

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA – UniCEUB

EDUARDO RODRIGUES DA CRUZ BARBOSA

**Reprodução Humana Assistida *post mortem*
sem autorização expressa do cônjuge falecido**

Brasília, outubro de 2011

EDUARDO RODRIGUES DA CRUZ BARBOSA

**Reprodução Humana Assistida *post mortem* sem
autorização expressa do cônjuge falecido**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário de Brasília, como requisito parcial para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Professora Doutora Aline Albuquerque Sant'anna de Oliveira

Brasília
2011

EDUARDO RODRIGUES DA CRUZ BARBOSA

Reprodução Humana Assistida *post mortem* sem autorização expressa do cônjuge falecido

Monografia de autoria de Eduardo Rodrigues da Cruz Barbosa, intitulada “REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA *POST MORTEM* SEM AUTORIZAÇÃO EXPRESSA DO CÔNJUGE FALECIDO”, apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brasília, aprovada pela banca examinadora abaixo assinada.

Banca Examinadora

Orientadora: Dra Aline Albuquerque Sant’anna de Oliveira
Direito / Graduação – UniCEUB

Indicada: Aléssia Barroso Lima Brito Campos Chevitarese
Examinadora

Designada: Luciana Barbosa Musse
Examinadora

Brasília, outubro de 2011

Dedico o presente trabalho a uma pessoa que em todos os momentos da minha vida sempre me proporcionou a oportunidade de crescer e alcançar meus objetivos. Com sua garra e dedicação me deu educou e esteve sempre presente nos momentos bons e ruins. Hoje, se tenho a chance de me tornar Bacharel em Direito e sonhar com vitórias ainda maiores, devo isso a você, minha mãe, Cleusa.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar agradeço a Jesus, autor e consumidor da minha fé, por me conceder a vida e a oportunidade de chegar até esse momento tão sonhado. Além disso, se não fosse pela sua graça e misericórdia nem estaria aqui.

Agradeço também à minha mãe e ao meu irmão Felipe que sonharam comigo este sonho e hoje compartilham da minha alegria de chegar à formatura. Poucas pessoas sabem como foi difícil concluir esta etapa e eles certamente estão entre estas pessoas.

Não poderia deixar de agradecer à minha professora orientadora Aline Albuquerque, pela paciência e dedicação que me serviu ao prestar seus ensinamentos. O fato é que não escolhi qualquer orientador, porém conhecê-la foi uma grata surpresa e sem dúvida eu não poderia encontrar uma orientadora tão exigente e dedicada quanto você.

Por fim, quero agradecer a todos os amigos que fiz ao longo dos anos que praticamente morei dentro do UniCEUB, e me orgulho em dizer que tenho entre estes amigos: alunos, funcionários, professores, seguranças e terceirizados, e, portanto, seria até injusto citar apenas alguns, considerando que tenho um carinho imenso por toda a comunidade acadêmica e, embora, esteja terminando esta etapa, tenho certeza que isso não é um “adeus” e sim um “até logo”.

Outra certeza que tenho é a de que, nestes anos, fiz amizades que perdurarão para o resto da minha vida e aqui vivi momentos inesquecíveis. Muito obrigado a todos que contribuíram, direta ou indiretamente, para que fosse possível dar esse passo.

“E nossa história não estará pelo avesso
assim, sem final feliz,
teremos coisas bonitas pra contar.
E até lá, vamos viver, temos muito ainda por
fazer. Não olhe pra trás,
apenas começamos.
O mundo começa agora,
apenas começamos.”
Renato Russo

RESUMO

O presente trabalho aborda as implicações jurídicas no que diz respeito ao procedimento de Reprodução Humana Assistida realizada postumamente, sem a existência de consentimento expresso do cônjuge falecido. Ressalta ainda, a ausência de leis que regulamentem o tema e a urgente necessidade do advento de um diploma legal que trate do assunto. Como inexistem tais leis, tampouco jurisprudências consolidadas, toda a análise volta-se para o debate teórico e doutrinário, principalmente pela analogia com os princípios da Bioética. Conclui-se diante das correntes doutrinárias estudadas que o procedimento de Reprodução Humana Assistida *post mortem* sem autorização do cônjuge falecido deve ser permitido em casos pontuais que apresentem requisitos como: o tempo e estabilidade do relacionamento do casal, o testemunho de amigos e familiares acerca do desejo do falecido de ter um filho, as condições psicológica e financeira do cônjuge sobrevivente, a possibilidade de desenvolvimento saudável da criança que poderá nascer por meio do procedimento e se ocorreram tentativas pretéritas pelo casal de ter um filho por vias naturais ou artificiais. A concessão desse direito ao cônjuge sobrevivente seria a solução mais adequada observando o princípio da beneficência, enumerado por Beauchamp e Childress, na tentativa de buscar o equilíbrio entre a intenção do casal de ter um filho, com a vontade da mulher de realizar sozinha esse desejo, mesmo após a morte do seu marido.

Palavras chave: Reprodução Humana Assistida *post mortem*, Consentimento expresso e Princípios da Bioética.

ABSTRACT

This paper approaches the legal implications regarding the procedure of Assisted Human Reproduction performed posthumously without the existence of express consent of the deceased spouse. Pointed out the absence of laws which regulate the issue and an urgent need for the arrival of a legal instrument that deals with the subject. As do not exist such laws, nor jurisprudence consolidated, the entire analysis turns to the theoretical and doctrinal discussion, mainly by analogy with the principles of bioethics. It is concluded that in the face of the analyzed doctrines that the procedure for Assisted Human Reproduction post-mortem without authorization of the deceased spouse should be allowed in particular cases that have requirements such as time and stability of the couple's relationship, the testimony of friends and relatives about the wish of the deceased to have a child, the psychological and financial conditions of the surviving spouse and also if there were previous attempts by the couple to have a child by natural means or artificial. The granting of this right to the surviving spouse would be the best solution by observing the principle of justice, listed by Beauchamp and Childress, in an attempt to balance the desire that the man had to be a father before his death together with the woman's will to be become pregnant even after the death of her husband.

Key-words: Assisted Human Reproduction post-mortem, principles of bioethics and express consent.

SUMÁRIO

Introdução	10
1. Reprodução Humana Assistida	12
1.1 Breve histórico	14
1.2 Procedimentos	14
1.2.1 Inseminação artificial homóloga	17
1.2.2 Inseminação artificial heteróloga	17
1.2.3 Fertilização <i>in vitro</i>	22
1.2.4 Gravidez de substituição	25
1.3 Conclusão	26
2. Reprodução Humana Assistida <i>post mortem</i>	27
2.1 Aspectos legais	27
2.1.1 Planejamento familiar	31
2.1.2 Dignidade da pessoa Humana e Paternidade Responsável	32
2.1.3 Monoparentalidade	34
2.2 Direito comparado	36
2.2.1 RHA <i>post mortem</i> no Brasil	37
2.3 Projeto de Lei	39
2.4 Conclusão	40
3. RHA <i>post mortem</i> sem autorização do cônjuge falecido	41
3.1 Análise à luz da Bioética Principlalista	41
3.2 Princípios da Bioética Principlalista	42
3.2.1 Princípio da Autonomia	43
3.2.2 Princípio da Beneficência	45
3.2.3 Princípio da Não-maleficência	46
3.2.4 Princípio da Justiça	47
3.3 Termo de Consentimento Livre e Esclarecido	49
3.4 Controvérsia jurídica	51
3.5 O caso Lernerneier	56
Conclusão geral	60
Referências	63
Anexo I	68
Anexo II	74
Anexo III	86

INTRODUÇÃO

A tecnologia e o avanço da ciência mudaram consideravelmente o mundo. É inegável que tais avanços facilitaram e transformaram a vida das pessoas em diversos aspectos. No entanto, é evidente também que grandes transformações, principalmente nas ciências da vida, geram discussões e polêmicas em vários ramos acadêmicos e certamente tais debates são demandas também do Direito.

Tratando-se de Reprodução Humana Assistida não é diferente. Este procedimento, há alguns anos, tem colaborado para a realização de sonhos de muitas pessoas que apresentam mínima ou nenhuma chance de serem pais.

No entanto, o avanço científico anda a passos largos, enquanto o Direito não apresenta desenvolvimento tão veloz. Exemplo dessa disparidade observa-se na falta de uma legislação clara para dirimir os conflitos surgidos nas hipóteses de realização da Reprodução Humana Assistida *post mortem*.

Nesse linha, o presente estudo busca tratar especificamente de uma das principais controvérsias relativas à Reprodução Humana Assistida: a possibilidade de realização do procedimento de Reprodução Humana Assistida *post mortem* na ausência do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido. O tema proposto é extremamente atual, pertinente e controverso, e apresenta vários casos que são objetos de exame judicial.

Portanto, é por meio de uma análise teórico-doutrinária que discute-se a problemática do tema abordado, levando em consideração a lacuna normativa bem como a ausência de jurisprudências sobre o assunto. Ocorre que o tratamento dado pelo Direito ao presente tema não tem acompanhado a relevância do mesmo, exatamente pela falta de um entendimento pacífico e consolidado.

O objetivo geral deste trabalho é analisar a problemática relativa à Reprodução Humana Assistida *post mortem* no campo do direito, considerando a perspectiva bioética.

Por conseguinte, tem como escopo expor os posicionamentos doutrinários quanto ao direito da viúva de submeter-se ao procedimento sem autorização expressa do cônjuge falecido, e discorrer sobre a proposição legislativa afim de regulamentar o tema, com a finalidade de proteger os direitos dos envolvidos e encerrar as lacunas legislativas que causam insegurança jurídica.

Desse modo, verifica-se que a análise passa pela busca de respostas para uma questão pontual, qual seja, examinar em quais casos específicos, a norma e o Poder Judiciário devem facultar ao cônjuge sobrevivente a possibilidade de buscar a gravidez utilizando-se do procedimento de Reprodução Humana Assistida *post mortem*.

Este estudo parte da análise dos princípios norteadores da Bioética Principlialista que regem o ordenamento jurídico pátrio e do arcabouço jurídico e bioético em torno do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido. A abordagem adotada busca atuar perante a Bioética e o Direito Civil seguindo orientações cujos pressupostos serão provados de forma cognitiva.

Portanto, reitera-se que, embora a ciência tenha encontrado soluções para os problemas da infertilidade e esterilidade, o Direito ainda não obteve êxito na busca por dirimir os questionamentos éticos-legais advindos das técnicas.

Dessa forma, os benefícios desses avanços trouxeram também diversas indagações sobre o direito dos indivíduos envolvidos nos procedimentos de Reprodução Humana Assistida. Com relação ao presente debate, a indagação é sobre o direito do cônjuge sobrevivente de realizar o tratamento, utilizando-se do material biológico do cônjuge falecido, independentemente de existir autorização expressa deste.

1. REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

O primeiro capítulo do presente estudo tem por finalidade elucidar os conceitos gerais relacionados à Reprodução Humana Assistida, os termos técnicos e seus significados, os problemas éticos surgidos a partir da realização dos procedimentos clínicos e as diferenças pontuais entre as modalidades técnicas presentes na literatura médica.

O conceito de Reprodução Humana Assistida está relacionado à intervenção do homem por meio de técnicas científicas no processo de procriação natural, com o objetivo de tornar possível a maternidade ou paternidade daqueles indivíduos que tem problemas de infertilidade ou esterilidade. (FERNANDES, 2000).

A infertilidade humana afeta entre um quinto a um sexto dos casais em idade adulta. Dentre os problemas de saúde, a infertilidade não compromete a integridade física daqueles que padecem desse mal, nem ameaça suas vidas. Entretanto, tal deficiência pode produzir males tão grandes quanto a dor física, afetando também o indivíduo psicologicamente, trazendo frustração, uma vez que a maioria dos casais planejam ter filhos, sendo um dos objetivos buscado por aqueles que constituem uma família. (NEUSPILLER, ARDILES, 2003).

As causas da esterilidade apesar de semelhantes, não são uniformes em todo o mundo. Em países da Ásia, América Latina e Oriente Médio, a distribuição das causas relacionadas à infertilidade é comum. Por outro lado, na África, a maioria dos casos entre as mulheres são de esterilidade de causa tubárica. A esterilidade de origem totalmente desconhecida representa entre 8% e 28% de todos os casos de ordem mundial, segundo a Organização Mundial de Saúde. (NEUSPILLER, ARDILES, 2003).

Cumprе ressaltar a diferenciação entre os termos esterilidade e infertilidade humana, frequentemente utilizados como sinônimos de forma errônea. No primeiro, considera-se um casal como estéril se ao final de doze meses mantendo relações sexuais sem a utilização de nenhum método contraceptivo e com uma regularidade de no mínimo duas vezes por semana, não acontecer a gravidez.

De outro modo, na infertilidade, o casal alcança a gravidez, mas a gestação não se desenvolve, sendo interrompida precocemente. (NEUSPILLER, ARDILES, 2003).

Assim, faz-se necessário em primeiro lugar conceituar a locução reprodução humana artificial, que nada mais é do que o meio hábil para satisfazer o desejo de ter filhos de um casal estéril, fazendo uso das técnicas de fecundação *in vitro*, da inseminação artificial homóloga e heteróloga e da maternidade por substituição. (LEITE, 1995). Genival Veloso de França, define da seguinte maneira a reprodução humana assistida:

Reprodução humana assistida é o conjunto de procedimentos tendentes a contribuir na resolução dos problemas da infertilidade humana, facilitando o processo de procriação quando outras formas terapêuticas ou condutas tenham sido ineficazes para a solução e obtenção da gravidez desejada. (FRANÇA, 2001, p. 225).

Este conceito indica que as técnicas de Reprodução Humana Assistida devem ser modalidades de substituição aos métodos naturais de reprodução humana.

O termo Reprodução Humana Assistida foi adotado pelos médicos, cientistas e demais profissionais pátrios que estudam a técnica, a partir da Resolução nº 1358/92 do Conselho Federal de Medicina que dispõe a respeito das normas e condutas éticas a serem observadas na aplicação da técnica. Esta resolução foi substituída *in totum* pela Resolução nº 1957 de 15 de dezembro de 2010 do Conselho Federal de Medicina.

O texto da resolução originária permaneceu inalterado no primeiro artigo e traz a finalidade primordial do uso das técnicas de Reprodução Humana Assistida, indicando que as técnicas de reprodução humana assistida têm como objetivo auxiliar na resolução dos problemas de procriação, facilitando o processo de gestação quando outras técnicas terapêuticas tenham se revelado ineficazes ou consideradas inapropriadas. (BRASIL, Resolução nº 1957 do CFM, 2010).

Desta forma, o Conselho Federal de Medicina reitera o entendimento de que as técnicas de Reprodução Humana Assistida, tem caráter substitutivo e devem ser utilizadas somente quando não restarem outras possibilidades de procriação.

1.1 BREVE HISTÓRICO DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

Antes do advento das técnicas de Reprodução Humana Assistida, era possível afirmar que uma gestante era indiscutivelmente a mãe da criança que carregava em seu ventre e que o seu marido possivelmente seria o pai daquela criança. Isso se dava porque, a concepção ocorria necessariamente por meio da conjunção carnal entre os pais. Entretanto, o surgimento das técnicas de Reprodução Humana Assistida mudou esse panorama. (NAKAMURA, 1984).

Desde o século XVIII, cientistas já buscavam formas diversas de concepção em laboratório. Como exemplos, pode-se citar alguns momentos históricos que colaboraram para o desenvolvimento da Reprodução Humana Assistida: no ano de 1799, John Hunter, médico e biólogo inglês, obteve êxito na fecundação por Inseminação Assistida em seres humanos. Quase um século mais tarde, em 1884, Pancoast, médico inglês, fez a primeira inseminação heteróloga. O primeiro bebê de proveta, chamada Louise Brown, nasceu na Inglaterra em 25 de julho de 1978. Finalmente, em 7 de outubro de 1984, foi concebida Ana Paula Caldeira, primeira brasileira fruto da fertilização *in vitro*. (NAKAMURA, 1984).

1.2 PROCEDIMENTOS DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

Quanto às modalidades técnicas utilizadas na Reprodução Humana Assistida assinala-se que podem ser realizadas pelo processo de inseminação artificial homóloga, técnica que se realiza através da introdução dos espermatozoides do marido ou companheiro no útero da mulher. Outra forma é a inseminação artificial

heteróloga ou inseminação artificial exogâmica, que é aquela que se realiza através da introdução dos espermatozóides ou do sêmen do doador, que não é o marido ou companheiro, mas terceira pessoa, ao útero da mulher, que deu seu consentimento para tanto. Há, ainda a inseminação artificial de “mistura bisseminal” que se realiza ante a insuficiência de espermatozóides na ejaculação, daí a necessidade de se proceder a uma mistura bisseminal diluindo-se partes do esperma do marido e do doador desconhecido ao casal, assim, realiza-se a inseminação artificial com o material genético de dois doadores. (PANASCO, 1979).

Tendo em vista o exposto, são modalidades gerais de inseminação artificial: a inseminação homóloga, a inseminação heteróloga e a inseminação de mistura bisseminal, procedimentos distintos entre si, porém, com a mesma finalidade: tornar possível a paternidade e maternidade de casais que padecem de infertilidade ou esterilidade.

Entretanto, os referidos procedimentos, desdobram-se em técnicas específicas de acordo com a literatura médica:

A técnica de Reprodução Humana Assistida mais comumente utilizada é a inseminação artificial com espermatozóides do cônjuge – IAC: é a inseminação artificial homóloga, também denominada de auto-inseminação, indicada nos casos de hipofertilidade, perturbação das relações sexuais, esterilidade secundária após tratamento esterilizante. Nesta, fecunda-se o óvulo da mulher com o espermatozóide do companheiro. (RAFFUL, 2000).

Em casos de problemas de esterilidade diretamente ligados ao marido ou companheiro, têm-se a utilização da inseminação artificial com sêmen de doador – IAD: é a inseminação artificial heteróloga, que é vista como uma solução extrema para o problema da impotência em casos de esterilidade masculina definitiva ou doenças hereditárias, onde fecunda-se o óvulo da mulher com o espermatozóide de um doador. (RAFFUL, 2000).

Outra forma de Reprodução Humana Assistida bastante utilizada é a transferência intratubária de gametas – GIFT: é o procedimento de reprodução

humana assistida, indicado como uma alternativa para a fecundação *in vitro* em casos de hipofertilidade inexplicada do casal, hipofertilidade masculina e endometriose, e caracteriza-se pela fecundação do óvulo da mulher com o espermatozóide do companheiro *in vivo*. Esta técnica tem como objetivo evitar a transferência transvaginal por ser esta prejudicial à saúde da paciente. (RAFFUL, 2000).

A fertilização *in vitro* (FIV), é a técnica utilizada em casos de esterilidade tubária feminina, hipofertilidade masculina, endometriose e esterilidade inexplicada, fecundando-se o óvulo da mulher com o espermatozóide do próprio companheiro. Há também a possibilidade de realizar-se uma FIV com doação de esperma, que é o procedimento aconselhável para casos de esterilidade tubária feminina aliada à esterilidade masculina, fecundando-se o óvulo da mulher com o espermatozóide de um doador, alheio à relação do casal. (RAFFUL, 2000).

Em algumas hipóteses há a necessidade de recorrer à doação de embriões. Nestes casos, realiza-se a FIV com a doação do óvulo de uma terceira e o espermatozóide de um doador. É indicado nos casos onde existe a esterilidade feminina e masculina por ausência de óvulos e espermatozóides e em casos de doenças hereditárias. (RAFFUL, 2000).

Outro procedimento que é relevante citar é o denominado como mãe de substituição. Neste, a técnica de Reprodução Humana Assistida é indicada quando há esterilidade feminina por impossibilidade de gestação ou por ausência de óvulos aliada a impossibilidade de gestação, sendo que na primeira hipótese realiza-se a FIV a partir dos gametas do casal e na segunda hipótese a fecundação do óvulo de uma doadora com o espermatozóide do marido. (RAFFUL, 2000).

Em seguimento do prelúdio acima, dar-se-á continuidade ao estudo observando as formas de utilização, especificidades, conceitos e problemas de cada uma das modalidades de reprodução humana assistida.

1.2.1 INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA

Seguramente, esse é o procedimento que gera menos polêmica entre médicos, juristas e outros profissionais que estudam e discutem as técnicas de reprodução humana assistida. Isso ocorre porque as células germinais a serem utilizadas na inseminação serão provenientes do próprio marido ou companheiro da paciente. Este é o único procedimento de Reprodução Humana Assistida que é aceito inclusive sob o aspecto religioso. (NAKAMURA, 1984). Por esse motivo, a técnica pode ser encarada como uma medida corretiva para a incapacidade de desempenho dos espermatozóides e a criança gerada terá necessariamente os componentes genéticos do casal submetido à técnica. Sua indicação, no dizer de Ana Cristina Rafful (2000), é voltada para “casos de hipofertilidade, perturbações das relações sexuais e esterilidade secundária após tratamento esterilizante”.

1.2.2 INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HETERÓLOGA

Esta modalidade de Reprodução Humana Assistida pode ser parcial, quando somente um dos gametas é doado por pessoa diferente do casal, e pode ser total, quando os dois gametas utilizados na fecundação são obtidos por meio de doações de terceiros. Nestes casos, ao menos um dos pais considerados biológicos será um doador anônimo. A doação ocorre por um terceiro, alheio à relação do casal ou em outra hipótese, uma mulher solteira também pode receber o material genético doado. (DINIZ, 2002).

O emprego desta técnica levanta questões jurídicas e éticas, uma vez que a criança gerada por tal técnica não possuirá a herança genética dos seus pais, ou de um deles, o que poderá ocasionar a rejeição do filho por um dos consortes e até mesmo uma impugnação de paternidade. (DINIZ, 2002).

Maria Helena Diniz (2002), enumera vários problemas decorrentes da inseminação artificial heteróloga, dos quais cita-se alguns a fim de enriquecer o

debate e ilustrar o entendimento de que a utilização desta técnica pode desencadear uma série de discussões jurídicas e morais e precisa ser regulada com certa urgência.

Um dos problemas apontados pela referida autora refere-se ao desequilíbrio da estrutura básica do matrimônio, por contrariá-la no que atina ao pressuposto biológico da concepção, que advém do ato sexual entre pai e mãe. A fidelidade conjugal não se baseia só nas relações sexuais, mas também na procriação. Esta deixa de ser obra pessoal e indelegável dos esposos, que não tem apenas função biológica e institucional. Isto é assim porque a inseminação fará com que o fundamento genético não coincida com o institucional. (DINIZ, 2002).

Outro problema muito discutido diz respeito à possibilidade de transsexual ou homossexual pretender que companheira obtenha filho por meio dessa inseminação. (DINIZ, 2002).

A utilização da Reprodução Humana Assistida heteróloga pode também gerar dúvidas se o homem poderia livremente, dispor ou ceder seus componentes genéticos, pois, se tiver esposa ou companheira, e esta não anuir na doação de material fertilizante, poderia hipoteticamente pleitear separação judicial por injúria grave. Ademais, a ausência de consentimento da mulher poderá ser motivo justificador da separação judicial por adultério, por afetar a solidez do casamento, configurando-se a injúria grave. (DINIZ, 2002).

Pode-se destacar, também, que o marido ou companheiro pode se arrepender após a realização da fecundação artificial, sugerindo o aborto, ou depois do nascimento, gerando infanticídio, rejeição, abandono ou maus-tratos, trazendo sérios problemas, pois poderá mover ação negatória de paternidade, alegando, por exemplo, que foi dolosamente enganado ou que anuiu por coação. (DINIZ, 2002).

Entretanto, há de se ressaltar que os problemas acima comentados são apenas exemplos, entre tantos outros, que corroboram a máxima de que a inseminação artificial heteróloga sem dúvida, gera muitas polêmicas de cunho social, religioso, ético, moral e jurídico, que ancoram a posição de diversos autores, inclusive da própria Maria Helena Diniz (2002), de que é preferível a adoção em detrimento daquela técnica, por haver filiação sem procriação biológica.

Contudo, cumpre dizer que muitos dos argumentos levantados pelos que são contra a utilização da Reprodução Humana Assistida heteróloga podem ser afastados principalmente levando em consideração o princípio da afetividade, tratado hoje como um elemento norteador das relações familiares. Este princípio, presente na Constituição Federal e no Código Civil, demonstra que atualmente, prevalece novo critério para a definição do estado de filiação.

A Carta Magna no art. 227, parágrafo 6º equiparou os direitos dos filhos, independentemente da forma de concepção ou até mesmo adoção: “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.” (BRASIL, CF/1988).

Desta forma, pode-se inferir da previsão constitucional, que o filho concebido por Reprodução Humana Assistida heteróloga, não deve ser tratado de maneira diferente dos filhos nascidos por concepção natural ou por adoção.

O texto supracitado é base também para o estabelecido no art. 1.597, inciso V do Código Civil de 2002, que determina que “presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido”. (BRASIL, CC/2002).

O estado de filiação se exterioriza pelos fatos que nascem a partir da vontade do casal de serem pais, sem considerar a forma utilizada para a realização desta vontade. Esta, sem dúvida, é o elemento mais espontâneo que corrobora a existência de um liame de filiação e pode ser considerada um fator primordial para o estabelecimento da filiação e, em certos casos, pode até servir como argumento para dirimir conflito de filiações. (BRAUNER, 2003).

Quanto à figura paterna, cabe considerar que o indivíduo que autoriza a utilização da técnica de Reprodução Humana Assistida heteróloga a fim de ser pai, após inúmeras tentativas frustradas de realizar o sonho da paternidade por outras formas, terá grandes possibilidades de apegar-se à criança inserida como um novo membro do núcleo familiar. Torna-se necessário ponderar que o sangue e o afeto são razões independentes e autônomas para determinar o momento

constitutivo da família. Atualmente, o perfil consensual e a afetividade constante e espontânea exercem cada vez mais papéis de elementos norteadores de qualquer núcleo familiar. Existem hoje, diversas entidades familiares que unem-se por laços de afeto e devem ser tuteladas, independentemente de relações de sangue, mas sobretudo pela comunhão de vida. (PERLINGIERI, 1999).

Desta forma, o reconhecimento do estado de filiação de uma criança, mesmo gerada apartir de técnicas diversas do modo natural de concepção, deve ser irrevogável, afim de proteger a pessoa mais indefesa na relação – o filho – e de ressaltar a plenitude dos efeitos inerentes ao estado de filiação. (BRAUNER, 2003).

O liame afetivo, certamente contribui para a solução de conflitos surgidos nas relações familiares e daqueles relacionados à filiação. No entanto, frente aos conflitos no âmbito da filiação, algumas questões trazem outros aspectos e preocupações aos profissionais do direito. Como exemplo, pode-se citar a situação do filho já reconhecido juridicamente, pela incidência da presunção “*pater is est*”. Questiona-se, por exemplo, se este filho tem o direito a qualquer tempo de buscar o reconhecimento da sua paternidade biológica. Obviamente, responder tal questão não é tarefa fácil e a doutrina e jurisprudência pátrias não têm entendimento pacificado sobre o assunto. Levando em consideração somente o previsto no art. 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente, pode-se afirmar que o filho poderá reivindicar sua filiação verdadeira a qualquer tempo. (TEIXEIRA, 1992).

A presunção de paternidade contida no princípio supracitado compreende o rigorismo das normas do Código Civil de 1916: à época, o princípio *pater is est quem nuptias demonstrant* havia de ser observado com rigor máximo, em razão do contexto social vigente, bem como porque a negativa de paternidade, somente poderia alicerçar-se em fatos evidentes, tais como a impossibilidade física de coabitação, a separação legal dos cônjuges ou a impotência absoluta do marido, não sendo a presunção afastada sequer pelo adultério da mulher com quem o homem vivesse sob o mesmo teto, ou pela confissão materna. Atualmente, a confissão materna, aludida pelo art. 346, podendo ser corroborada por exames genéticos de máxima precisão e incontestável credibilidade, é suficiente para

estabelecer a paternidade. Pode-se assim afirmar que não é suficiente o adultério da mulher com quem o marido vivia sob o mesmo teto para ilidir a presunção legal de legitimidade da prole, pois existem exames genéticos da ciência moderna que proporcionam provas para definição da paternidade. (TEIXEIRA, 1992).

Por esta ótica, depreende-se que a verdade biológica deve preponderar sobre a paternidade jurídica. Esta argumentação pode ser encarada como um avanço no sentido de viabilizar a busca do filho pelo reconhecimento da paternidade biológica e assegurar o direito de conhecer a sua origem. Porém, é de se ressaltar que tal situação pode gerar uma insatisfação daquele que o reconheceu como filho juridicamente e pode gerar no pai biológico a rejeição de quem considera-se somente o doador do material genético. (BRAUNER, 2003).

Nesse sentido, a respeito dos conflitos oriundos da utilização da Reprodução Humana Assistida heteróloga, quanto à filiação, questiona-se qual vínculo deve prevalecer, o vínculo afetivo e jurídico ou o vínculo biológico.

Levando em consideração o melhor interesse da criança, princípio bem definido na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente, deve-se observar o caso concreto, a situação de fato e as conseqüências que a escolha por um outro vínculo trará àquela.

Entretanto, no caso da reprodução humana assistida heteróloga, deve-se considerar outros aspectos como: a vontade do pai que consentiu com o uso da técnica e reconheceu o filho; o desejo do doador de ser mantido no anonimato e o constrangimento que a revelação da identidade do doador poderá trazer ao casal que optou pela uso da técnica. (BRAUNER, 2003).

Desse modo, entende-se que o uso da técnica de Reprodução Humana Assistida heteróloga é um importante aliado na busca pela solução dos problemas relacionados à esterilidade e infertilidade, porém, é necessário reconhecer também, que existe uma demanda urgente por uma legislação clara e específica que regule não somente a forma de utilização mas principalmente os direitos dos envolvidos no procedimento.

1.2.3 FECUNDAÇÃO *IN VITRO*

Esta hipótese de Reprodução Humana Assistida é indicada nos casos em que não há a possibilidade de inseminação intra-uterina por razões de cunho médico. O processo é mais complexo e a fecundação ocorre em laboratório de forma extra-uterina.

A fertilização assistida ou fecundação *in vitro* (FIV) é uma técnica empregada com o escopo de solucionar a esterilidade e a infertilidade humana, e se processa através da extração de óvulo maduro que se encontra ainda dentro do ovário da mulher, misturando-se ao espermatozóide do marido a fim de que ocorra a fecundação. O óvulo fecundado, por sua vez, é novamente transferido para o útero da mulher, sendo esta a parte mais incerta de todo o procedimento. (RAFFUL, 2000).

A fecundação *in vitro* pode ser utilizada tanto na reprodução humana assistida homóloga, se feita com os componentes genéticos advindos do casal, como na Reprodução Humana Assistida heteróloga, se for realizada com material fertilizante de terceiro. Aqui, cabem três hipóteses distintas: fecundação com sêmen do marido e óvulo de outra mulher, com sêmen de terceiro e óvulo da esposa ou ainda com sêmen e óvulo de estranhos. (RAFFUL, 2000).

Urge ressaltar que esta técnica, principalmente se for utilizada heterologicamente, traz consigo todos os problemas éticos e jurídicos já suscitados anteriormente e outras questões polêmicas. Acarretando questionamentos tais como a utilização de óvulo de embrião feminino morto para gerar vida humana em laboratório.

Outro problema que pode ser discutido no uso desta técnica é no caso de divórcio do casal. Existe a necessidade de estipular juridicamente a destinação dos embriões congelados. Na dissolução do casamento pode ocorrer que o doador do esperma não queira ser pai de uma criança nascida de um matrimônio fracassado, nem ser devedor de alimentos, nem ter de assegurar parte de sua herança a esse filho e sua ex-mulher queira engravidar com aquele embrião. (DINIZ, 2002).

Sendo assim, questiona-se como o embrião é comum ao casal, qual vontade deveria prevalecer e se os cônjuges teriam liberdade de utilizar material genético armazenado durante o casamento para tentar a paternidade ou a maternidade com outros parceiros. (DINIZ, 2002).

Entretanto, o problema mais discutido quanto ao uso da técnica de fertilização *in vitro* refere-se aos embriões excedentes ou supranumerários. Isso ocorre porque na busca do êxito na gravidez é necessária uma estimulação hormonal que provoca a superovulação (vários óvulos no mesmo ciclo), o que aumenta a eficácia da tentativa de gravidez evitando assim, desgastes psicológicos e encargos financeiros para o casal estéril. (VIEIRA, 2004).

Na fecundação *in vitro*, podem ocorrer duas situações no momento de inseminar os embriões no útero da mulher: apenas um embrião torna-se apto a desenvolver-se ou há o desenvolvimento de vários embriões.

Levando em consideração que, de acordo com a Resolução nº 1.957/10 do Conselho Federal de Medicina, apenas quatro embriões, no máximo, podem ser transplantados para o útero, origina-se, desse modo, a problemática dos embriões desenvolvidos em laboratório excedentes e o questionamento sobre o fim que deve ser dado a estes.

Pode-se enumerar algumas possibilidades para resolver o conflito a respeito da destinação dos embriões excedentes: doação, descarte, uso em pesquisas científicas e comércio. Cumpre dizer que esta última é proibida no Brasil, porém é uma prática reiteradamente realizada e muito difícil de ser controlada. (VIEIRA, 2004).

O uso em pesquisas científicas ainda é considerado uma destinação polêmica. Contudo, a Lei nº 11.105/05 regulou o uso dos embriões em pesquisas de células-tronco embrionárias em casos de embriões congelados há mais de três anos em clínicas de fertilização desde que haja o consentimento dos doadores. (VIEIRA, 2004). O artigo 5º da referida lei foi objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3510 ajuizada em 2005 pelo Procurador Geral da República, Claudio Lemes Fonteles, o qual alegava que a destruição de embriões humanos permitida por este

artigo contraria a inviolabilidade do direito à vida humana prevista no artigo 5º da Constituição Federal. Os ministros do Supremo Tribunal Federal votaram pela improcedência do pedido do autor.

O descarte de embriões excedentários é considerado por alguns doutrinadores como aborto. Podem ocorrer situações em que o casal não autorize o congelamento ou haja problemas de má-formação ou grave anomalia genética, sendo necessário decidir pelo fim dos embriões. (VIEIRA, 2004).

No entanto, essa discussão leva a outra, no que diz respeito ao momento em que se inicia a vida humana. Tal debate é bastante complexo e não é o foco da presente pesquisa.

Há o entendimento de que inexistente o crime de aborto no caso de descarte de embriões excedentários, levando em consideração que o aborto somente se concretiza se houver a gestação. (MIRABETE, 2004).

No mesmo sentido, ensina Eduardo de Oliveira Leite (1995), que “se o embrião já se encontrava congelado em fase de desenvolvimento *in vitro*, a criança pode ser considerada concebida no dia da transferência no útero materno”.

Por esta ótica, a personalidade civil somente ocorre com a nidação do embrião biopreservado no útero da mulher a quem cabe gerá-lo. Desta forma, apenas se falará em nascituro quando houver a nidação do ovo. É a nidação que garante a sobrevivência do ovo, sua viabilidade. Assim sendo, o embrião na fecundação *in vitro* não se considera nascituro. (ALMEIDA, 2004).

Heloisa Helena Barboza (1993), sintetiza que, ao menos até o momento, são inaplicáveis ao embrião humano os conceitos existentes de pessoa, personalidade, sujeito de direito e capacidade, construídos com base em outra realidade fática e para um ordenamento orientado por princípios liberais, com ênfase nos aspectos patrimoniais. Assim, tendo em vista que o embrião não é mero objeto, entende que atribuir-lhe natureza de pessoa ou personalidade seria um exagero, tendo em vista que poderá permanecer indefinidamente como “potencialidade”.

Portanto pelo pensamento citado, o descarte de embriões excedentários não pode ser considerado como aborto, no entanto, tal conclusão não é pacífica, principalmente por levantar discussões éticas e religiosas.

Em contra partida, tem-se a doação, que, desde que seja para fins procracionais é admitida no Brasil e talvez seja a solução menos polêmica para o problema ventilado. É ato bilateral, que exige consentimento dos doadores e dos beneficiários. Nessa hipótese, caso haja uma discussão sobre a filiação e não sendo possível buscar provas biológicas, o termo de consentimento livre e esclarecido assinado pelo casal suprirá a falta daquelas. (VIEIRA, 2004).

Por fim, enquanto existirem lacunas legais quanto ao uso das técnicas de Reprodução Humana Assistida, o problema dos embriões excedentários ainda será exaustivamente discutido e controverso.

1.2.4 GRAVIDEZ DE SUBSTITUIÇÃO

Neste procedimento de reprodução humana assistida ocorre a inseminação do esperma do homem ou dos gametas unidos na fecundação *in vitro* em uma terceira, que não será a mãe biológica da criança gerada. No dizer popular, seria a chamada “barriga de aluguel”, apesar de ser vedado qualquer tipo de pagamento para a substituta da gestação de acordo com a Resolução nº 1.957/10 do CFM.

Trata-se da técnica, que envolve a presença de uma terceira pessoa, que se propõe a gestar um embrião nela implantado com material genético de outra mulher, ou seja, a mãe biológica. (CAMARGO, 2003).

Diante deste procedimento, surgem questões quanto à possibilidade de ser o útero objeto de um contrato e, em caso afirmativo, questiona-se qual seria o contrato aplicável a esta situação.

Pode-se afirmar sem dúvida que neste caso não é possível falar em doação, pois segundo o artigo 538 do Código Civil “considera-se doação o contrato

em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra”. Consequentemente, para que se efetue um contrato de doação é necessário que a coisa doada esteja no comércio e essa premissa não se aplica ao presente caso. (RAFFUL, 2000).

Também não pode-se considerar a gravidez de substituição como um contrato de locação. O artigo 565 do CC determina que na locação de coisas, uma das partes se obriga a ceder à outra, por tempo determinado ou não, o uso e gozo de coisa não fungível, mediante certa retribuição. Vale salientar como citado anteriormente, que a mulher que se propõe a gerar o filho de outra por esta técnica, realiza-o por um ato de voluntariedade e é vedado no Brasil qualquer tipo de cobrança pecuniária por tal ação. Desta forma, a gravidez de substituição não configura locação pois não há o elemento da retribuição presente. (RAFFUL, 2000).

1.3 CONCLUSÃO

Portanto, todos os procedimentos técnicos mencionados neste capítulo são polêmicos e controversos em diversos âmbitos sociais e levantam questões de cunho religioso, ético, social, dentre outros. Entretanto, é no campo do Direito que concentra-se este estudo, tanto pela necessidade de normas atuais que tratem do presente tema, quanto pela urgência exigida pelos casos concretos, para solução dos conflitos surgidos na vida dos sujeitos usuários das técnicas de Reprodução Humana Assistida.

No próximo capítulo, cumpre destacar as peculiaridades da Reprodução Humana Assistida *post mortem*, os aspectos legais e constitucionais relacionados ao tema, a discussão no Direito Comparado e no Brasil, e a legislação aplicável ao assunto no ordenamento pátrio.

2. REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA *POST MORTEM*

Inicialmente deve-se elucidar o significado do termo latino *post mortem*, que significa “depois da morte”. Assim, a reprodução humana assistida *post mortem* é aquela realizada depois da morte de um dos doadores do material genético, pois, atualmente, com a facilidade de preservar tanto o sêmen quanto os próprios embriões, também tornou-se possível a realização dos procedimentos clínicos após o falecimento de um dos genitores. Contudo, esta modalidade de Reprodução Humana Assistida é mais comum quando o falecido é o homem. (SANTOS, NUNES, 2007). Atualmente, um indivíduo que sofre de alguma enfermidade grave, como por exemplo, um câncer, pode armazenar o seu material genético, para, posteriormente utilizá-lo, afim de ter um ou mais filhos.

A despeito de, muitas são as questões polêmicas relativas à reprodução humana assistida *post mortem* e não existe entendimento pacificado na legislação ou jurisprudência atuais. O Código Civil, no artigo 1.597, incisos II e III apenas menciona a presunção da paternidade no caso de realização do procedimento, sem regular as hipóteses de cabimento nem os procedimentos a serem adotados. Ainda, o citado artigo determina que a concepção deve ser presumida durante a constância do casamento mesmo daqueles filhos nascidos após o falecimento do marido e nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução conjugal, seja por separação judicial, nulidade, anulação do casamento ou por morte. (DINIZ, 2002).

2.1 ASPECTOS LEGAIS DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA *POST MORTEM*

O inciso III do artigo 1.597 do Código Civil não indica temporalidade na determinação do estado de filiação do filho gerado por Reprodução Humana Assistida *post mortem*. Desta forma, infere-se que o filho nascido por este

procedimento deve ter a paternidade reconhecida a qualquer tempo. Vale salientar também que o Estatuto da Criança e do Adolescente, no artigo 27, prevê que o reconhecimento do estado de filiação é um direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado sem nenhuma restrição, inclusive temporal.

Ademais, o artigo 26 do mesmo Estatuto assegura que o reconhecimento do estado de filiação pode preceder o nascimento do filho e até suceder a morte do de cujus.

Ainda no que refere à filiação, entende-se que, se a Reprodução Humana Assistida *post mortem* ocorrer nos trezentos dias após a morte do marido, a criança terá seu direito garantido. Há que se ressaltar também que a mesma pode ser inserida no processo de inventário como possível herdeiro, junto com os demais habilitados para a sucessão.

A discussão central relaciona-se com o fato da inseminação ou o nascimento do filho ocorrer após esse prazo. Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2004), interpreta o inciso III, do art. 1.597, do Código Civil de 2002, sustentando que a presunção de que o filho foi concebido na constância do casamento, na reprodução humana assistida *post mortem*, deve ser observada no âmbito da procriação assistida, havendo necessidade de desconsiderar a relação sexual. Destaca o referido autor que a cláusula “*mesmo que falecido o marido*” deve ser interpretada tão somente para fins de estabelecimento da paternidade, observado o prazo limite de trezentos dias da morte do ex-marido.

Na eventualidade de o nascimento ocorrer além do prazo de trezentos dias da morte do marido, também deverá ser presumida a paternidade, mas tal não significa que a prática da inseminação ou fertilização *in vitro post mortem* seja autorizada ou estimulada no direito brasileiro, especialmente em razão dos efeitos deletérios que poderão produzir relativamente à criança, inclusive sob o aspecto patrimonial. (GAMA, 2004).

Desse modo, ressalta-se mais um questionamento que enriquece a discussão. Silvia Fernandes (2005), em sua obra, considera que em relação à obtenção e utilização do sêmen após a morte do doador, depara-se com um

problema relativo ao *status* jurídico no que refere ao registro de nascimento da criança advinda do procedimento, bem como aos direitos sucessórios a ela inerentes, uma vez que após o nascimento com vida, a criança adquire personalidade jurídica, passando a ser sujeito de direito e obrigações, dentre os quais se encontra o direito de ter uma família como prevêm os artigos 4º e 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Direito este que é personalíssimo e indisponível. Na concepção da citada autora tais direitos não estariam garantidos na Reprodução Humana Assistida *post mortem*.

Cláudia Valente (2009), em artigo publicado a respeito do presente assunto destaca que o Conselho Federal de Medicina na resolução de 1992 não aborda a reprodução humana póstuma. Ressalta-se que na edição da resolução de 2010 esse panorama não mudou. Porém, o seu entendimento é que, se era desejo do casal ter filhos e se o procedimento é “pró-vida”, parece eticamente aceitável a reprodução humana assistida *post mortem*. Por outro lado, sustenta também que estando a criança fadada a nascer órfã de pai, isso feriria o princípio da não-maleficência. A referida autora aborda, ainda, outro aspecto importante: se a motivação do cônjuge restante em gerar essa criança for para preencher o espaço deixado pelo parceiro ou por motivos financeiros relacionados à herança, o filho estará sendo buscado como um meio e não um fim, o que fere o princípio da dignidade humana.

A Reprodução Humana Assistida *post mortem* pode ocorrer em casos bem particulares. Eduardo de Oliveira Leite (1995), destaca que, para preservar a fertilidade de um homem submetido a qualquer processo terapêutico com fortes riscos de esterilização, existe a possibilidade de recolher o esperma do mesmo, antes da instauração do tratamento. Trata-se principalmente de sujeitos atingidos por uma doença grave (câncer dos testículos, doença de Hodgkin, certas nefropatias, etc.). Como nesses tratamentos, geralmente de longa duração, a possibilidade de cura não é frequente e muitas vezes causam a esterilidade, o esperma conservado pode servir à Reprodução Humana Assistida homóloga, o que explica a principal razão da conservação. Sendo assim, diante da possibilidade de esterilização irreversível, pedidos são feitos aos bancos de esperma para

conservação. O homem que congelou seu esperma num destes bancos, pode morrer e à sua viúva facultar-se, então, reclamar a devolução do material coletado, para a possibilidade de gerar um filho do marido falecido.

Entretanto o autor ainda afirma que o pedido da viúva de apoderar-se do sêmen do marido falecido, sai do plano ético aceito pelo Conselho Federal de Medicina reconhecido à Reprodução Humana Assistida homóloga. Ou seja, se não existe um casal buscando ter um filho, nada mais há que justifique a inseminação. É que, no entendimento do autor, o sucesso na realização de uma Reprodução Humana Assistida post mortem, pode provocar perturbações psicológicas em relação à criança e em relação à mãe. Em relação à criança porque nascerá desamparada pela figura paterna e em relação à mãe porque a busca por preencher o vazio deixado pelo marido pode prejudicar futuramente sua relação com o filho, considerando que este jamais poderá suprir o vazio deixado por aquele. (LEITE, 1995).

Ademais, sustenta ainda que a viuvez e a sensação de solidão vividas pela mulher podem prejudicar pesadamente o desenvolvimento psicoafetivo da criança. (LEITE, 1995).

Logo, conforme Leite (1995), a Reprodução Humana Assistida *post mortem* constitui uma prática fortemente desaconselhável. Como se não bastassem as contra-indicações de natureza ética e psicológica, resta ainda a consideração de ordem jurídica a dissuadir tal procedimento. A Reprodução Humana Assistida *post mortem* poderia provocar vários problemas de herança e de sucessão.

Nesse cenário, Paulo Lôbo (2009) sustenta que a viúva não poderá exigir que a clínica de reprodução humana assistida lhe entregue o material genético armazenado, para a realização do procedimento de inseminação, se, em vida, o marido não houver expressado esta vontade, devendo ser equiparada a utilização do sêmen à do doador anônimo, não implicando atribuir a paternidade pela presunção legal.

Contudo, não existe lei regulando a destinação do material genético do cônjuge ou companheiro falecido, e, portanto, existe a necessidade de um dispositivo legal que regulamente tal hipótese.

Em contraponto ao pensamento majoritário dos autores supracitados, destaca-se a seguir direitos e princípios constitucionais que dão embasamento ao debate em uma perspectiva que sustenta que o direito da mulher de ter um filho pelo procedimento ora discutido.

2.1.1 PLANEJAMENTO FAMILIAR

A Constituição Federal de 1988 consagrou o direito ao planejamento familiar, com base nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, presentes no parágrafo 7º do art. 226. Pelo livre planejamento familiar, tornou-se possível tratar de forma igualitária qualquer entidade familiar, mesmo aquelas diferentes do modelo tradicional fundado no matrimônio.

Desta forma, o planejamento familiar de origem governamental é dotado de natureza promocional, não coercitiva, orientado por ações preventivas e educativas e pela garantia de acesso igualitário a informações, meios, métodos e técnicas disponíveis para a regulação da fecundidade.

A Lei n.º 9.263, de 12 de janeiro de 1996, regulamentou também o planejamento familiar, estabelecendo no art. 2º que: “entende-se planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direito igual de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal.” É considerado um ato consciente de escolher entre ter ou não filhos de acordo com os planos e expectativas próprios de cada pessoa.

Essa lei, além de assegurar o planejamento familiar monoparental no art. 3º, também autorizou, no art. 9º, que, para o exercício daquele, serão oferecidos métodos de reprodução humana assistida.

O planejamento familiar foi tratado, ainda, pelo § 2º do art. 1.565 do Código Civil, porém de forma superficial indicando que: “o planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas.”

Em âmbito internacional, o Brasil participou do Programa de Ação do Cairo em 1994, o qual adotou a ideia de que o livre planejamento familiar está diretamente relacionado aos direitos reprodutivos. No § 7.3 do documento citado, consta que os direitos de reprodução abrangem certos direitos humanos já reconhecidos em leis nacionais, bem como em documentos internacionais de direitos humanos. Esses direitos se ancoram no reconhecimento do direito básico de todo casal e de todo indivíduo de decidir livre e responsavelmente sobre o número, o espaçamento e a oportunidade de ter filhos e de ter a informação e os meios de assim o fazer. (MOREIRA, ARAÚJO, 2004).

Nesse contexto, o planejamento familiar, concede a cada indivíduo a liberdade de escolher como será formada sua família. Assim sendo, esse direito assegura à mulher, mesmo viúva, a oportunidade de continuar o planejamento do casal de ter filhos e é um dos argumentos favoráveis à realização da Reprodução Humana Assistida *post mortem*.

Ademais, cabe ressaltar também que a Constituição guarda princípios que, relacionados ao tema, oferecem base teórica para discutir o direito pleiteado pela viúva. Estes princípios norteiam todo o ordenamento pátrio e certamente devem ser observados na análise dos casos concretos e em uma futura edição de lei relacionada ao tema.

2.1.2 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, PATERNIDADE RESPONSÁVEL E A RELAÇÃO COM O TEMA ABORDADO

O estudo do tema, exige a análise dos princípios constitucionais, pois eles dispõem de primazia diante da lei. No entanto, não devem ser confundidos com os princípios gerais do direito, que são os preceitos retirados de forma implícita da

legislação quando se verificam lacunas na lei, igualando-se aos outros métodos legais como a analogia e os costumes na finalidade de suprir alguma obscuridade da legislação. (FERNANDES, 2005).

Entre os princípios constitucionais relacionados com o presente tema, o princípio da dignidade da pessoa humana, ocupa status superior na ordem jurídica interna na medida em que assegura as exigências básicas do ser humano em suas várias dimensões.

Esta premissa leva a discussão a respeito dos direitos do embrião a outro patamar, levando-o a ser considerado um sujeito de direitos, como parte da família que o planejou e concebeu. (KRELL, 2006).

Considerando que no estado democrático de direito, a ênfase está na proteção dos direitos fundamentais das pessoas, o embrião criopreservado, independente de seu genitor estar vivo no momento de seu nascimento, tem direito à vida, à filiação, à família, e a todos os demais direitos previstos no ordenamento jurídico. (WIDER, 2007).

Outro importante princípio que deve ser observado quanto à Reprodução Humana Assistida *post mortem* é a paternidade responsável. Este princípio está presente no § 7º do art. 226 da Constituição Federal, nos arts. 3º e 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, e no inc. IV do art. 1.566 do Código Civil.

Pode-se conceituar com base nos supracitados textos legais, a paternidade responsável como a obrigação que os pais têm de prover a assistência moral, afetiva, intelectual e material aos filhos.

O planejamento familiar associado à paternidade responsável, compreende não só decidir sobre o número de filhos, mas também quanto a aumentar o intervalo entre as gestações. Isso implica que a utilização das técnicas de Reprodução Humana Assistida devem ser tidas como último recurso à procriação, após esgotadas todas as possibilidades naturais. Dessa forma evita-se, por exemplo, a prática de seleção de embriões com finalidades eugênicas para escolha de atributos físicos. (DINIZ, 2002).

O propósito do legislador é que a paternidade seja exercida de forma responsável, porque apenas assim todos os princípios fundamentais, como a vida, a saúde, a dignidade da pessoa humana e a filiação serão respeitados.

Entretanto, discute-se a paternidade responsável quanto à Reprodução Humana Assistida *post mortem*, levando em consideração que neste procedimento, a figura do pai não estará presente e tal situação pode criar um cenário propício a gerar problemas de ordem psicológica à criança gerada. (LEITE, 1995).

Outra discussão a respeito da inobservância do princípio da Paternidade Responsável diz respeito ao ato unilateral da mulher em decidir pelo nascimento de uma criança sem pai. Esta decisão seria um ato irresponsável ou egoísta que fere o princípio em tela. No entendimento de Maria Helena Diniz (2002), ocorrendo este ato unilateral, a monoparentalidade estaria se sobrepondo à partenidade responsável.

Quanto à família monoparental, tem-se que é uma entidade familiar bastante comum e no presente tema, merece destaque, considerando que na Reprodução Humana Assistida *post mortem* a figura paterna não existirá na vida da criança gerada pelo procedimento.

2.1.3 MONOPARENTALIDADE

A família monoparental é aquela formada por qualquer um dos pais e seus descendentes e merece proteção estatal pela previsão do artigo 226, § 4º da Constituição Federal. Essa entidade familiar sempre existiu, porém, seu reconhecimento no Brasil, somente ocorreu na Constituição Federal de 1988. (LÔBO, 2001).

A maior preocupação quanto à monoparentalidade diz respeito à motivação de uma pessoa que exclui do seu planejamento familiar a possibilidade de a criança ter a presença do pai ou da mãe. Assim, discute-se se seria possível impor

limites ao previsto no art. 226, § 4º, da Constituição Federal e se esta estaria regulamentando apenas situações já existentes, em detrimento da possibilidade de formação de novas entidades familiares. Obviamente, o direito à filiação e o direito ao planejamento familiar são direitos constitucionais fundamentais, mas questiona-se se pode um opor-se a outro.

Certamente o legislador Constitucional ao reconhecer as famílias monoparentais não está estimulando a criação delas por meio da Reprodução Humana Assistida. Os princípios e garantias nela previstos quanto ao planejamento familiar, à paternidade responsável e à filiação estão vinculados ao princípio do melhor interesse da criança, que assegura, além do direito à vida e à dignidade, o direito ao convívio familiar. (VENOSA, 2008).

Embora o ordenamento pátrio tenha previsto que o planejamento familiar não deve sofrer nenhuma interferência do Estado, há o direito indisponível da criança de ter assegurada a sua filiação, podendo identificar seus genitores.

A permissão para a adoção unilateral e a situação jurídica daquelas pessoas que foram abandonadas pelos seus parceiros ou que ficaram separadas, divorciadas ou viúvas e acabaram por formar uma família monoparental não servem de argumento para autorizar a Reprodução Humana Assistida em pessoas que pretendem, sozinhas, exercer a paternidade. Na adoção unilateral, a criança está concebida, e nas demais a monoparentalidade foi imposta, situações diversas daquela que as constitui de forma intencional. (DINIZ, 2002).

Para efeito de comparação, em matéria de reprodução humana assistida, o Conselho Português de Ética para as Ciências da Vida concluiu pela inadmissibilidade da aplicação das técnicas de Reprodução Humana Assistida para mulheres e homens sozinhos. (GAMA, 2000).

Alega--se também que a inseminação artificial *post mortem* suprime qualquer possibilidade de a criança ter contato com um de seus genitores, não permitindo, assim, um desenvolvimento afetivo e psicológico adequado.

Contudo é sabido também que as técnicas de Reprodução Humana Assistida devem ser utilizadas quando não houver nenhuma outra opção para a

realização do sonho de ser pai ou mãe. Portanto, a admissão da reprodução humana assistida *post mortem* deve levar em consideração todos os aspectos referentes à filiação, aos direitos de personalidade e os princípios constitucionais. (DINIZ, 2002).

Ante todo o exposto, evidencia-se que a Reprodução humana assistida *post mortem* é uma prática controversa e não é pacífico que está amparada pela lei e princípios constitucionais pátrios. Ademais, como todas as técnicas de Reprodução Humana Assistida, levanta discussões nas mais diversas esferas. No presente estudo, o debate que se faz é quanto à necessidade de consentimento expresso do marido falecido para realização do procedimento, objeto da análise do próximo capítulo.

O tema não demonstra-se controverso apenas no âmbito doméstico. Vários países têm buscado debater o assunto e alguns, ao contrário do Brasil, já editaram leis para regulamentá-lo. A seguir uma breve explanação comparando o entendimento de alguns países sobre o tema.

2.2 REPRODUÇÃO ASSISTIDA *POST MORTEM* NO DIREITO COMPARADO

O presente tema tem sido objeto de discussão jurídica em diversos países, como não poderia deixar de ser, pela atualidade e relevância do mesmo. Evidente que o debate, dentro de um contexto cultural, religioso, social e econômico em cada país, certamente se dá de forma particular e diferente. Tais peculiaridades, permitem comparar a abordagem e enriquecer a discussão.

Neste contexto, destacam-se diversas posições jurídicas. Há países que permitem sem restrições a Reprodução Humana Assistida *post mortem*, há aqueles que permitem a prática com ressalvas e há países que proíbem a técnica.

José Roberto Moreira Filho (2002), compara e resume a postura de alguns países diante do tema abordado revelando que na Alemanha e na Suécia é terminantemente proibida a inseminação *post mortem*. Na França a inseminação

post mortem é vedada e dispõe-se que o consentimento externado em vida perde o efeito após a morte daquele que assinou o documento.

Na Espanha veda-se a inseminação *post mortem*, mas garante-se direitos ao nascituro quando houver declaração escrita por escritura pública ou testamento. Por fim, na Inglaterra a inseminação *post mortem* é permitida, mas não se garante direitos sucessórios, a não ser que haja documento expreso neste sentido. (MOREIRA FILHO, 2002).

No direito alemão, a Associação Médica, no Relatório Benda, o mais importante documento alemão sobre Reprodução Humana Assistida, limitou a utilização das técnicas apenas aos casais casados e, excepcionalmente, aos casais não casados. O direito sueco também só permite a adoção de técnicas de Reprodução Humana Assistida a casais, proibindo a prática aos solteiros. Na Itália, apesar de inexistir legislação específica, a orientação é no sentido de inadmitir a monoparentalidade, de acordo com as recomendações do Instituto Superiore di Sanità. (GAMA, 2000). Dessa maneira observa-se que o tema levanta posicionamentos divergentes em todo o mundo. No Brasil, área delimitada para análise do presente estudo não é diferente.

Existem pensamentos diversos entre os doutrinadores e entre os operadores do Direito e, devido à complexidade do assunto e a ausência de leis específicas, o Brasil ainda encontra-se distante de uma solução aplicável ao tema. (VENOSA, 2008).

2.2.1 REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA *POST MORTEM* NO BRASIL

A realidade da Reprodução Humana Assistida *post mortem* no Brasil, com relação ao Direito, abrange discussões que se desdobram no Direito de Família, no Direito Sucessório, no Direito Contratual, no Direito de Personalidade e também na Responsabilidade Civil. Daí a necessidade de regulamentação específica do tema abordado. (VENOSA, 2008).

Nesse sentido, Silvio de Salvo Venosa evidencia o problema advertindo que em primeiro plano, o Código de 2002 não autoriza nem regulamenta a reprodução humana assistida *post mortem*, mas apenas constata lacunosamente a existência da problemática e procura dar solução ao aspecto da paternidade. (VENOSA, 2008).

No entendimento do citado autor, toda essa matéria, que é cada vez mais ampla e complexa, deve ser regulada por lei específica, por um estatuto ou microsistema. Sem a existência de dispositivos legais que regulem o assunto abordado, cria-se um ambiente de insegurança jurídica com mais dúvidas do que soluções, porque a problemática fica absolutamente capenga, sem a ordenação devida, não só quanto às possibilidades de o casal optar pela fertilização assistida, como pelas consequências dessa filiação no direito hereditário. É urgente que toda essa matéria seja regulada por diploma legal específico. Relegar temas tão importantes aos tribunais acarreta desnecessária instabilidade social. (VENOSA, 2008).

O fenômeno legal da procriação, no direito do passado, estabelece a presunção de que há uma relação causal entre a cópula e a procriação. Desse modo, em princípio, provada a relação sexual, presume-se a fecundação. No entanto, hoje são enfrentadas outras questões, que exigem normas atualizadas. (VENOSA, 2008).

Mister ressaltar que a vacância na legislação nacional e a falta de jurisprudências consolidadas que tratem do direito da criança gerada por Reprodução Humana Assistida homóloga *post mortem* e, principalmente da viúva, civilmente capaz, e, dessa forma, detentora de direitos e deveres, não podem impedir o planejamento familiar, já abordado anteriormente, o número de filhos a serem concebidos e a maneira de tê-los. O princípio da legalidade, presente na Constituição Federal de 1988, art. 5º, inciso II, reza que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.” Logo, pode-se inferir que a não proibição, acarreta em permissão para a realização do procedimento de Reprodução Humana Assistida *post mortem*. (GOMES, 2007).

Nesse sentido, surgiram várias iniciativas de projetos de lei em diversos momentos após o advento da Constituição Federal, com a finalidade de suprir o problema das lacunas legais associadas aos procedimentos de Reprodução Humana Assistida. No entanto, a burocracia do processo legislativo pátrio, que é, sem dúvida, moroso, não acompanha a velocidade dos avanços científicos, e, uma lei, quando aprovada, já nasce velha e ultrapassada em diversos aspectos.

2.3 PROJETO DE LEI

O projeto de lei de nº 1.184, de 2003, é um compêndio de vários projetos antes apresentados, na Câmara dos Deputados e no Senado Federal. A respeito do instituto do consentimento, objeto de apreciação deste trabalho, o Projeto de Lei posiciona-se apenas indicando que na ocorrência de infertilidade será exigido o consentimento livre e esclarecido do cônjuge ou do companheiro.

Na prática, percebe-se que o referido projeto de lei, que não foi aprovado pelo Congresso Nacional, corrobora o entendimento que, a respeito das controvérsias, polêmicas e particularidades da Reprodução Humana Assistida em suas diversas modalidades, mesmo se aprovado, já nasceria obsoleto. Isso porque, com respeito à Reprodução Assistida Homóloga *post mortem*, assunto central do presente estudo, o Projeto de Lei omite-se em relação a esta prática, somente citando no art. 4º, inciso VII, as condições de doação ou depósito dos gametas e autorização para utilização, inclusive postumamente.

Ainda em relação ao consentimento é importante ressaltar também que o Projeto de Lei nº 1.184/2003, exige tal ato para todos os possíveis envolvidos na Reprodução Humana Assistida, doadores, usuários, companheiros e cônjuges, além de estabelecer a forma escrita para a declaração da vontade determinando que o consentimento livre e esclarecido será obrigatório para ambos os beneficiários, nos casos em que a beneficiária seja uma mulher casada ou em união estável, vedada a manifestação da vontade por procurador, e será formalizado em instrumento particular, que conterà necessariamente os esclarecimentos a respeito das

condições em que o doador ou depositante autoriza a utilização de seus gametas, inclusive postumamente.

2.4 CONCLUSÃO

Ora, como citado anteriormente, a Reprodução Humana Assistida *post mortem*, não envolve somente as condições de utilização dos gametas do companheiro ou cônjuge. É necessário levar em consideração outros aspectos alheios ao consentimento, como o Direito de herança, o Direito ao registro do sobrenome paterno dentre outros ligados à filiação. (VENOSA, 2008). Por tais omissões no projeto analisado, fica evidente que mesmo se aprovado, nasceria obsoleto.

Cumprido dizer que a necessidade de uma legislação específica sobre determinado tema importante para a sociedade, requer atenção especial do legislador, e não permite a criação de leis para remediar problemas urgentes, sem a preocupação de observar todos os aspectos inerentes àquele tema. (VENOSA, 2008).

Nesse sentido o próximo capítulo tem por fim discutir um dos problemas relacionados à Reprodução Humana Assistida *post mortem* que diz respeito à necessidade de consentimento do cônjuge falecido para a realização do procedimento pela viúva sem autorização expressa daquele.

3. REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA *POST MORTEM* SEM A AUTORIZAÇÃO EXPRESSA DO CÔNJUGE FALECIDO

O último capítulo do presente trabalho tem, precipuamente, o objetivo de discutir o tema central relacionado à Reprodução Humana Assistida *post mortem*, no que refere à necessidade de consentimento expresso do marido falecido para a realização do procedimento.

Para o embasamento do debate, far-se-á uma análise de temas correlacionados como: Bioética, os princípios da autonomia, da beneficência, da não-maleficência, da justiça e o consentimento livre e esclarecido. O fechamento do trabalho será realizado em torno do caso da professora Kátia Lenerneier, que em 2010 conseguiu na justiça brasileira o direito de engravidar do seu falecido marido sem o consentimento expresso deste, destacando as peculiaridades deste caso e, finalmente, concluir-se-á o presente, com a apresentação de sugestões para a solução dos conflitos relacionados aos casos concretos.

3.1 ANÁLISE À LUZ DA BIOÉTICA PRINCIPALISTA

O desenvolvimento científico e tecnológico da biotecnologia provocou o surgimento de vários problemas à humanidade. Os valores fundamentais passaram a ser questionados e as providências legais nos parlamentos de todo o mundo começaram a ser requeridas, com a finalidade de controlar as atividades exercidas pelos profissionais biomédicos e cientistas, que tinham seu trabalho limitado somente por regras informais de controle social, com caráter ético e moral. (ROBERTI, 2007).

O conceito de bioética é bem distinto do inesgotável conceito de ética, tão discutido por acadêmicos e teóricos das mais diversas áreas. Aquele, em detrimento deste, está diretamente relacionado ao estudo das ciências da vida, medicina e tecnologia associadas, fundamental para a manutenção da existência, como também para garantir a qualidade de vida da humanidade. (OLIVEIRA, 2005).

Segundo Ferreira (2002), Bioética pode ser conceituada como o estudo ético sistemático da conduta humana na área das ciências da vida e dos cuidados da saúde e tecnologias associadas, à luz dos valores e princípios morais.

No mesmo sentido, no entendimento de Maria Helena Diniz (2002), o conceito atual de bioética deve ser interpretado como o estudo sistemático da conduta humana no campo das ciências da vida e da saúde, enquanto examinada a partir dos referenciais éticos e morais. A bioética seria, assim, uma resposta da ética às novas situações oriundas da ciência no âmbito da saúde e da vida.

Destes conceitos pode-se depreender que a bioética não é um saber autônomo, antes, está diretamente relacionada ao estudo multidisciplinar da conduta humana, tendo por objeto a vida em suas diferentes formas. Não obstante, a bioética, até o presente momento, destacou-se nas áreas da saúde e biológicas, porém seus valores e princípios morais são elementos presentes também em outros campos do conhecimento, como, por exemplo, o Direito.

Dessa forma, com o fim de enriquecer o debate quanto à necessidade ou não da existência do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido para a realização de Reprodução Humana Assistida *post mortem*, faz-se necessário examinar a questão dos princípios norteadores da Bioética Principlalista.

3.2 PRINCÍPIOS DA BIOÉTICA PRINCIPIALISTA

A Bioética Principlalista, de acordo com a versão mais conhecida, que é a de Beauchamp e Childress, em sua obra *Principles of Biomedical Ethics*, apresenta quatro princípios ou modelos basilares: o princípio do respeito à autonomia, o princípio da não-maleficência, o princípio da beneficência e o princípio da justiça. (CLOTET, KIPPER, 1998).

Neste trabalho serão objeto de investigação os supracitados princípios com o intuito de associá-los ao tema proposto e formular entendimento

que permita aplicá-los ao Direito. Passa-se no item seguinte à análise do Princípio da Autonomia.

3.2.1 PRINCÍPIO DA AUTONOMIA

Na modernidade, o homem é considerado senhor da sua vontade e como sujeito dotado de razão, é plenamente capaz de guiar os seus atos e decidir todas as questões afetas à sua individualidade. Dessa maneira, a norma jurídica seria um limite imposto a ele na medida necessária a garantir a boa vivência com os seus semelhantes. É nesse contexto que a autonomia situa-se como elemento primordial assegurador da liberdade do homem. (CORRÊA, 2010).

Autonomia é um termo derivado do grego *autos* (“próprio”) e *nomos* (“regra”, “governo” ou “lei”). Significa autogoverno, autodeterminação da pessoa de tomar decisões que afetem sua vida, sua saúde, sua integridade físico-psíquica e suas relações sociais. Refere-se à capacidade de o ser humano decidir o que é “bom”, ou o que é seu “bem-estar”. (BEAUCHAMP, CHILDRESS, 2002).

Todavia, a autonomia do indivíduo sobre o próprio corpo e os cuidados com a própria saúde pode ser limitada se for exercida considerando as limitações decorrentes de outros princípios morais e dos direitos fundamentais. (CORRÊA, 2010).

Nesse sentido, este pensamento remete à moral kantiana, na qual a autonomia é constitutiva da pessoa e é consequência da sua natureza racional. É guiar-se nos atos da vida privada conforme a vontade, agindo exclusivamente pela razão. O resultado prático leva ao respeito das leis sem, contudo, eximir-se da sua liberdade, retomando a noção do livre arbítrio. (CORRÊA, 2010).

Entretanto, quando se fala em Reprodução Humana Assistida *post mortem*, uma nova realidade opera-se no mundo jurídico, pois neste cenário, duas vontades surgem, a vontade do marido falecido e a vontade da cônjuge sobrevivente.

Por esta ótica, é certo que a visão individualista já está superada, pois não há como admitir o sujeito agindo somente pela sua vontade sem pensar que as decisões que tomar afetam outras pessoas. A sociedade e o Direito devem buscar proteger a pessoa humana como um ser social que, apesar da sua individualidade e vontade, integra-se a um universo externo à sua autonomia, ficando condicionado a submeter seus atos não somente às leis mas também à sociedade da qual faz parte. (ROCHA, 2004).

Nessa perspectiva, o Direito, que não resume-se às leis, é uma ferramenta essencial para limitar a vontade do sujeito, já que o ordenamento jurídico preconiza que todo homem tem aptidão para ser titular de direitos e deveres e é titular de vontade jurídica, com o poder de contrair obrigações e declarar suas intenções. (MIRANDA, 1972).

Neste contexto, o princípio da autonomia como parte constitutiva do sujeito de direito, dá a este liberdade negocial necessária para escolher os atos que serão praticados na vida civil. Inclusive no que refere às decisões em relação à realização de um procedimento de Reprodução Humana Assistida.

Um problema fundamental nesse debate da relação entre médico e paciente é o da tomada de decisão, principalmente no que se refere aos procedimentos terapêuticos a serem adotados. O dilema que geralmente se impõe nas várias situações é se a decisão deve ser do médico, mais esclarecido quanto às possibilidades do tratamento e que melhor conhece os convenientes e os inconvenientes de cada conduta, ou do paciente, que é o dono da sua vida e sabe o que é melhor para si. (MUÑOZ, FORTES, 1998).

É nesse escopo que o princípio da autonomia se impõe, determinando o respeito pela decisão livre do paciente, resguardando sua dignidade e seu direito de autodeterminação. (CORRÊA, 2010).

Com relação ao tema abordado surge o questionamento quanto à prevalência do princípio da autonomia sobre outros princípios da Bioética. Do ponto de vista da Bioética Principlista, o deslinde de tais conflitos passa pela ponderação

entre os princípios, decidindo-se no caso concreto qual deles prevalecerá, no todo ou em parte. (BEAUCHAMP, CHILDRESS, 2002).

Isso porque, a preponderância do princípio da autonomia levaria o médico a não realizar a Reprodução Humana Assistida *post mortem* sem o consentimento do indivíduo falecido, se este não declarasse expressamente e inequivocadamente tal vontade. Em contrapartida, caso se a prevalência do princípio da beneficência, a solução do dilema ético seria outra, como adiante será exposto.

3.2.2 PRINCÍPIO DA BENEFICÊNCIA

O princípio da beneficência é enunciado como um dever de ponderação entre benefícios e riscos que se pode esperar de um procedimento médico ou de uma pesquisa com o objetivo de maximizar os benefícios e reduzir os riscos.

A beneficência, portanto, funciona, muitas vezes, como uma limitação à autonomia, e não submete-se à escolha do paciente. Assim determina-se pela verificação na maior parte das vezes pelo profissional do médico do que se considera melhor para o paciente com base em seu preparo técnico e profissional. (CORRÊA, 2010).

As regras derivadas deste princípio são formuladas positivamente, de modo que não cabem sanções quando o médico não as cumpre. Contudo, esta máxima não impera em relação às regras de não-maleficência, que têm caráter proibitivo e possibilitam sanções. (BEAUCHAMP, CHILDRESS, 2002).

Um aspecto importante que se relaciona a esse princípio consiste na prática paternalista, a qual é adotada com o fim de beneficiar uma certa pessoa em detrimento de sua autonomia. Beauchamp e Childress (2002), definem o paternalismo como uma ação que visa contrariar as preferências de outra pessoa, na qual, a pessoa que contraria, no caso, o médico, justifica sua conduta com base no objetivo de beneficiar o paciente, evitando danos a este. Assim, como existem

diferentes hipóteses de violação da autonomia do paciente, existem, também, variadas formas de paternalismo. Os autores defendem que o paternalismo pode ser justificado quando os resultados obtidos no procedimento médico se equilibram com os interesses do paciente, não havendo desrespeito à autonomia tais casos.

A discordância entre a autonomia do paciente e a beneficência, que é um dever do médico, pode ocorrer quando o paciente quer realizar determinado tratamento e o médico não concorda que exista necessidade ou utilidade de realizá-lo, e também, quando é o médico quem recomenda certo procedimento e o paciente recusa a orientação. Considerando a primeira hipótese, com base no princípio discutido, entende-se que o médico pode recusar-se a tratar o paciente se julgar desnecessário ou se o procedimento contrariar seus valores, e na segunda hipótese, pelo mesmo princípio, poderia decidir pela intervenção, a despeito da vontade do paciente. (CORRÊA, 2010).

Com relação ao tema abordado, verifica-se que, em caso de prevalência deste princípio sobre o princípio da autonomia, o médico poderá analisar os benefícios que serão proporcionados à viúva com a realização da Reprodução Humana Assistida *post mortem*. Nesta análise, o dever do profissional de fazer o bem à genitora irá se sobrepôr à ausência do consentimento expresso do cônjuge falecido.

3.2.3 PRINCÍPIO DA NÃO-MALEFICÊNCIA

O Princípio da não-maleficência apresenta longa tradição na área médica, pois tem suas origens no Juramento Hipocrático feito por todos os médicos. Dessa forma, revela-se um princípio de relevância na prática moral, já que serve como orientação efetiva aos profissionais da saúde. Esse princípio exige que não se cause dano ou mal às pessoas. O dano citado por Beauchamp e Childress (2002), refere-se aos danos físicos, à morte, ou incapacidade, bem como pode tratar-se também de outros danos, como os mentais e aqueles que impedem a realização dos interesses dos pacientes. Desse princípio depreende-se regras como “não matar”,

“não causar dor”, “não ofender”, que, tal como os demais princípios assinalados, possuem validade primária.

Como exemplo de sua aplicação prática, os autores discutem, a partir da formulação do princípio da não-maleficência, critérios para a justificação do suicídio assistido, que se forem atendidos, podem tornar essa prática moralmente aceita.

No que toca ao tema objeto desta monografia, este princípio pode ser relacionado precipuamente ao dever do médico de não causar danos à saúde mental da criança que poderá nascer por meio do procedimento. Como citado anteriormente, autores como Leite (1995) e Diniz (2002), sustentam que uma criança gerada por esta técnica já nascerá orfã de pai e poderá sofrer danos psicológicos por esta causa. Cabe ao médico, à luz deste princípio, examinar se os benefícios proporcionados à genitora com a possibilidade de ter um filho do cônjuge falecido, serão superiores a possíveis danos mentais causados à criança pela ausência do pai. Certamente não é uma tarefa fácil pesar a importância de cada princípio e a verificação deve ser feita no caso concreto.

3.2.4 PRINCÍPIO DA JUSTIÇA

O princípio da justiça exige a observação da justa distribuição dos benefícios e riscos na relação travada entre médico e paciente e, principalmente, nas políticas públicas de saúde e nas pesquisas científicas. (CALÒ, 2000).

O conceito de justiça citado por Beauchamp e Childress (2002), é entendido como justiça distributiva, ou seja, uma distribuição igual, equitativa e apropriada em prol da saúde de toda a sociedade.

O Princípio da Justiça é subdividido em duas outras elaborações, quais sejam, um princípio formal e outro material. O primeiro baseia-se no princípio aristotélico de que os iguais devem ser tratados igualmente e os desiguais devem ser tratados desigualmente. O princípio da justiça material, por sua vez, justifica a

distribuição igual entre as pessoas mediante a satisfação de alguns critérios. Tais critérios, como demonstram os autores, podem se dar sob diferentes aspectos, como, dar tratamento diferenciado a cada pessoa segundo a sua necessidade. Desse modo, cabe analisar se é possível compatibilizar o interesse do paciente com a possibilidade e necessidade do tratamento. (BEAUCHAMP, CHILDRESS, 2002).

No caso da Reprodução Humana Assistida *post mortem*, o princípio da justiça poderá ser aplicado ao caso concreto, considerando, o equilíbrio entre os benefícios e riscos que a realização do procedimento proporcionará ao cônjuge sobrevivente e à criança. A justiça, nesse entendimento poderia funcionar como uma balança entre o princípio da autonomia e o princípio da beneficência.

Dessa forma, a análise do peso de cada um dos princípios esbarra na dificuldade de definir-se o conteúdo na situação específica, ou seja, de verificar o que é fazer o bem e não causar dano aos sujeitos envolvidos na técnica de Reprodução Humana Assistida *post mortem*: o marido falecido, a cônjuge sobrevivente e principalmente a criança que será gerada pela técnica. (CORRÊA, 2010).

Neste debate há o entendimento de que há uma precedência lógica do princípio da autonomia, ao princípio da beneficência. É que o princípio da beneficência seria subsidiário ao princípio da autonomia, somente aplicando-se na hipótese de não existir a possibilidade de verificar a vontade do paciente. (ENGELHARDT, 1998).

Portanto, por esta perspectiva, o princípio da beneficência não poderia se sobrepor à autonomia na realização de um procedimento complexo como a Reprodução Humana Assistida *post mortem* quando não houvesse o consentimento expresso do cônjuge falecido por meio do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido, tema que será abordado em seguida.

3.3 TERMO DE CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO NA ORDEM JURÍDICA PÁTRIA

O Termo de Consentimento Livre e Esclarecido consiste em uma autorização autônoma dada por indivíduos com a finalidade de permitir uma intervenção médica ou participação em pesquisas científicas. (BEAUCHAMP, CHILDRESS, 2002).

A validade do documento somente se verifica se for composto por alguns elementos básicos e principalmente se o indivíduo que assinar o documento possuir plena capacidade civil de decidir sobre o tratamento, seguindo o previsto nos artigos 5º e 6º do Código Civil. (QUEIROZ, 2001).

Dentre os requisitos que devem preencher o Termo de Consentimento Livre e Esclarecido estão a ciência dos envolvidos de todos os riscos, benefícios e desconfortos que o tratamento pode proporcionar. Na esfera da Reprodução Humana Assistida, carece ainda de existir voluntariedade das partes ao aderir à técnica sem qualquer coação ou outro vício e, finalmente, o consentimento, isto é, a vontade de se submeterem ao tratamento, mesmo que o procedimento atinja diretamente somente um dos cônjuges. Deve ser isento de manipulações físicas ou psicológicas e pode ser revogável. (QUEIROZ, 2001).

De acordo com Juliane Queiroz (2001), o Termo de Consentimento Livre e Esclarecido é indispensável na realização de qualquer intervenção médica em casos de esterilidade e infertilidade, sendo, inclusive, insubstituível mesmo por uma decisão judicial. Sustenta que tal substituição não pode ocorrer, tendo em vista que o consentimento extraído do marido não se configura outorga marital para a prática de atos pela mulher, mas sim, manifestação de vontade própria na realização de intervenção médica que gerará responsabilidade para si.

Nesse sentido, o Código Civil no seu artigo 15 estabelece que “ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.” Tal afirmativa parece exigir sempre um consentimento prévio.

Contudo, José de Aguiar Dias (1954), na sua obra clássica sobre responsabilidade civil, escrita na década de cinquenta, limitava a necessidade de obtenção de consentimento aos casos em que houvesse risco. Assim afirmava ao tratar da responsabilidade do médico pela realização de procedimentos sem autorização do paciente. Defende o citado autor:

Referimo-nos a intervenções cirúrgicas ou tratamentos mais ou menos perigosos, não obstante a lição de muitos mestres, que exigem o consentimento do enfermo para qualquer espécie de tratamento. Porque, pensamos, o consentimento para tratamento que, em si, não ofereça inconveniente, é coisa perfeitamente dispensável. (DIAS, 1954, p. 279).

Dessa forma, uma interpretação *a contrario sensu*, do artigo 15 do Código Civil levaria ao entendimento que não seria ilícito submeter alguém involuntariamente, sem o seu consentimento ou vontade expressa, a um tratamento médico desde que não coloque sua vida em risco. Por esta ótica, o Termo de Consentimento Livre e Esclarecido não seria absolutamente indispensável. Isso porque, em caso de realização da Reprodução Humana Assistida *post mortem*, não há que se falar em riscos à saúde, ou riscos de morte, nem ao cônjuge falecido, nem à viúva que submete-se ao procedimento.

O Termo de Consentimento Livre e Esclarecido está diretamente relacionado ao princípio da autonomia anteriormente tratado. Nessa esteira Beauchamp e Childress (2002), sustentam que o respeito a esse princípio não deve ser absoluto, pois é apenas um dos princípios morais em um sistema de princípios e, desta forma, não deve ser conferido a ele valor excessivo. O entendimento é no sentido de que em algumas circunstâncias médicas, as demandas da justiça podem se sobrepor às demandas do respeito à autonomia.

Contudo, o não recolhimento do consentimento informado pelo médico que vai realizar o procedimento pode levar a consequências graves a este nos âmbitos profissional e jurídico. Desta forma, a mulher que deseja engravidar do seu falecido marido sem o consentimento expresso deste, por falta de uma lei que

regulamente o tema, tem que apresentar argumentos satisfatórios ao Poder Judiciário acerca da sua pretensão e encontrar um médico que concorde em realizá-la. (CORRÊA, 2010).

Consoante a Resolução 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 de falecimento de um deles ou de ambos. Assim, a clínica de fertilização tem o dever ético de saber qual a vontade do doador, e este, sobrevivendo mudança de vontade, pode notificá-la extrajudicialmente.

Portanto, há entendimento no sentido de que, se for realizada a inseminação contra a vontade expressa do doador, a clínica poderá ser responsabilizada civilmente, podendo inclusive ser obrigada a prestar alimentos à criança privada do direito sucessório do genitor que não anuiu com a inseminação. (CARDIN, CAMILO, 2009).

Entre os problemas que podem surgir na hipótese de ausência do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido diz respeito ao fim do vínculo conjugal. Pois, se o casamento, dentro das hipóteses elencadas no artigo 1.571 do Código Civil, dissolve-se com a morte do cônjuge, não seria possível delegar a possibilidade ao cônjuge sobrevivente de tomar decisões pelo cônjuge falecido se este não tiver feito uma declaração de última vontade utilizando-se do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido. No item subsequente as controvérsias jurídicas acerca da ausência do consentimento serão discutidas.

3.4 A CONTROVÉRSIA JURÍDICA: ARGUMENTOS POSITIVOS E NEGATIVOS

É necessário, antes de discutir a juridicidade do cônjuge sobrevivente para engravidar do falecido marido sem o consentimento deste, estudar algumas questões relativas ao casamento e aos direitos e deveres dos cônjuges.

Com base no artigo 1.571, inciso I do Código Civil, percebe-se que a ocorrência da morte de um dos cônjuges, ou de ambos, dissolve o casamento automaticamente. Ou seja, na dissolução por morte, a data do falecimento é a data da dissolução do matrimônio.

Entretanto, José Carlos Vicente (2009), afirma que a sociedade conjugal pode deixar de existir, isto é, o casamento como manifestação real de vontade entre marido e mulher pode terminar, mas o vínculo afetivo permanece. Deixa de existir somente, com a morte, as obrigações conjugais.

A morte de um dos cônjuges traz como resultado a dissolução tanto da sociedade conjugal como do vínculo. É a primeira causa contemplada no artigo 1.571 do Código Civil, causa esta que também está contida no inciso I do segundo artigo da Lei nº. 6.515/77. A partir de sua ocorrência, permite que o cônjuge sobrevivente contraia novo casamento, mas, há alguns efeitos que perduram, que é a existência das marcas do vínculo, segundo prevê o artigo 1.595 do Código Civil: cada cônjuge ou companheiro é aliado aos parentes do outro pelo vínculo da afinidade. (VICENTE, 2009).

Entende-se, portanto que, além da dissolução da sociedade conjugal, a morte de um dos cônjuges encerra também as mútuas obrigações por força da dissolução involuntária do matrimônio. É neste momento que ocorre a abertura da sucessão e o início do procedimento para ser feito o inventário e posterior partilha dos bens deixados pelo cônjuge falecido.

Se uma das formas de dissolução do casamento ocorre com a morte de um dos cônjuges, conforme artigo 1.571, I, do Código Civil de 2002, quando a vontade do cônjuge falecido não está expressa por meio de alguma escritura pública, discute-se se é possível garantir à viúva o direito de poder utilizar o sêmen ou embriões criopreservados para ter um filho.

Maria Berenice Dias (2007) afirma que ainda que o marido tenha fornecido o sêmen, não há como presumir o consentimento para a inseminação *post mortem*. Somente na hipótese de ter havido expressa autorização do marido é que a fertilização pode ser feita após o seu falecimento. O princípio da autonomia

condiciona a utilização do material genético ao consentimento expresso a esse fim. Sem tal autorização, os embriões devem ser eliminados, pois não se pode presumir que alguém queira ser pai depois de morto. Assim, a viúva não pode exigir que a clínica lhe entregue o material genético que se encontra armazenado para que seja nela inseminado, por não se tratar de bem objeto de herança. Portanto, a citada autora é claramente contrária à prática da Reprodução Humana Assistida *post mortem*, se não houver declaração expressa de vontade do cônjuge falecido.

Na mesma esteira, Eduardo de Oliveira Leite (1995), sustenta que a inseminação *post mortem* não se justifica porque não há mais o casal, e poderia acarretar perturbações psicológicas graves em relação à criança e à mãe, concluindo quanto ao desaconselhamento de tal prática. Assevera o referido autor que para preservar a fertilidade de um homem submetido a qualquer processo terapêutico com fortes riscos de esterilização, existe a possibilidade de recolher o esperma do mesmo, mas isso não significa que ele deseje ter um filho após a sua morte.

No entendimento do referido autor, o armazenamento do sêmen deve ser recomendado principalmente aos sujeitos atingidos por uma doença grave como o câncer dos testículos, doença de Hodgkin, certas nefropatias, etc. Como nesses tratamentos, geralmente de longa duração, a possibilidade de cura não é freqüente e se acompanha de esterilidade, o esperma conservado pode servir à inseminação homóloga, o que explica a principal razão da conservação. Diante da possibilidade de esterilização irreversível, pedidos são feitos aos bancos de esperma para conservação. O homem que congelou seu esperma num destes bancos, pode morrer e à sua viúva faculta-se, então, reclamar a devolução do material coletado, para ser inseminada com o esperma do marido falecido, porém a entrega do material fica condicionada à existência de autorização expressa. (LEITE, 1995).

Contudo, o citado autor ressalta, inicialmente, que tal pedido sai do plano ético dispensado à inseminação homóloga. Na sua opinião não existe mais um casal desejando um filho e não há nada que justifique a inseminação. Num segundo momento, a realização do procedimento poderá afetar psicologicamente a criança. Ademais, pode-se indagar se a viúva estará buscando por meio de um filho uma

saída para preencher o vazio deixado pelo marido. Além disso, a viuvez e a sensação de solidão vividas pela mulher podem comprometer pesadamente o desenvolvimento psicoafetivo da criança. (LEITE, 1995).

Assim sendo, segundo Leite (1995), a inseminação “*post mortem*” constitui uma prática fortemente desaconselhável. Como se não bastassem as contra-indicações de natureza ética e psicológica, resta ainda a consideração de ordem jurídica a dissuadir esta tentativa. A fecundação póstuma poderia provocar vários problemas de herança e de sucessão.

Entretanto, tais entendimentos são controversos. Outra vertente sustenta Rogério Alvarez de Oliveira (2004). O referido autor defende que, com a adequação jurídica e ética da prática, tanto a fecundação como a inseminação podem ocorrer *post mortem* e a ausência de um documento expresso, em primeiro plano, não seria causa suficiente para obstar o procedimento.

Em seu entendimento, o Código Civil de 2002 parece agasalhar apenas a inseminação após a morte, na modalidade do embrião fecundado, nada esclarecendo quanto às regras procedimentais e à necessidade de consentimento expresso. Afinal, conforme Oliveira (2004), aquilo que não é taxativamente proibido por lei em tese é permitido. Dessa forma, negar o direito à uma viúva de ter um filho do seu falecido marido não parece ser medida justa. (OLIVEIRA, 2004).

Contudo, destaca, ainda, que o ideal é que a concepção artificial ocorra na constância do casamento ou da união estável, pouco importando quando ocorrerá o nascimento, pois a presunção de concebido durante o casamento militará em favor do filho havido. Se concebido o embrião depois de dissolvido o casamento, como no caso da fertilização *post mortem*, o filho fruto deste acontecimento deve ser protegido em todos os aspectos legais, não importando se houve consentimento expresso para realização do procedimento médico que levou ao nascimento da criança. (OLIVEIRA, 2004).

Ademais, o Direito deve proteger os filhos gerados depois da morte do marido, mesmo sem autorização deste, pois, o novo Código Civil não buscou

coibir a Reprodução Humana Assistida, sendo vago quanto à fecundação *post mortem*. (OLIVEIRA, 2004).

Considerando esse entendimento, tem-se que no caso da Reprodução Humana Assistida *post mortem* o consentimento do marido pode ser presumido, portanto, em tese, não haveria necessidade da cônjuge sobrevivente ter em mãos um documento escrito deixado pelo marido para utilizar, após a morte do marido, os embriões congelados.

Outro argumento nesse sentido leva ao entendimento de que, se o embrião estava congelado antes da morte do marido, ele, de fato, planejava a futura paternidade. Todavia, não foi definido em que momento a esposa poderia utilizar-se da técnica para engravidar. Isso demonstra que ela teria legitimidade para utilizar o material, na falta do seu marido, por ser desejo estimado de última vontade do mesmo, não concretizado.

O próprio artigo 1.597, inciso III, do Código Civil, mencionado anteriormente, afirma que os filhos havidos por fecundação artificial homóloga *post mortem* estão amparados pela presunção de que foram concebidos na constância do casamento.

Esta linha de pensamento leva à presunção de que, na hipótese do homem, por livre e espontânea vontade, ter buscado ajuda médica para ter um filho pelo procedimento artificial, teria, implicitamente, consentido com a Reprodução Humana Assistida após a sua morte podendo assim ser sanada a ausência de um documento expresso e formal.

Considerando os posicionamentos expostos, deve-se ponderar, inicialmente, os pressupostos fáticos que permeiam a verificação da vontade do cônjuge falecido antes do óbito. Nesse sentido, deve-se analisar diante do caso concreto, se existia, por parte daquele, inequívoca manifestação de vontade de ser pai. Contudo, esta observação pode ser feita, independentemente da existência de uma declaração expressa. Outros indícios poderão ser considerados, tais como: a estabilidade da relação do casal, o testemunho de amigos e parentes a respeito do desejo do falecido de ser pai e as condições psicológicas e financeiras da viúva.

Nesse sentido, na ausência de uma lei que regulamente a hipótese estudada, deve-se analisar cada caso, respeitando as peculiaridades de cada um e permitindo o procedimento nos casos em que haja a possibilidade de verificação dos requisitos supracitados, como no caso analisado a seguir.

3.5 O CASO LENERNEIER

Antes de examinar o caso Lenerneier, que recentemente teve grande repercussão no Brasil, cabe citar o caso conhecido como “Affair Parpalaix”. Este caso ocorreu na França, em 1984, quando uma mulher chamada Corine Richard começou a manter um relacionamento amoroso com Alain Parpalaix. Contudo, Alain descobriu que estava com câncer nos testículos. (PINTO, 2008).

O casal tinha o desejo de ter filhos, mas a doença e o tratamento de quimioterapia leva à infertilidade. Então, Alain procurou um banco de sêmen e depositou o seu esperma para futuro uso. A doença avançava e o casal decidiu se casar, porém dois dias após o casamento Alain faleceu. (PINTO, 2008).

Motivada pelo desejo de ter um filho do seu ex-marido, Corine procurou o banco de sêmen para submeter-se ao procedimento de inseminação artificial. Contudo, o banco de sêmen negou-se a realizar a inseminação artificial, sob o fundamento de que não havia uma lei que o obrigasse a realizar tal procedimento, o que levou o caso à disputa judicial. Os advogados de Corine alegaram a questão contratual que obrigava o banco de sêmen a restituir o esperma. A outra parte arguiu que não havia um pacto de entrega, uma vez que o material de pessoa morta não é comerciável e que na França não havia lei autorizadora da inseminação artificial *post mortem*. Ao final do processo judicial, o tribunal francês de Créteil decidiu por condenar o banco de sêmen, determinando que o esperma fosse entregue ao médico designado pela viúva, sob pena de sanção pecuniária. (PINTO, 2008).

Entretanto, devido à demora na solução da causa, a inseminação artificial não prosperou, uma vez que os espermatozoides já não estavam em boas condições de atingir o objetivo de concluir a fecundação e gerar uma criança. O caso é considerado um marco histórico, pois a partir dele vários países deram início à discussão sobre o destino do material coletado para a inseminação artificial, em especial após a morte do doador. (PINTO, 2008).

O caso brasileiro guarda semelhanças com o caso francês, com a diferença de que o objetivo pretendido pela viúva foi alcançado. Trata-se do caso da professora Kátia Lenerneier. Katia e o contador Roberto Jefferson Niels, 33, eram casados havia cinco anos e tentavam ter um filho por vias naturais quando Niels foi surpreendido pelo câncer, em janeiro de 2009. Por indicação médica, congelou o sêmen antes de iniciar o tratamento de quimioterapia, que poderia deixá-lo infértil. (COLLUCCI, 2010).

Em julho de 2009, o casal iniciou o tratamento de reprodução, interrompido depois de um novo diagnóstico: o câncer havia se espalhado para os ossos. Em depoimento ao jornal Folha de São Paulo, Kátia revelou: “preferi estar ao lado do meu marido. Combinamos que, assim que as coisas melhorassem, continuaríamos a luta para formar nossa família”. Sete meses depois, Niels morreu. Declarou ainda à repórter: “quis dar continuidade ao nosso sonho de ter filhos fazendo uma inseminação com o sêmen congelado”. (COLLUCCI, 2010).

Todavia, ao procurar o laboratório onde estava o esperma de Niels, Kátia foi surpreendida com o posicionamento da clínica de que não poderia utilizá-lo porque não havia um consentimento prévio do marido liberando o uso após sua morte. O laboratório alegou razões éticas para justificar a recusa.

Contrariada com a decisão do laboratório, Kátia buscou o amparo da justiça com a finalidade de obter autorização do Poder Judiciário para se apossar do material biológico do seu marido e assim tentar engravidar. A 13ª Vara Cível de Curitiba concedeu sua pretensão por meio de liminar. Segundo o relato jornalístico, esta foi a primeira decisão judicial brasileira sobre reprodução póstuma. (COLLUCCI, 2010).

O argumento sustentado pelas advogadas de Kátia, Dayana Dallabrida e Adriana Szmulik, foi norteador pela presunção da vontade de Niels. Entre as provas apresentadas usaram declarações dos amigos e das famílias de Kátia e de Niels. O laboratório não recorreu da decisão. (COLLUCCI, 2010)

O caso em tela revela algumas peculiaridades. Em primeiro plano, percebe-se que o casal já contava com um longo período de união quando o câncer foi diagnosticado. Outra particularidade observada no caso é que o tratamento para a reprodução já se iniciara quando o câncer se agravou. O tratamento foi forçosamente interrompido porque a doença se alastrou. Isso tornou impossível a continuidade da terapia, pois em primeiro lugar o casal buscava lutar pela vida do marido, para depois retomar o tratamento visando superar a infertilidade, como pode ser observado no depoimento de Kátia. (COLLUCCI, 2010).

Entretanto, Roberto não resistiu ao câncer e veio a óbito. Logo após o luto, Kátia desejou retomar o tratamento e ter o filho pretendido pelo casal. Em seu depoimento, Kátia alegou que não houve tempo para que seu marido deixasse o Termo de Consentimento Livre e Esclarecido autorizando-a a utilizar o sêmen congelado para a realização do procedimento. (COLLUCCI, 2010). Registra-se que o posicionamento do Conselho Federal de Medicina é que, nestes casos, o procedimento não deve ser realizado.

Todavia, a ausência de uma lei que regulamente o assunto, gera demandas judiciais e uma Resolução proveniente de uma Autarquia Federal não é suficiente para determinar o que deve ser aplicado no caso concreto.

Além disso, o consentimento explícito de maneira escrita surge devido ao avanço das técnicas cirúrgicas especiais que envolvem riscos importantes em ações terapêuticas complexas, nada relacionado às técnicas de Reprodução Humana Assistida, pois estas não oferecem riscos iminentes à saúde dos envolvidos. (CAMPINAS, BARROS, 2006)

O caso da professora Kátia Lernerneier é simbólico por ser o primeiro caso brasileiro que logrou êxito após uma disputa judicial. Após conseguir a liminar que obrigava o laboratório a entregar-lhe o material genético de seu marido, Kátia

submeteu-se ao procedimento de inseminação artificial homóloga e engravidou de uma menina que nasceu no dia 20 de junho de 2011.

Ressalta-se que o laboratório não recorreu da decisão do juiz Alexandre Gomes Gonçalves da 13ª Vara Cível de Curitiba. É inegável que isso colaborou para o resultado, pois se o processo se transformasse em uma longa disputa judicial, diminuiria as chances de gravidez pois o sêmen depositado poderia tornar-se inútil assim como aconteceu no caso francês.

À luz do caso apresentado o debate volta ao centro do tema proposto. A questão é analisar se há adequação ética e legal na realização de uma Reprodução Humana Assistida *post mortem* sem a existência do Termo de Consentimento Expresso.

A análise deve voltar-se ao caso concreto. Contudo, a regra geral deve prezar pela imprescibilidade do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido sempre que possível, porém, há casos que apresentam situações peculiares e que não permitem ao casal expressar sua vontade de forma escrita.

À luz dos princípios da Bioética principialista tem-se que o princípio da beneficência prevaleceu sobre o princípio da autonomia no caso em tela. Tal perspectiva se impõe porque, apesar de ser majoritário o pensamento de que o Termo de Consentimento Livre e Esclarecido é sempre obrigatório, a justiça brasileira entendeu que dar à professora Kátia a chance de engravidar do seu marido falecido seria uma medida capaz de atenuar sua dor decorrente da perda do seu marido e, de certa forma, realizar um projeto do casal, interrompido por causa de uma enfermidade terrível como o câncer.

No caso aludido, apesar da ausência do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido, a professora Kátia Lernerneier conseguiu comprovar judicialmente por meio do testemunho de amigos e parentes que o seu marido queria ter um filho com ela. Restou provado ainda que o casal não preveniu-se subscrevendo anteriormente o termo porque estavam preocupados em enfrentar o câncer de Niels.

A exemplo do caso citado, aspectos como: o tempo de relacionamento do casal, o testemunho de amigos e familiares acerca do desejo do falecido de ter um filho, as condições psicológica e financeira do cônjuge sobrevivente, a motivação e as tentativas antes da morte de ter um filho por vias naturais ou artificiais não podem ser ignorados na decisão que concederá ou não a permissão para realização do procedimento médico mesmo, a despeito da inexistência do termo específico.

Desta maneira, a comprovação, mesmo que por outros meios, da vontade do falecido de ter um filho com sua companheira pode suprir a falta de um documento escrito.

CONCLUSÃO GERAL

Na primeira parte do presente trabalho buscou-se estudar os conceitos gerais relacionados à Reprodução Humana Assistida, os termos técnicos e seus significados. O aprumo de tais conceitos permite justificar os problemas éticos surgidos a partir da realização dos procedimentos médicos e as diferenças pontuais entre as modalidades técnicas referentes à Reprodução Humana Assistida, predominante no início do trabalho.

Em um segundo momento, a análise delimitou-se ao procedimento da Reprodução Humana Assistida *post mortem*. Com a finalidade de associar o tema ao Direito, foram destacados os aspectos legais e constitucionais correlacionados, bem como o tratamento normativo da matéria verificado em outros países. Constatou-se nessa comparação que o assunto não é pacífico em vários países e que em alguns, sequer existe uma legislação específica, a exemplo do Brasil.

No último capítulo, ou seja, no encerramento do estudo, tratou-se do tema central com o objetivo de discutir a possibilidade de realização da Reprodução Humana Assistida *post mortem*, inexistindo consentimento expresso do marido falecido. Na fundamentação, analisou-se o conflito entre o princípio da autonomia e o

princípio da beneficência, bem como a relevância do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido diante do problema apresentado.

Tendo como base os princípios estudados, relacionou-se o caso da professora Kátia Lenerneier, aplicando-o aos princípios aludidos. A ilustração do caso permitiu argumentar em quais situações específicas o Poder Judiciário e a norma deverão conceder autorização para realização do procedimento de Reprodução Humana Assistida *post mortem* não existindo consentimento expresso.

Diante do problema apresentado quanto à possibilidade de realização do procedimento de Reprodução Humana Assistida *post mortem*, impõe-se a necessidade de edição de uma lei que regulamente o tema. Isso porque a tarefa do Direito exige por parte do legislador uma consciência nítida do seu papel não admitindo omissões que levem a sociedade a sentir-se em um ambiente de insegurança jurídica.

Como foi abordado, não é pacífico o entendimento quanto à aceitação da realização dos procedimentos de Reprodução Humana Assistida, menos ainda, quanto à modalidade póstuma. A verdade é que tais técnicas não são novidades para a Medicina atual e, desta forma, torna-se indispensável a normatização das suas regras no ordenamento pátrio.

Quanto ao problema central pesquisado, no que se refere à autorização da Reprodução Humana Assistida *post mortem* na ausência do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido, a norma deve prevê a permissão em casos pontuais desde que preenchidos requisitos preestabelecidos como: o tempo e estabilidade do relacionamento do casal, o testemunho de amigos e familiares acerca do desejo do falecido de ter um filho, as condições psicológica e financeira do cônjuge sobrevivente, e se ocorreram tentativas pretéritas pelo casal de ter um filho por vias naturais ou artificiais.

Subsidiariamente, caso a lacuna legislativa não seja superada, o Conselho Federal de Medicina deve exigir das clínicas de Reprodução Humana Assistida, a obrigação de recolher a assinatura do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido no momento do depósito do sêmen. No referido Termo deve existir uma

cláusula específica tratando da possibilidade de Reprodução póstuma. Dessa forma, o doador do esperma poderia declarar anteriormente se existe o desejo de ser pai depois da morte. Esta medida evitaria dúvidas quanto à destinação do material doado após o óbito.

Contudo, enquanto permanece a lacuna legislativa e as clínicas não cumprem a determinação de recolher o Termo de Consentimento Livre e Esclarecido no momento do depósito do sêmen, o entendimento ora sustentado, é no sentido de que o Poder Judiciário permita a realização do procedimento de Reprodução Humana Assistida *post mortem*, mesmo na ausência do documento autorizativo, em casos semelhantes ao de Kátia Lenermeier. Dessa forma, o Judiciário pode suprir a vacância normativa proporcionando a aplicação da justiça em detrimento de posturas tradicionais, considerando que a inépcia do legislador não pode ser razão para um ambiente de insegurança jurídica na sociedade.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. O nascituro no Código Civil e no direito constituendo do Brasil, *in Revista de Informação Legislativa*. Brasília, nº 97.

ARROYO, M. *El consentimiento informado dos pacientes*. Manual de Bioética General. 2 ed. Madrid: Lorente, 1994.

BARBOZA, Heloisa Helena. *A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização in vitro*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Princípios de Ética Biomédica*. 4 ed. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

BRASIL. Resolução nº 1597/2010 do Conselho Federal de Medicina. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm> Acesso em: 19. Abr. 2011.

BRAUNER, Maria Claudia Crespo. *Direito, Sexualidade e Reprodução Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CALÒ, Emanuele. *Bioética, nuevos derechos y autonomia de la voluntad*. Buenos Aires: La Rocca, 2000.

CAMARGO, Juliana Frozel. *Reprodução Humana, Ética e Direito*. Campinas: Edicamp, 2003.

CAMPINAS, Lúcia.; BARROS, Vera Lúcia. *O termo de consentimento livre e esclarecido e suas diferentes formas de expressar o consentimento autorizado pelo sujeito de pesquisa*. São Paulo, set. 2006. Disponível em: <http://scamilo.edu.br/pdf/mundo_saude/38/termo_consentimento_livre>. Acesso em 19. Set. 2011.

CARDIN, Valéria Silva G.; CAMILO, Andryelle Vanessa. *Dos aspectos controvertidos da Reprodução Assistida Post Mortem*. *Revista de Ciências Jurídicas*. Disponível em: <http://www.periodicos.uem.br> Acesso em: 15. set. 2011.

COLLUCCI, Cláudia. *Justiça autoriza mulher a tentar engravidar com sêmen de marido morto*. Folha online, São Paulo, 25. Mai. 2010. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/740924>>. Acesso em: 16. Set. 2011.

COMITÉ INTERNACIONAL DE BIOÉTICA – CIB; COMITÉ INTERGOVERNAMENTAL DE BIOÉTICA – CIGB. *Explanatory memorandum on the elaboration of a Declaration on Universal Norms on Bioethics*. Paris: UNESCO, 2005.

CORREIA, Adriana Espíndola. *Consentimento Livre e Esclarecido: O Corpo Objeto de Relações Jurídicas*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1954.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4. Ed. rev., atual. E ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ENGELHARDT JUNIOR, H. Tristam. *Fundamentos da Bioética*. São Paulo: Loyola, 1998.

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

FERNANDES, Tycho Brahe. *A Reprodução Assistida em face da Bioética e do Biodireito*. Florianópolis: Diploma Legal, 2000.

FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. *Bioética e Biodireito*. Disponível em: < <http://www.josecaubidinizjunior.com.br>> Acesso em: 05. Jun. 2011

FRANÇA, Genival Veloso. *Medicina Legal*. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2001. p. 225.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Efeitos civis da reprodução assistida heteróloga de acordo com o Novo Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente. Em: Afeto, ética, família e o Novo Código Civil Brasileiro: Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família*, Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Filiação e reprodução assistida: introdução ao tema sob a perspectiva do direito comparado*. Revista Brasileira de Direito de Família, n. 5, abr./maio/jun./2000, p. 7

GOMES, Luiz Flávio: *Constituição Federal do Brasil Comentada*. 9. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

KIPPER, Délio José; CLOTET, Joaquim. *Princípios da Beneficência e Não-maleficência*. In.: COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira (Org.). *Iniciação à Bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998.

KRELL, Olga Jubert Gouveia. *Reprodução Humana e Filiação Civil: Princípios éticos e jurídicos*. Curitiba: Juruá, 2006.

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

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária*. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4752>. Acesso em: 27. Mai. 2011.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Entidades familiares constitucionalizadas*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2552/entidades-familiares-constitucionalizadas>>. Acesso em 12. Jun. 2011.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.

MOREIRA FILHO, José Roberto. *Conflitos jurídicos da reprodução humana assistida. Bioética e Biodireito*. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 54, fev. 2002. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto>>. Acesso em: 19. Mai. 2011

MOREIRA, Maria Helena Camargo; ARAÚJO, José Newton Garcia de. *Planejamento familiar: autonomia ou encargo feminino?* *Revista Psicologia em Estudo*, Maringá, v. 9, n. 3, set./dez. 2004.

MUÑOZ, Daniel Romero; FORTES, Paulo Antonio Carvalho. *O Princípio da Autonomia e o Consentimento Livre e Esclarecido*. In.: COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira (Org.). *Iniciação à Bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998.

NAKAMURA, Milton. *Inseminação Artificial Humana*. São Paulo: Roca, 1984.

NEUSPILLER, ARDILES. *Reprodução Humana Assistida*. São Paulo: Atheneu, 2003.

OLIVEIRA, Aline Albuquerque S. *A Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos e a análise da sua repercussão teórica na comunidade bioética*. Disponível em: <http://www.unesco.org.uy> Acesso em: 18. Set. 2011.

OLIVEIRA, Rogério Alvarez de. *A inseminação artificial no novo Código Civil: Filiação e Sucessão*. Em: *Questões de direito civil e o novo código*, São Paulo: Ministério Público do estado de São Paulo, 2004.

PANASCO, Wanderby Lacerda. *Inseminação Artificial. Responsabilidade civil, penal e ética dos médicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil. Introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PINTO, Carlos Alberto Ferreira. *Ação Penal*. Recanto das Letras. São Paulo, 28 Fev. 2008. Disponível em: <<http://www.recantodasletras.com.br/textosjuridicos/879805>>. Acesso em: 11. Set. 2011.

QUEIROZ, Juliane Fernandes. *Paternidade: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

RAFFUL, Ana Cristina. *A reprodução artificial e os direitos da personalidade*. São Paulo: Themis Livraria e Editora, 2000.

ROBERTI, Maura. *Biodireito: novos desafios: com análise penal da Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005 e atualizado de acordo com a Emenda Constitucional nº 45 de 2004*. Porto Alegre: Fabris, 2007.

SANTOS, Natalia Batistuci; NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. *Os reflexos jurídicos da reprodução humana assistida heteróloga e post mortem*. **RIPE** – Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, Bauru, v. 41, n. 48, jul./dez. 2007.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Direitos de família e do menor*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

VALENTE, Cláudia Maria dos Santos. *Inseminação póstuma: Complicações Jurídicas*. Disponível em http://www.r2learning.com.br/_site/artigos/curso_oab_concurso_artigo_389_Inseminacao_postuma_Complicacoes_juridicas> Acesso em: 18. Mai. 2011.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: direito de família*. 8. Ed. São Paulo: Atlas, 2008.

VICENTE, José Carlos. *Da dissolução da sociedade conjugal*. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2946/Da-dissolucao-da-sociedade-conjugal>> Acesso em: 26. Ago. 2011

VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Bioética e sexualidade*. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 2004.

WIDER, Roberto. *Reprodução Assistida: Aspectos do Biodireito e da Bioética*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007.

ANEXOS

ANEXO I

Presidência da República

Casa Civil

Subchefia para Assuntos Jurídicos

LEI Nº 9.263, DE 12 DE JANEIRO DE 1996.

Mensagem de veto

Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

CAPÍTULO I

DO PLANEJAMENTO FAMILIAR

Art. 1º O planejamento familiar é direito de todo cidadão, observado o disposto nesta Lei.

Art. 2º Para fins desta Lei, entende-se planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal.

Parágrafo único - É proibida a utilização das ações a que se refere o **caput** para qualquer tipo de controle demográfico.

Art. 3º O planejamento familiar é parte integrante do conjunto de ações de atenção à mulher, ao homem ou ao casal, dentro de uma visão de atendimento global e integral à saúde.

Parágrafo único - As instâncias gestoras do Sistema Único de Saúde, em todos os seus níveis, na prestação das ações previstas no **caput**, obrigam-se a garantir, em toda a sua rede de serviços, no que respeita a atenção à mulher, ao homem ou ao casal, programa de atenção integral à saúde, em todos os seus ciclos vitais, que inclua, como atividades básicas, entre outras:

I - a assistência à concepção e contracepção;

II - o atendimento pré-natal;

III - a assistência ao parto, ao puerpério e ao neonato;

IV - o controle das doenças sexualmente transmissíveis;

V - o controle e prevenção do câncer cérvico-uterino, do câncer de mama e do câncer de pênis.

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

Parágrafo único - O Sistema Único de Saúde promoverá o treinamento de recursos humanos, com ênfase na capacitação do pessoal técnico, visando a promoção de ações de atendimento à saúde reprodutiva.

Art. 5º - É dever do Estado, através do Sistema Único de Saúde, em associação, no que couber, às instâncias componentes do sistema educacional, promover condições e recursos informativos, educacionais, técnicos e científicos que assegurem o livre exercício do planejamento familiar.

Art. 6º As ações de planejamento familiar serão exercidas pelas instituições públicas e privadas, filantrópicas ou não, nos termos desta Lei e das normas de funcionamento e mecanismos de fiscalização estabelecidos pelas instâncias gestoras do Sistema Único de Saúde.

Parágrafo único - Compete à direção nacional do Sistema Único de Saúde definir as normas gerais de planejamento familiar.

Art. 7º - É permitida a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros nas ações e pesquisas de planejamento familiar, desde que autorizada, fiscalizada e controlada pelo órgão de direção nacional do Sistema Único de Saúde.

Art. 8º A realização de experiências com seres humanos no campo da regulação da fecundidade somente será permitida se previamente autorizada, fiscalizada e controlada pela direção nacional do Sistema Único de Saúde e atendidos os critérios estabelecidos pela Organização Mundial de Saúde.

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.

Art. 10. Somente é permitida a esterilização voluntária nas seguintes situações: (Artigo vetado e mantido pelo Congresso Nacional - Mensagem nº 928, de 19.8.1997)

I - em homens e mulheres com capacidade civil plena e maiores de vinte e cinco anos de idade ou, pelo menos, com dois filhos vivos, desde que observado o prazo mínimo de sessenta dias entre a manifestação da vontade e o ato cirúrgico, período no qual será propiciado à pessoa interessada acesso a serviço de regulação da fecundidade, incluindo aconselhamento por equipe multidisciplinar, visando desencorajar a esterilização precoce;

II - risco à vida ou à saúde da mulher ou do futuro concepto, testemunhado em relatório escrito e assinado por dois médicos.

§ 1º É condição para que se realize a esterilização o registro de expressa manifestação da vontade em documento escrito e firmado, após a informação a respeito dos riscos da cirurgia, possíveis efeitos colaterais, dificuldades de sua reversão e opções de contracepção reversíveis existentes.

§ 2º É vedada a esterilização cirúrgica em mulher durante os períodos de parto ou aborto, exceto nos casos de comprovada necessidade, por cesarianas sucessivas anteriores.

§ 3º Não será considerada a manifestação de vontade, na forma do § 1º, expressa durante ocorrência de alterações na capacidade de discernimento por influência de álcool, drogas, estados emocionais alterados ou incapacidade mental temporária ou permanente.

§ 4º A esterilização cirúrgica como método contraceptivo somente será executada através da laqueadura tubária, vasectomia ou de outro método cientificamente aceito, sendo vedada através da histerectomia e ooforectomia.

§ 5º Na vigência de sociedade conjugal, a esterilização depende do consentimento expresso de ambos os cônjuges.

§ 6º A esterilização cirúrgica em pessoas absolutamente incapazes somente poderá

ocorrer mediante autorização judicial, regulamentada na forma da Lei.

Art. 11. Toda esterilização cirúrgica será objeto de notificação compulsória à direção do Sistema Único de Saúde. (Artigo vetado e mantido pelo Congresso Nacional)

Mensagem nº 928, de 19.8.1997

Art. 12. É vedada a indução ou instigamento individual ou coletivo à prática da esterilização cirúrgica.

Art. 13. É vedada a exigência de atestado de esterilização ou de teste de gravidez para quaisquer fins.

Art. 14. Cabe à instância gestora do Sistema Único de Saúde, guardado o seu nível de competência e atribuições, cadastrar, fiscalizar e controlar as instituições e serviços que realizam ações e pesquisas na área do planejamento familiar.

Parágrafo único. Só podem ser autorizadas a realizar esterilização cirúrgica as instituições que ofereçam todas as opções de meios e métodos de contracepção reversíveis. (Parágrafo vetado e mantido pelo Congresso Nacional) Mensagem nº 928, de 19.8.1997

CAPÍTULO II

DOS CRIMES E DAS PENALIDADES

Art. 15. Realizar esterilização cirúrgica em desacordo com o estabelecido no art. 10 desta Lei. (Artigo vetado e mantido pelo Congresso Nacional) Mensagem nº 928, de 19.8.1997

Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, se a prática não constitui crime mais grave.

Parágrafo único - A pena é aumentada de um terço se a esterilização for praticada:

I - durante os períodos de parto ou aborto, salvo o disposto no inciso II do art. 10 desta Lei.

II - com manifestação da vontade do esterilizado expressa durante a ocorrência de alterações na capacidade de discernimento por influência de álcool, drogas, estados emocionais alterados ou incapacidade mental temporária ou permanente;

III - através de histerectomia e ooforectomia;

IV - em pessoa absolutamente incapaz, sem autorização judicial;

V - através de cesária indicada para fim exclusivo de esterilização.

Art. 16. Deixar o médico de notificar à autoridade sanitária as esterilizações cirúrgicas que realizar.

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

Art. 17. Induzir ou instigar dolosamente a prática de esterilização cirúrgica.

Pena - reclusão, de um a dois anos.

Parágrafo único - Se o crime for cometido contra a coletividade, caracteriza-se como genocídio, aplicando-se o disposto na Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956.

Art. 18. Exigir atestado de esterilização para qualquer fim.

Pena - reclusão, de um a dois anos, e multa.

Art. 19. Aplica-se aos gestores e responsáveis por instituições que permitam a prática de qualquer dos atos ilícitos previstos nesta Lei o disposto no **caput** e nos §§ 1º e 2º do art. 29 do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal.

Art. 20. As instituições a que se refere o artigo anterior sofrerão as seguintes sanções, sem prejuízo das aplicáveis aos agentes do ilícito, aos co-autores ou aos partícipes:

I - se particular a instituição:

a) de duzentos a trezentos e sessenta dias-multa e, se reincidente, suspensão das atividades ou descredenciamento, sem direito a qualquer indenização ou cobertura de gastos ou investimentos efetuados;

b) proibição de estabelecer contratos ou convênios com entidades públicas e de se beneficiar de créditos oriundos de instituições governamentais ou daquelas em que o Estado é acionista;

II - se pública a instituição, afastamento temporário ou definitivo dos agentes do ilícito, dos gestores e responsáveis dos cargos ou funções ocupados, sem prejuízo de outras penalidades.

Art. 21. Os agentes do ilícito e, se for o caso, as instituições a que pertençam ficam obrigados a reparar os danos morais e materiais decorrentes de esterilização não autorizada na forma desta Lei, observados, nesse caso, o disposto nos arts. 159, 1.518 e 1.521 e seu parágrafo único do Código Civil, combinados com o art. 63 do Código de Processo Penal.

CAPÍTULO III

DAS DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 22. Aplica-se subsidiariamente a esta Lei o disposto no Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e, em especial, nos seus arts. 29, **caput**, e §§ 1º e 2º; 43, **caput** e incisos I, II e III; 44, **caput** e incisos I e II e III e parágrafo único; 45, **caput** e incisos I e II; 46, **caput** e parágrafo único; 47, **caput** e incisos I, II e III; 48, **caput** e parágrafo único; 49, **caput** e §§ 1º e 2º; 50, **caput**, § 1º e alíneas e § 2º; 51, **caput** e §§ 1º e 2º; 52; 56; 129, **caput** e § 1º, incisos I, II e III, § 2º, incisos I, III e IV e § 3º.

Art. 23. O Poder Executivo regulamentará esta Lei no prazo de noventa dias, a contar da data de sua publicação.

Art. 24. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 25. Revogam-se as disposições em contrário.

Brasília, 12 de janeiro de 1996; 175º da Independência e 108º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

Adib Jatene

Este texto não substitui o publicado no D.O.U. de 15.1.1996

ANEXO II

PROJETO DE LEI N.º 1.184, DE 2003

Dispõe sobre a Reprodução Assistida.

O **Congresso Nacional** decreta:

CAPÍTULO I

DOS PRINCÍPIOS GERAIS

Art. 1º Esta Lei regulamenta o uso das técnicas de Reprodução Assistida (RA) para a implantação artificial de gametas ou embriões humanos, fertilizados *in vitro*, no organismo de mulheres receptoras.

Parágrafo único. Para os efeitos desta Lei, atribui-se a denominação de:

I – embriões humanos: ao resultado da união *in vitro* de gametas, previamente à sua implantação no organismo receptor, qualquer que seja o estágio de seu desenvolvimento;

II – beneficiários: às mulheres ou aos casais que tenham solicitado o emprego da Reprodução Assistida;

III – consentimento livre e esclarecido: ao ato pelo qual os beneficiários são esclarecidos sobre a Reprodução Assistida e manifestam, em documento, consentimento para a sua realização, conforme disposto no Capítulo II desta Lei.

Art. 2º A utilização das técnicas de Reprodução Assistida será permitida, na forma autorizada nesta Lei e em seus regulamentos, nos casos em que se verifique infertilidade e para a prevenção de doenças genéticas ligadas ao sexo, e desde que:

I – exista indicação médica para o emprego da Reprodução Assistida, consideradas as demais possibilidades terapêuticas disponíveis, segundo o disposto em regulamento;

II – a receptora da técnica seja uma mulher civilmente capaz, nos termos da lei, que tenha solicitado o tratamento de maneira livre, consciente e informada, em documento de consentimento livre e esclarecido, a ser elaborado conforme o disposto no Capítulo II desta Lei;

III – a receptora da técnica seja apta, física e psicologicamente, após avaliação que leve em conta sua idade e outros critérios estabelecidos em regulamento;

IV – o doador seja considerado apto física e mentalmente, por meio de exames clínicos e complementares que se façam necessários.

Parágrafo único. Caso não se diagnostique causa definida para a situação de infertilidade, observar-se-á, antes da utilização da Reprodução Assistida, prazo mínimo de espera, que será estabelecido em regulamento e levará em conta a idade da mulher receptora.

Art. 3º É proibida a gestação de substituição.

CAPÍTULO II

DO CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO

Art. 4º O consentimento livre e esclarecido será obrigatório para ambos os beneficiários, nos casos em que a beneficiária seja uma mulher casada ou em união estável, vedada a manifestação da vontade por procurador, e será formalizado em instrumento particular, que conterá necessariamente os seguintes esclarecimentos:

I – a indicação médica para o emprego de Reprodução Assistida, no caso específico, com manifestação expressa dos beneficiários da falta de interesse na adoção de criança ou adolescente;

II – os aspectos técnicos, as implicações médicas das diferentes fases das modalidades de Reprodução Assistida disponíveis e os custos envolvidos em cada uma delas;

III – os dados estatísticos referentes à efetividade dos resultados obtidos no serviço de saúde onde se realizará o procedimento de Reprodução Assistida;

IV – os resultados estatísticos e probabilísticos acerca da incidência e prevalência dos efeitos indesejados nas técnicas de Reprodução Assistida, em geral e no serviço de saúde onde esta será realizada;

V – as implicações jurídicas da utilização de Reprodução Assistida;

VI – os procedimentos autorizados pelos beneficiários, inclusive o número de embriões a serem produzidos, observado o limite disposto no art. 13 desta Lei;

VII – as condições em que o doador ou depositante autoriza a utilização de seus gametas, inclusive postumamente;

VIII – demais requisitos estabelecidos em regulamento.

§ 1º O consentimento mencionado neste artigo será também exigido do doador e de seu cônjuge ou da pessoa com quem viva em união estável e será firmado conforme as normas regulamentadoras, as quais especificarão as informações mínimas que lhes serão transmitidas.

§ 2º No caso do § 1º, as informações mencionadas devem incluir todas as implicações decorrentes do ato de doar, inclusive a possibilidade de a identificação do doador vir a ser conhecida.

CAPÍTULO III

DOS SERVIÇOS DE SAÚDE E PROFISSIONAIS

Art. 5º Os serviços de saúde que realizam a Reprodução Assistida são responsáveis:

I – pela elaboração, em cada caso, de laudo com a indicação da necessidade e oportunidade para o emprego da técnica de Reprodução Assistida;

II – pelo recebimento de doações e pelas fases de coleta, manuseio, controle de doenças infecto-contagiosas, conservação, distribuição e transferência do material biológico humano utilizado na Reprodução Assistida, vedando-se a transferência de sêmen doado a fresco;

III – pelo registro de todas as informações relativas aos doadores e aos casos em que foi utilizada a Reprodução Assistida, pelo prazo de 50 (cinquenta) anos;

IV – pela obtenção do consentimento livre e esclarecido dos beneficiários de Reprodução Assistida, doadores e respectivos cônjuges ou companheiros em união estável, na forma definida no Capítulo II desta Lei;

V – pelos procedimentos médicos e laboratoriais executados;

VI – pela obtenção do Certificado de Qualidade em Biossegurança junto ao órgão competente;

VII – pela obtenção de licença de funcionamento a ser expedida pelo órgão competente da administração, definido em regulamento.

Parágrafo único. As responsabilidades estabelecidas neste artigo não excluem outras, de caráter complementar, a serem estabelecidas em regulamento.

Art. 6º Para obter a licença de funcionamento, os serviços de saúde que realizam Reprodução Assistida devem cumprir os seguintes requisitos mínimos:

I – funcionar sob a direção de um profissional médico, devidamente capacitado para realizar a Reprodução Assistida, que se responsabilizará por todos os procedimentos médicos e laboratoriais executados;

II – dispor de equipes multiprofissionais, recursos técnicos e materiais compatíveis com o nível de complexidade exigido pelo processo de Reprodução Assistida;

III – dispor de registro de todos os casos em que tenha sido empregada a Reprodução Assistida, ocorra ou não gravidez, pelo prazo de 50 (cinquenta) anos;

IV – dispor de registro dos doadores e das provas diagnósticas realizadas, pelo prazo de 50 (cinquenta) anos após o emprego do material biológico;

V – encaminhar relatório semestral de suas atividades ao órgão competente definido em regulamento.

§ 1º A licença mencionada no *caput* deste artigo será válida por até 3 (três) anos, renovável ao término de cada período, desde que obtido ou mantido o Certificado de Qualidade em Biossegurança, podendo ser revogada em virtude do descumprimento de qualquer disposição desta Lei ou de seu regulamento.

§ 2º O registro citado no inciso III deste artigo deverá conter a identificação dos beneficiários e doadores, as técnicas utilizadas, a pré-seleção sexual, quando imprescindível, na forma do art. 15 desta Lei, a ocorrência ou não de gravidez, o desenvolvimento das gestações, os nascimentos, as malformações de fetos ou recém-nascidos e outros dados definidos em regulamento.

§ 3º Em relação aos doadores, o registro citado no inciso IV deste artigo deverá conter a identidade civil, os dados clínicos de caráter geral, foto acompanhada das características fenotípicas e uma amostra de material celular.

§ 4º As informações de que trata este artigo são consideradas sigilosas, salvo nos casos especificados nesta Lei.

§ 5º No caso de encerramento das atividades, os serviços de saúde transferirão os registros para o órgão competente do Poder Público, determinado no regulamento.

CAPÍTULO IV

DAS DOAÇÕES

Art. 7º Será permitida a doação de gametas, sob a responsabilidade dos serviços de saúde que praticam a Reprodução Assistida, vedadas a remuneração e a cobrança por esse material, a qualquer título.

§ 1º Não será permitida a doação quando houver risco de dano para a saúde do doador, levando-se em consideração suas condições físicas e mentais.

§ 2º O doador de gameta é obrigado a declarar:

I – não haver doado gameta anteriormente;

II – as doenças de que tem conhecimento ser portador, inclusive os antecedentes familiares, no que diz respeito a doenças genético-hereditárias e outras.

§ 3º Poderá ser estabelecida idade limite para os doadores, com base em critérios que busquem garantir a qualidade dos gametas doados, quando da regulamentação desta Lei.

§ 4º Os gametas doados e não-utilizados serão mantidos congelados até que se dê o êxito da gestação, após o quê proceder-se-á ao descarte dos mesmos, de forma a garantir que o doador beneficiará apenas uma única receptora.

Art. 8º Os serviços de saúde que praticam a Reprodução Assistida estarão obrigados a zelar pelo sigilo da doação, impedindo que doadores e beneficiários venham a conhecer reciprocamente suas identidades, e pelo sigilo absoluto das informações sobre a pessoa nascida por processo de Reprodução Assistida.

Art. 9º O sigilo estabelecido no art. 8º poderá ser quebrado nos casos autorizados nesta Lei, obrigando-se o serviço de saúde responsável pelo emprego da Reprodução Assistida a fornecer as informações solicitadas, mantido o segredo profissional e, quando possível, o anonimato.

§ 1º A pessoa nascida por processo de Reprodução Assistida terá acesso, a qualquer tempo, diretamente ou por meio de representante legal, e desde que manifeste sua vontade, livre, consciente e esclarecida, a todas as informações sobre o processo que o gerou, inclusive à identidade civil do doador, obrigando-se o serviço de saúde responsável a fornecer as informações solicitadas, mantidos os segredos profissional e de justiça.

§ 2º Quando razões médicas ou jurídicas indicarem ser necessário, para a vida ou a saúde da pessoa gerada por processo de Reprodução Assistida, ou para oposição

de impedimento do casamento, obter informações genéticas relativas ao doador, essas deverão ser fornecidas ao médico solicitante, que guardará o devido segredo profissional, ou ao oficial do registro civil ou a quem presidir a celebração do casamento, que notificará os nubentes e procederá na forma da legislação civil.

§ 3º No caso de motivação médica, autorizado no § 2º, resguardar-se-á a identidade civil do doador mesmo que o médico venha a entrevistá-lo para obter maiores informações sobre sua saúde.

Art. 10. A escolha dos doadores será de responsabilidade do serviço de saúde que pratica a Reprodução Assistida e deverá assegurar a compatibilidade imunológica entre doador e receptor.

Art. 11. Não poderão ser doadores os dirigentes, funcionários e membros de equipes, ou seus parentes até o quarto grau, de serviço de saúde no qual se realize a Reprodução Assistida.

Parágrafo único. As pessoas absolutamente incapazes não poderão ser doadoras de gametas.

Art. 12. O Titular do Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais fica obrigado a comunicar ao órgão competente previsto no art. 5º, incisos VI e VII, até o dia 10 de cada mês, o registro dos óbitos ocorridos no mês imediatamente anterior, devendo da relação constar a filiação, a data e o local de nascimento da pessoa falecida.

§ 1º No caso de não haver sido registrado nenhum óbito, deverá o Titular do Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais comunicar esse fato ao referido órgão no prazo estipulado no *caput* deste artigo.

§ 2º A falta de comunicação na época própria, bem como o envio de informações inexatas, sujeitará o Titular de Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais a multa variável de R\$ 636,17 (seiscentos e trinta e seis reais e dezessete centavos) a R\$ 63.617,35 (sessenta e três mil, seiscentos e dezessete reais e trinta e cinco centavos), na forma do regulamento.

§ 3º A comunicação deverá ser feita por meio de formulários para cadastramento de óbito, conforme modelo aprovado em regulamento.

§ 4º Deverão constar, além dos dados referentes à identificação do Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais, pelo menos uma das seguintes informações relativas à pessoa falecida:

I – número de inscrição do PIS/Pasep;

II – número de inscrição do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, se contribuinte individual, ou número de benefício previdenciário - NB, se a pessoa falecida for titular de qualquer benefício pago pelo INSS;

III – número do CPF;

IV – número de registro de Carteira de Identidade e respectivo órgão emissor;

V – número do título de eleitor;

VI – número do registro de nascimento ou casamento, com informação do livro, da folha e do termo;

VII – número e série da Carteira de Trabalho.

CAPÍTULO V

DOS GAMETAS E EMBRIÕES

Art. 13. Na execução da técnica de Reprodução Assistida, poderão ser produzidos e transferidos até 2 (dois) embriões, respeitada a vontade da mulher receptora, a cada ciclo reprodutivo.

§ 1º Serão obrigatoriamente transferidos a fresco todos os embriões obtidos, obedecido ao critério definido no *caput* deste artigo.

§ 2º Os embriões originados *in vitro*, anteriormente à sua implantação no organismo da receptora, não são dotados de personalidade civil.

§ 3º Os beneficiários são juridicamente responsáveis pela tutela do embrião e seu ulterior desenvolvimento no organismo receptor.

§ 4º São facultadas a pesquisa e experimentação com embriões transferidos e espontaneamente abortados, desde que haja autorização expressa dos beneficiários.

§ 5º O tempo máximo de desenvolvimento de embriões *in vitro* será definido em regulamento.

Art. 14. Os serviços de saúde são autorizados a preservar gametas humanos, doados ou depositados apenas para armazenamento, pelos métodos e prazos definidos em regulamento.

§ 1º Os gametas depositados apenas para armazenamento serão entregues somente à pessoa depositante, não podendo ser destruídos sem sua autorização.

§ 2º É obrigatório o descarte de gametas:

I – quando solicitado pelo depositante;

II – quando houver previsão no documento de consentimento livre e esclarecido;

III – nos casos de falecimento do depositante, salvo se houver manifestação de sua vontade, expressa em documento de consentimento livre e esclarecido ou em testamento, permitindo a utilização póstuma de seus gametas.

Art. 15. A pré-seleção sexual será permitida nas situações clínicas que apresentarem risco genético de doenças relacionadas ao sexo, conforme se dispuser em regulamento.

CAPÍTULO VI

DA FILIAÇÃO DA CRIANÇA

Art. 16. Será atribuída aos beneficiários a condição de paternidade plena da criança nascida mediante o emprego de técnica de Reprodução Assistida.

§ 1º A morte dos beneficiários não restabelece o poder parental dos pais biológicos.

§ 2º A pessoa nascida por processo de Reprodução Assistida e o doador terão acesso aos registros do serviço de saúde, a qualquer tempo, para obter informações para transplante de órgãos ou tecidos, garantido o segredo profissional e, sempre que possível, o anonimato.

§ 3º O acesso mencionado no § 2º estender-se-á até os parentes de 2º grau do doador e da pessoa nascida por processo de Reprodução Assistida.

Art. 17. O doador e seus parentes biológicos não terão qualquer espécie de direito ou vínculo, quanto à paternidade ou maternidade, em relação à pessoa nascida a partir do emprego das técnicas de Reprodução Assistida, salvo os impedimentos matrimoniais elencados na legislação civil.

Art. 18. Os serviços de saúde que realizam a Reprodução Assistida sujeitam-se, sem prejuízo das competências de órgão da administração definido em regulamento, à fiscalização do Ministério Público, com o objetivo de resguardar a saúde e a integridade física das pessoas envolvidas, aplicando-se, no que couber, as

disposições da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

CAPÍTULO VII

DAS INFRAÇÕES E PENALIDADES

Art. 19. Constituem crimes:

I – praticar a Reprodução Assistida sem estar habilitado para a atividade:

Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa;

II – praticar a Reprodução Assistida sem obter o consentimento livre e esclarecido dos beneficiários e dos doadores na forma determinada nesta Lei ou em desacordo com os termos constantes do documento de consentimento por eles assinado:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa;

III – participar do procedimento de gestação de substituição, na condição de beneficiário, intermediário ou executor da técnica:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa;

IV – fornecer gametas depositados apenas para armazenamento a qualquer pessoa que não o próprio depositante, ou empregar esses gametas sem sua prévia autorização:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa;

V – deixar de manter as informações exigidas na forma especificada, não as fornecer nas situações previstas ou divulgá-las a outrem nos casos não autorizados, consoante as determinações desta Lei:

Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa;

VI – utilizar gametas de doadores ou depositantes sabidamente falecidos, salvo na hipótese em que tenha sido autorizada, em documento de consentimento livre e esclarecido, ou em testamento, a utilização póstuma de seus gametas:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa;

VII – implantar mais de 2 (dois) embriões na mulher receptora:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa;

VIII – realizar a pré-seleção sexual de gametas ou embriões, ressalvado o disposto nesta Lei:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa;

IX – produzir embriões além da quantidade permitida:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa;

X – armazenar ou ceder embriões, ressalvados os casos em que a implantação seja contraindicada:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa;

XI – deixar o médico de implantar na mulher receptora os embriões produzidos, exceto no caso de contra-indicação médica:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa;

XII – descartar embrião antes da implantação no organismo receptor:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa;

XIII – utilizar gameta:

a) doado por dirigente, funcionário ou membro de equipe do serviço de saúde em que se realize a Reprodução Assistida, ou seus parentes até o quarto grau;

b) de pessoa incapaz;

c) de que tem ciência ser de um mesmo doador, para mais de um beneficiário;

d) sem que tenham sido os beneficiários ou doadores submetidos ao controle de doenças infecto-contagiosas e a outros exames complementares:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Parágrafo único. Ao aplicar as medidas previstas neste artigo, o juiz considerará a natureza e a gravidade do delito e a periculosidade do agente.

Art. 20. Constituem crimes:

I – intervir sobre gametas ou embriões *in vitro* com finalidade diferente das permitidas nesta Lei:

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa;

II – utilizar o próprio gameta para realizar a Reprodução Assistida, exceto na qualidade de beneficiário:

Pena – detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos, e multa;

III – omitir o doador dados ou fornecimento de informação falsa ou incorreta sobre qualquer aspecto relacionado ao ato de doar:

Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa;

IV – praticar o médico redução embrionária, com consentimento, após a implantação no organismo da receptora, salvo nos casos em que houver risco de vida para a mulher:

Pena – reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos;

V – praticar o médico redução embrionária, sem consentimento, após a implantação no organismo da receptora, salvo nos casos em que houver risco de vida para a mulher:

Pena – reclusão de 3 (três) a 10 (dez) anos.

Parágrafo único. As penas cominadas nos incisos IV e V deste artigo são aumentadas de 1/3 (um terço), se, em consequência do procedimento redutor, a receptora sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, pela mesma causa, lhe sobrevém a morte.

Art. 21. A prática de qualquer uma das condutas arroladas neste Capítulo acarretará a perda da licença do estabelecimento de Reprodução Assistida, sem prejuízo das demais sanções legais cabíveis.

CAPÍTULO VIII

DAS DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 22. Os embriões conservados até a data de entrada em vigor desta Lei poderão ser doados exclusivamente para fins reprodutivos, com o consentimento prévio dos primeiros beneficiários, respeitados os dispositivos do Capítulo IV.

Parágrafo único. Presume-se autorizada a doação se, no prazo de 60 (sessenta) dias, os primeiros beneficiários não se manifestarem em contrário.

Art. 23. O Poder Público promoverá campanhas de incentivo à utilização, por pessoas inférteis ou não, dos embriões preservados e armazenados até a data de publicação desta Lei, preferencialmente ao seu descarte.

Art. 24. O Poder Público organizará um cadastro nacional de informações sobre a prática da Reprodução Assistida em todo o território, com a finalidade de organizar estatísticas e tornar disponíveis os dados sobre o quantitativo dos procedimentos realizados, a incidência e prevalência dos efeitos indesejados e demais complicações, os serviços de saúde e os profissionais que a realizam e demais informações consideradas apropriadas, segundo se dispuser em regulamento.

Art. 25. A Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 8º-A:

“Art. 8º-A. São vedados, na atividade com humanos, os experimentos de clonagem radical através de qualquer técnica de genetechnologia.”

Art. 26. O art. 13 da Lei nº 8.974, de 1995, passa a vigorar acrescido do seguinte inciso IV, renumerando-se os demais:

“Art. 13.

.....
IV – realizar experimentos de clonagem humana radical através de qualquer técnica de genetechnologia;

.....” (NR)

Art. 27. Esta Lei entra em vigor 180 (cento e oitenta) dias a partir da data de sua publicação.

Senado Federal, em de junho de 2003

Senador José Sarney

Presidente do Senado Federal

ANEXO III

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 HENRIQUE BATISTA E SILVA

Presidente 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.