

AS CONCEPÇÕES ARTIFICIAIS E O SILÊNCIO DO NOVO CÓDIGO CIVIL

Glauber Moreno Talavera

Especialista em Direito Imobiliário pela Universidade de Sourbonne-Paris.

Especialista em Direito das Relações de Consumo e

Mestre em Direito Civil pela PUC/SP.

Professor das Faculdades Metropolitanas Unidas de São Paulo.

Parecerista em Direito de Família e Advogado em São Paulo.

RESUMO

O presente artigo é um ensaio sobre a ausência de regulamentação das concepções artificiais no novo Código Civil, que ousou inserir entre os seus dispositivos norma que trata incidentalmente dos embriões excedentários, porém que não os disciplina plenamente, restando lacunosa sobretudo a questão da criogênese e, conseqüentemente, o temário central desta problemática, que é exatamente o fato da necessidade ou não de perpetuar-se a conservação de todos os embriões concebidos extra-uterinamente.

ABSTRACT

The present article is an essay on the absence of regulation of the artificial conceptions in the new Civil Code, that dared to insert, among its articles, norm that deals with the exceed embryos, however does not fully discipline them, remaining over all obscure the question of criogênese and, consequently, the central agenda of this problematic one, that it is accurately the fact of the necessity or not to perpetuate it conservation of all the embryos extra-uterine conceived.

O poeta e dramaturgo italiano Pietro Metastásio, já no primeiro quarto do século XVIII, no Ato II da sua obra “Écio”, entrevia que: “Nega ajuda aos aflitos quem a oferece duvidosa”, afirmação que parece externar o silêncio do novo Código Civil, que, embora tenha em seu texto se referido às produções assistidas para efeito de presunção de paternidade, não desmistificou, nem mesmo de forma reflexa, questões inúmeras que advirão do fenômeno ora massivo das concepções artificiais, sobretudo se considerados os seus controversos desdobramentos com relação à paternidade.

Desde 1976, o Conselho da Europa, por meio de várias Recomendações, abordou problemas

atinentes ao Direito Médico, tais como a Recomendação n. 934, de 1982 – relativa à engenharia genética; a Recomendação n. 1.046, de 1986 – relativa à utilização de embriões e fetos humanos com os fins de diagnósticos e terapias científicas, industriais e comerciais; e a Recomendação n. 1.100, de 1985 – que versa acerca da utilização de embriões e fetos humanos na pesquisa científica.

O Reino Unido aprovou, em novembro de 1990, a Lei de Fertilização Humana e Embriologia. Esta lei regula a prática da reprodução assistida, estabelecendo algumas proibições com relação ao armazenamento e utilização de gametas e embriões. A lei britânica criou o Conselho de Fertilização Humana e Embriologia,

que concede permissões na área. É o Conselho que define o real alcance da lei.

A Alemanha também tem a Lei de Proteção aos Embriões, de dezembro de 1990. A norma alemã tipifica oito crimes e uma infração administrativa, que é conservar um embrião ou um óvulo humano sem ser médico habilitado, sendo que as penas chegam a cinco anos de prisão para os crimes mais graves, como a criação de clones humanos e sua implantação no útero de uma mulher. Proíbe, também, e pune criminalmente, a inseminação ou a implantação de um embrião em uma mulher sem o seu consentimento e veda a escolha do sexo do embrião que não esteja vinculada à prevenção de uma enfermidade muito grave.

A China, em 1994, aprovou uma lei de proteção à maternidade e à infância, mas que na realidade tem um papel de seleção da população. Lá, antes do casamento, o casal faz exames para detectar enfermidades genéticas. Se isso for constatado, não obtém licença para casar, a não ser que aceitem ser esterilizados.

No Brasil, uma Resolução do Conselho Federal de Medicina, Resolução n. 1.358/92, contém as únicas normas em vigor sobre reprodução assistida, uma vez que o novo Código Civil, consoante visão compartilhada com o jurista Carlos Fattori, silenciou totalmente sobre o tema. Ela dispõe que doadores e receptores de sêmen sejam informados sobre tudo o que diz respeito às técnicas de reprodução assistida. Exige autorização do marido ou companheiro da mulher que vai receber sêmen de outro, mas não fala do consentimento da mulher para que o marido doe sêmen. A lei diz, também, que os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa, e obriga as clínicas a manter em sigilo a identidade de ambos, mas permite que informações sobre o doador sejam dadas em casos especiais de ordem médica, resguardada a identidade civil. A norma brasileira diz que um doador não deve produzir mais de duas gestações, de sexos diferentes, numa área de um milhão de habitantes.

Em setembro de 1996, o Conselho Federal de Medicina, em parecer sobre reprodução assistida,

concluiu pela necessidade de aprofundar estudos para atualizar as normas vigentes. O parecer foi dado em consulta formulada pelo Hospital Albert Einstein, que pedia orientação sobre o que fazer com embriões congelados que não teriam mais uso. O descongelamento de embriões e sua conseqüente inutilização foram proibidos pela Resolução n. 1.358/92, mas o contrato do hospital com os casais previa a destruição dos embriões caso estes não quisessem mais preservar o material sob o efeito da crioconservação.

O parecer concluiu que, hoje, não há possibilidade de destruir esses embriões devido à proibição da Resolução, mas ressalta que o CFM precisa reestudar o assunto e, necessariamente, atualizar as regras atualmente em vigor.

A Igreja Católica no Brasil, extremamente conservadora e radical, opositora das reproduções assistidas por meio da CNBB, Conferência Nacional dos Bispos do Brasil, apresentou, em novembro de 1998, ao Ministério da Justiça, sugestão de que o novo Código Penal mantenha o aborto, a eutanásia e o adultério como crimes. A entidade, que representa a cúpula da Igreja Católica no Brasil, propôs também a criminalização da inseminação artificial, da geração de bebês de proveta e da esterilização que não tenha como causa a preservação da vida da mulher.

A Igreja, perfilhando esse mesmo radicalismo, porém de forma revés, proibiu, em abril de 1996, o casamento de um homem paraplégico. Sua deficiência física foi apontada pelo bispo de Patos de Minas, Minas Gerais, dom João Bosco Óliver de Faria, como motivo para a proibição do casamento. Em consonância com o arrazoado do bispo, pelas leis da Igreja Católica impotentes não podem casar no religioso. O comunicado oficial da Igreja dizia que:

“Autorizar um casamento nessas circunstâncias seria brincar com o sagrado, pois cada deficiência impõe às pessoas limites dolorosos na vida em sociedade. A igreja não pode buscar o sucesso. Jesus morreu na cruz, foi o maior fracassado. No cânone 1.084 do Código de Direito Canônico está escrito que a impotência ‘*coeundi*’ antecedente e perpétua,

absoluta ou relativa, por parte do homem ou da mulher, invalida o matrimônio por sua própria natureza. Autorizar um casamento nessas circunstâncias seria autorizar um ato nulo e enganar os noivos. Seria fazer teatro com aquilo que é santo, no campo da fé. Em suma, é necessária a dimensão corpórea, não apenas a espiritual”.

Não obstante as posições extremadas da Igreja, tanto num quanto noutro sentido, há, entretanto, várias questões que, em verdade, juridicamente, são nebulosas ou insolúveis, ao menos momentaneamente e, sobretudo, se considerada a negligência do novo Código Civil. Por exemplo, o filho gerado por inseminação artificial tem o direito de saber quem é o seu pai biológico? Poderá ele reivindicar nome de família, pensão alimentícia e herança?

Hoje, a resposta é positiva. Pela legislação vigente, todo cidadão tem o direito de saber quem é o seu pai. É um direito da personalidade e, portanto, um direito inalienável, conforme o art. 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente, e, ademais, porque amparado pelo princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, enaltecido pelo art. 1º, III, contido na tábua axiológica da Constituição Federal.

Embora o Conselho Federal de Medicina, único órgão a regulamentar a reprodução assistida no Brasil, obrigue a que se mantenha em sigilo a identidade dos doadores e receptores de sêmen, nada impede que o filho de um doador investigue e descubra quem é seu genitor, pois o sigilo não pode prevalecer em face do filho, uma vez que o direito de parentesco é maior que o de sigilo.

A garantia do anonimato não deve prevalecer, porém, nesses casos, embora o novo Código omita, o importante é que a lei exonere o doador da responsabilidade decorrente dos laços de parentesco. O pai biológico precisa, insofismavelmente, estar registrado em algum lugar para que haja a efetiva possibilidade de evitar-se casamentos consanguíneos, que podem trazer complicações genéticas para os descendentes. Tanto é que o Código Civil de Beviláqua, no art. 183, I e IV, estabelece proibitivo explícito a esse tipo de casamento, sob pena de nulidade,

proibitivo que fora mantido pelo art. 1.521, I e IV, do novo Código Civil.

Na adoção, por exemplo, o cartório anota a verdadeira filiação do adotado e, embora essa anotação seja sigilosa, ela é feita para fins de impedimento matrimonial.

A redação aprovada pelo Senado, repetindo o ultrapassado Código de 1916, põe a salvo os direitos do nascituro, “desde a concepção”, conforme dispõe o art. 2º do novo Código Civil. Esclarecemos que a problemática aventada não diz respeito à punição do aborto, matéria tratada noutro âmbito normativo. O problema concentra-se na proteção dos nascituros que não são concebidos por meio da cópula tradicional, único meio de reprodução humana conhecido quando o ilustrado Clóvis Beviláqua redigiu o Código vigente.

Entretanto, ocorre que, neste final de século, a vida do ser humano não mais se inicia apenas pelo contato do espermatozóide com o óvulo no útero da mulher, tal qual outrora.

De fato, o novo Código Civil – Lei n. 10.406/2002, reconhece a inseminação artificial em três dos cinco incisos do seu art. 1.597, mas essa formulação, em si, conforme atentam os professores Wilame Carvalho e Rodolfo Machado Neto, não oferece resposta para indagações mais complexas, atinentes aos “direitos do nascituro, desde a concepção”, quando o embrião humano é gerado em proveta ou por meio de outro qualquer método extra-uterino.

Como se definiria a filiação quando, mediante encomenda, óvulos são retirados de uma mulher anônima, fertilizados em laboratório com espermatozóide de um doador também anônimo e implantados em uma barriga de aluguel para “venda” a um casal infértil, desejoso de ter filhos? Como se resguardaria a esse embrião o direito de conhecer sua ascendência genética? Quem teria a guarda do nascituro? De quem se exigiria pensão? Teria havido adoção se, antes do parto, o casal se separasse? Como se definiria a sucessão hereditária? Onde estaria, no caso, o impedimento de relações incestuosas, e quais as cautelas legais para que elas não venham a ocorrer?

E o que dizer dos direitos de embriões congelados, sem laços com os doadores de óvulos e espermatozoides que lhes deram origem? Fazem jus à inseminação em mulheres que não as fornecedoras dos gametas femininos de que surgem? Podem ser comprados?

É lícita a seleção eugênica do nascituro, como se o feto não passasse de uma mercadoria de catálogo, com o sexo e as cores da pele, dos olhos e dos cabelos podendo ser previamente escolhidos, como já ocorre há algum tempo em muitas clínicas? A ordem jurídica lhes resguardaria o direito à evolução em incubadeiras, sem certeza de maternidade e paternidade adotivas? Devem ser destruídos se forem rejeitados para uma inseminação artificial específica?

Os problemas não param por aí. Vale lembrar que, por clonagem, processo em que há surgimento de um novo ser sem fusão de espermatozoide e óvulo, também se chega à concepção de um novo embrião humano. E agora, Dr. Albieri?

Ainda que a clonagem venha a ser criminalizada, haja vista os indesejáveis efeitos morais, legais, éticos e ambientais da multiplicação de seres preexistentes, a proibição em si não tem o condão de impedir que ela ocorra, assim como o Código Penal não impede o homicídio.

E, uma vez formado um feto por clonagem, quais seriam os seus direitos de nascituro, se já foi concebido? Como se definiriam suas relações de parentesco?

Quer-nos parecer que esses questionamentos, sem uma resposta presentemente satisfatória, causam perplexidades que se imiscuem até o âmago de nossa alma, estudiosos do fenômeno jurídico, que, até o presente, só podemos tratar desses temas “*de lege ferenda*”, haja vista o descaso do novo Código Civil. Talvez esse descaso seja produto do que Jung costumava chamar de “*misoneísmo*”, ou seja, o medo e a insegurança diante de tudo o que é novo e desconhecido.

Ainda assim, o pavor trazido pelo até então desconhecido não pode legitimar a contumácia legislativa e, dessa forma, essas temáticas progressistas haverão de ser tratadas, pois como preconiza o professor Rui Geraldo Camargo Viana, em sua Tese para o Concurso ao cargo de Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo:

“(…) nessa surpreendente e infundável caminhada do direito, já se aventa a possibilidade da gravidez masculina (mediante colagem de óvulo fecundado no fígado), o que estará a reclamar mais um passo do legislador na contemplação dessa nova modalidade de família unilateral”.

Nesses termos, a celeridade das mutações e a aparente exiguidade do tempo em face da camaleônica realidade social que ora se apresenta, e que fora teoricamente suprimida pelo novo Código Civil, é coroada pelos dizeres apocalípticos de Boileau, em sua Epístola III: “Apressemo-nos: o tempo foge e nos arrasta consigo; o momento em que falo já vai longe de mim.”