



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

ANA MARIA MACIEL BITTENCOURT PASSOS

**DIREITO À FILIAÇÃO E INSEMINAÇÃO POST MORTEM:
UMA SOLUÇÃO À LUZ DO DIREITO POSITIVO BRASILEIRO**

**Salvador
2009**

ANA MARIA MACIEL BITTENCOURT PASSOS

**DIREITO À FILIAÇÃO E INSEMINAÇÃO *POST MORTEM*:
UMA SOLUÇÃO À LUZ DO DIREITO POSITIVO BRASILEIRO**

Dissertação apresentada no Curso de pós-graduação em Direito, Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre.

Orientador: Dra. Mônica Neves Aguiar da Silva.
Co-orientadora: Dra. Maria Auxiliadora Minahim.

**Salvador
2009**

Ficha catalográfica

P289 Passos, Ana Maria Maciel Bittencourt
 Direito à filiação e inseminação *post mortem*: uma solução á
 luz do direito positivo brasileiro / Ana Maria Maciel Bittencourt
 Passos. – Salvador, 2009.
 122 f.

 Orientadora: Profa. Dra. Mônica Neves Aguiar da Silva.
 Co-orientadora: Profa. Dra. Maria Auxiliadora Minahim.
 Dissertação (mestrado) – Universidade Federal da Bahia.
 Faculdade de Direito, 2009.

 1. Bioética. 2. Direito e biologia. 2. Inseminação post mortem
 I. Silva, Mônica Neves Aguiar da. II. Minahim, Maria Auxiliadora.
 III. Universidade Federal da Bahia. Faculdade de Direito. IV.
 Título.

CDD: 174.2

TERMO DE APROVAÇÃO

ANA MARIA MACIEL BITTENCOURT PASSOS

DIREITO À FILIAÇÃO E INSEMINAÇÃO *POST MORTEM*: UMA SOLUÇÃO À LUZ DO DIREITO POSITIVO BRASILEIRO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação – Mestrado em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em direito na linha de pesquisa aspectos jurídicos da biotecnologia, pela seguinte banca examinadora:

Profa. Dra. Mônica Neves Aguiar da Silva – Orientador – Presidente:

Doutora em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Prof^a. Dra. Maria Auxiliadora Minahim – Co-orientadora – Vice - presidente:

Doutora em Direito Penal, Universidade Federal do Rio de Janeiro

Prof^a. Dra. Valéria Silva Galdino Cardim – Membro :

Doutora em Direito.

Salvador, 10 de agosto de 2009.

À minha mãe, (*in memoriam*),
que não sendo a biológica,
com muito afeto, ensinou-me
a dar os primeiros passos, na vida.

Aos meus filhos,
Roosevelt Neto, Rosana e Renata,
a quem reneguei um tempo precioso,
em busca desta realização.

A Roosevelt,
que esteve ao meu lado,
compartilhando dos meus sonhos.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pela minha inspiração, por ter-me concedido o potencial de concretizar mais uma conquista na minha vida, e por colocar em meu caminho pessoas que me auxiliaram e apoiaram nesta jornada.

À minha orientadora, Doutora Mônica, que acreditou em mim e encorajou-me para o início deste percurso. Minha gratidão e meu carinho.

À minha co-orientadora Doutora Maria Auxiliadora pela confiança, leitura e conselhos. Meu agradecimento e admiração.

Aos profs. Washington, Nelson, Rodolfo, e Roxana, meu agradecimento especial, por suas observações, empenho e pela dedicação com que me orientaram, tornando possível a realização desta Dissertação.

Aos meus colegas de curso, que promoveram a força, e não admitiram que eu desistisse, quando a saúde não me permitia continuar.

A todos os amigos que me ajudaram, aqui, peço licença para agradecer-lhes, em nome de meus colegas e amigos Cláudio, Denise, Vicente, Dyane e Jorge, que me incentivaram a concluir o curso de Mestrado, essencial para o desenvolvimento da carreira dentro da UNEB.

À Jéssica, Gabriel, Vadinha, Quito, Leila e Bel pelo apoio e compreensão.

A Dinda, Dindo, Nélia, Nilza, Chica, e a minha sogra Noélia pelas orações.

Aos funcionários da secretaria do Mestrado da UFBA, em especial, Luíza, Jovino, e Pedro a minha gratidão pela disponibilidade e apoio.

Por fim, mais uma vez, agradeço a todos aqueles que estiveram presentes nesta caminhada na certeza de que estaremos juntos para sempre.

RESUMO

A presente monografia objetiva discutir o direito à filiação e à inseminação artificial *post mortem*. A partir desse escopo, identifica-se como alguns países começaram a se preocupar com o destino do material coletado para inseminação artificial, especialmente após a morte do doador. Analisa-se, de início, porque a bioética não pode pretender ser uma disciplina à parte das demais – que lhe deram origem, e que continuam a dar-lhe solidez. Será também exposto como é possível, através da manipulação em laboratório, a concepção de filhos, sendo porém o processo aceitável de modo legalmente restritivo. Analisa-se, ainda, como se faz necessário que partes envolvidas no processo observem princípios norteadores da bioética (autonomia, beneficência, não-maleficência e justiça); expõe-se e conclui-se como os profissionais que lidam com reprodução humana assistida devem cercar-se de todos os cuidados médicos e legais, a fim de que os reflexos futuros de suas ações estejam amparados por leis, e sejam aqueles esperados pelos participantes, não só médicos como pacientes

Palavras-Chave: Bioética; Dignidade; Inseminação *post mortem*.

ABSTRACT

The main purpose of this dissertation is to discuss the right to familial relationship and to post mortem artificial insemination, in which many countries are concerned about the fate of the material collected for artificial insemination; especially after the death of the donor. It will be demonstrated that Bioethics cannot be considered a standalone discipline when compared to other disciplines that also support and continue to give strength to the above mentioned subject. In addition, it is possible, in the laboratory, through manipulation, the conception of children, but it is only acceptable in some cases. However, it is necessary that the parties comply with the principles of bioethics, which are: the autonomy, beneficence, non-maleficence and justice. Moreover, it will be discussed that the professionals that deal with assisted human reproduction should be aware of all the medical and legal consequences for the sake of those expected and that they are supported by the participants, not only physicians but also patients.

Keywords: Bioethics; Dignity; *Post mortem* insemination.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E BIOÉTICA	16
2.1	BREVE ESCORÇO SOBRE A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	16
2.2	CONTRIBUIÇÃO DA BIOÉTICA PARA ANÁLISE DO PROBLEMA	23
2.2.1	O campo da Bioética	24
2.2.2	Contextualização histórica da Bioética	28
2.2.3	Princípios norteadores da Bioética	33
3	BIOÉTICA E DIREITO	37
3.1	INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL: ESCLARECIMENTOS TÉCNICOS	39
3.2	LIMITES AO PROCEDIMENTO	44
4	O NOVO DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO	49
4.1	PRINCÍPIOS DO NOVO DIREITO DE FAMÍLIA	52
4.1.1	Relação de parentesco	54
4.1.1.1	Vontade como fundamento da relação de parentesco	55
4.2	FILIAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO	58
4.2.1	Critério legal	63
4.2.2	Critério Biológico	64
4.2.3	Critério Sócio Afetivo	65
5	A INSEMINAÇÃO <i>POST MORTEM</i> NO DIREITO BRASILEIRO	68
5.1	A INSEMINAÇÃO <i>POST MORTEM</i> NO DIREITO DE FAMÍLIA	70
5.2	A PROTEÇÃO DA PESSOA GERADA POR INSEMINAÇÃO <i>POST MORTEM</i> NO DIREITO DE FAMÍLIA E NO DIREITO SUCESSÓRIO	77

6	CONCLUSÃO	80
	REFERÊNCIAS	88
	ANEXOS	92
	ANEXO A: DECLARAÇÃO UNIVERSAL SOBRE BIOÉTICA E DIREITO HUMANOS	92
	ANEXO B: PORTARIA Nº 426/GM EM 22 DE MARÇO DE 2005.	99
	ANEXO C: PORTARIA Nº 388 DE 06 DE JULHO DE 2005	103

1 INTRODUÇÃO

O desenvolvimento tecnológico e científico tem adquirido proporções incríveis nas últimas décadas, principalmente, nas áreas de genética, com equipamentos e técnicas sofisticadas e novas, obrigando a sociedade a refletir, no campo da filosofia, especialmente nas disciplinas da ética, da moral e da metafísica, para descobrir as circunstâncias indispensáveis para uma gerência comprometida da vida humana, em geral, e da pessoa, em particular, a fim de buscarem-se garantias para que esse desenvolvimento comprometa-se com a proteção da pessoa.

Ao lado dessas mudanças, verificou-se um processo de questionamento ético e jurídico aprofundado, iniciado com a tragédia do holocausto ocorrido na Segunda Guerra Mundial, quando o mundo ocidental chocou-se com as práticas abusivas de médicos nazistas, que afrontaram a dignidade da pessoa humana.

Desde então, estudiosos têm-se questionado se a ciência é mais importante que o homem; se o progresso técnico deve ser controlado e acompanhado pela consciência da humanidade sobre os efeitos que eles podem ter no mundo e na sociedade, para que novas descobertas e suas aplicações não fiquem sujeitas a interesses que não tenham por fim a proteção do ser humano.

Questões sobre as quais não existe consenso moral, como a fertilização *in vitro*, o aborto, a eutanásia, a clonagem e os transgênicos, obrigam-nos a considerar se deve haver uma responsabilidade moral dos cientistas, em suas pesquisas, e em suas aplicações, mormente no que concerne à inviolabilidade do direito à vida digna, e a consideração do ser humano como um fim em si mesmo.

A Biotecnologia surgiu para descortinar possibilidades, antes impensadas, sobre a intimidade de processos biológicos, que se imaginava fora do alcance humano. Todavia, esses processos biológicos trouxeram consigo um sem-número

de questões eticamente importantes a respeito dos métodos e produtos da biotecnologia.¹

O aumento do uso da reprodução assistida não se deve apenas ao fato da infertilidade humana, outro ponto observado foram algumas situações novas, vivenciadas pelas clínicas de reprodução assistida, quais sejam:

- paciente adético que deseja ter filho, mas não pode correr riscos numa relação sexual;
- portador de câncer;
- homossexuais.

A reprodução assistida é a técnica utilizada para unir os gametas – feminino e masculino –, fora do corpo humano, formando um embrião que posteriormente será introduzido no útero.

Além da fecundação assistida, temos a inseminação artificial, que pode dar-se de duas maneiras: homóloga ou heteróloga. A primeira, cujos doadores formam um casal, não fere os princípios da Moral e do Direito, por isso é socialmente aceita. A segunda, levanta polêmica porque envolve várias pessoas, ao mesmo tempo, porque é extraconjugal. A inseminação e a Fecundação Assistida são homólogas quando o sêmen e o óvulo são fornecidos pelo próprio casal demandante; e são heterólogas quando há participação de terceiro(a) ou de demais doadores.

Feitas estas breves considerações acerca da reprodução assistida, necessário trazer o questionamento e a preocupação principal, objeto do estudo da presente Dissertação: a inseminação da mulher, após o falecimento do seu marido ou companheiro, oriunda da utilização de embriões crioconservados *in vitro*, gerados por sêmen coletado em vida do doador. Posto isto, indaga-se:

- Deve ser juridicamente admitido este procedimento de inseminação *post mortem*?

¹CARNEIRO, Valnêda Cássia Santos. *Filiação e Biotecnologia: questões novas na tutela jurídica da família*. Salvador: Romanegra, 2008. p. 60 et seq.

- Havendo inseminação *post mortem*, como se dá a tutela jurídica do feto gerado por essa implantação?
- Como resguardar a dignidade dessa pessoa gerada por inseminação *post mortem*?
- Nos casos de inseminação *post mortem*, como ficam as relações de parentesco?
- Quais os direitos do nascido por inseminação *post mortem*?

Estas indagações levam à questão central que foi objeto desta pesquisa sobre DIREITO À FILIAÇÃO E INSEMINAÇÃO *POST MORTEM*:

UMA SOLUÇÃO À LUZ DO DIREITO POSITIVO BRASILEIRO – qual é o tratamento jurídico atribuído aos seus efeitos?

Ora, o conjunto dessas indagações, levam à questão central desta Dissertação: os direitos da criança e a proteção da dignidade da pessoa humana, que se mostram inobservados ante a utilização das técnicas de reprodução assistida. Isto porque a preocupação dos especialistas destas técnicas, reside em atender a um desejo do paciente; consiste na realização de um sonho, entretanto, restam esquecidos o direito e a dignidade do terceiro envolvido: a criança (embrião), resultado da técnica utilizada.

Diante dessas questões, a principal hipótese do presente trabalho é a de que nosso ordenamento jurídico não incentiva a inseminação *post mortem* por ser um procedimento cujos resultados parecem afrontar preceitos ético-jurídicos, atinentes à proteção da pessoa humana, da criança e do adolescente e à segurança jurídica dos efeitos sucessórios.

Aliás, cumpre esclarecer ser esta a posição jurídica do direito civil constitucional brasileiro, que se centra na dignidade da pessoa humana, que estaria fragilizada ao conceber-se uma pessoa, que desde o início, sabe-se, estaria fadada à inexistência ao direito da paternidade e à convivência familiar.

Além disso, segundo lição kantiana, a perspectiva de exclusão de direitos àquele concebido e gerado mediante fecundação artificial *post mortem*, violaria, repise-se, o princípio constitucional de dignidade da pessoa humana, o princípio de

melhor interesse da criança. Afinal, a dignidade possui valor inestimável, é indisponível.

Tem-se ainda que a doutrina, ao debruçar-se sobre o direito sucessório daquele concebido por inseminação artificial *post mortem*, é dizer, gerada depois do falecimento dos progenitores biológicos, acredita ter sido gerada uma situação anômala. Isto porque a criança assim gerada não poderia herdar de seu pai, porque no momento da abertura da sucessão não estava ainda concebida. Ou seja, apesar da existência do vínculo de paternidade, esta criança não teria o direito à herança².

Partindo do pressuposto de que, para os casos nos quais há inseminação *post mortem*, no que se refere ao direito à filiação, deve haver limites para o procedimento dos métodos de reprodução assistida, pretende-se, com a presente Dissertação responder às seguintes questões:

1. Como sustentar a ideia de efetivo respeito ao sujeito moral (ético), senão reconhecendo a existência de outros iguais a ele, merecedores do respeito à integridade psicofísica de que é titular.

2. É possível pugnar pela garantia de que esse sujeito faz parte do grupo social, e embora não expressando ainda vontade, nem autodeterminação, deve ser garantido que essa pessoa não venha a ter seus direitos violados.

Procurou-se fixar o âmbito da pesquisa, com o exame da relação pais e filho, tomando este sujeito, num sentido estrito, como aquele que necessita de cuidados e respeito essenciais à pessoa, com características e sentimentos que o distinguem dos demais seres. Este respeito que não nasce do estado da pessoa, nem de outros qualificativos jurídicos, nem de um contrato, nem de declaração de vontade, não está ligado aos papéis ou atividade que a pessoa desempenhe e, muito menos, tem a ver com a relação de capacidade.

²ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. Fecundação artificial *Post Mortem* e o Direito sucessório. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 5., 2006, São Paulo. **Anais...** São Paulo: IOB Thomson, 2006. p. 173.

Deixou-se de lado, dessa forma, a filiação advinda de inseminação artificial de estrutura biparental, nas quais existe triangulação completa da família.

Em segundo lugar, almeja o presente estudo destacar que a dignidade da pessoa humana é alicerce da bioética.

Trata-se de uma abordagem de cunho interdisciplinar, conjugando conceitos de biologia, medicina, psicologia, filosofia, religião e direito, adotando-se, eminentemente, os métodos da pesquisa bibliográfica e documental.

Para alcançar o objetivo acima proposto, faz-se menção à questão da evolução tecnológica, tendo em vista a estreita relação que é estabelecida entre os avanços tecnológicos e a possibilidade de violação aos direitos tradicionais de filiação existentes, destacando-se “em caso de inseminação póstuma”.

O tema tem como entusiasmo criador inicial a leitura do princípio constitucional fundamental, o qual inspirou a conjugação dos interesses que serão analisados nesta Dissertação.

Assim, esta Dissertação, tem início com a análise sobre a dignidade da pessoa humana e a Bioética, desde a perspectiva histórica sobre a dignidade da pessoa humana, a contribuição da Bioética para análise do problema, o campo da Bioética, sua contextualização histórica, até fazer-se uma análise sobre os princípios a norteiam (Capítulo 2).

Em seguida, ruma-se para a caracterização da Bioética e Direito, trazendo à colação esclarecimentos técnicos acerca da inseminação artificial e da fertilização *in vitro*, e demonstrando como é conservado e qual a destinação dada aos embriões *in vitro* (Capítulo 3).

Delineadas tais ideias, procura-se corroborar a importância e a pertinência da abordagem relativa ao respeito ao novo direito de família brasileiro, os princípios desse novo direito, a relação de parentesco, a filiação, como essa questão é tratada na legislação nacional, examinando-se as modalidades de filiação através dos critérios legal, biológico e socioafetivo, para abordar o direito à filiação e a inseminação póstuma (Capítulo 4).

A inseminação *post mortem* no Direito Brasileiro, nos ramos do direito de família e direito sucessório, é abordada no capítulo 5, que explana também como o direito busca proteger a pessoa gerada através da inseminação *post mortem*.

Diversos fatores históricos foram tornando a aproximação entre os dois campos do saber uma necessidade de ordem prática. E percebeu-se que, ante a indefinição jurídica no que concerne à manipulação de embriões, é que deu-se margem a discussões sobre o momento inicial da vida e a sua inviolabilidade.

Foi importante o reconhecimento da saúde como direito de todos, na afirmação histórica dos direitos humanos, com a Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS) – em 1946. Direito fundamental na Constituição de 1988, com o conseqüente incremento do papel a ser desempenhado pelo Estado, decorrendo a necessidade da disciplina jurídica dessa atuação e a regulação do dever estatal.

Fator também importante é o avanço da biotecnologia, colocando, aos distintos ramos do Direito, problemas a exigir um tratamento inovador. O direito se defronta com uma multiplicidade de temas sobre a questão da saúde que têm necessidade de tutela normativa.

A questão jurídica não se resolve meramente sob ponto de vista dogmático jurídico. Pelo contrário, envolve a necessidade do olhar ético ou bioético, econômico, social, político e sanitário estrito senso. As concepções disciplinaridade, interdisciplinaridade ou transdisciplinaridade, devem ser entendidas como instrumentos postos ao pensamento científico, objetivando entender que os critérios jurídicos para soluções de problemas ligados à saúde envolvem também considerações de ordem política, social, e ética.

Restou evidenciado que o alicerce da bioética é a dignidade da pessoa humana, princípio constitucional a ser protegido e evocado para amparar a criança, resultado da inseminação póstuma.

2 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E BIOÉTICA

Não há que se falar em bioética sem preliminarmente fazer a abordagem acerca da dignidade da pessoa humana, preceito constitucional amparado pela Carta Magna vigente. Os princípios constitucionais devem servir de alicerce à bioética, pois só assim estariam em vigência a autonomia, a beneficência, a não-maleficência e a justiça, princípios basilares de uma corrente dessa disciplina tão conflituosa e discutida no âmbito jurídico, moral e social.

A história da ética caminha, desde a sua origem, ao lado da história das ideias de dignidade, igualdade e justiça, e o respeito a essas garantias identifica a bioética com os Direitos Fundamentais, encartados na Constituição Federal, de 1988, sob os quais devem ser analisadas as aplicações biomédicas envolvendo seres humanos.

A dignidade humana não é um conceito jurídico, como o de direito subjetivo; tampouco político, como o de democracia, mas uma construção filosófica para expressar o valor intrínseco da pessoa humana, derivada de uma série de traços que a tornam única. A pessoa é um fim que não tem preço, nem pode ser utilizada como meio, justamente por todas as possibilidades adstritas à sua própria condição de ser humano.

A dignidade humana, modelo ético contém princípios que são a tradução normativa dos grandes valores da convivência humana, razão pela qual, compreende-se por que a concepção de dignidade é tão cara para a bioética.

2.1 BREVE ESCORÇO SOBRE A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A priori, verifica-se que a dignidade humana, abordada como valor absoluto, privilegia o indivíduo, em sua perpétua contraposição com a sociedade. Observada como princípio, necessariamente relativiza-se: a dignidade de cada um limita-se pela igual dignidade dos demais. Do mesmo modo, em termos absolutos, não pode haver

opção entre indivíduo e sociedade. É necessário optar pelos dois, ou seja, buscar uma solução de compromisso. A sociedade decorre da própria natureza do Direito, que diz respeito ao homem, mas enquanto ser social.

A pluralidade humana tem duplo aspecto: o da igualdade e o da diferença. Ora, por serem iguais, os homens são capazes de compreender-se entre si e aos seus ancestrais, e de prever as necessidades das gerações futuras. Por serem diferentes, os homens não dispensam o discurso ou a ação para se fazerem entender, pois com simples sinais e sons poderiam comunicar suas necessidades imediatas e idênticas. Entretanto, os homens se comunicam uns com os outros através da ação e do discurso. É dizer, através das palavras e dos atos é que o homem se insere no mundo humano. É através do discurso e da ação que a singularidade do ser humano é traduzida.

Estendendo-se a abordagem acerca da dignidade da pessoa humana, cumpre esclarecer que só com o advento da Constituição Federal de 1988, o respeito à dignidade da pessoa humana, diga-se, fundamento imperativo categórico kantiano, tornou-se comando jurídico no Brasil, como já havia ocorrido em outras partes do mundo.

Este preceito constitucional objetiva à garantia do respeito e à proteção da dignidade humana, alcançando todos os setores da ordem jurídica.

Aliás, este como bem dito por Velázquez (2004) *in verbis*:

[...] la dignidad resulta ser un elemento central en la concepción moral basada en los derechos humanos; nos encontramos, sin embargo, que la dignidad sigue siendo una noción encerrada en sí mismo Y arrastra consigo presupuestos metafísicos como la idea de “fin en sí”. El concepto fundamental sobre el que Kant edifica su famosa formulación del imperativo categórico el de “fin en sí mismo”. (...) El hecho de que sea tan celebrada esta fórmula no radica ni en el concepto de razón ni en el concepto (si es que siquiera un concepto) de fin en sí mismo. (VELÁZQUEZ, 2004.)³

³ VELÁZQUEZ, José Luis et al. Estudios Interdisciplinarios. In: ACTAS DE LAS REUNIONES DE LA ASOCIACION INTERDISCIPLINAR JOSE DE A. COSTA, 30., 2004. *Anais...* Madrid: Comillas, 2004.

A dignidade tornou-se, ao mesmo tempo, um desígnio e uma orientação normativa, como também o princípio básico de uma moralidade moderna. Nesta acepção, oportuna a conceituação jurídica da dignidade da pessoa humana apontada por Sarlet (2008)⁴, oferecida sob o aspecto ontológico e instrumental:

[...] temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (SARLET, 2008).

Portanto, ligado ao fundamento material da dignidade surge o princípio da dignidade, que no proferir de Borges (2007)⁵:

[...] enquanto princípio básico do ordenamento jurídico aproxima-se das noções de respeito à essência da pessoa humana, respeito às características e sentimentos da pessoa humana, distinção da pessoa humana em relação aos demais seres (BORGES, 2007).

E mais adiante a mesma autora⁶ acrescenta que:

[...] a dignidade da pessoa humana não depende de estado nem outros qualificativos jurídicos, não nascem de um contrato nem de declaração de vontade, não está ligada aos papéis ou atividade que a pessoa desempenha, não tem relação com a capacidade (BORGES, 2007).

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

⁵ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva, 2007.

⁶ Id., *Ibidem*.

É dizer, no Brasil, país cujo andamento constitucional foi bastante perturbado e cuja realidade política esteve sempre sob o jugo de períodos ditatoriais poucas vezes atenuados, o ideal de proteção da dignidade da pessoa humana somente foi reconhecido formalmente na ordem positiva com a promulgação da Constituição de 1988.

A chegada da atual Constituição foi louvável, tanto em razão de seus nobres objetivos quanto por sua natureza de inspiração democrática. O texto constitucional consagrou o valor da dignidade da pessoa humana como princípio máximo e o elevou a uma categoria superlativa em nosso ordenamento, na qualidade de norma jurídica fundamental.

Verifica-se que existe uma importante articulação entre valores morais e valores jurídicos voltada para a consagração do princípio da dignidade da pessoa humana.

Se for mesmo admissível que um dia, ultrapassadas as diferenças superficiais, toda a humanidade convirja para um vértice comum, início de um novo caminho conjunto, é também muito provável que o fundamento deste vértice de convergência seja a defesa da dignidade do homem.

Tem-se que essa dignidade é algo imanente ao ser humano. Quem sabe uma das poucas características comuns e essenciais presentes nas mais antagônicas culturas, religiões ou instituições humanas seja o próprio homem, que, mesmo submetido a diferentes circunstâncias externas, preserva ainda sua essencialidade comum, constituída por sua consciência, seus medos, suas virtudes, seus defeitos e, principalmente, suas necessidades.

Apesar de toda estrutura filosófica, moral e jurídica para a proteção do homem, a história demonstrou que, desde a Antiguidade oriental até os tempos atuais, nem sempre houve de fato o primado do ser humano sobre todos os outros interesses.

Exclusivamente com a efetiva superação de todos esses fatores degradantes da condição humana é que poderia ser alcançado o patamar da plenitude da humanidade. O caminho para a comunhão da humanidade passa necessariamente pela preservação da dignidade do homem.

Porém, o manancial mais manifesto de problemas novos, ainda que, não mais simples de resolver, relaciona-se com os problemas éticos ligados à vida humana e às ciências da vida.

Nesta conjuntura, cabe salientar que à Bioética incumbe o papel fundamental de ligação entre o progresso científico e o respeito à dignidade humana, fazendo sobrelevar os interesses do homem/paciente sobre os interesses da ciência, alicerçado nos valores éticos, haja vista a tendência imediatista da pesquisa científica, caracterizada pela conveniência financeira e situacional (vulnerabilidade dos países em desenvolvimento). Enfim, compete à Bioética o difícil desempenho de conduzir o conflito, cujo êxito depende espontaneamente de dois pilares morais: a consciência do pesquisador e a fidedignidade do pesquisado.

Entretanto, entre estas questões especificadas no presente estudo, mais precisamente sobre o direito à filiação e inseminação *post mortem* é que se apresenta o Homem, a ciência e a bioética.

O homem é o único ser da era da biotecnologia que intervém no processo da natureza. As novas tecnologias podem proporcionar ao homem um grande poder. A nova revolução tecnológica, a biotecnologia, permite agir sobre o que antes era considerado inatingível, imutável, permite agir sobre o próprio homem. O objeto de estudo e manipulação são as células da própria vida. O homem pode se modificar. Técnicas de reprodução assistida permitem a manipulação do homem sobre o próprio homem. O avanço científico é a esperança de melhor qualidade de vida, mas desperta contradições éticas. São os chamados direito de quarta geração, os direitos do homem frente aos avanços tecnológicos, frente à sociedade onde a biotecnologia modificou.

Quando se fala em avanços tecnológicos e em pesquisas científicas, a tendência moderna tem centrado como elemento principal o ser humano, suas

necessidades e interesses. Mas nem sempre foi assim. Em prol do desenvolvimento da ciência e da medicina, muitas atrocidades foram cometidas, tendo sido os seres humanos meros objetos de manipulação (coisas), restando à ética o papel de respaldar os interesses morais de alguns poucos envolvidos.

A visão clássica e autoritária da medicina cedeu espaço para um novo enfoque: o conhecimento biológico associado a valores humanos. Van Potter, em 1971, quando escrevera "*Bioética: Uma ponte para o futuro*" propunha a democratização do conhecimento científico com base na vigilância ética, voltada para o respeito aos seres humanos.

O mundo social bifurcou-se em dois valores distintos: o preço atribuído às coisas e a dignidade atribuída às pessoas. Sendo assim, o imperativo categórico kantiano ganhou força na modernidade, impulsionado pelas Declarações Internacionais dos Direitos Humanos e pelas constituições cidadãs, segundo as quais o ser humano passa a ser visto não mais como um meio, e sim como um fim em si mesmo. Isto se reflete no cenário científico e revoluciona a Bioética: a ciência deverá desenvolver-se estritamente em prol do bem-estar do homem tendo como parâmetro valores éticos universais.

Sarlet (2008) assegura que assume particular relevância a constatação de que a dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais e, no nosso sentir, da comunidade em geral, de todos e de cada um, condição dúplice esta que também aponta para uma paralela e conexa dimensão defensiva e prestante da dignidade. Como limite, a dignidade implica não apenas que a pessoa não pode ser reduzida à condição de mero objeto da ação própria e de terceiros, mas também o fato de que a dignidade gera direitos fundamentais (negativos) contra atos que violem ou a exponham a graves ameaças.

A dignidade tornou-se um pressuposto e uma orientação normativa e também o princípio básico de uma moralidade moderna. Oportuna a conceituação jurídica da dignidade da pessoa humana apontada por Sarlet (2008)⁷, em sua obra "*Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*", apresentada sob a perspectiva ontológica e instrumental:

⁷ SARLET, op. cit..

[...] temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.(SARLET, 2008.)

Relevante salientar que o respeito à dignidade da pessoa não se restringe ao ser humano enquanto indivíduo, mas o considera em toda a sua dimensão – o corpo e suas partes, desde o embrião ao cadáver, essa dignidade deve ser resguardada quando se trata de expor o homem a descobertas científicas.

Quando se declara ser a dignidade um atributo inerente à pessoa humana, através da qual se irá “[...] *propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos*” (ANDORNO, 1998)⁸ *a priori*, parece que uma boa parte dos seres humanos não seria alcançada por estes atributos, dentre os quais o feto, porque seres fetais, embora indiscutivelmente dignos, dificilmente terão participação ativa e co-responsável nos destinos da sua própria existência.

Considerando que o presente trabalho centra-se na pesquisa científica em seres humanos com enfoque na dignidade, relevante salientar que o progresso biocientífico tem trazido grandes benefícios ao homem, com os bens e serviços a ele disponibilizados, no sentido de melhoria de qualidade de vida. No entanto, como alerta Andorno (1998)⁹, é necessário discernir o “[...] *progreso verdadero del progreso aparente*”, sendo de extrema importância distinguir “*lo que personaliza al hombre de lo que lo despersonaliza*, “[...] *lo que le hace más libre de lo que le hace*

⁸ ANDORNO, Roberto. *Bioética Y Dignidad de la persona*. Madrid: Editorial Tecnos S.A., 1998.

⁹ Id., *Ibidem*.

más esclavo [...]”, pois é inegável que a nova tecnologia serve forçosamente ao desenvolvimento da personalidade humana (ANDORNO, 1998)¹⁰.

Ora, o que se percebe, em última análise, é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (ter direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças.

2.2 CONTRIBUIÇÃO DA BIOÉTICA PARA ANÁLISE DO PROBLEMA

Inicialmente, de forma ampla, é necessário importar que a ética prática compreende um campo muito extenso. Assim sendo, Beauchamp e Childress (2002)¹¹ indicam que:

Ética é um termo genérico para várias formas de se entender e analisar a vida moral. Algumas abordagens da ética são normativas (isto é apresentam padrões de ações boas ou más), outras são descritivas (relatando aquilo em que as pessoas acreditam e como elas agem) e outras, ainda, analisam os conceitos e os métodos da ética. (BEAUCHAMP; CHILDESS, 2002,).

Portanto, a ética apresenta-se como uma característica inerente a toda ação humana e, por esta razão, é um elemento vital na produção da realidade social. Todo homem possui um senso ético, uma espécie de "consciência moral", e está

¹⁰ Id., Ibidem.

¹¹ BEAUCHAMP, Tom L. ; CHILDESS, James F. *Princípios de Ética Biomédica*. São Paulo: Loyola, 2002..

constantemente a avaliar e julgar suas ações para saber se são boas ou más, certas ou erradas, justas ou injustas.

Neste sentido, observa-se que existem sempre comportamentos humanos classificáveis sob a ótica do certo e errado, do bem e do mal.

Embora relacionadas com o agir individual, essas classificações sempre têm relação com as matrizes culturais que prevalecem em determinadas sociedades e contextos históricos.

2.2.1 O campo da Bioética

Adentrando no tópico destinado às argumentações da Bioética, tem-se que as publicações acerca do tema sob o enfoque em tela são cada vez mais numerosas. Aliás, cumpre esclarecer que os debates acerca dos problemas éticos postos pelas novas ciências biomédicas foram, pouco a pouco, dando forma ao novo campo de estudo, intitulado bioética.

A bioética é definida da seguinte forma pela *Encyclopedia of Bioethics* (2003):

O estudo sistemático das dimensões morais – incluindo a visão moral, as decisões, as condutas e as políticas – das ciências da vida e do cuidado da saúde, usando uma variedade de metodologias éticas num contexto interdisciplinar.(ENCYCLOPEDIA, 2003)¹²

Na bioética é possível encontrar uma multiplicidade de teorias e paradigmas teóricos e uma pluralidade de metodologias de análise.

¹² ENCYCLOPEDIA of Bioethics. 3. ed. [S.l.]: MacMillan, 2003.

Assim como o Direito demanda o conhecimento de outras áreas do saber, estas mesmas áreas demandam o conhecimento das formas jurídicas de obtenção do consenso, de solução dos conflitos, de interpretação da vontade em um ordenamento, aspectos característicos da disciplina do Direito.

Temos o campo da interdisciplinaridade e da transdisciplinaridade, em que os diferentes departamentos do saber são, a um só tempo, contribuintes e beneficiários recíprocos.

Para Andorno¹³ a Bioética:

[...] es una simple casuística de los dilemas planteados por las biotecnologías, sino que es una disciplina sistemática, dotada de un objeto propio y caracterizada por una aproximación particular de ese objeto. La preocupación central de la bioética consiste en que los desarrollos biomédicos estén en armonía con la dignidad de cada ser humano.

O biólogo e oncologista americano Potter concebeu a Bioética como uma nova disciplina, mas pouco tempo depois, uma abordagem mais incisiva da disciplina foi feita pelo obstetra holandês Hellegers, que combinaria os conhecimentos biológicos com o conhecimento dos sistemas de valores humanos.

Relevante para a Bioética a admissibilidade de manipulação em laboratório para concepção de filhos, sendo aceitável apenas nos seguintes casos: casais heterossexuais, com uma relação estável, por razões médicas, em situações de infertilidade e/ou esterilidade, sendo sua finalidade a de tentar obter a concepção de um ser humano quando alterações aos mecanismos fisiológicos da reprodução não o permitem pelos meios naturais.

A manipulação de gametas para a geração de seres humanos, ocorrida através do grande avanço científico, traz consigo indagações éticas, religiosas, morais, sociais e jurídicas sobre os direitos e condições sociais dos filhos nascidos através das técnicas laboratoriais.

¹³ ANDORNO, 1998.

Porém, o nascimento da Bioética não teria ocorrido sem o contexto dessa nova cultura da autonomia e da igualdade. Os avanços científicos e a faculdade de uma nova medicina, por si sós, não teriam bastado. Por isso, é indispensável unir ambos os polos, a tecnologia e a nova cultura moral da autonomia e da igualdade, para dar à luz a moderna Bioética.

Destarte, a Bioética brota como uma nova expressão do Humanismo, isto é, como uma nova modalidade de valorização e proteção do Humano. Simultaneamente, estuda também os problemas que esse progresso suscita, quer ao nível microssocial, quer ao nível da sociedade global, e as repercussões que esse progresso tem sobre a sociedade e seu sistema de valores. É, porquanto, uma troca de saberes que enfrentando a vida numa perspectiva ética questiona o sentido do progresso, quando confrontado com a dignidade da pessoa.

De fato, o progresso dos conhecimentos científicos é um bem. Concebe uma resposta do homem ao apelo que lhe está inerente de ser co-criador do mundo. Reconhecer, averiguar, interrogar-se sobre a origem das coisas e de si próprio faz parte do exercício da liberdade que integra a essência da humanidade.

Cumprе observar que a legislação brasileira ainda é muito incipiente, deixando uma grande lacuna nas questões do uso e avanços da biotecnologia e manipulação genética, criando um ambiente favorável para a proliferação de dúvidas quanto ao ato jurídico do processo de investigação da filiação, quando o fato foge dos meios convencionais de reprodução.

A Bioética poderá ser, no futuro, a verdadeira ciência da preservação da identidade do Homem e da sobrevivência da vida, se persistir em ser uma ética, um aprofundamento do sentido do bem ou do dever na ação humana. Assim sendo, não se pode prescindir da Bioética, sob o risco de sucumbir-se frente aos novos poderes e danos demitidos do nosso destino.

Se não se tiver presente esta perspectiva, o progresso científico pode conter o gérmen de uma corrosão interna, que acabará certamente por desvirtuar o próprio Homem. Isto só não acontecerá se ele se mantiver a serviço da vida Humana,

considerada não unicamente como vida biológica, mas como vida relacional e por isso vida da pessoa.

Mister se faz ressaltar a presença da Bioética na aplicação envolvendo seres humanos. A Bioética é fruto do montante de acontecimentos sociais, políticos e tecnológicos que impulsionaram o revigoramento da ética normativa e aplicada até então, inserindo no contexto moral o debate, a diversidade de opiniões, o respeito pela diferença e o pluralismo moral. Especificamente no campo biológico, as novas tecnologias voltadas para a melhoria da qualidade de vida nas sociedades, a abertura gradual da medicina com intercâmbio em outras profissões e a tendência crescente pela especialização são aspectos que alteram profundamente o conteúdo ético da biomedicina.

Portanto, partindo deste contexto, surge à Bioética apresentando-se através de uma atuação mais contundente no sentido de restringir as barbaridades cometidas em seres humanos vulneráveis em sua dor e informação, afastando a premissa de que, em prol do desenvolvimento científico, deve-se submeter o ser humano a qualquer forma de tratamento, ainda que degradante. Compete à Bioética a inserção de valores éticos e a garantia de interesses de grupos e indivíduos socialmente vulneráveis.

Essa circunstância a ser enfrentada pela Bioética referente à situação de vulnerabilidade, ou até mesmo situações de interferência nas decisões envolvendo pessoas com capacidade diminuída, que anulam seu exercício de autonomia, é onde a Bioética assume uma dimensão peculiar, em face das limitações que acabam por reduzir não só a autonomia do sujeito da pesquisa, como também evidenciar uma forte tendência ao desrespeito à dignidade humana.

No Brasil, é recente a existência de regra sobre questões ligadas às experimentações com seres humanos, dentre essas pode-se destacar a Resolução nº 1/1988, do Conselho Nacional de Saúde do Ministério da Saúde, que apresentou algumas normas no âmbito das pesquisas na área de saúde, tais como a do consentimento do indivíduo objeto da pesquisa, ou seu representante legal, por escrito, após ter sido convenientemente informado, e que contasse com os recursos

humanos e materiais necessários, que garantissem o bem-estar do indivíduo da pesquisa.

Para a pesquisa em qualquer área do conhecimento, envolvendo seres humanos, de acordo com aquela Resolução deve-se observar, dentre outras, as seguintes exigências:

1. Contar com o consentimento livre e esclarecido do sujeito da pesquisa e/ou seu representante legal;
2. Contar com os recursos humanos e materiais necessários que garantam o bem-estar do sujeito da pesquisa, devendo ainda haver adequação entre a competência do pesquisador e o projeto proposto;
3. Seja desenvolvida preferencialmente em indivíduos com autonomia plena. Indivíduos ou grupos vulneráveis não devem ser sujeitos de pesquisa quando a informação desejada possa ser obtida através de sujeitos com plena autonomia, a menos que a investigação possa trazer benefícios diretos aos vulneráveis.

2.2.2 Contextualização histórica da Bioética

Muitas atrocidades foram cometidas em nome da ciência, vitimando populações vulneráveis, desprovidas de estrutura financeira e educacional. Após o holocausto da Segunda Guerra Mundial, quando o mundo ocidental, chocado com as práticas abusivas de médicos nazistas, diretrizes filosóficas começou a consolidar-se, criaram um código para limitar os estudos. Em nome da dignidade humana e da defesa dos Direitos Fundamentais da Declaração Universal dos Direitos do Homem, as experimentações humanas foram submetidas ao crivo da ética, tarefa desenvolvida pela Bioética.

Formula-se aí também a idéia de que a ciência não é mais importante do que o homem. O progresso técnico deve ser controlado e acompanhar a consciência da humanidade sobre os efeitos que eles podem ter no mundo e na sociedade para que as novas descobertas e suas aplicações não fiquem sujeitas a todo tipo de interesse.

Destarte, múltiplos fatores contribuíram para o surgimento da bioética, como o estudo transdisciplinar entre biologia, medicina, filosofia (dessa, especialmente as disciplina da ética, da moral e da metafísica), e direito que investiga as condições necessárias para uma administração responsável da vida humana (em geral) e da pessoa (em particular). É dizer, considera, questões onde não existe consenso moral como a fertilização *in vitro*, o aborto, a clonagem, a eutanásia e os transgênicos, bem como a responsabilidade moral de cientistas em suas pesquisas e suas aplicações.

A Bioética é um neologismo construído a partir das palavras gregas *bios* (vida) + *ethos* (relativo à ética). Seguindo o entendimento de Diniz e Guilhem (2006)¹⁴, observa-se que:

[...] por ser a bioética um campo disciplinar compromissado com o conflito moral na área da saúde e da doença dos seres humanos e dos animais não-humanos, seus temas dizem respeito a situações de vida que nunca deixaram de estar em pauta na história da humanidade [...].

A partir do Código de Nuremberg, 1947, e das Declarações de Helsink, passa a existir a Bioética, aplicada, aos conflitos e controvérsias morais pelas práticas das Ciências da Vida e da Saúde, em face de algum sistema de valores.

De acordo com Diniz e Guilhem (2006), a Bioética não é fruto de um acontecimento isolado, mas, sim, resultado de uma série de fatores concorrentes para o seu surgimento.

¹⁴ DINIZ, Débora; GUILHEM, Dirce. *O que é bioética*. São Paulo: Brasiliense, 2006.

A obra de Van Potter, “Bioética: uma ponte para o futuro”, de 1971, foi um marco histórico para a disciplina, embora a Bioética tivesse surgido a partir dos anos 60, quando a humanidade passou a dominar um grande desenvolvimento tecnológico, ao tempo em que houve um fortalecimento de movimentos sociais, como os movimentos *hippie*, negro e o feminismo, fato que promoveu um intenso debate quanto à pluralidade, o respeito às diferenças, e a aquisição de direitos civis, como relatam Diniz e Guilhem (2006, p.13.)¹⁵:

Por um lado, um grande desenvolvimento tecnológico fez surgir dilemas morais inesperados relacionados à prática biomédica [...]. Por outro, os anos 1960 foram também a era dos direitos civis, o que fortaleceu o ressurgimento de movimentos sociais organizados, como o feminismo, o movimento *hippie* e o movimento negro, entre outros grupos de minorias sociais [...].

O contexto social influenciou o desenvolvimento dos preceitos como forma de respeito, compreensão e necessidade de impor limites ao processo tecnológico, e a Bioética se desenvolveu a partir de denúncias de pesquisas científicas realizadas com seres humanos.

Acontecimento relacionado à história da Bioética é o artigo da jornalista Alexander (1962)¹⁶ – **Eles decidem quem vive e quem morre** – publicado na revista *Life*, no qual expõe o que ocorria no Comitê de Admissão e Políticas do Centro Renal de Seattle (localizado em Washington, Estados Unidos), o qual tinha o objetivo de deliberar sobre as preferências de uso dos recursos disponíveis. Ocorreu o rompimento entre a Bioética e a ética médica tradicional, a partir desse fato.

Entre os fatos históricos que mais marcaram o ponto de partida desse campo de estudo, estão os relatos do médico anestesista Beecher (1966)¹⁷, que publicou a obra denominada “*Ethics and clinical reserach*”. Naquela obra foram

¹⁵ Id., *Ibidem*, p 13.

¹⁶ ALEXANDER, Shana. Eles decidem quem vive e quem morre. *Revista life*, [S.l.], 1962.

¹⁷ BEECHER, Henry K. *Ethics and Clinical Research*. [S.l.]: NEJM, 1966.

divulgadas as atrocidades que vinham ocorrendo com recursos públicos utilizados em pesquisas realizadas com internos em hospitais de caridade, deficientes mentais, idosos, psiquiátricos, recém-nascidos, presidiários, pessoas incapazes de assumir uma postura moralmente ativa diante do pesquisador e do experimento, como fazem referência Diniz e Guilhem (2006)¹⁸.

Outro fato sucedido que ficou conhecido foi o Caso Tuskegee (que ocorreu no Alabama, Estados Unidos, entre as décadas de 1930 e de 1970), em função dos abusos aos direitos de pessoas negras portadoras de sífilis.

Também desencadeou uma série de discussões, acerca da necessidade de estabelecer critérios para a morte cerebral, o primeiro transplante de coração, realizado na África do Sul por Christian Barnard, fato que contribuiu para a modificação no processo de compreensão e aceitação dessas situações, configurando-se como a consequência direta de um novo olhar sobre a Bioética, como afirma Diniz (apud GUILHEM, 2002, p.19)¹⁹:

Talvez, no que se refere à pesquisa biomédica, um elemento decisivo para essa mudança de mentalidade tenha sido a formação de um discurso crítico com relação à pesquisa científica, não aceitando mais a premissa de que o desenvolvimento da ciência estaria acima de qualquer suspeita para o bem-estar e a saúde da humanidade. Começaram, portanto, a surgir dúvidas, dos pontos de vista ético, jurídico, econômico e mesmo político, sobre certos avanços relacionados à experimentação humana, ao controle comportamental, à engenharia genética, à saúde reprodutiva, ao transplante de órgãos, dentre outros tantos temas atualmente analisados pela Bioética.

Como resposta à repercussão negativa que esses acontecimentos produziram, foi criado, em 1974, nos Estados Unidos da América, a Comissão Nacional Para a Proteção de Sujeitos Humanos na Pesquisa Biomédica e

¹⁸ DINIZ; GUILHEM, *op. cit.*

¹⁹ DINIZ, Débora; GUILHEM, Dirce. *O que é bioética*. São Paulo: Brasiliense, 2002. p.19.

Comportamental. O trabalho dessa Comissão em 4 (quatro) anos resultou no “Relatório Belmont”, que marcou o início da normatização na história da Bioética.

Os problemas que se apresentassem em torno do assunto, conforme a proposta do relatório, poderiam se resolver com base nos princípios éticos de respeito pelas pessoas, beneficência e justiça, sobre os quais deveriam desenvolver-se as pesquisas científicas. Embora não fosse consenso entre os doutrinadores, esse relatório foi o marco formal de limites às práticas médicas.

Em 1979, através da publicação *Princípios da Ética Biomédica*, dos autores Beauchamp e Childress (2002)²⁰, houve uma consolidação de aspectos teóricos da Bioética, já que os mesmos apresentaram os princípios da autonomia, beneficência, não-maleficência e justiça, no intuito de servirem como instrumentos aptos a mediar os conflitos morais no campo da biomedicina. Desde então, o tema começou a ser tratado de forma mais consistente, inclusive no território nacional.

Segundo Diniz e Guilhem (2006)²¹, é com essa obra que surge o consentimento informado como uma forma de proteção do paciente. Entretanto, como lembram as supracitadas autoras:

[...] apesar da sedução instrumental da teoria [princípioalista] justificar grande parte de sua hegemonia, os limites da teoria tornaram-se gradativamente mais explícitos. E, nesse movimento crítico iniciado por Clouser e Gert, pesquisadores oriundos de países periféricos da bioética têm assumido um papel fundamental. Cabe aos periféricos enumerar as incompatibilidades locais diante dos princípios éticos eleitos por *Princípios da Ética Médica* como universais. Pela primeira vez, o discurso multiculturalista surgiu com um contraponto crítico às propostas universalizantes da ética filosófica. (DINIZ, GUILHEM, 2006, p38).

²⁰ BEAUCHAMP ; CHILDRESS, op. cit., 2002.

²¹ DINIZ; GUILHEM, 2006, p.38

Assim, a Bioética ao longo de sua história, vem conquistando espaços e se destacando, pela ligação com questões vitais para o homem. No Brasil, conforme Diniz e Guilhem (2006):

A bioética brasileira está marcadamente vinculada à prática médica em todos os sentidos: pela eleição de seus temas de estudo e pela trajetória acadêmica e profissional de seus pesquisadores. O Brasil, por ter uma medicina bastante periférica, importa teorias e práticas de países centrais da medicina. [...] Seguramente, no âmbito da técnica essa importação acrítica da medicina deve apresentar problemas menores que no campo da moral. [...] mas essa escassez crítica da bioética brasileira é também consequência da estruturação tardia entre nós. Somente nos anos 1990, o tema começou a ensaiar seus primeiros passos sólidos no país. (DINIZ, GUILHEM, 2006, p.44).

O processo de difusão da bioética no Brasil deu-se com o surgimento dos comitês locais de ética em pesquisa.

2.2.3 Princípios norteadores da Bioética

O exame do valor dos princípios éticos como norteadores da Bioética remetem-nos ao momento em que o Governo e o Congresso dos Estados Unidos decidiram instituir um “*Comitê Nacional para Proteção de Sujeitos Humanos na Pesquisa Biomédica e Comportamental*”. Esta iniciativa teve como desígnio definir princípios éticos, em resposta às acusações e escândalos envolvendo a pesquisa científica com seres humanos. Apareceu assim o *Relatório Belmont*, como resultado do trabalho da comissão e verdadeiro divisor de águas para os estudos da ética aplicada. Foram eleitos como princípios éticos universais: o respeito pelas pessoas, a beneficência e a justiça.

Pelo princípio do respeito pelas pessoas compreende-se que os indivíduos deveriam ser tratados como agentes autônomos, sendo a vontade um pré-requisito

fundamental para a participação na pesquisa científica. A concessão do consentimento somente será válida após a informação e compreensão sobre a totalidade do procedimento a ser realizado. Nos casos em que o sujeito tenha a autonomia diminuída ou deteriorada, chamados de socialmente vulneráveis, deveriam ser protegidos de qualquer forma de prejuízo ou abuso.

Pelo princípio ético da beneficência destacado no Relatório *Belmont*, o pesquisador necessitaria assumir o compromisso de assegurar o bem-estar das pessoas direta e indiretamente envolvidas na pesquisa científica. O que se pretende é a ponderação da relação risco/benefício na pesquisa, a validade no modo de estruturação da mesma e que os profissionais sejam competentes para levar a pesquisa a efeito, maximizando-se seus benefícios e minimizando-se os prejuízos.

Por fim, destaca-se o princípio da justiça: relacionado às teorias da filosofia moral, estabelecendo a equidade social, como o princípio do reconhecimento de necessidades diferentes para a defesa de interesses iguais; esse princípio exige cuidado redobrado na escolha dos participantes da pesquisa científica; princípio decisivo para a proteção dos seres humanos envolvidos em pesquisa científica.

Abordando vulnerabilidade, importante não esquecer que não se menciona apenas aos incapazes de conceder consentimento informado (pacientes terminais e comatosos, feto, criança, portadores de deficiência mental), como também, engloba-se aqueles impossibilitados de escolher por falta de meios alternativos (pobreza) e mesmo aqueles que se encontram em situação de subordinação hierárquica (países subdesenvolvidos).

Os princípios passaram a servir de guia para a preparação de protocolos de pesquisa e permanecerão sendo observados até o resultado final das pesquisas. Violar um princípio é muito mais grave do que violar um dispositivo legal, por contrariar todo Ordenamento Jurídico.

Após a Guerra, o mundo havia acabado de submeter-se à execução maciça de seres humanos em campos de concentração. Ao lado disto, mesmo as civilizações que se diziam guardiãs dos direitos humanos também admitiam a realização de pesquisas humanas degradantes, sem qualquer limitação ética.

As intervenções paternalistas, ou justificáveis em prol de um interesse maior, ou coletivo, de difícil delimitação ocorriam sem qualquer obstáculo crítico, ou limitação nas áreas da medicina e das pesquisas, submetendo-se todos ao máximo arbítrio do médico, como se este se encontrasse acima do bem e do mal.

As primeiras publicações sobre bioética sempre tiveram uma proposta interdisciplinar, de estudos éticos relacionados à Medicina. Médicos e filósofos adotaram um movimento crítico, rompendo com o tradicionalismo da ética médica. Passou-se a aceitar como postulado o senso comum de que os especialistas em decisão médica, deveriam ser questionados, tornando possível que outros atores sociais participassem do processo de decisão ética. Assim, os pressupostos de responsabilidade e arrogância da técnica foram postos em dúvida.

Beauchamp e Childress²², em 1979, publicaram “Princípios da Ética Biomédica”, consolidando a força teórica da bioética; tentativa bem-sucedida de instrumentalizar os dilemas no campo da saúde e da doença. Nessa obra, os autores fizeram uma análise sistemática dos princípios morais aplicados à biomedicina, defendendo a ideia de que os conflitos morais poderiam ser mediados pelos princípios éticos.

Sugeriram 4 (quatro) princípios éticos: autonomia (respeito às pessoas), beneficência, não-maleficência e justiça.

A teoria de Beauchamp e Childress conhecida como teoria principialista, criticou o relatório Belmont de ter colocado sob mesma referência os princípios do respeito à autonomia e de proteção e segurança das pessoas incompetentes.

Em 1994, os autores publicaram uma edição da sua obra com importante modificação; passaram a denominar o então consagrado princípio da autonomia, por princípio de respeito à autonomia.

O primeiro dos princípios da teoria principialista sugere que o pré-requisito para o exercício das moralidades é a pessoa autônoma, além de apontar dois

²² BEAUCHAMP, CHILDRESS, op. cit.

valores fundamentais no pensamento liberal: a competência e a liberdade individuais.

O princípio da autonomia baseia-se nos pressupostos de que a sociedade democrática e a igualdade de condições entre os indivíduos são os pré-requisitos para que as diferentes morais possam coexistir.

Embora criticado o princípalismo proposto por Childress e Beuchamp teve importância ímpar no cenário biomédico, ao passo que trouxe princípios relacionados a uma ética aplicada, utilizados na biomedicina e contendo pontos cardeais da vida moral, o que significou novo fundamento filosófico para as questões existenciais.

3 BIOÉTICA E DIREITO

Diniz e Guilhem (2006)²³ asseguram que a Bioética pode ser enfocada através de matrizes diferenciadas, abarcando três abordagens, quais sejam: a filosófica, a temática e a historicista.

A problemática da Bioética é numerosa e complexa, envolvendo fortes reflexos impressos na opinião pública, sobretudo, pelos meios de comunicação de massa. Todavia, Minahim (2004)²⁴ observa que a bioética não pretende estabelecer dogmas gerais para as ações, “[...] não tendo força coercitiva para impedir certos comportamentos; ela questiona o papel da tecnociência para o bem-estar da humanidade, validando-a, na medida em que serve ao ser humano.” (MINAHIM, 2004).

Levi (apud KOTTOW, 2005)²⁵ na abordagem sobre Bioética e Biopolítica, assim se manifestou, *in verbis*:

Si el campo de concentración es el paradigma de lesado de excepción donde opera la biopolítica, será ingenuo pensar que la bioética tendrá alguna influencia o capacidad de regulación: “pero aquí, en el Lager... no hay criminales porque no hay una ley moral que infringir”. Su campo de acción se sitúa allí donde una incipiente biopolítica aventura ciertas posturas sin todavía haberse apropiado del poder. Se entiende así que la política se mueva siempre en el espacio público, en tanto la biopolítica se inmiscuye en lo privado y lo desnuda en público. En esa correlación, la bioética sería la protectora del espacio privado y del individuo, protestando cuando lo público produce daño al individuo..(LEVI apud KOTTOW, 2005, grifos nossos)

²³ DINIZ; GUILHEM, op. cit.

²⁴ MINAHIM, Maria Auxiliadora. Direito Penal e Biotecnologia, 2004. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2004.

²⁵ LEVI apud KOTTOW, Miguel. Bioética Y Biopolítica. *Revista Brasileira de Bioética*, [S.l.], v. 1, n. 2, 2005.

Minahim (2004)²⁶ noticia que o Relatório de Belmont, encomendado pelo Congresso dos Estados Unidos, foi importante para a configuração da Bioética, ante as práticas abusivas realizadas nas pesquisas com seres humanos. Neste documento foram estabelecidos três princípios, que serviriam como base hermenêutica para as reflexões específicas: o respeito pelas pessoas (autonomia), o da beneficência e o da justiça.

É certo que, como bem dito por Carneiro, a escalada da evolução da biotecnologia, impõe tanto aos operadores do direito quanto aos demais estudiosos da família e suas implicações sociais uma nova postura no tratamento dispensado à questão. Isto porque, os paradigmas sejam eles religiosos ou sociais são afetados por anúncios de novas técnicas ou possibilidades de paternidade/maternidade por vias não naturais. O que nos resta é, “esperar do Direito uma resposta aos desafios impostos pelas novas demandas da sociedade”, disciplinando o legislador sobre a temática posta *sub examine*.

Barroso (2008)²⁷ tratando do tema Bioética, Direito e Constituição, assevera que o Direito e a Ética enfrentam os desafios dos avanços tecnológicos e das ciências biológicas, que deram ao homem o poder de interferir em processos antes privativos da natureza. E conceitua o Biodireito como, *in verbis*:

[...] um subsistema jurídico em desenvolvimento acelerado, voltado para o estudo e disciplina dos fenômenos resultantes da biotecnologia e da biomedicina, como a reprodução assistida, a clonagem terapêutica e reprodutiva, a mudança de sexo, as pesquisas com células tronco embrionárias.

²⁶ MINAHIM, op. cit.

²⁷ BARROSO, Luiz Roberto. A defesa da constitucionalidade das pesquisas com células-tronco embrionárias. Observatório da Jurisdição Constitucional, [S.l.], ano 1, 2007-2008. Disponível em: <<http://ojs.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/viewArticle/133>>. Acesso em: 20 jun. 2008.

No que concerne à Bioética, o mesmo autor²⁸ assegura que esta possui como objeto a demarcação das possibilidades e dos limites dos progressos científicos neste domínio, à luz da filosofia moral, dos valores a serem preservados por cada sociedade e pela humanidade em geral. Aponta como princípios éticos básicos da pesquisa científica, quais sejam: a autonomia, a beneficência e a justiça.

Insta observar que o Direito e a Ética se encontram num primeiro momento no texto constitucional, “ [...] onde os valores morais se convertem em princípios jurídicos, irradiando, a partir deste momento, pelo sistema normativo e condicionando a interpretação da aplicação do direito infraconstitucional” (BARROSO, 2008)²⁹.

3.1 INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL: ESCLARECIMENTOS TÉCNICOS

A Medicina com o avanço tecnológico domina sobre diversas técnicas inovadoras, tendo hoje vasto conhecimento sobre a reprodução assistida, o que traz inúmeros benefícios para aqueles que não poderiam gerar.

Com o surgimento das técnicas de fertilização *in vitro* (FIV) ocorreu um enorme avanço com relação ao desenvolvimento embrionário animal e humano, sendo assim possível fecundar um óvulo *in vitro*, para cultivar o seu produto em um laboratório.

As técnicas científicas de reprodução assistida representam uma revolução na medida em que permitem gerar uma nova vida sem a condição elementar da relação sexual, o que representa um alento para aqueles que possuem problema de esterilidade. De acordo com a Organização Mundial de Saúde (OMS)³⁰ o conceito de infertilidade está ligado à ausência de concepção após, pelo menos 02 (dois) anos

²⁸ Id., Ibid.

²⁹ BARROSO, op. cit.

³⁰ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE (OMS). Disponível em: <<http://www.who.int/en/>> . Acesso em: 20 jun. 2008.

de relações sexuais não protegidas, sendo que somente a partir daí deverá ser detectado qual o tipo de anormalidade do casal e qual a técnica de reprodução assistida mais viável ao caso.

Nesse contexto, não significa que atravessados os 02 (dois) anos sem concepção seja caso de adotar a técnica da fertilização *in vitro*. Imprescindível faz-se uma completa averiguação do problema, para só depois definir a técnica, que não passa só pela FIV, podendo ser aplicável, por exemplo, a inseminação artificial, aliás, entende-se que a fertilização deve ser o último caminho a ser percorrido e não o primeiro como ocorre em algumas situações, sob pena de responsabilização ética (civil) do médico e da clínica.

Destarte, o médico deve estar munido de toda a documentação (v.g. prontuário) que tomou todas as cautelas antes da decisão de escolher a fertilização *in vitro*, desde a ampla investigação, até o prazo de 02 (dois) anos de tentativas infrutíferas do casal para a concepção, sem prejuízo de alternativas.

Assim sendo, a primeira etapa da fertilização é a ovulação induzida mediante a aplicação de hormônios que tem a finalidade de provocar o amadurecimento de vários óvulos ao mesmo tempo, o que de logo enseja uma cautela do médico no controle da hiperovulação, verificando caso a caso (idade, histórico familiar) a quantidade de hormônios administrados, sob pena de responsabilização, devendo ser obrigatório manter em arquivo o prontuário para eventual averiguação da quantidade de medicamentos.

Em seguida a essas exposições, cabe adentrar no caminho da fertilização *in vitro*, ou mais precisamente, em algumas das etapas deste tipo de procedimento, com vistas a apurar a responsabilidade do médico, sob o ângulo da ética.

A priori, a título de esclarecimento, tem-se que a fertilização *in vitro* (FIV) é uma técnica de reprodução medicamente assistida que consiste na colocação, em ambiente laboratorial, (*in vitro*), de um número significativo de espermatozóides à volta de cada ovócito, procurando obter embriões de qualidade a transferir posteriormente para a cavidade uterina.

Para a execução desta técnica exige-se uma prévia estimulação dos ovários, através de medicamentos adequados e acompanhada com regularidade pelo médico, de forma a controlar os efeitos dessa estimulação e definir o melhor dia para a colheita dos ovócitos. Cerca de 36 horas antes dessa colheita é administrada uma gonadotrofina coriônica, que provoca a maturação ovocitária vindo a permitir a sua recolha por aspiração.

Quanto aos espermatozóides estes são obtidos após uma colheita de esperma, sendo normalmente sujeitos a algum tratamento prévio. Destes são selecionadas cerca de 50000 com motilidade progressiva rápida para serem colocados junto a cada ovócito. Quando há problemas graves com a quantidade ou qualidade dos espermatozóides, considera-se em alternativa a realização de uma microinjeção intracitoplasmática.

Após cerca de 16 a 18 horas, os ovócitos são observados para identificar o estado de fecundação e eventual progressão – até embriões – de alguns deles. A transferência de embriões para a cavidade uterina é então efetuada através de um cateter, após 2 a 5 dias da colheita dos ovócitos.

Assim sendo, a inseminação artificial consiste na realização de uma série de procedimentos, mediante os quais se procura facilitar o encontro entre o esperma e o óvulo, tornando possível a fecundação. O método há muito tempo é utilizado em animais, mas é relativamente recente (de 1976 em diante) entre os seres humanos.

O congelamento de esperma, óvulos e embriões foi um passo importante rumo ao progresso da reprodução assistida, o que permitiu a criação de bancos de esperma, óvulos e de embriões. Os primeiros resultados de congelamento e descongelamento de embriões datam de 1972, ocasião em que foram utilizados embriões de camundongos. Atualmente, esses procedimentos realizam-se com êxito em diferentes espécies de mamíferos.

Essa técnica trouxe revolução na genética animal, em face da possibilidade de congelamento de embriões de espécies em extinção.

A primeira gravidez em humanos decorrente de embriões congelados e descongelados ocorreu nos idos de 1983. A partir dessa data, milhares de crianças nasceram por meio desse processo de reprodução assistida.

Começaram, aí, a nascer os filhos de mulheres virgens ou na menopausa, algo impensável poucos anos antes. As manipulações genéticas bizarras não pararam. Surgiram semens congelados de pessoas falecidas que fecundavam óvulos de pessoas vivas e avós que deram à luz os seus próprios netos.

A referida técnica torna possível manter o embrião vivo indefinidamente, mesmo fora do organismo materno. Essa manutenção ressalta a autonomia vital do novo ser, sobrevivente fora do útero, o que evidencia a sua vulnerabilidade, passível, ao estar congelado, a uma sobrevivência indefinida.

É comumente noticiado o fato de que a inseminação artificial e a fertilização *in vitro* são os dois procedimentos mais utilizados no que concerne à reprodução assistida, e possuem em comum a estimulação ovariana. De maneira geral, a fertilização *in vitro* está indicada, se existem defeitos na permeabilidade das tubas (trompas) ou baixa concentração, motilidade ou morfologia dos espermatozóides.

Diferenças entre as duas técnicas:

□ **1ª etapa: estimulação controlada dos ovários**

No ciclo menstrual natural, em geral um único óvulo (ovócito) cresce até a maturação e pode ser fertilizado. Já nos ciclos destinados a fertilização *in vitro* (FIV) ou inseminação intrauterina (II), são utilizados gonadotrofinas injetáveis (LH e FSH), que atuam estimulando a produção de mais de um óvulo (ovócito) no ciclo.

Em geral, as gonadotrofinas são administradas a partir do segundo ou terceiro dia do ciclo menstrual, e sua ação é monitorizada por meio de ultrassonografias transvaginais sucessivas.

Assim sendo, a primeira etapa da fertilização é a ovulação induzida mediante a aplicação de hormônios que tem a finalidade de provocar o amadurecimento de vários óvulos ao mesmo tempo, o que de logo enseja uma cautela do

médico no controle da hiperovulação, verificando caso a caso (idade, histórico familiar) a quantidade de hormônios administrados, sob pena de responsabilização, devendo ser obrigatório manter em arquivo o prontuário para eventual averiguação da quantidade de medicamentos.

□ **2ª etapa: indução da ovulação**

Quer o procedimento seja a inseminação intra-uterina, quer seja a fertilização *in vitro*, quando os folículos atingem diâmetros médios de 17 a 18 mm, a maturação final dos óvulos é induzida por meio de uma injeção de um outro hormônio chamado gonadotrofina coriônica humana (hCG). Sua ação é similar à do LH no ciclo menstrual natural: mais ou menos 36 horas após a injeção ocorrerá a ovulação.

□ **3ª etapa: aqui começam as diferenças entre a inseminação e a fertilização *in vitro***

Na inseminação intra-uterina, após 36 horas da aplicação do hCG, é feita a colocação dos espermatozoides (preparados) dentro do útero, por meio de um cateter flexível. Feito isto, espera-se que todas as outras etapas da reprodução ocorram (ovulação, captura dos óvulos pelas tubas, fertilização, transporte do embrião para dentro do útero e implantação no endométrio). Assim, a inseminação depende muito da integridade funcional do genital feminino para ter sucesso.

Na fertilização *in vitro* antes de 36 horas da aplicação do hCG é feita uma cirurgia para captura dos óvulos, por via vaginal. Esses são levados ao laboratório e inseminados *in vitro* com os espermatozoides previamente preparados, com ou sem a utilização de injeção dos espermatozoides nos

óvulos (ICSI). Após 3 a 5 dias, os embriões são colocados dentro do útero por meio de um cateter flexível.

Registra-se, hoje, uma constante prática e ampla aceitabilidade da procriação assistida, o que não afasta a necessidade de regulamentá-la, tendo em vista a investigação da licitude de suas etapas e consequências. A esterilidade pode ser vista como um fator capaz de legitimar a técnica reprodutiva *in vitro*, mas também deve desempenhar função limitadora, na medida em que se revela como o único fato que justifica o procedimento.

3.2 LIMITES AO PROCEDIMENTO

É de suma importância que haja a determinação (através de regras e padrões pré-estabelecidos) de critérios que controlem o surgimento dos embriões, a fim de que seja preservada a finalidade do procedimento que os originou – a reprodução. A medicina especializada, não encontrou solução sobre o número adequado de embriões a serem transferidos ao útero, o que estimula o surgimento do embrião excedente.

Não há também manifestação sobre o adequado tempo de congelamento ou criopreservação de embriões para implante posterior.

A determinação na revisão dos atos da medicina reprodutiva possibilitaria reflexão sobre a real necessidade do surgimento do excedente embrionário, e sua consequente criopreservação ou congelamento.

Questiona-se o procedimento da aplicação da técnica ao ser humano quanto à idoneidade moral e ética. Se o embrião é ser humano vivo, o congelamento fere a sua dignidade humana, já que sua existência fica subordinada à manipulação e decisão de outro indivíduo, o que lhe reduz a natureza jurídica de embrião à coisa.

Entretanto, o avanço científico, que permitiu a manipulação de gametas para a geração de seres humanos, traz consigo questionamentos éticos, religiosos,

morais, sociais e jurídicos acerca dos direitos e condições sociais desses filhos nascidos por extraordinárias técnicas laboratoriais.

De tal modo, não há dúvida que esses métodos científicos ajudam sobremaneira na formação de uma família, contemplando-a com o filho desejado. No entanto, essa nova realidade traz consigo novos problemas, pois se a ciência deu solução à infertilidade, as questões jurídicas advindas da evolução científica estão longe de encontrar soluções.

Com a utilização da técnica há possibilidade de dissociar-se no tempo e no espaço o próprio contexto familiar, com a postergação da historicidade e identidade da vida e da pessoa e a desistência do casal genitor, graças à mudança do seu projeto parental.

Neste sentido, as discussões sobre bioética despertaram o interesse dos membros do Congresso Nacional, que trabalham na elaboração de projetos de Lei, na tentativa de regular o uso das técnicas de reprodução assistida, que consiste na implantação de gametas ou embriões humanos no aparelho reprodutor de mulheres receptoras.

Entretanto, imperioso esclarecer que os limites do direito constitucional à procriação devem ser discutidos. Isto porque existe o questionamento sobre a utilização das técnicas reprodutivas por pessoas férteis. É dizer, a técnica pode se estender a qualquer homem e mulher que prefira o auxílio da ciência ao método sexual de gerar ou apenas deve ser utilizada por pessoas inférteis. Ademais, indaga-se se a vontade de procriar deve ser protegida para além da morte, tendo em vista que, tal posicionamento tem dividido diversos doutrinadores.

Aliás, Fernandes (2005)³¹ assevera que:

A Constituição Federal de 1988, consagrou, em seu art. 5º, inciso IX, a liberdade de criação científica, contudo a pesquisa

³¹ FERNANDES, Silvia da Cunha. *As técnicas de reprodução assistida e a necessidade de sua regulamentação jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

genética deve encontrar seus limites em outros valores maiores prestigiados no texto constitucional, como a dignidade da pessoa humana (CF/88, art. 5º, caput), a integridade física (CF/88, art. 5º, III), a diversidade e a integridade do patrimônio genético do país (CF/88, art. 225, § 1º, II) (FERNANDES, 2005).

Portanto, a inseminação artificial, ou fertilidade assistida, trouxe à discussão várias situações inusitadas que podem efetivamente ocorrer no mundo jurídico. No Código Civil Brasileiro precipitam questões controvertidas, dentre elas, as que dizem respeito ao direito sucessório.

Outro ponto a ser considerado jaz na atribulada questão de controle e limites à procriação assistida, ainda mais em face da inexistência de legislação específica sobre a utilização de técnicas, que recai necessariamente para o campo ético e moral. No entendimento de Alvarez (apud BORGES, 2007)³², verifica-se que “há intervenção mínima do Direito, ou seja, ele só aparece e interfere quando há violação de determinados bens essenciais para o Estado garantir a vida em sociedade, a paz e a ordem pública”. Os citados estudiosos apontam uma solução para a questão com o espeque constitucional:

Mesmo sem uma lei especial, das normais que já existem em matéria constitucional, é possível extrair que o ponto de equilíbrio na utilização das técnicas de reprodução assistida é a dignidade da pessoa humana, que, ainda com a legislação específica, continuará a ser observada, pois a dignidade da pessoa humana é o princípio básico de um estado democrático. (ALVAREZ apud BORGES, 2007).

Nesta conjuntura, as discussões intensificam-se quando o assunto é a inseminação póstuma, ou seja, a inseminação da mulher, após a morte do marido, com o sêmen coletado deste, quando em vida. São tantas as complicações que podem surgir com a inseminação póstuma, que o assunto tornou-se tema de debates nos diversos ordenamentos jurídicos mundiais.

³² BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de Personalidade e Autonomia Privada*. São Paulo: Saraiva, 2007.

Assim, o avanço científico no campo da fertilidade assistida e suas complicações no mundo jurídico integram o momento de reflexão deste trabalho, que objetiva principalmente alertar sobre a falta de legislação, no Brasil, para os problemas no direito sucessório dos filhos obtidos por inseminação póstuma.

Nos Estados Unidos, o Comitê de Ética da Sociedade Americana de Medicina Reprodutiva, em 1997, deliberou que, se um indivíduo determina que gametas ou embriões congelados podem ser usados após sua morte pela esposa(o), seria apropriado atender a essa determinação. A *Human Fertilisation and Embriology Authority* permite o uso de gametas ou embriões após a morte, se houver consentimento prévio.

No Brasil, o Conselho Federal de Medicina não aborda a reprodução póstuma. Para Cláudio Telöken, se era desejo do casal ter filhos e se o procedimento é “pró-vida”, parece eticamente aceitável a reprodução pós-morte. Por outro lado, estando a criança fadada a nascer órfã de pai, isso feriria o princípio da não-maleficência. Ele 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 a dignidade do ser humano.

Alguns países já iniciaram a regulamentação da inseminação artificial *post-mortem*. A lei espanhola 35/88 vedava radicalmente a inseminação *post mortem*, deixando claro que, se efetuada, só estabeleceria vínculo de filiação se houvesse declaração expressa nesse sentido do marido, por instrumento público ou testamento. O modelo atual permite a inseminação posterior à morte do doador, desde que feita dentro do prazo de seis meses a contar do falecimento; e se consentida em escritura pública, resguardando à criança todos os direitos advindos da filiação.

A lei francesa possibilita a inseminação artificial *post mortem*, porém de forma condicionada. O Projeto Português sobre a Utilização de Técnicas de Procriação Assistida proíbe a utilização de espermatozoides de marido falecido ou de companheiro para inseminação de sua mulher, mesmo que tenha ocorrido o consentimento do falecido. Uma proposta de lei portuguesa também proíbe a inseminação artificial e a

fertilização *in vitro post mortem*, entretanto prevê a possibilidade de reconhecimento da criança como filha do falecido, no caso de ocorrer violação dessa proibição. As normas inglesas aceitam a inseminação póstuma, mas sem direitos hereditários, salvo documento expresso.

No Brasil, a Constituição de 1988 elevou o princípio da dignidade da pessoa humana a fundamento da República e afirmou a garantia e a proteção dos direitos fundamentais. O Direito Civil por sua vez colocou a dignidade da pessoa humana no centro das relações de natureza privada, devendo as relações civis contemporâneas refletir a dignidade da vida e a sublime valoração da pessoa, em consonância com o novo 'Direito Civil Constitucional'.

A Resolução 1.358/92 do CFM resguarda a necessidade do consentimento dos genitores para que se possa promover qualquer destinação. Também a Lei 11.105/05 permitiu a doação de embriões congelados há mais de 3 anos, para pesquisas com células-tronco, embora resguardando a necessidade de consentimento do casal que os originou.

4 O NOVO DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO

Gonçalves (2009)³³ assevera que o direito de família, de todos os ramos do direito, é o mais intimamente ligado à própria vida, vez que, as pessoas provêm de um organismo familiar e a ele conservam-se vinculadas, durante a sua existência, mesmo que venham a constituir nova família pelo casamento ou pela união estável. E, mais, define família como:

[...] uma realidade sociológica e constitui a base do Estado, o núcleo fundamental em que repousa toda a organização social. Em qualquer aspecto em que é considerada, aparece a família como uma instituição necessária e sagrada, que vai merecer a mais ampla proteção do Estado. (GONÇALVES, 2009)

Para o Direito Civil moderno considera-se família aquela composta por pessoas unidas por relação conjugal, ou que convivem em união estável, e das relações dos filhos com os pais.

Todavia, cumpre esclarecer que o conceito de família não vem do Código Civil. As Constituições brasileiras, a partir de 1934, referiram-se à família condicionando-a à ideia de casamento. Todavia a Constituição Federal de 1988, no artigo 226, definiu três espécies de entidades familiares, quais sejam:

- a) aquela constituída pelo casamento civil ou religioso com efeitos civis;
- b) a constituída pela união estável entre o homem e a mulher, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento; o artigo 226 ampliou o conceito de família, abrangendo a família havida fora do casamento; é o reconhecimento da união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar;

³³ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito de família*. 6. ed. [S.I]: Saraiva Jurídicos, 2009.

c) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes – a chamada família monoparental, ou seja, aquela composta por um dos progenitores e sua descendência.

Num sentido restrito, constitui família o conjunto de pessoas compreendido pelos pais e sua prole. A importância da família desdobra-se em dois aspectos:

- Quanto ao aspecto individual, o indivíduo nasce dentro de uma família, que é a de seu pai, aí floresce e se desenvolve até constituir sua própria família; estando em ambas sujeito a relações que afetam a pessoa na ordem individual.
- Quanto ao aspecto social, está o interesse do Estado na sólida organização da família e na segurança das relações humanas, na esfera do direito de família.

É dizer, a família constitui a base de toda a estrutura da sociedade, nela se assentam as raízes morais e ela representa o alicerce de toda a organização social, razão pela qual merece a proteção do Estado.

Dentro do direito de família o interesse do Estado é maior do que o individual. Por isso, as normas de direito de família são, quase todas, cogentes, de ordem pública, insuscetíveis, portanto, de serem derogadas pela convenção entre particulares. É nesse complexo de princípios que estão reguladas as relações de parentesco.

As leis em geral referem-se à família como um núcleo mais restrito, constituído pelos pais e sua prole; embora esta não seja essencial à sua configuração, o direito de família regulamenta exatamente as relações entre os seus diversos membros e as consequências que delas resultam para as pessoas e bens. O objeto do direito de família é, pois, o complexo de disposições, pessoais e patrimoniais, que se origina do entrelaçamento das múltiplas relações estabelecidas entre os componentes da entidade familiar.

Noutro viés, Dias (2005) observa que o legislador não consegue acompanhar a realidade social nem tampouco contemplar as inquietações da família contemporânea. Isto porque, a sociedade evolui, transforma-se, e por consequência,

rompe com tradições e amarras, o que gera a necessidade de constante ‘[...] **oxigenação das leis**’ ”. (DIAS, 2005, grifo do autor)³⁴.

A mesma autora noticia o fato de que o formato hierárquico da família cedeu lugar à sua democratização, e as relações hoje são muito mais de igualdade e de respeito mútuos, levando-a a concluir pela inexistência de razões morais, religiosas, políticas, físicas ou naturais, a ensejar a estatização do afeto, excessiva e indevida ingerência na vida das pessoas.

O novo modelo da família funda-se sobre os pilares da repersonalização, da afetividade, da pluralidade e do eudemonismo, impingindo nova roupagem axiológica ao direito de família. Agora, a tônica reside no indivíduo, e não mais nos bens ou coisas que guarnecem a relação familiar. A família-instituição foi substituída pela família instrumento, ou seja, ela existe e contribui tanto para o desenvolvimento da personalidade dos seus integrantes como para o crescimento e formação da própria sociedade, justificando, com isso, a sua proteção pelo Estado.

³⁴ DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo Da Cunha. *Direito de família e o novo Código civil*. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, IBDFAM, 2005.

4.1 PRINCÍPIOS DO NOVO DIREITO DE FAMÍLIA

Modificando de forma revolucionária a compreensão do Direito de Família (que anteriormente estava assentando necessariamente sobre o matrimônio), o texto Constitucional alargou o conceito de família, permitindo o reconhecimento de entidades familiares não casamentárias, com a mesma proteção jurídica dedicada ao casamento.

O pluralismo das entidades familiares tende ao reconhecimento e efetiva proteção, pelo Estado, das múltiplas possibilidades de arranjos. Ademais, é preciso ressaltar que o rol da previsão constitucional não é taxativo, estando protegida toda e qualquer entidade familiar, fundada no afeto, esteja, ou não, contemplada expressamente na dicção legal.

Vínculos afetivos sempre existiram, independentemente de regras, acima de tabus e bem antes da formação do Estado e do surgimento das religiões. Todavia, cumpre esclarecer que o Estado sempre resistiu em admitir os vínculos de convivência formados sem o selo da oficialidade.

Sob o argumento de manutenção da ordem social, Estado e Igreja acabaram se imiscuindo na vida das pessoas, na tentativa de regular as relações; assumiram posturas conservadoras para reservar estrito padrão de moralidade. Desta forma, ficaram estabelecidos interditos e proibições de natureza cultural e não biológica, e os relacionamentos amorosos passaram a ser nominados de família.

Os vínculos aceitáveis no novo Direito de Família³⁵ são :

□ Matrimonial – Até a entrada em vigor da Constituição vigente, o casamento era a única forma admissível de formação de família. Com o advento da Lei Maior, emprestou-se proteção a entidades familiares outras.

□ Informal – Essa estrutura familiar, apesar de rejeitada pela lei, acabou sendo aceita pela sociedade, fazendo com que a Constituição abarcasse

³⁵ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil. Direito de Família*. 3. ed. São Paulo. Atlas. 2003.

no conceito de entidade familiar o que chamou de união estável, mediante a recomendação de promover sua conversão em casamento. O Codex civil também impõe requisitos para o reconhecimento de união estável, gerando deveres e criando direitos aos conviventes.

□ Homoafetiva – A Constituição (1988)³⁶ emprestou de modo expreso, juridicidade somente às uniões estáveis entre homem/mulher, ainda que em nada se diferencie a convivência homossexual da união estável heterossexual. A nenhuma espécie de vínculo que tenha por base o afeto pode-se deixar de conferir *status* de família, merecedora da proteção do Estado, pois a Constituição (1º, III) consagra, em norma pétrea, o respeito à dignidade da pessoa humana.

□ Monoparental – A Constituição elencou como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (CF art. 226, § 4º). O enlaçamento dos vínculos familiares constituídos por um dos genitores com seus filhos, no âmbito da proteção do Estado, atende a uma realidade que precisa ser arrostada.

□ Anaparental – Apesar de a Constituição ter alargado o conceito de família, não incluiu em seu rol todas as conformações familiares que vicejam na sociedade. A convivência entre parentes ou entre pessoas, ainda que não parentes, dentro de uma estruturação com identidade de propósito, impõe o reconhecimento da existência da entidade familiar batizada com o nome de família anaparental.

□ Pluriparental – Resulta da pluralidade das relações parentais, especialmente fomentadas pelo divórcio, pela separação, pelo recasamento, seguidos das famílias não-matrimoniais e das desuniões. Nestas novas famílias, a tendência é considerar também como monoparental o vínculo do genitor com seu filho, até porque o novo casamento dos pais não importa em restrições aos direitos e deveres com relações aos filhos (CC 1.579, parágrafo único).

³⁶ BRASIL, Constituição (1988), op. cit., p 9.

□ Paralela – Os relacionamentos paralelos além de receberem denominações pejorativas, são condenados à invisibilidade. Um fundamento de grande voga é o de que o Estado não pode dar proteção a mais de uma família, ao mesmo tempo. Partindo deste raciocínio, tem-se por privilegiado o infiel.

□ Eudemonista – A ideia de família formal, cujo comprometimento mútuo decorre do casamento, vem cedendo lugar à certeza de que é o envolvimento afetivo que garante um espaço de individualidade e assegura a auréola de felicidade. Surge um nome para a nova tendência de identificar a família pelo seu envolvimento afetivo: família eudemonista, que busca a felicidade individual, vivendo um processo de emancipação de seus membros. O eudonismo é a doutrina que enfatiza o sentido de busca pelo sujeito de sua felicidade.

4.1.1 Relação de parentesco

Para Venosa (2003)³⁷: “[...] parentesco é o vínculo jurídico que une as pessoas em decorrência de uma delas descender da outra ou de ambas procederem de um genitor comum”.

Em conformidade com os arts. 1591 e 1592, do Código Civil (2002)³⁸, esse parentesco pode medir-se por linha reta ou colateral, veja-se:

Art. 1591. São parentes em linha reta as pessoas que estão umas para com as outras na relação de ascendentes e descendentes. Art. 1592. São parentes em linha colateral ou transversal, até o quarto grau, as pessoas provenientes de um só tronco, sem descenderem uma da outra.

³⁷ VENOSA, op. cit.

³⁸ CÓDIGO Civil, (2002). Lei nº 10.406, de 10-1-2002. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 436.

Pelo art. 1593, verifica-se importante modificação introduzida pelo Código Civil, de 2002³⁹, no que se refere à filiação, quando acrescenta que, além do parentesco natural, assim considerado o parentesco consanguíneo, admite como civil, o parentesco de outra origem, para contemplar a situação da inseminação artificial:

“O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem.” (CÓDIGO, 2002)⁴⁰

4.1.1.1 Vontade como fundamento da relação de parentesco

Todo acontecimento, capaz de criar, modificar, conservar ou extinguir relação jurídica, é fato jurídico. Portanto, a causa genética das relações jurídicas é aquele acontecimento natural ou humano que determine a ocorrência de efeitos constitutivos, modificativos ou extintivos de direitos e obrigações.

O fato jurídico em sentido estrito é o acontecimento natural que determina efeitos jurídicos. Quando esses efeitos são ordinários, há inexistência de intervenção humana, é fato da natureza, comum, como o nascimento, a morte, o decurso do tempo.

Há também os efeitos extraordinários, inesperados, imprevisíveis como o terremoto, a enchente, a força maior, o caso fortuito.

O comportamento humano deflagrador de efeitos jurídicos chama-se ato jurídico em sentido estrito, isto é, a manifestação de vontade, sem conteúdo negocial em que o agente não escolhe os efeitos como, por exemplo, o reconhecimento da filiação não resultante de casamento.

³⁹ Id., Ibid., p. 436.

⁴⁰ CÓDIGO, op. cit.

São de dois tipos os atos jurídicos:

a) as participações que são de mera comunicação, dirigidas a determinado destinatário, e sem conteúdo negocial, exemplos: intimação, notificação, oposição, aviso, confissão.

b) materiais ou reais: atuação baseada na vontade consciente, tendente a produzir efeitos jurídicos como o consentimento informado na reprodução assistida.

Ato jurídico – aquele em se exige a manifestação de vontade.

A vontade é a faculdade de querer; desejo; desígnio, disposição de espírito.

O princípio da autonomia da vontade ligado à filosofia liberalista do direito francês, consiste na prerrogativa conferida aos indivíduos de criarem relações na órbita do direito, desde que se submetam às regras impostas pela lei e que seus fins coincidam com o interesse geral, ou não o contradigam; este princípio apresenta-se sob as formas de liberdade, ou, faculdade de obrigar-se segundo essa liberdade.

Desse modo, qualquer pessoa capaz pode, pela manifestação de sua vontade, tendo objeto lícito, criar relações a que a lei empresta validade.

Mas essa liberdade sofre restrições de caráter público, não podendo particulares pactuarem contra o interesse social dominante, é a supremacia da ordem pública, o direito imperativo (*ius cogens*) impedindo que os indivíduos pratiquem o que a coletividade lhes veda, em nome de seus interesses prevalentes.

Para a prática do ato jurídico é necessária a existência de sujeito de direito, aquele agente capaz de manifestar a sua vontade, em conformidade com a forma prescrita ou não vedada em lei.

Toda pessoa capaz pode recorrer a qualquer procedimento lícito para alcançar um efeito jurídico almejado.

Elemento essencial para a efetivação do ato jurídico é essa manifestação volitiva do sujeito de direito, sem a qual seus efeitos não se produzirão.

Todavia essa liberdade concedida ao individuo, encontrou sempre limitação na ideia de ordem pública, pois, cada vez que o interesse individual colide com o da sociedade, é o desta última que deve prevalecer.

A ideia de ordem pública é constituída por aquele conjunto de interesses jurídicos e morais que incumbe à sociedade preservar. Por conseguinte, os princípios de ordem pública não podem ser alterados por convenção entre os particulares.

Com efeito, a vida social alicerça-se em alguns princípios gerais, cuja incidência não pode ser arredada por ajuste entre os jurisdicionados, sob pena de ameaça à própria estrutura da sociedade. Assim, por exemplo, as normas que regulam a instituição da família, o regime da propriedade, a segurança pública etc.

Ora, o princípio da autonomia da vontade esbarra sempre na limitação criada por lei de ordem pública. Esbarra, igualmente, na noção de bons costumes, ou seja, naquelas regras morais não reduzidas a escrito, mas aceitas pelo grupo social, e que constituem o substrato ideológico inspirador do sistema jurídico.

A noção de ordem pública e o respeito aos bons costumes constituem, conseqüentemente, barreiras limitadoras da liberdade individual.

Como assevera Rodrigues (2002, p. 63)⁴¹:

Ao analisar os atos jurídicos que têm como substrato elementar a vontade humana, dois momentos distintos podem ser apreciados: um momento subjetivo, psicológico, interno, representado pela própria formação do querer, e um momento objetivo, em que a vontade se reflete por meio de declaração". (RODRIGUES, 2006, p. 63).

⁴¹ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: dos Contratos e das Declarações Unilaterais de vontade*. São Paulo. Saraiva. 2002. v.3. p.63.

Enquanto não se externa, mantendo-se oculta no espírito do homem, a vontade conserva-se ignorada de todos, não adquirindo, por conseguinte, relevância para o direito.

Somente quando se manifesta de maneira seria, obrigante e definitiva é que vai repercutir no campo do direito, criando relações jurídicas, de maneira que, em rigor, é a declaração da vontade, e não ela própria, que constitui o principal objeto de estudo.

No geral existe identidade entre a vontade e a declaração, pois as partes, em regra, conhecem o próprio desejo e o externam de maneira adequada.

Existe ato jurídico bilateral quando a declaração constituída pelo concurso de vontades, ou seja, surge o consenso da confluência de duas declarações volitivas concordantes e ato jurídico unilateral, o qual representa o reflexo da vontade de uma das partes.

A declaração de vontade pode se dar de forma complexa quando há um fato gerador, embora único, composto por dois atos simultâneos, formando somente um ato. É quando duas pessoas, mutuamente, obrigam-se a combinar seus esforços ou recursos, para lograr fins comuns (CC 981). É um homem aliar sua iniciativa à de seu semelhante para atingir determinado escopo; é a conjunção voluntária e declarada de esforços, com determinada finalidade.

4.2 FILIAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

Importante verificar a relação de parentesco, em primeiro grau e em linha reta, que liga uma pessoa àquelas que a geraram, ou a receberam como se a tivessem gerado, e os efeitos derivados no campo do direito da proximidade em grau desse parentesco.

A antiga qualificação relativa à filiação não mais subsiste, foi vedada pela Constituição Federal de 1988⁴²:

“Art. 227 § 6º 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.”

Para acomodar as inovações introduzidas pela Constituição Federal de 1988, houve uma robusta modificação na estrutura do Código Civil de 2002⁴³, no que se refere à filiação.

Assim, o dispositivo constitucional foi repetido com igual redação, pelo artigo 1596 do novo Código Civil.

A presunção de ser pai o marido da mulher casada (art. 1597), foi mantida, reproduzindo-se nos incisos I e II o art. 338 do Código Civil de 1916.

O legislador inovou inserindo três dispositivos no art. 1597, do Código Civil (2002)⁴⁴, ao tratar da presunção de paternidade dos filhos concebidos na constância do casamento.

Apesar da inclusão dos dispositivos que tratam dos filhos nascidos da fertilização assistida, o Código limitou-se a introduzir a identificação da paternidade, sem, contudo, ter autorizado ou regulamentado essa matéria, apenas constatando a existência e procurando solucionar o aspecto da paternidade.

O Código enfoca também a possibilidade de nascimento de filho ainda após a morte do pai ou da mãe, no caso de fecundação homóloga e de embriões excedentários.

Poderia ter dado solução para várias questões, perdeu uma excelente oportunidade de fazê-lo, deixando assim de regulamentar, dentre outras, as circunstâncias para a promoção da procriação assistida.

⁴² BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. São Paulo: Saraiva, 2006, p 103.

⁴³ CÓDIGO Civil, 2006, p 436 - 437.

⁴⁴ VENOSA, Silvio Salvo (Org.). *Novo Código Civil Texto Comparado* : Código Civil de 2002 e Código Civil de 1916. São Paulo: Editora Atlas S. A., 2002. p. 413.

Certo, apenas, é que tais filhos são considerados havidos no casamento.

A Constituição Federal, de 1988⁴⁵, afastando aquele ranço de discriminação de outrora, estabeleceu a igualdade substancial entre os filhos, deixando claro, a importância da ligação entre pais e filhos para o desenvolvimento da sociedade, como se pode ver no art. 227, §6º, o qual determina que todos os filhos têm os mesmos direitos e qualificações, independente da origem ou situação jurídica dos pais.

Essa modificação constitucional é reflexo do estado social fático, composto, em grande parte, por casais não unidos por laços do matrimônio, demonstrando, assim, a força de um substrato da sociedade que conseguiu reunir poder suficiente para fazer regular, normativamente, as relações das quais fazem parte.

O artigo da Constituição Federal é considerado um princípio que proíbe quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90)⁴⁶, e o Código Civil, de 2002, seguem a Constituição, não permitindo diferença entre filhos havidos ou não do casamento, embora o Código Civil tenha mantido a presunção de paternidade apenas para os filhos concebidos na constância do casamento.

No direito de família contemporâneo, a filiação não decorre apenas da transmissão da carga genética (filiação decorrente do casamento), mas também é realizada através de mecanismos biológicos, legais ou afetivos, sem a possibilidade de tratamento diferenciado entre os referidos mecanismos.

Uma das características do Direito à Filiação é a de servir à realização pessoal e ao desenvolvimento da pessoa humana, isto é, afirmação da dignidade do homem.

A jurisprudência tem se manifestado a respeito, no mesmo sentido:

⁴⁵ BRASIL, Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2006, p 104.

⁴⁶ BRASIL. Lei nº 8.069, 1990.

O reconhecimento de paternidade é válido se reflete a existência duradoura do vínculo socioafetivo entre pais e filhos.

A relação socioafetiva é fato que não pode ser, e não é, desconhecido pelo Direito. [...] (VENOSA, 2003).⁴⁷.

A consanguinidade nem sempre foi fundamental para fixação dos laços de parentesco.

No Direito Romano, os membros da família eram determinados pela religião, ou seja, só eram considerados membros da família os integrantes que seguissem o mesmo culto do *pater familias*.

A paternidade tinha por fim perpetuar a família, independente do laço de consanguinidade existente.

Com o fortalecimento do Estado Romano, há redução da faculdade do patriarca aceitar como membros da família pessoas não ligadas por laços consanguíneos. A Igreja e o Estado passam a deter os privilégios outrora concedidos ao patriarca da família.

Com a evolução da sociedade e a necessidade de regulamentar situação fática existente, a Constituição Federal, de 1988, acolhe a isonomia como princípio basilar de reconhecimento dos filhos. Não há mais distinção teórica ou prática entre os filhos legítimos e ilegítimos, nem a possibilidade de se estabelecer hierarquia entre eles.

Verifica-se que a Constituição Federal valorizou a proteção da personalidade, além de proibir discriminações entre os filhos :

E seguindo essa mesma realidade o Código Civil⁴⁸, de 10 de janeiro de 2002, concebeu o direito de ser reconhecido os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, com os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação (art. 1596).

⁴⁷ VENOSA, 2003.

⁴⁸ Id., Ibid., p. 412.

Esse diploma legal, no artigo 1597, vai mais além ao criar a presunção de filiação de nascituros concebidos na constância do casamento:

I – nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II – nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

III – havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV – havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V – havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Vemos que o novo Código atual foi muito mais ousado que o anterior, admitindo que a presunção abrangesse os casos de separação judicial, de fecundação artificial até mesmo decorrente de embriões excedentários, até mesmo quando falecido o marido, e a doutrina já estende, como é obvio, já que em consonância com a Constituição Federal, quando falecido o companheiro.

Além desses, também possuem direitos sucessórios quando já nascidos ou concebidos, no momento da abertura da sucessão e podem ser contemplados por doação, valendo, se aceita, pelo seu representante legal do nascituro.

São critérios para se determinar a filiação, depois da Constituição de 1988: legal, biológico e afetivo.

4.2.1 Critério legal

Aquele estabelecido pelas presunções legais impostas pelo legislador.

Nessa linha, o Código Civil de 2002, mantendo a concepção de família patriarcal prevista na legislação anterior, determina no art. 1597:

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II - nascidos nos trezentos dias subsequentes após dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

O Código Civil estabelece, com relação à paternidade dos filhos gerados ou nascidos na constância do casamento, a presunção de que a mãe é indicada pelo parto e que o pai é marido dela.

Já a presunção estabelecida nos incisos I e II do Código Civil é relativa, uma vez que:

[...] tal conjectura foi estabelecida em razão dos deveres de fidelidade e coabitação que regulam o estatuto do casamento, e com uma finalidade específica, qual seja, a de proteger o

filho, concebido na constância do casamento, da insegurança de não saber quem é o pai. (VENOSA, 2002, p.412-413).⁴⁹

Também na procriação assistida, regulamentada nos incisos III, IV e V, aplica-se a presunção.

Procriação assistida é gênero, que abarca as espécies inseminação artificial e fertilização artificial (fertilização *in vitro*).

Inseminação artificial é o procedimento em que se realiza a fecundação no corpo da mulher, após a implantação do material genético.

Na fecundação artificial a concepção ocorre no laboratório e só depois há implantação dos embriões fecundados.

São dois os modos de ser dessa concretização da procriação: homóloga ou heteróloga. Na modalidade homóloga, o material genético utilizado é do próprio casal, com a expressa anuência de ambos. Já a modalidade heteróloga, utiliza-se o material genético de terceiro para que se possa realizar a concepção.

Fundamental a expressa anuência do marido, para que seja aplicada a presunção na fecundação heteróloga, é caso de filiação socioafetiva, pois o vínculo paterno-filial se formou no momento que forneceu o consentimento.

4.2.2 Critério Biológico

O critério biológico é fixado pelos critérios de consanguinidade, onde o filho é detentor dos genes dos pais. A filiação biológica está ligada à verdade biológica, que não anula o critério afetivo importante para se atribuir a filiação, já que na lição de Aguiar (2005)⁵⁰:

⁴⁹ Id., Ibid., p.412-413.

⁵⁰ AGUIAR, 2005.

[...] a busca pela realidade na filiação, [...], somente deve ser protegida quando há possibilidade de ser verificada. Dito de outro modo, somente a verdade passível de verificação, pode ser encampada como bem de direito. Tanto é assim, que não se garante a verbalização vã de um parentesco que não se possa conferir, nem se pode, por confissão de adultério, excluir paternidade reconhecida nos limites legais.

4.2.3 Critério Sócio Afetivo

Com a igualdade estabelecida, entre os filhos, com a promulgação da Carta Constitucional, de 1988, hodiernamente, o critério afetivo é o principal mecanismo de definição da filiação.

A filiação não mais se estabelece apenas, em face do critério biológico mas, sobretudo, em face do vínculo afetivo, conforme foi dito, que atende ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e aos princípios do melhor interesse da criança e da paternidade responsável. Isso porque a paternidade biológica não consegue substituir a convivência necessária para a construção de laços afetivos.

Nesse sentido, o enunciado 256 da III Jornada de Direito Civil determina: “Art. 1.593: A posse do estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil.”⁵¹

A dignidade da pessoa humana, enquanto vetor do ordenamento jurídico, Ninguém pode atentar contra este princípio constitucional (art. 1.º, III, CF)⁵², visto que o mesmo possui uma carga axiológica bastante elevada.

[...] os bioeticistas devem ter como paradigma o respeito à *dignidade da pessoa humana*, que é o fundamento do Estado Democrático de Direito (CF, art. 1.º, III) e o cerne de todo o

⁵¹FARIAS, Cristiano Chaves. *Direito das famílias*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

⁵² BRASIL, Constituição (1988), p. 9.

ordenamento jurídico. Deveras, a pessoa humana e sua dignidade constituem fundamento e fim da sociedade e do Estado, sendo o valor que prevalecerá sobre qualquer tipo de avanço científico e tecnológico. Consequentemente, não poderão bioética e biodireito admitir conduta que venha a reduzir a pessoa humana à condição de coisa, retirando dela sua dignidade e o direito a uma vida digna. (DINIZ, 2002, p.9)⁵³

A dignidade da pessoa humana é a mola propulsora dos valores sociais não podendo, por isso, ser desprezada pelos bioeticistas.

Nessa esteira, Otero (1999)⁵⁴ traz exemplos da legislação portuguesa, que busca resguardar o direito à dignidade da pessoa humana em detrimento da liberdade técnico-científica.

Como resultado expresso do próprio artigo 26.º, n. 3, da Constituição, a liberdade de criação e desenvolvimento tecnológico e a liberdade de experimentação científica - tal como, esclareça-se, qualquer outro tipo de liberdade - não são ilimitadas, antes se encontram condicionadas a respeitar dois valores:

A dignidade de cada pessoa humana
A identidade em genética do ser humano.

Continuando o seu raciocínio, o autor português ainda adverte:

Neste sentido, a denunciada tendência da moderna investigação científica ser conduzida sem qualquer alusão a uma visão moral ou ética, levando certos cientistas a defenderem a pesquisa como um fim em si mesma, isto sem 'meterem, no centro dos seus interesses, a pessoa e a globalidade da sua vida', mostra-se agora contrariada pelo imperativo constitucional no âmbito da pesquisa biomédica: a

⁵³ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 2. ed. aum.e atual. São Paulo : Ed. Saraiva, 2002.

⁵⁴ OTERO, Paulo. *Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: um perfil constitucional da Bioética*, Coimbra: Almedina, 1999.

liberdade de criação, a liberdade de desenvolvimento tecnológico e a liberdade de experimentação científica não são ilimitadas, antes se encontram teleologicamente orientadas ao serviço do homem e condicionadas a respeitar dignidade e a identidade de cada ser humano. (OTERO, 1999)⁵⁵.

O ser humano deve ser tratado como valor final do ordenamento, constituindo, portanto, eixo do sistema jurídico.

⁵⁵ Id., Ibid.

5 A INSEMINAÇÃO *POST MORTEM* NO DIREITO BRASILEIRO

A família consagrada pela Constituição Federal de 1988, artigo 226, tem sua origem na união entre homem e mulher através do casamento formal ou do reconhecimento como entidade familiar da união estável (artigo 226, § 3º), é a base da sociedade e merecedora de especial proteção do Estado.

Essa forma de constituir família onde o filho é o resultado comum do relacionamento entre sexos opostos, foi, durante muito tempo, a única existente.

A evolução da Medicina trouxe consigo mudança de paradigma para o campo da família, existindo hoje além da filiação biológica a filiação jurídica.

As técnicas científicas de reprodução assistida representam uma revolução na medida em que permitem gerar uma nova vida sem a condição elementar da relação sexual.

Portanto, a inseminação artificial, ou fertilidade assistida, trouxe à discussão várias situações inusitadas, que podem, efetivamente, ocorrer no mundo jurídico. No Código Civil Brasileiro precipitam questões controvertidas, dentre elas, as que dizem respeito ao direito à filiação.

Agora, os filhos não são mais apenas resultados da união sexual, pois podem provir de inseminação artificial homóloga ou heteróloga ou da fertilização *in vitro*.

Na inseminação homóloga o material genético pertence ao par. É utilizada nas situações em que o casal possui fertilidade, mas não é capaz da fecundação por meio do ato sexual. A gravidez da mulher casada decorrente de inseminação artificial leva à suposição de paternidade (CC 1.597). Na inseminação heteróloga, o esperma é doado por terceira pessoa. É utilizado nos casos de esterilidade do marido. Tendo havido prévia autorização *pater est* (CC 1.597, V).

Albuquerque Filho assevera que as novas técnicas de inseminação artificial possibilitam a ocorrência de filiação biológica após a morte do autor da sucessão, de forma que o homem ou mulher que houver conservado material genético, esperma

ou óvulo, poderá possibilitar que terceiros, especialmente o cônjuge ou companheiro, utilize-se do mesmo, após o seu falecimento.

No caso da técnica conceptiva *post mortem*, sequer há embrião, no momento do falecimento do ex-cônjuge ou ex-companheiro, de modo que a hipótese sob apreciação não envolve a problemática dos embriões excedentários, inclusive no que for pertinente à presunção referida no art. 1597, V, do Código Civil.

Todavia, imperioso observar que o problema não existe apenas para os casos relativos à filiação. Surgem outras indagações no campo do direito sucessório. Sobre o tema, Moreira Filho, apud (ALDROVANDI, FRANÇA 2002)⁵⁶, assegura que pelo fato de a concepção se dar após o falecimento da pessoa que forneceu o gameta, não há que se falar em direitos sucessórios a crianças.

É dizer, para a compreensão da vocação hereditária e sua interpretação, de acordo com o art. 1.798, do codex civilista, deve levar em conta, a simultaneidade de existência entre o herdeiro concebido e o autor da sucessão.

Ferdinandi e Casali (2007)⁵⁷ afirmam que, ante a ausência, no Brasil, de legislação específica sobre o tema, o Conselho Federal de Medicina apresenta suas normas através da Resolução nº 1.358/92. Albuquerque Filho também noticia o fato de no Brasil inexistir legislação proibitiva ou lei admitindo a prática de inseminação *post mortem*.

Percebe-se, portanto, que a criança havida por inseminação artificial *post mortem* nasce desprotegida de alguns direitos, e seu nascimento traz consigo problemas jurídicos enormes. Neste ponto crucial, tem-se os questionamentos alçados por Ferdinandi e Casali (2007)⁵⁸ “Seria justo fazer nascer um órfão, em

⁵⁶ ALDROVANDI, Andrea; FRANÇA, Danielle Galvão de. A reprodução assistida e as relações de parentesco. *Jusnigandi*, Teresina, ano 6. n. 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.aps?id=3127>>. Acesso em: 06 jan. 2009.

⁵⁷ FERDINANDI, Marta Beatriz T. CASALI, Nely Lopes. A personalidade do Embrião e do Nascituro e as implicações jurídicas da reprodução humana assistida no direito brasileiro. *Revista Jurídica Cesumar*, [S.l.], v. 7, n. 1, p. 97-117, jan/jun 2007.

⁵⁸ Id., Ibid.

situação diferenciada? Como poderia adquirir todos os direitos que lhe são inerentes?”

Adentrando na abordagem acerca da inseminação heteróloga surge uma grande problemática, haja vista as inúmeras complicações existentes e a ausência de manifestação jurídica doutrinária sobre a questão. Inclusive, esta técnica de inseminação encontra-se em total conflito com o quanto estabelecido pelo Diploma Civil, precisamente no que concerne à presunção de paternidade.

É dizer, são tantas as complicações decorrentes da inseminação póstuma, que o assunto tornou-se questão de debates nos diversos ordenamentos jurídicos. Há, inclusive, quem exija que a mulher, para submeter-se ao procedimento de fecundação, mantenha-se no estado de viúva.

5.1 A INSEMINAÇÃO POST MORTEM NO DIREITO DE FAMÍLIA

Questiona-se o procedimento da aplicação da técnica ao ser humano quanto à idoneidade moral e ética. Se o embrião é ser humano vivo, o congelamento fere a sua dignidade humana, já que sua existência fica subordinada à manipulação e decisão de outro indivíduo, o que lhe reduz a natureza jurídica de embrião à coisa.

Necessário e oportuno trazer à colação excerto da doutrina de Leite (apud ALBUQUERQUE FILHO, 2006)⁵⁹, que observa:

[...] quando a criança concebida por inseminação *post mortem*, ou seja, criança gerada depois do falecimento dos progenitores biológicos, pela utilização de sêmen congelado, é situação anômala, quer no plano do estabelecimento da filiação, quer no direito das sucessões.

⁵⁹ ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. Fecundação Artificial *Post Mortem* e o Direito Sucessório. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 5., São Paulo. São Paulo: IOB Thomson, 2006.

Afirma o autor que nesta hipótese a criança não herdaria do pai porque no momento da abertura na sucessão não estava nascida.

Todavia, adentrando no tópico da inseminação artificial *post mortem*, surgem dúvidas no que se refere à filiação. Isto porque a esposa (viúva) será fertilizada com os espermatozóides de uma pessoa (marido) falecida.

Ora, o artigo 1597, inciso III, do Código Civil⁶⁰ estabelece que:

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: [...]

III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

Portanto, fica assegurada a filiação da criança gerada através da inseminação *post mortem*, independente do momento em que ocorra o seu nascimento.

Entretanto, não existe apenas o problema relativo à filiação. Surgem outras indagações no campo do direito sucessório. Sobre o tema, Moreira Filho⁶¹ (apud ALDROVANDI, FRANÇA, 2009) assegura que pelo fato de a concepção se dar após o falecimento da pessoa que forneceu o gameta, não há que se falar em direitos sucessórios a crianças.

Neste ponto, verifica-se o choque entre a regra que determina a presunção da paternidade dos filhos havidos, a qualquer tempo, decorrentes de inseminação artificial homóloga, quando utilizados embriões excedentários, e aquelas que estabelecem que a sucessão abre-se com a morte, quando os direitos e deveres são transmitidos aos herdeiros, os quais devem já estar nascidos ou concebidos. Entretanto, cumpre esclarecer que existem doutrinadores que defendem os direitos sucessórios à criança, desde que seja mediante testamento.

⁶⁰ BRASIL. *Código civil*, op. cit.

⁶¹ MOREIRA FILHO apud ALDROVANDI, FRANÇA, op. cit

Aliás, cumpre trazer à colação entendimento já codificado, inserto no art. 1799 do Codex Civil⁶²:

Art. 1.799. Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder:

I - os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão [...]

Vê-se, portanto que o direito da criança nascida por inseminação artificial *post mortem* estará garantido, desde que, o *de cujus* tenha deixado testamento.

Adentrando na abordagem acerca da inseminação heteróloga, surge uma grande problemática, haja vista as inúmeras complicações existentes e a ausência de manifestação jurídica doutrinária sobre a questão. Inclusive, esta técnica de inseminação encontra-se em total conflito com o quanto estabelecido pelo Diploma Civil, precisamente no que concerne à presunção de paternidade.

São tantas as complicações decorrentes da inseminação póstuma, que o assunto, repise-se, tornou-se questão de debates nos diversos ordenamentos jurídicos.

Aliás, diversos órgãos internacionais que tratam do controle ético da reprodução assistida emitem opinião no sentido de que a técnica deveria ser utilizada apenas como auxiliar da concretização de um projeto parental, o que implicaria na consideração não só do desejo dos candidatos a pais, mas, e principalmente, dos interesses do futuro ser humano que vier a ser concebido.

Posto isto, surge à indagação do que seja efetivamente a inseminação artificial póstuma. Para Aguiar (2005)⁶³, as técnicas biogenéticas de reprodução constituem uma faceta da sociedade de nossos dias, provocando um novo paradigma social.

⁶² **NOVO CÓDIGO** Civil Texto Comparado. Código Civil de 2002 e Código Civil de 1916. (Org.)Silvio de Salvo Venosa. São Paulo: Editora Atlas S. A., 2002. p.456.

⁶³ AGUIAR, op. cit.

Na reprodução humana assistida, os profissionais devem sempre levar em consideração os princípios básicos da bioética, quais sejam:

- A autonomia: que se inspira no respeito ao outro e na dignidade da pessoa humana.
- A beneficência e não-maleficência: que significam que o médico deve evitar provocar danos aos seus pacientes, maximizando os benefícios e minimizando os riscos possíveis, buscando sempre o seu bem-estar.
- A justiça: que propõe a imparcialidade na distribuição dos riscos e dos benefícios, levando-se em conta as desigualdades entre as pessoas, sejam sociais, morais, físicas ou financeiras e, também, a dignidade da pessoa humana e a recusa total a qualquer tipo de violência.

Os profissionais que lidam com reprodução humana assistida devem cercar-se de todos os cuidados médicos e legais para que os reflexos futuros estejam amparados e sejam aqueles esperados pelos participantes, tanto médicos quanto pacientes. Entretanto, a grande parte das legislações alienígenas, que aceitam a inseminação póstuma, afasta qualquer direito sucessório da criança.

Giorgis (2005)⁶⁴ afirma que ao consagrar a inseminação póstuma feita com o esperma varonil, o problema parece residir na possibilidade de concepção acontecer após o falecimento e o nascimento superar os 300 dias seguintes à dissolução da sociedade conjugal pelo óbito, eis que dispositivo legal inibe a presunção de paternidade além deste prazo (CC, artigo 1.597, II).

Ora, saber se a vontade de procriar deve ser protegida para além da morte, é tema que divide os doutrinadores em duas correntes básicas.

Aguiar (2005)⁶⁵ informa que na inseminação artificial *post mortem*, a morte funciona como causa revogadora da permissão ao emprego da técnica médica, pois,

⁶⁴ GIORGIS, José Carlos Teixeira. *A inseminação póstuma*. Disponível em: <<http://www.espacovital.com.br>> . Acesso em: 02 jun. 2008.

⁶⁵ Id., Ibid.

cada uma das declarações individuais somente tem relevância jurídica quando, e se, unida à outra em uma única manifestação de vontade.

Para compreensão da vocação hereditária e sua interpretação de acordo com o artigo 1.798, do Código Civil, deve-se levar em conta, em princípio, a simultaneidade de existência entre o herdeiro concebido e o autor da sucessão. Guilherme Calmon doutrina que “[...] tal regra é inserida no âmbito do artigo 1.798, do Código Civil, de forma mais técnica porque se refere tanto à sucessão legítima quanto à sucessão testamentária [...]”.

O que se percebe é que as novas técnicas de inseminação artificial possibilitam a ocorrência material de filiação biológica após a morte do autor da sucessão, de modo que o homem ou a mulher que houver conservado material genético, espermatozoides ou óvulo, poderá possibilitar que terceiro, especialmente o cônjuge ou companheiro, utilize-se do mesmo após o seu falecimento. Nessa acepção registra Calmon (2003)⁶⁶:

[...] é possível que o sêmen, o embrião, e também o óvulo – quanto a este, as experiências científicas são mais recentes – possam ser criados preservados, ou seja, armazenados através de técnicas próprias de resfriamento e congelamento, o que possibilita, desse modo, que mesmo após a morte da pessoa seu material fecundante possa ser utilizado, em tese, na reprodução medicamente assistida.

Todavia, quanto ao assunto do presente trabalho, qual seja: inseminação póstuma, quer dizer inseminação após a morte do companheiro, cujo sêmen fora coletado quando este ainda era vivo, as discussões ficam acirradas. Aliás, são tantas as complicações que podem surgir com a inseminação póstuma, que o assunto tornou-se questão de debates nos diversos ordenamentos jurídicos. A inseminação póstuma, não é vista com bons olhos no sentido ético da palavra.

⁶⁶ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

Ao abrigar a inseminação póstuma no Brasil, não se pode descartar a hipótese de que, aberta a sucessão, compartilhados os bens do *de cuius*, com o inventário concluído, apareça tempos depois um filho com capacidade para postular seu quinhão hereditário.

O cerne do assunto reside no fato da falta de parâmetros iniciais para o controle dos processos experimentais de manipulação genética, que fez surgir a Bioética. Segundo Hryniewicz, (*apud* VALENTE, [2008])⁶⁷, Bioética é o "estudo interdisciplinar, ligado à Ética, que investiga, nas áreas das ciências da vida e da saúde, a totalidade das condições necessárias a uma administração responsável da vida humana em geral e da pessoa humana em particular". A disciplina nasceu justamente da necessidade de se exercer um controle da utilização crescente de tecnologias nas práticas biomédicas, em especial as que têm por finalidade a manipulação da vida humana.

Uma das questões mais relevantes quando o assunto em foco é a inseminação póstuma, segundo Giorgi, (*apud* VALENTE, [2008]), é que a criança assim nascida não se beneficia de uma estrutura biparental de filiação. Ela fica condicionada a uma família unilinear ou monoparental. "[...] o filho já nasce órfão de pai, o que afetará seu pleno desenvolvimento, pois paternidade e maternidade constituem valores sociais eminentes [...]", destaca.

Na visão de organismos internacionais que tratam do controle ético da reprodução assistida, a triangulação – pai, mãe e filho – na formação da família, deve ser completa para a utilização dos métodos não naturais de concepção, não sendo aceita a ausência de qualquer dos componentes.

Aguiar⁶⁸ adverte haver a supressão do inciso III do art. 1597, porque a morte opera como "[...] revogação do consentimento prestado e, portanto, o concebido será filho apenas do cônjuge sobrevivente". E continua: "[...] a procriação resultante do desejo unilateral foge à bilateralidade que caracteriza o autêntico projeto parental

⁶⁷ VALENTE, Cláudia Maria dos Santos. *Inseminação póstuma: complicações jurídicas*. Disponível em: < www.r2direito.com.br>. Acesso em 27 mar. 2008.

⁶⁸ AGUIAR, 2005, p 16.

e, pois, não pode provocar efeitos em relação a quem não se manifestou, ao tempo da inseminação artificial, pela assunção desse desiderato”. (AGUIAR, 2005)

Isso porque o artigo do Código Civil apenas protege a mulher, impedindo o viúvo de exercer o mesmo direito de utilizar embriões excedentes, já que, nesse caso, “ [...] teria o pai que se valer de uma mulher para exercer o papel de mãe portadora, e que seria reconhecida, pelo parto, como mãe da criança, à minguada de expresse regramento para a presunção referente também à maternidade”.⁶⁹

A reprodução assistida traz em seu bojo tantos problemas jurídicos que se torna oportuno e imprescindível trazer à baila o caso Corine e Alain⁷⁰, *in verbis*:

Em agosto de 1981, Corine Richard e Alain Parpallaix uniram-se e poucas semanas depois da união surgiram sintomas de câncer nos testículos de Alain, que, antes de submeter-se à quimioterapia, que o ameaçava com a esterilidade, optou por depositar seu esperma numa clínica de conservação de sêmen, para uso futuro.

Corine e Alain casaram-se *in extremis*, mas dois dias depois da cerimônia o varão faleceu; alguns meses depois Corine compareceu à clínica para ser inseminada com os gametas de seu finado esposo, mas os responsáveis pela empresa recusaram o pedido, por falta de previsão legal.

A jovem bateu às portas do Tribunal de Créteil, França, onde se discutiu a titularidade das células e a existência de um contrato de depósito que obrigaria o centro a restituir o esperma, alegando os médicos que não se cuidava de pacto de entrega, na medida em que o material da pessoa morta é uma coisa fora do comércio e, no território francês, não havia lei que autorizasse a fecundação póstuma.

Depois de longo debate, a decisão do tribunal condenou a clínica a devolver à viúva o sêmen reclamado, impondo uma cláusula penal por eventual demora.

Infelizmente a inseminação não teve sucesso, pois os espermatozoides já não mais estavam potencializados para a fecundação. Este caso ficou conhecido mundialmente como o “Affair Parpallaix”. Foi a partir dele que os países começaram a se preocupar com o destino do material coletado para inseminação artificial, principalmente após a morte do doador. (LEITE, [2000]).

⁷⁰ LEITE, Gisele. Consequencias da inseminação artificial depois da morte do pai. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2002-mai-14/pais_lei_inseminacao_morte_pai>. Acesso em: 14 jul. 2008.

Discorrendo sobre o caso *sub examine* Giorgis (2005)⁷¹ assegura que a possibilidade de aproveitamento do material depositado para uso depois da morte do doador é assunto controvertido nos diversos ordenamentos jurídicos.

Além disso, noticia que o procedimento é vedado nas legislações alemã, sueca, francesa; as regras espanholas também a proíbem, embora garanta os direitos do nascituro, desde que haja declaração feita em escritura pública ou testamento; as normas inglesas a aceitam, mas sem direitos hereditários, salvo documento expresso; a lei portuguesa também o interdita, seja no casamento ou na união de fato.

5.2 A PROTEÇÃO DA PESSOA GERADA POR INSEMINAÇÃO *POST MORTEM* NO DIREITO DE FAMÍLIA E NO DIREITO SUCESSÓRIO

Aplicando ao princípio Constitucional da Igualdade entre os filhos, tem-se que a presunção da paternidade na fecundação artificial homóloga, ainda que falecido o marido, necessária observância do art. 1.697, inciso III do Código Civil, que prevê a fecundação póstuma.

Em sistemas jurídicos como o brasileiro, onde a igualdade entre os filhos está amparada constitucionalmente, (art. 227, §6º da CF/88), não se poderia admitir legislação infraconstitucional restritiva de direito do filho concebido mediante fecundação artificial *post mortem*. Aliás, tal situação não encontra guarida constitucional, ao contrário, o legislador constitucional não previu exceção ao princípio da igualdade dos filhos.

Como anteriormente apontado, a deliberação acerca da criopreservação de gametas está prevista na Resolução 1.358/92, do Conselho Federal de Medicina, item V.1.

⁷¹ GIORGIS, 2005.

Não é o fato da pré-morte de um dos genitores que vai afastar aprioristicamente o direito do nascido, mediante inseminação artificial póstuma, por ter consignado em sua certidão originária o nome dos pais, embora eventualmente um já haja falecido. O direito à reprodução é reconhecido como direito fundamental, embora não absoluto, assim como os demais direitos fundamentais; todavia, dentro da perspectiva familiar, [...], é livre a decisão do casal.

O artigo 1.597, em seus incisos III e IV, estabelecem a presunção de paternidade em casos de reprodução assistida homóloga – isto é, com material genético do próprio casal.

Em face das preocupações trazidas pela questão sub examine, Farias e Rosenvald noticiam que foi consolidado entendimento, na **Jornada de Direito Civil (2005)**⁷², que para a incidência da presunção de paternidade:

[...] a mulher que se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja ainda na condição de viúva, devendo haver ainda autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte.

No entanto, inobservadas tais prescrições, não incidirá a presunção *pater is est*. O filho, entretanto, poderá ajuizar ação de investigação de paternidade *post mortem* para obter o reconhecimento de seu estado afiliatório. É dizer, o direito de família está, portanto, garantido.

Tocante ao Direito Sucessório os mesmos autores informam, como a maior parte da doutrina, a necessidade de advertir que, o Código Civil não ampara o filho nascido após a morte, desconsiderando-o como herdeiro. Ou seja, será reconhecido como filho, todavia, não será seu herdeiro legítimo. Poderá, contudo, ser beneficiado por testamento deixado pelo pai em favor da prole eventual (art. 180, § 4º, CC), desde que, tenha sido concebido no prazo de dois anos, contados a partir da data

⁷² JORNADA DE DIREITO CIVIL, 2005.

do óbito (abertura da sucessão), sob pena de caducidade da disposição testamentária.

Noutro viés, Albuquerque Filho (2006)⁷³ filiou-se à corrente chamada de inclusiva, que reconhece plenos efeitos à inseminação artificial *post mortem*, admitindo iguais direitos na seara do direito de família e no âmbito das sucessões, àquele nascido mediante a técnica.

No que concerne à proteção dos embriões excedentários, que são aqueles que sobejaram, remanesceram, de uma fertilização assistida realizada anteriormente, que não foram implantados no útero da mulher, podem ser congelados até ser decidido o seu destino.

Os embriões excedentários serão preservados pelo prazo mínimo de três anos, se outro maior não foi convencionado contratualmente pelas partes, em consonância com o art. 5º da Lei de Biossegurança.

⁷³ ALBUQUERQUE FILHO, 2006.

6 CONCLUSÃO

A indefinição jurídica quanto à manipulação de embriões é o que dá margem a muitas discussões sobre o momento de início da vida e sua inviolabilidade.

Embora tenhamos a Resolução 1.358/1992 do Conselho Federal de Medicina que regula a procriação artificial, no âmbito dos profissionais da área de saúde, a fertilização assistida é bastante utilizada no Brasil, e a sua legalidade advém do princípio acatado pelo direito, segundo o qual, o que não está juridicamente proibido está juridicamente facultado.

É importante que o embrião seja protegido juridicamente, através de disposições normativas que salvaguardem a sua tutela, a fim de que lhe seja afastada a condição de coisa e resguardado o seu significado, enquanto origem da vida humana⁷⁴.

A questão da inseminação *post mortem* é tida não só no Brasil como em outros países, como nebulosa, sendo que o drama maior a ser enfrentado é quanto ao direito da criança de não ter sua descendência decapitada.

É cediço, não há legislação específica sobre o tema. É dizer, o Direito deixou de regulamentar o tema *sub examine*, restando inobservada a necessidade de criação de legislação pertinente, a dificultar e obstruir o trabalho da própria justiça.

Em sendo a justiça brasileira incipiente, há lacunas nas questões do uso e avanços da biotecnologia e manipulação genética, a ensejar inúmeras dúvidas quanto ao ato jurídico do processo investigativo da filiação.⁷⁵

⁷⁴ “[...] como realçado anteriormente, entre a pessoa e a coisa não há uma relação de uniformidade, mas de dominação do ente humano sobre o objeto. Essa prevalência não pode ser, entretanto, estendida à esfera da procriação assistida, quer por não ser o embrião humano coisa, quer porque essa dominação estaria em desacordo com o princípio da dignidade humana”, Cf. AGUIAR, 2005, p. 53.

⁷⁵CARNEIRO, Valnêda Cássia Santos. *Filiação e Biotecnologia: questões novas na tutela jurídica da família*. Salvador: Romanegra, 2008, p. 116.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)⁷⁶ – estabelece que o direito à filiação é indisponível e imprescritível. Logo, toda criança deve ter assegurada a possibilidade de conhecer seus ascendentes, o que não poderá ocorrer com relação à criança nascida por meio da inseminação póstuma. Esse problema, não há como negar, jamais encontrará uma solução legislativa.

É um dilema crucial, pois, se de um lado, tem-se o direito da viúva de gerar um filho do seu falecido companheiro – quando em verdade esse era o sonho do casal, diga-se, interrompido por morte prematura –, na outra vertente, tem-se o direito da criança, amparado por legislação específica, de conhecer seus ascendentes. Tais questões levam a uma discussão infundável que confronta duas ciências importantes: a Ética e o Direito.

Todavia o que é inaceitável é a dessimetria existente, hoje, entre o Direito e a Ciência. Enquanto a tecnologia avança em uma rapidez assustadora (e o avanço tecnológico depende da imaginação do homem para seguir seu curso) o direito depende de decisões políticas, e, ressalte-se, decisões desse tipo são sempre difíceis de engendrar-se.

Ao discorrer sobre os temas ciência e tecnologia, dois sentimentos vêm à tona, quais sejam: o religioso e o ideológico. Ambos estão intimamente ligados a questões políticas. Porém, uma coisa é certa: a construção do Direito Objetivo deriva, necessariamente, da evolução natural da sociedade.

O especialista em biodireito, Marques (apud VALENTE, 2008)⁷⁷, define com clareza esse distanciamento entre o Direito e a tecnologia:

O Direito não pode responder de imediato às mudanças que ocorrem na sociedade porque as mudanças são voláteis. Uma hora elas pendem para um lado, outra hora elas pendem para o outro. E o Direito tem de estar alicerçado em bases firmes. É necessário que os avanços tecnológicos se sedimentem para que o Direito discipline isso.

⁷⁶ BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L8069.htm>> . Acesso em: 20 jun. 2008.

⁷⁷ MARQUES apud CARNEIRO, op. cit.

A inseminação *post mortem* necessita de normas disciplinadoras temporais, éticas e protetivas, sem abandono do direito do pretense pai de expressar sua vontade quanto a uma possível paternidade póstuma.

A questão abordada clama pela atenção dos legisladores no sentido de normatização do tema da inseminação póstuma, que, se hoje é técnica pouco usada, em caso de viuvez precoce, a aceleração da tecnologia leva-nos a crer que, muito em breve, será uma prática utilizada em grande escala.

Mas como dito, necessários à observância dos princípios basilares da Carta Magna vigente: a dignidade da pessoa humana, a igualdade entre todos, o respeito à vida. Igualmente, na consecução do presente estudo, norteamo-nos pelos princípios da bioética, quais sejam: a autonomia, a beneficência, não-maleficência e a justiça.

Portanto, a fecundação artificial *post mortem*, repise-se, é procedimento não regulamentado na legislação constitucional ou infraconstitucional vigente no Brasil. Ora, diante da possibilidade material da utilização dessa técnica, necessária a compreensão da vocação hereditária, através da interpretação do artigo 1.798, do Código Civil, diante da perspectiva da inseminação póstuma.

Trata-se, conforme exposto no Capítulo 5, de técnica de fecundação artificial homóloga, pois através da inseminação *post mortem* é utilizado o material genético do casal, casado ou em união estável, com a particularidade de que um dos genitores já se encontra falecido.

Outro aspecto, que esperamos ter podido demonstrar, diz respeito à estrita necessidade do consentimento expresso do autor da herança, manifestado em vida, através de ato autêntico ou por testamento; de outro lado, como foi visto, é preciso que o cônjuge ou companheiro sobrevivente continue na condição de viúvo, ou não tenha constituído uma outra união estável, a fim de evitar a confusão de paternidade.

Vimos como atingida a fecundação *post mortem* – envolvendo um casal casado – surge à presunção de paternidade, prevista no artigo 1.597, inciso III, do Código Civil, regramento que se aplica à união estável, desde que devidamente demonstrada a sua existência e não havendo litígio sobre a materialização da referida entidade familiar⁷⁸.

A criança assim concebida e gerada tem, conforme foi apontado, iguais direitos de família e de sucessões em comparação com os herdeiros da mesma classe e do mesmo grau, ou seja, é filha do falecido e do cônjuge ou companheiro sobrevivente, em atenção ao princípio constitucional da igualdade de filiação, previsto no artigo 227, § 6º, da Constituição Federal, corroborado pelo artigo 1.596, do Código Civil⁷⁹.

No domínio do direito das sucessões a interpretação da vocação hereditária, regulamentada no artigo 1.798, do Código Civil, deve observar que o legislador não previu a possibilidade de uma pessoa falecida poder gerar um filho, através da utilização do seu material genético crioconservado, de sorte que não havendo expressa vedação legal, segundo supomos, deve o intérprete compatibilizar essa nova perspectiva com os princípios constitucionais da igualdade da filiação e da liberdade do planejamento familiar, previstos nos artigos 227, § 6º, e 226, § 7º, da Constituição Federal.

O planejamento familiar, de livre deliberação do casal, ocorre com a manifestação de vontade em vida, inclusive quanto à realização de um projeto parental, mas pode por circunstâncias alheias à vontade dos partícipes ser efetivado *post mortem*, viabilizando o nascimento de uma criança por inseminação póstuma.

Objetivando não permitir que se prolongue indefinidamente a perspectiva da fecundação *post mortem* entende-se que deverá o falecido haver estabelecido, por documento escrito ou através de testamento, prazo, não superior a dois anos, para

⁷⁸ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. Fecundação Artificial *Post Mortem* e o Direito Sucessório. In Família e Dignidade Humana. Anais. V Congresso Brasileiro de Direito de Família. PREIRA, Rodrigo da Cunha (coord). São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 188.

⁷⁹Ibidem.

realização do procedimento e concepção de sua prole eventual, caso contrário, há de se aplicar, por analogia, o prazo máximo de dois anos, previsto para concepção da prole eventual de terceiro, beneficiada na sucessão testamentária, de acordo com o artigo 1.799, inciso I, c/c artigo 1.800, § 4º, do Código Civil.

Estamos convictos de que a possibilidade de não se reconhecer direitos à criança concebida mediante fecundação artificial *post mortem* pune, no dizer de Albuquerque Filho⁸⁰, em última análise, o afeto, a intenção de ter-se um filho com a pessoa amada, embora eventualmente afastada do convívio terreno. Pune-se o desejo de ter-se um filho, de realizar-se um sonho. Pune-se o amor que transpõe barreiras temporais, o amor perene, o amor verdadeiro, a fim de se privilegiar supostos direitos – patrimoniais – dos demais herdeiros. Tal perspectiva vai de encontro aos modernos princípios do direito de família, especialmente aos princípios da igualdade de filiação, da afetividade e da dignidade da pessoa humana.

Enfatizando aspecto já observado e delineado, a fecundação ou inseminação homóloga é realizada com sêmen originário do marido. A fecundação ou inseminação *post mortem* é realizada com embrião ou sêmen conservado, após a morte do doador, por meios de técnicas especiais.

Ora, conforme temos expectativa de termos podido demonstrar o tema *sub examine* é por demais polêmico, abarcando diversos setores sociais. Pode-se, assim, afirmar a existência de duas correntes que se posicionaram sobre o objeto em foco:

- a defesa da não possibilidade da inseminação ante o argumento de que a criança nasceria sem a perspectiva da presença paterna;
- a defesa da inseminação após a morte do doador, atrelando, todavia, a sua possibilidade ante a expressa concordância do cônjuge (falecido).

A questão abordada apela à atenção dos legisladores no sentido de normatização do tema da inseminação póstuma, que, se hoje é técnica pouco

⁸⁰Id., Ibid.

utilizada, o acelerado processo da tecnologia nos leva a acreditar que muito em breve será uma prática muito usada.

É certo, como bem observado por Martim (2004)⁸¹, que o avanço tecnológico não poderá ser evitado, nem tampouco paralisado. Se assim o fosse, seria como impedir as ondas do Pacífico de banharem a costa oeste. A reprodução assistida é uma realidade, “[...] uma onda no mar biotecnológico, que não pode ser evitada, nem enxugada.”

A vida é considerada como o maior valor humano e bem jurídico: o maior bem jurídico, e, em termos de Direitos Humanos, é o primeiro a ser reconhecido e respeitado; quer corresponda a valor humano, quer em correlação a bem jurídico.

Sérgio Ferraz⁸², (apud MIOTTO, 2007), assegura que: “[...] uma coisa é indiscutível: desde o zigoto, o que se tem é vida, *diferente* do espermatozóide e do óvulo; vida diferente do pai e da mãe, mas *vida humana*, se pai e mãe são humanos.”

Ora, socorrendo-se das palavras de Andrade (2008)⁸³, como fonte inesgotável de controvérsia, é de pautar-se, ao final, por um discurso comprometido com o olhar ético, humanista e, inclusive, respeitando-se as convicções espirituais circundantes.

⁸¹MARTIN, Ana Paula Nascimento. Reprodução Medicamente Assistida e Destinação dos Embriões Excedentes. *Revista Jurídica da Seção judiciária do Estado da Bahia*, ano. 3, n. 4., dez. 2004. p. 102-118.

⁸² FERRAZ apud MIOTTO, Amida Bergamini. *O direito à vida: desde que Momento?* Disponível em: <www.providafamilia.org.br/doc.php?doc=doc26298>. Acesso em: 03 set. 2007.

⁸³ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. *Revista CCJ*, n. 30., Ano 16, jun.1995. p. 24-36. Disponível em: <<file:///Platao/www/arquivos/RevistasCCJ/Seque>> . Acesso em: 29 mar. 2008.

As maiores dificuldades a serem enfrentadas com a questão da inseminação *post mortem*, como foi identificado, consistem na existência ou não dos direitos da criança nascida desta técnica. E esta não é uma realidade apenas brasileira.

É sabido, e defensável, que a toda criança deve ser assegurada a possibilidade de conhecer seus ascendentes. Todavia, isto não será possível com as crianças nascidas através da inseminação póstuma.

Em assim sendo, segundo supomos, o direito que se encontra órfão de legislação específica sobre o tema, deveria aplicar as técnicas de reprodução humana assistida, agasalhando os princípios da bioética e os princípios constitucionais, e principalmente, incentivando o governo a “criar uma legislação séria, embasada em cânones éticos, decorrentes de uma discussão ampla com todos os setores da sociedade civil.” (FERDINANDI; CASALI, 2007, p.115)⁸⁴

Todavia, tais argumentos não merecem prosperar. Isto porque, a satisfação do desejo de paternidade ou maternidade não justificaria o desrespeito à dignidade do ente procriado, que é detentor de personalidade jurídica e como tal tem a possibilidade de escolha se quer ou não nascer órfão de pai.

E, como bem dito por Moraes (2005, p.124-125)⁸⁵:

A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente a pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

⁸⁴ FERDINANDI; CASALI, 2007, p. 115.

⁸⁵ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. Jurídico Atlas. Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional. 5. ed. – São Paulo: Atlas, 2005, pp. 124-125.

Arrematando, oportuna transcrição do entendimento de que:

[...] a dignidade, na sua perspectiva assistencial (protetiva) da pessoa humana, poderá, dadas às circunstâncias, prevalecer em face da dimensão autonômica, de tal sorte que, todo aquele a quem faltarem as condições para uma decisão própria e responsável (de modo especial no âmbito da Biomedicina e Bioética) poderá até mesmo perder – pela nomeação eventual de um curador ou submissão involuntária a tratamento médico e/ou – o exercício pessoal de sua capacidade de autodeterminação, restando-lhe, contudo, o direito a ser tratado com dignidade (protegido e assistido). (SARLET, 2008, p.228 et seq.).⁸⁶.

⁸⁶SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 228 et seq.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Mônica. *Direito à Filiação e Bioética*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. Fecundação Artificial *Post Mortem* e o Direito Sucessório. In *Família e Dignidade Humana*. Anais. V Congresso Brasileiro de Direito de Família. PREIRA, Rodrigo da Cunha (coord). São Paulo: IOB Thomson, 2006.

ALDROVANDI, Andrea; FRANÇA, Danielle Galvão de. A reprodução assistida e as relações de parentesco. *Jusnigandi*, Teresina, ano 6. n. 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.aps?id=3127>>. Acesso em: 06 jan. 2009.

ALEXANDER, Shana. Eles decidem quem vive e quem morre. *Revista life*, [S.l.], 1962.

ANDORNO, Roberto. *Bioética Y Dignidad de la persona*. Madrid: Editorial Tecnos S.A., 1998.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. *Revista CCJ*, n. 30., Ano 16, jun.1995. p. 24-36. Disponível em: <<file:///Platao/www/arquivos/RevistasCCJ/Seque>> . Acesso em: 29 mar. 2008.

BARROSO, Luiz Roberto. A defesa da constitucionalidade das pesquisas com células-tronco embrionárias. *Observatório da Jurisdição Constitucional*, [S.l.], ano 1, 2007-2008. Disponível em: <<http://ojs.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/viewArticle/133>>. Acesso em: 20 jun. 2008.

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

BEECHER, Henry K. *Ethics and Clinical Research*. [S.l.]: NEJM, 1966.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de Personalidade e Autonomia Privada*. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. *Código civil*. 56. ed. São Paulo, SP : Saraiva, 2005.

BRASIL, Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2007.

BRASIL, Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do adolescente. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L8069.htm>> . Acesso em: 20 jun. 2008.

CÓDIGO Civil, (2002). Lei nº 10.406, de 10-1-2002. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 436.

CÓDIGO Civil. Adoção e direito das sucessões: **Art. 1.799, I**, do **Código Civil** de 2002 e princípio da isonomia da filiação. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 06 jun. 2008.

BRASIL, Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2006, p 103.

DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo Da Cunha. *Direito de família e o novo Código civil*. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, IBDFAM, 2005.

DINIZ, Débora; GUILHEM, Dirce. *O que é bioética*. São Paulo: Brasiliense, 2006.

_____. *O que é bioética*. São Paulo: Brasiliense, 2002.

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

ENCYCLOPEDIA of Bioethics. 3. ed. [S.l.]: MacMillan, 2003.

FARIAS, Cristiano Chaves. *Direito das famílias*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

FERDINANDI, Marta Beatriz T. CASALI, Nely Lopes. A personalidade do Embrião e do Nascituro e as implicações jurídicas da reprodução humana assistida no direito brasileiro. *Revista Jurídica Cesumar*, [S.l.], v. 7, n. 1, p. 97-117, jan/jun 2007.

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

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. *A inseminação póstuma*. Disponível em: <<http://www.espacovital.com.br>> . Acesso em: 02 jun. 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito de família*. 6. ed. [S.l.]: Saraiva Jurídicos, 2009

JORNADA DE DIREITO CIVIL, 3., 2005, Brasília. **Anais eletrônicos...** Brasília : CJF, 2005.

KOTTOW, Miguel. Bioética Y Biopolítica. *Revista Brasileira de Bioética*, [S.l.], v. 1, n. 2, 2005.

LEITE, Gisele. Consequencias da inseminação artificial depois da morte do pai. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2002-mai-14/pais_lei_inseminacao_morte_pai>. Acesso em: 19 jul. 2008.

MARTIN, Ana Paula Nascimento. Reprodução Medicamente Assistida e Destinação dos Embriões Excedentes. *Revista Jurídica da Seção judiciária do Estado da Bahia*, ano. 3, n. 4., dez. 2004.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Direito Penal e Biotecnologia*, 2004. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2004.

MIOTTO, Amida Bergamini. *O direito à vida: desde que Momento?* Disponível em: <www.providafamilia.org.br/doc.php?doc=doc26298>. Acesso em: 03 set. 2007.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: Ingo W. Sarlet. (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, v. , p. 107-151.

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.asp?id=2588>>. Acesso em: 01 abr. 2008.

NOVO CÓDIGO Civil Texto Comparado. Código Civil de 2002 e Código Civil de 1916. (Org.)Silvio de Salvo Venosa. São Paulo: Editora Atlas S. A., 2002.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE (OMS). Disponível em: <<http://www.who.int/en/>> . Acesso em: 20 jun. 2008.

OTERO, Paulo. *Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: um perfil constitucional da Bioética*, Coimbra: Almedina,1999.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: dos Contratos e das Declarações Unilaterais de vontade*. São Paulo. Saraiva. 2002. v.3. p.63.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

VALENTE, Cláudia Maria dos Santos. *Inseminação pós-tuma: complicações jurídicas*. Disponível em: < www.r2direito.com.br>. Acesso em 27 mar. 2008.

VELÁZQUEZ, José Luis et al. Estudos Interdisciplinares. In: ACTAS DE LAS REUNIONES DE LA ASSOCIACION INTERDISCIPLINAR JOSE DE A. COSTA, 30., 2004. *Anais...* Madrid: Comillas, 2004.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil. Direito de Família*. 3. ed. São Paulo. Atlas. 2003.

VENOSA, Silvio Salvo (Org.). *Novo Código Civil Texto Comparado : Código Civil de 2002 e Código Civil de 1916*. São Paulo: Editora Atlas S. A., 2002. p. 413.

ANEXOS

ANEXO A: DECLARAÇÃO UNIVERSAL SOBRE BIOÉTICA E DIREITO HUMANOS

DISPOSIÇÕES GERAIS

Artigo 1 – Escopo (alvo mira intuito, intenção).

a) questões éticas relacionadas à medicina, às ciências da vida e às tecnologias aplicadas aos seres humanos, nas dimensões sociais, legais e ambientais.

b) dirigida aos Estados, orientação para decisões ou práticas de indivíduos, grupos, comunidades, instituições e empresas.

Artigo 2 – Objetivos (desígnio, que se pretende atingir, propósito, objeto de sentimento).

(i) estrutura universal de princípios e procedimentos para orientar os Estados na legislação, políticas ou instrumentos da bioética;

(ii) orientar ações de indivíduos, grupos, comunidades, instituições e empresas;

(iii) promover o respeito pela dignidade, vida humana e liberdades fundamentais e proteger os direitos humanos, conforme legislação internacional;

(iv) reconhecer a importância e os benefícios da liberdade da pesquisa científica e tecnológica, e a necessidade de que ocorram conforme princípios éticos;

(v) promover o diálogo multidisciplinar e pluralístico sobre questões bioéticas entre os interessados e na sociedade;

(vi) promover o acesso equitativo a difusão aos desenvolvimentos médicos, científicos e tecnológicos, e o compartilhamento de conhecimento a tais desenvolvimentos e a participação nos benefícios, com atenção às necessidades de países em desenvolvimento;

(vii) salvaguardar e promover os interesses das gerações presentes e futuras; e.

(viii) ressaltar a importância da biodiversidade e sua conservação como uma preocupação comum da humanidade.

PRINCÍPIOS

Artigo 3 – Dignidade Humana e Direitos Humanos

- a) A dignidade, os direitos humanos e as liberdades fundamentais devem ser respeitados.
- b) A prioridade são os interesses e o bem-estar do indivíduo sobre o interesse exclusivo da ciência ou da sociedade.

Artigo 4 – Benefício e Dano: Na aplicação e no avanço do conhecimento científico, nas práticas médicas e tecnologias associadas aos indivíduos afetados pela pesquisa os benefícios devem ser maximizados e dano deve ser minimizado.

Artigo 5 – Autonomia e Responsabilidade Individual: Deve ser respeitada a autonomia dos responsáveis por essas decisões e respeitem a autonomia dos demais. Devem proteger direitos dos não capazes de exercer autonomia.

Artigo 6 – Consentimento

- a) Intervenção médica só deve ser realizada com o consentimento prévio, livre, esclarecido, manifesto e poder ser retirado a qualquer momento e por qualquer razão, sem acarretar desvantagem ou preconceito.
- b) Também o consentimento para pesquisa científica. A informação deve ser adequada, compreensível e incluir os procedimentos para a retirada do consentimento. Exceções só conforme padrões éticos e legais adotados pelos Estados, com as provisões desta Declaração, Artigo 27 e direitos humanos.
- c) Em casos de pesquisas desenvolvidas em um grupo de indivíduos ou comunidade, um consentimento adicional dos representantes do grupo ou comunidade envolvida pode ser buscado. Em nenhum caso o consentimento da autoridade deve substituir o consentimento individual.

Artigo 7 – Indivíduos sem a Capacidade para Consentir

- a) a autorização deve ser obtida no melhor interesse do indivíduo e de acordo com a legislação no processo de decisão como sua retirada;
- b) a pesquisa deve ser benefício à saúde do indivíduo, sujeita à autorização e às condições de proteção da legislação. Pesquisas sem benefício direto à saúde só

excepcionalmente, expondo o indivíduo a risco e desconforto mínimos. A recusa em participar deve ser respeitada.

Artigo 8 – Respeito pela Vulnerabilidade Humana e pela Integridade Individual: A aplicação e o avanço do conhecimento científico e das práticas médicas e tecnologias associadas deve respeitar a vulnerabilidade e a integridade individual.

Artigo 9 – Privacidade e Confidencialidade: Informações só devem ser usadas ou reveladas para os propósitos para os quais foram coletadas ou consentidas, em consonância com o direito internacional sobre direitos humanos.

Artigo 10 – Igualdade, Justiça e Eqüidade: A igualdade em termos de dignidade e de direitos deve ser respeitada e todos devem ser tratados de forma justa e eqüitativa.

Artigo 11 – Não-Discriminação e Não-Estigmatização: Constitui violação à dignidade humana, aos direitos humanos e liberdades fundamentais.

Artigo 12 – Respeito pela Diversidade Cultural e pelo Pluralismo: A importância de não invocar diversidade e pluralismo para violar a dignidade, os direitos humanos e as liberdades fundamentais nem os princípios dispostos nesta Declaração, ou para limitar seu escopo.

Artigo 13 – Solidariedade e Cooperação: Devem ser estimuladas.

Artigo 14 – Responsabilidade Social e Saúde

a) Objetivo central dos governos, partilhado por todos os setores da sociedade.

b) Usufruir o padrão de saúde atingível é um dos direitos fundamentais do ser humano, sem distinção de raça, religião, convicção política, condição econômica ou social, o progresso da ciência e da tecnologia deve ampliar:

(i) o acesso a cuidados de saúde de qualidade e a medicamentos essenciais, incluindo mulheres e crianças, vez que a saúde é essencial à vida em si e deve ser considerada como um bem social e humano;

(ii) o acesso à nutrição adequada e água de boa qualidade;

(iii) a melhoria das condições de vida e do meio ambiente;

(iv) a eliminação da marginalização e da exclusão de indivíduos por qualquer que seja o motivo; e.

(v) a redução da pobreza e do analfabetismo.

Artigo 15 – Compartilhamento de Benefícios

a) Os benefícios da pesquisa científica e suas aplicações devem ser compartilhados com a sociedade e, no âmbito da comunidade internacional, com países em desenvolvimento.

Os benefícios podem assumir as seguintes formas:

(i) ajuda especial e sustentável e reconhecimento aos indivíduos e grupos que tenham participado de uma pesquisa;

(ii) acesso a cuidados de saúde de qualidade;

(iii) oferta de novas modalidades diagnósticas e terapêuticas ou de produtos resultantes da pesquisa;

(iv) apoio a serviços de saúde;

(v) acesso ao conhecimento científico e tecnológico;

(vi) facilidades para geração de capacidade em pesquisa; e.

(vii) outras formas de benefício coerentes com os princípios dispostos na presente Declaração.

b) Os benefícios não devem constituir indução inadequada para estimular a participação em pesquisa.

Artigo 16 – Proteção das Gerações Futuras: O impacto das ciências da vida, incluindo sobre constituição genética gerações futuras, deve ser considerado.

Artigo 17 – Proteção do Meio Ambiente, da Biosfera e da Biodiversidade: Devida atenção deve ser dada à inter-relação de seres humanos com outras formas de vida, à importância do acesso e utilização adequada de recursos biológicos e genéticos, ao respeito pelo conhecimento tradicional e ao papel dos seres humanos na proteção do meio ambiente, da biosfera e da biodiversidade.

APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS

Artigo 18 – Tomada de Decisão e o Tratamento de Questões Bioéticas

a) Devem ser promovidos o profissionalismo, a honestidade, a integridade e a transparência na tomada de decisões, na explicitação de conflitos de interesse e no

compartilhamento do conhecimento. Esforço deve ser feito para a utilização do melhor conhecimento científico e metodologia das questões bioéticas.

b) Os indivíduos, profissionais envolvidos e a sociedade devem estar incluídos num processo comum de diálogo.

c) Devem-se promover oportunidades para o debate público pluralista, buscando-se a manifestação das opiniões relevantes.

Artigo 19 – Comitês de Ética: Independentes, multidisciplinares e pluralistas devem ser instituídos, mantidos e apoiados com o fim de:

(i) avaliar questões éticas, legais, científicas e sociais relacionadas a projetos de pesquisa envolvendo seres humanos;

(ii) aconselhar sobre problemas éticos em situações clínicas;

(iii) avaliar os desenvolvimentos científicos e tecnológicos, formular recomendações e contribuir para a elaboração de diretrizes sobre temas inseridos no âmbito desta Declaração; e.

(iv) promover o debate, a educação, a conscientização do público e o engajamento com a bioética.

Artigo 20 – Avaliação e Gerenciamento de Riscos: Relacionados à medicina, às ciências da vida e às tecnologias associadas devem ser promovidos.

Artigo 21 – Práticas Transnacionais

a) Os Estados, as instituições públicas e privadas, e os profissionais associados a atividades transnacionais devem empreender esforços para assegurar que qualquer atividade no escopo desta Declaração que seja desenvolvida, financiada ou conduzida em diferentes Estados, seja coerente com estes princípios.

b) Quando a pesquisa for empreendida ou conduzida em um Estado hospedeiro e financiada por fonte de outro, deve ser objeto de revisão ética no Estado hospedeiro e no qual o financiador está localizado.

c) Pesquisa transnacional em saúde deve responder às necessidades dos países hospedeiros e deve ser reconhecida sua importância na contribuição para a redução de problemas de saúde globais urgentes.

d) Na negociação de acordos para pesquisa, devem ser estabelecidos os termos da colaboração e a concordância sobre os benefícios da pesquisa com igual participação de todas as partes na negociação.

e) Os Estados devem tomar medidas adequadas, em níveis nacional e internacional, para combater o bioterrorismo e o tráfico ilícito de órgãos, tecidos, amostras, recursos genéticos e materiais genéticos.

PROMOÇÃO DA DECLARAÇÃO

Artigo 22 – Papel dos Estados

a) Os Estados devem tomar todas as medidas (nas esferas da educação, formação e informação ao público) de caráter legislativo, administrativo ou de qualquer outra natureza, de modo a implementar os princípios desta Declaração e em conformidade com o direito internacional e com os direitos humanos.

b) Os Estados devem estimular o estabelecimento de comitês de ética, Artigo 19.

Artigo 23 – Informação, Formação e Educação em Bioética.

a) De modo a promover os princípios estabelecidos nesta Declaração e alcançar compreensão das implicações éticas dos avanços científicos e tecnológicos, em especial para os jovens, os Estados devem promover a formação e educação em bioética em todos os níveis, e estimular programas de disseminação de informação e conhecimento sobre bioética.

b) Os Estados devem estimular a participação de organizações intergovernamentais, e não-governamentais internacionais, regionais e nacionais.

Artigo 24 – Cooperação Internacional

a) Os Estados devem promover a disseminação internacional da informação científica e estimular a livre circulação e o compartilhamento do conhecimento científico e tecnológico.

b) Ao abrigo da cooperação internacional, os Estados devem promover a cooperação cultural e científica e estabelecer acordos bilaterais e multilaterais que possibilitem aos países em desenvolvimento construir capacidade de participação na

geração e compartilhamento do conhecimento científico, do know-how relacionado e dos benefícios decorrentes.

c) Os Estados devem respeitar e promover a solidariedade entre Estados, bem como entre indivíduos, famílias, grupos e comunidades, com atenção especial para aqueles tornados vulneráveis por doença ou incapacidade ou por outras condições individuais, sociais ou ambientais e aqueles indivíduos com maior limitação de recursos.

Artigo 25 – Ação de Acompanhamento pela UNESCO

a) A UNESCO promoverá e disseminará os princípios da presente Declaração. Para tanto, a UNESCO buscará apoio e assistência do Comitê Intergovernamental de Bioética (IGBC) e do Comitê Internacional de Bioética (IBC).

b) A UNESCO reafirmará seu compromisso em tratar de bioética e em promover a colaboração entre o IGBC e o IBC.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Artigo 26 – Inter-relação e Complementaridade dos Princípios A presente Declaração deve ser considerada em sua totalidade e seus princípios devem ser compreendidos como complementares e inter-relacionados. Cada princípio deve ser interpretado no contexto dos demais, de forma pertinente e adequada a cada circunstância.

Artigo 27 – Limitações à Aplicação dos Princípios: Se a aplicação dos princípios desta Declaração tiver que ser limitada, tal limitação deve ocorrer em conformidade com a legislação referente aos interesses de segurança pública para a investigação, constatação e acusação por crimes, para a proteção da saúde pública ou para a proteção dos direitos e liberdades de terceiros. Quaisquer dessas legislações devem ser consistentes com a legislação internacional sobre direitos humanos.

Artigo 28 – Recusa a Atos Contrários aos Direitos Humanos, às Liberdades Fundamentais e Dignidade Humana: Nada nesta Declaração pode ser interpretado como podendo ser invocado para justificar envolvimento em qualquer atividade ou prática de atos contrários à dignidade, aos direitos humanos e às liberdades fundamentais.

ANEXO B: PORTARIA Nº 426/GM EM 22 DE MARÇO DE 2005.

PORTARIA Nº 426/GM Em 22 de março de 2005.

Institui, no âmbito do SUS, a Política Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida e dá outras providências.

O MINISTRO DE ESTADO DA SAÚDE, no uso de suas atribuições, e

Considerando a necessidade de estruturar no Sistema Único de Saúde - SUS uma rede de serviços regionalizada e hierarquizada que permita atenção integral em reprodução humana assistida e melhoria do acesso a esse atendimento especializado;

Considerando que a assistência em planejamento familiar deve incluir a oferta de todos os métodos e técnicas para a concepção e a anticoncepção, cientificamente aceitos, de acordo com a Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996, que regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar;

Considerando que, segundo a Organização Mundial da Saúde - OMS e sociedades científicas, aproximadamente, 8% a 15% dos casais têm algum problema de infertilidade durante sua vida fértil, sendo que a infertilidade se define como a ausência de gravidez após 12 (doze) meses de relações sexuais regulares, sem uso de contracepção;

Considerando que as técnicas de reprodução humana assistida contribuem para a diminuição da transmissão vertical e/ou horizontal de doenças infecto-contagiosas, genéticas, entre outras;

Considerando a necessidade de estabelecer mecanismos de regulação, fiscalização, controle e avaliação da assistência prestada aos usuários; e

Considerando a necessidade de estabelecer os critérios mínimos para o credenciamento e a habilitação dos serviços de referência de Média e Alta Complexidade em reprodução humana assistida na rede SUS,

R E S O L V E:

Art. 1º Instituir, no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS, a Política Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida, a ser implantada em todas as unidades federadas, respeitadas as competências das três esferas de gestão.

Art. 2º Determinar que a Política Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida seja implantada de forma articulada entre o Ministério da Saúde, as Secretarias de Estado de Saúde e as Secretarias Municipais de Saúde, permitindo:

I - organizar uma linha de cuidados integrais (promoção, prevenção, tratamento e reabilitação) que perpassa todos os níveis de atenção, promovendo, dessa forma, a atenção por intermédio de equipe multiprofissional, com atuação interdisciplinar;

II - identificar os determinantes e condicionantes dos principais problemas de infertilidade em casais em sua vida fértil, e desenvolver ações transetoriais de responsabilidade pública, sem excluir as responsabilidades de toda a sociedade;

III - definir critérios técnicos mínimos para o funcionamento, o monitoramento e a avaliação dos serviços que realizam os procedimentos e técnicas de reprodução humana assistida, necessários à viabilização da concepção, tanto para casais com infertilidade, como para aqueles que se beneficiem desses recursos para o controle da transmissão vertical e/ou horizontal de doenças;

IV - fomentar, coordenar e executar projetos estratégicos que visem ao estudo do custo-efetividade, eficácia e qualidade, bem como a incorporação tecnológica na área da reprodução humana assistida no Brasil;

V - promover intercâmbio com outros subsistemas de informações setoriais, implementando e aperfeiçoando permanentemente a produção de dados e garantindo a democratização das informações; e

VI - qualificar a assistência e promover a educação permanente dos profissionais de saúde envolvidos com a implantação e a implementação da Política de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida, em conformidade com os princípios da integralidade e da Política Nacional de Humanização - PNH.

Art. 3º Definir que a Política Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida, de que trata o artigo 1º desta Portaria, seja constituída a partir dos seguintes componentes fundamentais:

I - Atenção Básica: é a porta de entrada para a identificação do casal infértil e na qual devem ser realizados a anamnese, o exame clínico-ginecológico e um elenco de exames complementares de diagnósticos básicos, afastando-se patologias, fatores concomitantes e qualquer situação que interfira numa futura gestação e que ponham em risco a vida da mulher ou do feto;

II – Média Complexidade: os serviços de referência de Média Complexidade estarão habilitados a atender aos casos encaminhados pela Atenção Básica, realizando acompanhamento psicossocial e os demais procedimentos do elenco deste nível de atenção, e aos quais é facultativa e desejável, a realização de todos os procedimentos diagnósticos e terapêuticos relativos à reprodução humana assistida, à exceção dos relacionados à fertilização in vitro; e

III - Alta Complexidade: os serviços de referência de Alta Complexidade estarão habilitados a atender aos casos encaminhados pela Média Complexidade, estando capacitados para realizar todos os procedimentos de Média Complexidade, bem como a fertilização in vitro e a inseminação artificial.

§ 1º A rede de atenção de Média e Alta Complexidade será composta por:

a) serviços de referência de Média e Alta Complexidade em reprodução humana assistida; e

b) serviços de Assistência Especializada - SAE que são de referência em DST/HIV/Aids.

§ 2º Os componentes descritos no caput deste artigo devem ser organizados segundo o Plano Diretor de Regionalização - PDR de cada unidade federada e segundo os princípios e diretrizes de universalidade, equidade, regionalização, hierarquização e integralidade da atenção à saúde.

Art. 4º A regulamentação suplementar e complementar do disposto nesta Portaria ficará a cargo dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, com o objetivo de regular a atenção em reprodução humana assistida.

§ 1º A regulação, a fiscalização, o controle e a avaliação das ações de atenção em reprodução humana assistida serão de competência das três esferas de governo.

§ 2º Os componentes do caput deste artigo deverão ser regulados por protocolos de conduta, de referência e de contra-referência em todos os níveis de atenção que permitam o aprimoramento da atenção, da regulação, do controle e da avaliação.

Art. 5º A capacitação e a educação permanente das equipes de saúde de todos os âmbitos da atenção envolvendo os profissionais de nível superior e os de nível técnico, deverão ser realizadas de acordo com as diretrizes do SUS e alicerçadas nos pólos de educação permanente em saúde.

Art.6º Determinar à Secretaria de Atenção à Saúde - SAS, isoladamente ou em conjunto com outras Secretarias do Ministério da Saúde, que adote todas as providências necessárias à plena estruturação da Política Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida, ora instituída.

Art. 7º Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação.

HUMBERTO COSTA

ANEXO C: PORTARIA Nº 388 DE 06 DE JULHO DE 2005

O Secretário de Atenção à Saúde, no uso de suas atribuições, e

Considerando a Portaria GM/MS nº 426 de 22 de março de 2005, que institui a Política Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida;

Considerando a necessidade de regulamentar a atenção em reprodução humana assistida aos casais inférteis, aos portadores de doenças genéticas e aos portadores de doenças infecto-contagiosas, em especial os portadores do HIV e das Hepatites virais;

Considerando a necessidade de adotar mecanismos capazes de permitir o acesso dos casais inférteis, dos portadores de doenças genéticas e dos portadores de doenças infecto-contagiosas, em especial os portadores do HIV e das Hepatites virais usuários do Sistema Único de Saúde - SUS aos serviços de Média e Alta Complexidade em Reprodução Humana Assistida;

Considerando a necessidade de definir as ações de assistência à concepção por meio de técnicas de reprodução humana assistida nos três níveis de atenção, bem como a de determinar os respectivos papéis desses níveis e as qualidades técnicas necessárias ao bom desempenho de suas funções;

Considerando a necessidade de estabelecer protocolos clínicos, cirúrgicos e de atenção psicossocial em reprodução humana assistida, que contenham critérios de diagnóstico e tratamento, que observem princípios éticos e técnicos e estabeleçam mecanismos de acompanhamento de uso e de avaliação de resultados;

Considerando a necessidade de auxiliar os gestores no controle e avaliação da atenção em reprodução humana assistida;

Considerando a necessidade de incluir procedimentos nas Tabelas do Sistema Único de Saúde para contemplar a atenção em reprodução humana assistida;

Considerando a necessidade de estabelecer normas e critérios para o credenciamento e habilitação dos serviços de Média e Alta Complexidade;

Considerando a necessidade do estabelecimento de um sistema de fluxo de referência e contra-referência no âmbito do Sistema Único de Saúde, resolve:

Art. 1º - Determinar que as Secretarias de Saúde dos estados e do Distrito Federal adotem em conjunto com os municípios, as providências necessárias para organizar e implantar as redes estaduais, municipais e do Distrito Federal de Atenção em Reprodução Humana Assistida, sendo o Estado o responsável pela coordenação da rede, conforme Anexo I e III desta Portaria,

Art 2º - As redes Estaduais e do Distrito Federal para a atenção em reprodução humana assistida serão compostas por serviços de saúde que contemplem ações de prevenção e recuperação na Atenção Básica, na Média e Alta Complexidade, descritas na forma do Anexo III desta Portaria.

§1º - Entende-se por serviços de referência em reprodução humana assistida na Média Complexidade, os serviços que ofereçam atenção diagnóstica e terapêutica especializada, acompanhamento psicossocial, com condições técnicas, instalações físicas, equipamentos e recursos humanos adequados ao atendimento dos casais com infertilidade, dos portadores de doenças genéticas e dos portadores de doenças infecto-contagiosas, em especial os portadores do HIV e das Hepatites virais, devendo estar articulados a uma central de regulação estadual, e/ou municipal e do Distrito Federal que garanta a integração com o sistema local e regional, complementando as ações da Atenção Básica e que ofereçam os procedimentos constantes no anexo II desta Portaria e, sendo facultativo e desejável a realização, nestes serviços, de histeroscopia diagnóstica, histeroscopia cirúrgica, laparoscopia, microcirurgia, inseminação artificial e avaliação genética.

§2º - Entende-se por serviços de referência em reprodução humana assistida na Alta Complexidade, os serviços que ofereçam atenção diagnóstica e terapêutica especializada, acompanhamento psicossocial, com condições técnicas, instalações físicas, equipamentos e recursos humanos adequados ao atendimento dos casais inférteis, dos portadores de doenças genéticas e dos portadores de doenças infecto-contagiosas, em especial os portadores do HIV e das Hepatites virais, devendo estar articulados a uma central de regulação estadual e/ou municipal e do Distrito Federal que garanta a integração com o sistema local e regional, que complementem as ações da Atenção Básica e de Média Complexidade e, que ofereçam todos os procedimentos de Média Complexidade e realizem a fertilização assistida, conforme constante no Anexo II.

Art 3º - Estabelecer que, na definição dos quantitativos e na distribuição geográfica dos serviços de saúde que integrarão as Redes de atenção em Reprodução Humana Assistida, as Secretarias de Saúde dos Estados e do Distrito Federal devam observar os respectivos Planos Diretores de Regionalização e utilizar os seguintes critérios que deverão estar detalhados nos Planos Estaduais e Municipais de atenção integral em reprodução humana assistida:

- a) população a ser atendida;
- b) necessidade de cobertura assistencial;
- c) nível de complexidade dos serviços;
- d) distribuição geográfica dos serviços;
- e) capacidade técnica e operacional dos serviços;
- f) mecanismos de acesso com os fluxos de referência e contra-referência.

Parágrafo Único - Para a organização dos serviços de atenção em reprodução humana assistida na Média e Alta Complexidade devem ser observados os quantitativos de serviços, definidos por Unidade da Federação, onde a área de cobertura assistencial deve ser de 01 (um) serviço para abrangência de no mínimo 6.000.000 de habitantes, para garantir a viabilidade econômica destes serviços;

Art. 4º - Estabelecer que os serviços de atenção em reprodução humana assistida na Média e na Alta Complexidade devem ser de ensino públicos/filantrópicos certificados pelo Ministério da Saúde, designados pela Comissão Intergestores Bipartite.

Parágrafo Único - No caso da não disponibilidade de unidades de ensino públicas/filantrópicas certificadas, a referida Comissão poderá designar instituições da rede complementar, preferencialmente, instituições públicas e filantrópicas, com experiência comprovada nesta área de atenção, conforme Anexo I;

Art. 5º - Determinar que as Secretarias de Saúde dos Estados e Distrito Federal em conjunto com os Municípios, ao constituírem as suas redes estaduais de atenção em reprodução humana assistida, estabeleçam os fluxos e mecanismos de referência e contra-referência.

Art. 6º - Determinar que os serviços de Média e Alta Complexidade para a atenção em Reprodução Humana Assistida aos casais inférteis, aos portadores de doenças genéticas e aos portadores de doenças infecto-contagiosas, em especial os portadores de HIV e das Hepatites virais, realizem esta atenção de acordo com as diretrizes de indicações clínicas e de acompanhamento psicossocial, descritas no Anexo III desta Portaria.

Art. 7º - Estabelecer que, para serem credenciados no Sistema Único de Saúde, todos os serviços de atenção em reprodução humana assistida na Média e na Alta Complexidade, devem ser vistoriados pelo órgão de Vigilância Sanitária local e estar em conformidade com o Regulamento Técnico da Resolução de Diretoria Colegiada - RDC/ANVISA;

§ 1º Os serviços de reprodução humana assistida da rede pública e privada de saúde, devem ser submetidos à inspeção sanitária para obtenção de liberação de funcionamento;.

§ 2º Para fins de credenciamento e habilitação deve constar no processo relatório conclusivo da Vigilância Sanitária Local e liberação para funcionamento do serviço.

Art. 8º - Aprovar, na forma de anexos desta Portaria, o que segue:

- Anexo I: Normas para o Credenciamento e Habilitação dos Serviços de Referência de Média e Alta complexidade em Reprodução Humana Assistida;
- Anexo II: Relação de Procedimentos Incluídos nas Tabelas SIA e SIH/SUS para a Reprodução Humana Assistida nos Três Níveis de Atenção;
- Anexo III: Diretrizes para Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida.

Art. 9º - Determinar que os atuais serviços de Média e Alta Complexidade públicos ou filantrópicos, que já realizam os procedimentos em Reprodução Humana Assistida, devem se adaptar às normas da presente Portaria, e solicitar credenciamento e habilitação ao gestor estadual ou municipal em Gestão Plena do Sistema, no prazo de 180 dias a contar da data de publicação desta Portaria.

Art 10 - Os serviços de atenção em reprodução humana assistida na Média e na Alta Complexidade devem submeter-se à regulação, fiscalização, controle e avaliação do gestor estadual e municipal e Distrito Federal, conforme as atribuições estabelecidas nas respectivas condições de gestão.

Parágrafo único - Os procedimentos de Média e Alta Complexidade de atenção em reprodução humana assistida, discriminados nas tabelas de procedimentos do Sistema Único de Saúde (SUS), devem ser submetidos à autorização prévia pelo gestor local correspondente.

Art 11 - Instituir, no âmbito da Secretaria de Atenção a Saúde, uma Câmara Técnica da Assistência à Reprodução Humana Assistida, com a finalidade de proceder a

implantação e implementação da Política Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida.

§ 1º - A Câmara Técnica de que trata este Artigo será composta pelos seguintes membros, e atuará sob a coordenação do primeiro:

- 04 (quatro) representantes do Ministério da Saúde, indicados pela Secretaria de Atenção a Saúde;
- 01 (um) representante da Sociedade Brasileira de Reprodução Humana - SBRH;
- 01 (um) representante da Sociedade Brasileira de Urologia - SBU;
- 01 (um) representante da Federação Brasileira das Sociedades de Ginecologia e Obstetrícia – FEBRASGO;
- 01 (um) representante Núcleo Brasileiro de Embriologistas em Medicina Reprodutiva – PRONÚCLEO;
- 01 (um) representante do Conselho Nacional de Secretários Estaduais de Saúde – CONASS;
- 01 (um) representante do Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde – CONASEMS;

§ 2º - Estabelecer o prazo de 60 dias, a contar da data de publicação desta Portaria, para que esta Câmara Técnica, defina uma proposta de mecanismo de financiamento e valores de remuneração das ações e serviços objeto desta Portaria.

Art.12 - Estabelecer o prazo de 180 (cento e oitenta) dias, a contar da data de publicação desta Portaria, para que a Secretaria de Atenção à Saúde defina indicadores e instrumentos de monitoramento e avaliação da qualidade das unidades habilitadas.

Art. 13 - Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação.

JORGE SOLLA

Secretário

ANEXO I

Normas para o credenciamento e habilitação dos Serviços de Referência de Média e Alta Complexidade em Reprodução Humana Assistida

Inicialmente serão credenciados e habilitados serviços de Média e Alta Complexidade, de referência regional, preferencialmente de natureza jurídica pública ou filantrópica, conveniado ao SUS, que já estejam realizando atendimento de Média e/ou Alta Complexidade em Reprodução Humana Assistida (RHA) para casais com infertilidade conjugal e que se disponibilizem a implantar/implementar este atendimento para os casais portadores de doenças genéticas e de doenças infecto-contagiosas em especial os portadores do HIV e hepatites virais, que possam se beneficiar das técnicas de RHA para redução do risco de transmissão vertical e/ou horizontal.

I - Credenciamento dos serviços de referência em reprodução humana assistida:

O processo de credenciamento dos serviços de referência para reprodução humana assistida de Média e Alta Complexidade será realizado pelo gestor estadual, do Distrito Federal ou municipal em gestão plena do sistema, observado os Planos Estaduais e Municipais de Saúde e o Plano Diretor de Regionalização das Secretarias Estaduais de Saúde, onde devem estar estabelecidos os fluxos assistenciais.

A instalação de qualquer Serviço de Reprodução Humana Assistida (SRHA) com vistas a integrar o Sistema Único de Saúde deve:

- 1) Ser precedida de solicitação de consulta ao gestor local, que deverá seguir o determinado neste anexo.
- 2) Demonstrar a necessidade de credenciamento do serviço à luz do Plano Diretor de Regionalização.
- 3) Ser cadastrado no Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde – CNES.

4) Estar dimensionado de acordo com os Planos Estadual, do Distrito Federal e Municipal de Saúde, onde deve ser considerado o seguinte:

a) a área de cobertura assistencial deve ser de abrangência regional, contemplando no mínimo 6.000.000 habitantes por SRHA, para garantir a viabilidade econômica destes serviços;

b) os mecanismos de acesso com fluxos de referência e contra-referência;

c) a capacidade técnica e operacional do serviço;

d) a série histórica de atendimento realizados, levando em conta a demanda reprimida;

e) a distribuição geográfica dos serviços;

f) a integração com a rede de referência hospitalar e psicossocial e com a central de regulação e com os demais serviços assistenciais – ambulatoriais e hospitalares – disponíveis no estado;

5) Apresentar a seguinte documentação, necessária para o processo de credenciamento:

a) Plano de atenção demonstrando a necessidade do serviço e os parâmetros assistenciais – população de abrangência, em conformidade com as diretrizes para atenção integral em reprodução humana assistida, definidas no Anexo III desta Portaria;

b) Parecer do gestor Estadual e Municipal e do Distrito Federal quanto ao mérito do credenciamento do SRHA.

c) Cópia do Cadastro Nacional de Estabelecimento de Saúde.

d) Relatório conclusivo de vistoria realizado pela Vigilância Sanitária local com Liberação de Funcionamento.

e) Declaração do responsável jurídico pelo SRHA, onde conste a quantidade de consultas que o serviço disponibilizará e realizará para os casais referenciados pelo SUS.

f) Termo de compromisso entre o SRHA, o gestor local, o Hospital de retaguarda vinculado ao SUS, para a referência aos casos que necessitem de procedimentos e internação por intercorrências decorrentes do tratamento.

- g) Termo de compromisso entre o SRHA e o serviço de diagnose para ser garantida a realização dos exames.
- h) Declaração do impacto financeiro do SRHA a ser credenciado, segundo os valores dos procedimentos necessários conforme protocolo clínico – Anexo III - constate na tabela de procedimentos do Sistema Único de Saúde.
- i) Deliberação da Comissão intergestores Bipartite favorável ao credenciamento do SRHA.
- j) Comprovação das condições necessárias para a oferta de todas as modalidades de procedimentos propostos nas alíneas e e f.
- k) Quando aprovado fazer o encaminhamento de solicitação de habilitação, pelo Secretario de Estado da Saúde, onde o SRHA está localizado, à Coordenação Geral de Média e Alta Complexidade - Departamento de Atenção Especializada /SAS/MS.

II - Habilitação dos serviços de referência em reprodução humana assistida.

Além dos critérios estabelecidos pelo Art. 3º desta Portaria SAS/MS nº 388/05, para que possam habilitar-se como Serviço de Referência de Média e/ou Alta Complexidade em Reprodução Humana Assistida, os SRHA devem:

- l) ter sido credenciado conforme item I deste anexo;
- m) ter integração com o sistema local e regional do SUS que permita exercer o papel auxiliar, de caráter técnico, aos gestores na Política de Atenção em Reprodução Humana Assistida nos diversos níveis de Atenção à Saúde, em sua área de abrangência, com vistas a colaborar e capacitar nas seguintes ações: medidas diagnósticas e terapêuticas específicas e complementares (ver Anexo III), educação e suporte social e psicológico, ações educativas visando o controle das condições de risco, orientação psicológica para os casais e familiares (ver Anexo III desta Portaria);

- n) ter estrutura para pesquisa e para ensino organizada, , conforme legislação vigente, com programas e protocolos estabelecidos, que se prestem inclusive para a formação de outros SRHA da rede SUS;
- o) subsidiar os gestores e suas ações de capacitação e treinamento na área específica de acordo com a política de educação permanente do SUS, participando dos Pólos de Educação Permanente uma vez constituídos.
- p) ter adequada estrutura gerencial capaz de zelar pela eficiência, eficácia e efetividade das ações prestadas;
- q) subsidiar as ações dos gestores na regulação, fiscalização, controle e avaliação, incluindo estudos de qualidade e estudos de custo – efetividade tecnológica.

III. Documentação a ser encaminhada ao Ministério da Saúde

A documentação que deve ser encaminhada a Coordenação de Média e Alta Complexidade – Departamento de Atenção Especializada /SAS/MS é a seguinte:

- a) Anuência do Serviço para ser referência de Média e/ou Alta Complexidade em Reprodução Humana Assistida;
- b) Projeto onde o SRHA candidato descreva a forma de integração com a Rede Estadual/Regional de Atenção em Reprodução Humana Assistida, de acordo com as exigências constantes nos itens I e II deste Anexo;
- c) Parecer conclusivo do gestor estadual quanto a credenciamento do SRHA;
- d) Parecer conclusivo da Comissão Intergestores Bipartite.

ANEXO II

Relação de procedimentos incluídos nas Tabelas SIA e SIH/SUS para a Reprodução Humana Assistida nos três níveis de atenção

A atenção em RHA deve ser garantida nos três níveis: Atenção Básica, Atenção de Média e Alta complexidade. Os procedimentos previstos para cada nível de atenção, constantes nas Tabelas SIA e SIH/SUS, serão conforme descrição abaixo:

I. Atenção Básica

a. Consultas médicas e de enfermagem

ATIVIDADE	QUANT.
Consulta medica	3
atendimento individual de enfermagem	2

b. Exames complementares a serem solicitados e vacinas a serem realizadas na Atenção Básica que precederão o atendimento especializado:

ATIVIDADE	QUANT.
coleta de citologia oncótica	1
colpocitologia oncótica	1
sorologia anti-HIV	2
sorologia para hepatite B	2

sorologia para hepatite C	2
sorologia para sífilis (VDRL)	2
sorologia para toxoplasmose IgG	1
glicemia de jejum	1
Vacinação contra rubéola	1
Espermograma	1

II - Atenção de Média Complexidade

a) Consultas .

ATIVIDADE	QUANT.
Consulta em ginecologia	2
Consulta especializada em urologia	1
Atendimento individual em psicologia	2
Atendimento individual serviço social	1
Atendimento em grupo multidisciplinar	1

b) Exames complementares a serem disponibilizados nos serviços de referência de Média Complexidade:

- Para o casal

ATIVIDADE	QUANT.
ultrassonografia transvaginal	1
Histerossalpingografia	1
biópsia de endométrio	1
avaliação muco cervical	1
Dosagem de prolactina	2
Dosagem de TSH	2
Dosagem de T4 livre	2
Dosagem de FSH	2
Dosagem de LH	1
Dosagem de estradiol	2
Dosagem de SDHEA	1
Dosagem de testosterona	2
Dosagem de insulina	1
cultura de esperma	1
antibiograma simples	1
Processamento Seminal Diagnóstico	1

Observação: caso necessário, disponibilizar os exames que deveriam ter sido realizados na

Atenção Básica (ver Tabela item I).

c) Pesquisa especial feminina para: Coito programado com estimulação ovariana, Inseminação Intra-uterina e Fertilização *in vitro*.

ATIVIDADE	QUANT.
histeroscopia diagnóstica	1
laparoscopia diagnóstica	1
pesquisa de cariótipo por banda	1

d) Pesquisa especial masculina considerando o Coito programado com estimulação ovariana, Inseminação Intra-uterina e Fertilização *in vitro*.

ATIVIDADE	QUANT.
ultrasonografia transretal	1
ultrasonografia bolsa escrotal	1
biópsia testicular	1
pesquisa de cariótipo por banda	1

e) Procedimentos cirúrgicos e não cirúrgicos para patologias do casal infértil, como contrapartida do gestor local:

· Cirurgias para a Mulher:

- Via laparotômica: salpingoplastia (reanastomose tubárica, salpingolise, salpingoneostomia, salpingostomia, reimplante tubárico), miomectomia, tratamento da endometriose.

- Via laparoscópica – “facultativo”: as mesmas cirurgias, incluindo ooforoplastia e indução laparoscópica da ovulação

- Via histeroscópica – “facultativo”: polipectomia, miomectomia, ressecção de sinéquias e septo.

- Cirurgias para o Homem:

- Correção de varicocele, vasovasoanastomose, vasoepididimoanastomose, correções de malformações genitais (pênis torto congênito, doença de Peyronie, hipospádia)

Procedimentos não cirúrgicos:

f) coito programado (por ciclo);

ATIVIDADE	QUANT.
Consulta ginecológica	2
Ultrassonografia transvaginal	2

g) Coito Programado com estimulação da ovulação (por ciclo);

ATIVIDADE	QUANT.
Consulta ginecológica	2
Ultrassonografia transvaginal	2
Citrato de clomifeno 50 mg / cp	10

h) Inseminação artificial

1. Estimulação da ovulação para Inseminação intra uterina (por ciclo)

ATIVIDADE	QUANT.
Consulta ginecológica	3

Ultrassonografia transvaginal	2
Gonadotrofina urinária 75 UI / fa	4
Citrato de clomifeno 50 mg / cp	10
Gonofotrofina coriônica humana 5000 UI / fa	1
Progesterona micronizada 100 mg / cp	30

2. Inseminação intra uterina (por ciclo)

ATIVIDADE	QUANT.
Consulta ginecológica	1
Estimulação ovariana	1
Processamento seminal terapêutico	1

III. Atenção de Alta Complexidade

1. Consultas especializadas: a) urologia, b) ginecologia, c) psicologia, d) assistência social.

2. Oferecer todos procedimentos realizados nos serviços de Média Complexidade, mencionados no item II, III e IV.

3. Procedimentos para o tratamento:

a) Estimulação ovariana para Fertilização *in vitro*:

ATIVIDADE	QUANT.
consulta ginecológica	5
ultrassonografia transvaginal	5
acetato de leuprolida 3,75 mg / fa	1
gonadotrofina urinária 75 UI / fa	32
gonadotrofina coriônica humana 5000 UI / fa	2
progesterona micronizada 100 mg / cp	120

b) Fertilização *in vitro* convencional sem ovócito

ATIVIDADE	QUANT.
Consulta ginecológica	1
Estimulação ovariana	1
Punção do fundo do saco vaginal	2

c) Fertilização *in vitro* convencional sem fertilização

ATIVIDADE	QUANT.
Consulta ginecológica	1
Estimulação ovariana	1
Processamento seminal terapêutico	1
Punção do fundo do saco vaginal	2

Identificação/fertilização/incubação/a companhamento	1
---	---

d) Fertilização *in vitro* com fertilização

ATIVIDADE	QUANT.
Consulta ginecológica	1
Estimulação ovariana	1
Processamento seminal terapêutico	1
Punção do fundo do saco vaginal	2
Identificação / fertilização / incubação	1

4. Fertilização *in vitro* (FIV) com injeção intracitoplasmática de espermatozóide (ICSI);

a) Fertilização *in vitro* (FIV) com injeção intracitoplasmática de espermatozóide (ICSI) sem espermatozóide

ATIVIDADE	QUANT.
Consulta ginecológica	1
Estimulação ovariana	1
Processamento seminal terapêutico	1
Punção do fundo do saco vaginal	2
Coleta alternativa de espermatozóide	1

b) Fertilização *in vitro* (FIV) com injeção intracitoplasmática de espermatozóide (ICSI) sem fertilização

ATIVIDADE	QUANT.
Consulta ginecológica	1
Estimulação ovariana	1
Processamento seminal terapêutico	1
Punção do fundo do saco vaginal	2
Identificação / fertilização / incubação / injeção do espermatozóide / acompanhamento	1

c) Fertilização *in vitro* (FIV) com injeção intracitoplasmática de espermatozóide (ICSI) com fertilização

ATIVIDADE	QUANT.
Consulta ginecológica	1
Estimulação ovariana	1
Processamento seminal	1
Punção do fundo do saco vaginal	2
Identificação / incubação / injeção do espermatozóide / acompanhamento	1

5. Criopreservação e transferência embrionária

ATIVIDADE	OBSERVAÇÕES
dimensionar: PGD, Assisted hatching, criopreservação, descongelamento, carga viral do semem.	da população que vai ter embrião no máximo 5% utilizarão estas técnicas
Criopreservação (CONGELAMENTO)	40% dos casos vão congelar embriões
Criopreservação (DESCONGELAMENTO)	70% do item anterior vão descongelar
Descongelamento com transferência embrionária	60% do item anterior vão ser transferidos
Preparo endometrial para a transferência de pré embrião descongelado	70% dos casais que congelaram pré-embriões