ISSN: 2594-6153

Contratualização da Inseminação Artificial e o Direito da Mulher deter o Material Biológico Criopreservado em Caso de Divórcio

Ana Carolina Dutra de Aguiar, Patrícia Gorish

Programa de Pós-Graduação em Direito de Família e Sucessões – Universidade Santa Cecília – Santos, SP.
E-mail: carolina_aguiar@uol.com.br

Resumo: Em meio à crescente adesão à inseminação artificial, como busca de um projeto familiar de muitos casais, emergem dilemas jurídicos e éticos acerca da posse do material biológico criopreservado, especialmente nos casos de divórcio, onde são levantadas questões sobre autonomia, direitos reprodutivos e clareza das cláusulas contratuais que norteiam esses procedimentos. Este artigo propõe a análise dessas questões como: quais são os direitos das mulheres em relação à posse e decisão sobre o descarte do material biológico criopreservado? Como a falta de contratualização na inseminação artificial pode colocar as mulheres em situação de vulnerabilidade, em contraponto aos princípios fundamentais da dignidade e do planejamento familiar? Como hipótese, a contratualização da inseminação artificial é uma ferramenta crucial para definir os direitos e responsabilidades das partes envolvidas, mas pode não ser suficientemente explicita ou abrangente para lidar com cenários complexos como o divórcio.
Palavras-chave: inseminação artificial; direitos reprodutivos das mulheres; contratualização.

Contractualization in artificial insemination and women's right to hold cryopreserved biological material in case of divorce

Abstract: As a growing number of couples adhere to artificial insemination in the pursuit of a family project, legal and ethical dilemmas emerge in relation to cryopreserved biological material, especially in cases of divorce, when questions are raised concerning autonomy, reproductive rights, and the clarity of contractual clauses guiding the procedures. This article proposes the analysis of questions such as: What are women`s rights in relation to possession and decision on disposal of cryopreserved biological material? How can the lack of contractualization in artificial insemination put women in a vulnerable situation, as opposed to the fundamental principles of dignity and family planning? As a hypothesis, the contractualization of artificial insemination is a crucial tool to define the rights and responsibilities of the parties involved, but it may not be explicit or comprehensive enough to deal with complex scenarios such as divorce.
Keywords: artificial insemination; women`s reproductive rights; contractualization.

Introdução

A Constituição Federal de 1988 adotou, em vários trechos, as reivindicações da Convenção Sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação sobre a Mulher, em especial para o presente estudo, o direito fundamental ao planejamento familiar (parágrafo 7º, art. 226, CF), amparado nos princípios da dignidade humana e paternidade responsável [1].

A dignidade da pessoa humana é princípio fundamental, que rege as relações, devendo haver a proteção estatal para sua efetividade. Dentro deste contexto, a família, qualquer que seja o tipo,

ISSN: 2594-6153

albergada pela Constituição e como base da sociedade (art. 226, CF), merece proteção especial no âmbito privado e público, a fim de proporcionar aos seus membros segurança jurídica e o direito a uma vida digna e feliz [2]. A nova estrutura da sociedade visa a família como desenvolvedora das necessidades essenciais da pessoa, o desenvolvimento da pessoa de forma plena e individual, diante de valores como o respeito, o afeto e a solidariedade. Diante deste novo enfoque, em busca de uma vida digna, e a dignidade através da felicidade, a qual se busca através da liberdade de escolha e autonomia, insere-se no contexto, a inseminação artificial, como forma de planejamento familiar.

As técnicas de inseminação artificial avançaram nas últimas décadas, e a facilidade ao acesso às clínicas de reprodução assistida, fez com que casais conseguissem concretizar o projeto parental. No entanto, muitas questões jurídicas podem surgir, quando se analisa a questão do ponto de vista da autonomia de vontade, dos direitos reprodutivos e das cláusulas contratuais que regem o procedimento, principalmente no que tange à desistência do planejamento por uma das partes, no caso de divórcio, onde haverá a questão referente ao destino do material biológico.

Objetivo

Analisar a contratualização na inseminação artificial, visando os direitos das mulheres na decisão e posse dos embriões excedentes criopreservados.

Material e Métodos

Foi realizado estudo de casos reais, coletados por meio de decisões judiciais, além de depoimentos pessoais de mulheres que se submeteram ao procedimento de inseminação artificial. Através de método quantitativo e qualitativo, foram utilizadas bases estatísticas governamentais, a fim de estabelecer a dimensão da problemática apresentada.

As Mulheres e o Direito Reprodutivo

As mulheres, no decorrer dos anos, percorreram um longo caminho para o reconhecimento e efetivação dos seus direitos, mesmo a igualdade de gênero já ter status de direito fundamental desde a Carta das Nações Unidas, em 1945. Daí para cá, vários documentos foram desenvolvidos no sentido de fomentar tal igualdade. Em especial, cita-se A Convenção Sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação sobre a Mulher (1979), ratificada pelo Brasil em 01/02/1984, a qual tem como fundamento a dupla obrigação de eliminar a discriminação e assegurar a igualdade, tratando o princípio da igualdade tanto como obrigação vinculante, como objetivo [3].

ISSN: 2594-6153

Segundo Andrew Byrnes [4]: “ a Convenção impõe a obrigação de que as mulheres tenham uma igualdade formal perante a lei e reconhece que as medidas temporárias de ação afirmativa são necessárias em muitos casos, para que a garantia de igualdade formal se transforme em realidade. Inúmeras previsões da Convenção também incorporam preocupação de que os direitos reprodutivos das mulheres devem estar sob o controle delas próprias, cabendo ao Estado assegurar que as decisões das mulheres não sejam feitas sob coerção e não sejam a elas prejudiciais, no que se refere ao acesso às oportunidades sociais e econômicas. ”

Partindo dessa premissa, frente ao direito da mulher a um planejamento familiar, e à questão posta quanto ao destino do material biológico em casos de separação do casal, faz-se necessário a contratualização dos procedimentos de reprodução assistida, garantindo, sobretudo, autonomia feminina na busca de seu projeto familiar.

Inseminação Artificial e sua Contratualização

As técnicas de reprodução assistida, dentre elas a inseminação artificial, eclodiram no Brasil com a fundação da Sociedade Brasileira de Esterilidade (SBE), no Rio de Janeiro, em 1947. De lá para cá, as pesquisas intensificaram-se, sendo que no final da década de 90, e no decorrer dos 10 primeiros anos do século XXI, a reprodução assistida consolidou-se no país, com a abertura de inúmeras clínicas. Um dos grandes avanços, nos últimos anos, foi a criopreservação de óvulos (congelamento), técnica que permite armazenar materiais biológicos para que sejam utilizados futuramente, sem que estes percam suas propriedades.

O ponto central do presente estudo é justamente analisar as nuances jurídicas que envolvem a criopreservação e a utilização posterior do material biológico, quando realizada a inseminação artificial *in vitro*, tendo em vista que, ainda que possa haver alguma perda no número de embriões congelados após o descongelamento, é uma técnica segura e o material armazenado não teria um prazo de validade, podendo ser utilizado muito tempo após ter sido criopreservado.

A base legal que rege os procedimentos de reprodução assistida é a Lei de Biossegurança (lei 11.105/2005), a Resolução 2320/2022, do Conselho Federal de Medicina, e o art. 1597, CC, que trata apenas da relação de parentesco dos filhos havidos por concepção artificial homóloga. Cabe salientar que nenhuma das legislações retro mencionadas cuidam da relação contratual entre as partes (donos do material biológico) e as clínicas responsáveis pelo procedimento.

ISSN: 2594-6153

A Lei de Biossegurança determina que os embriões criopreservados podem ser utilizados para fins de pesquisa após 3 anos do congelamento, desde que haja o consentimento dos genitores. A Resolução 2320/2022 do CFM, revogou a Resolução 2294/2021, que prévia o prazo de 3 anos para possível descarte mediante autorização judicial, o que mitigava a autonomia de vontade das partes.

Hoje, com a Resolução 2320/2022 há apenas a disposição: "Antes da geração dos embriões, os pacientes devem manifestar sua vontade, por escrito, quanto ao destino dos embriões criopreservados em caso de divórcio, dissolução de união estável ou falecimento de um deles ou de ambos, e se desejam doá-los". Tal disposição prioriza a autonomia de vontade dos genitores, minimizando a atuação do Estado. No entanto, a falta de norma legal específica que trate sobre o assunto no Brasil, deixa inúmeras lacunas quando o assunto é tratado no âmbito contratual.

A falta de previsão específica na realização dos contratos referentes à destinação dos embriões criopreservados faz com que possam surgir violações aos direitos reprodutivos da mulher, em casos de separação ou divórcio dos genitores, colocando-as em uma situação vulnerável em face à falta de proteção aos seus interesses.

Estudo de Casos

Contextualizando o que seria a inseminação artificial *in vitro*, sucintamente, o casal passa por um tratamento antes de colher o material genético de ambos e, após a colheita, é feita a "junção" dos materiais, dando origem ao embrião. Na maioria das vezes, além dos embriões utilizados, que resultam numa gravidez positiva, há os excedentes, os quais são congelados (criopreservados), e como exposto acima, com tal técnica, não há prazo de validade.

A problemática se dá, diante deste contexto, quando há o divórcio do casal. O que fazer com o material biológico criopreservado? De quem será o direito à utilização do embrião? E se a mulher estiver diante de uma última chance de poder ser mãe? Essas questões são atuais e tendem a ser cada vez maior as demandas judiciais neste sentido. O número de embriões criopreservados, no Brasil, segundo dados do SisEmbrio (Sistema Nacional de Produção de Embriões) [5][i], entre os anos de 2020 e 2022, foram de 284.210. [6]

A tendência é o aumento desse material biológico diante das mudanças sociais que ocorrem, principalmente, na construção dos novos tipos de família [7], além da luta crescente autonomia feminina.

ISSN: 2594-6153

Em caso recente, ao 5ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – TJDFT, entendeu que os embriões que sobraram no processo de fertilização *in vitro* devem ser descartados após o divórcio do casal. O entendimento é de que a vontade procriacional pode ser alterada ou revogada de maneira legítima e válida até a implantação do embrião criopreservado.

Segundo o entendimento da desembargadora relatora, a manifestação de vontade do marido, quando da assinatura do termo de consentimento em relação à destinação dos embriões no caso de divórcio, " constituiu, na realidade uma imposição do Conselho Federal de Medicina – CFM par a realização do procedimento, o que retira a voluntariedade para o consentimento expressado". Frisou, ainda, " A paternidade, sempre responsável, deve ser um ato voluntário e fruto do exercício da autodeterminação de cada pessoa, e não algo imposto".

Diante deste entendimento, onde os embriões criopreservados do casal foram, contra a vontade da mulher, descartados, após o divórcio, indaga-se: e se a mulher, no caso, não mais pudesse gerar um filho? Se ela, no caso, não tiver engravidado na primeira tentativa de inseminação com o então, agora, ex-marido? E o contrato assinado perante a clínica de reprodução, não tem validade?

Esses e outros questionamentos surgem na análise dos casos concretos, onde se coloca em confronto princípios fundamentais como a paternidade responsável, o planejamento familiar e a segurança jurídica nos contratos firmados.

Ainda, se coloca a questão se a parte que desistiu do projeto familiar tem responsabilidade sobre a perda daquele que viu sua chance de constituição de uma família se perder?

Conclusão

A resposta para tantos questionamentos se dará de forma a analisar caso a caso, enquanto não houver legislação específica sobre o tema, o que se faz extremamente necessária em face do crescente número de material genético gerado. O que se pretendeu pontuar no presente artigo é a importância da contratualização na inseminação artificial, fazendo com que os contratos tenham força obrigatória (pacta sunt servanda) e estabeleçam regras que priorizem, sobretudo, os direitos reprodutivos da mulher, obedecendo os comandos constitucionais como o direito ao planejamento familiar, diretamente ligado ao princípio da dignidade, levando em consideração a situação de vulnerabilidade que as mulheres se encontram no caso de descarte dos embriões criopreservados quando da ocorrência do divórcio, o que pode acarretar na destruição de um projeto de vida.

ISSN: 2594-6153

Referências

1. Brasil. Constituição Federal (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal;1988. Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. § 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. § 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.
2. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 477.55/MG. Neste julgado a Corte fortaleceu a democracia constitucional levando em consideração diversos argumentos, entre eles o direito à busca da felicidade: “União civil entre pessoas do mesmo sexo. Alta relevância social e jurídico-constitucional da questão pertinente às uniões homoafetivas. Legitimidade constitucional do reconhecimento e qualificação da união estável homoafetiva como entidade familiar: posição consagrada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (ADPF 132/RJ e ADI 4.277/DF). O direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito e expressão de uma ideia-força que deriva do princípio da essencial dignidade.
3. Theodor Meron, Human rights law-making in the United States, p. 58 apud Piovesan, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 203
4. Andrew Byrnes, The “other” human rughts trety body, p. 1 apud Piovesan, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 204-205
5. SisEmbrio – Sistema Nacional de Produção de Embriões criado pela Anvisa para:
   - Conhecer o número de embriões humanos produzidos pelas técnicas de Reprodução Humana Assistida congelados nos Centros de Reprodução Humana Assistida;

ISSN: 2594-6153

- Divulgar informações relacionadas à produção de gametas e embriões no Brasil
- Divulgar os indicadores de qualidade dos Centros para promover a melhoria contínua do controle de qualidade dos estabelecimentos, assim como possibilitar o acesso aos dados relacionados às técnicas de Reprodução Assistida pela população

6. SisEmbrio. Anvisa. 22/08/2023. Disponível em: https://www.gov.br/anvisa/pt-br/acessoainformacao/dadosabertos/informacoes-analiticas/sisembrio
7. Supremo Tribunal Federal. ADPF 132. Reconhecimento pelo Superior Tribunal Federal das uniões homoafetivas como entidades familiares, com a extensão de todos os direitos, incluindo o direito ao livre planejamento familiar.