

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA

FACULDADE DE DIREITO

Naiara dos Santos Pereira

**A INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA *POST MORTEM* E O PROJETO
PARENTAL**

Juiz de fora

2011

Naiara dos Santos Pereira

**A INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA *POST MORTEM* E O PROJETO
PARENTAL**

Monografia de conclusão de curso apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de fora, como um dos requisitos à obtenção do título de bacharel em Direito, sob a orientação do professor ABDALLA DANIEL CURI.

Juiz de fora

2011

Naiara dos Santos Pereira

**A INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA *POST MORTEM* E O PROJETO
PARENTAL**

Monografia de conclusão de curso apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como um dos requisitos à obtenção do título de bacharel em Direito, submetida à aprovação da banca examinadora composta pelos seguintes membros:

Professor Abdalla Daniel Curi – Orientador

Professor Israel Carone Rachid

Professora Maria José Guedes Gondim Almeida

Aprovado em ___/___/___

Juiz de Fora

2011

Agradeço ao meu orientador e professor Abdala Daniel Curi, por toda a paciência, dedicação e entusiasmo. Agradeço também aos meus pais, aos meus amigos e ao meu amor Manoel.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo estudar o polêmico tema da inseminação artificial homóloga *post mortem* e averiguar se tal prática constitui meio legítimo, legal e constitucional de realização do projeto parental, frente aos princípios constitucionais, especialmente em relação ao princípio da dignidade da pessoa humana. Lembraremos que nosso direito não consegue acompanhar e dar solução às situações fáticas e jurídicas que surgem em decorrência dos avanços tecnológicos experimentados nos últimos tempos, especialmente na área da biotecnologia. Serão feitas algumas considerações acerca das técnicas de reprodução humana assistida no Brasil, dando especial destaque à técnica objeto do presente estudo, descrevendo, inclusive, casos reais em nossa sociedade, ressaltando que a única norma que existe a respeito é graças ao pioneirismo do Conselho Federal de Medicina que se preocupou em regulamentar a prática médica da reprodução humana assistida no país, formulando, para tanto, a Resolução nº 1.957/10, que substituiu completamente a Resolução nº. 1.358/92. Será mencionado o posicionamento adotado por outros países no que diz respeito à reprodução *post mortem*, bem como citaremos alguns dos projetos de lei encaminhados ao Congresso Nacional que visam dar solução jurídica ao tema. Também, diante do vácuo legislativo, apontaremos as divergências doutrinárias a respeito e ressaltaremos a necessidade de uma urgente regulamentação jurídica da matéria, em nome da segurança jurídica, visto que tal prática reflete também no direito de família e no direito das sucessões. Defenderemos o direito constitucional ao livre planejamento familiar, fundados nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, decorrência da autonomia reprodutiva e do direito à procriação, ressaltando o papel do Estado em promover os meios necessários para a efetivação do projeto parental, inclusive, garantindo o acesso às técnicas de reprodução assistida àqueles que assim necessitarem. Por fim, restará demonstrada a legitimidade, legalidade e constitucionalidade da inseminação artificial homóloga *post mortem* como meio idôneo de dar continuidade ao projeto parental que teve início em vida, mais que poderá romper à barreira da morte e se concretizar mesmo após ela.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	06
1 REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA.....	09
1.1 Conceito e modalidades.....	09
1.2 Inseminação artificial homóloga e inseminação artificial heteróloga.....	11
1.3 Evolução histórica das técnicas de reprodução assistida no Brasil.....	12
2 REPRODUÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA <i>POST MORTEM</i>.....	14
2.1 Considerações básicas e posicionamento doutrinário.....	14
2.2 Casos reais brasileiros.....	17
2.3A Resolução nº 1.957/10 do Conselho Federal de Medicina.....	18
2.4 Posicionamentos sobre a questão em outros países.....	19
2.5 Projetos de Lei sobre reprodução póstuma.....	21
3 FUNDAMENTO DE VALIDADE CONSTITUCIONAL.....	23
3.1 Limitações constitucionais à atividade científica.....	23
3.2 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....	24
4 BIODIREITO E BIOÉTICA	28
5 DIREITO AO PLANEJAMENTO FAMILIAR.....	30
5.1 Direito à procriação.....	30
5.2A família monoparental.....	32
6 A REPRODUÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA <i>POST MORTEM</i> E O PROJETO PARENTAL.....	34
6.1A legitimidade da inseminação artificial homóloga <i>post mortem</i>	36
6.2A legalidade da inseminação artificial homóloga <i>post mortem</i>	38
6.3A constitucionalidade da inseminação artificial homóloga <i>post mortem</i>	39

CONCLUSÃO.....	43
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	45
ANEXO I.....	49

INTRODUÇÃO

A reprodução *post mortem* já é uma realidade em nossa sociedade e a tendência é que mais casos se insurjam com o decorrer do tempo. O tema é polêmico e deflagra vários questionamentos doutrinários a respeito, dividindo opiniões.

Desta forma, o presente trabalho tem por objetivo analisar se a inseminação artificial homóloga *post mortem* é meio legítimo, legal e constitucional à realização do projeto parental, possibilitando, pois, que a mulher utilize o sêmen criopreservado de seu marido, mesmo após a sua morte.

No entanto, cabe ressaltar que não analisaremos as questões relativas à presunção de vontade daquele que teve seu material genético criopreservado em laboratório e que é reclamado judicialmente pela cônjuge sobrevivente, para fins de reprodução póstuma.

Notável são os avanços tecnológicos na área da biotecnologia e da engenharia genética, especialmente no tocante às técnicas de reprodução humana assistida, que de fato trazem implicações e discussões multidisciplinares, passando o debate pelas esferas da ética, da religião, da filosofia, da ciência, culminando na área jurídica. Esta última, com a responsabilidade de traçar e limitar os efeitos e os impactos trazidos por tais técnicas à sociedade.

No entanto, o direito pátrio ainda não se mostrou apto e preparado para lidar com os reflexos desses avanços tecnológicos, havendo, atualmente, em nosso ordenamento jurídico, verdadeiro vácuo legislativo sobre a matéria, que se mostra ainda mais carente, quando se trata da reprodução assistida *post mortem*, objeto de estudo do presente trabalho de conclusão de curso.

O legislador, no Código Civil de 2002, em seu Art. 1.597, incisos III a V, inseriu as técnicas de reprodução assistida, ao sistema de presunção de paternidade dos filhos havidos na constância do casamento, prevendo, inclusive, no inciso III, a presunção de paternidade quanto aos filhos havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido. Entretanto, o referido diploma não

disciplinou, no todo ou em parte, a reprodução *post mortem*, limitando-se apenas a constatar sua prática nos dias atuais.

Vários projetos de lei foram encaminhados ao Congresso Nacional, mas continuam parados, por falta de interesse político. Atualmente, contamos apenas com a Lei de Biossegurança, Lei nº. 11.105/2005, que regulamenta as questões afetas à biossegurança, bem como sua relação com organismos geneticamente modificados (OGM) e com pesquisas que utilizam células-tronco. Também há a Resolução nº 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina, atualmente substituída pela resolução de nº 1.957/10, que estabelece normas técnicas para a utilização dos métodos de reprodução humana assistida.

Antes de adentrarmos propriamente ao assunto, no capítulo I, faremos uma breve abordagem sobre a reprodução humana assistida, passando rapidamente pelo seu conceito, evolução histórica, diferenciação dos métodos de reprodução humana artificial, ressaltando a diferença entre inseminação artificial homóloga e inseminação artificial heteróloga.

No capítulo II, analisaremos a inseminação artificial homóloga *post mortem*, tecendo algumas considerações básicas a seu respeito, mencionando as divergências doutrinárias, casos reais brasileiros, bem como referindo-nos à resolução do Conselho Federal de Medicina que trata das técnicas de reprodução assistida, para então, analisarmos o posicionamento de alguns países frente à matéria e, por último, explicitar alguns dos projetos de lei que foram enviados à apreciação de nosso Congresso Federal.

Dedicaremos o capítulo III à análise do fundamento constitucional da reprodução póstuma, tendo em vista as limitações constitucionais à atividade científica, bem como à luz do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, por se tratar de um princípio por excelência e um dos fundamentos do nosso Estado Democrático de Direito.

Imprescindível é a menção, no capítulo IV, do papel da Bioética e do Biodireito, sendo a Bioética a ciência que institui balizamentos éticos para as práticas humanas dentro da tecnociência, e o Biodireito, como sendo o responsável por traçar uma hermenêutica jurídica para a melhor elaboração de legislação sobre

as novas técnicas científicas, embasado no respeito ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

No capítulo V, discorreremos sobre o direito ao planejamento familiar, fundando no direito de gerar descendentes, constituir família, bem como na autonomia reprodutiva. Também abordaremos a família monoparental, como fenômeno dos novos agrupamentos familiares, que encontra resguardo constitucional, lembrando também, que não há, para o nosso direito, hierarquia entre os diferentes tipos de família. Analisaremos então, se a inseminação artificial homóloga *post mortem* é meio legítimo, legal e constitucional à realização do projeto parental, chegando, por fim, à conclusão.

1 REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

1.1 Conceito e modalidades

A filiação pode originar-se de maneira natural, pela procriação carnal, ou de maneira artificial, pela procriação assistida. Sobre os meios de procriação anteriormente citados, trazemos os ensinamentos do professor e jurista Guilherme Calmon Nogueira da Gama:

“A primeira é aquela resultante do contato sexual entre o homem e a mulher, do qual resulta a concepção do embrião que se desenvolve naturalmente no corpo da mulher que manteve a relação sexual, e o posterior nascimento da criança. Já a procriação artificial é aquela resultante do recurso à técnica de reprodução medicamente assistida, ou seja, sem qualquer contato sexual entre o homem e a mulher, mas logicamente contando com o emprego de material fecundante para permitir a inseminação artificial, a fertilização *in vitro* ou qualquer outra técnica que permita a fecundação do óvulo pelo espermatozoide e, assim, a produção do embrião que deverá ser desenvolvido no corpo de uma mulher para posteriormente nascer a criança”.¹

Podemos então considerar a reprodução humana assistida como sendo um conjunto de operações com o intuito de unir, artificialmente, os gametas feminino e masculino, dando origem a um ser humano, ajudando àqueles que, por meio natural, encontram dificuldades em procriar, possibilitando, pois, o desejo legítimo de constituir família e concretizar o direito constitucional ao planejamento familiar.

Segundo o Conselho Federal de Medicina, as técnicas de reprodução assistida têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de reprodução humana, facilitando o processo de procriação quando outras terapêuticas tenham se revelado ineficazes ou consideradas inapropriadas.²

Os métodos artificiais de reprodução humana ordinários são a inseminação artificial e a fertilização *in vitro*. Desta forma, a reprodução assistida poderá ocorrer pelo método GIFT (gameteintrafallopeantransfer) ou pelo método ZIFT (zygoteintrafallopeantransfer).

¹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito Civil: família**. São Paulo: Atlas, 2008.p.341-342.

²BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução nº 1.957 de 2010. Institui normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm>. Acesso em: 25 out. 2011.

A fecundação *in vitro* dá-se pelo método ZIFT, que consiste na retirada do óvulo da mulher para fecundá-lo na proveta, com o sêmen do marido ou de outro homem, com a posterior transferência do embrião para o útero. Neste caso, a fecundação ocorre em laboratório, fora do organismo da mulher.

Já a inseminação artificial acontece pelo método GIFT, sendo que neste caso, o sêmen é inoculado na mulher através de um cateter e depois são transferidos para uma ou para as duas trompas, onde ocorrerá a fecundação.

O que há de semelhante nos dois casos é que a mulher, antes de se submeter a tais procedimentos, passa por uma estimulação ovariana, através do hormônio gonadotrofina, que estimula a ovulação.

Segundo os ensinamentos da professora JUSSARA MARIA LEAL DE MEIRELLES, a inseminação artificial pode ser definida como:

(...) a técnica científica mais antiga e consiste, basicamente, na introdução do esperma na cavidade uterina ou no canal cervical, por meio de uma cânula, no período em que o óvulo se encontra suficientemente maduro para ser fecundado.³

A gestação de substituição é outra modalidade de reprodução assistida permitida no Brasil. Essa técnica é utilizada nos casos em que a mulher está impossibilitada de ter uma gestação normal, seja pelo fato disso acarretar riscos de vida, seja por não ter condições de gerar um embrião. Assim, uma terceira pessoa “empresta” o útero para gerar o feto concebido *in vitro*, a partir do óvulo e do espermatozóide do casal, ou, então, oriundo da fecundação do gameta da mãe de substituição com o espermatozóide do marido da mulher que não pode conceber.⁴

Tal possibilidade encontra-se prevista no item VII da Resolução nº. 1.957 do Conselho Federal de Medicina, o qual estabelece que 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 contraindique a gestação na doadora genética. Estabelece também que as doadoras temporárias do útero devem pertencer à família da doadora genética, num parentesco até o segundo grau, sendo os demais casos sujeitos à

³MEIRELLES, Jussara Maria Leal. **A vida embrionária e sua proteção jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p.18.

⁴ALLEBRANDT, Débora; MACEDO, Júlia Lopes de. **Fabricando a vida: implicações éticas culturais e sociais do uso de novas tecnologias reprodutivas**. Porto Alegre: Metrópole, 2007, op. cit., p. 135.

autorização do Conselho Regional de Medicina. E que a doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.

1.2 Inseminação Artificial Homóloga e Inseminação Artificial Heteróloga⁵

Segundo os livros de medicina, tanto a inseminação artificial, quanto a fertilização *in vitro* podem ser homólogas ou heterólogas. A inseminação é uma forma artificial de fecundação, que possibilita a união do sêmen ao óvulo por meio outro, diferente do contato sexual, ocorrendo através da introdução das células embrionárias masculinas diretamente no útero da mulher.

Heteróloga é a inseminação artificial em que a mulher recorre ao banco de sêmen ou ao banco de óvulos, e utiliza sêmen e/ou o óvulo de um (a) doador (a), que são anônimos, não havendo, pois, parentesco entre esses e o concebido e, conseqüentemente, não há obrigação ou deveres alimentares entre esses. A reprodução heteróloga, ainda pode ocorrer de três formas, quais sejam, reprodução heteróloga unilateral *a patre* (quando o terceiro é o doador do espermatozóide); reprodução heteróloga unilateral *a matre* (quando a terceira pessoa é doadora do óvulo, o qual será fecundado *in vitro*, para depois ser transferido para o útero da mulher que deseja procriar); e reprodução heteróloga bilateral (quando ocorre a doação por terceiros tanto do espermatozóide como do óvulo, sendo a fertilização realizada *in vitro* e após transferido para o útero da mulher que gerará o embrião implantado).⁶

Homóloga é a inseminação que usa, para inseminar a mulher, os gametas masculinos do próprio marido. A reprodução artificial com sêmen do marido (homóloga) esta indicada para casais cuja causa de esterilidade esteja relacionada a fatores que impeçam os espermatozóides de chegarem até a cavidade uterina. Em regra, a inseminação artificial homóloga não fere princípios jurídicos, embora possa acarretar alguns problemas ético-jurídicos, apesar de ter o filho os componentes genéticos do marido (convivente) e da mulher (companheira).⁷

⁵RAFFUL, Ana Cristina. **A Reprodução Artificial e os Direitos de Personalidade**. São Paulo: Themis Livraria e Editora, 2000. cit., p.22;

⁶GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito Civil: família**. São Paulo: Atlas, 2008. Op.cit, p.342.

⁷ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do Biodireito**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.502.

1.3 Evolução histórica das técnicas de reprodução assistida.

Acredita-se que a primeira tentativa de inseminação artificial em seres humanos ocorreu por volta do ano de 1494/1495, tendo sido paciente a Rainha D. Joana de Portugal, segunda esposa de Henrique IV, conhecido como “o impotente”, rei de Castela e Leão, território que pertencia à Espanha.

Contudo, a primeira experiência científica de sucesso ocorreu em 1791, realizada pelo cirurgião inglês Juan Hunter, que inseminou artificialmente, com o sêmen do marido, a esposa de um lord. Em 1838, um professor francês chamado GIRAULT, também obteve resultados positivos.

Somente no século XX, a partir do conhecimento mais aprofundado das ciências médicas, é que aconteceram grandes descobertas no campo da genética. A década de 70 foi decisiva para a evolução das procriações artificiais. Por volta de 1970, diversas pesquisas foram feitas sobre a fertilização *in vitro*, principalmente em países como os Estados Unidos, Inglaterra e Austrália. Em julho de 1978 nasceu o primeiro bebê de proveta no mundo, a inglesa Louise Brown, que conta hoje com trinta e três anos de idade. O cientista britânico Robert G. Edwards, que realizou a primeira fertilização *in vitro* da qual foi fruto a referida inglesa Louise, ganhou o prêmio Nobel da Medicina de 2010, na cidade de Estocolmo.⁸

⁸ “O homem que abriu novas fronteiras na reprodução humana ao criar a técnica da fertilização *in vitro* ganhou o Prêmio Nobel da Medicina 2010. O anúncio do nome do médico e cientista britânico Robert G. Edwards, 85 anos, como o vencedor foi feito ontem, em Estocolmo, na Suécia, mais de 30 anos depois do nascimento do primeiro bebê de proveta, a britânica Louise Brown. Professor emérito da Universidade de Cambridge, Edwards começou a trabalhar na década de 1950 na técnica de fertilização *in vitro*, um procedimento no qual os óvulos são fertilizados fora do corpo e implantados posteriormente no útero. O cientista desenvolveu a técnica com Patrick Steptoe, que morreu em 1988. Em 25 de julho de 1978, Louise Brown foi o primeiro bebê nascido por meio desse procedimento. Hoje com 32 anos, Louise deu à luz seu primeiro filho em 2007, um menino chamado Cameron, concebido naturalmente. Apesar de consideradas cruciais em nossos dias, as pesquisas de Edwards quase foram impedidas de progredir nos anos 50 pela falta de recursos públicos para financiamento. A razão do corte de verbas: a controvérsia ética em torno da origem da vida. O nascimento de Louise Brown só foi possível graças à iniciativa privada. De acordo com o comitê que escolhe o vencedor, “as conquistas [de Edwards] tornaram possível tratar a infertilidade, uma condição médica que aflige uma grande proporção da humanidade, incluindo 10% de todos os casais”. Estima-se que aproximadamente 4 milhões de pessoas nasceram graças à fertilização *in vitro*. A probabilidade de um casal infértil ter um bebê hoje é de 20% com a fertilização *in vitro*, aproximadamente a mesma de um casal que conceba naturalmente. O Vaticano criticou a concessão do Prêmio Nobel de Medicina ao britânico Edwards. A Igreja Católica Romana se opõe fortemente à fertilização *in vitro*, que considera uma afronta à dignidade humana, que destrói mais vida humana do que cria, porque cientistas descartam ou armazenam os embriões não utilizados”. Disponível em:

A partir de então, surgiram no mundo todo, várias clínicas de reprodução humana assistida, inclusive no Brasil, sendo que em 1984, nasceu o primeiro bebê de proveta brasileiro no Paraná, fruto da fertilização in vitro realizada pela equipe do professor Milton Nakamura.

Atualmente, estima-se que duzentos e dezenove mil a duzentos e quarenta e seis mil bebês nascem, a cada ano no mundo, graças ao desenvolvimento das técnicas de reprodução assistida, segundo um estudo internacional publicado no periódico científico HumanReproduction.

2 REPRODUÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA “*POST MORTEM*”

2.1 Considerações básicas e posicionamentos doutrinários.

A ideia de alguém poder ser concebido, quando já falecido seu pai biológico, era até pouco tempo remota e inimaginável. Acontece que, com os avanços galgados na área das ciências médicas e da engenharia genética, dentre outras, tal fato é possível por meio da criopreservação de gametas em vida. JULIANE FERNANDES QUEIROZ explica que:

A criopreservação do sêmen é aconselhada quando o homem que deseja procriar irá sofrer certas cirurgias que possam interferir na espermatogênese ou na função ejaculatória (tratamento de câncer de próstata, por exemplo). Ou ainda consoante casos relatados nos Estados Unidos em que militares, antes de partirem para a guerra, podem armazenar seu esperma, visando garantir sua continuidade genética.⁹

Então, através da criopreservação do material genético do marido ou do companheiro, é possível que a sua esposa ou companheira, mesmo após a sua morte, venha a inseminar seu sêmen, vindo a gerar um filho de pai já falecido.

Através da medicina, podemos realizar nosso sonho de deixar descendentes e perpetuarmos nossos genes, deixando de herança para a humanidade, nossas características genéticas. É o homem desafiando à seleção natural, teoria criada pelo cientista Charles Robert Darwin, em seu famoso livro “A Origem das Espécies”, publicado em Londres em 1859. Com a ajuda da engenharia genética, o homem pode vencer a barreira da morte, e mesmo após esta, realizar seu projeto parental, deixando na terra, parte de seu DNA.

No entanto, a reprodução artificial homóloga *post mortem* é alvo de grandes e calorosos embates doutrinários, seja acerca de sua aplicação, seja acerca de seus reflexos no mundo jurídico, especialmente pelo fato de não possuir regulamentação, gerando, assim, insegurança jurídica. A celeuma é grande, passando pelo direito de família, pelo direito sucessório e especialmente, para nós, com relação à verificação de sua possibilidade frente às regras e princípios estatuídos pela constituição

⁹CASABONA, Carlos María Romeo. **Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p.279.

federal, a fim de possibilitar que o projeto parental se concretize até mesmo após a morte de um dos cônjuges.

Tais questionamentos estão sendo objeto de estudo e debate, dividindo a doutrina em duas correntes, uma contra e outra a favor da reprodução *post mortem*. Com relação à primeira corrente, os doutrinadores defendem a reprodução póstuma, fundamentando-se no princípio da autonomia da vontade, no princípio do planejamento familiar e na igualdade entre os filhos. Neste ínterim, o professor CARLOS CAVALCANTI DE ALBUQUERQUE FILHO ensina que “o planejamento familiar, sem dúvida, dá-se quando vivos os partícipes, mas seus efeitos podem se produzir para após a morte”.¹⁰ No mesmo sentido, DOUGLAS PHILLIPS FREITAS explica que:

A nossa Carta Magna em seu art. 226, § 7º, defende a livre decisão do casal quanto ao planejamento familiar, vedando qualquer minoração deste direito, por quem quer que seja, e, se houver, estará atacando os princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável. A vontade do doador (cônjuge ou companheiro) na reprodução assistida sempre será expressa por força da Resolução 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina, sem que, necessariamente, haja o doador realizado um testamento, por isto, é importante prever uma solução para o caso concreto de haver material genético para reprodução assistida sem testamento indicando a prole futura.
(...) havendo clara vontade do casal em gerar o fruto deste amor não pode haver restrição sucessória alguma, quando no viés parental a lei tutela esta prática biotecnológica.¹¹

Ainda dentro da corrente que admite a possibilidade da reprodução póstuma, há aqueles doutrinadores que a defendem, mas com a ressalva da existência da vontade expressa, em vida, do marido ou companheiro que tenha criopreservado seu sêmen, consentindo com a realização da inseminação ou fertilização de sua mulher ou companheira, mesmo após a sua morte. Nesta linha de pensamento, é o posicionamento de SILMARA JUNY CHINELATO, “não se pode presumir que alguém queira ser pai depois de morto, devendo o sêmen ser destruído se não houver manifestação expressa de vontade quanto à inseminação *post mortem*”.¹²

¹⁰ ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. **Fecundação Artificial Post Mortem e o Direito Sucessório**. Família e dignidade humana, Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. São Paulo: IOB Thompson, 2006. p. 177.

¹¹ FREITAS, Douglas Phillips. **Reprodução Assistida Após a Morte e o Direito de Herança**. Disponível em: <<http://www.idbfam.org.br/?artigos&artigos=423>>. Acesso em: 06 nov. 2011.

¹² CHINELATO, Silmara Juny. **Comentários ao Código Civil**: parte especial: do direito de família (arts. 1.591 a 1.710). Vol. 18. São Paulo: Saraiva, 2004. Op. cit., p. 54.

Por outro lado, há doutrinadores contrários à possibilidade da reprodução homóloga após a morte do depositário do sêmen. Segundo GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA “(...) ao menos no estágio atual da matéria do direito brasileiro, não há como se admitir, mesmo com vontade expressa deixada em vida pelo falecido, o acesso da ex-esposa ou ex-companheira às técnicas de reprodução assistida homóloga, diante do princípio da igualdade em direitos entre os filhos”.¹³

O professor EDUARDO FERREIRA LEITE, também entende não ser possível a inseminação homóloga *post mortem*, vejamos:

A resposta negativa a um pedido desta natureza se impõe. E isto, por diversas razões. Inicialmente, vale lembrar que tal pedido sai do plano ético reconhecido à inseminação homóloga; ou seja, se não há mais casal solicitando um filho, nada mais há que justifique a inseminação. Num segundo momento, tal solicitação provoca perturbações psicológicas em relação à criança e em relação à mãe. Nada impede que nos questionemos se esta criança desejada pela mãe viúva não o é, antes de tudo, para preencher o vazio deixado pelo marido. Além disso, a viuvez e a sensação de solidão vividas pela mulher podem hipotecar pesadamente o desenvolvimento psico-afetivo da criança. Logo, a inseminação “post-mortem” constitui uma prática fortemente desaconselhável.¹⁴

Inclusive, neste cenário, o enunciado nº127 do Conselho de Justiça Federal, aprovado na 1ª jornada de Direito Civil de 2002¹⁵, pretende vedar que a técnica de inseminação artificial homóloga seja realizada após a morte do doador do gameta masculino e apresenta a seguinte proposição sobre o art. 1.597, III do Código Civil. A proposta é alterar o inciso III para constar “havidos por fecundação artificial homóloga”. Desta forma, pretendem suprimir a última parte do inciso, qual seja, “mesmo que falecido o marido”. A justificativa é que a mudança é para observar os princípios da paternidade responsável e o da dignidade da pessoa humana, porque não é aceitável o nascimento de uma criança já sem pai.

Apesar das diferentes opiniões sobre o assunto, hodiernamente, não há legislação que regulamente a reprodução póstuma, apesar de tal prática já ser uma realidade em nosso país, contando, atualmente, com dois casos.

¹³ GAMA, Guilherme Nogueira da. **A Nova Filiação: o Biodireito e as Relações Parentais: O Estabelecimento da Parentalidade-filiação e os Efeitos Jurídicos da Reprodução Assistida Heteróloga**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.p. 733.

¹⁴ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p.155.

¹⁵BRASIL. I Jornada de Direito Civil de 2002 do Conselho da Justiça Federal. Disponível em:<<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>>. Acesso em: 21 nov. 2011.

2.2 Casos reais brasileiros

O primeiro caso aconteceu em Curitiba (PR), quando a professora Kátia Lenernier recorreu ao judiciário a fim de obter autorização para realizar inseminação artificial usando o sêmen do marido, Roberto Jefferson Niels, que falecera em fevereiro de 2010. Segundo advogados e desembargadores, essa é a primeira decisão judicial brasileira sobre reprodução póstuma. A ação correu na 13ª Vara Cível da Comarca de Curitiba, sendo que fora concedida liminar para que Kátia procedesse à inseminação artificial homóloga *post mortem*, utilizando o sêmen criopreservado de seu marido.

Kátia e Roberto eram casados havia cinco anos, e tentavam engravidar naturalmente, quando em janeiro de 2009, Niels foi surpreendido por um câncer, sendo que, por indicação médica, congelou o sêmen antes do tratamento de quimioterapia, que poderia deixá-lo infértil. O casal chegou a iniciar o tratamento de reprodução, que foi interrompido quando chegou a notícia que o câncer havia se espalhado para os ossos. Neste momento, Kátia decidiu parar com o tratamento para se dedicar exclusivamente ao marido, deixando para o futuro, o tão almejado desejo de terem um filho e assim constituírem uma família. Porém, o plano do casal de terem filhos juntos foi interrompido com a morte de Niels, em fevereiro de 2010.

No entanto, a morte de Niels não pôs fim ao desejo de Kátia em dar continuidade o sonho do casal, que decidiu então, realizar uma inseminação artificial utilizando o sêmen congelado do marido. O problema foi quando o laboratório onde estava congelado o sêmen se negou a realizar a inseminação póstuma, por motivos éticos, já que Niels não deixou consentimento prévio autorizando a inseminação.

Kátia, autorizada pela liminar, deu prosseguimento ao tratamento para reprodução e obteve sucesso, sendo que no dia 20 de junho de 2011, nasceu Luiza Roberta, o primeiro bebê brasileiro gerado com sêmen de pai morto, com permissão judicial.

Como não há legislação brasileira que regulamente a matéria, fora usado judicialmente declarações de amigos e de familiares do casal. Neste caso, diante das provas produzidas nos autos, a decisão da justiça entendeu ser possível presumir a vontade do marido.

Outro caso brasileiro em que uma viúva tentou ganhar judicialmente a autorização para realizar a reprodução póstuma é a da executiva paulista Elisete Koller. Ela já ajuizou ação com o intuito de conseguir a autorização para utilizar o sêmen e os embriões criopreservados de seu marido, já que Cláudio faleceu aos 42 anos de idade em decorrência de um câncer, sem ter deixado, no entanto, consentimento expreso quanto a tal prática.

Os laboratórios e clínicas de reprodução humana assistida estão vinculados às resoluções do Conselho Federal de Medicina que tratam sobre o assunto, e por isto, nestes casos, se recusam a realizar o tratamento para a reprodução usando o material genético de doador falecido, sem seu prévio e expreso consentimento.

2.3 A Resolução nº 1.957/10 do Conselho Federal de Medicina¹⁶

A Resolução nº 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina, que tratava das técnicas de reprodução assistida no país, após 18 anos de vigência, recebeu modificações e foi substituída, no todo, pela Resolução nº 1.957 de 10 de dezembro de 2010, que atualmente é a resolução que estabelece regras e diretrizes para os profissionais da área e clínicas particulares ou privadas que realizam a reprodução humana medicamente assistida.

O conselho, no preâmbulo da resolução, ressalta a importância da infertilidade humana como um problema de saúde, com implicações médicas e psicológicas, bem como a legitimidade do anseio de superá-la através do avanço do conhecimento tecnológico que permite solucionar vários casos de reprodução humana, considerando a necessidade de harmonizar o uso dessas técnicas com os princípios da ética médica.

Na exposição de motivos desta resolução, percebemos a preocupação do Conselho Federal de Medicina diante da inexistência de normas jurídicas sobre o assunto. Vejamos *in verbis*, “No Brasil, até a presente data, não há legislação específica a respeito da reprodução assistida. Transitam no Congresso Nacional, há anos, diversos projetos a respeito do assunto, mas nenhum deles chegou a termo”.

¹⁶BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução nº 1.957 de 2010. Institui normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm>. Acesso em: 25 out. 2011.

Apesar de notável a preocupação do conselho em regulamentar, no que lhe compete, as práticas de reprodução assistida, sabemos que as normas e diretrizes emanadas de tal órgão, não são suficientes para suprir, nem afastam a necessidade de uma regulamentação jurídica, vez que, não possuem força de lei.

A respeito da força vinculante da Resolução nº. 1.957/10, do Conselho Federal de Medicina, GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA, esclarece que “tal instrumento normativo não tem, no entanto, força de lei e não se insere, conseqüentemente, no ordenamento jurídico brasileiro por estabelecer regras que restringem a liberdade das pessoas, o que é matéria reservada à lei, com base no art. 5º, inciso II, da Constituição de 1988”.¹⁷

Com relação à reprodução assistida *post mortem*, a resolução se posiciona de maneira favorável, desde que haja prévia autorização específica do depositário do material genético. Vejamos o item VIII da resolução: “não constitui ilícito ético a reprodução assistida post mortem desde que haja autorização prévia específica do (a) falecido (a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente”.

2.4 Posicionamentos sobre a questão em outros países.

O primeiro caso insurgente no mundo afeto à reprodução assistida *post mortem* deu-se na França em 1984, quando uma jovem recorreu ao tribunal francês em busca de uma autorização para realizar uma inseminação artificial póstuma, usando o sêmen que seu marido havia criopreservado em um laboratório. Este fato ficou conhecido pela doutrina como “Caso Parpalaix”, descrito por Douglas Phillips Freitas:

Em 1984, na França, a jovem Corine Richard se apaixonou por Alain Parpalaix. O varão descobriu estar com câncer nos testículos e, no intuito de poder ter um filho com a mulher amada, depositou num banco de sêmen seu material genético para que após as sessões de quimioterapia pudesse usá-lo para gerar a almejada prole. Como previsto, a doença não só o deixou estéril, como, após alguns dias do casamento, veio a fatalizá-lo. Negado pelo banco de sêmen, Corine Richard buscou a autorização judicial para cumprir a vontade de seu falecido esposo. O banco alegava que não havia um acordo de entrega do material genético a outra pessoa, senão ao falecido, e, como na França não havia legislação que autorizava

¹⁷GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito Civil: família**. São Paulo: Atlas, 2008. Op. cit, p.354.

inseminação artificial post mortem, foi necessário buscar a tutela do Estado para preenchimento deste vácuo legislativo. Depois de muita batalha, o tribunal francês de Créteil condenou o banco de sêmen na entrega do material para um médico designado pela viúva. Infelizmente, pela morosidade da ação, a inseminação artificial não foi realizada, pois, os espermatozóides não estavam mais próprios à fecundação.¹⁸

Apesar de naquela época ter concedido autorização para a reprodução *post mortem*, atualmente a França a proíbe e, além disso, dispõe a lei que o consentimento manifestado em vida perde o efeito. A Alemanha e a Suécia também vedam a inseminação *post mortem*. Na Inglaterra, a inseminação *post mortem* é permitida, mas não se garante o direito à sucessão, exceto se houver documento expreso nesse sentido. A Lei espanhola nº. 14/2006, no art. 9.2, veda a inseminação *post mortem*, mas deixa claro que, se efetuada, só estabelecerá o vínculo de filiação matrimonial se houver declaração expressa nesse sentido do marido por instrumento público, testamento ou documento com instruções prévias, para que seu material germinativo possa ser utilizado, nos 12 primeiros meses seguintes ao seu falecimento, para fecundar sua mulher, e, além disso, presume outorgado seu consentimento se esta já se submeteu a um processo de reprodução assistida, iniciado para a transferência de embrião formado antes do óbito do marido.¹⁹

As posições adotadas pelos ordenamentos jurídicos dos países divergem a esse respeito. O legislador brasileiro, não proibiu nem regulamentou tal prática, sendo que apenas a mencionou no art. 1.597, III, do Código Civil de 2002, incluindo-a como uma das hipóteses de presunção de paternidade na constância do casamento. No entanto, alguns projetos de lei sobre reprodução *post mortem* já foram encaminhados ao Congresso Nacional.

2.5 Projetos de Lei sobre reprodução póstuma

¹⁸FREITAS, Douglas Phillips. **Reprodução Assistida Após a Morte e o Direito de Herança**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=423>>. Acesso em: 25 abr. 2009.

¹⁹DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 4 ed. São Paulo:, Saraiva, 2007, p.503 a 504.

Alguns projetos de lei já foram encaminhados ao Congresso Nacional. Eles divergem entre si, sendo que alguns optam por permitir a reprodução assistida *post mortem* e outros já a proíbem. Analisaremos alguns deles.

O primeiro Projeto de Lei, nº 3.638/93, de autoria do Deputado Luiz Moreira, institui normas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, incluindo as questões relativas a fertilização *in vitro*, inseminação artificial e gestação de substituição.²⁰ O projeto não proíbe nem autoriza expressamente a inseminação *post mortem*, mas pelos princípios gerais, depende de consentimento em vida.

Já o segundo Projeto de Lei nº. 2.855/97, de autoria de Confúcio Moura, dispõe sobre a utilização de técnicas de reprodução humana assistida e dá outras providências. Inclui a fecundação *in vitro*, transferência de pré-embriões, transferência intratubária de gametas, a criopreservação de embriões e a gestação de substituição, a conhecida barriga de aluguel.²¹ O projeto prevê a possibilidade de inseminação *post mortem*, sendo vedado o reconhecimento da paternidade, a não ser nos casos em que houver prévia e expressa manifestação.

Por último, o Projeto de Lei nº 90/99, apresentado pelo Senador Lúcio Alcântara, que atualmente tramita na câmara dos deputados sob o nº. 1.184/03, define as normas para realização de inseminação artificial e fertilização "in vitro", proibindo a gestação de substituição (barriga de aluguel) e os experimentos de clonagem radical.²² O projeto permite a reprodução póstuma, mas estabelece que a filiação somente seja reconhecida caso o depositário dos gametas tenha autorizado em testamento a sua utilização pela esposa ou companheira. Ademais, tipifica como crime, com pena de detenção de um a três anos e multa, a utilização de gametas de doadores ou depositantes sabidamente falecidos, salvo na hipótese em que tenha sido autorizada, em documento, com consentimento livre e esclarecido, ou em testamento, a utilização póstuma de seus gametas.

²⁰ BRASIL. Projeto de Lei nº 3.638 de 29 de março de 1993. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=19976>>. Acesso em: 12 nov. 2011.

²¹ BRASIL. Projeto de Lei nº 2.855 de 13 de março de 1997. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=18719>>. Acesso em: 12 nov. 2011.

²² BRASIL. Projeto de Lei nº 1.184 de 03 de junho de 2003. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=118275>>. Acesso em: 12 nov. 2011.

Recentemente, o projeto foi enviado à apreciação da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania.

Conforme observa a respeito ROBERTO MOREIRA FILHO:

Atualmente, a única norma que possuímos acerca da reprodução humana assistida vem do pioneirismo e celeridade do Conselho Federal de Medicina que, em 1992, através da Resolução 1.358, resolveu adotar normas éticas, como dispositivo deontológico, no que diz respeito à regulamentação e procedimentos a serem observados pelas clínicas e médicos que lidam com a reprodução humana assistida. Seguindo o caminho traçado pela Resolução 1.358 do CFM, alguns legisladores tardiamente apresentaram projetos de lei referentes à matéria. Quase a unanimidade de tais projetos segue fielmente a disposição constante na Resolução 1.358, em nada inovando a respeito dos reflexos jurídicos e das consequências advindas do uso das técnicas artificiais de reprodução. O projeto de lei mais completo e abrangente, que dispõe sobre a matéria, é o de nº 90/99, de autoria do Senador Lúcio Alcântara e que ainda tramita burocraticamente no Congresso Nacional (...).²³

No entanto, os projetos de lei que atualmente existem são deficientes, e, a nosso ver, não apresentam a melhor proposição jurídica sobre o tema. Ademais, necessitamos pensar e discutir mais sobre essas questões, principalmente à luz da constituição federal e dos princípios que norteiam a formulação do conteúdo material das leis infraconstitucionais, pensando no princípio da dignidade da pessoa humana e no direito constitucional ao livre planejamento familiar.

²³MOREIRA FILHO, José Roberto. **Conflitos Jurídicos da Reprodução Humana Assistida**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2588>>. Acesso em: 08 dez. 2009.

3 FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

3.1 Limitações constitucionais à atividade científica.

Parar o avanço da ciência seria impedir o progresso da própria humanidade. Por muitos anos a ciência foi má vista pelas instituições dominantes e enfrentou muitas dificuldades e barreiras para se desenvolver. Leonardo da Vinci, por exemplo, considerado por muitos o maior gênio da história, tendo se destacado como cientista, matemático, pintor, inventor, engenheiro, anatomista, escultor, arquiteto, botânico, poeta e músico, sofreu perseguições pela igreja católica do século XV, detentora do poder político e contrária a qualquer manifestação científica e cultural.

Atualmente, a liberdade científica recebe amparo e proteção constitucional na Carta Magna de 1988 em seu art. 5º, IX, que aproclama como um dos direitos fundamentais. No entanto, a liberdade científica não é absoluta, sendo que encontra limites frente a outros valores e bens jurídicos tutelados constitucionalmente, como, por exemplo, a vida, a integridade física e psíquica, a privacidade, dentre outros; que poderiam ser gravemente afetados pelo mau uso da pesquisa científica. Neste compasso, MARIA HELENA DINIZ ensina que:

“Havendo conflito entre a livre expressão da atividade científica e outro direito fundamental da pessoa humana, a solução ou o ponto de equilíbrio deverá ser o respeito à dignidade humana, fundamento do Estado Democrático de Direito, previsto no art. III, da Constituição Federal. Nenhuma liberdade de investigação científica poderá ser aceita se colocar em perigo a pessoa humana e sua dignidade. A liberdade científica sofrerá as restrições que forem imprescindíveis para a preservação do ser humano na sua dignidade”.²⁴

A reprodução assistida *post mortem* é fruto do avanço tecnológico, atualmente alvo de elogios e críticas. Encontramos visões diametralmente opostas, tendo aqueles que a consideram benéfica e defendem a sua possibilidade, em face dos princípios da liberdade, do planejamento familiar e da autonomia privada, e, de

²⁴ DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.07.

outro, encontramos aqueles que, em decorrência de um pensamento misoneísta, a consideram maléfica e defendem exatamente o contrário, tendo em vista que, segundo eles, a referida prática afronta princípios básicos do direito, como a paternidade responsável, o melhor interesse da criança e o próprio projeto de parentalidade.

No entanto, apesar de ambas as correntes adotarem posicionamentos opostos, elas se pautam nos direitos fundamentais, mais precipuamente, no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Talvez isso aconteça pelo fato de o conceito de dignidade da pessoa humana apresentar “contornos vagos e imprecisos, caracterizado por sua ambiguidade e porosidade, por sua natureza necessariamente polissêmica, bem como por um forte apelo emotivo”²⁵.

Desta forma, para estudarmos a reprodução assistida *post mortem*, necessário se faz um exame sobre o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, mesmo que breve, pois não temos aqui a pretensão de esgotar o assunto.

3.2 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é considerado pelo o nosso ordenamento como um dos fundamentos do Estado de Direito, conforme art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988.

A dignidade da pessoa humana abrange uma diversidade de valores existentes na sociedade. Trata-se de um conceito adequável à realidade e a modernização da sociedade, devendo estar em conluio com a evolução e as tendências modernas das necessidades do ser humano. Desta forma, preceitua INGO WOLFGANG SARLET, ao conceituar a dignidade da pessoa humana:

(...) temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas

²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **As Dimensões da Dignidade da Pessoa Humana: Uma Compreensão Jurídico-constitucional Aberta e Compatível com os Desafios da Biotecnologia**. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (coord.). **Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.p.213.

para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.²⁶

A noção de dignidade da pessoa humana como valor inerente, próprio e determinante da condição de ser humano remonta ao pensamento clássico e tem origem ideológica no pensamento cristão. E foi sob a inspiração dos pensamentos estoíco e cristão, que na Idade Média, Santo Tomás de Aquino refere-se expressamente ao termo *dignitas humana*, pela primeira vez.

O princípio da dignidade da pessoa humana, durante o séc. XVIII, quando ainda predominava o pensamento jusnaturalista, ganhou a sua formulação clássica por IMMANUEL KANT, que defendia que o ser humano deveria ser tratado como um fim em si mesmo, e não como um meio (objeto), e assim formulou o princípio de que:

No reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade.²⁷

No entanto, a ligação jurídico-positiva entre direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana só começa com o Estado social de Direito e, mais rigorosamente, com as Constituições e os grandes textos internacionais subsequentes à segunda guerra mundial, em resposta aos regimes que tentaram sujeitar e degradar a pessoa humana; quando se proclama que a dignidade da pessoa humana é sagrada; e ao afirmar-se que o desconhecimento e o desprezo dos direitos do homem tinham conduzido a atos de barbárie que revoltaram a consciência da Humanidade e que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo.²⁸

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu art. 3º, introduziu a atual concepção de dignidade da pessoa humana, instituindo-a como centro orientativo dos direitos e fonte de inspiração de constituições posteriores: “Todos os

²⁶SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p.62.

²⁷KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos**. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 65.

²⁸MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Lisboa: Coimbra Editora, 2008, p. 194.

homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência de devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”.

Neste sentido, leciona Eugênio Pacelli de Oliveira que:

É a partir da Revolução Francesa (1789) e da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, no mesmo ano, que os direitos humanos, entendidos como o mínimo ético necessário para a realização do homem, na sua dignidade humana, reassumem posição de destaque nos estados ocidentais, passando também a ocupar o preâmbulo de diversas ordens constitucionais, como é o caso, por exemplo, das Constituições da Alemanha (Arts. 1º e 19), da Áustria (Arts. 9º, que recebe as disposições do Direito Internacional), da Espanha (Art. 1º, e Arts. 15 ao 29), da de Portugal (Art. 2º), sem falar na Constituição da França, que incorpora a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.²⁹

Apesar de ser tido como fundamento do Estado Democrático de Direito, bem como por ser um direito fundamental, não é o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana um princípio absoluto, não passível de ponderação.

Segundo os ensinamentos de ROBERT ALEXY:

O princípio da dignidade da pessoa comporta graus de realização, e o fato de que, sob determinadas condições, com alto grau de certeza, preceda a todos os outros princípios, isso não lhe confere caráter absoluto, significando apenas que quase não existam razões jurídico-constitucionais que não se deixem comover para uma relação de preferência em favor da dignidade da pessoa sob determinadas condições.³⁰

O fato de o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana poder comportar relativizações, não importa isso que alguém possa ser tratado de forma desumana. Acontece que a sua real concretização é por vezes difícil, haja vista que há países que o adotaram como fundamento de Estado e assinaram tratados internacionais

²⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Processo e Hermenêutica na Tutela Penal dos Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 12.

³⁰ ALEXY, Robert. **Teoría de La Argumentación Jurídica**. Tradução de Manuel Atienza e Izabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p.105-109. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008, p.151.

comprometendo-se a respeitar a dignidade humana de seus nacionais, e nem por isso conseguem efetivá-lo satisfatoriamente.

Verdade é que, por ser o fundamento por excelência do ordenamento jurídico, não há setor ou ramo deste no qual o princípio da dignidade da pessoa humana não esteja presente, em maior ou em menor grau. É o que se verifica quando tratamos de biotecnologia, mais especificamente da reprodução humana assistida, não se admitindo a utilização destas técnicas com o propósito de ofender a dignidade do ser humano.

Neste sentido, INGO WOLFGANG SARLET, ensina que o princípio da dignidade da pessoa humana “serve como justificativa para a imposição de restrições a direitos fundamentais, acabando, neste sentido, por atuar como elemento limitador destes”.³¹

Desta forma, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana se mostra como corolário da análise dos avanços biotecnológicos na sociedade contemporânea, especialmente quando se destinam a atingir o ser humano, afetando o que lhe é mais precioso, a sua dignidade. Nesta perspectiva, o Princípio da Dignidade Pessoa Humana vem impedir que o ser humano seja reduzido a condição de “coisas” frente ao desenfreado avanço do desenvolvimento biotecnológico, notadamente na área da biomedicina, atuando como um filtro para a humanização da interpretação jurídica.³²

³¹SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 123.

³² FISCHER, Karla Ferreira de Camargo. **Inseminação artificial post mortem e seus reflexos no direito de família e no direito sucessório**. Disponível em: <www.ibdfam.org.br/anais_download.php?a=224>. Acessado em: 31 out. 2011.

4 BIODIREITO E BIOÉTICA

A sociedade moderna experimenta os avanços científicos, que trazem benefícios, que tornam a vida mais fácil e que estão apresentando soluções para os problemas enfrentados pela humanidade, expressivamente na área da medicina, farmacologia e biotecnologia.

Alimentos transgênicos, clonagem de animais, células-tronco, bebês de proveta, inseminação artificial, DNA, dentre outros, já fazem parte do vocabulário de muitos. No entanto, a sociedade também se preocupa com as consequências trazidas por esses avanços, vez que muitas perguntas continuam sem resposta e sendo que o uso indiscriminado desses avanços pode trazer prejuízos enormes para a humanidade.

O Estado não pode e nem deve ficar inerte aos avanços científicos, devendo preocupar-se em traçar regras e limites, sem, contudo, colidir com a liberdade científica, compatibilizando-as para ao mesmo tempo não impedir o progresso e não macular a dignidade da pessoa humana.

Neste cenário, surge o biodireito, que é o ramo do Direito Público que se associa à bioética, estudando as relações jurídicas entre o direito e os avanços tecnológicos conectados à medicina e à biotecnologia; peculiaridades relacionadas ao corpo, à dignidade da pessoa humana. Nas palavras de MARIA HELENA DINIZ:

O biodireito é o estudo jurídico que, tomando por fontes imediatas a bioética e a biotecnologia, teria a vida por objeto principal, salientando que a verdade científica não poderá sobrepor-se à ética e ao direito, assim como o progresso científico não poderá acobertar crimes contra a dignidade humana, nem traçar, sem limites jurídicos, os destinos da humanidade.³³

Desta forma, o biodireito se preocupa em apresentar os indicativos teóricos e os subsídios da experiência universal para a elaboração da melhor legislação sobre as novas técnicas científicas, com vistas, em última instância, a salvaguardar a dignidade humana. É destino do biodireito influenciar o traçado de uma

³³DINIZ, Maria Helena. *O Estado Atual do Biodireito*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.7-8.

hermenêutica jurídica de promoção da vida, atribuição que prescinde inclusive, do advento de uma nova lei.³⁴

Aliado ao Biodireito está a Bioética, ou ética da vida, que é o estudo transdisciplinar entre biologia, medicina, filosofia e direito, que investiga as condições necessárias para uma administração responsável da vida humana, animal e responsabilidade ambiental. A Bioética aborda questões que não encontram consenso moral e traça a responsabilidade moral de cientistas em suas pesquisas e aplicações.

Segundo MARIA HELENA DINIZ, “o conceito atual de bioética é um tanto modificado, devendo ser interpretado como o estudo sistemático da conduta da conduta humana no campo das ciências da vida e da saúde, enquanto examinada à luz dos valores e princípios morais”.³⁵

O biodireito, juntamente com a bioética, tem o dever de auxiliar e influenciar a construção de novas leis que regulamentem a reprodução assistida, através de uma hermenêutica constitucional, protegendo o bem jurídico que nos é mais caro, a vida; bem como impor limites, regras e penalidades para que o seu uso seja correto e responsável, de forma a não atingir o homem em sua dignidade.

³⁴ALMEIDA JR., José Eduardo de. **Técnicas de Reprodução Assistida e o Biodireito**. Disponível em: www.ibdfam.com.br. Acesso em: 14 nov. 2011.

³⁵DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.9-15.

5 DIREITO AO PLANEJAMENTO FAMILIAR

5.1 Direito à procriação

Desde os tempos mais remotos, a esterilidade já era considerada um fator negativo para a sociedade, inclusive, “em Roma, a esterilidade condenava a mulher à mais trágica posição, justificando mesmo o repúdio pelo marido”.³⁶

Apenas no século XVII, que se admitiu, pela primeira vez, que a esterilidade não era só feminina, mas também masculina, surgindo aqui, conseqüentemente a noção de esterilidade conjugal.³⁷

No entanto, “o instinto congênito de reprodução está no ser humano tanto como nos animais, fato que destaca a relevância da capacidade de se reproduzir e provoca naqueles que não a possuem uma profunda infelicidade e inconformismo”.³⁸

A infertilidade é um drama atualmente partilhado por muitos casais. Segundo a Organização Mundial de Saúde, perto de 10% da população tem este problema, o que, traduzido em números, significa que cerca de 80 milhões de pessoas em todo o mundo vivem a experiência de não conseguir conceber um filho.

O anseio em deixar descendentes não decorre apenas da natureza e do instinto humano de perpetuar seus genes sob a Terra. Atualmente, também é um legítimo anseio do casal, reconhecido pelas legislações internacionais. A Declaração Universal dos Direitos do Homem reconhece o direito à procriação como um direito de todos, que, além da igualdade e da dignidade da pessoa humana, disciplina o direito de fundar uma família, conforme artigos III, VII e XVI.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 226,§ 7º, instituiu o direito à liberdade de planejamento familiar:

³⁶ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações Artificiais e o Direito: Aspectos Médicos, Religiosos, Psicológicos, Éticos e Jurídicos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p.18.

³⁷ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações Artificiais e o Direito: Aspectos Médicos, Religiosos, Psicológicos, Éticos e Jurídicos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p.18.

³⁸ OLIVEIRA, Deborah Ciocci Alvarez, BORGES JUNIOR, Edson. **Reprodução Assistida: Até Onde Podemos Chegar? Compreendendo a Ética e a Lei**. São Paulo: Gaia, 2000, p.16.

Art. 226 - A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 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.

Por meio do recurso da hermenêutica, podemos concluir que o direito à procriação se extrai do dispositivo supracitado, sendo que o Estado não deve interferir no direito, nem na vontade das pessoas em terem filhos, deixando essa decisão para a esfera particular de cada um, de acordo com a autonomia da vontade.

No ordenamento pátrio, embora o termo “direitos reprodutivos” ainda não tenha adquirido assento legal, a Constituição da República de 1988, em seu art. 226, parágrafo 7º, ao dispor sobre o direito ao planejamento familiar, fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, permitiu a introdução, ainda que de modo indireto, da autonomia reprodutiva no sistema jurídico-constitucional brasileiro, complementado pela Lei nº. 9.263, de 12 de janeiro de 1996.

Conforme DANIEL SARMENTO, o fundamento da autonomia reprodutiva pode ser extraído da “própria ideia de dignidade humana da mulher (art. 1º, III, CF), bem como nos direitos fundamentais à liberdade e à privacidade (art. 5º, caput e inciso X, CF)”, sendo dotada, portanto, “de inequívoco fundamento constitucional”³⁹.

De acordo com a Constituição, é dever do Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Atualmente, com os avanços biotecnológicos, as técnicas de reprodução humana assistidas estão cada vez mais próximas do cidadão comum, não podendo mais ser considerada uma prática de poucos. O próprio texto constitucional (art. 226, § 7º, CF), acompanhado da legislação especial (Lei n. 9.263/1996 – Lei do Planejamento Familiar), vem estabelecer normas para o acesso às técnicas de reprodução humana assistida buscando possibilitar a qualquer cidadão o livre

³⁹SARMENTO, Daniel. **Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada**. In: *Boletim científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, ano 4, n. 14, Brasília: ESMPU, jan./mar., 2005, p. 212.

acesso ao planejamento familiar. Todas as pessoas têm direito ao planejamento familiar, o qual, neste contexto, deve ser entendido como a possibilidade de se buscar tanto métodos conceptivos como contraceptivos, estabelecendo um “conjunto de ações de regulação de fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal” (art. 2º, Lei n.9.263/96).

Desta forma, percebemos que o desejo em ter filhos, mais do que uma vontade, é um direito legítimo do casal, protegido tanto pelo ordenamento pátrio, quanto pelos tratados, leis e convenções internacionais. Acompanhando os avanços científicos, hodiernamente, o planejamento familiar conta com as mais modernas técnicas de reprodução humana assistida, que auxiliam a concretizar o tão sonhado e referido projeto parental, até postumamente.

5.2 A família monoparental.

A noção de família, acompanhando a evolução e as transformações sociais, passou por diversas transformações ao longo da história. Antes, o casamento era a única forma reconhecida pela sociedade de se constituir uma família, mas atualmente, não é o que se verifica.

A família perdeu várias de suas características, como a matrimonialização, a essência patrimonial e paternalista. Mas, por outro lado, tornou-se mais democrática, passando a abraçar outras formas de agrupamento familiar. O casamento, a união estável formada por um homem e uma mulher, bem como a união estável homoafetiva e a família monoparental, são apenas exemplos de tantas outras entidades familiares que hoje se fazem presentes em nosso cotidiano.

A constituição protege as entidades familiares, tutelando, essencialmente à dignidade de seus membros, em particular no que concerne ao desenvolvimento da personalidade dos filhos, considerando a família como centro de realização do indivíduo.

Conforme citam os autores RICARDO ARONNE, SIMONE TASSINARI CARDOSO E FELIPE PASTRO KLEIM:

A concepção de família no decorrer da história sofreu constantes alterações, sendo contemporaneamente para o Direito, um núcleo de desenvolvimento do ser enquanto pessoa, lugar de aprendizado, de crescimento e participação. Este novo modelo familiar somente existe na justa medida da sua instrumentalidade, enquanto caminho para a afetividade, e pela afetividade.⁴⁰

A família monoparental é reconhecida pela Constituição Federal de 1988, que em seu art. 226, §4º, ao estabelecer que, entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

O número de famílias monoparentais, dirigidas apenas pela mãe, é uma demanda crescente em nossa sociedade⁴¹, não se podendo falar em traumas para as crianças que são criadas apenas por sua mãe, visto que é muito mais traumático para uma criança crescer sabendo quem é seu pai, que ele existe, mas que não quer ter qualquer contato afetivo com seu filho. Segundo SILMARA JUNY CHINELATO, sobre esta questão, ensina que:

Não há discordância quanto a ser ideal a biparentalidade, mas ela não pode afastar a inseminação *post mortem*, na hipótese de ter havido um projeto biparental em vida - identificando-se a receptora do sêmen.⁴²

É importante destacar que a atual lei brasileira declara a ausência de supremacia de uma forma de entidade familiar sobre outra, o que, sem sombra de dúvidas, feriria os princípios constitucionais, entre eles o da igualdade e da dignidade: a única possibilidade de efetivação da democracia na sociedade bilateral é o respeito recíproco, a igualdade moral e jurídica.⁴³

⁴⁰ ARONNE, Ricardo; CARDOSO, Simone Tassinari; KLEIM, Felipe Pastro. **Estudos de Direito Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 9.

⁴¹ Segundo dados do IBGE de 2009, as famílias monoparentais dirigidas apenas por mulheres representavam 34,9% dos arranjos familiares com laços de parentesco residentes em domicílios particulares no Brasil. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=1476eid>. Acesso em: 21 nov. 2011.

⁴² CHINELATTO, Silmara Juny. **Comentários ao Código Civil**: parte especial: do direito de família (arts. 1.591 a 1.710). Vol. 18. São Paulo: Saraiva, 2004, op. cit., p.54.

⁴³ TRIBST, Fernanda. **As Novas Entidades Familiares**. Disponível em: www.ibdfam.com.br. Acesso em: 15 nov. 2011.

6 A REPRODUÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA *POST MORTEM* O PROJETO PATENTAL

Em decorrência do direito constitucional à liberdade de planejamento familiar, podemos considerar o direito à reprodução como um direito fundamental. Graças aos avanços na área da biotecnologia, o projeto de parentalidade pode romper à barreira da morte e se concretizar após essa. Nesta baila, é o ensinamento MARIA BERENICE DIAS:

O uso das técnicas de reprodução assistida é um direito fundamental, consequência do direito ao planejamento familiar que decorre do princípio da liberdade. Impensável cercar este direito pelo advento da morte de quem manifestou a vontade de ter filhos ao se submeter às técnicas de reprodução assistida. Na concepção homóloga, não se pode simplesmente reconhecer que a morte opere a revogação do consentimento e impõe a destruição do material genético que se encontra armazenado. O projeto parental iniciou-se durante a vida, o que legaliza e legitima a inseminação *post mortem*. A norma constitucional que consagra a igualdade da filiação não traz qualquer exceção. Assim, presume-se a paternidade do filho biológico concebido depois do falecimento de um dos genitores. Ao nascer, ocupa a primeira classe dos herdeiros necessários.⁴⁴

O código Civil de 2002, inovando na ordem jurídica, traz no seu art. 1.597, inciso III, a possibilidade da inseminação artificial homóloga após o falecimento do marido. O referido diploma não reconheceu, diretamente, a possibilidade da reprodução póstuma, mas, a nosso ver, mas a permitiu, mesmo que indiretamente, ao mencioná-la e ao constatá-la como uma realidade.

A esse respeito, SILVIO DE SALVO VENOSA esclarece:

O Código Civil de 2002 não autoriza nem regulamenta 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 microssistema. 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

⁴⁴DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2008, p.117.

que tenhamos toda essa matéria regulada por diploma legal específico. Relegar temas tão importantes aos Tribunais acarreta desnecessária instabilidade social.⁴⁵

Ademais, tratando-se de inseminação artificial *post mortem*, não há nada que a proíba nem uma disposição que regule sua possibilidade. Assim, a utilização de tal técnica apresenta-se viável, pelos princípios da legalidade e anterioridade. Assim vejamos:

Em nosso ordenamento jurídico, tudo o que não é proibido é permitido, pois conforme preceitua o art. 5º, inciso II, da Constituição Federal: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. E ainda, não há crime sem lei anterior que o defina (art. 5º,XXXIX, CF).⁴⁶

Neste compasso, é o entendimento de DEBORA CIOCCI ALVAREZ DE OLIVEIRA E EDSON BORGES JR:

(...) que não havendo vedação legal específica, nem especificação de crime, são válidas todas as técnicas disponíveis para a resolução de problemas de infertilidade humana, aliás, meio legítimo de satisfazer o direito de todo ser humano de se reproduzir e se perpetuar, com suporte moral e sentimento de igualdade.⁴⁷

Neste turno, seguem os referidos autores afirmando que “não havendo lei que proíba, tem-se legal a utilização de sêmen, oócito ou pré- embriões de pessoa(s) falecida(s), sendo que encontra limites nos princípios da Bioética, beneficência, não maleficência, justiça e principalmente autonomia. As consequências, por seu turno, resolver-se-ão caso a caso se houver disputa, através da analogia, do exame dos Princípios Gerais e do Direito Comparado, sempre em atenção aos princípios da dignidade humana e do melhor interesse da criança”.⁴⁸

⁴⁵VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: Direito de Família**. Vol.6. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 228.

⁴⁶GOMES, Marcela Oliveira. **A Possibilidade do Reconhecimento de Efeitos Jurídicos à Inseminação Artificial Homóloga Post Mortem**. Disponível em: <www.direitounisal.com.br>. Acesso em: 14 nov. 2011.

⁴⁷OLIVEIRA, Deborah Ciocci Alvarez, BORGES JUNIOR, Edson. **Reprodução Assistida: Até Onde Podemos Chegar? Compreendendo a Ética e a Lei**. São Paulo: Gaia, 2000, p.17.

⁴⁸OLIVEIRA, Deborah Ciocci Alvarez, BORGES JUNIOR, Edson. **Reprodução Assistida: Até Onde Podemos Chegar? Compreendendo a Ética e a Lei**. São Paulo: Gaia, 2000, p.64.

Apesar de o Estado adotar políticas de incentivo ao planejamento familiar, apenas um pequeno percentual dos nascimentos são planejados.⁴⁹ A maioria das concepções e nascimentos acontecem pelo acaso, sem um devido planejamento anterior, seja pela falta de informação, pelo nível de pobreza, pela não disponibilização de métodos anticoncepcionais ou pelo uso irregular destes.

A reprodução *post mortem*, como técnica de reprodução assistida, possível graças á criopreservação de gametas e embriões, não pode ser afastada como meio legítimo, legal e constitucional à realização do projeto parental.

6.1 A legitimidade da inseminação artificial homóloga *post mortem*.

A inseminação artificial homóloga *post mortem* é meio legítimo para a realização do projeto parental, tendo em vista que o direito de constituir família é assegurado pela constituição federal, decorrente da liberdade, da dignidade da pessoa humana, da paternidade responsável e da autonomia reprodutiva, tendo o casal ou a pessoa todo o direito de gerar descendentes, seja pelo meio natural, seja através das técnicas de reprodução assistida disponíveis.

O princípio do planejamento familiar encontra-se regulamentado na Lei nº 9.263/1996, que assegura a todo cidadão, não só ao casal, o planejamento familiar de maneira livre, não podendo nem o Estado, nem a sociedade ou quem quer que seja, estabelecer limites ou condições para o seu exercício dentro do âmbito da autonomia privada do indivíduo.

Ademais, de acordo com o art. 9º da referida lei, é dever do Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício deste direito⁵⁰, vejamos:

⁴⁹A pesquisa nacional de demografia e saúde da criança e da mulher (PNDS), feita em 2006, apontou que 46% dos nascimentos no país ainda não são desejados ou planejados. No levantamento anterior, de 1996, o percentual era de 48%. Esse pequeno avanço, segundo os autores do estudo, mostra problemas no acesso a métodos contraceptivos, mau uso deles ou falhas na tecnologia disponível. Disponível em: <http://www.portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/apresentacao_pnds.pdf>. Acesso em: 21. Nov. 2011.

⁵⁰Em 10/06/2008, o Ministro da Saúde José Gomes Temporão, afirmou “que o Sistema Único de Saúde (SUS) passará a oferecer gratuitamente, em cerca de seis meses, tratamento de reprodução assistida a casais que não conseguem ter filhos”. Disponível em <http://www.oglobo.globo.com/pais/mat/2008/06/10/temporao_diz_que_sus_fara_tratamento_gratuito_de_reproducao_para_casais_sem_filhos-546740880.asp>. Acesso em: 21 nov. 2011.

Art. 9º 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. Parágrafo único. A prescrição a que se refere o caput só poderá ocorrer mediante avaliação e acompanhamento clínico e com informação sobre os seus riscos, vantagens, desvantagens e eficácia.

O desejo de ter um filho não é nada algo supérfluo e frívolo, pelo contrário, a decisão de fazer nascer um filho é um aspecto importante e crucial para o próprio projeto de vida, pois constituiu um compromisso com a existência.

Porém, como ressalta MARIA HELENA DINIZ:

(...) como todo direito impõe obrigações, que constituem seus limites, no exercício dos direitos reprodutivos, os casais e os indivíduos devem considerar as necessidades de seus filhos nascidos e por nascer, bem como seus deveres para com a comunidade. Logo os direitos reprodutivos não são absolutos, pois os direitos da prole e o bem comum impõem seus limites. Por isso não se pode falar de uma liberdade procriadora exercida de qualquer maneira, mas de uma liberdade responsável. Há liberdade para criar a vida, mas não para destruí-la, harmonizando o direito à vida e o direito à liberdade do casal planejar a família.⁵¹

O exercício dessa liberdade deve, portanto, ser exercida de forma responsável, tendo em vista que a reprodução assistida *post mortem*, gera consequências jurídicas e discussões éticas que devem ser consideradas.

No entanto, tendo em vista um planejamento familiar que começou quando vivos os partícipes, entendemos que a reprodução póstuma é responsável, até em decorrência de todos os transtornos legais que o interessado teria que enfrentar para levá-la a cabo. Se optou por realizá-la, por óbvio é que sobrepesou todos os pontos negativos e positivos dessa empreitada, e decidiu, portanto, arcar e enfrentar todas as suas consequências, sejam elas de ordem financeira, jurídica, burocrática, familiar, dentre outras que possam surgir, assegurando, claro, o melhor interesse da criança.

⁵¹DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 22/23.

6.2A legalidade da inseminação artificial homóloga *post mortem*.

É meio legal de reprodução humana, tendo em vista que não há em nosso ordenamento, seja em sede constitucional, seja em sede de lei ordinária, qualquer disposição no sentido de proibi-la.

Do ponto de vista jurídico do princípio constitucional da Legalidade, ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art. 5º, II, CF). E em decorrência do princípio da Anterioridade, não há crime sem lei anterior que o defina (art. 5º,XXXIX, CF).

Ainda, como única fonte normativa sobre o assunto, temos a Resolução nº. 1.957 do Conselho Federal de Medicina, que de forma pioneira e a frente do direito pátrio, reconhece, em seu item VIII, que não constitui ilícito ético a reprodução assistida *post mortem* desde que haja autorização prévia específica do (a) falecido (a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente.

Além disso, resolução supracitada, no item II, estabelece que todas as pessoas capazes, que tenham solicitado o procedimento e cuja indicação não se afaste dos limites desta resolução, podem ser receptoras das técnicas de RA desde que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos sobre o mesmo, de acordo com a legislação vigente.

Portanto, temos que as técnicas de reprodução assistida podem ser usadas por pessoas dotadas de capacidade civil e devidamente esclarecidas, sendo que a resolução não restringiu o uso dessas técnicas apenas para casais. Independentemente da preferência sexual e do estado civil, se casadas, viúvas, solteiras, ou regime de união estável, as pessoas poderão fazer uso dessas técnicas, de forma democrática.

Desta forma, podemos concluir que a inseminação artificial homóloga *post mortem* poderá ser realizada por pessoas solteiras ou viúvas, já que, ao ver do conselho federal de medicina, tal prática não constitui ilícito ético.

De todo o acima exposto, percebemos não ser a inseminação artificial homóloga *post mortem* prática combatida em nosso ordenamento, nem sequer considerada ilícito ético pela resolução do conselho federal de medicina.

Não havendo vedação legal específica, nem especificação de crime, são válidas todas as técnicas disponíveis para a resolução de problemas de infertilidade humana, aliás, meio legítimo de satisfazer o direito de todo ser humano de se reproduzir e se perpetuar, com suporte moral e sentimento de igualdade.⁵²

6.3 A constitucionalidade da inseminação artificial homóloga *post mortem*.

Segundo os ensinamentos de JOSÉ AFONSO DA SILVA^{53a} a nossa constituição é a lei fundamental e suprema do Estado brasileiro. Todas as normas que integram a ordenação jurídica nacional só serão válidas se se conformarem com as normas da Constituição Federal. Portanto, o princípio da supremacia requer que todas as situações jurídicas se conforme com os princípios e preceitos da constituição. Essa conformidade com os ditames constitucionais, agora, não se satisfaz apenas com a atuação positiva de acordo com a constituição. Exige mais, pois omitir a aplicação de normas constitucionais, quando a Constituição assim a determina, também constitui conduta inconstitucional.

Desta forma, percebemos que a nossa constituição comporta duas formas de inconstitucionalidade: a por ação e a por omissão. A inconstitucionalidade por ação ocorre com a produção de atos legislativos ou administrativos que contrariem normas ou princípios da constituição. Verifica-se a inconstitucionalidade por omissão nos casos em que não sejam praticados atos legislativos ou administrativos requeridos para tornar plenamente aplicáveis normas constitucionais.

Não nos cabe aqui aprofundar o assunto sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade das situações jurídicas. Basta, por hora, percebermos que as leis infraconstitucionais devem estar em harmonia com as regras, com os princípios e com os direitos fundamentais, pois, ao contrário, poderão ser consideradas inconstitucionais. Toda e qualquer legislação ordinária não pode afrontar o conteúdo

⁵²OLIVEIRA, Deborah Ciocci Alvarez, BORGES JUNIOR, Edson. **Reprodução Assistida: Até Onde Podemos Chegar? Compreendendo a Ética e a Lei.**São Paulo: Gaia, 2000, p.17.

⁵³SILVA, José Afonso da.**Curso de Direito Constitucional Positivo.** 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p.46/47.

material e formal da constituição, em decorrência da supremacia e superioridade hierárquica das normas constitucionais.

Quando falamos de reprodução póstuma, doutrinadores lançam mão de diversos princípios constitucionais, tanto para consentir, quanto para afastar sua aplicabilidade. São eles: O princípio do planejamento familiar, da paternidade responsável, da autonomia da vontade reprodutiva, do melhor interesse da criança, da igualdade entre os filhos e da dignidade da pessoa humana.

Apesar dos argumentos contrários à reprodução póstuma, acreditamos estar ela em regime de compatibilidade com os preceitos e princípios constitucionais.

O projeto de parentalidade, princípio constitucional previsto no Art. 226, §7º da Constituição Federal, é um direito de todos, que poderá se concretizar mesmo após a morte, através das técnicas de reprodução assistida, conforme já fora abordado anteriormente. Outrossim, o planejamento familiar pauta-se nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável.

A família é considerada como o centro de realização do indivíduo. Cada um tem a sua justificativa pessoal para formar uma família e gerar descendentes. Seja para propiciar felicidade, seja para afastar a solidão, seja pelo simples desejo de ter filhos, de ser mãe ou pai. Não importa qual a justificativa ou motivação pessoal, mas certo é que, a princípio, as pessoas buscam uma realização pessoal e satisfação de um desejo. Quando a criança nasce, assim ganha individualidade, e outras questões, que não sejam apenas os desejos dos genitores, passam a se impor.

O princípio da dignidade da pessoa humana, em sua própria definição, preceitua que o ser humano seja tratado com um fim em si mesmo e não como um meio, para não ser rebaixado à situação de coisa. No entanto, a reprodução póstuma, por si só, não rebaixa o indivíduo ao estado de coisa, como mero meio para acalantar o coração e suprir a falta daquele que já se foi. Muito pelo contrário, é um ato de coragem e de amor daquele que decide realizar o projeto parental, mesmo após a morte de seu cônjuge.

Segundo alguns doutrinadores, a reprodução póstuma seria desaconselhável, pois poderia trazer perturbações de ordem emocional e psíquica à criança pelo fato de ter nascido já sem pai, bem como pelo fato das expectativas nela depositadas pela mãe e pela família. Porém, inúmeros são os casos de crianças com pais e mães vivas e que, mesmo assim, vivem sem o amparo, sem a proteção e sem o amor de seus genitores.

Este não nos parece ser é o caso da reprodução póstuma. Uma pessoa que planejou e conquistou, até judicialmente, o direito de conceber um filho da pessoa amada que já faleceu, certamente dará todo o apoio e suporte que a criança necessitará para se tornar um indivíduo físico e mentalmente saudável. Não é pelo fato de fazer parte de uma família monoparental, ou seja, não contar com a presença de um dos seus genitores, que isso interferirá em seu desenvolvimento.

Atualmente, muitas são as famílias do tipo monoparental e, o fato de a criança não poder contar com a presença de seu pai biológico, não poderá ser considerado como indicativo cabal de que essa será infeliz ou de que terá vários transtornos de ordem psicológica ao longo da vida. Sabemos também que a paternidade biológica não está acima da paternidade sócio-afetiva.

No Brasil, há um caso de inseminação artificial homóloga *post mortem* que ocorreu há 14 anos. Mônica Noronha decidiu ter um filho de seu marido, morto em decorrência de um câncer. Na época ela procurou a Sociedade Brasileira de Medicina, que não se opôs em fazer a inseminação porque todas as partes envolvidas estavam de acordo. Neste caso, não foi preciso recorrer ao judiciário. Camila nasceu três meses após a morte de seu pai, e hoje, com 14 anos de idade, cresceu sabendo de tudo e diz não sofrer com a falta do pai biológico, pois conta com o carinho de seu avô, que considera como pai.⁵⁴

Outro problema enfrentado é quanto ao consentimento daquele que criopreservou seu material genético, mas não deixou autorização expressa para que sua mulher viesse a utilizá-lo, mesmo após a sua morte. De acordo com o item V.3 da Resolução nº 1.597 do Conselho Federal de Medicina:

No momento da criopreservação, os cônjuges ou companheiros devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos pré-embriões criopreservados em caso de divórcio, doenças graves ou falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los.

Sobre a questão, o Conselho Federal de Justiça, na I Jornada de Direito Civil de 2002, aprovou o Enunciado 106, com relação ao art. 1.597, inc. III:

Para que seja presumida a paternidade do marido falecido, será obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida

⁵⁴Brasil não tem lei sobre reprodução após a morte. Disponível em: <<http://fantastico.globo.com/Jornalismo/FANT/0,,MUL1665793-15605,00.html>>. Acesso em: 21 nov. 2011.

com o material genético do falecido, esteja na condição de viúva, sendo, obrigatório, ainda, que haja autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte.

Pela análise do enunciado acima, temos que a inseminação artificial homóloga *post mortem* foi condicionada a dois requisitos, quais sejam, a condição de viúva quando da inseminação e a necessidade de uma autorização por escrito.

No entanto, há casos em que, por erro da clínica de reprodução assistida, ou até mesmo pela falta de oportunidade do paciente, não foi feito o termo de consentimento informado, dando destinação aos gametas criopreservados, tampouco autorização para a sua utilização *post mortem*. Nem por isso, consideramos que a falta da manifestação formal do cônjuge, quando do depósito do material genético, afastaria a possibilidade de, em juízo, ser possível chegarmos à sua vontade presumida. Além de provas testemunhais, a inicialização em vida, de um projeto parental, é forte indicativo de que a pessoa queria ter filhos. Tampouco alguém, em decorrência de uma doença, criopreserva seu material genético, com intuito outro do que garantir que, no futuro, possa vir a deixar descendente.

Por estas razões, defendemos a legitimidade, legalidade e constitucionalidade da prática de inseminação artificial homóloga *post mortem*, e entendemos que a morte não revoga a autorização dada em vida, tampouco afasta a possibilidade da vontade do depositário do sêmen ser presumida em juízo, tendo em vista que o direito ao planejamento familiar possui acento constitucional, fundado no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e na paternidade responsável.

7 CONCLUSÃO

O presente estudo buscou mostrar a deficiência do direito em trazer repostas às novas questões biotecnológicas, experimentadas pela sociedade moderna. As inovações trazidas pelos avanços científicos e tecnológicos, principalmente no tocante às técnicas de reprodução assistida, em especial à inseminação artificial homóloga *post mortem*, conformam diversas situações fático-jurídicas que clamam por tutela.

Desta forma, restou evidenciado que o vácuo legislativo existente no ordenamento jurídico pátrio acaba por gerar discussões antagônicas acerca da problemática que envolve a fecundação artificial *post mortem*, posto se tratar de tema aberto que, por isso, envolve as mais diversas discussões a respeito, sendo que o direito mostrou-se ainda não estar pronto para lidar com esses novos paradigmas.

Neste novo cenário, no que concerne à possibilidade ou não da realização da referida técnica, a doutrina se divide, apresentando posições divergentes sobre o tema. O presente estudo pretendeu assumir uma posição favorável acerca da possibilidade da realização da reprodução humana assistida *post mortem*, pautando-se, precipuamente, no princípio constitucional ao livre planejamento familiar.

No entanto, a possibilidade da reprodução humana assistida *post mortem* não se justifica apenas pelo princípio do livre planejamento familiar, devendo estar, pois, em consonância com outros princípios constitucionais, especialmente com o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado de direito brasileiro, colocado também em pauta no presente estudo.

Evidenciamos também a importância do biodireito e da bioética no enfrentamento dessa questão, tendo em vista que a celeuma envolve questões outras que não somente jurídicas e que essa multidisciplinariedade também gera questões de cunho ético, moral e religioso, sendo papel dessas disciplinas ajudar na construção de uma legislação responsável e garantidora da dignidade humana.

Para corroborar nosso posicionamento a favor da inseminação artificial homóloga *post mortem*, em nome da realização do projeto parental, buscamos provar que tal prática se resguarda na legitimidade, legalidade e constitucionalidade.

Por fim, ao reconhecermos a possibilidade de referida prática, destacamos a real e urgente necessidade de criação normativa para regulamentar o seu emprego, bem como para dar solução aos mais diversos reflexos no mundo jurídico, resguardando, assim, os direitos dos indivíduos concebidos através da técnica de reprodução artificial homóloga *post mortem*.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. **Fecundação Artificial Post Mortem e o Direito Sucessório**. Família e dignidade humana, Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. São Paulo: IOB Thompson, 2006.

ALLEBRANDT, Débora; MACEDO, Júlia Lopes de. **Fabricando a vida: implicações éticas culturais e sociais do uso de novas tecnologias reprodutivas**. Porto Alegre: Metrópole, 2007.

ALEXY, Robert. **Teoría de La Argumentación Jurídica**. Tradução de Manuel Atienza e Izabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p.105-109. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008.

ALMEIDA JR., José Eduardo de. **Técnicas de Reprodução Assistida e o Biodireito**. Disponível em: www.ibdfam.com.br. Acesso em: 14 nov. 2011.

ARONNE, Ricardo; CARDOSO, Simone Tassinari; KLEIM, Felipe Pastro. **Estudos de Direito Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. RT Legislação.

BRASIL. Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, 10 jan. 2002.

BRASIL. Projeto de Lei nº 1.184 de 03 de junho de 2003. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=118275>. Acesso em: 12 nov. 2011.

BRASIL. Projeto de Lei nº 2.855 de 13 de março de 1997. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=18719>. Acesso em: 12 nov. 2011.

ENUNCIADOS APROVADOS - I JORNADA DE DIREITO CIVIL. Disponível em: <http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>. Acesso em: 21 nov. 2011.

CASABONA, Carlos María Romeo. **Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CHINELATO, Silmara Juny. **Comentários ao Código Civil: parte especial: do direito de família (arts. 1.591 a 1.710)**. Vol. 18. São Paulo: Saraiva, 2004.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do Biodireito**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. FANTÁTICO/JORALISMO. Notícia de 26 de julho de 2011. Disponível em: <http://fantastico.globo.com/Jornalismo/FANT/0,,MUL1665793-15605,00.html>. Acesso em: 21 nov. 2011.

FISCHER, Karla Ferreira de Camargo. **Inseminação artificial post mortem e seus reflexos no direito de família e no direito sucessório**. Disponível em: www.idbfam.org.br/anais_download.php?a=224. Acesso em: 31 out. 2011.

FREITAS, Douglas Phillips. **Reprodução Assistida Após a Morte e o Direito de Herança**. Disponível em: <http://www.idbfam.org.br/?artigos&artigos=423>. Acesso em: 06 nov. 2011.

GAMA, Guilherme Nogueira da. **A Nova Filiação: o Biodireito e as Relações Parentais: O Estabelecimento da Parentalidade-filiação e os Efeitos Jurídicos da Reprodução Assistida Heteróloga**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito Civil: família**. São Paulo: Atlas, 2008.

GOMES, Marcela Oliveira. **A Possibilidade do Reconhecimento de Efeitos Jurídicos à Inseminação Artificial Homóloga Post Mortem**. Disponível em: www.direitounisal.com.br. Acesso em: 14 nov. 2011.

Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Resultados Censo 2009. Disponível em: http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=1476eid. Acesso em: 21 nov. 2011.

Jornal O Globo. Notícia de 10 de junho de 2008. Disponível em: http://www.oglobo.globo.com/pais/mat/2008/06/10/temporao_diz_que_sus_fara_tratamento_gratuito_de_reproducao_para_casais_sem_filhos-546740880.asp. Acesso em: 21 de novembro de 2011.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos**. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal. **A vida embrionária e sua proteção jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Lisboa: Coimbra Editora, 2008.

MOREIRA FILHO, José Roberto. **Conflitos Jurídicos da Reprodução Humana Assistida**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2588>. Acesso em: 08 dez. 2009.

OLIVEIRA, Deborah Ciocci Alvarez, BORGES JUNIOR, Edson. **Reprodução Assistida: Até Onde Podemos Chegar? Compreendendo a Ética e a Lei**. São Paulo: Gaia, 2000.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Processo e Hermenêutica na Tutela Penal dos Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

Portal da Saúde. Pesquisa nacional de demografia e saúde da criança e da mulher realizada em 2006. Disponível em: http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/apresentacao_pnds.pdf
Acesso em: 21 de novembro de 2011.

Portal Médico. Resolução CFM nº 1.957/10. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm
Acesso em: 25 de outubro de 2011.

RAFFUL, Ana Cristina. **A Reprodução Artificial e os Direitos de Personalidade**. São Paulo: Themis Livraria e Editora, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **As Dimensões da Dignidade da Pessoa Humana: Uma Compreensão Jurídico-constitucional Aberta e Compatível com os Desafios da Biotecnologia**. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (coord.). **Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SARMENTO, Daniel. **Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada**. In: *Boletim científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, ano 4, n. 14, Brasília: ESMPU, jan./mar., 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

Sociedade Brasileira de Reprodução Assistida. Pioneiro dos bebês de proveta leva o Nobel. Disponível em: http://www.sbra.com.br/index.php?option=com_content&task=view&id=92&Itemid=65
Acesso em: 28 nov. 2011.

TRIBST, Fernanda. **As Novas Entidades Familiares**. Disponível em: www.ibdfam.com.br. Acesso em: 15 nov. 2011.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: Direito de Família**. Vol.6. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

ANEXO I**CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA****RESOLUÇÃO CFM nº 1.957/2010****(Publicada no D.O.U. de 06 de janeiro de 2011, Seção I, p.79)**

A Resolução CFM nº 1.358/92, após 18 anos de vigência, recebeu modificações relativas à reprodução assistida, o que gerou a presente resolução, que a substitui *in totum*.

O CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, no uso das atribuições conferidas pela Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957, alterada pela Lei nº 11.000, de 15 de dezembro de 2004, regulamentada pelo Decreto nº 44.045, de 19 de julho de 1958, e

CONSIDERANDO a importância da infertilidade humana como um problema de saúde, com implicações médicas e psicológicas, e a legitimidade do anseio de superá-la;

CONSIDERANDO que o avanço do conhecimento científico permite solucionar vários dos casos de reprodução humana;

CONSIDERANDO que as técnicas de reprodução assistida têm possibilitado a procriação em diversas circunstâncias, o que não era possível pelos procedimentos tradicionais;

CONSIDERANDO a necessidade de harmonizar o uso dessas técnicas com os princípios da ética médica;

CONSIDERANDO, finalmente, o decidido na sessão plenária do Conselho Federal de Medicina realizada em 15 de dezembro de 2010,

RESOLVE

Art. 1º - Adotar as **NORMAS ÉTICAS PARA A UTILIZAÇÃO DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA**, anexas à presente resolução, como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos.

Art. 2º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação, revogando-se a Resolução CFM nº 1.358/92, publicada no DOU, seção I, de 19 de novembro de 1992, página 16053.

Brasília-DF, 15 de dezembro de 2010

ROBERTO LUIZ D'AVILA
Presidente

HENRIQUE BATISTA E SILVA
Secretário-geral

ANEXO ÚNICO DA RESOLUÇÃO CFM nº 1.957/10

NORMAS ÉTICAS PARA A UTILIZAÇÃO DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

I - PRINCÍPIOS GERAIS

1 - As técnicas de reprodução assistida (RA) têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de reprodução humana, facilitando o processo de procriação quando outras terapêuticas tenham se revelado ineficazes ou consideradas inapropriadas.

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 a todos os pacientes submetidos às técnicas de reprodução assistida, inclusive aos doadores. Os aspectos médicos envolvendo as circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, assim como os resultados 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 expresso em formulário especial e estará completo com a concordância, por escrito, das pessoas submetidas às técnicas de reprodução assistida.

4 - As técnicas de RA não devem ser aplicadas com a intenção de selecionar o sexo (sexagem) 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 proibida a fecundação de oócitos humanos com qualquer outra finalidade que não a procriação humana.

6 - O número máximo de oócitos e embriões a serem transferidos para a receptora não pode ser superior a quatro. Em relação ao número de embriões a serem transferidos, são feitas as seguintes determinações: a) mulheres com até 35 anos: até dois embriões; b) mulheres entre 36 e 39 anos: até três embriões; c) mulheres com 40 anos ou mais: até quatro embriões.

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

II - PACIENTES DAS TÉCNICAS DE RA

1 - Todas as pessoas capazes, que tenham solicitado o procedimento e cuja indicação não se afaste dos limites desta resolução, podem ser receptoras das técnicas de RA desde que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos sobre o mesmo, de acordo com a legislação vigente.

III - REFERENTE ÀS CLÍNICAS, CENTROS OU SERVIÇOS QUE APLICAM TÉCNICAS DE RA

As clínicas, centros ou serviços que aplicam técnicas de RA são responsáveis pelo controle de doenças infectocontagiosas, coleta, manuseio, conservação, distribuição, transferência e descarte de material biológico humano para a paciente de técnicas de RA, devendo apresentar como requisitos mínimos:

1 - um diretor técnico responsável por todos os procedimentos médicos e laboratoriais executados, que será, obrigatoriamente, um médico registrado no Conselho Regional de Medicina de sua jurisdição.

2 - um registro permanente (obtido por meio de informações observadas ou relatadas por fonte competente) das gestações, nascimentos e malformações de fetos ou recém-nascidos, provenientes das diferentes técnicas de RA aplicadas na unidade em apreço, bem como dos procedimentos laboratoriais na manipulação de gametas e embriões.

3 - um registro permanente das provas diagnósticas a que é submetido o material biológico humano que será transferido aos pacientes das técnicas de RA, com a finalidade precípua de evitar a transmissão de doenças.

IV - DOAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES

1 - A doação nunca terá caráter lucrativo 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 embriões, bem 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 dos nascimentos evitará que um(a) doador(a) venha a produzir mais do que uma gestação de criança de sexo diferente 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 trabalham participar como doador nos programas de RA.

V - CRIOPRESERVAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES

1 - As clínicas, centros ou serviços podem criopreservar espermatozoides, óvulos e embriões.

2 - Do número total de embriões produzidos em laboratório, os excedentes, viáveis, serão criopreservados.

3 - No momento da criopreservação, os cônjuges ou companheiros devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos pré-embriões criopreservados em caso de divórcio, doenças graves ou falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los.

VI - DIAGNÓSTICO E TRATAMENTO DE EMBRIÕES

As técnicas de RA também podem ser utilizadas na preservação e tratamento de doenças genéticas ou hereditárias, quando perfeitamente indicadas e com suficientes garantias de diagnóstico e terapêutica

1 - Toda intervenção sobre embriões "in vitro", com fins diagnósticos, não poderá ter outra finalidade que não a de avaliar sua viabilidade ou detectar doenças hereditárias, sendo obrigatório o consentimento informado do casal.

2 - Toda intervenção com fins terapêuticos sobre embriões "in vitro" não terá outra finalidade que não a de tratar uma doença ou impedir sua transmissão, com garantias reais de sucesso, sendo obrigatório o consentimento informado do casal.

3 - O tempo máximo de desenvolvimento de embriões "in vitro" será de 14 dias.

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 contraindique 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.

VIII – REPRODUÇÃO ASSISTIDA POST MORTEM

Não constitui ilícito ético a reprodução assistida *post mortem* desde que haja autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente.