

ASPECTOS JURÍDICOS DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HETERÓLOGA*JURIDICAL ASPECTS OF HETEROLOGOUS ARTIFICIAL INSEMINATION*Daiane Kurtz¹Josana Regina de Mello²Marisa Schmitt Siqueira Mendes³**RESUMO**

O presente artigo tem como objeto a análise da inseminação artificial heteróloga e suas implicações jurídicas. O objetivo consiste em analisar os aspectos jurídicos desta forma de reprodução humana sob a ótica do Código Civil e normas afins, bem como, analisar as formalidades que devem ser observadas nesse processo. Busca-se compreender sua técnica e procedimento, fazendo breve análise científica e trazendo-o para a esfera do mundo jurídico. Para a pesquisa, sob o ponto de vista metodológico, optou-se pelo método dedutivo, fundamentando-se na técnica de pesquisa de fontes bibliográficas, tendo como ponto de partida o Código Civil, e a Constituição Federal de 1988, ante os princípios norteadores, como a igualdade e a dignidade da pessoa humana. A partir deste estudo pôde-se verificar que a reprodução humana sofreu um enorme avanço no que tange a dificuldade encontrada por pessoas de reproduzir-se de forma natural, e que se socorrem da inseminação artificial para a geração do filho tão esperado. Percebe-se que a inseminação artificial heteróloga gera reflexos profundos no Mundo Jurídico, causando situações peculiares e conflituosas, que necessitam de respaldo para a sua resolução. Assim, a lei, posta em prática, fornece proteção legal aos envolvidos, a fim de garantir a segurança no procedimento, bem como dar respaldo aos conflitos dele derivados, que, apesar de tudo, ainda necessitam da atenção do legislador e dos operadores do Direito; afinal, é assunto que trata da criação de um ser, especial para aqueles que o desejam.

PALAVRAS-CHAVE: Reprodução Assistida. Inseminação artificial. Presunção de paternidade. Dignidade da pessoa humana.

ABSTRACT

This article is about the analysis of heterologous artificial insemination and its legal implications. The aim is to examine the legal aspects of this form of human reproduction from the perspective of the Civil Code and related standards, and to evaluate the formalities that must be observed in this process. We seek for understanding its technique and procedure, doing brief scientific analysis and bringing it into the realm of the legal world. For the research, under the methodological point of view, we chose the deductive method, basing on the technical research literature sources, taking as its starting point the Civil Code, and the Federal Constitution of 1988, compared to the guiding principles, as equality and human dignity. From this study it can be seen that human reproduction has suffered a major breakthrough regarding the difficulty for people to reproduce naturally, and they rely upon artificial insemination to generate the long-awaited son. It is noticed that the heterologous artificial insemination generates deep reflexes in the World Legal, causing peculiar and conflicting situations, which require support for their resolution. Thus the law, put into practice, provides legal protection to those involved in order to ensure safety during the procedure, as well as provide support conflicts derived, which, after all, still require the attention of the legislature and the judiciary operators after all, is a subject that deals with the creation of a being, especially for those who want it.

KEYWORDS: Assisted Reproduction. Artificial insemination. Presumption of paternity. Human dignity.

1 Bacharelada em Direito no Centro Universitário de Brusque- UNIFEBE. E-mail: daia.corsi@terra.com.br

2 Bacharelada em Direito no Centro Universitário de Brusque- UNIFEBE. E-mail: josanaregina@unifebe.edu.br

3 Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Professora no Centro Universitário de Brusque – UNIFEBE. E-mail: majelu1@hotmail.com

Introdução

A reprodução humana assistida pode ser compreendida como uma forma totalmente inovadora de reprodução humana, assistindo a todos aqueles que, por inúmeros fatores, não podem ou não conseguem reproduzir-se de forma natural, sendo a inseminação artificial heteróloga uma dessas formas de reprodução, que permite até mesmo a utilização de útero de terceira mulher para a geração do ser tão esperado.

Utilizando o método dedutivo, por meio de pesquisa bibliográfica, buscando em obras de conceituados autores da área e ciências afins, bem como legislação constitucional e infraconstitucional, e também fonte eletrônica [internet], verifica-se que tal matéria é assunto de inúmeras discussões, tanto por parte da sociedade civil quanto por parte de nossos legisladores, necessitando de maior normatização.

Percebe-se que as consequências jurídicas trazidas por essa espécie de reprodução são infinitas, insurgindo problemáticas desde a questão da presunção de paternidade daquele novo ser, até mesmo questões polêmicas como as chamadas “barriga de aluguel”, que nada mais são que uma doação temporária de útero, prevista em normas infraconstitucionais⁴ e permitida desde que preenchidos certos requisitos, que serão analisados no decorrer deste artigo.

Ante esta nova realidade, é necessária a aplicabilidade dos princípios do direito, como a dignidade da pessoa humana e igualdade entre homens e mulheres, bem como intensa intervenção jurídica, na qual a aplicação do Direito faz toda a diferença, desde a orientação de formalidades inerentes ao processo de reprodução, até situações que advêm depois do processo já concluído, como conflitos envolvendo a filiação.

Busca-se, portanto, com este estudo, mais esclarecimentos acerca do instituto da inseminação artificial heteróloga prevista em nosso Código Civil, e as implicações jurídicas dela decorrentes, como a presunção de paternidade, a autorização para a utilização do material genético, explanando também acerca de questões polêmicas, como a utilização do útero de outra mulher para levar a termo a gestação, a chamada “barriga de aluguel”, fazendo também breves considerações científicas sobre a reprodução humana assistida e suas diversas formas.

Considerações preliminares sobre o Biodireito

Perante a nova realidade da sociedade contemporânea⁵, que se depara com o surgimento de anomalias no sistema reprodutivo tanto feminino quanto masculino, surgem também novas formas de famílias. Muitas vezes, são compostas por entes do mesmo sexo e que desejam realizar o sonho da maternidade ou da paternidade, e isso, somado aos avanços científicos do mundo contemporâneo permite à medicina realizar procedimentos reprodutivos até então inimagináveis, algo que requer especial atenção por parte das ciências jurídicas e os operadores do Direito.

Diante de tais fatores, surge então, uma nova disciplina, o Biodireito, cujo objetivo é dar respaldo jurídico à aplicação dessas novas técnicas de reprodução assistida, estabelecendo regras a serem seguidas antes, durante e após a realização de tais procedimentos, não se furtando o Direito aos desafios propostos pela medicina, a fim de proteger a dignidade da pessoa humana em primeiro lugar.

Assim, esclarece Maria Helena Diniz (2010, p.7):

A realidade demonstra que os avanços científicos do mundo contemporâneo têm enorme repercussão social, trazendo problemas de difícil solução, por envolverem muita polêmica, o que desafia a argúcia dos juristas e requer a elaboração de normas que tragam respostas e abram caminhos satisfatórios, atendendo às novas

4 Resolução 1.957/2010 do Conselho Federal de Medicina

5 Período compreendido do século XIX até os dias de hoje

necessidades ora surgidas e defendendo a pessoa humana da terrível ameaça de reificação.

Do mesmo modo, há de se pensar na segurança que deve ser observada na aplicação das técnicas de reprodução humana assistida, para garantir a integridade física e moral dos seres envolvidos, bem como responsabilizar o profissional que os realiza no caso de algum dano, pois é procedimento que exige extremo comprometimento e ética para seu êxito.

Diante dessa problemática, o Conselho Federal de Medicina⁶ apresenta a Resolução **1.957/2010, de 15 de dezembro de 2010**, que regulamenta o procedimento da Reprodução Assistida no Brasil, e dispõe acerca da segurança e da garantia de sucesso no procedimento, além das técnicas utilizadas e dos requisitos a serem preenchidos pelos interessados.

Segundo Ana Cláudia Scalquette (2010), além de dar respaldo ao próprio emprego dos métodos de reprodução assistida, deve-se pensar na responsabilização dos que empregam essas técnicas, e daqueles que têm o dever de controlá-las, a fim de garantir a segurança dos que buscaram esses procedimentos e a certeza de que estão nas mãos de excelentes profissionais.

Assim sendo, o Direito vem regular a aplicação dessas técnicas e fornecer toda a segurança jurídica necessária para que ocorram da melhor forma possível e para responsabilizar aqueles profissionais que agem de forma errada, causando danos, muitas vezes irreparáveis, ao envolvidos.

Nesse contexto, pode-se conceituar Biodireito como:

Biodireito é um termo que pode ser entendido, também, no sentido de abranger todo o conjunto de regras jurídicas já positivadas e voltadas a impor -ou proibir- uma conduta médico-científica e que sujeitem seus infratores às sanções por elas previstas. (CHIARINI JÚNIOR, 2004).

Dessa forma, o processo que compreende a reprodução assistida deve ser realizado de maneira estritamente formal, obedecendo a critérios médicos e jurídicos previamente estabelecidos, de forma a preservar a integridade e os interesses dos envolvidos, inclusive daquele ser que está prestes a ser criado.

Reprodução humana assistida - conceito e técnicas

Compreende-se por reprodução humana assistida a assistência médica dada a pessoas (casais ou não) que não conseguem ou não podem reproduzir-se de forma natural, ou seja, por meio de relações sexuais, ou quando possível, encontram alguma dificuldade genética, utilizando as técnicas de reprodução assistida disponibilizadas pela medicina genético-reprodutiva.

Segundo Maria Helena Diniz (2010, p. 569) entende-se por reprodução assistida o “conjunto de operações para unir, artificialmente, os gametas feminino e masculino, dando origem a um ser humano [...]”.

Também dispõe a já mencionada Resolução acerca do quem vem ser esta forma de reprodução humana:

[...]

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 se revelado ineficazes ou consideradas inapropriadas.

⁶ Doravante será utilizada a nomenclatura CFM.

Essa assistência pode ocorrer por orientação e acompanhamento médico, a fim de aumentar as chances de gravidez; por meio de medicamentos ou apenas acompanhamento psicológico, e ainda, pela efetiva intervenção no ato reprodutivo, fazendo-o de forma artificial, com o emprego das técnicas de intervenção reprodutivas, que a seguir será abordadas.

Existem várias técnicas de reprodução assistida, e as mais utilizadas são a fecundação⁷ *in vitro*⁸, e a inseminação intrauterina.

A primeira “consiste na retirada de óvulo da mulher para fecundá-lo na proveta⁹, com sêmen do marido ou de outro homem, para depois introduzir o embrião no seu útero ou no de outra.” (DINIZ, 2010, p. 569).

A segunda, mais simples e mais conhecida, é a inseminação artificial intrauterina, na qual “[...] na qual uma quantidade de espermatozóides é inserida no canal genital feminino através de um cateter, não ocorrendo assim, relação sexual.” (SCALQUETTE, 2010, p. 70).

Destas duas técnicas de reprodução assistida, sobrevivem as espécies: *homóloga* e *heteróloga*.

Inseminação artificial homóloga é aquela em que o espermatozoide e óvulo são de ambos os cônjuges ou companheiros, ou seja, “o material genético do filho é coincidente com o material genético dos pais, ou seja, óvulo da mãe e espermatozoide do pai.” (SCALQUETTE, 2010, p. 52).

Já a inseminação artificial heteróloga é realizada a partir de material genético de pelo menos um terceiro, podendo utilizar-se “[...] espermatozoide de doador e óvulo da esposa; ou óvulo de doadora e espermatozoide do marido; ou ambos, óvulo e espermatozoide de doadores.” (SCALQUETTE, 2010, p. 52).

Ante as novas formas de reprodução humana exemplificadas, inúmeros são os problemas a serem abarcados pelo Direito, gerando no Mundo Jurídico consequências, muitas vezes, de difícil resolução.

Análise da presunção de paternidade na reprodução assistida heteróloga

Diante da mudança legislativa ocorrida com o advento do Código Civil de 2002 (Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002), mostra-se certa evolução do conceito “paternidade”, que até então, com a vigência do Código de 1916, era conceito conservador e fechado às mudanças nas relações parentais.

De acordo com Thais dos Reis Arantes (2011), a filiação é a relação que existe entre pais e filhos, e que a lei traz certas presunções dessa relação no que tange à paternidade, estabelecendo que, se a mulher der à luz filho enquanto estiver casada, a lei imputa a paternidade a seu marido, havendo, então, verdadeira presunção de paternidade nas relações matrimoniais.

Durante a vigência do Código Civil de 1916, o artigo 338 deste diploma legal estabelecia a presunção da concepção na constância do casamento dos filhos nascidos 180 dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal, em seu inciso I, e, no inciso II, os nascidos dentro dos 300 dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal por morte, desquite, ou anulação.

O Código Civil de 2002, por sua vez, em seu Artigo 1597, acrescentou ao referido dispositivo, presente no antigo Código, mais três incisos sobre a presunção de paternidade/maternidade, que se referem às técnicas de reprodução assistida, e entre elas, a inseminação artificial heteróloga:

7 Do latim “*fecundatio*”, proveniente do verbo “*fecundare*” que significa “fertilizar”, é a fase de fertilização do óvulo pelo esperma.

8 A título de conhecimento, oportuno registrar que Robert G. Edwards é conhecido como “pai” do primeiro bebê proveta, a britânica Louise Brown (em 1978). Edwards começou suas pesquisas sobre fecundação em meados da década de 1950, e seu trabalho possibilitou o nascimento de quatro milhões de pessoas. Seu êxito representou uma “revolução” no tratamento da infertilidade, que de acordo com o Instituto Karolinska é um problema que afeta na atualidade cerca de 10% dos casais de todo o mundo e gera estresse, ansiedade e depressão em milhões de pessoas. (Revista Veja em 04/10/2010, disponível em <http://veja.abril.com.br/noticia/saude/criador-de-metodo-de-fertilizacao-in-vitro-ganha-nobel-de-medicina>, acesso em 22 de março de 2012).

9 Tubo cilíndrico utilizado para medir volumes líquidos com baixa precisão.

Art. 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” (grifo nosso)

Os referidos dispositivos foram acrescentados pelo legislador diante da nova realidade social, já que o antigo Código não oferecia respaldo algum às novas relações de filiação, bem como diante do avanço da medicina em relação às formas de reprodução humana.

Segundo Silvio Venosa:

Atendendo a insistentes críticas em face de sua ausência no Projeto original, na fase final de tramitação legislativa foram inseridos de afogado três dispositivos no Código Civil de 2002, no artigo 1597, que tratam da presunção de filhos concebidos na constância do casamento. (VENOSA, 2008 apud SCALQUETTE, 2010, p. 53).

Ainda segundo o autor (2008), o Código Civil de 2002 não regulamenta a reprodução assistida, muito menos a autoriza, mas apenas trata, de forma omissa, dessa problemática, procurando dar solução aos aspectos da paternidade.

Observa-se que quando o legislador utilizou a expressão marido, inclui em tal conceito o homem que vive em união estável, ou seja, o companheiro, tendo em vista a equiparação constitucional entre o casamento e união estável.

Tentou o legislador inovar em matéria de presunção de filiação com a inclusão de alguns dispositivos, porém, o fez ainda de maneira conservadora. Prova disso é exigência de prévia autorização do marido para a realização do procedimento, para então considerar como tido na constância do casamento o filho gerado por inseminação artificial heteróloga, caso contrário, de acordo com o dispositivo do artigo 1597, inciso V, não se pode presumir que foi concebido na vigência do matrimônio.

Vislumbra-se que neste dispositivo o legislador refere-se ao filho concebido por inseminação artificial heteróloga após a morte do marido/companheiro, devendo este deixar em vida autorização para que o procedimento seja realizado, caso contrário, tal previsão legal não teria razão de ser, pois nos demais procedimentos heterólogos o marido, ao dispor seu material genético, atrai para si a presunção de paternidade, pois o filho será gerado com material genético dele.

Uma problemática a ser enfrentada seria no caso da realização do procedimento sem essa autorização, pois, neste caso, como ficará a questão da paternidade do novo ser?

Não será reconhecido como pai aquele que doou seu material genético em vida somente por que não deixou de maneira expressa a autorização para a realização do procedimento?

Além disso, por que motivo preferiu o legislador incluir no texto legal a necessidade de autorização para que o filho havido por inseminação artificial heteróloga fosse presumido como tido durante o casamento?

Pode-se perceber que todas estas questões têm uma única resposta: preservar a paternidade daquele que já não mais está para reconhecê-la ou impugná-la, apesar de a existência do material genético do cônjuge/companheiro falecido, com o qual foi criado o novo ser que tem o direito de ter sua filiação paterna reconhecida.

Diante de tais questionamentos, é preciso ressaltar que tal matéria merece e precisa de regulamentação urgente, pois ao inovar, foi omissivo o legislador, deixando lacunas para diversas interpretações, que muitas vezes, podem ocorrer à margem da lei.

Autorização para a utilização do material genético

Após verificar que o legislador determinou a necessidade da prévia autorização do marido/companheiro para haver a presunção de paternidade do ser concebido por inseminação artificial heteróloga, faz-se necessário o estudo pertinente à formalização de tal autorização para que tenha validade jurídica.

Quanto a esta problemática Ana Claudia Scalquette (2010) acredita que o legislador foi, nas palavras da autora, “econômico”, preocupando-se somente em exigir a autorização do marido para que o filho havido por inseminação artificial heteróloga seja, presumidamente, considerado seu. Não estabeleceu, no entanto, normas que regulamentassem tal procedimento, existindo verdadeira lacuna na legislação.

A única previsão expressa no Ordenamento Jurídico Brasileiro acerca do assunto encontra-se no final do inciso V do artigo 1597 do Código Civil que assim dispõe:

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

[...]

V - havidos por inseminação artificial heteróloga, **desde que tenha prévia autorização do marido.** (grifo nosso)

Segundo o artigo a inseminação artificial heteróloga poderá ser realizada pela mulher mediante autorização do marido, não especificando se tal autorização necessita ser expressa pelo homem, ou se bastaria o aval dos familiares e da mulher cujo útero será inserido o material genético.

Dessa maneira, surgem indagações sobre o assunto diante da omissão legislativa em não determinar o conteúdo de tal documento, nem mesmo qual formalidade a ser realizada, seja por meio de um documento particular, público ou ainda, diante de uma simples assinatura em um pedaço de papel sem grandes formalidades.

Sobre o assunto, discorre Carlos Eduardo Nicoletti Camillo (2006 apud Scalquette, 2010, p. 183):

Embora a lei tenha silenciado a respeito, entendemos que as autorizações deverão ser obtidas por meio de instrumento publico, não em face da oficialidade do ato, mas porque aquele instrumento se reveste de autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos.

Entende-se, portanto, ser mais prudente, até mesmo para garantir a lisura de todo o procedimento e evitar futuros conflitos, que o consentimento para a realização do procedimento seja de maneira expressa, por meio de documento público, assinado por aquele que está autorizando, e também pelo profissional que realizará o procedimento.

Pode-se imaginar que não previu o legislador o consentimento por parte da mulher tendo em vista que como se trata de procedimento de inseminação, ou seja, a introdução do material genético masculino no sistema reprodutivo feminino, a mulher já estaria automática e tacitamente de pleno acordo em realizar o procedimento.

Ocorre que, em se tratando de procedimento heterólogo, inúmeras situações podem ocorrer, por exemplo, a doação de material genético de ambos os cônjuges para futura inserção em útero de terceira, o que, de pronto, além da autorização do marido, necessita também da autorização da esposa, para que seus óvulos possam ser inseridos no útero da mãe de aluguel.

Segundo Scalquette (2010), a autorização nos casos descritos acima é imprescindível, visto que utilizam material genético de pelo menos um terceiro desconhecido, necessitando, assim, a autorização de ambos os cônjuges para a realização do procedimento.

Assim, deveria também o legislador ter previsto na legislação a autorização da mulher

para a realização de tal procedimento, ante ao princípio da isonomia entre homem e mulher, previsto constitucionalmente em nossa Carta Magna de 1988, em seu artigo 5º, caput, dispondo que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]”, bem como no inciso I do referido artigo, que dispõe:” I- homens e mulheres são iguais em direito e obrigações, nos termos desta Constituição.”

Percebe-se, então, que o princípio da isonomia entre homens e mulheres, constitucionalmente consagrado, deve ser aplicado ao processo de autorização nos procedimentos heterólogos, visto que a manifestação de vontades tanto por parte mulher quanto pelo homem é requisito intrínseco à realização do procedimento de inseminação artificial heteróloga.

Outro questionamento há ser discutido é a necessidade dos interessados fornecerem ao profissional a devida autorização para que realize o procedimento, devendo estabelecer minuciosamente a área de atuação daquele profissional, os objetivos pretendidos com aquele procedimento, bem como os instrumentos e a técnica a ser utilizada, além de, é claro, todas as informações a respeito do material genético a ser utilizado.

Chamado de *consentimento informado*, este documento de autorização, muito utilizado na área médica, deve ser redigido com muita cautela, de preferência profissional do Direito capaz de fornecer aos envolvidos todas as informações e esclarecimentos a respeito da declaração de vontade ali contida, afastando qualquer vício capaz de ensejar a nulidade daquele ato.

Conforme assevera Gilberto Baumann de Lima (2005, apud SCALQUETTE, 2010, pg. 172):

Consentimento informado é conceito jurídico e não médico, [...]. A consciência dessa constatação nos faz entender que os cuidados com sua concepção e alcance estão localizados na esfera de atuação dos advogados e demais operadores do direito e não na área específica dos profissionais de saúde.

É importante ressaltar que o consentimento por parte dos envolvidos é requisito inerente ao princípio da dignidade da pessoa humana, pois deve receber um tratamento digno e do qual sabe todos os riscos, até porque “o ser humano dispõe da faculdade de aceitar o tratamento o qual será submetido, não competindo ao profissional da ciência da saúde dispor desse poder.” (MENDES, 2007).

Diante disso, pode-se dizer que a autorização para a realização da inseminação artificial heteróloga deverá ser fornecida de pronto por todos os envolvidos nesse processo, para garantir a regularidade do procedimento.

Assim, é indispensável o olhar aguçado do operador do direito, tanto no ato do consentimento, com o escopo de evitar brechas que possam dar ensejo a conflitos entre os envolvidos, quanto após a realização do procedimento, na mitigação desses conflitos.

Doação temporária de útero

Outro tema a ser abordado na presente pesquisa é a chamada maternidade sub-rogada, a doação ou cessão temporária de útero, popularmente conhecida como “barriga de aluguel”, matéria extremamente complexa, que envolve questões ético-jurídicas de difícil compreensão e que muitas vezes ultrapassam as fronteiras das relações que cercam os envolvidos nessa espécie de reprodução.

Diante da impossibilidade da mulher que deseja ter um filho levar a termo uma gestação, o desenvolvimento do embrião ocorre em útero de outra mulher, a chamada mãe de substituição, que doa seu corpo de forma temporária, para que ocorra o desenvolvimento do feto, e, após o nascimento, entrega a criança à mãe genética.

Segundo Cristhine Keler de Lima Mendes (2007), esta técnica de reprodução artificial ocorre também quando a gravidez apresenta um risco para a mãe, a doadora dos óvulos, além de casos em que o estado de seu útero não permite o desenvolvimento do feto.

O termo “barriga de aluguel”¹⁰ é utilizado erroneamente por aqueles que desconhecem tal técnica e seus pressupostos legais, já que nossa legislação pátria proíbe a sua utilização com fins de comercialização, ou seja, pagar ou exigir pagamento para que o útero possa ser utilizado.

A Constituição Federal, de forma genérica e interpretativa, permite a realização da cessão temporária de útero, dispondo, no artigo 199, §4º que as condições, bem como os requisitos para sua realização deverão ser estabelecidas em legislação infraconstitucional.

Assim dispõe o referido dispositivo constitucional:

Art. 199. A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos ou substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.

Percebe-se que o dispositivo não traz em momento algum a expressão “cessão temporária de útero”, ou outra expressão análoga, mas, por interpretação, pode-se chegar à conclusão de que a prática está abarcada em tal dispositivo quando menciona o “tratamento”, pois a realização da reprodução artificial heteróloga por meio da doação temporária de útero não deixa de ser uma espécie de tratamento reprodutivo, vedada, é claro, qualquer vantagem econômica.

Nesse sentido Scalquette (2010) assevera que desde que seja para fins de tratamento reprodutivo, e não haja nenhuma espécie de comercialização do útero da mulher na qual será implantado o embrião, a lei deve dispor acerca de suas condições e requisitos, devendo, portanto, representar verdadeiro ato de esperança na geração de um ser, e ausente de qualquer interesse econômico.

Por sua vez, a regulamentação legal a qual se refere à Constituição está contida na já mencionada Resolução **1.957/2010** do Conselho Federal de Medicina, que regulamenta as técnicas de reprodução assistida no Brasil.

Em seu item VII dispõe acerca das condições na qual a doação temporária de útero poderá ocorrer:

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 contraindique a gestação** na doadora genética. (grifo nosso).

Assim, o dispositivo traz as situações em que a doação temporária de útero poderá acontecer: quando a mulher não puder suportar uma gestação por algum problema médico que a impeça de levar a termo uma gestação ou que, mesmo podendo, lhe seja contraindicado, ou seja, existe para risco de vida para ela própria ou para o do bebê.

Entende-se como mais do que certa a proibição da utilização dessa técnica por motivos que não sejam estes regulamentados por esta Resolução; afinal, esse procedimento se tornaria banal se uma mulher, por simples motivos estéticos, buscasse este procedimento, apenas por não querer suportar os encargos físicos inerentes ao estado gestacional, que são situações características de uma gestação.

Acerca dessa problemática Aline Mignon de Almeida (2000 apud Scalquette, 2010, pg. 197) reflete:

¹⁰ Segundo reportagem publicada na revista *Veja*, no Brasil, o primeiro caso de um bebê nascido em decorrência da utilização deste procedimento ocorreu em São José dos Pinhais, no Paraná, em 7 de outubro de 1984.

[...] só é jurídica e eticamente aceitável a gestação por terceira pessoa quando a mulher não pode gestar o filho. Se a mulher não quiser os incômodos ou modificações estéticas da gravidez, sem que este estado lhe cause particular risco ou perturbação, o método não poderá ser utilizado, pois o motivo seria fútil, não merecendo tutela jurídica.

Além das situações que permitem a realização deste procedimento, a referida Resolução apresenta certos requisitos que devem ser preenchidos pelos interessados:

[...]

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**. (grifo nosso)

Segundo Daniela Intrabartolo (2009), as relações de parentesco são aquelas que ligam pessoas pelo vínculo consanguíneo ou por afinidade, dizendo que as pessoas que assim se interligam são “parentes”. A distância entre esses parentes é medida por *graus*. O *grau de parentesco* é aquele que diz o quão próximas são essas pessoas, e são contados pelas *gerações*, que é a relação existente entre pais e filhos.

Desse modo, quando o dispositivo em questão fala em parentesco de até segundo grau entre as doadoras, refere-se às relações entre mãe e filha, avó e neta e entre irmãs, não podendo esta classificação se estender para os demais parentes, pois ultrapassaria o limite estabelecido, qual seja, até segundo grau.

O dispositivo é claro quando apresenta as relações de parentesco até segundo grau entre a doadora genética e a doadora do útero, estando os casos de relações não familiares sujeitos à decisão do próprio CFM e mediante autorização judicial, a fim de garantir aos envolvidos “[...] seriedade à decisão e segurança quanto às relações que se estabelecerão em relação à filiação, pois o magistrado, nesse caso, poderá assegurar que todos os requisitos estão sendo respeitados, sobretudo a gratuidade da cessão.” (SCALQUETTE, 2010, p. 201).

Por analogia, e em respeito ao princípio da isonomia entre homens e mulheres, pode-se dizer que tal preceito estende-se à família do marido/companheiro, respeitando-se as relações de parentesco até segundo grau.

Superada a análise das relações de parentesco, vislumbra-se ainda em tal dispositivo a proibição de obter-se *lucro* com a utilização desta espécie de procedimento, muito menos a sua comercialização.

Tal proibição, prevista inclusive na Carta Magna de 1988, tem por objetivo afastar qualquer ideia de pagamento à doadora do útero para que disponibilize seu corpo para a realização do procedimento, bem como proibir qualquer exigência de pagamento em troca da autorização para a utilização de seu útero no processo reprodutivo.

Também possui o escopo de vedar qualquer intuito comercial por parte dos envolvidos, evitando assim a criação de verdadeiras “fábricas” de reprodução artificial, beneficiando-se a cessionária do útero com sua própria torpeza, enriquecendo ilicitamente.

Nesse sentido, assevera Scalquette (2010, p. 179), que “não se pode esquecer [...] da existência da vedação normativa quanto ao comércio relativo a qualquer parte do próprio corpo, ficando afastada, de plano, a possibilidade de “aluguel do útero.”

Portanto, permanecem vedados quaisquer interesses de lucro ou comercialização decorrentes da doação de útero, resguardando, assim, o interesse unicamente altruísta por parte daquela que doa seu corpo de forma temporária para a gestação daquele novo ser.

Outra problemática acerca da doação temporária de útero é quando ocorre a recusa por parte da doadora do útero em entregar a criança após seu nascimento à mãe genética.

Como se sabe, o objetivo desse procedimento é a gestação em útero de terceira para posterior entrega da criança à doadora genética. Ocorre que, certas vezes, pode acontecer a negativa da doadora do útero em entregar a criança quando ela desenvolve laços afetivos com o ser que está gestando, desenvolvendo o desejo de permanecer com a criança.

Geralmente, nessas situações, a doadora temporária desenvolve seu instinto maternal durante aquele período gestacional, enraizando a ideia de que é a verdadeira mãe daquele ser, pois é ela que lhe dará à luz, passando por toda a emoção que envolve a hora do parto, e vendo aquele ser sair de dentro de si, após um longo período gestacional, não querendo, assim, separar-se da criança.

A partir daí surgem os conflitos entre a doadora do útero, que se considera mãe, e a doadora genética, que se considera a verdadeira mãe, pois o material genético ao qual deu origem ao novo ser é dela, e, acima de tudo, foi ela quem manifestou o desejo de se tornar mãe por meio do uso do útero de terceira, pela impossibilidade de fazer por conta própria.

Segundo Francisco Vieira Lima Neto (2001 apud Scalquette 2010, p. 198):

Na verdade, os problemas surgem do conflito que pode por vezes se estabelecer entre o casal, do qual faz parte a mãe genética e a mulher que deu à luz a criança, em especial quando esta última decide não entregar o filho àqueles.

Assim, gera-se uma situação em que ambas se consideram mães da criança, em decorrência de uma relação, por que não dizer, jurídica, entre os envolvidos no processo, tendo em vista que houve a procura por parte do casal que deseja ter o filho por meio dessa espécie de procedimento e a disposição da doadora do útero em realizar tal procedimento.

Existe, portanto, um pacto efetuado entre os envolvidos, no qual a responsabilidade maior recai sobre aquela que deve efetuar a entrega da criança após seu nascimento à doadora genética, já que a entrega é o objetivo pelo qual o pacto foi efetuado.

Segundo Francisco Vieira Lima Neto (2001), citado por Scalquette (2010), o instrumento hábil a garantir o cumprimento da finalidade dessa espécie de procedimento seria o *pacto de gestação de substituição*, pois, ficaria afastada qualquer característica de contrato e o aspecto patrimonial desse acordo.

Nas palavras de Scalquette (2010), nesse pacto será estabelecido quem tem o verdadeiro desejo de ter o filho e de ser mãe, bem como a expressa recomendação médica da realização do procedimento por causa de problema de saúde que impossibilite a gestação, além da concordância da doadora do útero em ceder seu útero para que a gestação ocorra.

Mas, como resolver a situação diante da recusa da doadora do útero, que deseja permanecer com a criança e do direito da doadora genética em receber o filho que tanto desejou?

Inicialmente, a resposta parece simples: bastaria existência de um processo na qual a doadora genética pretende ver reconhecido seu direito e ver efetuada a entrega do filho para si. Mas nada é tão simples quando se envolve técnicas de reprodução assistida e litígios delas decorrentes, especialmente porque existe ausência de regulamentação expressa na Constituição federal acerca deste assunto.

Ainda na opinião de Scalquette (2010, p. 201):

Em caso de disputa judicial relativa à recusa de entrega do filho por terceira que o gestou ou quanto ao direito de tê-lo em sua companhia, o magistrado deverá observar o permissivo, que a nosso ver deve estar disposto em lei, e o pacto firmado, para então entregar a criança à sua verdadeira mãe, aquela que o desejou.

Percebe-se, portanto, que as situações decorrentes da utilização da doação temporária de útero não se mostram fáceis de serem compreendidas, e os conflitos delas decorrentes se mostram cada vez mais presentes ante a frequência com a qual cada vez mais mulheres buscam esta técnica com a esperança ter realizado o desejo de se tornarem mães.

Os embriões excedentários

Junto com os benefícios da reprodução assistida, surgem inúmeras polêmicas, sobretudo na questão dos embriões excedentários¹¹, alvo de uma das maiores discussões dos últimos tempos, não só jurídica mas também de cunho religioso, médico e todos os demais ramos ligados ao tema.

A realidade social e os avanços tecnológicos diferem e muito da época do surgimento do conceito “vida”. Como podemos verificar ao longo do trabalho em tela, muitas modificações ocorreram no que tange à filiação.

A legislação brasileira ainda é omissa no momento exato do início da vida, cabendo à doutrina e jurisprudência preencherem tal lacuna, havendo, porém, diversas teorias a respeito do começo da vida, tentando delimitar o exato momento de seu início.

Segundo Ângela Mara Piekarski Ribas (2008) pode-se encontrar quatro teorias do início da vida: a teoria da fecundação, que defende que a vida se inicia no momento da concepção, ou seja, da penetração do óvulo pelo espermatozoide; a teoria da nidação, na qual a vida começa com a implantação do embrião no útero, já que estamos falando em procedimento heterólogo; a teoria encefálica, segundo a qual o início da vida se dá quando se inicia a atividade cerebral e, por fim, a teoria do nascimento, cujo início da vida ocorre com o nascimento do feto com vida.

Como já dito, a matéria dos embriões excedentários traz inúmeros reflexos no âmbito jurídico, pois sua alta complexidade e polêmica fazem que deixe de ser alvo de regulamentação.

O assunto foi tema de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI3510) proposta pelo ex-procurador-geral da República, Cláudio Fonteles, para que o artigo 5º da Lei de Biossegurança (**Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005**) fosse julgado inconstitucional.

O referido artigo dispõe o seguinte:

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. (grifo nosso)

A referida ação foi declarada improcedente em 29 de maio de 2008, por seis votos a cinco, tendo como fundamento que as pesquisas de células-tronco embrionárias não violam o direito à vida e a dignidade da pessoa humana, levando em consideração que estas pesquisas trarão grandes avanços com relação à saúde humana.

Segundo Scalquette (2010), a polêmica acerca da utilização dos embriões excedentários repousa no fato de que, com a realização de pesquisas e terapias com as células embrionárias, estas restariam comprometidas, impossibilitando sua implantação e prejudicando o surgimento da vida, de novos seres.

Percebe-se, portanto, o motivo pelo qual o referido dispositivo ensejou uma ação direta de inconstitucionalidade, deixando clara a complexidade de sua interpretação, e as questões que envolvem sua aplicação.

¹¹ Aqueles que não foram utilizados no procedimento de inseminação artificial heteróloga, e que permanecem congelados para futura utilização em pesquisas ou tratamento.

O posicionamento do Supremo Tribunal Federal¹² que permitiu a pesquisa com células-tronco embrionárias beneficia milhares de portadores de doenças degenerativas e hereditárias, igualmente demonstrando o caminho que está sendo trilhado rumo a uma nova concepção acerca do início da vida e novos horizontes para a sociedade moderna.

O assunto ainda será palco de muitas discussões, porém o que há de se levar em consideração é o respeito aos direitos constitucionalmente protegidos, à família, à vida, e especialmente à dignidade da pessoa humana.

Considerações finais

Por meio do presente artigo percebe-se que a inseminação artificial heteróloga é técnica extremamente complexa, que deve ser realizada com a maior segurança possível, garantindo aos envolvidos credibilidade e efetividade, para atingir sua finalidade: a criação de um ser desejado por aqueles que se veem impossibilitados de fazê-lo de maneira natural.

Frente às técnicas de reprodução assistida está o Direito, responsável por delimitar a realização de tais procedimentos, bem como solucionar conflitos deles decorrentes, dando respaldo às situações muitas vezes peculiares e que merecem uma tutela jurisdicional efetiva.

Porém, é mais do que clara a omissão legislativa em relação à normatização de matérias relacionadas à aplicação das técnicas de reprodução assistida, como a questão da presunção de paternidade, que precisa de urgente regulamentação, ante as questões emblemáticas que surgem quando da análise de tais dispositivos, bem como da questão da autorização para a realização do procedimento heterólogo, frente à falta de instrumentalidade da manifestação de vontade nesse procedimento.

Inúmeras outras situações decorrem da aplicação das técnicas de reprodução assistida, como a doação temporária de útero, e os embriões excedentários, procedimentos dos quais se socorrem aqueles que desejam ter um filho, mas encontram-se impossibilitados de tê-los de maneira natural, e que necessitam de especial atenção do legislador em face dos reflexos que propagam na órbita jurídica dos envolvidos.

Resta comprovado que apesar de normas infraconstitucionais, vale dizer, omissas, que fazem frente às situações decorrentes das técnicas de reprodução assistida, esta matéria necessita de urgente regulamentação, pois a aplicação de tais técnicas já é algo recorrente, e cada vez mais evidente, sendo notório o respaldo jurídico que merecem as relações que nascem entre os envolvidos neste processo, que, acima de tudo, desejam apenas ver realizado o sonho da paternidade ou da maternidade.

Referências

BRASIL. Código Civil (2002): Lei 10406 de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil e legislação civil em vigor**. 29. ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Lei de Biossegurança (2005): **Lei nº 11.105/05** de 24 de março de 2005. Publicada no Diário Oficial da União de 28 de março de 2005, dispõe sobre as normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/11105.htm>. Acesso em: 19 out. 2012.

BRASIL. Resolução do CFM (2010): **Resolução Conselho Federal de Medicina nº 1.957/2010** de 15 de dezembro de 2010. Publicada no Diário Oficial da União de 06 de janeiro de 2011, dispõe acerca da utilização das técnicas de Reprodução Assistida e revoga a antiga Resolução 1358/92, após 18

12 STF, que julgou a Ação direta de inconstitucionalidade de nº 3.510.

de vigência. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm>. Acesso em: 19 out. 2012.

BRASIL. Constituição (1988): **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CHIARINI JÚNIOR, Enéas Castilho. Noções introdutórias sobre Biodireito. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 424, 4 set. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5664>>. Acesso em: 20 mar. 2012.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do Biodireito**. 7. ed. rev. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

INTRABARTOLO, Daniela. Erros constantemente cometidos no que diz respeito às relações de parentesco. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2309, 27 out. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/13743>>. Acesso em: 20 mar. 2012.

MENDES, Christine Keler de Lima. **Mães Substitutas e a determinação da maternidade: implicações da reprodução medicamente assistida na fertilização in vitro**. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre, IBDFAM, Síntese, n. 0, out./nov. 2007. Disponível em <<http://www.ibdfam.com.br>>. Acesso em: 19 mar. 2012.

RIBAS, Ângela Mara Piekarski. **Aspectos contemporâneos da reprodução assistida**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 54, 30/06/2008 [Internet]. Disponível em <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2985>. Acesso em: 19 mar. 2012.

SCALQUETTE, Ana Claudia S. **Estatuto da reprodução assistida**. São Paulo: Saraiva, 2010.

THAIS DOS REIS ARANTES. **A filiação e a Reprodução Assistida**. Disponível em: <<http://www.artigonal.com/doutrina-artigos/>4861855.html>>. Acesso em: 20 mar. 2012.