

Inseminação artificial heteróloga: há necessidade de forma especial como meio apto a viabilizar o consentimento do marido?*

Gladys Andréa Francisco Caltram

Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito São Bernardo do Campo em 2004. Ex-estagiária da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo. Advogada.

* Artigo apresentado para conclusão do curso de pós-graduação *lato sensu* em Direito Civil à Universidade Católica Dom Bosco, 2007.

Resumo: O Código Civil de 2002 prevê, entre outros casos, a presunção de paternidade do marido nos casos de inseminação artificial heteróloga, desde que os filhos sejam concebidos na constância do casamento e haja seu prévio consentimento. O tema é da mais alta relevância, por tratar-se de presunção legal absoluta relacionada ao direito de família. Ocorre que a lei não diz como se deve dar tal consentimento, nem prescreveu forma específica para tal manifestação de vontade. O presente trabalho objetiva demonstrar a necessidade de forma especial apta a viabilizar essa manifestação de vontade. A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica com a compilação de definições doutrinárias. Conclui-se que o consentimento do marido, por tratar-se de presunção irrevogável, inquestionável e incontestável, deve revestir-se de certa solenidade a fim de garantir segurança jurídica às relações familiares, preferencialmente por meio de escritura pública lavrada por notário ou tabelião de notas.

Palavras-Chave: Inseminação; heteróloga; presunção; paternidade; consentimento; forma.

Introdução

Os avanços tecnológicos na área médica são evidentes e constantes. A ciência evoluiu a cada dia a fim de encontrar soluções para problemas relacionados à saúde, cura de enfermidades, aumento da expectativa de vida etc.

Entre as mais variadas técnicas, surgiu a reprodução humana assistida, que visa dar filhos àqueles que não os pode conceber.

A reprodução humana assistida pode se dar por fecundação in vitro ou extogênese, e por inseminação artificial ou fecundação in vivo, que pode ser homóloga ou heteróloga.

O presente trabalho enfoca a inseminação artificial heteróloga, no sentido de demonstrar a necessidade de formalidade jurídica para esse tipo de fecundação; mais precisamente quanto ao consentimento prévio do marido, a quem se presume a paternidade com relação à criança concebida na constância do casamento. São abordadas questões como a paternidade socioafetiva, possibilidade de ação negatória de paternidade por parte do marido e a importância da solenidade dos atos relativos à filiação.

O questionamento que serve de título ao artigo é pertinente e extremamente relevante uma vez que se trata de relação familiar que confere o estado de paternidade àquele que não é o pai biológico da criança, mas que desejou ser e consentiu em sê-lo.

Por fim, o trabalho busca uma alternativa jurídica para viabilizar tal consentimento, propondo alteração da lei civil a fim de garantir a segurança jurídica das relações familiares, entre pais e filhos decorrentes dessa técnica de reprodução assistida.

1. Reprodução assistida

Reprodução humana assistida consiste no conjunto de operações utilizadas visando a unir gametas masculino e feminino, dando origem a um ser humano.

Uma das técnicas utilizadas para esse procedimento é a inseminação artificial, em que

o esperma é recolhido e introduzido no órgão sexual da mulher, ocorrendo assim a fecundação sem nenhuma manipulação externa de óvulo ou de embrião.

1.1. Inseminação artificial homóloga

É a inseminação proveniente do material genético (sêmen e óvulo) dos próprios cônjuges ou companheiros (RODRIGUES, 2006, v. 6, p.314).

1.2. Inseminação artificial heteróloga

É a inseminação proveniente do material genético de, pelo menos, um terceiro doador (RODRIGUES, 2006, v.6, p.314), realizada durante o matrimônio ou união estável.

Venosa explica que essa técnica é utilizada principalmente nos casos de esterilidade do marido, incompatibilidade do fator Rh, moléstias transmissíveis pelo marido, entre outros casos (VENOSA, 2006, v. 6, p. 243). Nesses casos, recorre-se aos chamados bancos de espermas, cujos doadores não devem ser conhecidos.

2. Questões relevantes na inseminação artificial heteróloga

Por tratar-se de técnica em que se utiliza material genético de terceiro, a inseminação artificial heteróloga deve ser cercada de maiores cuidados, pois a paternidade é atribuída àquele que não é o pai biológico da criança.

A doutrina é unânime em admitir que a legislação deve ser alterada a fim de que a procriação assistida, especialmente a heteróloga, seja permitida apenas com o consentimento expresso dos cônjuges ou conviventes e mediante a comprovação de necessidade e conveniência.

Como bem ressalta Venosa, citando Jean Carbonnier, *"o método de procriação artificial não pode ser admitido em razão da simples conveniência, mas como último remédio, quando a infertilidade for tecnicamente comprovada"* (VENOSA, 2006, v. 6, p. 245).

2.1. Presunção de paternidade

O artigo 1.597 do Código Civil traz as presunções de paternidade com relação aos filhos concebidos na constância do casamento.

Quanto à paternidade, a presunção é prevista por lei com o objetivo de estabilização social e proteção ao direito de filiação, desprezando a verdade real ou biológica.

Entretanto, tais presunções poderão ser elididas por ação negatória de paternidade a qualquer tempo, pois a presunção é *juris tantum* ou relativa.

Já nos casos de inseminação artificial heteróloga, parte dos doutrinadores entende que se trata de presunção absoluta, pois o consentimento prévio é suficiente para atribuir a paternidade ao marido, que não poderá contestá-la, exceto nos casos de vícios de consentimento, como erro, dolo, coação, lesão e estado de perigo.

2.1.1. A presunção como meio de prova

Conforme ensina Venosa, "*presunção é a conclusão que se extrai de fato conhecido para provar-se a existência de outro desconhecido*" (VENOSA, 2006, v. 1, p. 627).

A presunção é um dos meios de prova admitidos para os atos de forma livre, apesar de que são considerados legítimos quaisquer meios legais hábeis a provar a verdade dos fatos, nos casos em que a lei não exige forma especial para o negócio jurídico.

São legais as presunções que decorrem da lei e que se dividem em absolutas e relativas. As presunções absolutas não admitem prova contrária ao fato presumido; as relativas já aceitam prova em contrário.

Dessa forma, a presunção de paternidade na constância do casamento permite ao marido contestá-la; porém, a doutrina entende que, nos casos de inseminação artificial heteróloga, a contestação não é possível, já que houve a prévia autorização.

Nesses casos, o marido efetivamente não é o pai biológico da criança e tem ciência disso;

restando a possibilidade de contestação da paternidade somente nos casos de vício de consentimento ou ausência de prévio consentimento.

Depreende-se que, nos casos de inseminação artificial heteróloga, em que exista o prévio consentimento do marido e não haja indícios de vícios de consentimento, a presunção da paternidade seja absoluta.

2.1.2. Paternidade socioafetiva

A doutrina refere-se à paternidade socioafetiva como aquela decorrente de um ato de amor, e não simplesmente um fenômeno biológico. Tem fundamento moral, por não apresentar nenhum componente genético.

É o que ocorre na inseminação artificial heteróloga. O marido, ao consentir com a inseminação artificial decorrente de material genético de terceiro, já sabe de antemão que não é o pai biológico da criança. Porém, ele é efetivamente o pai afetivo, com vínculo social e moral, prestigiando o direito à convivência familiar.

Nesse tipo de fecundação, o pai tem certeza absoluta de que não é o pai genético, mas assume todas as consequências advindas do seu consentimento, tais como poder familiar, obrigação alimentar, direito sucessório etc.

Assemelha-se à adoção, no sentido de que uma de suas finalidades é o de dar filhos àqueles que não os podem ter biologicamente. É um ato jurídico em que uma pessoa passa a gozar do estado de filho de outra pessoa, independente do vínculo biológico.

Silvio Rodrigues diz que "*na procriação heteróloga o vínculo é civil, não consanguíneo, para o pai que aceitou a inseminação com sêmen doado; daí estar deslocada a sua indicação na filiação presumida que supõe a consanguinidade*" (RODRIGUES, 2006, v. 6, p.316).

2.1.3. Ação negatória de paternidade

Quanto à inseminação artificial heteróloga, Maria Helena Diniz entende que "*Seria*

torpe, imoral, injusta e antijurídica a permissão para o marido que, consciente e voluntariamente, tendo consentido com a inseminação artificial com esperma de terceiro, negasse, posteriormente, a paternidade" (DINIZ, 2006, v. 5, p. 446).

Afirma a autora que, ao impugnar fecundação heteróloga consentida, o marido estará agindo deslealmente, com conduta eticamente repugnante, tendo em vista que houve consentimento e manifestação da vontade comum dos consortes decidindo que o filho deveria nascer.

Silvío Rodrigues explica que a presunção de paternidade, nos casos de inseminação heteróloga, consiste em perfilhação ou paternidade intencional,¹ de forma que é vedado ao marido, que consentiu com a fecundação, contestar a paternidade do filho concebido. É situação similar ao reconhecimento voluntário de filhos, sendo irretratável, só admitido contestação nos casos de vício do consentimento (RODRIGUES, 2006, v. 6, p. 316).

O Código Civil suíço proíbe a impugnação de paternidade se o marido consentiu na inseminação artificial heteróloga; da mesma forma, o Código Civil holandês e o francês (DINIZ, 2001, p.461).

Se o marido vier a contestar a filiação, no caso da inseminação artificial heteróloga, deverá demonstrar que não houve prévio consentimento expresso ou provar que houve vício de consentimento.

Qualquer pretensão impugnatória, existindo consentimento expresso idôneo do marido, será considerada desleal e contraditória com a vontade manifestada anteriormente.

2.2. O consentimento prévio do marido

O Código Civil reza que "Presumem-se concebidos na constância do casamento os fi-

lhos: (...) V – havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido".

Maria Helena Diniz, a fim de diminuir graves conseqüências decorrentes da inseminação artificial heteróloga, sugere que a anuência da mãe e de seu marido ou companheiro, se dê, no mínimo, por escrito.

Outras idéias ainda são apontadas pela autora:

– *Exigência de anuência escrita, com as impressões digitais ou firma reconhecida da mulher e do marido ou dos conviventes, devidamente esclarecidos do processo, sob pena de responsabilidade civil e penal médica* (DINIZ, 2001, p.489).

[...]

– *homologação judicial do requerimento do casal, pleiteando reprodução artificial* (DINIZ, 2001, p. 496).

Ressalta, ainda, que se a inseminação artificial heteróloga não for consentida, haverá motivo para separação judicial por injúria grave, pois o marido terá de assumir uma obrigação indesejável e a paternidade forçada ofende a honra do marido.

Nos Estados Unidos, mais precisamente na Geórgia e em Oklahoma, a prática da inseminação artificial heteróloga depende de autorização expressa do marido (DINIZ, 2001, p.459).

Na França o procedimento ainda é mais específico: o casal deve consentir perante o magistrado, que os ouvirá separadamente e os informará sobre os efeitos jurídicos da manifestação de vontade. Só depois de uma semana de reflexão o juiz liberará o casal para a inseminação, fornecendo um documento que ficará arquivado em um Centro de Reprodução Assistida, com validade apenas para um nascimento (DINIZ, 2001, p.459).

¹ Paternidade intencional consiste em valorizar a intenção de ter o filho como elemento identificador da relação jurídica da filiação (RODRIGUES, 2006, v. 6, p. 312).

Na Alemanha, é preciso que haja consentimento escrito do marido o que ocorrerá somente na presença de um notário (DINIZ, 2001, p.459).

Silvio Rodrigues faz uma indagação importante: “A autorização do marido se faz por qual instrumento?” (RODRIGUES, 2006, v. 6, p.314). Esse questionamento é de extrema importância, pois a lei nada fala sobre a forma pela qual deve-se dar o consentimento na fecundação heteróloga.

2.2.1. Forma do negócio jurídico

Negócio jurídico é “*uma declaração de vontade que não apenas constitui um ato livre, mas pela qual o declarante procura uma relação jurídica entre as várias possibilidades que oferece o universo jurídico*” (VENOSA, 2006, v. 1, p. 341).

Para a validade o negócio jurídico é necessário “*agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei*” (Código Civil, art. 104, I, II e III).

Analisemos um dos requisitos de validade do negócio jurídico que importa para o tema proposto: forma prescrita ou não defesa em lei. Para que o negócio jurídico possa produzir efeitos é preciso a manifestação da vontade, ou seja, a exteriorização da vontade.

Forma é o meio pelo qual se exterioriza a manifestação da vontade nos negócios jurídicos, é o modo pelo qual a vontade é expressa.

Clóvis Beviláqua orienta que forma:

“*é o conjunto de solenidades que se devem observar para que a declaração de vontade tenha eficácia jurídica*” (DINIZ, 2006, v.1, p. 503).

“*A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir*” (Código Civil, art. 107).

A regra é que a forma seja livre; quando a lei indicar que determinado ato requer certa forma, tal ato será inválido se não a observar.

Os atos de forma livre permitem qualquer meio de exteriorização de vontade nos negócios jurídicos. Podem ser orais, escritos, por gestos e até pelo silêncio.

Os atos formais ou solenes são aqueles que, para sua validade, a lei exige determinada forma. São exemplos, o casamento e o testamento.

Ainda quanto aos atos formais ou solenes, R. Limongi França especifica três subdivisões (DINIZ, 2006, v. 1, p. 504): forma única (por exemplo, o pacto antenupcial que exige escritura pública), forma plural (por exemplo, o reconhecimento voluntário de filho que permite qualquer das formas listadas pelo art. 1.609 do Código Civil) e a forma genérica, que implica uma formalidade mais geral (por exemplo, o art. 619 do Código Civil sobre empreitada, que fala na necessidade de instruções escritas e que estas podem ser apresentadas sob qualquer forma gráfica).

Dessa forma, verifica-se que, para a validade de determinados negócios jurídicos, a lei prevê um conjunto de solenidades, com o intuito de garantir a autenticidade desses negócios, para assegurar a livre manifestação da vontade pelas partes e facilitar sua prova.

Geralmente a lei estabelece forma específica para os casos que exigem maior seriedade, principalmente para atos relacionados ao direito de família.

2.2.2. A importância da forma especial nas relações de filiação

Como já foi dito, a lei estabelece forma especial para a validade de determinados atos, com o intuito de chamar a atenção para a seriedade de tais negócios.

Nos casos relacionados à filiação, torna-se imprescindível estabelecer-se formalidades, tendo em vista sua importância social e as consequências trazidas para todas as partes envolvidas.

O Código Civil estabelece que o reconhecimento voluntário de filhos havidos fora

do casamento pode se dar no registro de nascimento, por escritura pública ou escrito particular (a ser arquivado em cartório), por testamento (ainda que incidentalmente manifestado) e por manifestação expressa e direta perante o juiz, ainda que tal reconhecimento não seja objeto único e principal do ato ou da demanda (Código Civil, art. 1.609, incisos I, II, III e IV).

Da mesma forma, a lei deveria ter estabelecido a forma pela qual deve se dar o consentimento do marido nos casos de inseminação artificial heteróloga, tendo em vista que com este ato nasce uma relação jurídica de filiação; filiação esta que a lei presume e que, segundo a doutrina majoritária, não pode ser contestada.

É preciso garantir a segurança jurídica das relações em direito de família, tão importante para toda a sociedade, a fim de se evitar situações desgastantes e de extrema gravidade, principalmente no que diz respeito à criança concebida.

2.2.3 Escritura pública: excesso de formalidade ou garantia da segurança jurídica?

“Escritura pública é ato em que as partes comparecem perante o oficial público, relatam o seu propósito negocial e ultimam o ajuste, sendo que todo o ocorrido é anotado pelo tabelião em livro próprio” (RODRIGUES, 2006, v. 1, p. 268).

É instrumento dotado de fé pública, ou seja, presume-se verdadeiro até prova em contrário. Dessa forma, confere maior segurança àqueles que participam da relação negocial.

As escrituras são lavradas em livros próprios, chamados livros de notas, que o notário conserva indefinidamente, seguindo rigorosa ordem cronológica.

Há certos atos que a lei impõe esse procedimento; nesses casos, o negócio jurídico somente será válido se realizado por escritura pública.

Maria Helena Diniz comenta que na Alemanha o consentimento do marido nos casos de inseminação heteróloga deve ser por escrito e na presença de um notário (DINIZ, 2001, p.459).

Isso porque tal exigência confere ao ato maior segurança jurídica, tendo em vista que a vontade manifestada pelo marido foi expressa perante um profissional dotado de fé pública e que toma todas as cautelas necessárias para que tal consentimento seja idôneo e revestido de formalidades, com o intuito de evitar-se uma vontade viciada.

Segundo Walter Ceneviva, notário é *“o profissional habilitado para receber declarações relativas a negócios entre vivos ou disposições sobre o patrimônio para após a morte, providos de fé pública”* (CENEVIVA, 2006, p. 42).

Aos notários compete formalizar juridicamente a vontade das partes, intervir em atos e negócios jurídicos a que elas devam ou queiram dar forma legal ou autenticidade e, por fim, autenticar fatos (CENEVIVA, 2006, p. 44).

A atividade notarial é pública, exercida em caráter privado por delegação do Poder Público (Constituição Federal, art. 236).

Fé pública é *“a garantia do Poder Público de que é autêntica, verdadeira e fiel ao escrito original, lançado no livro de notas, merecedora, portanto, de crédito”* (ERPEN, 2004, p.22).

O direito notarial é formado por vários princípios, entre eles destacamos (ERPEN, 2004, p. 202-203):

Causalidade: todo fenômeno tem uma causa que produz efeitos. Por isso, há necessidade de se documentar os negócios jurídicos, conferindo-lhes crença pública, o que exige a presença de um notário.

Realidade: a atuação do notário deve ser precisamente coerente com a realidade de fato e de direito.

Necessidade: a necessidade da fé pública exige a presença de um notário.

Substancialidade: a intervenção do notário no negócio jurídico atribui qualidade ao ato.

Fé pública: qualidade de ordem pública que impõe a intervenção do Oficial Público na elaboração de certos documentos.

Autenticação: o notário certifica, com força de autoridade, a certeza de um fato realizado dentro de um instrumento solene que constitui pré-prova da relação jurídica.

Rogação: o notário não atua de ofício, somente a pedido das partes.

Mediação: o notário aproxima as diferentes partes interessadas, traduzindo a expressão de vontade de acordo com o que é dito pelos contratantes, formalizando-a segundo o ordenamento jurídico vigente.

Portanto, cabe ao notário formalizar a vontade das partes, redigindo em livros próprios tal manifestação, sempre preservando a intenção e a verdade contida no negócio praticado. Cabe também ao notário distinguir se a forma é essencial e, se positivo, observá-la com o máximo rigor.

O notário, chamado também de tabelião, intervém nos negócios jurídicos em que as partes queiram dar forma legal ou autenticidade (Lei 8.935/1994, art. 6º, II). A autenticidade confirma a validade do documento resultante do ato praticado pelo notário.

Compete exclusivamente ao notário ou tabelião de notas a lavratura de escritura pública. Para isso, o tabelião de notas deve tomar uma série de cautelas imprescindíveis para que o ato seja lavrado, entre elas: conferir a qualificação documental das partes interessadas, indicar precisamente o objeto do ato ou negócio jurídico referido, pormenorizar a declaração das partes, ler ao final o ato em voz alta para os comparecentes etc.

O notário aconselha as partes, expondo-lhes como o Direito rege a relação proveniente do negócio jurídico que estão a realizar; também dá forma ao negócio pretendido pelas partes (ERPEN, 2004, p.15).

O documento resultante e lavrado pelo notário expressa a vontade das partes e exprime apenas o que elas disseram, servindo de prova pré-constituída daquele negócio que as partes criaram, conferindo maior segurança aos

contratantes e ao próprio negócio jurídico lavrado por meio de escritura pública.

Por todo o exposto, pode-se depreender que a exigência legal para que determinado ato seja realizado por meio de escritura pública não pode ser entendido como excesso de formalidade ou inutilidade, mas deve ser considerado um requisito legal cujo objetivo é o de conferir maior segurança jurídica ao negócio a ser praticado.

Conclusão

Vimos que nos casos de inseminação artificial heteróloga, a lei presume a paternidade do marido, caso os filhos sejam havidos na constância do casamento e desde que exista prévio consentimento para tal técnica de fecundação.

É certo que a presunção legal visa à segurança e estabilidade das relações familiares, além da proteção à criança concebida.

Entretanto, a lei nada diz quanto à forma pela qual deve-se dar tal consentimento, se por escrito, por instrumento particular, instrumento público ou qualquer outra forma.

Sabe-se que a lei prevê solenidade para os negócios jurídicos considerados mais importantes, a fim de preservar as partes e facilitar sua prova.

A fecundação heteróloga confere o estado de pai àquele que, com certeza, não é o pai biológico da criança. Dessa forma, nasce um vínculo jurídico de parentesco que não é o sanguíneo, trazendo conseqüências afetivas e materiais, tanto para pais como para filhos.

É preciso tratar com maior seriedade essas questões de parentesco. A lei traz uma presunção legal que a doutrina considera absoluta; é majoritário o entendimento de que o consentimento para a inseminação heteróloga é ato irrevogável e não passível de ser contestado por ação negatória de paternidade, desde que o consentimento tenha sido prévio e livre de qualquer vício

Tendo em vista todas as conseqüências decorrentes da paternidade, considerada socioafetiva e muito parecida com o instituto da adoção, entendemos que o consentimento deve ser cercado de solenidade, com o intuito de conferir segurança jurídica não somente à relação familiar como também para toda a sociedade.

Dessa forma, a resposta ao questionamento que serve de título ao presente trabalho é positiva: sim, se faz necessário e imprescindível forma especial para o ato de consentimento do marido na inseminação artificial heteróloga, por tratar-se de instituto similar à adoção. O vínculo resultante dessa manifestação de vontade não pode ser considerado meramente contratual; é um vínculo afetivo e moral, além de se mostrar de interesse público.

Como foi exposto, depreende-se que seria desejável que tal consentimento se concretizasse por meio de escritura pública, a ser lavrada por profissional habilitado denominado Notário ou Tabelião de Notas.

Tal medida conferiria maior autenticidade ao ato, pois exigiria assinatura do marido ou companheiro na presença do notário. O notário, ao traduzir a vontade das partes, previne futuros conflitos, incluindo, nesses casos, qualquer alegação posterior de vício de consentimento.

Há necessidade de se impedir que aquele que concordou com a técnica de inseminação artificial heteróloga venha dizer-se arrependido e queira revogar tal consentimento, ou simplesmente dizer que não concordou ou que foi enganado. A lei põe a salvo os direitos do nascituro e, entre eles, o de ter uma família, de ter um pai.

Impõe-se urgentemente a alteração do Código Civil, a fim de que tal ato, de tamanha importância e de conseqüências para toda a vida, seja cercado de solenidades previstas expressamente em lei com precedência na exigência de escritura pública como meio hábil a viabilizar tal consentimento.

Bibliografia

- CENEVIVA, Walter. *Lei dos notários e dos registradores comentada (Lei 8.935/94)*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- _____. *Curso de direito civil brasileiro*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1.
- _____. *Curso de direito civil brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 5.
- ERPEN, Décio Antonio et al. *Introdução ao direito notarial e registral*. Porto Alegre: IRIB, 2004.
- RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1.
- _____. *Direito civil*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 6.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. v. 1.
- _____. *Direito civil*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. v. 6.