Pesquisa e Ação V2 N2: Setembro de 2016 **ISSN 2317-3793**
Edição Especial - Curso de Direito – 50 anos

REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA: ASPECTOS JURÍDICOS E CONTEMPORÂNEOS E A NECESSIDADE DE SUA REGULAMENTAÇÃO[1]

Meriane Almeida de Andrade[2]
Victor Athiê[3]
Luiz Fernando Prado Miranda[4]

Sumário

Introdução. 1. Principais aspectos da reprodução humana assistida e a necessidade de sua regulamentação. 2. Fecundação in vitro 4. Os embriões excedentários e sua situação jurídica 5. As novas configurações familiares e a reprodução humana assistida 6. Inseminação artificial heteróloga no código civil 7. Gestação de substituição ou mães de aluguel. Considerações Finais. Referências.

RESUMO

O presente trabalho aborda a utilização de algumas das técnicas de reprodução humana assistida e seus aspectos jurídicos perante a sociedade moderna. O acesso a estes procedimentos tem como escopo o direito à saúde, bem como os direitos sexuais e reprodutivos, previstos na Constituição Federal por meio do direito ao planejamento familiar, que reconhece a liberdade e a autonomia do indivíduo em decidir no que diz respeito a sua vida sexual e reprodutiva. Todavia, diante do aumento da utilização destas técnicas, surgem diversos questionamentos a respeito destas pois trazem reflexos diretamente em nosso ordenamento jurídico. Estes reflexos são agravados ante a ausência de uma lei especifica que delimite regras para coibir práticas que resultem em violação dos direitos dos indivíduos envolvidos, principalmente quanto à criança que será concebida. Por conta disto se faz necessária a edição de uma lei específica que acompanhe os avanços na área medicinal e científica bem como corresponda aos anseios da sociedade atual, sem ferir seus princípios basilares. A edição desta lei deve ter como alicerce regras relativamente permissivas, em beneficio do avanço científico sem, todavia intervir negativamente sobre a vida humana violando valores inerentes a sua essência.
Palavras - chave: Reprodução humana assistida. Aspectos contemporâneos. Aspectos jurídicos. Regulamentação.

ABSTRACT

This paper discusses the use of some of assisted human reproduction techniques and legal aspects before modern society. Access to these procedures is scoped to the right to health, and sexual and reproductive rights in the Federal Constitution through the right to family planning, which recognizes the freedom and autonomy of the ind ividual to decide regarding their sexual and reproductive lives. However, given the increased use of these techniques, there are many questions about these as they bring directly reflected in our legal system. These reflections are compounded at the absence of a law specifies that demarcates rules to curb practices that result in violations of the rights of the individuals involved, especially as the child will be conceived. Because of this if the issue is necessary for a specific law to monitor advances in medical and scientific area a nd meets the wishes of today's society without hurting its basic principles. The issue of this law must have a foundation relatively permissive rules for the benefit of scientific progress without however intervene negatively on human life in violation of values inherent in its essence.
Key - words: assisted human reproduction. Contemporary aspects. Legal aspects. Regulation.

1Este artigo foi elaborado como exigência obrigatória para conclusão do curso de bacharelado em ciências jurídicas da UBC, na disciplina de projeto integrador X e inserido em revista jurídica especializada.
2 Discente do Curso de Direito da Universidade Braz Cubas.
3 Docente do Curso Direito da Universidade Braz Cubas.
4 Docente do Curso de Direito da Universidade Braz Cubas.

INTRODUÇÃO

Desde os primórdios, devido a grande influência da sociedade existe a necessidade humana em perpetuar sua existência e transmitir seus valores bem como sua herança genética. A partir disto a reprodução humana assistida surgiu como uma solução para os problemas de fertilidade, objetivando subsidiar instrumentos para a realização do projeto parental dos casais que enfrentavam dificuldades nesta seara.

Todavia a evolução destas técnicas associada a maior evidência e aceitação das relações homoafetivas ou mesmo a ausência de um relacionamento afetivo, permitiu que as técnicas de reprodução humana assistida fossem cada vez mais aplicadas em casos em que a reprodução não é possível naturalmente, por motivos divergentes da infertilidade ou esterilidade.

O tema se faz relevante, pois o sistema jurídico não acompanhou no mesmo ritmo os avanços na área de reprodução humana assistida e com o aumento da utilização destas técnicas surgem diversos questionamentos sobre a aplicação de algumas delas, que refletem diretamente na sociedade e no ordenamento jurídico. Ainda hoje no Brasil, não existe uma lei especifica para tratar do assunto, que é regulado atualmente pela resolução nº 2121/2015 do Conselho Federal de Medicina, deixando sem delimitação legal o que é ou não permitido ao se reproduzir a vida artificialmente.

Diante do conjunto da pesquisa e sua análise, serão desenvolvidas observações acerca da necessidade da adequação legal para regulamentar a temática perante a sociedade moderna, bem como proposta uma reflexão, com base em pesquisas bibliográficas sob a ótica jurídica considerando a sociedade contemporânea e seus anseios, a partir disto será feita a reunião de argumentos com o objetivo de evidenciar a necessidade da criação de um dispositivo legal para tratar da matéria.

PRINCIPAIS ASPECTOS DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E A NECESSIDADE DE SUA REGULAMENTAÇÃO

O fator primordial para que se desenvolvessem as técnicas de reprodução assistida, indubitavelmente, foi a infertilidade, tendo em vista que a sociedade desde os primórdios considera a capacidade de procriação como uma benção e em contra partida a infertilidade como um defeito, e por vezes até castigo divino.

Todavia, atualmente de modo geral, estas técnicas são utilizadas para que o indivíduo independentemente das dificuldades enfrentadas por ele, tenha a possibilidade realizar seu projeto familiar.

Não há nenhuma proibição expressa em nosso ordenamento jurídico no que tange a utilização das técnicas de reprodução humana assistida, desde que seja respeitada a Lei nº 11.105, a lei de biossegurança que veda expressamente a manipulação genética das células germinativas bem como a intervenção em material genético in vivo, salvo quando com o objetivo de tratar defeitos congênitos, sempre respeitando os princípios éticos da autonomia e da beneficência, e ainda assim deve haver a aprovação prévia da Comissão Técnica Nacional de Biossegurança a CTNbio. Além disso, a referida lei proíbe a produção, armazenagem ou a manipulação de embriões exclusivamente com o fim de que sejam destinados a pesquisas.

Todavia, as questões decorrentes da utilização das técnicas de reprodução humana assistida vão além da manipulação científica de seres humanos, refletindo inevitavelmente em institutos jurídicos fundamentais ao Estado Democrático de Direito[5].

Conforme aduz a autora Silvia da Cunha Fernandes:

> A incompletude da ordem jurídica e o progresso das procriações artificiais exigem um real posicionamento do jurista, que se vê atado a antigas presunções para a solução de problemas anteriormente inimagináveis; todavia, na medida em que essas presunções se tornam relativas, criam-se dúvidas quanto às relações jurídicas por elas geradas, cabendo a sociedade se manifestar sobre essa nova realidade[6].

---

5 FERNANDES, Silvia da Cunha. As Técnicas de Reprodução Humana Assistida e a Necessidade de Sua Regulamentação Jurídica. p. 52.
6 Ibid., p. 57

Diante disto, com o aumento da utilização destas técnicas, cabe à ciência jurídica acompanhar as mudanças na sociedade, para que assim possa cumprir sua função social regulando as relações humanas, sem, no entanto desrespeitar os princípios básicos e fundamentais expressos ou implícitos na Constituição Federal.

Fecundação in vitro

A fecundação in vitro (FIV) é realizada a partir da retirada do óvulo maduro de dentro do ovário da mulher. Este óvulo será posteriormente combinado ao esperma em um tubo de ensaio (proveta) que reproduz artificialmente o ambiente das trompas de Falópio com o objetivo de que haja a fecundação. Após a fecundação extracorpórea, o embrião é inserido no útero da mulher, para assim completar seu desenvolvimento.

Ante a incerteza de que o embrião se fixará na parede uterina, para aumentar as chances de que o procedimento resulte na gestação, normalmente se procede com a implantação de mais de um embrião. Para tanto é necessária a extração de vários óvulos maduros, que é possível mediante a administração de medicamentos, hormônios que induzem a ovulação e consequentemente a maturação de vários óvulos simultaneamente, que serão extraídos e fecundados dando origem a vários embriões.

Com o intuito de resguardar a genitora e os embriões dos riscos decorrentes de uma possível gravidez múltipla, não é recomendável a implantação de todos os embriões fecundados, de uma só vez, na mesma mulher. “Na França limitou-se o número de embriões a serem transferidos a 3 ou 4 , congelando-se os excedentes prática que vem sido seguida em outros países”[7].

Ainda a este respeito, a autora Silvia da Cunha Fernandes aduz:

> Como estamos diante de vida humana, mesmo que in vitro, recomenda-se que todos os embriões produzidos e não transferidos ao ventre materno sejam criopreservados para uma posterior transferência, se esta se fizer necessária.[8]

7 FERNANDES, Silvia da Cunha. As Técnicas de Reprodução Humana Assistida e a Necessidade de Sua Regulamentação Jurídica. p. 47.
8 Ibid., mesma página

Ademais, a situação fática do solicitante pode mudar na decorrência do tratamento, como a ocorrência de doença grave ou morte, no caso de casais estes podem divorciar-se e decidir não mais realizar o procedimento, ou mesmo devido ao êxito do tratamento resultando em gravidez antes que sejam utilizados todos os embriões criopreservados[9], os quais restarão excedentes.

Os embriões excedentários e sua situação jurídica

Inicialmente, conforme o disposto no código de ética médica (resolução nº 1931/2009 do Conselho Federal de Medicina) em seu artigo 15 parágrafo 1° "nos casos de procriação medicamente assistida, a fertilização não deve conduzir sistematicamente à ocorrência de embriões supranumerários".

Todavia, por motivos alheios a vontade das partes conforme o estudado anteriormente existe a possibilidade de "sobrarem" embriões a partir da aplicação das técnicas de reprodução humana assistida, sendo estes denominados embriões excedentários.

Conforme o previsto na resolução nº 2121/2015 do conselho Federal de Medicina, seção V item 2, que expressa " o número total de embriões gerados em laboratório será comunicado aos pacientes para que decidam quantos embriões serão transferidos a fresco. Os excedentes, viáveis, devem ser criopreservados."

Daí surge o questionamento quanto qual a situação jurídica destes embriões, o que pode ser feito a este respeito, bem como qual a destinação que devem ter, visto a impossibilidade do aproveitamento dos mesmos em beneficio dos solicitantes do procedimento.

Ainda hoje, não existe uma destinação a ser adotada no que tange estes embriões que não gere debates em todos os níveis da sociedade. A polêmica em torno da destinação destes embriões tem início na extensão atribuída ao conceito de nascituro aos embriões produzidos em laboratório e ainda não implantados no útero materno, estando estes conservados pela criopreservação.

O artigo 2º do código civil vigente é taxativo ao dispor que a personalidade civil da pessoa começa a partir do nascimento com vida, mas o nascituro tem resguardados os direitos desde sua concepção.

9 A criopreservação consiste na conservação em nitrogênio líquido à temperatura de -196°C, preservando seu potencial de desenvolvimento embrionário preliminar, possibilitando desta maneira sua "vida" por um período indeterminado.

A este respeito são duas as teorias que buscam determinar a situação jurídica do nascituro: a teoria natalista e a teoria concepcionista.

A teoria natalista sustenta que para que se inicie a personalidade é exigível o nascimento com vida, antes disso esta não existe, contudo estão ressalvados desde a concepção os direitos do nascituro. Quando do nascimento com vida a sua existência, no que diz respeito a seus interesses, retrocede ao instante da concepção. [10]

A referida teoria tem como base a interpretação restrita e descomplicada da primeira parte do artigo 2º do código civil, todavia ao restringir a interpretação direta do referido artigo pode-se concluir que por conta do nascituro não ser dotado de personalidade, não é pessoa, e, portanto, deve ser tratado como "coisa". Ademais a exclusão da segunda sentença do artigo na interpretação deste, não considera a previsão da proteção do nascituro com paridade de condições as conferidas ao individuo já dotado de personalidade.

A teoria concepcionista aduz que a personalidade jurídica é adquirida antes do nascimento tão logo ocorra à concepção, estando ressalvados somente os direitos patrimoniais, ou seja, os direitos decorrentes de herança, legado e doação, ficando estes condicionados ao nascimento com vida.[11]

Conforme expressa a autora Maria Helena Diniz

> Poder-se-ia ate mesmo afirmar que, na vida intrauterina, tem o nascituro, e, na vida extra-uterina, tem o embrião personalidade juridica formal, no que atina aos direitos da personalidade, visto ter a pessoa carga genetica diferenciada desde a concepcao,seja ela in vivo ou in vitro[...][12]

Assim sendo, conforme o anteriormente exposto, podemos constatar que existem, independentemente do grau, direitos de que goza o nascituro, bem como o embrião in vitro tal qual o nascituro é potencialmente ser humano vivo, logo partindo da premissa de que não existe direito, ainda que em expectativa, sem que exista um titular, e como é sabido não existe a titularidade de direitos atribuída a individuo que não seja dotado de personalidade, não se pode negar a proteção jurídica ao embrião in vitro.

---

10 GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil esquematizado. p. 103.
11 Ibid., mesma página.
12 DINIZ, Maria Helena. Código Civil anotado. p. 35.

Conforme o entendimento da autora Maria Helena Diniz "O embrião humano congelado não poderia ser tido como nascituro, apesar de dever ter proteção jurídica como pessoa virtual, com uma carga genética própria. [13]"

No mesmo sentido se expressa o autor Eduardo de Oliveira Leite

> Os direitos do nascituro são tutelados desde a concepção, logo, o embrião, ainda que "*in vitro"* também se insere nesta proteção; isto é, o concepto é considerado sujeito de direito reconhecendo-se-lhe caráter de pessoa no exato momento da fecundação.[14]

Todavia, modernamente na medicina, há a consideração de que o embrião in vitro, antes da sua implantação no útero, ou seja, a nidação que se dá por volta do 14º dia após a fecundação, não pode ser considerado como um nascituro, dado o seu não desenvolvimento autonomamente, dando origem a expressão "pré embrião", conforme expressa a autora Letícia da Nóbrega Cesarino

> A principal força da tese dos 14 dias repousa em que este prazo coincide com a finalização de uma série de processos morfológicos que sustentam bem o argumento de que apenas a partir daí ter-se-ia de fato a vida humana *individual* (ou seja, in-divisível): aparece a linha primitiva, estrutura que virá a originar a coluna vertebral; o embrião não pode mais se dividir nem fundir-se; o conjunto celular que formará o feto separa-se das células que comporão os chamados "anexos embrionários" (placenta, cordão umbilical e demais estruturas de apoio); antes disso, as células são indiferenciadas internamente.[15]

Contrariamente a este entendimento, posiciona-se a autora Maria Helena Diniz

> Embora a vida se inicie com a fecundação, e a vida viável com a gravidez, que se da com a nidação, entendemos que na verdade o inicio legal da consideração jurídica da personalidade é o momento da penetração do espermatozoide no ovulo, mesmo fora do corpo da mulher.[16]

Ademais, Conforme expressa o autor Eduardo de oliveira Leite

> A teoria concepcionista – que certamente influencia bastante o mundo jurídico – admite ser o embrião, desde a fecundação, algo distinto da mãe e com uma autonomia genético-biologica que não permite estabelecer nenhuma mudança essencial em sua natureza até a idade adulta (salvo os óbvios atributos de tamanho e função).[17]

---

13 Ibid., p. 36
14 LEITE, Eduardo de Oliveira. Procriações artificiais e o direito. p. 387
15 CESARINO, Letícia. Nas fronteiras do "humano": os debates britânico e brasileiro sobre a pesquisa com embriões.
16 DINIZ, Maria Helena. Código Civil anotado. p. 36
17 LEITE, Eduardo de Oliveira. Procriações artificiais e o direito. p. 385.

Portanto, se faz necessário afirmar que não poderiam os genitores dispor do embrião in vitro, autorizando sua destruição ou mesmo seu aproveitamento em pesquisas e experimentos apesar de previsto na resolução nº 2121/2015 do Conselho Federal de Medicina, seção V, item 4, por estar garantido constitucionalmente ao embrião o direito a vida na mesma proporção em que alcança o nascituro.

Partilha deste entendimento o autor Edison Tetsuzo Namba, que expressa:

> Cada pessoa em concreto é um sujeito único e irrepetível, fim em si mesmo com uma dignidade incompatível com sua instrumentalização e coisificação. O ser embrionário deve ser respeitado como pessoa humana; assim, não só é inviável causar-lhe dano, como também se lhe devem dispensar, positivamente, a atenção e os cuidados que merece.[18]

Apesar disto, a Lei de Biossegurança prevê os casos em que é possível a utilização de embriões produzidos por fertilização in vitro e não utilizados nos procedimentos desde que sejam embriões inviáveis, congelados há mais de três anos sob a condição de que os genitores expressem seu consentimento.

Conforme o exposto, para afastar a hipótese de instrumentalização e objetificação da vida humana, deve-se primeiramente preencher a lacuna no que tange a definição da expressão embriões inviáveis, bem como o melhor esclarecimento sobre o tempo de criopreservação, pois conforme o estudado, apesar de reduzida a qualidade do embrião criopreservado, se este for capaz de conservar metade de suas células ainda assim pode se desenvolver normalmente. A respeito da autorização dos genitores quanto à destinação não nos parece lícito que estes possam dispor dos embriões excedentes, não pertencentes às hipóteses descritas pela lei de biossegurança, para fins em que restarão comprometidas a integridade física ou a vida do mesmo, portanto, nos casos em que por algum motivo os embriões não sejam aproveitados em beneficio dos solicitantes da técnica, para que estes não se desviem dos propósitos a que foram criados, devem os embriões excedentários ser doados, de forma altruísta com o objetivo de proporcionar a outro indivíduo incapaz de procriar esta possibilidade.

---

18 NAMBA, Edson Tetsuzo. Manual de bioética e biodireito. p. 36.

As novas configurações familiares e a reprodução humana assistida

Atualmente, o conceito de entidade familiar, sofre expressiva descaracterização consequente de um novo momento histórico: A revalorização das disparidades inerentes a cada indivíduo no que tange sexualidade, afetividade e biologia. Além disso, a modificação estrutural da sociedade advinda da evolução social contribuiu para o reconhecimento de novas configurações familiares divergentes do casamento. O vínculo familiar moderno apartou-se do modelo familiar tradicional, considerando atualmente o fator afetividade crucial para a configuração da família[19].

Ademais, conforme o entendimento de Maria Berenice Dias:

> Ora, a nenhuma espécie de vínculo que tenha por base o afeto pode-se deixar de conferir status de família, merecedora da proteção do Estado, pois a Constituição (I .º III) consagra , em norma pétrea , o respeito à dignidade da pessoa humana.[20]

Ao considerarmos a mudança nos padrões das relações afetivas aliada, a maior visibilidade das mesmas e que a pretensão de reproduzir-se não se encontra mais necessariamente inserida nos protocolos sociais que regulam o exercício da sexualidade, tampouco a sexualidade é prática indispensável para a reprodução humana, devido à possibilidade da procriação sem o emprego de relação sexual, não podemos afirmar nos dias atuais ser a reprodução humana assistida apenas a solução para problemas de fertilidade, visto que a reprodução humana assistida vem, cada vez mais, sendo inserida como alternativa para suprir os anseios das novas configurações familiares que assim como o modelo familiar tradicional nutrem o desejo de ter filhos, perpetuar seus valores e herança genética[21].

Não podemos olvidar que nos dias atuais, há um número crescente de utilização das técnicas de reprodução humana assistida nos relacionamentos homoafetivos, ou mesmo nos casos em que a mulher solteira, sozinha por conta da viuvez precoce ou não, divórcio ou separação, tem o desejo de ter sua prole independentemente da existência de um companheiro.

Conforme o entendimento da autora Maria Berenice Dias:

---

19 GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Filiação e Reprodução Assistida: Introdução ao tema sob a perspectiva do direito comparado.

20 DIAS, Maria Berenice, Manual de direito das famílias. p. 137.

21 “As famílias, todas elas, embalam o sonho de ter filhos e não há como limitar o uso das técnicas reprodutivas aos cônjuges ou a quem vive em união estável.” DIAS, Maria Berenice. Homoafetividade e Direito Homoafetivo.

> A concepção não mais decorre, necessariamente, de um contato sexual entre um homem e uma mulher. O sonho de ter filhos está ao alcance de qualquer um. Ninguém precisa ter par, manter relações sexuais, ser fértil para tornar-se pai ou mãe.[22]

Não parece justo que a mulher, dependa da condição de ter um companheiro ou cônjuge para que possa ser mãe, pois caso durante sua vida esta mulher não encontre um parceiro para que possa ter filhos, terá seu sonho frustrado mesmo que tenha condições em todos os aspectos de proporcionar a este filho os cuidados necessários para seu pleno desenvolvimento. A monoparentalidade é uma realidade atual, independentemente de sua origem, é crescente o número de famílias em que os filhos são criados somente pela mãe, existindo dificuldades que são superadas, podendo ou não causar possíveis traumas, pois para a criança é muito mais difícil ter um pai, saber de sua existência, e não receber afeto ou tê-lo presente.

É permitida, conforme a resolução do CFM n°2121/2015 a utilização das técnicas de reprodução humana assistida por pessoas solteiras, todavia é respeitado o direito de objeção do médico em realizar ou não o procedimento de acordo com sua consciência.

Por outro lado, há o entendimento de que para um desenvolvimento sadio, a criança, mesmo que por meio de reprodução humana assistida, deve ser concebida em um ambiente familiar onde esteja presente um casal, formado por um pai e uma mãe, o que seria denominado “natural”, mesmo que não se possa prever que esta relação seria duradoura. Segundo o autor Eduardo de Oliveira Leite “[...] se deseja-se crianças felizes, não se pode pensar em crianças decorrentes de famílias monoparentais, onde, desde o inicio, só há um representante, o pai ou a mãe[23].

Destarte

> O interesse da criança, que não pode, nem deve ser subestimado, impõe seu nascimento num lar onde existe uma relação heterossexual estável e afetuosa; em consequência, a concepção deliberada de uma criança por uma mulher ou homem que não participa de tal relação é moralmente e psicologicamente condenável[24].

A partir de seu entendimento o autor revela ao utilizar a palavra “impõe” para justificar o melhor interesse da criança que na verdade é a sociedade que pré conceitua as crianças advindas de uma relação afetuosa diferente da relação

22 DIAS, Maria Berenice. Os filhos do amor entre iguais.
23 LEITE, Eduardo de Oliveira. Procriações artificiais e o direito. p. 140.
24 LEITE, Eduardo de Oliveira. Procriações artificiais e o direito. p. 140.

heterossexual e que estas estão fadadas a dificuldades de ordem psicológica, além de submeter o homem ou a mulher que se socorreu da reprodução humana assistida a julgamento injustificado, visto que não há como afirmar que a criança concebida em um lar formado por pais heterossexuais será feliz bem como não podemos afirmar que uma criança concebida em uma família monoparental ou homoafetiva não o será.

Quanto à utilização das técnicas de reprodução humana assistida a autora Maria Berenice Dias partilha do seguinte entendimento: "Também as famílias homoafetivas precisam ter acesso à filiação, ainda que, enquanto casal, não consigam procriar"[25].

Posiciona- se contrariamente a estes pensamentos a autora Silvia da Cunha Fernandes que expressa:

> O casal, apto a se submeter às técnicas de procriação artificial, deve ser entendido como sendo um casal heterossexual vivendo em união estável, casado ou não; sempre se deve respeitar o direito da criança a ter um pai e uma mãe.
> Isto posto, deve ficar entendido que as pessoas solteiras viúvas, separadas, divorciadas, homossexuais ou transexuais estão impedidas de se socorrerem das técnicas de reprodução assistida, as quais visam atenuar os problemas de esterilidade de um casal.[26]

Ainda a autora apresenta:

> As técnicas de reprodução humana assistida não foram desenvolvidas para satisfazer caprichos ou vontades egoístas de certas pessoas, seu fundamento visa garantir um projeto parental ao casal estéril; não se pode querer equiparar "o direito de ter filhos" aos demais direitos fundamentais do homem, como o direito à vida, à liberdade, à igualdade; porque aquele nem chega a ser um direito e sim uma faculdade, o que existe é a liberdade de procriar.[27]

Todavia, não há vedação expressa em nosso ordenamento jurídico no que tange a utilização das técnicas de reprodução humana assistida, pois não há legislação específica que regule o assunto. Atualmente, a matéria é disciplinada pela resolução n°2121/2015 do Conselho Federal de Medicina, dispositivo deontológico sem força de lei que visa determinar os princípios éticos a serem seguidos pelos

---

25 DIAS, Maria Berenice. Homoafetividade e Direito Homoafetivo.
26 FERNANDES, Silvia da Cunha. As Técnicas de Reprodução Humana Assistida e a Necessidade de Sua Regulamentação Jurídica. p. 86 .
27 FERNANDES, Silvia da Cunha. As Técnicas de Reprodução Humana Assistida e a Necessidade de Sua Regulamentação Jurídica. Rio de Janeiro: Editora Renovar. 2005. p. 87.

médicos quando da utilização das técnicas de reprodução humana assistida. É importante salientarmos o STF na sessão de 5.5.2011 (ADI 4.277[28] e ADPF 132[29]) reconheceu e qualificou a união estável homoafetiva como entidade familiar[30], e por este motivo foi incluso desde a resolução n°2013/2013, anterior a de n°2121/2015, a utilização das técnicas de reprodução humana assistida por indivíduos em relacionamento homoafetivo, respeitando o direito de objeção do médico.

Neste sentido, o STF ratificou a inexistência da distinção entre família e entidade familiar, e, além disto, reconheceu que as entidades familiares podem ser formadas tanto por pessoas de sexo opostos quanto por pessoas do mesmo sexo.

O Ministro Luiz Fux em seu voto na referida ADPF 132 expos:

> É certo que o ser humano se identifica no agrupamento social em que vive, desde a sua célula mais elementar: a família. Permitir ao indivíduo identificar-se publicamente, se assim o quiser como integrante da família que ele mesmo, no exercício da sua autonomia, logrou constituir, é atender ao princípio da dignidade da pessoa humana; permitir ao homossexual que o faça nas mesmas condições que o heterossexual é observar o mesmo respeito e a mesma consideração – é tender à igualdade material consagrada na Constituição.[31]

---

28 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n°4.277/DF. RELATOR MIN. AYRES BRITTO. EMENTA: 1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA.

29 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 132/RJ. RELATOR MIN. AYRES BRITTO. EMENTA: 1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA.

30 Resolução CFM n°2121/2015. Publicada no D.O.U. de 24 de setembro de 2015, Seção I, p. 117.

31 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 132/RJ. RELATOR MIN. AYRES BRITTO.

Ao incluir na resolução do CFM a informação sobre o reconhecimento e a qualificação da união estável homoafetiva como entidade familiar, bem como a permissão da utilização das técnicas de reprodução humana assistida para os relacionamentos homoafetivos, objetivou o revisor a adequação na conduta ética a respeito do tratamento homogêneo aos indivíduos passíveis de socorrer-se das técnicas de reprodução humana assistida atualmente, além de responder, ainda que parcialmente, os questionamentos acerca do assunto.

Inseminação artificial heteróloga no código civil

Define-se por heteróloga ou exogâmica a inseminação que é realizada em mulher casada com sêmen de doador, não de seu próprio marido ou companheiro, em mulheres solteiras ou ainda em um relacionamento homoafetivo. Este técnica conta diretamente com a participação de um terceiro indivíduo, o doador, sendo necessária a autorização expressa dos solicitantes, pois o material genético a ser injetado não pertence aos mesmos, e sim de um doador fértil[32].

Para responder parcialmente o questionamento em relação à paternidade da criança gerada através da inseminação artificial heteróloga o código civil no inciso V do artigo 1.597 expressa a irrevogabilidade da filiação, pois ao consentir previamente que a mulher se submeta a esta técnica o marido assume a paternidade da criança gerada através dela, não podendo por tanto inpugnar a filiação posteriormente, exceto se restar provada a infidelidade por parte da mulher e que a criança não foi gerada a partir da inseminação artificial heteróloga.

O referido artigo omite a filiação pela inseminação artificial heteróloga por pessoas que convivem em união estável, todavia ao consentir para a utilização desta técnica é implícito que o companheiro, assim como o marido, estaria assumindo a paternidade da criança assim concebida.

Ademais, o enunciado n° 39 I Jornada de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça dispõe que “o estado de filiação não decorre apenas do vínculo genético, incluindo a reprodução assistida com material genético de terceiro, derivando da manifestação inequívoca de vontade da parte.”[33]

32FERNANDES, Silvia da Cunha. As Técnicas de Reprodução Humana Assistida e a Necessidade de Sua Regulamentação Jurídica.p. 30.

33 I Jornada de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça realizado em 15 de Maio de 2014.

O consentimento é de extrema importância para inseminação artificial heteróloga de mulheres casadas ou que vivem em união estável, estando previsto expressamente na resolução n°2.121/2015 do CFM

> [...] I - Princípios Gerais [...]
> [...] 4- O consentimento livre e esclarecido informado será obrigatório para todos os pacientes submetidos às técnicas de reprodução assistida. Os aspectos médicos envolvendo a totalidade das circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, bem como os resultados obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico e ético. O documento de consentimento livre e esclarecido informado será elaborado em formulário especial e estará completo com a concordância, por escrito, obtida a partir de discussão bilateral entre as pessoas envolvidas nas técnicas de reprodução assistida.[34]

Todavia, a referida resolução é dotada de caráter deontológico, sem força de lei, portanto não podemos deixar de considerar a hipótese de a mulher realizar a inseminação heteróloga sem a anuência do marido ou companheiro. Neste caso é pacífico que o reconhecimento da paternidade resta comprometido, conferindo ao marido ou companheiro o direito de ação negatória de paternidade com consequente anulação do registro de nascimento, se já houver feito, sendo inclusive motivo para a dissolução do matrimonio.

Conforme as palavras de Silvia da Cunha Fernandes

> Pode, todavia, o marido ou companheiro de mulher que se submeteu a esse tipo de inseminação sem o seu consentimento, ajuizar ação de separação judicial com base na injuria grave, pois o fato de uma mulher se submeter à inseminação sem a autorização do marido ou companheiro evidencia que existe uma divergência entre sua determinação em ser mãe e a posição de seu marido ou companheiro, que não quer assumir esse tipo de paternidade; tal fato provocaria a insuportabilidade da vida em comum, ensejando a separação judicial com base também na violação do dever da lealdade.[35]

A solução para estes casos, mais uma vez virá a partir da regulamentação jurídica da matéria, com o objetivo de coibir a prática da inseminação heteróloga sem consentimento e estabelecer sanção para os casos de descumprimento, inclusive para os centros médicos, pois se é prevista a possibilidade deste tipo de inseminação pelo código civil, cabe ao legislador desenvolver os mecanismos necessários para direcionar a conduta da sociedade e de seus indivíduos. Não há

34 Resolução n° 2121/2015 do Conselho Federal de Medicina, I – 4.
35 FERNANDES, Silvia da Cunha. As Técnicas de Reprodução Humana Assistida e a Necessidade de Sua Regulamentação Jurídica. p. 80.

que se falar na proibição da utilização desta técnica, visto que a Lei n°9.263 de 12 de janeiro de 1996 dispõe em seu artigo 1º ser direito de todo cidadão o planejamento familiar, sendo este definido como “o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal[36]”, o mesmo diploma legal dispõe em seu artigo 9° que “para o exercício do direito ao planejamento familiar, serão oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção[37].”

Quanto aos problemas de impedimentos matrimoniais por conta de parentesco consanguíneo, ainda que esta possibilidade seja quase nula ela existe justamente decorrente da ausência de fiscalização bem como de regulamentação legal, portanto a partir de sua regulamentação, deve-se proceder por parte do governo a fiscalização das clínicas de reprodução humana assistida, a fim de delimitar a atuação destas. Somente na resolução 2121/2015 há a previsão na seção IV item 6, que na região em que se localiza a unidade especializada em reprodução humana assistida, dever-se-á manter o registro dos nascimentos, com o objetivo de evitar que um doador ou doadora tenha produzido mais de duas gestações de crianças de sexos diferentes em uma área de um milhão de habitantes, não havendo seu controle formal. É clara a necessidade da efetiva regulamentação através de legislação especifica a fim de que se reduza a insignificância os riscos de que pessoas ligadas por laços consanguíneos se casem.

Ademais, não se pode proibir o uso desta técnica, pois restaria impossibilitada a procriação aos casais homoafetivos ou mesmo as mães solteiras, o que não consagraria o princípio da igualdade, além de desvirtuar os objetivos fundamentais da constituição em construir uma sociedade livre e justa, descaracterizando seus valores sociais de pluralidade e ausência de preconceitos.

Mães de substituição ou barriga de aluguel

36 Lei n°9.263 de 12 de janeiro de 1996, artigo 2º.
37 Lei n°9.263 de 12 de janeiro de 1996, artigo 9°

Este procedimento consiste na cessão temporária de útero, ou seja, conta com a participação de outra mulher, na qual será implantado o embrião, proveniente da fecundação in vitro com o material genético (espermatozoide e óvulo) do casal solicitante, neste caso a mulher não manterá nenhum vinculo genético com a criança gestada, ou mesmo o esperma utilizado poderá ser de doador anônimo. Há também a possibilidade da gestante além de ter cedido o útero, ter doado seus óvulos, desta feita esta manterá vinculo genético com a criança, sendo além de gestante também a genitora.

Conforme as palavras da autora Silvia da Cunha Fernandes:

> A mãe de substituição, durante um determinado período, carrega em seu ventre uma criança para outra mulher; findo este prazo entregará a esta mulher a criança que alimentou, carregou e protegeu durante toda a gravidez. Se a mulher solicitante forneceu o óvulo, será a mãe genética; se foi a mãe de substituição quem forneceu também o óvulo, será a mãe genética e geradora, ao mesmo tempo.[38]

Apesar de ser popularmente conhecida como “barriga de aluguel”, não pode ser dotada de qualquer caráter comercial devido à vedação expressa constitucional.

Conforme as palavras da autora Maria Berenice Dias

> [...] é proibido gestar o filho alheio, mediante pagamento. A gestação por substituição seria um negócio jurídico de comportamento, compreendendo para a "mãe de aluguel" obrigações de fazer e não fazer, culminando com a obrigação de dar, consistente na entrega do filho. Como uma criança não pode ser objeto de contrato, a avença seria nula, por ilicitude de seu objeto (CC 104 II). Também se poderia ver configurado ilícito penal, que pune dar parto alheio como próprio e registrar como seu filho de outrem (CP 242).[39]

Sendo assim, a Resolução n° 2121/2015 do CFM autoriza a utilização da cessão temporária de útero, sem caráter comercial nos casos em que há problemas de ordem médica na mulher solicitante ou no caso das uniões homoafetivas, desde que a cedente seja parente consanguíneo de um dos solicitantes até o quarto grau, na ausência destes ou nos casos de parentesco por afinidade será necessária a autorização do Conselho Regional de Medicina.

O grande questionamento a cerca das mães de substituição se dá por conta da presunção *mater semper certa est* restar prejudicada, ou seja, não se pode

38 FERNANDES, Silvia da Cunha. As Técnicas de Reprodução Humana Assistida e a Necessidade de Sua Regulamentação Jurídica. p. 96.
39 DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. p. 404

atribuir neste caso a maternidade a quem gerou e deu a luz a criança, bem como, a presunção *pater est* que determina que o pai é tecnicamente o marido da mãe.

A solução dada pela resolução do Conselho Federal de Medicina para estes questionamentos foi que providência quanto aos documentos necessários para se proceder com o registro de nascimento da criança deve ter inicio antes do parto, e nos casos em que a cedente do útero for casada ou conviver em união estável, é imprescindível a anuência por do cônjuge ou companheiro para que esta se submeta ao procedimento.

Além disso, o enunciado n° 45 da I Jornada de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça assim dispõe: Nas hipóteses de reprodução humana assistida, nos casos de gestação de substituição, a determinação do vínculo de filiação deve contemplar os autores do projeto parental, que promoveram o procedimento.[40]

No caso das uniões homoafetivas o enunciado n°40 da I Jornada de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça expressa ser admitida a inclusão do nome de pessoas do mesmo sexo como pais no registro de nascimento da criança, o que atualmente ainda é feito através de ação judicial.

A prática da cessão temporária de útero, sem dúvida deve ser regulamentada por legislação específica afirmando a não onerosidade, não havendo que se falar em proibição, pois assim como nos casos de inseminação artificial heteróloga, cercearia o direito dos casais homoafetivos masculinos conceberem seus filhos, afrontando princípios constitucionais basilares de uma sociedade justa.

Considerações finais

Conforme o demonstrado no decorrer deste trabalho, a evolução da reprodução humana está atualmente contextualizada no desejo de conceber filhos, podendo, porém estar dissociada do ato sexual.

Modernamente, a consideração da paternidade e da maternidade tem seu alicerce primordial na afetividade afastando cada vez mais o fator genético deste contexto. Isto posto, a modificação das relações sociais juntamente com a evolução científica fazem necessárias a renovação do pensamento jurídico e a normatização da matéria, com o intuito de prevenir o surgimento de questões de alta complexidade ou na impossibilidade disto, dar-lhes tratamento homogêneo.

40 I Jornada de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça realizada em 15 de maio de 2014.

Inegavelmente, a utilização das técnicas de reprodução assistida geram questionamentos, necessitando da fixação de limites a serem determinados pelos legisladores, todavia, obedecendo aos princípios da igualdade, da isonomia, liberdade e dignidade da pessoa humana, no que diz respeito aos solicitantes, sendo vedada qualquer espécie de discriminação, pois é dever do estado promover o bem estar social.

O tema estudado tem ligação direta com o direito à saúde, reconhecido no ordenamento jurídico pátrio, com garantia a todos os indivíduos igualitariamente, devendo, portanto ser amparado sem restrições, a fim de proporcionar o bem estar bem como o equilíbrio do individuo. Ademais, a reprodução humana assistida colabora para o bem-estar e existência saudável do individuo, promovendo a efetivação do planejamento familiar, o qual também integra a Constituição Federal.

Em contrapartida ao acesso em igualdade de condições a reprodução humana assistida, deve-se tomar prudência quanto à realização dos procedimentos, objetivando sempre a segurança e atenuar ameaças à saúde dos indivíduos envolvidos, compreendendo inclusive a criança que será concebida.

A limitação da utilização destas técnicas deve reger-se por princípios bioéticos aliados ao biodireito, pois podem acarretar riscos no que tange a saúde da criança e da gestante e a violação de direitos. Estes princípios cuidarão que seja respeitada a igualdade, o bem-estar, a autonomia e a dignidade dos indivíduos envolvidos bem como das gerações futuras.

A edição de uma lei especifica se faz necessária ante a peculiaridade das consequências decorrentes da reprodução humana assistida, com o objetivo de cercear práticas que venham a ferir os princípios não só individuais, mas da humanidade como um todo, para garantir a proteção das gerações que estão por vir. Sob outro prisma, esta lei não deve ser dotada de regras extremas, devendo ser relativamente flexíveis, para que o desenvolvimento científico não reste prejudicado.

Referências

AMARAL, Francisco. **Direito civil - Introdução,** 7ª edição. Rio de janeiro: Renovar, 2007 (e-book).

ANDRADE, Lilian Lopes. **A Determinação do Início da Vida: Ciência versus Direito.** Disponível em:

<http://www.tempusactas.unb.br/index.php/tempus/article/view/1279>. Acesso em: 25 de setembro de 2015.

Centro de Fertilidade. **Fator masculino**. Disponível em <http://www.centrodefertilidade.com.br/causas-da-infertilidade/fator-masculino/>. Acesso em 06/10/2015.

CESARINO, Letícia. **Nas fronteiras do "humano": os debates britânico e brasileiro sobre a pesquisa com embriões**. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-93132007000200003>. Acesso em 23/10/2015.

DIAS, Maria Berenice, **Manual de direito das famílias** 10ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. **Homoafetividade e Direito Homoafetivo**. Disponível em <http://www.mariaberenicedias.com.br> acesso em 15/08/2015

_____. **Os filhos do amor entre iguais** Disponível em <http://www.mariaberenicedias.com.br> acesso em 15/08/2015.

DINIZ, Maria Helena. **Código civil anotado**. 15ª edição. São Paulo: Saraiva. 2010.

_____. **O estado atual do biodireito**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva. 2002.

_____. **O estado atual do biodireito**. 8º edição. São Paulo: Saraiva. 2011.

Embryo - Centro de Reprodução Humana. **Fator cervical**. Disponível em: <http://www.embryo.med.br/web/causas-de-infertilidade/fator-cervical/>. Acesso em 06/10/2015.

FALCÃO, Rafael de Lucena. **Direito à Vida: a importância do marco inicial e a incoerência que seria o direito ao aborto no ordenamento jurídico**. Disponível em:<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo>. Acesso em 23/10/2015.

FERNANDES, Silvia da Cunha. **As Técnicas de reprodução humana assistida e a necessidade de sua regulamentação jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.