor. Ou seja, toda pessoa tem o direito de ter conhecimento de sua filiação. Qualquer impedimento ao pleno exercício deste direito constitui-se em ato contrário ao princípio da dignidade da pessoa humana.

A filiação, como direito à dignidade da pessoa humana, independe de qualquer condição para que a pessoa possa adquiri-la; basta nascer e estar vivo. E, aqui, toma-se como premissa o fato de que o embrião é um ser humano, isto porque, com respeito a posições contrárias, este é entendimento prevalecente dos cientistas.

Diante destas premissas, chega-se a conclusão de que, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana, o embrião *in vitro* tem direito a filiação. Tal ato não lhe pode ser suprimido, em qualquer hipótese, sob pena de violação de um dos preceitos fundamentais consagrados pela Constituição Federal. Agora, resta saber quem tem a responsabilidade pelo dever de filiação deste embrião ou, então, o direito de ter reconhecida a relação de filiação deste ou daquele embrião, como pai ou mãe.

Antes do advento das técnicas avançadas de reprodução assistida, a sociedade havia desenvolvido o princípio de que *a mater semper certa est e pater est quem nuptiae demonstrant*. Todavia, tais regras devem ser revistas, isto porque não se pode mais demonstrar com toda certeza que a mãe sempre é certa, da mesma forma que o pai nem sempre é quem as núpcias demonstram.

A questão não suscita aprofundadas reflexões, quando se está diante da inseminação artificial sem doador externo (I.A.C.), por um simples motivo: nesta espécie de reprodução assistida não há o envolvimento de gametas de terceiros, logo, por consequência lógica, não existe distinção entre a *filiação biológica* e a *filiação jurídica*, ambas coincidem, isto é, na

inseminação artificial sem doador externo ocorre apenas a utilização de métodos e tecnologias avançadas com o propósito de superar algum problema pontual no ciclo gestacional da mulher, o mesmo não se pode dizer a respeito da inseminação artificial com doador externo (I.A.D.).

Em resumo, a fecundação *in vitro* com a utilização dos óvulos e sêmen do próprio casal não gera polêmica, posto que o fato da fecundação ter ocorrido fora do corpo da mulher não descaracteriza o caráter biológico da filiação. Todavia, a questão fica um pouco mais delicada nas hipóteses de inseminação artificial e fecundação *in vitro* com material genético doado por terceiros (gametas femininos e/ou masculinos), bem como nos casos onde ocorre o empréstimo do útero materno, popularmente conhecida como “barriga de aluguel”, uma vez que nestas espécies de reprodução inexistente a filiação biológica; disto decorre o conflito de quem tem o direito/dever de filiação.

Nesse aspecto, com fulcro no princípio da “autonomia da vontade privada”, propõe-se resolver este impasse, no sentido de que os particulares têm a permissão de realizar livremente atos na vida social que acabam gerando a criação de direitos e deveres.

A autonomia privada integra o quadro das fontes do direito e outorga aos particulares o poder de estabelecer normas jurídicas. A autonomia privada é hoje, sim, princípio fundamental do Direito Privado. Para a professora Roxana Cardoso B. Borges⁸, o conceito de autonomia privada corresponde ao poder de realização de negócios jurídicos, entende-se, em geral, autonomia privada como o poder atribuído pelo ordenamento jurídico ao indivíduo para que este possa reger, com efeitos jurídicos, suas próprias relações.

A autonomia privada tem o condão de determinar a filiação jurídica, mas jamais terá qualquer influência sobre a filiação biológica. Nesse aspecto, transmutando-se para situações de reprodução assistida, isto equivale a dizer que as pessoas que deram início ao processo de reprodução assistida, por livre e espontânea vontade, são as únicas responsáveis pela filiação jurídica do embrião e/ou nascituro, inclusive, com o dever de alimentação.

Em outros termos, quando se está diante de um embrião e/ou nascituro gerado por meio das técnicas de reprodução assistida, o dever/direito de filiação não estará vinculado à filiação biológica, mas, sim, a filiação jurídica, devendo-se interpretar a filiação jurídica como sendo aquela decorrente da autonomia privada exercida pelo casal que pretendeu gerar o embrião, até mesmo porque o gameta feminino ou masculino doado não tem condição, isoladamente, de gerar o embrião ou o nascituro, se não fosse a vontade do casal que iniciou o processo de reprodução assistida.

Feitas estas considerações, torna-se fundamental analisar cada uma das possibilidades de reprodução assistida que podem gerar controvérsia na aplicação do instituto da determinação da filiação.

3.1 Filiação e Gestação de Substituição

Como dito alhures, se há algo em que não havia dúvida era a filiação materna pela presunção *manter semper certa*, contudo, a gestação de substituição veio alterar este paradigma, tendo em vista que uma mulher gesta em seu útero óvulo fertilizado de outra mulher que, por alguma razão, não consegue manter a gravidez, a presunção *mater semper certa* deve se amoldar às novas tecnologias de reprodução assistida.

⁸ BORGES, 2007.

A professora Taisa Maria Macena de Lima⁹, conclui que: “Em caso de gestação de substituição, a maternidade jurídica deve ser atribuída à doadora do óvulo, que tem a seu favor a maternidade de intenção, e não à gestante”.

Observa-se que, tanto na doutrina, quanto na jurisprudência, há vozes no sentido de atribuir a intenção como fator determinante para o reconhecimento da filiação jurídica, na gestação de substituição, em outras palavras, independentemente da existência ou não da filiação biológica, o que deve prevalecer é *a intenção daquele que deu início ao procedimento de reprodução assistida*, ou seja, a *autonomia da vontade* é determinante no reconhecimento da filiação jurídica.

Outrossim, deve-se ter em mente que a mãe de gestação não pode ser considerada como mãe biológica do nascituro, pois todas as características genéticas pertencem à doadora do óvulo. Levando-se em consideração tal fato, a mãe gestacional, além de tecnicamente não ser considerada mãe biológica, igualmente também não poderia ser considerada a “mãe jurídica”.

Dessa forma, em última instância, *ad argumentantum*, poder-se-ia dizer que entre o nascituro e mãe de substituição teria um vínculo afetivo, todavia, jamais haverá um vínculo biológico. Por este motivo, adotamos a posição de que este vínculo afetivo não seria suficiente para elidir a filiação biológica da mãe doadora do óvulo, ainda mais porque também deve ser preservado o princípio da autonomia privada da mãe que manifestou a vontade de gerar um filho no útero de outra mulher.

3.2 Filiação e Doação de Óvulos/Espermatozoides

Nas hipóteses de fecundação artificial com óvulos e/ou espermatozoides doados, a herança genética não pode ser invocada para o reconhecimento da paternidade, tendo em vista que a criança nascida deste tipo de procedimento detém a herança genética do seu doador.

A interpretação a ser feita quando há doadores de óvulos e/ou espermatozoides deve levar em consideração a vontade e a intenção como fatores preponderantes para o reconhecimento da filiação, isto é, a vontade do casal que recebeu o óvulo e/ou espermatozoides deverá prevalecer sobre a intenção do doador que sequer pretendeu gerar um embrião.

Com isso, na determinação da filiação, com doador de gameta externo, a vontade do casal é que deverá determinar o direito de filiação e todas as consequências jurídicas advindas deste ato.

De um lado, encontra-se o doador que não teve a intenção de ter filhos e, muito pelo contrário, seu ato visou apenas ajudar ao próximo, sem qualquer caráter de lucro; de outro lado, está o casal que manifestou a vontade de ter filhos por meio de técnicas avançadas de reprodução assistida. Diante disto, o princípio da autonomia da vontade determina a quem cabe o direito/dever de filiação.

⁹ Bioética, Biodireito e o novo Código Civil. Coord. Maria de Fátima Freitas de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves. Editora Del Rey. Belo Horizonte. MG.

3.3 Filiação Post Mortem

A filiação *post mortem* ocorre quando um dos cônjuges vem a falecer, deixando o seu material genético conservado, seja em decorrência de tratamento de reprodução assistida, o qual estava sendo submetido, ou então em razão de ter deixado, por livre e espontânea vontade, o material conservado.

Nesse sentido, importante mencionar o disposto no Anexo Único, item VIII, da Resolução nº 1.957/2010 do Conselho Federal de Medicina (CFM), que dispõe:

VIII – REPRODUÇÃO ASSISTIDA *POST MORTEM*

Não constitui ilícito ético a reprodução assistida *post mortem* desde que haja autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente.

Observa-se que a utilização do material criopreservado é possível desde que haja autorização por escrito do falecido, ou então alvará judicial, sendo certo ainda que, uma vez realizada a reprodução assistida *post mortem*, a filiação jurídica pertence ao de *cujos* que manifestou previamente sua intenção de se submeter aos procedimentos de reprodução assistida. Nota-se mais uma vez que, de acordo a Resolução nº 1.957/2010, do CFM, que o critério utilizado para reprodução assistida *post mortem* é o princípio da Autonomia da Vontade Privada.

3.4 Aspectos Relevantes relacionados à Paternidade Responsável e ao Planejamento Familiar

Outro fator a ser considerado para a determinação da filiação, que indiretamente não deixa de estar relacionado com a *autonomia da vontade privada*, é o princípio do *planejamento familiar* e da *paternidade responsável*, estabelecido no art. 226, § 7º, da Constituição Federal, *in verbis*:

§ 7º - 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, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Observa-se pela norma supracitada que o planejamento familiar está relacionado com a autonomia da vontade do casal em ter descendentes, no momento em que for mais conveniente para ambos.

De acordo com os ensinamentos de Maria Helena Diniz¹⁰:

Planejamento familiar é a livre decisão do casal, cabendo ao Estado tão somente propiciar meios educacionais e científicos para o exercício desse direito, não podendo haver controle público ou privado.

¹⁰ DINIZ, 2002.

A utilização do princípio da paternidade responsável e do planejamento familiar para fins de definição da filiação tem como âmbito de atuação o *aspecto jurídico* relacionado com o registro civil do nascituro, o exercício do poder familiar e, por consequência, o direito de guarda do menor, pois reitera-se novamente o direito/dever de filiação pertence àquele que *deu início ao processo de reprodução assistida*.

O doador do material genético não tem qualquer direito e/ou responsabilidade sobre o fruto a ser gerado com o material doado, tendo em vista que este material deixou de lhe pertencer. No exato momento em que o sêmen ou óvulo foi disponibilizado para terceiros, sequer pode ser imputado a ele qualquer prática de ato ilícito contra o direito do nascituro.

A determinação da filiação deve ter um ponto de partida aplicável para todas as hipóteses de reprodução assistida. Este ponto de partida inicia-se pela vontade livre e espontânea, tendo como um dos objetivos, senão o principal, o respeito ao princípio da paternidade responsável e do planejamento familiar.

Ou seja, numa interpretação extensiva e/ou analógica, os princípios da paternidade responsável e do planejamento familiar constituem-se em instrumentos auxiliares para atribuir-se a filiação jurídica para aqueles que deram início ao procedimento de reprodução assistida. Frise-se, a interpretação extensiva ora adotada serve apenas para fins de determinação da filiação jurídica, juntamente com os deveres e as responsabilidades derivadas deste fato jurídico.

No célebre e histórico julgamento da ADI nº 3.510, o ministro relator Aires Brito, afirmou o seguinte:

39. Deveras, os artigos 226 e seguintes da Constituição brasileira dispõem que o homem e a mulher, seja pelo casamento civil, seja pela união estável, são as células formadoras dessa fundamental instituição que atende pelo nome de família. Família de pronto qualificada como “base da sociedade” e merecedora da “proteção especial do Estado (*caput* do art. 226). Família ainda que se expande com a chegada dos filhos, referidos 12 vezes, ora por forma direta, ora por forma indireta, nos artigos constitucionais de nºs 226, 227 e 229. Mas que não deixa de existir quando formada apenas por um dos pais e seus descendentes (parágrafo 4º, do art. 226), situação em que passa a receber alcunha de monoparental. Sucedendo que, nesse mesmo conjunto normativo, o Magno Texto Federal passa a dispor sobre a figura do “planejamento familiar”. Mais exatamente, planejamento familiar que, “fruto de livre decisão do casal”, é “fundado nos princípios da dignidade pessoa humana e da paternidade responsável”. Donde a intersecção que:

I – Dispor sobre o tamanho de sua família e possibilidade de sustentá-la materialmente, tanto quanto de assisti-la física e amorosamente, é modalidade de decisão a ser tomada pelo casal. Mas decisão voluntária quanto responsabilmente tomada, tendo

como primeiro e explícito suporte o princípio fundamental da “dignidade da pessoa humana”

A professora Maria Helena Diniz cita, em sua obra *O Estado Atual do Biodireito*, a Conferência Mundial sobre População e Desenvolvimento convocada pela Organização das Nações Unidas (ONU) e realizada no Cairo, no Egito, em 1994, onde, pela primeira vez, houve clara formulação da ideia de direitos reprodutivos e sexuais, afirmando o seguinte:

Os direitos reprodutivos incluem certos direitos humanos que já estão reconhecidos nas leis nacionais, nos documentos internacionais sobre direitos humanos e em outros documentos pertinentes das Nações Unidas aprovados por consenso. Esses direitos firmam-se no **reconhecimento do direito básico de todos os casais e indivíduos a decidir livre e responsabilmente o número de filhos, o espaçamento dos nascimentos e o intervalo entre eles (...)**. (grifos nossos)

O estudo do planejamento familiar tem relevância no direito de família e da filiação, exatamente em decorrência da responsabilidade da paternidade que acarreta, por consequência, o direito/dever de filiação, direito ao nascituro de ter filiação e dever dos pais de proceder à filiação de forma responsável e vice-versa, atendendo aos princípios constitucionais estabelecidos no Parágrafo Sétimo do art. 226 da Constituição Federal.

Com as novas técnicas de reprodução assistida, a responsabilidade pela paternidade (no sentido mais amplo do termo – englobando pais e mães) deve ser imputada ao casal que manifesta a vontade livre e espontânea de ter filhos por meio da inseminação e/ou fecundação artificial.

4. DEVER DE ALIMENTAÇÃO

O critério utilizado para a determinação da filiação também se aplica para o dever de alimentação do embrião, pois o doador do gameta jamais teve a intenção de gerar o embrião e seu papel foi apenas doar seu material genético para terceira pessoa, a qual, por sinal, é desconhecida do doador, para que esta, sim, pudesse realizar seu sonho de ter filhos. Por tais fundamentos, o dever de alimentação do embrião é daquele que deu início ao processo de reprodução assistida, por livre e espontânea vontade; o que prevalece é o princípio da autonomia da vontade privada e o da paternidade responsável.

O material genético do doador por si só não é capaz de gerar o embrião, logo, quando realiza a doação do seu material genético, ele deixa de ter responsabilidade sobre o fruto que será gerado a partir de seu material genético por um simples motivo: sua vontade deixa de influenciar sobre a formação do embrião, passando a influenciar somente a vontade da pessoa que recebe em doação o material genético.

São as disposições dos arts. 1.694 e seguintes do Código Civil Brasileiro, que fornecem os pressupostos da obrigação alimentar, a saber:

1. existência de um vínculo de parentesco entre o alimentando e o alimentante;

2. necessidade do alimentando;
3. possibilidade econômico-financeira do alimentante.

No caso do embrião, a existência do vínculo de parentesco foi superada quando foi tratada a questão da filiação jurídica. No tocante à necessidade, não resta dúvida que o embrião tem necessidade de alimentação, seja o embrião *in vitro* – que depende das técnicas de criopreservação para manter-se vivo – ou o embrião *intra-uterino*. Por último, a possibilidade econômico-financeira do alimentante também não pode ser refutada; tendo em vista que se os pais deram início ao alto custo da reprodução assistida, logo eles não podem se eximir do dever de alimentação sob este fundamento. Isto posto, o embrião, como ser humano que é, tem o direito a alimentação, cuja responsabilidade pertence às pessoas que iniciaram o processo de reprodução assistida.

5. DIREITO À VIDA

O respeito ao direito à vida está relacionado não apenas com o direito do ser humano em não ter a sua vida subtraída por outra pessoa, como também o direito do nascituro de nascer. No caso dos embriões, quando se trata do direito à vida, está querendo dizer o direito de nascer, sem a interrupção do seu ciclo de vida por outra pessoa, interrupção esta que, no nosso ordenamento jurídico, configura o ato ilícito de abortamento.

A definição de abortamento requer o conhecimento do momento em que se inicia a vida, discussão esta bastante divergente entre os cientistas, juristas, sociólogos e outros estudiosos. Poder-se-ia definir abortamento como o ato de expelir o feto, excluindo-se, deste conceito, o embrião. De maneira inversa, também poderia ser definido como o ato de violar o exercício do direito de nascer; nessa visão, o embrião estaria incluído.

Independentemente da posição adotada acerca do início da vida, desde já deve ser descartada a responsabilidade civil e criminal dos doadores do material genético. Isto porque, se houve a doação, logo, o fruto a ser gerado do material doado não lhes pertence; por esta razão, os mesmos estariam isentos de qualquer responsabilidade criminal ou civil, salvo se houve a participação dos doadores no evento danoso.

O raciocínio adotado para a exclusão da responsabilidade do doador é o mesmo para a determinação filiação, ou seja, se não pode ser atribuído o direito à filiação ao doador, igualmente não se pode atribuir a responsabilidade criminal por atos ilícitos praticados contra o embrião, primeiro, porque o doador jamais teve a intenção de gerar o embrião, mas apenas doar os gametas; segundo, porque o doador não tem qualquer tipo de poder para influenciar o destino a ser dado ao embrião.

Por outro lado, o mesmo não se pode aplicar à mãe de substituição ou mãe gestacional, pois enquanto perdurar o período de gestação, ela será a principal pessoa responsável pelo embrião. Acrescente-se a isto o fato de que a eliminação do embrião, após ser implantado no útero, tem a participação direta da mãe gestacional no evento danoso, salvo nas hipóteses de aborto necessário (Art. 127, inc. I do CP), onde, apesar de haver a participação da mãe gestacional, por força de lei, exclui-se a sua responsabilidade.

Enfim, este breve trabalho não pretende encerrar o debate sobre o tema, mas apenas trazer novas ideias e premissas relacionadas ao embrião, à reprodução assistida e ao crime de abortamento.

5.1.0 O embrião *in vitro*: premissas sobre o abortamento

Inicialmente, no presente estudo, será adotada a definição de abortamento como sendo *o ato de interromper o sucesso ou a continuação de algo*. Este *algo* é própria vida em si.

O Supremo Tribunal Federal, na ADI nº 3510, manifestou-se sobre seu entendimento acerca do início da vida humana, quando diz:

AS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO NÃO CARACTERIZAM ABORTO. MATÉRIA ESTRANHA À PRESENTE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. (...) A lei de biossegurança não veicula autorização para extirpar do corpo feminino esse ou aquele embrião. Eliminar ou desentranhar esse ou aquele zigoto a caminho do endométrio, ou nele já fixado. Não se cuida de interromper gravidez humana, pois dela aqui não se pode cogitar. A controvérsia constitucional em exame não guarda qualquer veiculação com o problema do aborto. (...)

Vislumbra-se que, de acordo com o julgado supracitado, o STF entende que o início da vida ocorre quando o ovócito é introduzido no colo do útero feminino. Por consequência, no entendimento do Superior Tribunal Federal, a eliminação do embrião *in vitro* não caracteriza o crime de abortamento, pois, apesar de constituir-se em um ser humano, ele não teria condições de “progressão reprodutiva”.

Agora, saber ou não quando a vida ou a personalidade civil tem início é tema extremamente controvertido. Atualmente, as três principais teorias sobre a personalidade civil do nascituro, são seguintes:

- a) a **natalista**, que sustenta que a personalidade começa do nascimento com vida;
- b) a **da personalidade condicional ou concepcionista imprópria**, segundo a qual a personalidade começa com a concepção, com a condição do nascimento com vida;
- c) a **concepcionista**, que considera que o início da personalidade verifica-se com a concepção.

Para a professora Maria Helena Diniz¹¹, a saber:

O embrião, ou o nascituro, tem resguardados, normativamente, desde a concepção, os seus direitos, porque a partir dela passa a ter existência e vida orgânica e biológica própria, independente da de sua mãe. Se as normas o protegem é porque tem personalidade jurídica. Na vida intra-uterina, ou mesmo *in vitro*, tem personalidade jurídica formal, relativamente aos direitos da personalidade,

¹¹ *Ob.Cit.*, p. 113.

consagrados constitucionalmente, adquirindo personalidade material apenas se nascer com vida, ocasião em que será titular dos direitos patrimoniais...

De acordo com Maria Helena Diniz, a vida intra-uterina e o embrião *in vitro* teriam personalidade jurídica formal. Em vista desta interpretação, o embrião *in vitro* seria titular de direitos, entre os quais, cita-se: os direitos da personalidade e, porque não, o direito a nascer.

A comunidade científica e jurídica ainda não tem resposta definitiva sobre o momento em se inicia a vida, porém, salvo melhor juízo, parece que a grande maioria dos juristas e cientistas concorda que o embrião é um ser humano. Mas, essa mesma concordância não se verifica quando o assunto é o início da personalidade jurídica e o abortamento dos embriões *in vitro*.

A premissa a ser estabelecida para o estudo do embrião *in vitro* é reconhecer sua principal característica de ser único, exatamente em razão de suas características genéticas e a sua qualidade de *ser humano*; por outro lado, com a devida vênia a entendimentos contrários, consideramos que o atributo da personalidade jurídica ao embrião *in vitro* requer uma interpretação extensiva. Por este motivo, não seria conveniente utilizar como premissa o fato de o embrião *in vitro* possuir personalidade jurídica.

A professora Jussara Maira Leal de Meirelles¹² entende ser desnecessário que o embrião *in vitro* tenha personalidade jurídica, *quando diz*:

Ao subordinar a aquisição de direitos pelo embrião pré-implantatório à condição (suspensiva ou resolutiva) representada pela sua transferência ao útero seguida de nidação, faz-se depender da vontade de outrem a referida titularidade. Em outras palavras, se a condição para ser nascituro é a transferência do embrião, evidentemente que essa condição vai depender da vontade das pessoas envolvidas no projeto parental [...]

Desnecessário, portanto, caracterizar-se o embrião humano *in vitro* como sujeito de direito, titular de direito subjetivo, com a finalidade de protegê-lo. Aliás, tal caracterização consiste em árdua tarefa, à medida que a sua existência fática não corresponde à realidade que informou as codificações do período clássico.

Também é preciso ter em mente que o juízo de existência e de valor do ser humano e de sua necessária proteção não se limita ao estatuto jurídico da pessoa.

O fato do embrião *in vitro* não ter personalidade jurídica não significa dizer que ele não seja titular de direito, tão pouco que não seja um ser humano. Por exemplo: a sociedade de

¹² *Bioética, biodireito e o Código Civil de 2002* Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira, coordenadores – Belo Horizonte: Del Rey, 2004. Pág. 167 e seguintes.

fato ou em comum não tem personalidade jurídica, mas é reconhecidamente um sujeito de direitos e obrigações.

Com bem asseverou, a professora Maria Celeste Cordeiro Leite Santos¹³ em referência a José Tavares: “O sujeito nada mais é do que o ponto geométrico de confluência de diversas normas. Esse ponto pode ser uma pessoa, física ou jurídica, um patrimônio, mas também um embrião”, vindo adiante a concluir o seguinte: “As noções de pessoas física, jurídica e de sujeito são ferramentas teóricas do jurista.”

Enfim, no nosso entendimento, o fato do embrião ter ou não ter personalidade jurídica não influenciará nas questões relativas à determinação da filiação, ou ainda no abortamento, até mesmo porque, conforme supracitado, o abortamento constitui-se em ato de interromper o sucesso ou a continuação de algo.

6. CONCLUSÃO

Diante da premissa de que o embrião é um ser humano, o Estado deve conceder proteção jurídica, editando normas que impeçam a violação de seus direitos fundamentais. Daí a razão pela qual os embriões frutos da reprodução assistida têm direito à filiação, cuja responsabilidade pertence àqueles que deram início ao processo de reprodução, mesmo que o gameta feminino e/ou masculino não lhes pertença.

O ponto comum para a determinação da filiação está no princípio da autonomia privada, sob esse prisma, soluciona-se qualquer tipo de controvérsia acerca da filiação jurídica, não importando o tipo e a espécie adotada para a reprodução assistida. Diante desta posição, o casal que deu início ao processo de reprodução assistida, por meio de consentimento livre e espontâneo, tem o dever/direito de filiação.

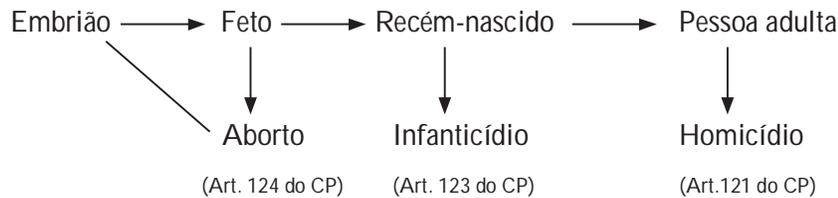
O doador dos gametas ou, então, a mãe gestacional não possui qualquer responsabilidade perante o nascituro ou embrião. A partir do momento em que cederam livremente o útero para gestação ou o material genético para a fertilização, logo, não deverá recair sobre os mesmos qualquer imputação criminal ou civil, em todos os aspectos relacionados ao direito/dever de filiação.

Na hipótese de reprodução assistida, com doadores de gametas, a filiação biológica deve manter-se no anonimato, podendo, todavia, ser revelada apenas em casos excepcionais de doenças genéticas, tornando-se este mais um fundamento para que a filiação jurídica seja a única válida para fins de determinação da filiação.

Por fim, outro aspecto relevante na determinação da filiação é o princípio da paternidade responsável e do planejamento familiar, isto porque, se o(a) doador(a) do gameta jamais teve a intenção de gerar um embrião, em função dos referidos princípios, não se pode imputar aos doadores a responsabilidade pela filiação e as demais obrigações derivadas deste fato jurídico.

De outra forma, não se pode deixar de mencionar que o ordenamento jurídico pátrio dá proteção à vida em todas as suas etapas, vindo a tipificar condutas que violem o direito à vida e o direito de nascer, vide quadro abaixo:

¹³ 1993, p. 201.



Observem que, de acordo com o quadro acima, o abortamento dependerá da corrente adotada por cada intérprete. De acordo com o STF, as pesquisas com a manipulação de células-tronco embrionárias não caracterizam abortamento, contudo, para os intérpretes que adotam a teoria concepcionista, isto é, que adotam a teoria de que a vida começa na concepção, a manipulação de células embrionárias caracterizaria abortamento.

Como conclusão sobre o tema polêmico envolvendo o início da vida e o abortamento, adota-se a posição de Jussara Maria Leal de Meireles para quem:

O valor da vida humana que informa todo o ordenamento estende-se, pelo caminho da similitude, a todos os seres humanos, sejam nascidos, ou desenvolvendo-se no útero, ou mantidos em laboratório, e o reconhecimento desse valor dita os limites jurídicos para as atividades biomédicas. A maior ou menor viabilidade e se caracterizarem uns e outros como sujeitos de direitos não implica diversificá-los na vida que representam e na dignidade que lhes é essencial. Reconhecer esse dado significa respeitar o ser humano em si mesmo, durante todo o seu desenvolvimento, e para além dele próprio, nos seus semelhantes.

O simples ato de frustrar o sucesso do desenvolvimento de um embrião constitui-se em ato que deve ser reprimido pelo Estado, mesmo diante da ausência de legislação específica regulando sobre os aspectos jurídicos relacionados ao embrião.

BIBLIOGRAFIA

- ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 9.ed. v.1. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos da Personalidade e Autonomia Privada*. 2.ed. rev. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.
- DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do Biodireito*. 2.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, denominação*. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- GARCIA, Maria. *Limites da ciência: a dignidade da pessoa humana – a ética da responsabilidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- GARRETT, Jordana Knauber. *Eutanásia: aspectos jurídicos, médicos e religiosos*. Monografia para conclusão do curso de Preparação à Magistratura da Escola de Magistratura do Paraná, 2009.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; OLIVEIRA, Bruno Torquato de (coords.) *Bioética, biodireito e o Código Civil de 2002*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. *Imaculada concepção: nascendo in vitro e morrendo in machina*. São Paulo: Acadêmica, 1993.

WALD, Arnoldo. *O novo direito de família*. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2000.