



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro
EMERJ

Inseminação Artificial – Questões Relevantes

Pedro Eularino Teixeira Simão

Rio de Janeiro
2009

PEDRO EULARINO TEIXEIRA SIMÃO

Inseminação Artificial – Questões Relevantes

Artigo Científico apresentado à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Prof^a. Néli Fetzner
Prof. Nelson Tavares

Rio de Janeiro
2009

INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL – QUESTÕES RELEVANTES

Pedro Eularino Teixeira Simão

Advogado.

Resumo: A presente pesquisa trata das questões relevantes e polêmicas a respeito da inseminação artificial em virtude das controvertidas questões acerca do tema, mediante análise do atual posicionamento da doutrina e da jurisprudência dos Tribunais.

Palavras-chaves: inseminação artificial, paternidade socioafetiva, Bioética, Biodireito, registro civil.

Sumário: Introdução; 1. Os avanços da ciência; 2. Presunção de paternidade pela inseminação artificial; 3. A paternidade socioafetiva; 4. Questões relevantes; 5. Contextualização do tema no ordenamento jurídico brasileiro; 6. Bioética e Biodireito; 7. Manifestações dos Tribunais; 8. Posicionamento filosófico-jurídico-social da matéria; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

No vai-e-vem eterno das eras, o Direito evolui, progride e se aperfeiçoa, buscando adaptar-se à nova sociedade que se forma com seus próprios conceitos, estabelecendo regras até então desconhecidas para reger as relações jurídicas entre as pessoas. Neste sistema, ganham notoriedade a jurisprudência, doutrinas, novos ordenamentos, que levam os estudiosos aos fundamentos da legislação atualizada desta evolução para se fazer justiça, dando a cada um o que lhe pertence.

Preocupação que vem surgindo com grande força dentro dos novos rumos do direito versa sobre a *Inseminação Artificial*.

Do seio da sociedade urge uma legislação específica para prever de forma global o atual comportamento humano sobre o tema que vem ganhando proporções gigantescas no mundo jurídico ante a incontáveis questões relevantes que vêm surgindo.

Recentemente foi noticiado no Jornal O GLOBO de 04/05/09 que um casal homossexual do sexo feminino, de Santo Amaro, São Paulo, que vivia junto há dois anos e sonhava ter filhos, conseguiu por meio de inseminação artificial engravidar de gêmeos, com óvulo cedido por uma delas, sendo o pai, um doador desconhecido. Pretendem que a Justiça reconheça a dupla maternidade e que da certidão de nascimento dos menores conste o nome das duas mães, ficando o nome do pai em branco.

Verifica-se, portanto, que há uma enorme necessidade de se debater a inseminação artificial e criar uma Lei para abranger todos os casos previsíveis de acordo com a evolução técnica e jurídica.

1. OS AVANÇOS DA CIÊNCIA

Os avanços da tecnologia têm causado grandes perplexidades no ramo das ciências sociais, principalmente no aspecto jurídico, que não tem conseguido dar respostas satisfatórias aos problemas que vêm surgindo em decorrência do progresso das ciências biológicas.

Os laboratórios agem com rapidez e as inovações auxiliam na criação de seres humanos que antes só existiam à moda antiga, através do ato sexual.

Nesse contexto, LEITE (1995) esclarece que as novas técnicas de Reprodução Humana Assistida é um tema polêmico e atual e deve ser examinado com precaução, pois diversas conseqüências surgem no Direito de Família, afetando o conceito de família, paternidade, maternidade e o sentido da concepção humana. Paralelamente, outras conseqüências refletem deste comportamento, tais como relativos à filiação, aos deveres dos cônjuges e aos motivos para separação e divórcio, além de responsabilidade civil das clínicas especializadas, dos médicos. Quanto às responsabilidades, acrescentem-se aquelas decorrentes da sucessão e dos alimentos. Por isso, ninguém poderá se esquecer de que a dignidade do ser humano, em sua etapa inicial de formação, o direito à vida, à liberdade, à privacidade, devem ser preservadas e respeitadas em sua totalidade.

Segundo SCARPARO (1991), a Reprodução Medicamente Assistida, também chamada de Procriação Artificial, é um conjunto de técnicas por meio das quais se permite a reprodução sem sexo, o que demonstra que os avanços biotecnológicos vêm permitindo, através dos tempos, que o homem seja cada vez mais ousado em seu comportamento.

Ressalte-se que, as técnicas de Reprodução Medicamente Assistida se inserem no contexto mais amplo dos cuidados relativos à infertilidade, que, segundo a Organização Mundial de Saúde, é a ausência e concepção depois de pelo menos dois anos de relações sexuais não protegidas. As referidas técnicas têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de infertilidade humana, facilitando o processo de procriação

quando em dificuldade o casal, devolvendo ao homem e à mulher o direito à descendência.

A inseminação artificial e a fertilização extra-uterina não curam. Substitui-se o ato natural que dá origem à concepção por um ato técnico e biológico: findo o processo, os que procriaram continuam estéreis.

O direito à descendência, o desejo de procriar de determinados casais estéreis e a vontade de fazer nascer seres no momento em que se quiser e com os caracteres que se pretender entusiasma a embriologia e a engenharia genética. Contudo este avanço pode gerar graves problemas ético-jurídicos, sendo importante impor limitações legais às clínicas e laboratórios que se ocupam da reprodução humana assistida, inclusive, estabelecendo na norma específica a ser criada, responsabilidade civil por dano moral e patrimonial que venha causar (LEITE, 1995).

2. PRESUNÇÃO DE PATERNIDADE PELA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL

O núcleo familiar deve ser preservado por todos os flancos. O conceito de filiação e sua definição tem evoluído, de modo que a filiação sócio-afetiva tem preponderando, muitas vezes, sobre a filiação biológica. Tem-se entendido que, nos casos de inseminação heteróloga, para se definir o parentesco, deverão ser considerados somente o pai ou a mãe sócio-afetiva, desconsiderando-se a paternidade ou maternidade biológica, à semelhança do que ocorre na adoção.

Como se sabe, hoje, todos são apenas filhos, uns havidos fora do casamento outros em sua constância, mas com iguais direitos e qualificações, conforme preceitua o artigo 227, § 6º da Constituição Federal de 1988. Registre-se, na oportunidade que, o Código Civil de 2002, não autoriza e nem regulamenta a reprodução assistida, apenas constata existência da questão e procura dar resposta exclusivamente ao aspecto de paternidade. O artigo 1597, que trata da filiação, é um exemplo típico, pois, com a inclusão dos incisos III, IV e V ao referido dispositivo, além da presunção da paternidade já existente, também se presumem concebidos na constância do casamento os filhos havidos de fecundação artificial homóloga - praticada na esposa com sêmen de marido, em vida deste, ou após sua morte - e, inseminação artificial heteróloga – feita durante o matrimônio, em mulher casada, com esperma de terceiro, desde que tenha ocorrido prévia autorização do marido.

A previsão contida no inciso III que tratada chamada inseminação artificial *post mortem*, traz uma série de discussões no que tange à filiação, visto que a esposa será inseminada com os gametas de seu marido já falecido.

Ao prevê esse tipo de reprodução o Código Civil deixou questionamentos éticos, no que tange a regulamentação do consentimento por parte do marido em caso de falecimento, surgindo dúvidas se esse consentimento é ou não passível de revogação, além de implicações na esfera do Direito das Sucessões.

Merece relevo especial acentuar que, conforme MOREIRA FILHO (2002), a presunção da paternidade do artigo 1597 do Código Civil diz respeito apenas ao casamento, não abrangendo, portanto, a união estável. Nesse caso, o reconhecimento da criança deve ser realizado através de qualquer das hipóteses legais para o reconhecimento de filhos, visto que o art. 1609 dispõe expressamente que o

reconhecimento pode preceder ao nascimento do filho. Já a maternidade seria mais fácil estabelecer, considerando o princípio de que nunca havia dúvida quanto à filiação materna.

Contudo, diversas mudanças ocorreram no direito de filiação que se curvou ao favorecimento de uma maior abertura à verdade biológica que passou a ser utilizada através de exames de DNA para casos duvidosos.

3. A PATERNIDADE SÓCIOAFETIVA

A inseminação artificial dissocia a sexualidade da reprodução no momento que reconhece a utilização de gametas estranhos ao casal. O vínculo natural e jurídico do filho com seu pai e mãe, não mais pode depender exclusivamente da procriação nupcial ou matrimonial.

A filiação deixa de ser exclusivamente biológica, mas também passa a ser desejada e, sobretudo vivida. Tal situação reduziu bastante a fronteira carnal – voluntária levando os juristas a tratar da filiação fora de um suporte biológico em proveito de uma paternidade de intenção, ou, em proveito de uma verdade sócio-afetiva, onde os pais são reconhecidos como tais pelos seus filhos.

O estado de filiação de cada pessoa humana é único e de natureza socioafetiva. Desenvolve-se na convivência familiar, mesmo que derive biologicamente dos pais, na maioria dos casos. Nesse mesmo passo, a Constituição Federal de 1988 e o

art. 1.596 do Código Civil estabeleceram o estado de filiação de qualquer natureza, sem prevalência de um sobre outro.

A evolução médico-científica comprovou que a verdadeira paternidade não mais pode se reduzir apenas à autoria da descendência. Pai também é aquele que se revela no comportamento cotidiano, de forma sólida e duradoura, capaz de estreitar os laços de paternidade numa relação psico-afetiva, aquele, enfim, que além de poder lhe emprestar seu nome de família, o trata como sendo verdadeiramente seu filho perante o ambiente social (LEITE, 1995).

Os exames de sangue, num primeiro momento, e os atuais de DNA, permitiram, de uma só vez, reduzir a nada a filiação estabelecida no registro de nascimento. Superaram tais exames a presunção da paternidade legítima e a paternidade natural.

Novas relações vinculadas à maternidade também foram introduzidas.

ALDROVANDI (2002) esclarece que o “aluguel do útero” ou, como também é conhecida, a “barriga de aluguel”, ocorre quando há a maternidade de empréstimo, ou seja, quando uma mulher dispõe-se a doar temporariamente seu útero para a obtenção de uma criança, a qual deverá ser entregue ao casal com o qual foi feito o contrato de “locação de útero”, o que desafiou as regras legais vigentes, havendo necessidade de uma revisão imediata desses preceitos jurídicos. Não existe norma legal que ampare nem que a proíba essa prática, também chamada de sub-rogação do útero. Por essa razão, essa prática vem cercada de dúvidas e questionamentos que geram profunda perplexidade no meio social e grande cautela entre os juristas.

LEITE (1995) ensina que a invocação do artigo 1597 do Código Civil faz recair a presunção legal sobre o marido, ou seja, ele é o pai dos filhos concebidos na

constância do casamento, já que, a presunção, em regra relativa, do referido dispositivo, pode ser elidida pelo marido mediante ação negatória de paternidade que é imprescritível, art. 1601. Não incidirá se o filho nascer antes de a convivência conjugal completar cento e oitenta dias.

Diferentemente da inseminação artificial homóloga, na inseminação artificial heteróloga, as questões revelam-se mais complexas, alerta LEITE (1995), porque esta forma de reprodução assistida contraria frontalmente os princípios que sempre fundamentaram a paternidade, além de envolver duas possíveis paternidades no processo de filiação: a paternidade biológica, do homem que doou o espermatozoide, e a paternidade legal, do marido estéril que consentiu na inseminação de sua mulher, ou seja, ainda que respeitados os lapsos legais da presunção da paternidade, a hereditariedade jurídica divergirá da biológica. Aqui, contrariamente ao que ocorre na inseminação homóloga, não mais se trata de avaliar o peso da presunção legal frente à verdade biológica, mas de questionar a validade da manutenção da presunção diante de uma certeza, ou ainda, de privilegiar o liame biológico (do pai doador) ou ainda, de saber que paternidade é essa assumida pelo marido que, desde início, está ciente da contribuição genética de um terceiro.

Merece especial atenção registrar que independente de sua origem – nascido de uma união de fato entre um homem e uma mulher, ou união homossexual, nascido da inseminação artificial homóloga ou heteróloga ou de mãe-de-aluguel, seja qual for a relação familiar dos pais entre si, e destes com seus filhos, deverá haver sempre a proteção do Estado.

Daí, a finalidade do denominado Biodireito, que fixa normas coercitivas que delimitem as atuações biotecnológicas, no sentido de ver respeitada a dignidade e

identidade do ser humano, bem como, sua vida (ALVES, 2002). Além disso, também é importante a conscientização de cada um quanto aos seus direitos e deveres nos relacionamentos objeto da opção.

4. QUESTÕES RELEVANTES

A inseminação artificial homóloga, como já dito, não gera maiores indagações jurídicas, já que se configura a paternidade biológica e legal, sem qualquer ruptura.

A questão polêmica seria da possibilidade ou não de o marido impugnar a paternidade se anuiu na inseminação artificial homóloga. Já na inseminação artificial heteróloga, os problemas jurídicos e morais são ainda maiores, tais como: saber se a impugnação da paternidade conduzirá o filho a uma paternidade incerta; se haverá conflito de paternidade, ou seja, se a criança terá dois pais, um jurídico e outro genético; se a ausência de consentimento do marido e, a inseminação provocada pelo marido, sem o acordo da mulher, mas com a conivência do médico, podem ou não ser motivo justificador da separação judicial; ou ainda, se o arrependimento do marido após a realização da inseminação artificial heteróloga pode justificar ação declaratória ou negatória de paternidade.

Também, polêmica é a situação já narrada, noticiada no Jornal O GLOBO em que um casal homossexual, formado por duas mulheres, que vivia junto há dois anos e sonhava ter filhos. Através de inseminação artificial com óvulo cedido por uma delas,

tendo um doador de sêmen desconhecido, obtiveram o nascimento de gêmeos gerados na barriga da outra mulher. Agora, pretendem uma certidão de nascimento para cada filho em que o nome do pai fique em branco e no nome da mãe constariam as duas mulheres.

As diretrizes traçadas pela Constituição Federal devem ser todas respeitadas e cumpridas ante as questões polêmicas que vêm surgindo paulatinamente, em decorrência da inseminação artificial. É preciso entender a dimensão do direito de procriar e analisar a filiação em face da inseminação artificial, considerando os direitos humanos, a preservação da integridade, da dignidade, os direitos da personalidade dos seres humanos, além do segredo e privacidade. Faltando quaisquer desses elementos garantidores do direito humano, qualquer ato de inseminação deverá ser prontamente repudiado.

Cabe ao Direito analisar e responder às múltiplas indagações produzidas pelas atividades biomédicas, com a finalidade de que a legislação, além de jurídicas sejam éticas, e preservem a dignidade humana em todos os sentidos.

O Conselho Federal de Medicina e uma fiscalização intensa para não marginalizar a Procriação Artificial podem contribuir positivamente nesta nova visão humana. Deve-se refletir sobre as técnicas conceptivas, apontar as conseqüências jurídicas que as situações poderão criar, e, principalmente, descobrir os remédios para sua possível solução, pois como disse ESER (1992), “a doação de gametas não é idêntica à doação de sangue: o sangue é totalmente absorvido pelo corpo de um terceiro, enquanto que o gameta, além de ser absorvido, perpetua a pessoa do doador na criança”.

A criação de vida humana em laboratório com o intuito de procriação deve se cercar de todas as cautelas para não afrontar a dignidade do homem deixando marcas indeléveis e traumas.

A pretensão de ter filhos se vulgarizou pelo aperfeiçoamento de técnicas e descobertas biológicas inusitadas considerando a facilidade em se obter o esperma, óvulos e embriões congelados sobre os quais ainda não se definiram os direitos de propriedade (CASABONA, 2002).

As procriações artificiais vieram revelar a todos a necessidade de um suporte biológico, ético e psicossocial, além de qual será o real parentesco a ser definido.

Hoje, a criança pode ter três pais (o doador do esperma, o pai adotivo, o marido da mãe) e pode igualmente ter três mães (a mãe biológica, a mãe portadora e a mãe de recepção).

Esta é a motivação e justificativa, pois o tema é delicado, polêmico e precisa de cuidadosa legislação específica que abranja a maioria dos casos. E a urgência se apresenta como necessária ante aos fatos que surgem e se avolumam.

5. CONTEXTUALIZAÇÃO DO TEMA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A Constituição Federal do Brasil não é uma construção em decadência considerando o conteúdo do texto e suas Emendas posteriores. É um organismo vivo e

operante, garantindo os direitos dos seres humanos. O cerne dos direitos fundamentais do cidadão encontra-se bem delineado. O direito à vida, a família, os filhos, os Princípios da Igualdade, Dignidade Humana, Liberdade, Legalidade, responsabilidades da filiação, são pontos importantes do texto constitucional (artigo 5^a da C.F).

Quanto a filiação face à reprodução assistida, é fundamental que se assumam uma postura nova, frente a um novo contexto, um novo modo de ver e encarar a família.

Hoje, o conceito de paternidade extrapola os limites da geração genética ou biológica, bastando lembrar o exemplo da estipulação prevista no art. 227, § 6º da Constituição Federal, onde os filhos adotivos são considerados filhos do casal e o conceito jurídico da paternidade se apóia em fundamentos sociológicos e psicológicos.

Por outro lado, todos os filhos possuem iguais direitos e qualificações. Ajustes através de Emendas Constitucionais podem ser realizados adaptando-se ao comportamento da nova sociedade, cujos integrantes fazem opção pela reprodução assistida.

Já o Código Civil menciona algumas técnicas de reprodução assistida, mas não vai além, ou seja, não autoriza e nem regulamenta a reprodução assistida, apenas constata a existência da questão, visto que a matéria deverá ser tratada por lei específica. Para tanto basta analisar o artigo 1597 do mencionado Diploma Legal. Importante registrar que, em relação à inseminação artificial heteróloga, a inclusão do inciso V ao referido artigo foi importante, para reforçar o entendimento de que ao dar o consentimento, o marido assume a paternidade (LEITE, 1995).

Todos os profissionais que militam na esfera deste tema, tais como, médicos, enfermeiros, biólogos, doadores, proprietários de laboratórios precisam ser regidos por uma legislação específica quanto às respectivas responsabilidades. Não tem

sido o bastante o que vem sendo realizado pelo Conselho Federal de Medicina através da Resolução 1358 que adotou normas éticas e regulamentou o procedimento das clínicas e médicos que lidam com a reprodução humana assistida.

É preciso maior esclarecimento à população quanto às técnicas que auxiliam na resolução dos problemas de infertilidade humana; como é o processo de procriação; quais são os tratamentos contra a infertilidade que antecedem à inseminação; formalização da manifestação de vontade dos doadores e dos pacientes inférteis. Também, uma fiscalização rigorosa faz-se necessária para evitar a banalização do instituto da reprodução humana assistida.

Cumprindo observar, segundo SCARPARO (1991), que a reprodução assistida tem lugar a partir da impossibilidade biológica ou física de casais em alcançarem a procriação pelo sistema tradicional da união sexual entre homem e mulher.

A impossibilidade de fecundação pelas vias normais é a razão pela qual os casais buscam desesperadamente técnicas que visam alcançar a procriação.

Nesta linha de raciocínio, as técnicas de reprodução assistida ou de procriação artificial humana, como alguns preferem denominar os meios de reprodução humana não naturais, alargaram-se e avançam diariamente na busca de métodos mais seguros, menos danosos. Atualmente é divulgada a existência de cinco métodos: a inseminação artificial (AI ou IA), método mais simples da fertilização assistida; a fertilização ou fecundação *in vitro* (IVF ou FIV), também denominada como "bebê de proveta"; a transferência intratubária de gametas (GIFT); a transferência peritoneal de gametas (POST) e a transferência intratubária de embriões (ZIFT), conforme nos ensina BARBOZA (1993).

Tais técnicas podem ser utilizadas ora de forma homóloga, ora de forma heteróloga. Também outras formas vêm surgindo, como o noticiário jornalístico divulgou, ocorrendo entre duas mulheres que vivem juntas, pois todos têm o direito de buscar sua felicidade, desde que respeitadas as normas já existentes e considerando sempre a dignidade humana e as respectivas responsabilidades na inseminação artificial, que no caso, não implica na retirada do óvulo da mulher, ocorrendo a fecundação com o sêmen do doador no próprio organismo feminino, portanto, de natureza intracorpórea.

Verifica-se na atualidade da orientação doutrinária, que o pai ou a mãe não se definem apenas pelos laços biológicos que os unem ao menor, e sim pelo querer externado de ser pai ou mãe, de então assumir, independentemente do vínculo biológico, as responsabilidades e deveres em face da filiação, com a demonstração de afeto e de querer bem à criança (BARBOZA, 1993).

Melhor esclarecendo, os avanços científicos e tecnológicos das técnicas de reprodução assistida, garantem o surgimento de uma família cujos pais sentem-se plenamente satisfeitos com a chegada do filho, ou seja, além da filiação biológica, há também, a filiação afetiva, ou sócio-afetiva como preferem alguns, devendo-se sempre levar em conta o Princípio do Melhor Interesse da Criança.

6. BIODIREITO E BIOÉTICA

Quanto ao tema em discussão, importante fazer uma pausa para comentar o Biodireito e a Bioética. Com efeito, o Direito voltado a organizar as liberdades

decorrentes das dimensões biotecnológicas que sem cessar despontam, com uma visão maior de revisor e guardião de valores fundamentais da esfera humana, que se estrutura e opera sob sua nova ordem, tem a denominação de Biodireito. Já a Bioética se preocupa com os princípios estabelecidos pela Constituição da República, como o respeito aos direitos fundamentais, direito à vida, paternidade responsável, melhor interesse da criança e do adolescente e ainda com a dignidade da pessoa humana (CASABONA, 2002). Em outras palavras, a bioética seria um conjunto de reflexões filosóficas e morais sobre a vida em geral e sobre as práticas médicas em particular. Preocupa-se com o comportamento humano na área das ciências da vida, procurando averiguar o que seria lícito ou científico fazer através da reprodução.

Acrescente-se ainda, a necessidade de se mencionar a Lei da Biossegurança, (Lei 11.105/2005), que regulamenta o uso de embriões para pesquisa. No entanto, só poderão ser utilizados os que estiverem congelados há mais de três anos. Assim como se exige a autorização dos genitores para uso e de um comitê de ética para realização do estudo.

Recente notícia veiculada no Jornal O GLOBO de 24/07/09, p. 32 (“Nova geração de clones: cientistas transformam células adultas em embriões e criam camundongos”), revela que cientistas chineses teriam conseguido clonar animais saudáveis a partir de células adultas reprogramadas para se tornarem embrionárias (denominadas células iPS), ou seja, viabilizou-se a possibilidade de produzir células-tronco a partir da pele para gerar tecidos e, eventualmente, órgãos para transplante, além da possibilidade de clonagem de espécies ameaçadas de extinção. Como se sabe, as células embrionárias são as preferidas pelos cientistas, já que têm potencial de se transformarem em qualquer tipo de tecido. Mas os cientistas advertiram quanto a

imoralidade da manipulação das referidas técnicas na ajuda de casais inférteis a terem seus próprios filhos biológicos. Tal pesquisa representa, portanto, potencial surgimento de novas questões polêmicas acerca da reprodução artificial.

A Lei proíbe expressamente a comercialização de embriões, a engenharia genética e a clonagem. Foi motivo de grande repercussão em nossa sociedade, sendo inclusive, convocada uma audiência pública pelo Supremo Tribunal Federal em 20.04.07.

Posteriormente a Suprema Corte por seis votos a cinco, proclamou a tese da natividade, ou seja, entendeu-se que a personalidade humana começa com o nascimento com vida (art. 2º do Código Civil de 2002), aprovando, por consequência, a constitucionalidade da Lei de Biossegurança. Naquela oportunidade, o Relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ministro Carlos Ayres Britto fundamentou seu voto em dispositivos da Constituição Federal que garantem o direito à vida, à saúde, ao planejamento familiar e à pesquisa científica. Destacou, também, o espírito de sociedade fraternal preconizado pela Constituição Federal, ao defender a utilização de células-tronco embrionárias na pesquisa para curar doenças (ADI 4510/ DF – Informativo 497 do STF).

Necessário esclarecer ainda que, o Poder Público através do SUS, (Sistema Único de Saúde) tem procurado atender aos casos de reprodução assistida. Mas, as dificuldades são muitas e o serviço não é abrangente.

Também deve ser consignado que uma recentíssima mudança na Lei 9656 de junho de 1998 modificou parte do texto para atender e amparar nos planos de saúde, aquelas pessoas desejosas de ter filhos. Apenas intervenções como vasectomia,

laqueadura de trompas e o uso de DIU (dispositivo intra-uterino) tinham as despesas cobertas. Agora, os planos de saúde estão obrigados, a partir de 12 de maio de 2009, a arcar com as despesas de tratamento de fecundidade, dando uma nova feição ao planejamento familiar.

Os métodos de concepção, como de fertilização, devem onerar os planos de saúde que terão que se adaptar às novas regras. Segundo dados existentes, a reprodução assistida tem custos que variam entre vinte a quarenta mil reais nas clínicas particulares do País.

Ressalte-se ainda que em junho de 2009, o Jornal O GLOBO de 17/06/09, p. 15 (“Rede estadual de saúde vai oferecer terapias naturais”) noticiou que o Governador Sérgio Cabral sancionou uma Lei de autoria da Deputada Inês Pandeló, criando na rede estadual de saúde do Estado Rio de Janeiro o Programa de Terapia Natural, estabelecendo que os hospitais públicos terão de oferecer especialidades como aromaterapia, cromoterapia, floral e até hipnose. Para tanto, a Secretaria Estadual de Saúde pretende elaborar um plano de ação para implementar tal serviço.

Com mais este apoio do núcleo de medicina alternativa, todas as pessoas envolvidas na inseminação artificial poderão contar com essa terapia natural, inclusive psicológica, se necessário. Como se sabe, quando o litígio surge em torno da reprodução assistida, as partes geralmente precisam de um apoio terapêutico.

Com esse passo e avanço legal, as pessoas terão melhores e maiores chances e oportunidades de realizarem o sonho da procriação humana, pois o obstáculo econômico ficou superado ou facilitado.

Como é sabido, as pessoas que fazem a opção por ter um filho por esse procedimento podem desejá-lo em excesso, e ao mesmo tempo, podem se encontrar

fragilizadas por não obtê-lo de forma simples e natural. Por isso, a imprescindibilidade de todos os meios e condições à disposição dessas pessoas.

Outro aspecto a ser considerado de enorme importância é a sensatez, honestidade, responsabilidade e ética de todos os profissionais envolvidos na reprodução humana assistida, sob pena de causarem sérios prejuízos e desserviços à causa e aos pacientes (CASABONA, 2002). Os profissionais do ramo, médicos, enfermeiros, psicólogos, biólogos, donos de laboratórios, dentre tantos outros, devem juntar às suas experiências e preparação técnica, know-how e aprendizado com a moralidade ética e respeito.

Faz-se este comentário ante ao artigo publicado pelo Jornal O GLOBO no dia 24/06/09, p. 10, sob o título “Ginecologista é indiciado por estupro e atentado violento ao pudor – especialista em reprodução é acusado de ter cometido crime contra pacientes”.

Narra esta matéria jornalística que um famoso ginecologista de São Paulo, especialista em reprodução humana, conhecido como o médico que ajudou celebridades como Pelé a ter filhos e com mais de 20 mil clientes em seu currículo, teria sido indiciado por estupro e atentado violento ao pudor contra suas pacientes. Segundo a reportagem, há mais de um ano começaram a surgir denúncias contra o médico, após uma ex-paciente ter afirmado em uma entrevista que teria sido abusada sexualmente por ele. As pacientes que acusam o médico possuem entre 30 e 45 anos e residem em vários Estados brasileiros e tiveram as suas identidades mantidas sob sigilo conforme decisão da Ministra do Supremo Tribunal Federal Ellen Gracie.

Isto jamais poderia acontecer e espera-se que não tenha ocorrido no caso concreto e comentado, pois os pacientes não podem ter tamanha frustração sendo vitimizadas exatamente por profissionais que deveriam trazer a solução e a felicidade.

7. MANIFESTAÇÕES DOS TRIBUNAIS

Quanto as decisões dos Tribunais, o posicionamento das questões de alta complexidade são nos seguintes sentidos:

A 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (Agravo de Instrumento nº 70018249631), sob a relatoria da Desembargadora Maria Berenice Dias já pacificou o entendimento de que afetividade é uma realidade digna de tutela, não podendo o Poder Judiciário afastar-se da realidade dos fatos.

Por sua vez, a 10ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (Apelação Cível nº 2006.001.12185) decidiu que quem registra voluntariamente como sua filha gerada por inseminação artificial e sabendo desta condição, não pode pretender anulação do registro de nascimento. No mesmo sentido foi o acórdão da 3ª Câmara Cível do mesmo Tribunal (Apelação Cível nº 2005.001.11239), pois considerou haver presunção de conhecimento da inseminação artificial heteróloga, que resultou no nascimento dos filhos.

No mesmo contexto, decidiu a 4ª Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (Apelação Cível nº 2007.029396-7) que a inexistência de vínculo genético entre o pai registral e a filha adotiva não exclui a

paternidade socioafetiva demonstrada. O reconhecimento voluntário da filiação através de registro civil, sedimentado por elos de afetividade caracteriza relação paterna-filial socioafetiva em ato irrevogável, mormente quando ausentes quaisquer vícios formais ou materiais maculando a higidez do ato. No conflito entre paternidade socioafetiva e biológica, prevalece aquela, fulcrado no princípio constitucional da dignidade humana

O Tribunal de Justiça de São Paulo, 4ª Câmara de Direito Privado (Apelação Cível nº.166.1 80.4/7-00) entendeu que se o registro de óbito constou que o falecido não deixava filhos, o nascimento posterior em decorrência de fertilização "in vitro", com utilização de sêmen deixado pelo falecido não configura erro a justificar a retificação da certidão de óbito.

8. POSICIONAMENTO FILOSÓFICO-JURÍDICO-SOCIAL QUANTO À MATÉRIA

A dignidade da pessoa humana é o núcleo essencial dos direitos fundamentais ou a fonte jurídico-positiva dos direitos fundamentais.

O que caracteriza o ser humano e o faz dotado de dignidade especial é que ele nunca pode ser meio para os outros, mas fim em si mesmo. Consequentemente, cada ser humano é fim em si mesmo e o Estado existe em função de todas as pessoas e não estas em função do Estado. A dignidade humana é um dos elementos imprescindíveis de atuação e proteção do Estado Brasileiro. É um valor absoluto e insubstituível.

Partindo do respeito à dignidade humana, é direito da pessoa o planejamento familiar, artigo 226, § 7º da Constituição Federal.

Em relação apenas à maternidade, o princípio segundo o qual a mãe é sempre certa (*mater semper certa est*) ficou literalmente abalado pelas novas técnicas de Reprodução Assistida. Atualmente, a certeza em relação à maternidade mostra-se abalada, tendo em vista que a mãe pode ser a que esteja gestando o filho, pode ser a que forneceu o óvulo para fecundação ou ainda a que recebeu o óvulo de uma terceira pessoa e que contratou a barriga de substituição para gestá-lo (mãe socioafetiva).

O ordenamento pátrio consagra a idéia de que a mãe é a que gestou e deu à luz.

Se a mãe doadora do óvulo for inseminada com sêmen de seu marido ou de terceiro e ela própria gestar o concebido, não restam dúvidas de que será declarada a mãe da criança, tendo em vista a coincidência dos atributos genético, socioafetivo e gestacional.

A questão de maior complexidade ocorre quando a mãe gestante for diferente da mãe biológica ou da mãe socioafetiva que é exatamente o caso relatado na reportagem do Jornal O GLOBO.

Poderá, nestes casos, ocorrer o conflito negativo ou positivo da maternidade.

O conflito positivo ocorre quando várias mães reivindicam para si a maternidade da criança. O conflito negativo ocorrerá quando nenhuma das mães assumir a maternidade da criança.

Diante dos conflitos apresentados, a solução que melhor se mostra e que melhor se coaduna com a tendência doutrinária e legislativa mundial é a de se atribuir maternidade à mãe que gestou a criança. Esta solução poderá ser modificada quando

ficar evidente que a mãe gestante, por não ser mãe biológica, não tiver condições de cuidar da criança (psicológicas e sociais) entregando-se a criança à mãe que melhor atender aos seus interesses (biológica ou socioafetiva).

É admitida a inseminação de mulheres solteiras, separadas ou viúvas, além da fecundação artificial homóloga e heteróloga. Não é possível atribuir ao doador qualquer vínculo de filiação. Deve ser usado por analogia, o instituto da adoção, devendo a criança ser registrada somente em nome de uma mãe. No caso, a mãe que deu à luz constará no assento de nascimento dos gêmeos. Ela manifestou sua intenção quanto a maternidade, desde o início.

Ficou descartada a hipótese de “barriga de aluguel”. A mulher que gestou e deu à luz os gêmeos assumiu e levou adiante o sonho da maternidade. Por outro lado, os que doaram os componentes genéticos abdicaram voluntariamente da paternidade e maternidade da mesma forma que o faz quem entrega uma criança para adoção ou quem perde o poder familiar. Lembre-se, no entanto, que o direito ao reconhecimento da origem genética é direito personalíssimo da criança, não sendo passível de obstaculização, renúncia ou disponibilidade por parte da mãe.

Caberá a outra mulher contribuir com sua grandeza, na criação das crianças, sempre levando em conta o princípio da dignidade humana e o melhor interesse dos menores. Afinal, o melhor conceito que hoje se faz do pai ou da mãe é aquele que se revela no comportamento cotidiano, de forma presente, saudável, sólida e duradoura, capaz de estreitar os laços com a criança numa relação psico-afetiva, tratando-a como verdadeiro filho. É quem se preocupa com o bem-estar do menor, sua saúde e educação, dentre tantos outros aspectos.

Em tese, esta seria a solução da questão numa visão perfunctória dos fatos e das provas, somente possíveis de exame aprofundado pelos operadores do direito que tiverem acesso aos respectivos autos do processo.

Como se sabe, o Juiz de Direito que vier a decidir é mais um ser humano integrado na sociedade e por isso pode senti-la e enxergar seus desequilíbrios sociais, morais e econômicos. Diante de eventuais imperfeições das regras ou na ausência destas, deve o profissional fazer os contornos jurídicos necessários como seu intérprete para evitar que se cometam injustiças em casos concretos. Certamente, há que se buscar o verdadeiro alcance, conteúdo e finalidade da Constituição Federal e assim, atender o bem.

CONCLUSÃO

Os avanços médicos-científicos e a disseminação das técnicas de reprodução humana assistida devem sempre respeitar o Princípio da Dignidade Humana. O biologismo deixou de ser um critério absoluto para a procriação, passando a ser igualmente relevante o critério da reprodução assistida.

Conflitos de paternidade e maternidade surgem a cada dia, considerando que os dispositivos do Código Civil em vigor que tratam da matéria ainda são insuficientes para abranger o direito à procriação, pela via artificial, considerando o direito ao planejamento familiar.

A relação de parentesco daí advindas, o direito sucessório, direitos e obrigações, o anonimato e o direito da criança, o direito à vida, filiação, são assuntos que merecem destaque e uma regulamentação legislativa especial a ser criada.

Finalmente, registre-se, o Direito evolui, progride e se aperfeiçoa buscando se adaptar às novas exigências da sociedade que se forma com seus próprios valores, estabelecendo regras até então desconhecidas para reger as relações jurídicas entre as pessoas que fazem a opção pela Reprodução Humana Assistida.

Deve-se encarar essas novidades com respeito e entusiasmo, e não com medo, porque é inútil temer o que não se pode evitar. Um rio não deixa de correr jamais e assim é o progresso da sociedade.

REFERÊNCIAS

ALDROVANDI, Andréa. FRANÇA, Danielle Galvão, *A reprodução assistida e as relações de parentesco*. **Jus Navigandi**, Teresina: 2002.

ALVES, Luiz Victor Monteiro. *Os novos direitos e os conflitos jurídicos*. **Jus Navigandi**, Teresina: 2002.

BARBOZA, Heloisa Helena. *A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização in vitro*. Rio de Janeiro: Renovar. 1993.

CASABONA, Carlos Maria Romeo. *Biotecnologia, Direito e Bioética*. PUC Minas, 2002.

ESER, A. *Genética humana: aspectos jurídicos e sociopolíticos*. Revista Portuguesa de Ciência Criminal, 1992.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações Artificiais e o Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

MOREIRA FILHO, Jossé Roberto. *O direito civil em face das novas técnicas de reprodução assistida*. **Jus Navigandi**, Teresina: março/2002.

SCARPARO, Mônica Sartori. *Fertilização. Questão aberta*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

SIMÃO, Peterson Barroso. *Contos de Família*. Rio de Janeiro: Canto das Letras. 2007.