

INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HETERÓLOGA A
MATRF
A determinação da maternidade em face da
"cessão de útero".

• GERSON CHEREM II

INTRODUÇÃO

À medida que o desenvolvimento da ciência, em especial da medicina, avança, tende a tornar sésseis as normas legais, incapazes de acompanhar o ritmo intenso das novas fronteiras nas relações sociais.
No tema de inseminação artificial, os problemas tornam-

se acentuados em face das conotações éticas, filosóficas, morais, religiosas e sociais que desencadeiam.

A ciência biológica denomina de reprodução assistida os métodos de procriação artificial, ou seja, aqueles métodos que, por prescindirem do ato sexual em si, exigem a intervenção da medicina. Valiosa a lição de D. Elio Sgreccia, compilada por Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Ney:

"O autor trata de duas formas de procriação artificial (ou reprodução assistida): a) a inseminação artificial; b) a fecundação *in vitro*. Descreve, para a primeira forma de procriação, a *inseminação artificial* propriamente dita e a *transferência de gametas para dentro das trompas* [...].

Vamos ao texto: a) *inseminação artificial*: Várias etapas introduziram essa nova tecnologia. A primeira delas foi a *inseminação artificial* [...] Como diz a expressão, inseminação artificial significa inserir o sêmen no corpo da mulher por meio de uma transferência feita artificialmente, mediante uma seringa, por via transabdominal, ou mediante um catéter, por via transvaginal. [...] Quando o sêmen é do esposo, trata-se de inseminação homóloga; quando ocorre a infertilidade também do esposo, a inseminação é feita com o sêmen de outro homem, e se chama heteróloga. A passagem para a inseminação heteróloga é uma situação dramática, com a constituição daquilo que veio a se chamar 'banco de sêmen'. O sêmen é comprado ou preservado de um doador. [...]. b) *transferência dos gametas para dentro das trompas*: "Depois de provocar a ovulação, usa-se uma seringa para aspirar dois óvulos; em seguida aspira-se uma bolha de ar, então, os espermatozoides previamente preparados, usando a mesma seringa. Separados pela bolha de ar, os dois óvulos, as vezes três, são inseridos numa trompa e se encontram com os espermatozoides dentro do corpo da mulher. Pode ocorrer que nenhum óvulo seja fecundado [...] às vezes, pode acontecer que sejam fecundados e aerados dois, três, quatro embriões, podendo esse número chegar até seis. Nesses casos, algumas vezes se propõe o aborto seletivo de alguns embriões, a chamada redução embrionária, pois a mulher não consegue levar adiante a gestação de todos os embriões juntos. [...].

Uma terceira técnica de fecundação artificial é a *fecundação extra-corpórea*, realizada em laboratório: é o bebê de proveta, como se costuma chamar, ou FITE (fecundação *in vitro* com transferência de embriões). Primeiramente, a mulher é submetida a estimulação hormonal maciça, para que produza de uma só vez entre oito e dez óvulos. [...] Depois, preservam-se esses óvulos, que não sabemos se são maduros ou saudáveis, pois foram produzidos forçadamente. Eles são levados para o laboratório numa pequena bacia, que deve conter um líquido semelhante ao que se encontra nas trompas da mulher. [...] no meio de cultura, os óvulos são aproximados dos espermatozoides. Os espermatozoides vêm do banco de sêmen, onde são guardados, congelados, a 190°C abaixo de zero. É importante dizer isso, pois o congelamento pode provocar danos. Eles são aquecidos até a temperatura de 37°C que é a temperatura do corpo, e aproximados dos

óvulos. Então ocorre a fecundação fora do corpo humano. [...] Aqui começam as complicações, pois quase todos os embriões fecundados são selecionados por meio de microscópio. Escolhe-se os que parecem, ao olhar do técnico, mais robustos. Os que parecem mal formados são descartados. É preciso dizer que esses embriões são seres humanos, são filhos. Depois de feita a fecundação, os embriões são transferidos para as trompas. Nessa passagem da proveta ao corpo da mulher, perdem-se muitos embriões. Imaginemos que o primeiro não pegue, o segundo também não: às vezes gastam-se todos os embriões e nenhum deles pega e, no mês seguinte, é preciso realizar um novo procedimento, pagando-se evidentemente o mesmo valor da primeira vez. Quando o embrião pega e começa a gravidez, os que não foram transferidos para o corpo da mulher são congelados e chamados de embriões supranumerários. Pela primeira vez, seres humanos vivos são congelados e chamados de *surplus*' (Elio Sgreccia, Reprodução assistida: questões de bioética, Núcleo II, 12)."

Afora os questionamentos de ordem moral, filosófica, religiosa e ética, outros tantos surgem no campo do Direito, quando se trata da reprodução humana assistida no que tange à paternidade e à maternidade.

A inseminação artificial homóloga, isto é, realizada com os gametas do homem e da mulher que compõem o casal, encontra razoável disciplina legal, posto que o Código Civil abarcou a hipótese no art. 1.597:

"Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

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;"

Portanto, na determinação da paternidade dos filhos nascidos de inseminação homóloga, o estatuto civil criou uma presunção *juris tantum*, que se espraia mesmo após a morte do suposto pai.

Para solução jurídica dos casos de fecundação artificial homóloga, a ciência fornece hoje um valioso instrumento, que praticamente torna despicienda qualquer discussão, qual seja, o exame de DNA, cuja probabilidade de acerto merece poucos questionamentos.

Levando-se em conta que o embrião é oriundo da fecundação do óvulo da mãe e do espermatozóide do pai, a perícia do DNA da criança deverá indicar, com alto grau de segurança, que os pais biológicos são os mesmos que recorreram à reprodução assistida.

Lamentavelmente, o Código Civil não teve o mesmo cuidado ao tratar da inseminação artificial heteróloga, e, malgrado seus avanços, olvidou por completo a questão da maternidade, cingindo-se apenas à paternidade, conforme se lê no aludido art. 1.597, do CC:

"Presumem-se concebidos na constância do

casamento os filhos:

[...]:

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

Tal circunstância não passou despercebida a Sívio de

Salvo Venosa:

"Advirta-se, de plano, que o Código de 2002 não autoriza nem requalifica a reprodução assistida, mas apenas constata lacunosamente a existência da problemática e procura dar solução ao aspecto da paternidade. Toda essa matéria, que é cada vez mais ampla e complexa, deve ser regulada por lei específica, por um estatuto ou microsistema. Com esses dispositivos na lei passamos a ter, na realidade, mais dúvidas do que soluções, porque a problemática ficou absolutamente capenga, sem a ordenação devida, não só quanto às possibilidades de o casal optar pela fertilização assistida, como pelas consequências dessa filiação no direito hereditário. É urgente que tenhamos toda essa matéria regulada por diploma legal específico. Relegar temas tão importantes aos tribunais acarreta desnecessária instabilidade social."

E prossegue o eminente magistrado:

"A ciência já avançou muito em matéria de fertilização assistida, em prol dos casais que padecem de infertilidade. [...]. Entende-se inseminação como forma de fecundação artificial, pela qual se dá a união do sêmen ao óvulo por meios não naturais. Vários são os métodos científicos para essa finalidade cujo estudo pertence à ciência biomédica. [...]. No Brasil, são utilizados todos os métodos proporcionados pela ciência biomédica internacional. Toda essa nova problemática levanta questões de ordem ética e moral que devem ser repensadas. Esse, talvez, o desafio mais crucial."

Além do Código Civil, existe tão só a Lei nº 9.263/96 a regular a matéria também de modo lacônico e genérico, quando trata do planejamento familiar, em consonância ao mandamento constitucional:

"Art. 4º O planejamento familiar orienta-se por ações preventivas e educativas e pela garantia de acesso igualitário a informações, meios, métodos e técnicas disponíveis para a regulação da fecundidade."

Nesse vácuo legislativo, o Conselho Federal de Medicina editou a Resolução nº 1.358/92 Alterado pela resol. 1957/2010, que adota normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, e serve de respaldo aos profissionais que atuam na área. Do referido texto, vale destacar:

"I - PRINCÍPIOS GERAIS

1 - 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 sido ineficazes ou ineficientes para a solução da situação atual de infertilidade.

2 - As técnicas de RA podem ser utilizadas desde que exista probabilidade efetiva de sucesso e não se incorra em risco grave de saúde para a paciente ou o possível descendente.

3 - O consentimento informado será obrigatório e extensivo aos pacientes inférteis e doadores. Os aspectos médicos

envolvendo todas as circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, assim como os resultados já obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico, ético e econômico. O documento de consentimento informado será em formulário especial, e estará completo com a concordância, por escrito, da paciente ou do casal infértil.

4 - As técnicas de RA não devem ser aplicadas com a intenção de selecionar o sexo ou qualquer outra característica biológica do futuro filho, exceto quando se trate de evitar doenças ligadas ao sexo do filho que venha a nascer.

5 - É proibido a fecundação de oócitos humanos, com qualquer outra finalidade que não seja a procriação humana.

6 - O número ideal de oócitos e pré-embriões a serem transferidos para a receptora não deve ser superior a quatro, com o intuito de não aumentar os riscos já existentes de multiparidade.

7 - Em caso de gravidez múltipla, decorrente do uso de técnicas de RA, é proibida a utilização de procedimentos que visem a redução embrionária.

II - USUÁRIOS DAS TÉCNICAS DE RA

1 - Toda mulher, capaz nos termos da lei, que tenha solicitado e cuja indicação não se afaste dos limites desta Resolução, pode ser receptora das técnicas de RA, desde que tenha concordado de maneira livre e consciente em documento de consentimento informado.

2 - Estando casada ou em união estável, será necessária a aprovação do cônjuge ou do companheiro, após processo semelhante de consentimento informado.

[...].

IV - DOAÇÃO DE GAMETAS OU PRÉ-EMBRIÕES

1 - A doação nunca terá caráter lucrativa ou comercial.

2 - Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa.

3 - Obrigatoriamente será mantido o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e pré-embriões, assim como dos receptores. Em situações especiais, as informações sobre doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do doador.

4 - As clínicas, centros ou serviços que empregam a doação devem manter, de forma permanente, um registro de dados clínicos de caráter geral, características fenotípicas e uma amostra de material celular dos doadores.

5 - Na região de localização da unidade, o registro das gestações evitará que um doador tenha produzido mais que 2 (duas) gestações, de sexos diferentes, numa área de um milhão de habitantes.

6 - A escolha dos doadores é de responsabilidade da unidade. Dentro do possível deverá garantir que o doador tenha a maior semelhança fenotípica e imunológica e a máxima possibilidade de compatibilidade com a receptora.

7 - Não será permitido ao médico responsável pelas clínicas,

unidades ou serviços, nem aos integrantes da equipe multidisciplinar que nelas prestam serviços, participarem como doadores nos programas de RA.

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 contra-indique a gestação na doadora genética.

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."

A HIPÓTESE EM EXAME: A MATERNIDADE NA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HETERÓLOGA COM ÓVULO DE DOADORA ANÔNIMA E "CESSÃO DE ÚTERO"

Como as fecundações artificiais vêm proliferando no país, desejo tratar, dentre várias, de uma complexa hipótese em especial, pertinente à maternidade: a inseminação artificial heteróloga com óvulo de doadora anônima e sêmen do marido, cuja gestação dá-se em útero de outra mulher ("cessão de útero").

Todavia, de plano não se deve olvidar que, subjacente à questão, remanesce o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, em especial da criança, por isso importante repisar a lição do jurista alemão Michael Kloepfer:

"Nessa declaração de que a cada homem também pertence a sua dignidade, revela-se a relação constitutiva entre vida e dignidade da pessoa humana. Ela leva, no mínimo, para efeitos de início da proteção constitucional, a um exato paralelo entre ambos os bens jurídicos iusfundamentais. Da mesma forma que a proteção iusfundamental da vida, também a proteção da dignidade da pessoa humana inicia, de acordo com a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, não apenas com o nascimento, e sim, em todo o caso, com a instalação do óvulo fecundado no útero, a nidacão. [...] Na segunda decisão sobre o aborto, o Tribunal decidiu, com base no § 10, inc. 1, primeira parte, do Direito Geral do Estado Prussiano, que a dignidade da pessoa humana já tocara à vida humana ainda não concebida, e não apenas à vida humana após o nascimento, ou com a personalidade desenvolvida. De qualquer forma, tratar-se-ia, da nidacão ao início do nascimento, de uma vida individualizada no processo de crescimento e desenvolvimento, não apenas para o ser humano, mas como ser humano. Assim, com vistas à inseminação artificial, até poderia ser recomendado antecipar o momento do início da proteção já para a fusão do óvulo com o espermatozóide."

Luiz Edson Fachin e Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk

aduzem:

"É necessário que o conteúdo da ação dos operadores jurídicos atenda, efetivamente, às necessidades que emanam da dignidade da pessoa. E as relações passíveis de disciplina pelo Direito Civil constituem seara fértil para uma práxis jurídica ética e emancipatória.

Os direitos fundamentais não são tutelados apenas por conta de sua positivação constitucional: se assim fosse, o lugar da codificação estaria sendo ocupado por outro Código, mais amplo, consubstanciado na Constituição. O direito é instrumento para uma racionalidade que o antecede: a que enfatiza a necessidade de servir à produção e à reprodução da vida e a dignidade. Antecede o jurídico uma dimensão ética, a ele indissociável, que lhe dá fundamento." (Grifos não constantes do original).

- "CESSÃO DE ÚTERO"

O primeiro aspecto a ser abordado é a "cessão de útero", destinada a gestar o embrião, fruto de inseminação artificial do óvulo de doadora anônima com o espermatozóide do marido.

Como inexiste no direito brasileiro qualquer proibição a respeito, entendo que é lícita a regulamentação do Conselho Federal de Medicina, embora parte da doutrina manifeste opinião contrária.

O Código Civil impõe, para validade do negócio jurídico, o objeto lícito (art. 104), sob pena de nulidade. Se não há lei que proíba a "cessão de útero", forçoso reconhecer sua licitude.

Valendo-se do método analógico, com espeque no art. 4º. da Lei de Introdução ao Código Civil, importante aporte à questão traz a Lei nº 9.434/97, que dispôs sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento, no seu art. 9º:

"É permitida [sic] à pessoa juridicamente capaz dispor gratuitamente de tecidos, órgãos e partes do próprio corpo vivo, para fins terapêuticos ou para transplantes em cônjuge ou parentes consanguíneos até o quarto grau, inclusive, na forma do § 4º deste artigo, ou em qualquer outra pessoa, mediante autorização judicial, dispensada esta em relação à medula óssea."

Nesse eito, a toda a pessoa capaz é permitido dispor de tecidos, órgãos e partes do próprio corpo vivo, para fins terapêuticos ou para transplantes, em benefício de outrem, mediante certas condições.

Por outro lado, Aurélio Buarque de Holanda Ferreira define gestação como "fenômeno de desenvolvimento, no útero, do produto da fecundação, e que compreende as fases ovular, embrionária e fetal, até que, finda a última, ocorre o nascimento". Em termos diversos, poder-se-ia afirmar que se trata de um processo biológico que tem início com a nidacão do zigoto no útero da mulher. Assim, admitida na lei a transferência de tecidos, órgãos e mesmo partes do próprio corpo para outrem, não há razões para se negar a cessão do útero para o desenvolvimento de embrião alheio, posto que isso seria um *minus* em relação à doação de órgãos, partes ou tecidos, que, em princípio, podem até mutilar o doador (por exemplo: transplante de rim).

Válido então realizar um coteio com a doação de medula óssea, que se regenera no doador, pois a cessão do útero também não causa sequelas permanentes na gestante, a qual, após o parto, volta ao seu estado

normal.

Portanto, ceder o útero significa albergar neste órgão o óvulo fecundado de terceiros para que, mediante processo gestatório, desenvolva-se uma criança. É, pois, o empréstimo de um local específico do corpo humano (órgão) para gerar uma nova vida, assim como na doação de tecidos, órgãos ou partes do corpo. busca-se salvar uma vida existente.

Tomada por parâmetro analógico, a Lei nº 9.434/97 possui o mérito adicional de afastar o caráter remuneratório da "cessão de útero", que, como recomenda a Resolução nº 1.358/92, deve pautar-se pela gratuidade, trazendo ínsito o caráter de solidariedade, nobreza e altruísmo do ato.

Assevera Ana Carolina Brochado Teixeira:

"Mesmo diante da relatividade do direito à procriação, que encontra limites, unicamente, no interesse da criança a ser concebida e gerada, deve ser respeitado como direito cujo conteúdo encontra-se implícito na Constituição, posto que subentendido nos Princípios da Dignidade Humana e da Livre Constituição de Família.

Nesse sentido, a gestação de substituição é uma das formas para que as mulheres impossibilitadas de gerar concretizem a maternidade desejada. É avençado um pacto entre ela e a futura portadora do embrião, que deve ser revestido pela gratuidade. Caso contrário, haveria violação ao Princípio da Dignidade, que não pode ser tolerado [sic]."

Idêntico posicionamento tem o jurista Arnaldo Rizzardo, ao discorrer sobre análise técnica do tema:

"A função de gestadora sugere uma série de compromissos e posturas que a mulher assume com os pais genéticos. Embora não tenha qualquer participação na fecundação ou no fornecimento do óvulo, ela converte-se em prestadora de serviços relativamente aos pais genéticos e ao futuro feto. Os serviços vão desde a prestação de alimentos, respiração, calor, ambiente próprio para o crescimento do embrião e posteriormente feto, até uma série de condutas que deve assumir, como a observância de hábitos alimentares, moderação nos esforços físicos, consultas médicas regulares etc.

A prestação de serviços, também conhecida como locação de serviços, é a figura que melhor se afeioa a esta espécie de função, encontrando-se presentes seus elementos no respectivo conceito, considerado como contrato sinalagmático em virtude do qual uma parte (o locador) obriga-se a prestar à outra (obrigação de fazer) certos serviços, que essa outra (o locatário) obriga-se a remunerar (obrigação de dar).

O art. 1.216 do Código Civil apresenta a dimensão do objeto: 'Toda a espécie de serviço ou trabalho lícito, material ou imaterial, pode ser contratada mediante retribuição.'

No desenrolar da contratação, emergem os seguintes caracteres da prestação de serviços: a) bilateralidade, pois o acordo origina obrigações para ambas as partes, isto é, a disponibilidade do útero para a prestadora de serviços e a remuneração para os titulares do sêmen e do óvulo; b) onerosidade, o que decorre da própria bilateralidade, ou seja, origina obrigações e benefícios para um e outro; c)

consensualidade, já que se considera perfeito o ato com o simples acordo de vontades, independentemente da forma externa, ou escrita; d) comutatividade, no sentido de impor a equivalência entre as prestações e as vantagens mútuas. [...].

O consentimento envolve aspecto mais complexos. Não se restringe simplesmente à opção da mulher em servir de gestadora, mas no sério compromisso de entregar a futura criança aos pais genéticos. Sabe-se que a situação pode trazer forte carga emocional e afetiva, pois o instinto natural conduz a um evidente apego à criança, podendo futuramente a gestadora não mais aceitar a condição de alimentante e protetora do feto. Mas, pelos estritos termos do contrato, imperará o dever de efetuar a entrega aos pais, que efetivamente deram vida ao novo ser humano."

Contudo, na hipótese vertente, diante do útero cedido para gestação de óvulo advindo de mulher anônima, fecundado pelo sêmen do marido, como se determina juridicamente a maternidade?

Há quem advogue que a mãe seria aquela que deu à luz. Mas, adiante, esta não se afigura a melhor solução.

Com efeito, anotou Ana Carolina Brochado Teixeira:

"A simples determinação do parto, não confere à parturiente nenhum poder de vontade. Não significa que aquela criança foi desejada e sonhada por aquela 'mãe'.

Assim, está-se descobrindo a maternidade de intenção, atribuindo-lhe um sentido singular: o da verdadeira maternidade. O amor incondicional se revela no desejo de ter um filho, 'que posteriormente se amplia no envolvimento de entrega e no alicerce da compreensão'."

Para adiante concluir:

"A verdadeira mãe é aquela que intencionou ter um filho e viu-se impossibilitada de concebê-lo em razão de problemas físicos, uma vez que a maternidade atravessa caminhos do afeto, e este, por sua vez, percorre as trilhas do desejo.

Certa está a Psicanálise, ao afirmar que 'a filiação não é tão evidente assim: não basta gerar'."

Não dissente Calmon Noqueira da Gama:

"[...] a solução a respeito da maternidade jurídica, *data venia*, não pode ficar à mercê daquela (ou daquelas) que envolveram suas ações em tal prática. Devem-se abstrair os fatos jurídicos da gravidez e do parto, levando em conta que a concepção se dá em momento anterior a tais fatos e, desse modo, os pressupostos para o estabelecimento da maternidade e paternidade devem ocorrer antes da concepção. Nesse sentido, considerando a inexistência da relação sexual entre o homem e a mulher, mas verificando que a coniunção carnal foi substituída pela vontade vinculada a determinados outros pressupostos, como o projeto parental, é fundamental reconhecer que, para o Direito, apenas será mãe a mulher que desejou procriar, e não a mulher que engravidou. Como visto, todo o sistema jurídico da paternidade, maternidade e filiação se assentou no pressuposto fático da conjunção carnal como sendo o fato gerador dos vínculos de parentalidade-filiação e, assim, inexistindo tal pressuposto-fático, ficam

abalados os demais fatos jurídicos que ensinaram a construção dos modelos clássicos (ou tradicionais) de parentesco decorrente da procriação carnal. Assim, a gravidez e o parto perdem a importância que lhes era conferida pela legislação, ao menos no campo da procriação assistida e, nesse sentido, é a vontade o pressuposto mais importante, independentemente dela haver surtido intensa (ou não) durante a gravidez na outra mulher. O momento importante para o estabelecimento da paternidade, maternidade e filiação é o momento da concepção e, se nessa época o pressuposto era fundamentalmente a vontade da mulher que desejou procriar, no campo da maternidade, o fator biológico deve ser desconsiderado, já que a gravidez e o parto são meras consequências da concepção. Em outras palavras: não haveria gravidez nem parto se não fosse a vontade da mulher que, no exercício do direito ao planejamento familiar, e no bojo do projeto parental formulado com seu parceiro, desejou procriar."

Portanto, a conclusão mais consentânea, no campo jurídico, será o afastamento da pretensão à maternidade da mulher que cedeu o útero, posto que ela se compraz somente no papel de prestadora do serviço de gestação e não beneficiária da técnica de reprodução assistida. Ademais, abstraído o fenômeno gestatório, nenhum liame existe de ordem parental, seja afetiva, seja genética (consanguinidade), entre a gestante e a criança. O projeto de planejamento da maternidade pertence à mulher infértil que desejou o filho, sendo a gestação (e consequentemente a gestante) mero itinerário para consecução do fim colimado: o nascimento da criança.

INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HETERÓLOGA A MATRE

Arredada a condição de mãe à gestante cedente do útero, resta, na hipótese em exame, a questão da maternidade na inseminação heteróloga, cujo óvulo adveio de doação anônima para ser fecundado pelo marido.

Para solucionar este aspecto do caso, deve-se socorrer novamente do método analógico e aplicar o disposto no art. 1.597, inc. V, do Código Civil, como já afirmado de início:

"Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

[...];

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

Verifica-se, todavia, que a norma de regência dispôs somente em relação à paternidade no que tange à inseminação heteróloga, cujo sêmen, evidentemente, não pertence ao marido. Entretanto, a hipótese em comento prevê justamente o contrário, o óvulo, inseminado pelo marido, não é da esposa, pois foi obtido de outra mulher abrangida pelo anonimato.

Guilherme Calmon Noqueira da Gama anotou:

"Como já foi mencionado, o doador – [...] – não adere a qualquer projeto parental (não há vontade), nem pratica qualquer ato de índole sexual com a mulher que engravidará diante da técnica conceptiva com o emprego de seu sêmen (não há risco) e, nesse sentido, não havendo qualquer dos pressupostos que seriam necessário para o estabelecimento

de sua paternidade no campo da reprodução assistida heteróloga, diante da própria circunstância de que não houve relação sexual (falta do fato gerador da procriação carnal), logicamente que o doador não poderá ser considerado pai da pessoa a nascer. Como acentua Guilherme de OLIVEIRA, o fornecedor de espermatozoides não é o *marinheiro irresponsável que deixa uma arávida em cada porto*, mas o interveniente responsável no procedimento médico-reprodutivo que age em solidariedade ao casal que não teria condições de procriar não fosse a doação de sêmen por ele feita, daí a razão pela qual ele não pode, em qualquer momento, ser considerado pai da criança a nascer. O mesmo pode ser dito em relação à doadora de óvulos, sendo oportuna a observação de que tais casos são menos frequentes. Assim, diante de gesto altruísta da pessoa do doador, logicamente que não há como reconhecê-la parente natural da (futura) criança, não tendo sequer sido constituído o vínculo parental entre ambos. [...]. Não há dúvida de que o não-estabelecimento de qualquer vínculo de parentalidade-filiação entre a pessoa que doou seu material fecundante para a procriação assistida heteróloga e a pessoa que foi concebida e nasceu em decorrência do emprego do material doado, representa exceção ao biologismo, exatamente por força da desconsideração da consanguinidade no campo do parentesco civil. Prevalece, como visto, o fundamento da vontade que, desse modo, norteia a parentalidade-filiação, excluindo, portanto, as pessoas que não manifestaram vontade no sentido da constituição de vínculos iurídico-familiares que as envolvesse: é a prevalência da parentalidade-filiação voluntária, fundada na perspectiva da verdade afetiva. Sob o prisma da filiação, é importante a segurança iurídica que proporciona à criança o estabelecimento da parentalidade-filiação com relação às pessoas (cônjuges ou companheiros) que a desejaram e que envidaram os esforços necessários por sua concepção. Tal como na adoção, a inexistência de qualquer vínculo parental com os doadores de gametas por um lado e a constituição de vínculos parentais com as pessoas dos cônjuges ou companheiros que tanto a desejaram por outro lado permitem a total integração da pessoa concebida com o auxílio da procriação assistida heteróloga na família de maneira a assegurar todos os seus direitos fundamentais, notadamente o direito à convivência familiar, da mesma forma que se verifica na adoção, com a ressalva de que nesta haverá nova família."

A solução iurídica está na Constituição Federal, com arrimo no princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e na igualdade perante a lei do art. 5º, I:

"Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;"

Nessa senda, tão só a interpretação analógica do inciso V, do art. 1.597, do Código Civil, poderá solver a tormentosa questão.

Assim, tendo o Código Civil aventado somente o reconhecimento da paternidade na inseminação heteróloga, por força da igualdade constitucional entre homens e mulheres (art. 5º, I), também deve haver o reconhecimento *a matre*, ou seja, como na hipótese analisada, quando o sêmen é do pai e o óvulo fecundado não pertence a quem quer ser a mãe, desde que manifesta a vontade de ambos nas assunções dos papéis paterno e materno.

A premissa constitucional de que homens e mulheres são iguais em direitos e deveres impõe, de maneira coerente, que à esposa seja conferido o mesmo direito que tem o marido em relação ao filho, segunda a regra do Código Civil. Só desse modo existirá verdadeira e real igualdade entre os sexos no casamento.

Na mesma linha de raciocínio estatui a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, no Protocolo nº 7 à Convenção para Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, em seu artigo 5º:

"Igualdade entre os cônjuges

Os cônjuges gozam de igualdade de direitos e de responsabilidades de carácter civil, entre si e nas relações com os seus filhos, em relação ao casamento, na constância do matrimónio e quando da sua dissolução. O presente artigo não impede os Estados de tomarem as medidas necessárias no interesse dos filhos."

De outro vértice, ao estudar o assunto, o Conselho da Justiça Federal, na I Jornada de Direito Civil, assentou nos enunciados:

"103 – Art. 1.593: O Código Civil reconhece, no art. 1.593, outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade socioafetiva, fundada na posse do estado de filho.

104 – Art. 1.597: No âmbito das técnicas de reprodução assistida envolvendo o emprego de material fecundante de terceiros, o pressuposto fático da relação sexual é substituído pela vontade (ou eventualmente pelo risco da situação iurídica matrimonial) iuridicamente qualificada, gerando presunção absoluta ou relativa de paternidade no que tange ao marido da mãe da criança concebida, dependendo da manifestação expressa (ou implícita) da vontade no curso do casamento."

Para arrematar, revela-se valiosa a percuciente doutrina exposta por Arnaldo Rizzardo:

"O filho nasce enquanto perdura o casamento. Há a presunção da paternidade ou da maternidade pelo fato do casamento. Expõe o professor espanhol JAIME VIDAL MARTÍNEZ, quanto à implantação de espermatozoides estranhos no útero da mulher, e de gestação com óvulo de outra mulher: 'Si el semen embrión humano transplantado al útero de una mujer, fue el resultado de una FIV, en la que utilizaron gametos procedentes de donantes, tratándose de una mujer

casada, también las reglas del Código facilitan la solución mas razonable: Que la paternidad v maternidad legal se atribuyan a personas que están casadas entre sí, que desean tener un hijo.'

A paternidade ou maternidade passou a fundar-se em nova explicação: o ato preciso da vontade. Na fecundação artificial, não há cópula. Mas este ato biológico é substituído pela vontade precisa de o próprio esperma e o óvulo seja usados para a fecundação de uma determinada mulher, ou para se ter um filho dela.

O vínculo da legitimidade do filho repousa no consentimento expresso dos cônjuges. É o que se denomina de 'vontade procracional' [sic], ou a prevalência do vínculo de paternidade ou maternidade repousa em razões de ordem espiritual. Predomina a vontade das partes, como aventa CARLOS CELSO ORCESI DA COSTA: 'Esta a fundamental diretriz que deve o direito adotar diante de tão novo problema jurídico: o prestígio da vontade das partes. Seria razoável supor que, por exemplo, o doador e pai biológico, consciente de sua doação impessoal, pudesse reclamar futuramente a paternidade do filho? Eis por que é recomendável que o direito tome partido, isto é, que fixe claramente sua diretriz positiva.'

A tanto chega esta forma de se adquirir a paternidade ou maternidade, que se deixa em segundo plano o elemento biológico. Se é considerado pai aquele que reconhece como filho uma pessoa que não é obra sua; e da mesma forma o marido que não quer imputar a paternidade do filho a ele atribuído, inobstante a segurança de sua incapacidade de procriação, como dar menor importância ao ato de vontade de uma pessoa que consente na inseminação do óvulo de sua esposa com o sêmen de terceiro?

Observa FRANCISCO HERNÁNDEZ RIVERO, citado pelo mestre argentino MIGUEL ÁNGEL SOTO LAMADRID: 'Sin embarco hoy existe una nueva realidad: es posible la prociación sin necesidad de relación sexual alguna, v sin que las personas que desean asumir la paternidad hayan aportado el material genético. Esta no es la filiación que conocíamos. No obstante, el acto de decidir que el niño naciera v el deseo de asumir la responsabilidad afectiva v material de la filiación, puede ser más noble que muchos nascimientos productos de un proceso natural, particularmente los no deseados o los resultantes de un atropello criminal.'

De modo que o filho nascido de inseminação heteróloga, ou mesmo o que se desenvolve em útero de outra mulher, deve ser considerado matrimonial. Desde, evidentemente, que desejado e expressa a vontade do marido, se outro homem fornecer o sêmen. [...].

Mas, havendo concordância, a paternidade e a maternidade apoiam-se na vontade de assumir a função de pai e de mãe, exteriorizada na conformidade com o emprego do procedimento fecundante." (Grifos não constantes do original).

• CONCLUSÃO

Em suma, pode-se seguramente afirmar, com esteio nas premissas constitucionais, legais e doutrinárias acima delineadas, que a maternidade da criança fruto de inseminação artificial heteróloga *a matre*, cujo óvulo – fecundado pelo marido – portanto proveio de doadora anônima e foi gestado por “cessão de útero”, é da mulher que planejou a concepção do filho no boio do projeto parental. Em outras palavras, a maternidade jurídica pertence àquela que ocupa a posição de beneficiária e destinatária final da reprodução assistida, desde que manifeste de modo inequívoco a sua vontade procriante.

Alfim, fica a lição imorredoura de Immanuel Kant:

“Pois o filho é uma pessoa e é impossível formar um conceito da produção de um ser dotado de liberdade através de uma operação física. Assim, de um ponto de vista prático, constitui uma idéia inteiramente correta e, inclusive, necessária encarar o ato de procriação como um ato pelo qual trazemos uma pessoa ao mundo sem seu consentimento e como nossa própria iniciativa, ação pela qual incorrem os pais numa obrigação de tornar a criança satisfeita com sua condição tanto quanto possam. [...], como tampouco podem simplesmente abandoná-lo à própria sorte, já que não trouxeram meramente um ser mundano, mas sim um cidadão do mundo a uma condição que não pode agora lhes ser indiferente, mesmo simplesmente de acordo com conceitos do direito.”