UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

LEONARDO CALDEIRA QUINTINO PEREIRA

A NECESSIDADE DE REGULAMENTAÇÃO ÉTICO-JURÍDICA NA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA: UMA ANÁLISE DA OMISSÃO LEGISLATIVA BRASILEIRA

Salvador
2017

LEONARDO CALDEIRA QUINTINO PEREIRA

A NECESSIDADE DE REGULAMENTAÇÃO ÉTICO-JURÍDICA NA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA: UMA ANÁLISE DA OMISSÃO LEGISLATIVA BRASILEIRA

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Programa de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia como requisito para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Doutora Maria Elisa Villas-Bôas Pinheiro de Lemos.

Salvador
2017

LEONARDO CALDEIRA QUINTINO PEREIRA

A NECESSIDADE DE REGULAMENTAÇÃO ÉTICO-JURÍDICA NA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA: UMA ANÁLISE DA OMISSÃO LEGISLATIVA BRASILEIRA

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Programa de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia como requisito para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovado em 05 de setembro de 2017.

_____

Mônica Neves Aguiar da Silva
Doutora pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

_____

Raphael Rego Borges Ribeiro
Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia

_____

Maria Elisa Villas-Bôas Pinheiro de Lemos
Doutora em Direito pela Universidade Federal da Bahia

PEREIRA, Leonardo Caldeira Quintino. A necessidade de regulamentação ético-jurídica na Reprodução Humana Assistida: uma análise da omissão legislativa brasileira. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2017.

RESUMO

O presente estudo visa a analisar a disciplina normativa atual sobre o uso das técnicas de Reprodução Humana Assistida no ordenamento jurídico pátrio e se, de fato, há ou não a necessidade de maior regulamentação ético-jurídica no uso dessas técnicas, uma vez que a única previsão acerca do tema são as Resoluções do Conselho Federal de Medicina, não sendo leis propriamente ditas, mas atos corporativos dotados de força normativa e passíveis de controle pelo Poder Judiciário. Para tanto, será feita uma análise dos conceitos e das técnicas de Reprodução Humana Assistida, bem como uma análise da matéria sob o enfoque dos Documentos Internacionais de Direitos Humanos e Bioética, além de uma análise no plano constitucional acerca do planejamento familiar. Após isso, far-se-á uma verificação de como o tema é tratado no ordenamento normativo interno, com a finalidade de constatar se as normas existentes são suficientes para decidir os conflitos. Em seguida, será traçado um paralelo da legislação pátria com as previsões de Portugal e Espanha, por se tratarem de países de sistema continental latino e com legislação recente. Ao final, examinar-se-ão os projetos de lei em trâmite nas casas do Congresso Nacional e os casos emblemáticos que marcam o tema, sintetizando-se acerca de quais temas em especial mostraram-se mais carentes de detalhamento.

PALAVRAS-CHAVE: REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA; OMISSÃO LEGISLATIVA; RESOLUÇÕES DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA.

ABSTRACT

PEREIRA, Leonardo Caldeira Quintino. The necessity of ethic-juridical regulation in Human Assisted Reproduction: an analysis of brazilian legislative omission. Monography (Law graduation) – Law school, Federal University of Bahia, Salvador, 2017.

The present study aims to analyze the current normative discipline about the use of technics in Human Assisted Reproduction in the legal order of the country and whether, in fact, there is or not a major necessity in ethic-juridical regulation in the use of these technics, once the unique prevision about this subject are the Federal Resolutions of Medicine Council, not being law themselves, but corporative acts endowed with normative force and passable of control by the Judiciary. For this matter, an analysis of the concepts and technics of Human Assisted Reproduction will be done, as well as an analysis of the matter under the focus of the International Human Rights and Bioethics, in addition to a constitutional analysis concerning family planning. After this, a verification on how the topic is addressed in the internal normative order, with the goal to find out if the existing norms are sufficient to manage conflicts. Then, it will be traced a parallel study of the Brazilian legislation with the predictions of Portugal and Spain, because they are countries of continental latin system and with recent legislation. In the end, bills in progress in the houses of the National Congress will be evaluated and the emblematic cases that remarks the subject, synthesizing about which subjects in particular were more lacking in detail.

KEYWORDS: HUMAN ASSISTED REPRODUCTION; LEGISLATIVE OMISSION; RESOLUTIONS OF THE FEDERAL COUNCIL OF MEDICINE.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI - Ação Direta de Inconstitucionalidade

ANS - Agência Nacional de Saúde

ANVISA - Agência Nacional de Vigilância Sanitária

ASRM - American Society for Reproductive Medicine

CCJC - Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania

CDB - Convenção sobre Diversidade Biológica

CEDH - Corte Europeia de Direitos Humanos

CFM - Conselho Federal de Medicina

CJF - Conselho da Justiça Federal

CNJ - Conselho Nacional de Justiça

CorteIDH - Corte Internacional de Direitos Humanos

FEBRASGO - Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia

FIGO - Federação Internacional de Obstetrícia e Ginecologia

FIV - Fertilização *in vitro*

FSH - Hormônio Folículo-Estimulante

GIFT - Transferência Intrafalopiana de Gametas

HMG - Gonadotrofina Menopáusica Humana

ICSI - Injeção Intracitoplasmática de Espermatozoides

IIUD - Inseminação Intrauterina Heteróloga

IIUH - Inseminação Intrauterina Homóloga

OAB - Ordem dos Advogados do Brasil

OGM - Organismos Geneticamente Modificados

PDG - Diagnóstico e Seleção Genéticos Pré-Implantacional

RHA - Reprodução Humana Assistida

SisEmbrio - Sistema Nacional de Produção de Embriões

STF - Supremo Tribunal Federal

SUS - Sistema Único de Saúde

TRA - Técnicas de Reprodução Assistida

UNESCO - Organização das Nações Unidas para Educação

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO 9
2 REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA: ENTRE A MEDICINA E O DIREITO 11
2.1 Conceitos e técnicas 11
2.2 Documentos Internacionais de Direitos Humanos e Bioética 21
2.3 Constituição Federal de 1988 e o direito ao planejamento familiar 30
3 TRATAMENTO NORMATIVO INTERNO 39
3.1 Código Civil 39
3.2 Lei de Biossegurança (Lei n.º 11.105/2005) 43
3.3 Lei n.º 9.263/96 48
3.4 Lei n.º 9.656/98 50
3.5 Resoluções do Conselho Federal de Medicina 51
4 A INSUFICIÊNCIA LEGISLATIVA 59
4.1 Legislação Internacional 59
4.2 Projetos de Lei pátrios 75
4.3 Atuação jurisdicional nos casos emblemáticos 87
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS 94
6 REFERÊNCIAS 98

1 INTRODUÇÃO

O desejo de ter filhos encontra-se entre os principais anseios daqueles que desejam construir sua família, contudo, fatores alheios à vontade podem impedir que o sonho se torne realidade, seja em razão do adiamento da decisão em ter filhos por conta da vida profissional, seja em razão de doenças ligadas a infertilidades que impedem a gestação.

Nesse contexto, os avanços tecnológicos permitem que pessoas que, até pouco tempo não poderiam ter filhos, obtenham tal possibilidade por meio do uso das técnicas de Reprodução Humana Assistida, estas, reguladas pelas Resoluções do Conselho Federal de Medicina, carentes de eficácia *erga omnes*, uma vez que não há disciplina legal específica.

Nesse sentido, o presente estudo versa sobre a omissão legislativa brasileira em relação aos usos das técnicas de Reprodução Humana Assistida. Embora existam Resoluções do Conselho Federal de Medicina que cuidam do tema, não há, do ponto de vista legislativo, qualquer texto em vigência acerca da matéria, denunciando uma verdadeira insegurança jurídica.

Não se tem como escopo a apresentação de soluções para a omissão legislativa, mas, sim, a constatação de que existem matérias que necessitam de um maior cuidado por parte do legislador, diante da apresentação de casos emblemáticos, os quais apresentam hipóteses não abarcadas pela legislação brasileira, demonstrando a insuficiência legislativa existente.

Atualmente, o tema é regido pelas Resoluções do Conselho Federal de Medicina, que se caracterizam por serem atos administrativos, dotados de força legislativa que vinculam os administrados, sendo passíveis de controle pelo Poder Judiciário.

As disposições existentes no plano constitucional e legal *stricto sensu* não tratam especificamente da matéria como um todo, mas apenas de pontos que levantam dúvidas ao operador do direito quando necessita decidir um conflito ou nem mesmo isso.

Para demonstrar a necessidade de *lege ferenda*, a presente investigação delimitará, no Capítulo 2 ("*Reprodução Humana Assistida*"), os conceitos e técnicas abordados para melhor definição dos institutos, ao passo que será exposto como o

tema é tratado nos Documentos Internacionais, e, posteriormente, a nível constitucional, verificando como a Reprodução Humana Assistida é abordada no âmbito do planejamento familiar e do direito à saúde.

Nesse compasso, será abordado, ainda, no capítulo 3 ("*Tratamento normativo infraconstitucional*"), o tratamento normativo infraconstitucional relacionado à Reprodução Humana Assistida, sobretudo no tocante ao Código Civil e a outras leis esparsas, além de analisar o tema sob o enfoque das Resoluções do Conselho Federal de Medicina.

Objetivando visualizar o tema a partir de ordenamentos jurídicos mais recentes e de origem latina, o Capítulo 4 ("*A insuficiência legislativa*") realizará uma abordagem comparativa da legislação portuguesa e espanhola com a brasileira, além de verificar em que sentido o direito pátrio pode aproveitar tais previsões legais.

Analisar-se-ão, ainda, os projetos de lei existentes acerca da Reprodução Humana Assistida, analisando quais já se mostram ultrapassados e quais são aptos a serem aprovados e colocados em vigência.

Por fim, será exposto de que maneira o magistrado tem agido como legislador positivo e, desta maneira, efetivado o ativismo jurídico a fim de dar solução a tais demandas, bem como serão expostos casos emblemáticos do direito internacional que marcaram o acesso às técnicas de reprodução assistida e sua disciplina jurídica.

Os resultados obtidos serão sintetizados sob a forma de considerações finais, ao término do trabalho, seguindo-se as referências citadas.

2 REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA: ENTRE A MEDICINA E O DIREITO

A Reprodução Humana Assistida surge dentro do contexto dos avanços tecnológicos na área médica, a qual possibilita que casais até então inférteis, e sem a perspectiva de ter filhos, pudessem se valer destas técnicas para auxiliar na concepção.

No campo jurídico, tais avanços representam a valorização dos saberes técnicos, de forma que essa lógica torna a "ciência jurídica um verdadeiro saber tecnológico".[1]

Assim, os ditos avanços repercutem socialmente, de maneira que "a complexidade do mundo está exigindo novas formas de manifestação do fenômeno jurídico".[2] Em razão disso, a ciência dogmática do direito se revela, na atualidade, como um instrumento decisório.[3]

2.1 Conceitos e técnicas

A Reprodução Humana Assistida surge, no contexto dos avanços tecnológicos no campo da medicina, como uma forma de tratar problemas ligados à infertilidade, a qual se apresenta como um obstáculo na reprodução humana.

O ciclo biológico da vida faz com que a infertilidade seja repudiada muitas vezes como um infortúnio, pois a presença de prole, além de estar relacionada à ideia de felicidade, também se liga ao êxito pessoal[4]. Por assim dizer, a experiência enfrentada pelos casais inférteis enseja muitas vezes um sentimento de incapacidade, sendo, por vezes, motivo para afastá-los. Tais fatos oneraram injusta e majoritariamente a mulher ao longo da história, como se a ela coubesse, compulsoriamente, esse dever reprodutivo.

Contudo, esse pensamento oriundo de uma sociedade patriarcal pode ser afastado através de estudos da fisiologia da reprodução feminina, capazes de

---

[1] FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 27.
[2] Idem, p. 29.
[3] Idem, p. 81.
[4] CÔRREA, Marilena Cordeiro Dias Villela. **Ética e reprodução assistida: a medicalização do desejo de filhos**. Revista Bioética. Vol. 9, n.º 2 - 2001. Brasília/DF, Brasil, Conselho Federal de Medicina, 2001, p. 72.

demonstrar que a infertilidade pode ter como causa tanto fatores masculinos, como também fatores femininos.

Do ponto de vista médico, a Federação Internacional de Obstetrícia e Ginecologia (FIGO)[5] conceitua como infértil o casal que não consegue levar a gravidez a cabo. A Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia (FEBRASGO), por seu turno, conceitua a infertilidade conjugal quando "não ocorre gravidez em casal que mantenha relações sexuais frequentes sem proteção contraceptiva, pelo período de um ano"[6].

Nessa esteira, a infertilidade pode ser classificada como primária, no caso de paciente que nunca concebeu, ou secundária, quando a paciente já concebeu anteriormente, mesmo que não seja com o mesmo parceiro.[7]

Quanto à esterilidade, a FIGO[8] adota o entendimento de que são as hipóteses em que o casal não consegue obter a gravidez após o intervalo de 2 (dois) anos sem proteções contraceptivas, contudo, atualmente, os dois termos são utilizados sinônimos[9].

Como os fatores masculino e feminino apresentam, qualitativamente, a mesma importância, o correto diagnóstico da causa da infertilidade é crucial para que o tratamento apresente resultados satisfatórios.[10] O diagnóstico da infertilidade de fator masculino apesar de representar um percentual menor que o feminino, na ordem total de 7%, também deve ser alvo de investigações, uma vez que suas causas podem decorrer da varicocele, infecções geniturinárias, idade, fatores ambientais como calor, pesticida, radiação, metais pesados, tabagismo; além do uso de medicamentos e doenças sistêmicas e genéticas. Desta forma, a investigação será feita através de exames físicos e laboratoriais, e, quando frustradas tais tentativas, recorre-se a outros exames complementares.[11]

---

[5] ROSENFIELD A.; FATHALA M.F. **The FIGO Manual of Human Reproduction**. (Reproductive Health: Global Issues, Vol. 3, Park Ridge, NJ, Parthenon Publishing Group; 1990.
[6] FEBRASGO. **Manual de Orientação de Reprodução Humana**.2011. Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia, 2011, p. 11.
[7] Idem, ibidem.
[8] ROSENFIELD A.; FATHALA M.F. op. cit..
[9] CAMBIAGHI, Arnaldo Schizzi. **A pesquisa da fertilidade**. Disponível em: <em: http://www.ipgo.com.br/pesquisa-da-fertilidade/>. Acesso em: 06 ago. 2017.
[10] DZIK, A. et al. **Tratado de Reprodução Assistida**. - São Paulo: Segmento Farma, 2011, p. 2.
[11] Idem, p. 4

As circunstâncias mais comuns que levam à infertilidade masculina são: i) azoospermia - ausência de espermatozoide por uma falha na produção ou por obstrução; ii) oligospermia - baixa contagem de espermatozoides; iii) astenopermia - diminuição na motilidade dos espermatozoides; iv) teratospermia - alteração na morfologia; e por fim, v) dificuldade no coito, em razão de distúrbio na ejaculação ou pela impotência.[12]

Os exames complementares serão utilizados, como já mencionado, quando os exames não forem conclusivos, hipótese em que o médico irá socorrer-se da avaliação genética, exame com imagens, tais quais a ultrassonografia e a deferentrografia[13].

Dentro do fator feminino, podem ser identificadas como causas da infertilidade: i) fator tubário; ii) fator cervical; iii) fator uterino; iv) fator tuboperitoneal. Assim como no fator masculino, as causas devem ser investigadas a partir da história clínica do paciente, em conjunto com os exames físicos e, se necessário, exames de imagem como a ultrassonografia, histerossonografia, laparoscopia, histeroscopia.[14]

O uso da Reprodução Humana Assistida como meio do tratamento da infertilidade dependerá, portanto, do fator causador, e, por conseguinte, das respostas dadas pelo paciente, como assinalam Vieira e Glina[15], *in verbis*:

> Nosso papel é diagnosticar as causas tratáveis, fazer o diagnóstico de causas genéticas e orientar o melhor método de reprodução assistida (TRA) nos casos idiopáticos, com impossibilidade de tratamento específico ou na falha desta.

O papel do médico, desta forma, inicia-se com as orientações básicas para facilitar a gravidez através do coito programado, com controle mediante a data do ciclo em que se deve dar a cópula, podendo, ainda, valer-se da estimulação ovariana através da monitoração ultrassonográfica, para, posteriormente, recorrer à indução da ovulação. Caso o uso das técnicas menos invasivas não apresente resultados

[12] GEBER, Selmo; SAMPAIO, Marcos; HURTADO, Rodrigo. **Guia de bolso da ginecologia**. - São Paulo: Editora Atheneu, 2013, p. 79.
[13] FILHO, M. Z.; Júnior, A. N.; REIS, R. B. D. **Urologia fundamental**. São Paulo: Planmark, 2010, p. 84.
[14] DZIK, A. et al, op. cit., p. 27-34.
[15] FILHO, M. Z.; Júnior, A. N.; REIS, R. B. D, op. cit., p. 82.

satisfatórios, o médico deve informar a necessidade do uso das técnicas mais complexas de reprodução assistida[16].

Nesse contexto, as técnicas de reprodução assistida têm como escopo a geração de novos indivíduos através de medicamentos ou procedimentos [17] . Conceitualmente, a Reprodução Humana Assistida, conforme assinala Zugaib, é a "interferência humana no processo de reprodução natural, objetivando criar a possibilidade de pessoas com problema de infertilidade serem pais"[18].

Dentre as técnicas mais habituais estão:

2.1.1 Coito programado

Consiste em orientações médicas que objetivam facilitar a reprodução humana. Assim, o médico irá orientar o casal para que tenham relações sexuais em dias específicos, durante o período fértil da mulher, o qual se trata do lapso temporal de maior fertilidade da mulher, começando nos 14 (quatorze) dias anteriores à menstruação, incluindo o dia da ovulação e os cinco dias anteriores.[19]

A técnica pode, ainda, ser combinada com a estimulação ovariana para obtenção de resultados mais satisfatórios, através do monitoramento por meio de ultrassonografia do período ovulatório.[20]

2.1.2 Indução de ovulação

A indução de ovulação pode ser utilizada tanto no coito programado, como também na inseminação intrauterina, como forma de "otimizar um esquema capaz de obter óvulos e embriões de boa qualidade"[21], aumentando as taxas de sucesso no tratamento da reprodução assistida.

---

[16] DZIK, A. et al, op. cit., p. 92-93.
[17] ZUGAIB, Marcelo. **Obstetrícia**. 3. ed. Barueri: Editora associada: Rossana Pulcineli Vieira Francisco, 2016, p. 1251.
[18] Idem, p. 1252.
[19] DZIK, A. et al, op. cit., p. 92.
[20] Idem, ibidem.
[21] Idem, p.128.

Em suma, consiste em uma hiperestimulação ovariana controlada para aumentar as chances de gravidez, através do uso de citrato de clomifeno associado ao hormônio folículo-estimulante (FSH) ou à gonadotrofina menopáusica humana (hMG).[22]

2.1.3 Inseminação intrauterina

A inseminação intrauterina se apresenta como uma forma de tratamento da infertilidade, em que o sêmen é captado do homem, triado e colocado dentro do útero da mulher, em sítio mais próximo do local onde deve se dar a fertilização. Pode ser antecedida de estimulação à ovulação que consiste no uso de medicações para incentivar a produção de óvulos.

A inseminação intrauterina poderá ser homóloga (IIUH), hipótese em que o sêmen captado é do próprio casal ou poderá ser heteróloga (IIUD), quando o sêmen é de um doador.[23]

Ela será utilizada quando a paciente for diagnosticada com: a) esterilidade sem causa aparente; b) endometriose estádio I e II, conforme *American Society for Reproductive Medicine* (ASRM); c) fator cervical ou imunológica; d) impossibilidade de ejaculação vaginal; e) fator masculino leve (oligoastenozoospermia).[24]

Nessa toada, diante de um casal que o sêmen não apresente qualidades razoáveis para inseminação, o indicado seria o uso de técnicas mais complexas de RHA, tal qual a fertilização *in vitro*. Em se tratando de IIUD, sua principal indicação ocorre quando há diagnóstico de azoospermia não obstrutiva, determinadas doenças genéticas e gestante com fator sanguíneo RH negativo gravemente sensibilizadas.[25]

Essa técnica é semelhante ao coito programado, pois, em razão das taxas de sucesso baixas, as pacientes são submetidas à estimulação ovariana para obtenção de um a três folículos de boa qualidade, mediante administração de hormônios e

[22] DZIK, A. et al, op. cit., p. 94.
[23] CAMARGOS, Aroldo Fernandes. **Ginecologia Ambulatorial: baseada em evidências científicas**. 2. ed. Belo Horizonte: Coopmed, 2008, p. 778.
[24] Idem, ibidem.
[25] Idem, ibidem.

outros medicamentos. A inseminação é realizada após o preparo do sêmen através da técnica de *swim-up*[26] ou do gradiente de Percoll.[27]

As taxas de gravidez, apesar de relativamente baixas, alcançando a margem de 20%, não afastam o valor da técnica, sobretudo para mulheres que têm menos de 35 (trinta e cinco) anos. Atualmente, limita-se a quatro ciclos antes de submeter a paciente ao uso da fertilização *in vitro*.[28]

A inseminação é dita *post mortem*, segundo a Resolução do CFM n.º 2.121/2015, quando há expressa autorização prévia específica do falecido para o uso do seu material biológico após a morte do fornecedor. Desta forma, o consentimento poderá ser dado no ato da coleta, ou após, mas antes do seu uso.

2.1.4 Fertilização *in vitro* (FIV)

Essa técnica de alta complexidade ganhou destaque no final da década de 1970, com os resultados obtidos pelo grupo de Bourn Hall, na Inglaterra, através de pesquisas realizadas por Patrick Steptoe e Robert Edwards[29]. Apesar das pesquisas terem se iniciado no início da década de 70, apenas em seu final que veio ao mundo o primeiro bebê de proveta proveniente da fertilização *in vitro,* a pequena Louise Brown.

Após o primeiro êxito, as técnicas foram difundidas mundo afora, com destaque para o uso na Austrália e França[30]. O Brasil só veio a utilizar a técnica no ano de 1984, na cidade de São José dos Pinhais, quando foi concebido o primeiro bebê oriundo da técnica de fertilização *in vitro* no país.

De maneira sintética, Zugaib[31] define a fertilização *in vitro* como:

---

[26] A técnica de *swim-up* consiste na eliminação das impurezas do esperma para triagem de espermatozoides, ao final, colher os espermatozoides sobrenadantes com alto motilidade. Já na técnica do gradiente de Percoll, dilui-se o sêmen em Percoll com objetivo de separar o espermatozoide de outras células.
[27] CAMARGOS, Aroldo Fernandes, op. cit., p. 779.
[28] DZIK, A. et al, op. cit., p. 96.
[29] ABDELMASSIH, Roger. **Aspectos gerais da reprodução humana**. Revista Bioética. Vol. 9, n.º 2 - 2001. Brasília/DF, Brasil, Conselho Federal de Medicina, 2001, p. 15-16.
[30] SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. **Estatuto da reprodução humana assistida**. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade São Paulo. São Paulo, 2009, p. 53.
[31] ZUGAIB, Marcelo, op. cit., p. 1252.

> A obtenção de óvulos que são fertilizados em laboratório consiste na fecundação artificial *in vitro*, com participação genética do parceiro ou de um doador. Em seguida, embriões são transferidos diretamente para a cavidade uterina. A transferência intratubária de gametas ou outras técnicas mais complexas que abrangem óvulos ou embriões doados, ou ainda a cessão temporária do útero podem ser efetuadas.

O ciclo da fertilização *in vitro* consiste na indução e monitorização da superovulação, aspiração dos folículos, identificação dos oócitos mais promissores, em melhores condições; inseminação *in vitro*, cultura de embriões em estágio de pré-implantação, e transferência de embriões. Suas indicações são casos de infertilidade por fator tubário, endometriose, fator masculino, e idiopática (esterilidade sem causa aparente).[32]

A indução à superovulação ocorre a partir da estimulação ovariana, que é realizada para se obter um maior número de oócitos, com possibilidade de fertilização e formação de elevado número de embriões, possibilitando a transferência de mais de um embrião e, portanto, elevando a taxa de gravidez. Sua contrapartida é a possibilidade de gestação múltipla, síndrome de hiperestímulo e o seu custo.[33]

A monitorização da ovulação se dá a partir da resposta ovariana à indução realizada na etapa anterior, por meio de ultrassonografia seriada para visibilização do número e tamanho dos folículos em desenvolvimento e da resposta endometrial.[34]

Outra etapa é a captação oocitária, que é realizada após a administração do hormônio hCG, seguida da punção folicular guiada por ultrassom vaginal.[35]

A amostra de sêmen colhida será preparada para remoção do líquido seminal e separação e exclusão dos espermatozoides imóveis ou de baixa motilidade. O oócitos identificados após a captação serão inseminados com aproximadamente 40.000 espermatozoides.[36]

A transferência dos embriões é realizada de dois a cinco dias após a inseminação *in vitro*, e a taxa de gestação está relacionada ao número de embriões transferidos, contudo um número excessivo de embriões poderá determinar um

[32] GEBER, Selmo; SAMPAIO, Marcos; HURTADO, Rodrigo, op. cit., p. 86.
[33] Idem, p. 87.
[34] Idem, p. 88.
[35] Idem, ibidem.
[36] Idem, ibidem.

aumento no risco da gestação múltipla. Os demais embriões não utilizados podem ser congelados para posterior transferência.[37]

2.1.5 Injeção intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI)

Essa técnica consiste na injeção do espermatozoide em oócitos "denundados das células da granulosa que os rodeiam"[38], com maior precisão e possibilidade de verificação do grau de maturidade no núcleo do oócito. É comumente utilizada quando o fator masculino é grave, devendo ser aplicada de maneira complementar a fertilização *in vitro*[39]. Vieira e Glina afirmam que essa técnica trouxe a possibilidade de homens diagnosticados com azoospermia obstrutiva, que tiveram falha na reversão ou que não desejam reverter a vasectomia tenham filhos biológicos[40].

2.1.6 Congelamento de embriões

Não se trata de uma técnica propriamente dita de tratamento da infertilidade, uma vez que objetiva a formação de bancos de doação para mulher que possam perder a função ovariana. Essa técnica permite que uma mulher congele o material biológico e, caso uma das tentativas seja infrutífera, ela recorra ao material congelado para uma nova tentativa.[41]

Para a reprodução assistida, a possibilidade de congelar os embriões por tempo indeterminado representou um avanço, pois, ao passo em que permite a transferência de um número adequado de embriões, também reduz as possibilidades de gestações múltiplas, além de submeter novamente a mulher à indução ovariana, que pode desencadear a síndrome de hiperestimulação ovariana, com riscos de comprometimento renal, pulmonar, vascular, etc..[42]

Contudo, novos questionamentos surgem com a possibilidade de criopreservação dos embriões, como o destino dos embriões excedentários e não

[37] GEBER, Selmo; SAMPAIO, Marcos; HURTADO, Rodrigo, op. cit., p. 89.
[38] DZIK, A. et al, op. cit., p. 112.
[39] CAMARGOS, Aroldo Fernandes, op. cit., p. 788.
[40] FILHO, M. Z.; Júnior, A. N.; REIS, R. B. D, op. cit., p. 86.
[41] CAMARGOS, Aroldo Fernandes, op. cit., p. 791.
[42] DZIK, A. et al, op. cit., p. 370.

utilizados. A Lei de Biossegurança, n.º 11.105/2005, permitiu que os embriões congelados até 28/03/2005 fossem destinados à pesquisa.[43] Nesse sentido, a possibilidade de congelamento de óvulos, além de ser uma opção para mulheres que não desejam conceber de imediato, não alberga tais dúvidas éticas.

2.1.7 Doação de gametas e embriões

A doação de gametas e embriões é regulamentada pela Resolução do CFM 2.121/2015, contudo, ainda é alvo de polêmicas quanto ao sigilo do doador e receptadores, além do fato da escolha do doador para cada caso ser de responsabilidade da clínica. Em relação à questão financeira, é pacífico que a doação não pode ter fins lucrativos.[44]

A doação de gametas pode envolver tanto a doação de óvulos, quanto a doação de sêmen, sendo que a primeira é indicada em casos de falência ovariana precoce, hipogonadismo hipergonadotrófico, menopausa cirúrgica, fatores genéticos, ou até mesmo em casos de idade avançada, dentre outras hipóteses.[45]

Já a doação de sêmen é utilizada quando as causas de infertilidade de fator masculino decorrem de azoospermia, oligozoospermia grave ou outras anormalidades ligadas ao sêmen ou fluido seminal, além de doenças genéticas, disfunções ejaculatórias graves, casos em que não seja recomendável ou disponível o uso do ICSI, dentre outras situações.[46]

2.1.8 Transferência intrafalopiana de gametas (GIFT)

No GIFT, os óvulos e espermatozoides são transferidos para a trompa de falópio, anatomicamente preservada por videolaparoscopia, de maneira que a fertilização ocorre *in vivo*. A projeção do embrião agora formado, desta forma, permite maiores taxas de sucesso.[47]

---

[43] Idem, ibidem.
[44] Idem, p. 793-794.
[45] Idem, p. 234.
[46] CAMARGOS, Aroldo Fernandes, op. cit., p. 795.
[47] CAMARGOS, Aroldo Fernandes, op. cit., p. 793.

Essa técnica é indicada quando a paciente é diagnosticada com endometriose, infertilidade por fator cervical, bem como a esterilidade sem causa aparente. Entretanto, as clínicas têm optado pela técnica da fertilização *in vitro*.[48]

2.1.9 Útero de substituição

Uma das mais polêmicas técnicas auxiliares de reprodução humana, mas atualmente aceita e prevista nas Resoluções do Conselho Federal de Medicina, o útero de substituição é utilizado quando a mulher não possui útero ou apresenta alterações anatômicas ou funcionais que impedem a gravidez.

O tratamento em si é realizado conforme os ciclos da fertilização *in vitro*, com a transferência dos embriões para o útero de outra pessoa.

2.1.10 Diagnóstico e seleção genéticos pré-implantacional (PDG)

Originalmente, o PDG foi idealizado para ajudar casais com risco de gerarem filhos com doenças genéticas ligadas ao sexo, em específico, a hemofilia. Em 1990, a técnica foi utilizada pela primeira vez com a pré-seleção dos embriões.[49]

Atualmente, é utilizada com o objetivo de investigar e evitar que os casais venham a ter filhos com doenças genéticas graves, potencialmente letais, através do estudo do cromossomo, ou parte dele, em células retiradas do embrião, evitando-se perdas gestacionais de índole hereditária. Assim, consiste na combinação de técnicas moleculares, durante a fertilização *in vitro*, para selecionar embriões livres de uma condição genética específica, que não apresentem alterações cromossômicas.[50] Também pode visar a seleção de embriões compatíveis com parente que necessite de doação histológica imunocompatível, sendo uma conduta ético-legal discutível, por mediatizar o indivíduo que decorre de tal prática.

2.1.11 Redução embrionária

[48] Idem, ibidem.
[49] DZIK, A. et al, op. cit., p. 333.
[50] Idem, ibidem.

Também chamada de redução fetal, consiste na introdução de cloreto de potássio, após a punção do tórax do embrião[51] para que promova uma parada dos batimentos cardíacos no feto indesejado. Recorre-se a essa técnica quando a paciente tem gestação múltipla.[52]

No Brasil, contudo, é expressamente vedado, na Resolução do CFM n.º 2.121/2015, o uso desse procedimento.

2.1.12 Clonagem

Embora não se trate de uma técnica de Reprodução Humana Assistida propriamente dita, uma vez que não houve sucesso, nem acolhida do ponto de vista ético em seu uso em humanos, a clonagem já foi utilizada com sucesso em três modelos de animais, sendo o caso mais famoso o da ovelha Dolly, no ano de 1997, realizado a partir das células mamárias.[53]

Discute-se se a proibição da clonagem humana também torna ilegal a clonagem terapêutica, inviabilizando o uso das células-tronco embrionárias para gerar tecido imunocompatíveis, para consequente uso terapêutico.[54]

2.2 Documentos Internacionais de Direitos Humanos e Bioética

Os Direitos Humanos sistematizados na Declaração Universal, da Organização das Nações Unidas, em dezembro de 1948, reconhecem a "dignidade inerente a todos

[51] Para se tornar mais didático, cumpre esclarecer as fases do desenvolvimento do produto conceptual, a fim de evitar confusões nos termos. Zugaib (p. 111), ao tratar do tema, define que "o produto da concepção é denominado ovo fertilizado ou zigoto após a fertilização e passa a ser denonimado embriões com o desenvolvimento das vilosidades coriônicas após a implantação do blastocisto", nesse passo, o embrião forma-se "na terceira semana, após a ovulação e a fertilização", e por fim, o período fetal inicia-se logo após o final do período embrionário, já com 8 semanas da fertilização. Por outro lado, o pré-embrião "é o nome dado, por alguns autores, ao embrião humano durante os primeiros catorze dias depois da fecundação". (VEGA, J.; QUEIPO, P.; BAZA, P.M. **Quem é o embrião?** - *Bioética no início da vida. Disponível em: <http://blog.quadrante.com.br/quem-e-o-embriao-bioetica-no-inicio-da-vida/>.* Acesso em: 06 ago. 2017*)*

[52] DZIK, A. et al, op. cit., p. 414.

[53] Idem, p. 378.

[54] Idem, p. 381

os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo"[55].

Embora trate das liberdades, direitos políticos, econômicos, culturais e sociais, a Declaração Universal de Direitos Humanos não possui caráter vinculante, mas apenas constitui uma obrigação moral.

O Direito brasileiro, diferente de outros países, distingue os conceitos de Direitos Fundamentais e de Direitos Humanos. Os últimos, em razão do seu cunho internacional, distinguem-se formalmente dos primeiros, que se caracterizam por serem internos.

Apesar da distinção topológica, há uma convergência e processo recíproco de influência entre eles, pois é possível identificar uma "internacionalização" dos Direitos Fundamentais, bem como uma "constitucionalização" dos Direitos Humanos. Em suma, existem direitos que surgem nas Constituições e passam para os documentos internacionais, como também existem direitos que surgem nos documentos internacionais e depois são abrigados pelas Constituições.

Posteriormente, já com o advento da Constituição Federal de 1988, e a edição da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, o Brasil passou a recepcionar no texto magno os direitos que possuem imperatividade internacional: os tratados e as convenções. Para que sejam internalizadas com *status* de norma constitucional, eles devem versar sobre direitos humanos e serem aprovados com quórum de emenda constitucional, ou seja, 3/5 dos votos. Se forem ou tiverem sido aprovados com

[55] OHCHR. **Declaração universal dos direitos humanos**. Disponível em: <http://www.ohchr.org/en/udhr/documents/udhr_translations/por.pdf>. Acesso em: 06 ago. 2017.

quórum menor, serão dotadas de eficácia supralegal[56] (situando acima das leis ordinárias e abaixo da Constituição Federal)[57].

No que tange à questão da Reprodução Humana Assistida, ela passou a ocupar as discussões de Direitos Humanos no tocante ao direito ao planejamento familiar.

Com efeito, em 1968, na Conferência de Direitos Humanos das Nações Unidas, realizada em Teerã, o tema do planejamento familiar foi abordado quando dispôs acerca da necessidade de a comunidade internacional continuar velando pela família e crianças, e que os pais têm o direito humano fundamental de determinar livremente o número de filhos e seus intervalos de nascimento[58].

No encontro da Conferência Mundial de População, no ano de 1974, em Bucareste, firmou-se entendimento no sentido de apresentar ações com o fito de auxiliar os casais e indivíduos a satisfazer os objetivos reprodutivos, valendo-se de todos os mecanismos para efetivar o princípio do planejamento familiar[59].

---

[56] A classificação "supralegal" advém do julgamento do Recurso Extraordinário 466343, no voto do Ministro Gilmar Mendes, acerca da prisão do depositário infiel e a recepção do Pacto de San José da Costa Rica, a saber: [...] Nesse sentido, é possível concluir que, diante da supremacia da Constituição sobre os atos normativos internacionais, a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel (...) deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria (...). Tendo em vista o caráter supralegal desses diplomas normativos internacionais, a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem sua eficácia paralisada. (...) Enfim, desde a adesão do Brasil, no ano de 1992, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos 'Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), não há base legal par aplicação da parte final do art.5º, inciso LXVII, da Constituição, ou seja, para a prisão civil do depositário infiel." (RE 466343, Voto do Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgamento em 3.12.2008, DJe de 5.6.2009)

[57] §3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

[58] 16. A comunidade internacional deve continuar velando pela família e pelas crianças. Os pais têm o direito humano fundamental de determinar livremente o número de filhos e seus intervalos de nascimento. Inclusive, tal previsão coaduna com o disposto no artigo 226, §7º, da Constituição Federal de 1988, que será melhor trabalho no capítulo 2.3.

[59] B. Planejamento familiar. Recomenda-se [sic] ações tendentes a ajudar os casais e os indivíduos a satisfazer os seus objetivos reprodutivos; evitar a gravidez não deseja e reduzir a incidência de casos de gravidez de alto risco, morbidade e mortalidade; fazer com que haja serviços de qualidade, satisfatórios e acessíveis para todos os que deles precisem; melhorar a qualidade da informação, educação, comunicação, aconselhamento e serviços: aumentar a participação e a partilha de responsabilidade dos homens na prática de planejamento familiar; promover o aleitamento materno para aumentar o espaçamento entre os nascimentos. O texto sublinha que os Governos e a comunidade internacional devem fazer uso de todos os meios ao seu dispor para apoiar o princípio de escolha voluntária no planejamento familiar. Como parte do esforço para satisfazer as necessidades ainda não satisfeitas, todos os países devem identificar e remover as principais barreiras que ainda persistem no uso dos serviços de planejamento familiar. Apela-se aos Governos para que criem um ambiente favorável ao planejamento familiar, público e privado, de boa qualidade e à informação e serviços de saúde reprodutiva através de todos os canais possíveis. Apela-se à comunidade internacional que realize imediatamente ações no sentido do estabelecimento de um sistema eficiente

Nesse contexto, é importante fazer menção à Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento do ano de 1994, que ocorreu em Cairo, sendo recepcionada pelo ordenamento brasileiro, tratando, dentre muitos temas, dos direitos reprodutivos e da saúde reprodutiva.

A Conferência de Cairo tem papel de suma importância, pois estabelece uma participação proativa dos governos e comunidades internacionais, através da disponibilização de informações de fácil acesso, além de aconselhamento e participação do casal no planejamento familiar.[60]

Contudo, ela não se limitou a tratar do planejamento familiar propriamente dito, mas também trouxe a previsão do direito reprodutivo da mulher. Essa denominação nos interessa, pois a Conferência de Cairo reconhece um

> [...] direito básico de todos os casais e indivíduos decidirem livre e responsavelmente sobre o número, espaçamento e quando devem ter os seus filhos e de terem acesso à informação sobre a forma como fazê-lo, bem como o direito de se beneficiarem de saúde sexual e reprodutiva do mais alto nível [61]

Acrescenta que, no conceito de direito reprodutivo e saúde reprodutiva, está implícito

> [...] o direito de homens e mulheres à informação e ao acesso a métodos de planejamento familiar de sua escolha, seguros, eficazes, aceitáveis e que estejam dentro de suas posses, assim como outros métodos de sua escolha para regular a fecundidade, que não infrinjam a lei, e o direito de acesso a serviços de cuidados sanitários que permitam à mulher uma gravidez e parto seguros [62]

E estabelece que, até o ano de 2015, todos os países devem garantir o acesso aos mecanismos da saúde reprodutiva, inclusive com a prevenção e tratamento da esterilidade, como se vê no seguinte trecho:

---

de coordenação e de criação de condições globais, regionais e sub-regionais para o fornecimento de contraceptivos e outros bens essenciais para os programas de saúde reprodutiva dos países em vias de desenvolvimento e dos países de econômica em transição. Resumo do programa de ação da Conferência Internacional sobre População e desenvolvimento. Disponível em: <http://www.unfpa.org.br/Arquivos/conferencia.pdf >. Acesso em: 06 ago. 2017, p. 17.

[60] FUNDO DE POPULAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Conferência internacional sobre população e desenvolvimento.** Disponível em: <http://www.unfpa.org.br/arquivos/conferencia.pdf>. Acesso em: 06 ago. 2017. p. 17.

[61] Idem, ibidem.

[62] Idem, ibidem.

> Todos os países devem esforçar-se por tornar, tão depressa quanto possível e o mais tardar até ao ano de 2015, o acesso à saúde reprodutiva, através do sistema de cuidados de saúde primários, a todos os indivíduos com a idade adequada. Tais cuidados devem incluir, entre outros: aconselhamento sobre planejamento familiar, informação, educação, comunicação e serviços; [...] prevenção e tratamento de esterilidade; [...][63]

Nesse sentido, no ano de 1995, na IV Conferência Mundial sobre a Mulher, em Beijing, buscou novamente renovar o quanto determinado na Conferência de Cairo e "assegurar, em benefício dos homens e das mulheres, igualdade de acesso e de tratamento em matéria de educação e cuidados de saúde, e melhorar a saúde sexual e reprodutiva e a educação das mulheres"[64].

A Conferência de Beijing reafirmou a necessidade de atentar aos direitos reprodutivos, porém, desta vez, voltado ao seu desenvolvimento perante a sociedade, que funciona como fator limitador no crescimento profissional, como se vê:

> [...] Na maior parte dos países, a falta de atenção aos direitos reprodutivos da mulher limita gravemente suas oportunidades de educação e o pleno exercício de seus diretos econômicos e políticos. A capacitação das mulheres para controlar sua própria fertilidade constitui uma base fundamental para o gozo de outros direitos. A responsabilidade compartilhada pela mulher e pelo homem, no tocante às questões relativas ao comportamento sexual e reprodutivo, também é indispensável para o melhoramento da saúde da mulher.[65]

Já na Cúpula Mundial para o Desenvolvimento Social, realizada em Copenhague, no ano de 1995, discutiu-se a importância do papel da mulher na sociedade e a necessidade de garantir a igualdade entre homem e mulher, dentro de um contexto de desenvolvimento econômico e social.

Um aspecto relativo à existência ou não de um "Direito Fundamental à reprodução", como previsto na Conferência de Cairo, é se ao adotar este posicionamento seria necessário garantir meios e recursos para efetivação do tratamento da Reprodução Humana Assistida pelo Sistema Único de Saúde, além de aconselhamentos genéticos e outras formas de acesso à informação a fim de garantir a saúde reprodutiva.

---

[63] Idem, ibidem

[64] FUNDO DE POPULAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração e plataforma de ação da IV conferência mundial sobre a mulher**. Disponível em: <http://www.unfpa.org.br/arquivos/declaracao_beijing.pdf>. Acesso em: 06 ago. 2017, p. 7.

[65] Idem, p. 179.

Para enfrentar tal tema, a dissertação de mestrado de Michelle Cristine Assis Couto[66], ao tratar das Conferências Internacionais que marcaram o curso histórico, observa que elas referendaram

> um direito não reprodutivo, que, aliás, condiz perfeitamente com os ideais conclamados no discurso feminista de autodeterminação e liberdade, já que não se reconhece no curso da história desse movimento uma reivindicação em prol da maternidade.

E por fim, entendeu que a reprodução humana deve ser entendida apenas como uma faculdade, decorrente da autonomia individual dos sujeitos, o que revela a possibilidade ou não de ocorrer, não existindo supedâneo legal para sustentar tal tese, mesmo porque a própria Constituição não permite tal hermenêutica, permitindo apenas "uma liberdade de constituição familiar, que pode implicar, mas não de maneira necessária ou imprescindível em uma função procriativa".[67]

Nesse mesmo sentido, a Corte Internacional de Direitos Humanos (CorteIDH), ao tratar do caso Artavia Murillo vs. Costa Rica[68], em novembro de 2012, determinou que a Costa Rica tornasse sem efeitos a proibição do uso da técnica de fertilização *in vitro*, após a declaração de inconstitucionalidade do Decreto 24.029-S de 1995, sob o argumento que a técnica com "descarte de embriões atentava contra a vida e a dignidade humana".[69]

Para a CorteIDH, a atitude do Estado em declarar inconstitucional o referido Decreto evidencia uma arbitrariedade do Estado, gerenciando a vida privada e o planejamento familiar, através de sua proibição, violando o artigo 11 da Convenção

---

[66] COUTO, Michelle Cristine Assis. **Existe um direito de ter filhos?**. Dissertação (Mestre em Direito Privado e Econômico) - Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2007, p. 181.
[67] COUTO, Michelle Cristine Assis, op. cit., p. 184.
[68] A Sra. Artavia Murillo, após casar-se com o Sr. Meíjas Carballo, paraplégico desde a idade de 19 anos, em virtude de um acidente de trabalho, não poderia ter filhos sem o auxílio da reprodução assistida. Para tanto, recorreu à técnica de inseminação artificial por 8 vezes, mas não obteve êxito nas tentativas, restando apenas a técnica da fertilização *in vitro*. O advento da inconstitucionalidade do Decreto e a ausência de recursos para custear o tratamento fora do país levaram o casal a ingressar na Justiça, porém a demora da CorteIDH levou o casal a optar pelo divórcio. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/aspectos-%C3%A9tico-jur%C3%ADdicos-do-embri%C3%A3o-vitro-caso-artavia-murillo-vs-costa-rica> Acesso em: 18 ago. 2017, p. 20.
[69] VILELA, Helena Cristina Aguiar De Paula; SANTIAGO, Maria Cristina Paiva. **Aspectos ético-jurídicos do embrião *in vitro*: caso Artavia Murillo vs. Costa Rica**. Conpedi, Florianópolis, v.00, n.11, p. 20, dez. 2016. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/aspectos-%c3%a9tico-jur%c3%addicos-do-embri%c3%a3o-vitro-caso-artavia-murillo-vs-costa-rica >. Acesso em: 06 ago. 2017.

Americana, que veda ações arbitrárias das autoridades estatais que afetem a vida privada das pessoas.[70]

Ao enfrentar as correntes que tratam do início da vida, a CorteIDH adotou o entendimento que o embrião *in vitro* não seria uma pessoa, de maneira que se filiou à decisão do Supremo Tribunal Federal, inclusive fazendo menção ao julgamento da ADI 3.510/2008/DF[71], que aplicou a teoria natalista, ligando a vida aos direitos da personalidade.[72] Entendeu, contudo, a CorteIDH que o fato de o procedimento dever ser permitido não implicaria necessário dever estatal de o prover, como se vê:

> O Tribunal afirmou que o presente caso não se relaciona com um suposto direito a ter filhos ou um direito a ter acesso à FIV. Ao contrário, o caso se concentrou no impacto gerado por uma interferência desproporcional em decisões sobre a vida privada, familiar e os demais direitos envolvidos, e o impacto que esta interferência teve na integridade psicológica.[73]

Em que pese a sentença tenha sido nesse sentido, a técnica de fertilização *in vitro* continuou proibida no país, em razão da ausência de regulamentação, mantendo a proibição por quase 15 (quinze) anos.[74]

Outro diploma internacional que merece menção sobre o tema é a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, de outubro de 2005, ocorrida na Conferência Geral da UNESCO. Trata-se de um marco histórico, pois os Estados-membros e a comunidade internacional se comprometeram "a respeitar e aplicar os princípios fundamentais da bioética condensados num texto único".[75]

Os avanços tecnológicos na área das ciências médicas levantaram questões éticas na seara da biotecnologia, permitindo o tratamento de enfermidades que antes eram desconhecidas, além da manipulação da própria vida, através das técnicas de reprodução assistida que estiveram, desde a década de 70, no curso evolutivo dos

---

[70] VILELA, Helena Cristina Aguiar de Paula; SANTIAGO, Maria Cristina Paiva. op. cit., p. 20.
[71] Cf. item 3.2 infra.
[72] VILELA, Helena Cristina Aguiar De Paula; SANTIAGO, Maria Cristina Paiva, op. cit., p. 18.
[73] CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Artavia Murillo e outros ("fecundação *in vitro*") vs. Costa Rica**. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_por.pdf>. Acesso em: 06 ago. 2017.
[74] INTER PRESS SERVICE. **Costa Rica volta a permitir fecundação *in vitro***. Disponível em: <http://www.ipsnoticias.net/portuguese/2015/09/ultimas-noticias/costa-rica-volta-a-permitir-fecundacao-in-vitro/>. Acesso em: 06 ago. 2017.
[75] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E CULTURA. **Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos**. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146180por.pdf>. Acesso em: 06 ago. 2017.

estudos bioéticos, representando esse documento a definitiva aproximação entre Direito e Bioética, no âmbito do Direito Internacional.[76]

Este contexto também abre margem para discussões acerca de eventuais responsabilidades sociais dos atores, além da vulnerabilidade do ser humano, que merecem proteção pelo Estado.[77]

Chama atenção o teor do artigo 22[78], que se refere ao papel dos Estados, os quais devem adotar as medidas apropriadas, do ponto de vista Legislativo e Executivo, para efetivar os princípios da Declaração, inclusive mediante a criação de comitês de ética independentes, multidisciplinares e pluralistas, e também por meio da educação e acesso à informação.

O fato de o Brasil ser signatário desta Declaração reforça o argumento acerca da necessidade de *lege ferenda* de regulamentação do uso das técnicas de reprodução assistida, uma vez que é oriunda dos avanços tecnológicos das ciências médicas e levanta, ainda hoje, questões acerca do seu uso.

A Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos, da UNESCO, de 1997, determina, por seu turno, que o genoma humano é a base da unidade fundamental de todos os membros da família humana, ao passo que veda a transação financeira do genoma humano.[79]

Nesse contexto, ao discorrer dos direitos dos indivíduos, impede qualquer tipo de discriminação com base nas características genéticas, além de garantir o sigilo dos dados genéticos dos indivíduos, porém condicionada à legislação específica.[80]

Em relação à pesquisa, garante-se sua liberdade quando necessária ao avanço do conhecimento, equiparando-a à liberdade de pensamento. Com efeito, os benefícios advindos da pesquisa devem ser disponibilizados a todos.[81]

---

[76] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E CULTURA. op cit.
[77] CRUZ, M. R.; OLIVEIRA, S.D. L. T.; PORTILLO, J. A. C. **A Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos – contribuições ao Estado brasileiro**. 2010, p. 2-3.
[78] Artigo 22º. 1. Os Estados devem tomar todas as medidas apropriadas – legislativas, administrativas ou outras – para pôr em prática os princípios enunciados na presente Declaração, em conformidade com o direito internacional relativo aos direitos humanos. Tais medidas devem ser apoiadas por uma acção nos domínios da educação, da formação e da informação ao público.
[79] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E CULTURA. **Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos**. Disponível em: < http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001229/122990por.pdf>. Acesso em: 06 ago. 2017, p. 7.
[80] Idem, ibidem.
[81] Idem, p. 8-9

Os países Ibero-Latino-Americanos também se inseriram no debate sobre o genoma humano com a Declaração Ibero-Latino-Americana sobre Ética e Genética, no ano de 1996, cuja redação reafirma os valores da Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos, da UNESCO.

Reconhece, ainda, que as diferenças sociais fazem com que o desenvolvimento científico dos países signatários seja menor, o que torna necessário uma maior solidariedade entre os povos, além de uma postura proativa dos países para incentivo da pesquisa.[82]

Outra determinação importante é a necessidade de edição de uma legislação que trate da manipulação da informação genética, sigilo da informação genética obtida, manipulação, armazenamento e disposição dos bancos de amostrar biológicas, bem como o consentimento livre e informado.[83]

A Resolução do Parlamento Europeu sobre clonagem, de 2000, havida no âmbito da União Europeia, ao tratar da clonagem, sem, contudo, reconhecer a diferença entre a clonagem terapêutica e a clonagem para fins de reprodução humana, solicita ao Governo Britânico e aos demais Estados-Membros que rejeitem proíbam toda e qualquer investigação sobre clonagem humano, além de prever sanções penais para quem o faça. Além disso, reconhece que existem outros meios para curar doenças graves, e que existem outros fatores causadores de tais doenças que necessitam de investigação.

A Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina do Conselho Europeu pacificou, no ano de 2001, temas relacionados ao genoma humano, definindo limites nas intervenções genéticas, ao passo que permitiu seu uso apenas para finalidades preventivas, sem implicar a modificação do genoma, bem como impôs a não discriminação em razão do patrimônio genético. Também se falou, no âmbito português, sobre a identidade genética, que trouxe uma revisão no artigo 26 da Constituição da República Portuguesa, no que diz respeito ao conhecimento da

[82] DECLARAÇÃO IBERO-LATINO-AMERICANA SOBRE ÉTICA E GENÉTICA. **Declaração de Manzanillo de 1996**. Disponível em: < https://www.ufrgs.br/bioetica/manza98.htm>. Acesso em: 06 ago. 2017.
[83] Idem , ibidem.

identidade genéticas nas hipóteses de "criação, desenvolvimento e utilização de tecnologias e na experimentação científica".[84]

No mesmo sentido, a Declaração Internacional sobre Dados Genéticos Humanos, de 2004, tratou da não discriminação ligada à identidade genética da pessoa, no sentido de não reduzi-la às suas características genéticas.[85]

2.3 Constituição Federal de 1988 e o direito ao planejamento familiar

Retomando a discussão acerca da distinção entre os Direitos Humanos e Fundamentais, temos que um ordenamento jurídico poderá escolher, do ponto de vista formal, quais são os seus Direitos Fundamentais, confirmando que eles são internos, em contrapartida ao Direitos Humanos, que são externos.

A internalização ou fundamentalização dos Direitos Humanos, ao passo em que lhes dá menor amplitude, por vezes, pela maior necessidade de densidade normativa, eleva sua efetividade e segurança, ao inseri-lo no âmbito de proteção de um ordenamento jurídico específico.

Os Direitos Fundamentais surgem a partir da criação do Estado, e a Constituição representa o meio para garantir os limites da atuação estatal, ausente no Estado absoluto, como se vê *in verbis:*

> A noção dos direitos fundamentais como normas jurídicas limitadoras do poder estatal surge justamente como reação ao Estado absoluto, representando o oposto do pensamento maquiavélico e hobesiano. Os direitos fundamentais pressupõem um Estado juridicamente limitado (Estado de direito/separação de poderes) e que tenha preocupações éticas ligadas ao bem comum (direitos fundamentais/democracia).[86]

A Magna Carta representa um divisor de águas para o constitucionalismo e para os Direitos Fundamentais, embora se costumem reconhecer como as primeiras

---

[84] CAMPOS, Alexandra de. **A convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina,** 2001, p. 77-78. Disponível em: https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&ved=0ahUKEwjdw4yo1cDVAhVEeSYKHWLWBpYQFggzMAI&url=http%3A%2F%2Felearning.trree.org%2Fpluginfile.php%2F37928%2Fmod_folder%2Fcontent%2F0%2F35-convencao-sobre-os-direitos-do-homem-e-a-biomedicina.pdf%3Fforcedownload%3D1&usg=AFQjCNHx3f_CVSVecgPMm58PUZhb19AiAQ Acesso em: 17 ago. 2017.

[85] UNESCO. **Declaração internacional sobre os dados genéticos humanos**. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_inter_dados_genericos.pdf>. Acesso em: 06 ago. 2017.

[86] MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 36.

declarações modernas de direitos a Declaração Americana (1776) e a Declaração Francesa (1789), como pioneiras no constitucionalismo.

Assim sendo, a nomenclatura "Direitos Fundamentais" referia-se aos direitos individuais, ganhando destaque com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e a Constituição Francesa, de 1791, e posteriormente, os direitos econômicos, sociais e culturais ganham espaço com o advento da Constituição do México, de 1917, e a Constituição alemã de Weimar, de 1919.

No ano de 1979, Karel Vasak desenvolve a chamada "teoria das gerações dos direitos", na qual os Direitos Fundamentais de primeira geração seriam os direitos civis e políticos, fundamentados na liberdade. Posteriormente, os direitos de 2ª geração seriam os direitos econômicos, sociais e culturais, baseados na igualdade. E, após o pós segunda guerra, emergem-se os Direitos Fundamentais de 3ª geração, que tratam dos direitos de solidariedade, em especial o direito ao desenvolvimento, à paz e ao meio ambiente.[87] Atualmente, fala-se em novas gerações de direitos humanos, conforme leciona George Marmelstein:

> Daí se falar em novas gerações, além daquelas três imaginadas por Karel Vasak. Já se fala em direito de quarta, quinta, sexta, e até sétima gerações, que vão surgindo com a globalização, com os avanços tecnológicos (cibernética) e com as descobertas da genética (bioética).[88]

Com a elevação da norma ao *status* de Direito Fundamental, ela passa a ser dotada de determinadas características como a indisponibilidade, universalidade, historicidade, caráter absoluto e aplicabilidade imediata.[89]

Nesse contexto, também, as normas constitucionais podem ser auto-executáveis ou não auto-executáveis, conforme doutrina americana de Thomas Cooley e trazida ao Brasil por Rui Barbosa[90]. Avançando na teoria de Cooley, José Afonso da Silva, classifica as normas constitucionais com (i) eficácia plena, ou seja, de aplicabilidade imediata; (ii) eficácia contida, que "produzem ou podem produzir todos os efeitos, mas prevêem meios ou conceitos que permitem manter sua eficácia contida em certos limites"; (iii) eficácia limitada ou reduzida, que correspondem as normas que não

[87] Idem, p. 41.
[88] MARMELSTEIN, George, op. cit., p. 57.
[89] Art. 5º, §1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.
[90] NETO, Manuel Jorge e Silva. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 129-131.

produzem efeitos com a mera vigência, cabendo ao legislador tratar da matéria. Em razão disso que as normas de eficácia plena teriam "aplicabilidade direta, imediata e integral", sem depender de outras leis. Noutra quadra, as normas de eficácia limitada possuem "aplicabilidade indireta, mediata e reduzida", enquanto as normas de eficácia contida também possuem "aplicabilidade direta, imediata, mas não integral, porque sujeitas a restrições previstas ou dependentes de regulamentação que limite sua eficácia e aplicabilidade".[91]

Em outro sentido, Virgílio Afonso da Silva vai além da tese do pai, José Afonso da Silva, defendendo que toda norma constitucional possui alguma limitação, de modo que todas as normas jurídicas teriam eficácia limitada, pois seria questionável, nas palavras do autor, assumir dois pressupostos acerca da tríplice classificação:

> "(1) a crença de que alguma norma pode produzir todos os seus efeitos sem as necessárias condições fáticas, jurídicas e institucionais para tanto, e pressuposto desse primeiro ponto (2) a crença na possibilidade de distinção estrita entre eficácia e efetividade".[92]

Para o autor, isso não implicaria reducionismo da proteção dos direitos fundamentais, mas levaria a postular que acredita ser adequada, qual seja, o desenvolvimento e proteção dos Direitos Fundamentais com base em um diálogo constitucional, através da comunicação entre os poderes estatais e o povo.[93]

Nessa toada, o direito ao planejamento familiar, embora reconhecido constitucionalmente, demanda maior detalhamento infraconstitucional para ser plenamente efetivado e identificada sua amplitude.

A própria noção de família, do ponto de vista constitucional, prevista no artigo 226, caput, da Constituição Federal, recebe destaque maior, porque o texto magno consagrou a família como base da sociedade, atribuindo-se um valor de "função social de realização existencial do indivíduo".[94]

---

[91] SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 82-83.
[92] SILVA, Virgílio Afonso da. **O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais**: Revista de Direito do Estado 4, 2006, p. 49-50.
[93] Idem, p.51.
[94] STOLZE, Pablo; PAMPLONA, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil,** volume 6: direito de família: as famílias em perspectiva constitucional. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 63.

Com isso, sua eficácia deve ser direta e imediata, sobretudo quando se fala no "reconhecimento da tutela dos direitos da personalidade de cada um dos seus membros", como assinalam Stolze e Pamplona.[95]

Destaca Perlingieri[96] que os Direitos Fundamentais, quando da análise do núcleo familiar, não podem ser dissociados em direito de família de um lado, e do outro, o direito daqueles que integram o núcleo familiar, sob pena de um núcleo desarmônico impedir a efetividade dos Direitos Fundamentais.

Assim, o papel da jurisdição constitucional é cada vez maior no âmbito das políticas públicas, de maneira que o Judiciário tem se tornado mais ativo a ponto de atuar como legislador positivo, quando não há efetivação de um Direito Fundamental por inércia do legislador.

Nessa toada, ao analisar o planejamento familiar, disciplinado no artigo 226, §7º[97], da Constituição Federal de 1988, e estabelecendo que é um direito inerente a todo cidadão, além de caber ao indivíduo ou ao casal definir seu planejamento, o que culmina em uma vedação ao controle exercido pelo governo.

Esse entendimento é compartilhado por Canotilho, Mendes, Wolfgang e Streck[98]:

> O direito ao planejamento familiar, assim, é um direito a ser livremente exercido, mas apenas no sentido de não admitir qualquer ingerência de outrem, estatal ou privada, com vistas a restringi-lo ou condicioná-lo, uma vez que a decisão sobre ter ou não prole, seu aumento ou redução vincula-se à privacidade e à intimidade do projeto de vida individual e parental dos envolvidos. O papel do Estado aqui, embora ativo, limita-se à função promocional de 'propiciar recursos educacionais e científicos' para seu exercício, de modo a que todos estejam suficientemente informados e conscientes das maneiras pelas quais podem exercê-los respeitados os limites legais.

Ainda dentro da esfera constitucional dos Direitos Fundamentais, outro imperativo que é utilizado como supedâneo para fundamentar o uso da reprodução

---

[95] STOLZE, Pablo; PAMPLONA, Rodolfo, op. cit., p. 59.

[96] PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil- Introdução ao Direito Civil Constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002, p. 246-247.

[97] Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
§7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

[98] CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 2122.

assistida é o direito à saúde, previsto nos artigos 6º e 196 da Constituição Federal, o qual, segundo Gilmar Mendes[99], deve

> [...] efetivar mediante ações específicas (dimensão individual) e mediante amplas políticas públicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos (dimensão coletiva). Nessas perspectivas, as pretensões formuladas e formuláveis tanto poderão dizer respeito a atos concretos como a políticas e ações administrativas que contribuam para a melhoria do sistema de saúde, incluídas aqui as normas de organização e procedimento."

Nesse particular, discute-se se o indivíduo diagnosticado com infertilidade teria direito ao uso das técnicas de reprodução assistida com custeio dos entes públicos, sob a baila do direito à saúde, pois tal enfermidade não é incompatível com a vida, e também não há no texto maior a previsão de um direito à reprodução propriamente dito, mas de um direito ao planejamento familiar.

Ao analisar o direito à saúde, José Afonso da Silva entende que, em casos de patologias, cada indivíduo deve receber o tratamento médico mais atual oferecido pela ciência médica, independentemente do valor do tratamento.[100] Tal posicionamento encontra opositores, os quais aduzem que o Estado deve fazer escolhas que alcancem a maior parte da população, sob pena de favorecer um indivíduo em detrimento de outro, além de violar o princípio da reserva do possível [101], comprometendo o orçamento público. Neste sentido, ao tratarem do tema da

---

[99] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2012, p. 904.

[100] SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. p. 307.

[101] Fala-se no princípio da reserva do possível para fundamentar a impossibilidade do Estado em efetivar todos os Direitos Fundamentais contidos na Constituição. Esse princípio, de origem jurisprudencial alemã, advém do caso *numerus clausus* dos estudantes que ingressaram na Justiça aduzindo que o critério de seleção dos alunos pelas Universidades violava o direito de livre escolha do local de ensino para sua formação, além de impedir que os candidatos mais carentes tivessem acesso às Universidades. O Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, apesar de negar o pedido, entendeu que "o mandamento constitucional não obriga, contudo, a prover a cada candidato, em qualquer tempo, a vaga do ensino superior por ele desejada, tornando, desse modo dispendiosos investimentos na área do ensino superior dependentes exclusivamente de demanda individual frequentemente flutuante e influenciável por variados fatores". Desta forma condicionou a concessão do direito pleiteado pelos estudantes à capacidade financeira do Poder Público, e se assim não fosse, o custeio de pretensões subjetivas de alto custo iria de encontro à ideia de Estado Social. (SCHWAB, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão*. Konrad Adenauer-Stiftung, p. 659-664, 2005.). No Brasil, esse entendimento foi utilizado no julgamento do AgRE639.337/2011 pelo Min. Celso de Mello, em que o autor pleiteava a criação de novas vagas para matricular as crianças em creches e pré-escolas próximas de suas residências, colocando o STF diante de uma verdadeira "escolha de Sofia".

escassez de recursos, Stephen Holmes e Cass Sunstein[102]afirmam que levar direitos a serio significa levar a escassez a sério.

Em combate a tais argumentos, George Marmelstein sustenta que a reserva do possível deve ser demonstrada, com base em dados empíricos, que o Poder Público não pode prover determinado direito, impossibilitando, desta forma, a imputação de obrigações. Alerta, ainda, para a banalização do discurso dos entes estatais em juízo, que invocam o princípio da reserva do possível, mas não trazem ao processo elementos factíveis que evidenciam a impossibilidade material de cumprir determinada obrigação judicial.[103]

O autor e magistrado argumenta, por fim, que tais argumentos não são barreiras para a efetivação judicial, apesar de serem levados em conta no momento da decisão, mas diante de Direitos Fundamentais essenciais, o acionante não pode ficar aguardando uma boa-vontade dos responsáveis para efetivar seu direito, como se vê da seguinte passagem:

> Para finalizar, pode-se dizer que todos os obstáculos normalmente apontados para impedir a efetivação de direitos sociais pelo Poder Judiciário, como a reserva do possível, a liberdade de conformação do legislador, a discricionariedade política, a ausência de previsão orçamentária ou legal, entre outros, são meramente contra-argumentos e não barreiras intransponíveis para a atuação judicial. Sem dúvida, eles devem ser levados em conta pelo juiz, dentro do processo ponderativo da tomada de decisão para o caso concreto. Essa é uma exigência do dever de consistência e de fundamentação da argumentação judicial, elemento de suma importância para a consolidação do Estado Democrático de Direito. Porém, se do outro lado da balança estiverem direitos fundamentais tão essenciais que não podem ficar à mercê do jogo político, titularizados por pessoas fragilizadas social, econômica ou culturalmente, não há por que negar ao Judiciário a possibilidade de tentar concretizar esses direitos, observando, logicamente, o princípio da proporcionalidade.[104]

Nessa toada, se o uso das técnicas de reprodução assistida forem entendidos como formas de garantir o direito à saúde, a omissão do Poder Executivo e Legislativo não pode operar como forma de entrave à promoção de um funcionamento orgânico salutar do indivíduo, pois iria de encontro à função do Estado enquanto figura pública, pois, em uma Constituição Cidadã, ele não pode agir como se o cidadão existisse em razão dele.

---

[102] HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes**. 1999, p. 94.
[103] MARMELSTEIN, George, op. cit., p. 357.
[104] MARMELSTEIN, George, op. cit., p. 358.

A esse respeito, alguns casos têm chamado atenção pelo reconhecimento da responsabilidade do ente estatal em custear o tratamento da fertilização *in vitro*, como parte de um Estado Social, conforme se vê no acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que, ao negar provimento ao Agravo Inominado interposto pelo Estado do Rio de Janeiro, na Apelação Cível n.º 0461208-92.2012.8.19.0001, entendeu que uma decisão em sentido contrário representaria uma "escolha" de quem tem o direito e quem não tem o direito de ser mãe, ou melhor dizendo, em quem tem condições de arcar com o custo do tratamento, violando, assim, o princípio da isonomia, *ipsis litteris*:

> Ademais, ao se negar o direito à apelada de se utilizar de todas as técnicas éticas e legais disponíveis para que venha a gerar filho, se estará compactuando com um sistema que elege quem tem o direito e quem não tem o direito de ser mãe, cujo liame se encontra entre quem tem condições econômicas para suportar os altos custos, e quem não tem para se submeter àquele tratamento, situação que viola o princípio da isonomia, sendo dever do Estado atuar de maneira a diminuir as desigualdades entre os governados. (Agravo Inominado0461208-92.2012.8.19.0001, Desembargadora Relatora NORMA SUELY FONSECA QUINTES, TJRJ Oitava Câmara Cível, Data do Julgamento: 15/09/2015)

Ao final do voto, a Desembargadora Relatora ainda ressalta que em diversos Estados da Federação, o tratamento pleiteado é oferecido pelo Sistema Único de Saúde.[105]

Nesse sentido, ainda, foi proferida sentença em igual sentido, no processo n.º 0018758-94.2016.4.01.3300, na 5ª Vara do Juizado Especial Federal da 1ª Região, na Seção Judiciária do Estado da Bahia, condenando a União, por meio do plano de saúde Pro-Social (Programa de Assistência aos Magistrados e Servidores da Justiça Federal de Primeiro e Segundo Grau da Primeira Região), a custear todas as despesas da fertilização *in vitro* da acionante, em clínica particular reconhecida.

Na fundamentação, o magistrado, Dirley da Cunha Junior, pautou-se nos direitos fundamentais à vida digna, à saúde física e psicológica da mulher e a um planejamento familiar adequado, de maneira que, reconhece o direito à constituição de uma família com supedâneo no artigo 226, da Constituição Federal, e o associa ao

[105] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Agravo Inominado 0461208-92.2012.8.19.0001, Relator: NORMA SUELY FONSECA QUINTES**. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004652DAD7EFFC66280D50B76C59FAF2E21C50424600D06>. Acesso em 06 ago 2017.

planejamento familiar como uma obrigação estatal quando possível a geração da prole através da RHA.

Inclusive, o magistrado reconhece o dever do ente federativo de indenizar os gastos da acionante no primeiro ciclo do tratamento, que foram arcados integralmente pela parte autora, no percentual de 90%, pois o plano é coparticipativo e o beneficiário deve arcar com o percentual de 10%.

O mais frequente, contudo, são condenações ao custeio do tratamento de fertilização *in vitro* pelos planos de saúde para tratar casos de infertilidade quando reconhecidos como doenças. Tanto assim que o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia aprovou, por unanimidade, a Súmula 02/2016, em 22/02/2016, a saber:

> SÚMULA 02/2016: "É devida a cobertura pelos planos de saúde do procedimento de fertilização in vitro, limitada a 02 (duas) tentativas, em face da configuração da infertilidade como patologia pela OMS".

Como se verá adiante, apesar das habituais condenações dos planos de saúde no custeio da RHA, o tema não é pacífico, pois a própria Resolução Normativa ANS n.º 387/2015, a qual é utilizada para fundamentar o custeio do tratamento, também é utilizada para afastá-lo.

Na mesma linha, argumentos como o direito à felicidade[106] embasariam a necessidade de disciplina adequada e suficiente para o uso das técnicas de RHA no país.

---

[106] O STF já se valeu desse argumento para fundamentar alguns *hard cases*, como se vê: EMENTA: UNIÃO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO - ALTA RELEVÂNCIA SOCIAL E JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA QUESTÃO PERTINENTE ÀS UNIÕES HOMOAFETIVAS - LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO RECONHECIMENTO E QUALIFICAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR: POSIÇÃO CONSAGRADA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (ADPF 132/RJ E ADI 4.277/DF) - O AFETO COMO VALOR JURÍDICO IMPREGNADO DE NATUREZA CONSTITUCIONAL: A VALORIZAÇÃO DESSE NOVO PARADIGMA COMO NÚCLEO CONFORMADOR DO CONCEITO DE FAMÍLIA - **O DIREITO À BUSCA DA FELICIDADE, VERDADEIRO POSTULADO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO E EXPRESSÃO DE UMA IDÉIA-FORÇA QUE DERIVA DO PRINCÍPIO DA ESSENCIAL DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA** - ALGUNS PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DA SUPREMA CORTE AMERICANA SOBRE O **DIREITO FUNDAMENTAL À BUSCA DA FELICIDADE** - PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA (2006): DIREITO DE QUALQUER PESSOA DE CONSTITUIR FAMÍLIA, INDEPENDENTEMENTE DE SUA ORIENTAÇÃO SEXUAL OU IDENTIDADE DE GÊNERO - DIREITO DO COMPANHEIRO, NA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA, À PERCEPÇÃO DO BENEFÍCIO DA PENSÃO POR MORTE DE SEU PARCEIRO, DESDE QUE OBSERVADOS OS REQUISITOS DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL - O ART. 226, § 3º, DA LEI FUNDAMENTAL CONSTITUI TÍPICA NORMA DE INCLUSÃO - A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO - A PROTEÇÃO DAS MINORIAS ANALISADA NA PERSPECTIVA DE UMA CONCEPÇÃO MATERIAL DE DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL - O DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO DE IMPEDIR (E, ATÉ MESMO, DE PUNIR) “QUALQUER

DISCRIMINAÇÃO ATENTATÓRIA DOS DIREITOS E LIBERDADES FUNDAMENTAIS" (CF, ART. 5º, XLI) - A FORÇA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E O FORTALECIMENTO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: ELEMENTOS QUE COMPÕEM O MARCO DOUTRINÁRIO QUE CONFERE SUPORTE TEÓRICO AO NEOCONSTITUCIONALISMO - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. NINGUÉM PODE SER PRIVADO DE SEUS DIREITOS EM RAZÃO DE SUA ORIENTAÇÃO SEXUAL. [...] A DIMENSÃO CONSTITUCIONAL DO AFETO COMO UM DOS FUNDAMENTOS DA FAMÍLIA MODERNA. - O reconhecimento do afeto como valor jurídico impregnado de natureza constitucional: um novo paradigma que informa e inspira a formulação do próprio conceito de família. Doutrina. **DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E BUSCA DA FELICIDADE.** - O postulado da dignidade da pessoa humana, que representa - considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) - significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País, traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo. Doutrina. - **O princípio constitucional da busca da felicidade, que decorre, por implicitude, do núcleo de que se irradia o postulado da dignidade da pessoa humana, assume papel de extremo relevo no processo de afirmação, gozo e expansão dos direitos fundamentais**, qualificando-se, em função de sua própria teleologia, como fator de neutralização de práticas ou de omissões lesivas cuja ocorrência possa comprometer, afetar ou, até mesmo, esterilizar direitos e franquias individuais. [...] (RE 477554 AgR/MG, Relator Min. CELSO DE MELLO, j. 16/08/2011, Segunda Turma, DJe-164 25-08-2011) [Grifado]

3 TRATAMENTO NORMATIVO INFRACONSTITUCIONAL

Após uma análise do tratamento da Reprodução Humana Assistida no âmbito constitucional, faz-se mister uma análise do plano infraconstitucional, analisando os diplomas legais e legislação esparsas relacionadas à temática.

Nesse sentido, analisar-se-ão o Código Civil, naquilo que pertine ao tema, bem como a Lei de Biossegurança (Lei n.º 11.105/2005), além da legislação específica acerca do planejamento familiar (Lei n.º 9.263/96) e dos planos de saúde (Lei n.º 9.656/98), as quais também cuidam da disciplina.

3.1 Código Civil

A Reprodução Humana Assistida no Brasil é regulamentada no Ordenamento Jurídico brasileiro muito vagamente, aparecendo em legislações esparsas e no Código Civil de 2002. No entanto, boa parte de sua regulação encontra-se prevista nas Resoluções do Conselho Federal de Medicina, que não se trata de um diploma jurídico, mas de um ato administrativo normativo não dotado de força normativa autônoma ou força legislativa *stricto sensu*, ficando sujeita ao controle de legalidade pelo Poder Judiciário.

O livro IV do Código Civil de 2002 regulamenta o Direito de Família. O subtítulo II, que trata das relações de parentesco, regula, em seu capítulo II, a filiação, trazendo a presunção, no artigo 1597, da concepção na constância do casamento dos filhos "havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido"; "havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga"; e, por fim, os "havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido".

A presunção de paternidade em relação à Reprodução Humana Assistida foi uma novidade no Código Civil de 2002, representando uma preocupação do legislador em acompanhar os avanços científicos na área da medicina. Esclarece-se que quando o legislador utilizou o termo "fecundação artificial", ele pretendia dizer "técnicas de

reprodução assistida", conforme se depreende do Enunciado n.º 106 da I Jornada de Direito Civil[107].

O inciso III trata da reprodução assistida *post mortem*, técnica alvo de diversas críticas ético-jurídicas. Por um lado, os defensores da técnica entendem pelo direito à existência da criança e, de outro lado, os opositores entendem que a criança seria concebida em uma estrutura familiar monoparental, conforme ensinamentos de Mônica Aguiar[108]:

> Saber se a vontade de procriar deve ser protegida para além da morte, é tema que divide os doutrinadores em duas correntes básicas. De um lado, os que defendem essa proteção, ao argumento de ser convergente do direito da criança à existência. De outro, os que sustentam a impossibilidade dessa técnica, como forma de assegurar o direito do filho a uma estrutura familiar formada por ambos os pais.

Outra discussão travada nesta hipótese seria em relação aos casos de união estável, uma vez que o artigo é expresso quanto à presunção apenas para o marido, não trazendo a hipótese do companheiro. De acordo com Guilherme Calmon da Gama[109], não seria o caso de aplicar a presunção tratada no artigo, uma vez que não há qualquer regulamentação legal nesse sentido. Neste sentido, Sérgio Ferraz[110] entende que o legislador não pretendeu equiparar a família oriunda do casamento à união estável.

Em contraponto ao posicionamento de Gama, Raphael Rego Borges Ribeiro se filia à corrente que não estabelece hierarquia entre as entidades familiares, argumentando "que a presunção de paternidade na concepção póstuma operar-se-á ainda que tal técnica seja utilizada pela companheira sobrevivente"[111].

---

[107] Enunciado n.º 106 – Art. 1.597, inc.III: Para que seja presumida a paternidade do marido falecido, será obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja na condição de viúva, sendo obrigatória, ainda, a autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte. **I Jornada de Direito Civil**. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf>. Acesso em: 21 ago. 2017, p. 28.

[108] AGUIAR, Mônica. **Direito à filiação e bioética**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 117.

[109] GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: o Biodireito e as Relações Parentais**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 701.

[110] FERRAZ, Sérgio. **Manipulações biológicas e princípios constitucionais: uma introdução**. 1. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991, p. 27.

[111] RIBEIRO, Raphael Rego Borges. **Reprodução assistida post mortem: a atribuição de direitos sucessórios aos filhos gerados após a morte de um dos genitores**. Dissertação (Mestre em Direito) - Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2016, p. 28.

O caso precursor da hipótese tratada no inciso III ocorreu na França, com o casal Alain Parplaix e Corine Richard, quando Alain foi diagnosticado com neoplasia e seria submetido ao tratamento quimioterápico, podendo desenvolver, como efeito colateral, a infertilidade em razão da exposição aos agentes químicos. Neste contexto, Alain congelou seus espermatozoides para que pudesse, posteriormente ao tratamento, utilizar seu material genético criopreservado para reprodução. [112]

Apesar de ter sido submetido ao tratamento quimioterápico, Alain faleceu, deixando seu material genético congelado na clínica. Corine, por sua vez, ingressou em uma batalha judicial, a qual terminou com o reconhecimento do direito da inseminação com o material de Alain. Apesar de todos os esforços, não houve êxito na inseminação.[113]

Como bem assinala Raphael Rego Borges Ribeiro, apesar de não exitosa a inseminação *post mortem* no caso ocorrido na França, acentuaram-se as discussões "a respeito das complicações médicas, científicas, jurídicas e éticas decorrentes da referida prática"[114] em diversos países.

O inciso IV, do artigo 1597, do Código Civil, disciplina o caso dos embriões excedentários decorrentes da reprodução assistida homóloga, ou seja, quando o material genético pertence ao próprio casal. Nesta hipótese, o legislador entendeu que um filho concebido por meio das técnicas de reprodução assistida presume-se filho do casal.

Em caso de extinção da sociedade conjugal, o Enunciado n.º 107 da I Jornada de Direito Civil[115] entende que a regra contida no inciso IV somente poderá prevalecer com a autorização prévia por escrito dos ex-cônjuges, sendo que poderá ser revogada até o início do procedimento.

---

[112] BRAGATO, Fernanda Frizzo; SCHIOCCHET, Taysa. **Reprodução Humana Assistida: aspectos éticos e legais da fecundação artificial *post mortem* no direito brasileiro**. In: BOECKEL, Fabrício Dani de; ROSA, Karin Regina Rick (coordenação). Direito de Família: em perspectivar interdisciplinar. Rio de Janeiro, 2012, p. 215.

[113] Idem, ibidem.

[114] RIBEIRO, Raphael Rego Borges, op. cit., p. 43.

[115] Enunciado n.° 107: "Finda a sociedade conjugal, na forma do art. 1.571, a regra do inc. IV somente poderá ser aplicada se houver autorização prévia, por escrito, dos ex-cônjuges para a utilização dos embriões excedentários, só podendo ser revogada até o início do procedimento de implantação desses embriões." **I Jornada de Direito Civil**. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf>. Acesso em: 21 ago. 2017, p. 28.

Por fim, o Código Civil traz, no inciso V, a presunção de paternidade por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido. Neste caso, será utilizado material genético de um terceiro, em razão da impossibilidade do uso do material genético do próprio casal, por doação de sêmen. Não se trata de uma presunção propriamente dita, mas da autonomia de vontade das partes. O casal, por questões de sigilo, não deve ter acesso às características fenotípicas ou identidade do doador.

O anonimato do doador também é alvo de discussões, pois é garantido à criança o conhecimento de sua origem genética, entrando em confronto direto com o sigilo, previsto expressamente na Resolução CFM n.º 2.121/2015, e no Código de Ética Médica, quando trata do dever de sigilo sobre as informações dos pacientes. Embora existam tais previsões em resoluções administrativas, a doutrina [116] construiu o argumento que o direito ao conhecimento da origem genética não se liga, exclusivamente, à presunção de filiação ou paternidade, mas a um direito da personalidade.[117]

Por derradeiro, o uso das expressões "fecundação artificial", "concepção artificial" e "inseminação artificial" de maneira atécnica no Código culminou com a

[116] Como se pode ver na seguinte passagem: "[...] Não há necessidade de atribuição da paternidade para o exercício do direito da personalidade de conhecer, por exemplo, os ascendentes biológicos paternos do que foi gerado por doador anônimo de sêmen, ou do que foi adotado, ou concebido por inseminação artificial heteróloga. Exemplos como esses demonstram o equívoco em que laboram decisões que confundem investigação de paternidade com direito à origem genética. LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária**. Disponível em: <http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/633/813> Acesso em: 17 ago. 2017, p. 53-54.

[117] Essa construção doutrinária foi utilizada no julgamento do Recurso Especial 807849/2006 pelo Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*: DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. AÇÃO DE DECLARAÇÃO DE RELAÇÃO AVOENGA. BUSCA DA ANCESTRALIDADE. DIREITO PERSONALÍSSIMO DOS NETOS. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. LEGITIMIDADE ATIVA E POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. PECULIARIDADE. MÃE DOS PRETENSOS NETOS QUE TAMBÉM POSTULA SEU DIREITO DE MEAÇÃO DOS BENS QUE SUPOSTAMENTE SERIAM HERDADOS PELO MARIDO FALECIDO, PORQUANTO PRÉ-MORTO O AVÔ. - Os direitos da personalidade, entre eles o direito ao nome e ao conhecimento da origem genética são inalienáveis, vitalícios, intransmissíveis, extrapatrimoniais, irrenunciáveis, imprescritíveis e oponíveis erga omnes . - Os netos, assim como os filhos, possuem direito de agir, próprio e personalíssimo, de pleitear declaratória de relação de parentesco em face do avô, ou dos herdeiros se pré-morto aquele, porque o direito ao nome, à identidade e à origem genética estão intimamente ligados ao conceito de dignidade da pessoa humana. - O direito à busca da ancestralidade é personalíssimo e, dessa forma, possui tutela jurídica integral e especial, nos moldes dos arts. 5º e 226, da CF/88. (STJ, REsp 807849 RJ 2006/0003284-7, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI - Data de Julgamento: 24/03/2010 - Segunda Seção - Data de Publicação: DJe 06/08/2010)

elaboração do enunciado do STJ n.º 257, na III Jornada de Direito Civil[118], que determina a interpretação restritiva destas formas de reprodução assistida, não abrangendo a utilização de óvulos doados e a gestação de substituição.

3.2 Lei de Biossegurança (Lei n.º 11.105/2005)

O projeto de Lei n.º 2.401/2003, que deu origem à Lei ordinária n.º 11.105/2005, tinha como escopo estabelecer normas de segurança e mecanismos de fiscalização das atividades que envolvam organismos geneticamente modificados - OGM e seus derivados, assim como dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança, definindo nova organização institucional e as atribuições de cada entidade para regulação das atividades, desde a pesquisa até a comercialização dos organismos geneticamente modificados, tendo substituído a primeira Lei de Biossegurança, de número 8.974/1995.[119]

Dentre os argumentos que corroboraram para a elaboração do projeto de Lei, está o princípio da precaução, estabelecido internacionalmente, inclusive em instrumentos de que o Brasil é signatário, como a Declaração do Rio de Janeiro, de 1992 e a Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB), do mesmo ano, além de estar previsto no artigo 225 da Constituição Federal, através da proteção da saúde e do meio ambiente, e que prevê, na hipótese de

> [...] ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.[120]

---

[118] 257 - Art. 1.597: As expressões "fecundação artificial", "concepção artificial" e "inseminação artificial", constantes, respectivamente, nos incs. III, IV e V do art. 1597 do Código Civil, devem ser interpretadas restritivamente, não abrangendo a utilização de óvulos doados e a gestação de substituição. **III Jornada de Direito Civil**. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf>. Acesso em: 21 ago. 2017, p. 47.

[119] CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de lei 2.401/2003**. Disponível em: <http://www.camara.gob.br/proposicoesweb/prop_mostrarintegra;jsessionid=b7d752f6d9c29646da35fe20cbf95739.proposicoeswebexterno1?codteor=193190&filename=tramitacao-pl+2401/2003>. Acesso em: 06 ago. 2017.

[120] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração do Rio sobre meio ambiente e desenvolvimento**. Disponível em: <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>. Acesso em: 06 ago. 2017.

A necessidade de regulamentação da biotecnologia, conforme se vê no voto do Relator do projeto de Lei, advém dos avanços da engenharia genética e das repercussões disso para a vida humana e integridade ambiental.

Nesse sentido, outro argumento a favor da aprovação do projeto de Lei foi a efetivação da norma contida no artigo 218 da Constituição Federal, que versa sobre o incentivo ao desenvolvimento científico, pesquisa e capacitação tecnológica.

Sua importância para a reprodução assistida encontra-se no artigo 5º, quando permite o uso de células-tronco para fins de pesquisa e tratamentos terapêuticos obtidos de embriões humanos excedentários produzidos a partir da técnica da fertilização *in vitro*, desde que sejam inviáveis ou estejam congelados há 3 (três) anos ou mais. Em ambos os casos será preciso o consentimento expresso da paciente e seu marido ou companheiro ou companheira, em face da equiparação da Resolução n.º 175 do CNJ[121].

As instituições contempladas com o material genético excedente e liberado pelos envolvidos devem submeter seus projetos ao comitê de ética em pesquisa. Por fim, esclarece que a comercialização de material genético constitui crime tipificado no artigo 15, da Lei n.º 9.434/97, qual seja a compra ou venda de tecidos, órgãos ou parte do corpo humano.[122]

Impende, ainda, chamar atenção para a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI n.º 3.510/DF), proposta pelo então Procurador Geral da República, Cláudio Lemos Fonteles, que tinha como fito declarar a inconstitucionalidade do artigo 5º da Lei n.º 11.105/2005. Para conhecimento, o teor do artigo:

> Art. 5o É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de célula-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro e não utilizados no respectivo procedimento atendidas as seguintes condições:
> I - sejam embriões inviáveis; ou
> II - sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data de publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data do congelamento.
> §1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

[121] Resolução n° 175/2013 - Art. 1º É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo.
[122] Art. 15. Comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humano: Pena - reclusão, de três a oito anos, e multa, de 200 a 360 dias-multa.

> §2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.
> §3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei n.º 9.434, de 4 de Fevereiro de 1997.

A Procuradoria da República sustentou que o dispositivo supramencionado ofenderia diretamente o Direito Fundamental à vida, por considerar que o embrião humano representaria "vida humana" e, consequentemente, tal atitude iria de encontro ao fundamento do Estado democrático de direito, qual seja, a preservação da dignidade da pessoa humana.[123]

Na sequência, argumentou, em síntese, que i) "a vida humana acontece na, e a partir da, fecundação", desenvolvendo-se continuamente; ii) o zigoto é um "ser humano embrionário", constituído por uma única célula; iii) o momento da gravidez seria o exato momento da fecundação, quando o zigoto seria escolhido e poderia se desenvolver; e, por fim, iv) o uso de células-tronco adulta no lugar de células-tronco embrionária seria mais promissora.[124]

O argumento contrário, sustentado pelo advogado público, Rafael Abritta, e subscrito pelo então Advogado Geral da União e pelo Presidente da República, foi no sentido da preservação do direito à saúde e da livre expressão da atividade científica, através do uso de material embrionário, em vias de descarte, para fins de pesquisa e terapia, consubstanciado com os princípios constitucionais.[125]

Em sessão de julgamento no Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, o ministro relator, Carlos Ayres Britto, em voto polêmico, posicionou-se pela constitucionalidade da Lei, sob uma ótica pós-positivista, como mesmo adjetivou[126], conciliando os valores éticos humanistas e de justiça material.

---

[123] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510**. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto Disponível em: < http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi3510relator.pdf > Acesso em: 17 ago. 2017.
[124] Idem, ibidem.
[125] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510**. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto Disponível em: < http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi3510relator.pdf > Acesso em: 17 ago. 2017.
[126] Idem, Ibidem.

A polêmica do voto, como bem observado por George Marmelstein[127], ocorre quando o Ministro defende que

> [...] a Constituição protege a vida extrauterina e não a vida embrionária, apesar de reconhecer que, biologicamente, "o início da vida humana só pode coincidir com o preciso instante da fecundação de um óvulo feminino por um espermatozóide [sic] masculino". Afinal, "não há outra matéria-prima da vida humana ou diverso modo pelo qual esse tipo de vida animal possa começar".

Salta aos olhos o entendimento do Ministro acerca da vida humana, que corresponderia ao lapso temporal entre nascimento com vida e morte, para fins de personalidade civil. Prossegue no raciocínio, argumentando que a Constituição Federal não determina "quando começa a vida humana"[128] e também "não dispõe sobre nenhuma das formas de vida humana pré-natal"[129]. E continua: "a questão não reside exatamente em se determinar o início da vida do *homo sapiens*, mas em saber que aspectos ou momentos dessa vida estão validamente protegidos pelo Direito infraconstitucional e em que medida"[130].

Neste espeque, o ministro invoca o pensamento de Ronald Dworkin[131], exposto no livro "Domínio da Vida", segundo o qual o Direito protege de modo distinto "cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano", de forma que essa proteção cresce quando alcança determinadas etapas. Desta maneira, não se estaria negando que o início da vida corresponda ao momento da fecundação e formação de uma célula única, mas que o Direito apenas passaria a tutelar a vida humana a partir de um determinado momento, que não este, ou, pelo menos, não com essa intensidade, já que o aborto é considerado crime, ainda que punido com pena menor que o homicídio.[132]

---

[127] MARMELSTEIN, George, op. cit., p. 101.
[128] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510**. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto Disponível em: < http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi3510relator.pdf > Acesso em: 17 ago. 2017.
[129] Idem, ibidem.
[130] Idem, ibidem.
[131] DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**; tradução Jefferson Luiz Camargo: revisão da tradução Silvana Vieira. - São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 122.
[132] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510**. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto Disponível em: < http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi3510relator.pdf > Acesso em: 17 ago. 2017.

Esclarece, ainda, que a Lei de Biossegurança não tem como escopo "extirpar do corpo feminino esse ou aquele embrião"[133], mas sim, utilizar os embriões humanos, produzidos *in vitro*, e não utilizados pelo casal, mediante sua autorização, para a pesquisa com células-tronco. E mais, calcado nos princípios constitucionais do planejamento familiar, dignidade da pessoa humana e paternidade responsável, previstos no artigo 226, §7º, da Constituição Federal, um casal não poderia ser obrigado a aproveitar todo o material genético produzido, de forma que não haveria empecilhos em permitir seu uso para fins de pesquisa, e, consequentemente, preservando os direitos de ordem constitucional.[134]

Nesta toada, entende que não seria possível sequer falar em vida humana, nem mesmo em potencial, pois não há formação do cérebro[135]. E por assim entender, se o embrião *in vitro* continuar dessa forma, criopreservado, jamais alcançaria o status de "vida humana", como se vê na seguinte passagem:

> Já diante de um embrião rigorosamente situado nos marcos do art. 5º da Lei de Biossegurança, o que se tem? Uma vida vegetativa que se antecipa a do cérebro. O cérebro ainda não chegou, a maternidade também não, nenhum dos dois vai chegar nunca, mas nem por isso algo oriundo da fusão do material coletado em dois seres humanos deixa de existir no interior de cilíndricos e congelados tubos de ensaio. Não deixa de existir pulsantemente (o ser das coisas é o movimento, assentou Heráclito), mas sem a menor possibilidade de caminhar na transformadora direção de uma pessoa natural. A única trilha que se lhe abre é a do desperdício do seu acreditado poder de recuperar a saúde e até salvar a vida das pessoas, agora sim, tão cerebradas quanto em carne e osso, músculos, sangue, nervos e cartilagens, a repartir com familiares, médicos e amigos as limitações, dores e desesperanças de uma vida que muitas vezes tem tudo para ser venturosa e que não é.[136]

Por fim, traz à tona o seguinte entendimento: se a morte encefálica coincide com a morte civil, então o argumento de incompatibilidade com a Constituição Federal deve ser afastado por ausência de supedâneo legal, uma vez que o embrião, que não possui vida encefálica, não tem perspectiva de formação cerebral.[137]

---

[133] Idem, ibidem.
[134] Idem, ibidem.
[135] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510**. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto Disponível em: < http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi3510relator.pdf > Acesso em: 17 ago. 2017.
[136] Idem, ibidem.
[137] Tais razões levantadas pelo STF, no julgamento da ADI, demonstram certa influência do caso Roe vs. Wade (1973), julgado pela Suprema Corte Americana, na qual Jane Roe, aos 21 anos, engravidou pela terceira vez, porém optou por não ter a criança, sendo aconselhada a enunciar que teria sofrido estupro - hipótese em que a lei do Texas permitiria o aborto -, mas a ausência de prova impossibilitou

Em relação aos demais votos, Cezar Peluso e Gilmar Mendes, apesar de concordarem com a constitucionalidade da Lei, entenderam que deveria ser estipulada uma maior fiscalização pela Comissão Nacional de Ética em Pesquisa (CONEP). Noutra quadra, os ministros Carlos Alberto Menezes Direito, Ricardo Lewandowski e Eros Grau entenderam que as pesquisas deveriam ser permitidas, porém com diversas ressalvas, de maneira que votaram pela parcial procedência da ADI. No entanto, a ação foi julgada improcedente por 6 (seis) votos a 5 (cinco).

Assim, a manutenção da constitucionalidade da Lei de Biossegurança representou um passo muito importante para a ciência, bem como representa o início da regulamentação da reprodução assistida e seus desdobramentos, como é o caso da utilização dos embriões excedentários após 3 (três) anos.

3.3 Lei n.º 9.263/96

A Lei n.º 9.263/96 é responsável por regular o artigo 226, §7º da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, Direito Fundamental inerente a todo cidadão. Nos ditames legais definidos pela lei, o planejamento familiar é o "conjunto de ações de regulação da fecundidade que garante direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal"[138], dentro de um atendimento global e integral à saúde, através do Sistema Único de Saúde, em todos as instâncias gestoras.

Nota-se, que o legislador foi além do que o constituinte havia idealizado como planejamento familiar, garantindo, por seu turno, através do Sistema Único de Saúde, o acesso aos métodos e técnicas disponíveis para a regulação da fecundidade, a fim de dar efetividade ao planejamento familiar daqueles que encontram dificuldade na gestação.

Dentre as garantias advindas do planejamento familiar estão a assistência à concepção e contracepção, o atendimento pré-natal, a assistência ao parto, ao

a permissão. Jane, então, procurou por uma clínica clandestina, contudo, os policiais já a haviam fechado, não sobrando outra opção senão o ingresso no Judiciário. A corte deu ganho de causa a Jane Roe, assim como a Suprema Corte, adotando, desta forma a teoria natalista.

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

puerpério e ao neonato; o controle das doenças sexualmente transmissíveis e, por derradeiro, o controle e a prevenção dos cânceres cérvico-uterino, de mama, de próstata e de pênis. Pelo que se depreende das garantias, o planejamento familiar tem como escopo a efetivação de ações preventivas e educativas, por meio de um acesso igualitário à regulação da fecundidade.

Aqui, o artigo 5º da referida legislação imputa ao Estado, por meio do Sistema Único de Saúde, "promover condições e recursos informativos, educacionais, técnicos e científicos que assegurem o livre exercício do planejamento familiar".[139] Outrossim, o Ministério da Saúde, em 1984, estabeleceu o planejamento familiar como uma das áreas do Programa de Assistência Integral à Saúde da Mulher[140], corroborando o teor do artigo supracitado.

O papel do Estado no planejamento familiar encontra respaldo, também, no âmbito Constitucional, como já exposto, e a previsão no artigo 5° da Lei n.º 9.263/96 reforça a ideia de um direito ligado à saúde reprodutiva, permitindo o uso das técnicas de reprodução assistida no âmbito do Sistema Único de Saúde, responsável por promover, proteger e recuperar a saúde de toda a população.

O legislador não restringiu as ações que visam a efetivar o planejamento familiar ao Estado, como também incumbiu às instituições públicas e privadas, sejam elas filantrópicas ou não, além de permitir a participação, direta ou indireta, de empresas ou capitais estrangeiros nas ações e pesquisas, desde que tenham aval, fiscalização e controle da direção nacional do Sistema Único de Saúde. Em contrapartida, o legislador deixa à cargo da direção nacional do SUS a definição das normas gerais de planejamento familiar.

Importante ressaltar que, para dar efetividade ao planejamento familiar, o legislador infraconstitucional estabeleceu no artigo 9º, parágrafo único[141], da Lei n.º

---

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

[140] BRASIL, Ministério da Saúde. Secretaria de Políticas de Saúde. Área Técnica de Saúde da Mulher**. Assistência em Planejamento Familiar: Manual Técnico/Secretaria de Políticas de Saúde**, Área Técnica de Saúde da Mulher – 4ª edição – Brasília: Ministério da Saúde, 2002, p. 5.

[141] Art. 9º. Para o exercício do direito ao planejamento familiar, serão oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção.
Parágrafo único. A prescrição a que se refere o caput só poderá ocorrer mediante avaliação e acompanhamento clínico e com informação sobre os seus riscos, vantagens, desvantagens e eficácia.

9.263/1996 a disponibilização de todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos, desde que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantindo a liberdade de opção.

A previsão, contudo, de certas limitações ou exigências não é vista com bons olhos, pois alcança a esfera pessoal, ferindo a liberdade de autonomia, como bem asseveram Canotilho, Mendes, Wolfgang e Streck[142], a saber:

> A lei tem o grave defeito da excessiva ingerência na vida pessoal, ao criar parâmetros para o exercício do direito ao planejamento familiar que em muito ultrapassam o papel ativo do Estado, como estabelecido pelo §7º do art. 226 da Constituição. Exemplo disto é a exigência de consentimento expresso do cônjuge para que haja esterilização do outro, caso se dê na constância do casamento, segundo dispõe o §5º do art. 10 da referida lei, em flagrante limitação ao direito à disposição do próprio corpo.

Embora exista previsão na legislação infraconstitucional para a efetivação do planejamento familiar através do SUS, o serviço oferecido ainda está muito aquém de ser efetivo, pecando já no dever de informação que deveria ser realizado pelos profissionais no sistema público.

3.4 Lei n.º 9.656/98

A Lei n.º 9.656/98 dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, que comumente vêm sendo obrigados a custear o tratamento da reprodução assistida, em razão da alteração promovida pela lei n.º 11.935/2009, que incluiu o artigo 35-C com a finalidade de tornar obrigatório o atendimento dos casos de planejamento familiar.[143]

Em conformidade com a redação do artigo, a Resolução Normativa ANS n.º 387, de outubro de 2015, atualiza o rol dos procedimentos e eventos em Saúde que constitui a cobertura assistencial mínima nos planos privados de assistência à saúde, conceituando, em seu artigo 8º,quais seriam as ações de planejamento familiar previstas no inciso III do artigo 35-C da Lei n.º 9.656/98, a saber:

[142] CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.), op. cit., p. 2122.
[143] Art. 35-C. É obrigatória a cobertura do atendimento nos casos: III – de planejamento familiar.

> Art. 8°. I – planejamento familiar: conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal;

Não apenas trata do planejamento familiar, mas também define, em seu rol de ações, a concepção, como a "fusão de um espermatozoide com um óvulo, resultando na formação de um zigoto"[144].

Contudo, o artigo 20, §1º, III, da Resolução Normativa n.º 387/2015 permitiu a exclusão assistencial da inseminação artificial, indo de encontro ao disposto no artigo 8º, do mesmo diploma. Um dos argumentos utilizados para sustentar tal exclusão, seria o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, que causaria prejuízo não apenas para o plano de saúde, mas também para os demais segurados.[145]

Por consequência, tais previsões explicam as diversas condenações[146] dos planos de saúde ao custeio dos tratamentos de fertilização *in vitro* e outras técnicas de reprodução assistida, com fulcro no direito ao planejamento familiar e ao reconhecimento da função reprodutiva como parte do direito à saúde

3.5 Resoluções do Conselho Federal de Medicina

Como o Brasil não possui legislação específica acerca da regulamentação das técnicas de reprodução assistida, as Resoluções do Conselho Federal de Medicina (CFM) são utilizadas como um guia regulamentador do procedimento de RHA, cada

---

144 AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE. **Resolução normativa nº 387**. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=textolei&format=raw&id=mzexma==>. Acesso em: 06 ago. 2017.

145 Nesse sentido: APELAÇÃO. PLANODESAÚDE. CASSI. ASSOCIAÇÃOFECHADA. COBERTURA PARA REPRODUÇÃO ASSISTIDA, MEDIANTE FERTILIZAÇÃO IN VITRO. CLÁUSULA CONTRATUALQUEEXCLUIUA COBERTURA DE INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL E QUAISQUER OUTROS MÉTODOS DE TRATAMENTO DE INFERTILIDADE. SENTENÇA DEIMPROCEDÊNCIA. Parte autora apelante que alegou a abusividade da cláusula contratual que excluiu a cobertura para despesas relacionadas ao tratamento de inseminação artificial. Argumento que não merece guarida. Parte apelada que foi constituída na forma de autogestão, de modo que prevalece o associativismo e o mutualismo sobre o intuito lucrativo. Assim, a quebra da referida cláusula sem a majoração no valor da mensalidade paga pela parte apelante pode acarretar um desequilíbrio econômico-financeiro no contrato, em prejuízo, não só para a entidade seguradora, como também para todos os demais segurados. Tal assertiva encontra amparo na Resolução Normativa n° 387/15 da ANS que, em seu artigo 20, §1°, III, permitiu aos Planos de Saúde a excluir do plano de assistência o tratamento de inseminação artificial, entendida como técnica de reprodução assistida. Precedentes deste Tribunal de Justiça. Desprovimento do Recurso. (APL 0394199-74.2016.8.19.0001 TJ/RJ, Desembargador Relator ALCIDES DA FONSECA NETO, Vigésima Câmara Cível, Data do Julgamento: 31/05/2015)

146 Nesse sentido, cita-se: APL 05138840220158050001 TJ/BA; APL 0027316-73.2015.8.07.0007 TJ/DF; AI 13422350 TJ/PR; AI 0006328-95.2012.8.02.0000 TJ/AL.

vez mais comum no Brasil. Prova disso se depreende do 10º Relatório do Sistema Nacional de Produção de Embriões (SisEmbrio)[147], criado pela Resolução de Diretoria Colegiada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) n.º 29/2008, que, até o dia 10/02/2017, contabilizou 141 clínicas de tratamento de reprodução assistida.

Embora se trate de um ato administrativo passível de regulação pelo Poder Judiciário, e que vincula apenas os administrados, o Conselho Federal de Medicina, através de suas Resoluções, cuidou de disciplinar a matéria desde o ano de 1992, com a edição da Resolução n.º 1.358, anos após a primeira utilização da técnica, em São José dos Pinhais, Paraná.

A primeira Resolução do Conselho Federal de Medicina acerca do tema, de número 1.358/1992, traz, nos princípios gerais, o objetivo do uso das técnicas de Reprodução Humana Assistida (RHA), qual seja, auxiliar na resolução dos problemas de infertilidade humana quando as demais alternativas terapêuticas falharem ou se mostrarem ineficientes, e a RHA será utilizada quando exista probabilidade efetiva de êxito, sem colocar em risco a saúde da paciente ou descendente.

Para que o médico utilize as técnicas de RHA, deverá ter o consentimento expresso e escrito tanto dos pacientes, quanto dos doadores, além de cumprir com o dever de informação presente no Código de Ética Médica (atualmente a Resolução CFM n.º 1931/2009).

Desde a primeira Resolução CFM, nota-se que o objetivo de uso das técnicas de RA jamais foi de promover uma eugenia, pois trouxe vedação expressa à intenção de selecionar o sexo ou características biológicas, salvo quando o uso da técnica visasse a evitar doenças ligadas ao sexo do concepto. Também vedou o uso dos oócitos humanos para qualquer outra finalidade que não a procriação.

De igual forma, limita número de oócitos e pré-embriões implantados a cada tentativa em 4 (quatro), diminuindo os riscos de gestação múltipla. Caso ocorra, a Resolução também vetou o uso de técnicas que buscavam a redução embrionária, pois implicava um aborto, como já discutido anteriormente.

---

147 AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. **10º Relatório do Sistema Nacional de Produção de Embriões**. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/documents/33840/2817584/10%c2%ba+relat%c3%b3rio+do+sistema+nacional+de+produ%c3%a7%c3%a3o+de+embri%c3%b5es+-+sisembrio/1121df4c-ab05-47e9-bae0-8dc283f36fbc>. Acesso em: 06 ago. 2017.

No que tange aos usuários das técnicas de RHA, toda mulher capaz, que não tenha contraindicações e que opte por tal técnica, poderá ser beneficiária, mediante consentimento expresso e escrito, independentemente do estado civil da paciente. O cônjuge também deverá se manifestar expressamente com anuência por escrito.

Quando disciplina as clínicas e centros de tratamento de reprodução assistida, imputa à clínica responsabilidade quanto a eventuais doenças infectocontagiosas, além de exigências decorrentes da coleta, manuseio, conservação, distribuição e transferência de material biológico humano para a receptora das técnicas de RHA, estabelecendo três requisitos:

> 1 - um responsável por todos os procedimentos médicos e laboratoriais executados, que será, obrigatoriamente, um médico.
> 2 - um registro permanente (obtido através de informações observadas ou relatadas por fonte competente) das gestações, nascimentos e mal-formações de fetos ou recém-nascidos, provenientes das diferentes técnicas de RA aplicadas na unidade em apreço, bem como dos procedimentos laboratoriais na manipulação de gametas e pré-embriões.
> 3 - um registro permanente das provas diagnósticas a que é submetido o material biológico humano que será transferido aos usuários das técnicas de RA, com a finalidade precípua de evitar a transmissão de doenças.[148]

O objetivo de elencar os requisitos mínimos foi identificar o médico responsável pelo tratamento, bem como manter registros dos dados das gestações na unidade, além de ser utilizado como prova de que cumpria com as exigências, a fim de afastar uma eventual responsabilidade em caso de erro médico.

A doação de gameta e pré-embriões teve um cuidadoso tratamento pelos elaboradores, sobretudo para afastar o caráter mercantil, bem como para preservar a identidade de doadores e receptores. Nota-se, que embora anterior ao Código Civil de 2002, a Resolução cuidou de manter o sigilo do doador e receptor do material genético, apenas trazendo como exceção os casos de motivação médica. Ainda em relação à doação, as clínicas devem manter registro dos procedimentos realizados, principalmente para evitar que o mesmo doador produza mais de duas gestações, de sexos diferentes, em uma área de um milhão de habitantes, evitando, assim possível relação biologicamente incestuosa no futuro.

[148] BRASIL. **Resolução do Conselho Federal de Medicina n° 1.358/1992**. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1992/1358_1992.htm>. Acesso em 05 ago. 2017.

Em relação ao doador de gametas ou pré-embriões, a responsabilidade será da clínica de garantir a maior possibilidade de compatibilidade com a receptora, além de impedir que os integrantes da equipe médica participem como doadores no programa de RHA.

A seção V da Resolução disciplina a criopreservação, permitindo que espermatozoides, óvulos e pré-embriões sejam congelados. Quando da produção dos pré-embriões, os responsáveis devem informar ao paciente o número produzido, para que ele decida quantos serão transferidos dentro do limite estipulado, criopreservando os excedentes. Neste momento, o casal ou companheiros devem expressar a vontade, por escrito, quanto ao destino dos pré-embriões criopreservados, em caso de divórcio, doenças graves ou falecimento de um ou ambos, bem como quando desejarem doá-los.

A intervenção com técnicas de RHA terá como finalidade a avaliação de viabilidade ou detecção de doenças ligadas ao sexo, mediante consentimento do casal. Acrescenta-se que o prazo máximo para desenvolvimento de pré-embriões *in vitro* é de 14 (quatorze) dias.

Por derradeiro, a Resolução trata da gestação de substituição, determinando o perfil da doadora temporária de útero: devem pertencer à família da doadora genética, até segundo grau, e, excepcionalmente, caso não seja, deverá requerer autorização [sic] do Conselho Regional de Medicina [149] . Ressalta-se, que a gestação de substituição não pode ter caráter lucrativo.

Em 2010, após 18 (dezoito) anos de vigência da Resolução CFM n.º 1.358/1992, foi publicada a Resolução CFM n.º 1.957/2010 do Conselho Federal de Medicina, atualizando alguns entendimentos em relação à Resolução anterior e trazendo algumas novidades.

De início, a Resolução altera o número máximo de oócitos e embriões a serem transferidos de acordo com a idade da receptora, como se percebe:

> 6 - O número máximo de oócitos e embriões a serem transferidos para a receptora não pode ser superior a quatro. Em relação ao número de embriões a serem transferidos, são feitas as seguintes determinações: a) mulheres com

[149] 1 - As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família da doadora genética, num parentesco até o segundo grau, sendo os demais casos sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina.

> até 35 anos: até dois embriões); b) mulheres entre 36 e 39 anos: até três embriões; c) mulheres com 40 anos ou mais: até quatro embriões.

A alteração decorre da maior probabilidade de êxito na gestação por conta da idade mais jovem da paciente, sendo maior o número de embriões a serem transferidos quando a receptora apresenta idade mais elevada e, portanto, maior dificuldade de engravidar.

Foi retirada a necessidade de aprovação do cônjuge ou companheiro da paciente mediante expresso consentimento, entendendo-se que se trata de exercício da autonomia e liberdade da gestante.

A doação de gametas, buscando impedir que o doador viesse a produzir mais de duas gestações foi reduzida para uma única gestação[150], *in verbis*:

> 5 - Na região de localização da unidade, o registro dos nascimentos evitará que um(a) doador(a) venha a produzir mais do que uma gestação de criança de sexo diferente numa área de um milhão de habitantes.

A grande novidade introduzida pela Resolução CFM de 2010, e na esteira do Código Civil de 2002, é a disciplina da reprodução assistida *post mortem*, que foi entendida como conduta lícita e ética, desde que exista autorização prévia específica do falecido para uso do seu material genético criopreservado[151].

Um lapso temporal relativamente curto marca a entrada em vigor da Resolução CFM n.º 2.013/2013, que deu nova redação para alguns dispositivos da Resolução CFM n.º 1.957/2010.

Já nos princípios gerais, a nova resolução retira a restrição de uso da RHA nos casos de insucesso das demais técnicas terapêuticas existentes, determinando que ela poderá ser utilizada para facilitar a procriação diante de patologias que dificultem a reprodução.

Outra alteração diz respeito ao estabelecimento de idade máxima para utilização das técnicas de RHA, que passa a ser de 50 anos. Para efeito de doação, a idade considerada do doador será a do momento da coleta dos óvulos.

---

[150] A redação anterior da Resolução CFM 1.358/1992 falava em mais de 2 (duas) gestações, de sexos diferentes, o que ainda possibilitava a relação sexual de pessoas com laços sanguíneos de primeiro grau.

[151] A necessidade de autorização específica foi assimilada pelo Código Civil quando foi elaborado o Enunciado n.º 106 da I Jornada de Direito Civil.

Os homoafetivos e solteiros passam a ser contemplados com a técnica de RHA, respeitando a faculdade do médico em se opor a realizar o procedimento por objeção de consciência pessoal. Além disso, as clínicas devem disponibilizar os registros coletados ao longo de seu funcionamento para a fiscalização do Conselho Regional de Medicina.

Ademais, outra novidade é a idade limite para doação de gametas: 35 (trinta e cinco) anos para as mulheres e 50 (cinquenta) anos para os homens. Outra novidade diz respeito à possibilidade de doações voluntárias de gametas, através da doação compartilhada de oócitos, em que há uma participação de material biológico e custos entre aquelas doadoras e receptoras que apresentam problemas de reprodução, a saber:

> 9 - É permitida a doação voluntária de gametas, bem como a situação identificada como doação compartilhada de oócitos em RA, onde doadora e receptora, participando como portadoras de problemas de reprodução, compartilham tanto do material biológico quanto dos custos financeiros que envolvem o procedimento de RA. A doadora tem preferência sobre o material biológico que será produzido.

Os embriões excedentários viáveis devem ser criopreservados e, neste momento, os pacientes devem expressar a sua vontade quanto ao destino desses embriões em caso de divórcio, doenças graves ou falecimentos de um ou ambos. Passa-se a falar na possibilidade de descarte dos embriões criopreservados a mais de 5 (cinco) anos, e não limitando sua destinação às pesquisas com célula-tronco, conforme determinação da Lei de Biossegurança, uma vez que as Resoluções anteriores não traziam essa previsão.

O diagnóstico genético pré-implantação de embriões passa a permitir a seleção de embriões com tecidos imunologicamente compatíveis para tratar um filho do casal já afetado por doença ligada ao sexo, através das células-tronco embrionárias.

Ainda, prevê a ajuda de custo no tratamento por outra mulher, na hipótese em que esteja na mesma fase do processo, mas uma delas não tenha óvulos em condições de utilização, de modo que a contribuição no pagamento de procedimentos e produtos permite àquela o direito a uma parte dos óvulos da doadora. Salientando, por fim, que o acordo de cessão de óvulos não pode envolver valores outros senão

dos gastos da doadora com o procedimento de RHA a que também está sendo submetida.[152]

Por fim, a gestação de substituição recebe um tratamento mais profundo, limitando a idade até 50 (cinquenta) anos da gestante de substituição, com parentesco consanguíneo até o quarto grau; e com prontuário médico da paciente acompanhado de termo de consentimento assinado pelos pais genéticos e pela gestante de substituição, além de contrato estabelecendo a questão da filiação, garantia do registro civil pelos pais genéticos e, caso a cedente temporária de útero seja casada ou viver em união estável, a aprovação do cônjuge ou companheiro.

A terceira e mais recente Resolução CFM, de número 2.121/2015, atualizou suas diretrizes e esclareceu pontos controversos de suas últimas atualizações.

O primeiro ponto que chama atenção é a possibilidade de recebimento de óvulos por mulheres que desejem engravidar e possuam mais de 50 (cinquenta) anos de idade, desde que o médico responsável fundamente a exceção e esclareça os riscos. O CFM mantém sua posição quanto aos riscos existentes na gravidez tardia, porém reconhece o uso das técnicas nessas condições.

Quanto à reprodução assistida em casais homoafetivos femininos, fica clara, agora, a possibilidade da gestação compartilhada, mediante transferência do embrião gerado com uso da fertilização *in vitro* de um óvulo de sua parceira, mesmo que não exista infertilidade.

Um dos principais esclarecimentos diz respeito à doação de gametas, que antes não determinativa se eram femininos ou masculinos, e agora especificou a doação de gametas masculinos, proibindo a doação por mulheres, exceto no caso de doação compartilhada de óvulos.

No que tange ao descarte de embriões, o prazo de 5 (cinco) anos foi mantido antes do descarte, e há exigência de que os pacientes expressem por escrito o destino dos embriões após completar 5 (cinco) anos.

Em relação à gestação de substituição, o parentesco de 4º (quarto grau) foi mantido nas regras da nova Resolução, porém houve uma alteração da redação

[152] Impende salientar uma crítica a tal possibilidade, uma vez que se a própria Resolução estabelece como condição para doação a gratuidade, nesse particular ela impõe uma contribuição pecuniária para a doação do óvulo em condições de utilização pela receptora. Ora, como pode falar em ausência de caráter lucrativo ou comercial se gera há um favorecimento financeiro para a doadora?

quanto à palavra “contrato”, passando a ser lida como “termo de compromisso” entre a paciente e a cedente temporária de útero.

4 A INSUFICIÊNCIA LEGISLATIVA

Realizada a análise do tratamento normativo da Reprodução Humana Assistida em seu âmbito constitucional e infraconstitucional, resta-nos verificar se tais disposições são suficientes ou não para que o operador do direito possa decidir os conflitos.

Nesse particular, a (in)suficiência legislativa do tema será analisada, primeiramente, em um comparativo com a legislação internacional de Portugal e Espanha e, após, uma consulta aos projetos de lei em trâmite e, por derradeiro, alguns casos emblemáticos que possibilitam um melhor confronto com a legislação existente acerca da matéria.

4.1 Legislação Internacional

Objetivando expandir os conhecimentos acerca do tratamento normativo da Reprodução Humana Assistida em outros países, mister expor algumas legislações mais recentes sobre o tema em países de sistema constitucional latino semelhante ao Brasil.

4.1.1 Lei Portuguesa n.º 32/2006

Em Portugal, a Lei Portuguesa n.º 32, promulgada em Julho de 2006[153], trata da procriação medicamente assistida, que tem como escopo regular a utilização das técnicas de procriação assistida.

A legislação portuguesa, diferentemente das Resoluções do CFM, estabelece a quais técnicas a lei poderia ser aplicada, a saber:

> Artigo 2.° 1 - A presente lei aplica-se às seguintes técnicas de PMA:
> a) Inseminação artificial;
> b) Fertilização in vitro;
> c) Injeção intracitoplasmática de espermatozoides;
> d) Transferência de embriões, gâmetas ou zigotos;
> e) Diagnóstico genético pré-implantação;

[153] PORTUGAL. **Lei n.º 32/2006**. Procriação Medicamente Assistida. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=903&tabela=leis> Acesso em: 17 ago. 2017.

> f) Outras técnicas laboratoriais de manipulação gamética ou embrionária equivalentes ou subsidiárias.

A legislação portuguesa estabelece como princípio norteador a dignidade humana[154] e afasta, ainda, qualquer espécie de discriminação em razão da forma de concepção do indivíduo.[155]

Com efeito, tem o cuidado de determinar que o uso das técnicas de reprodução assistida é subsidiário para a procriação, mas não alternativo[156]. Neste espeque, o legislador é expresso em só permitir seu uso mediante diagnóstico de infertilidade ou doença grave ou diante do risco de transmissão de doenças genéticas, infecciosas ou outras[157]. Contudo, apesar de parecer que o legislador quis evitar a banalização do uso da técnica, ele faz a ressalva permitindo o uso dela independentemente do diagnóstico de infertilidade pela mulher.[158]

Igualmente à Resolução CFM, a Lei Portuguesa limita os locais de uso da técnica à clínicas públicas ou privadas autorizadas pelo Ministro da Saúde[159], além de destinar à legislação específica, como se vê:

> Artigo 5.° 2 - São definidos em diploma próprio, designadamente:
> a) As qualificações exigidas às equipas médicas e ao restante pessoal de saúde;
> b) O modo e os critérios de avaliação periódica da qualidade técnica;
> c) As situações em que a autorização de funcionamento pode ser revogada.

Entretanto, ao definir quem são os beneficiários da procriação medicamente assistida, o legislador português estabeleceu como rol o uso pelos casais de sexo diferente, casais de mulheres, e “todas as mulheres independente de estado civil e

---

[154] Artigo 3.º 1 - As técnicas de PMA, incluindo as realizadas no âmbito das situações de gestação de substituição, devem respeitar a dignidade humana de todas as pessoas envolvidas.
[155] Artigo 3.º 2 - É proibida a discriminação com base no património genético ou no facto de se ter nascido em resultado da utilização de técnicas de PMA.
[156] Artigo 4.° 1 - As técnicas de PMA são um método subsidiário, e não alternativo, de procriação.
[157] Artigo 4.° 2- A utilização de técnicas de PMA só pode verificar-se mediante diagnóstico de infertilidade ou ainda, sendo caso disso, para tratamento de doença grave ou do risco de transmissão de doenças de origem genética, infecciosa ou outras.
[158] Artigo 4.° 3 - As técnicas de PMA podem ainda ser utilizadas por todas as mulheres independentemente do diagnóstico de infertilidade.
[159] Artigo 5.° 1 - As técnicas de PMA, incluindo as realizadas no âmbito das situações de gestação de substituição previstas no artigo 8.º, só podem ser ministradas em centros públicos ou privados expressamente autorizados para o efeito pelo Ministro da Saúde.

orientação sexual”[160]. Nota-se que o legislador não trouxe a possibilidade do uso da técnica pelos casais homoafetivos masculinos, mostrando-se, portanto, mais restrita que a escassa legislação e disciplina infra legal pátrias.

Outra limitação trazida, e diferentemente do Brasil que também limita a idade máxima, é a faixa etária mínima, a qual deve ser ao menos de 18 (dezoito) anos de idade, desde que não seja interditado ou inabilitado por doenças psíquicas, aptas a diminuir a capacidade civil do indivíduo.[161]

Quanto às finalidades proibidas, não se permite a clonagem; o sexismo, salvo nos casos de doenças genéticas ligadas ao sexo; originar quimeras ou híbridos; e, por fim, a aplicação de técnicas de diagnóstico genético pré-implantatário em doenças multifatoriais nas quais o valor do teste genético seja baixo.[162]

No que tange à maternidade de substituição, a lei portuguesa apenas possibilita seu uso excepcionalmente e gratuitamente, em casos específicos, sendo que o negócio jurídico celebrado deve ser autorizado pelo Conselho Nacional de Procriação

[160] Artigo 6.° 1 - Podem recorrer às técnicas de PMA os casais de sexo diferente ou os casais de mulheres, respetivamente casados ou casadas ou que vivam em condições análogas às dos cônjuges, bem como todas as mulheres independentemente do estado civil e da respetiva orientação sexual.
[161] Artigo 6.° 2 - As técnicas só podem ser utilizadas em benefício de quem tenha, pelo menos, 18 anos de idade e não se encontre interdito ou inabilitado por anomalia psíquica.
[162] Artigo 7.° 1 - É proibida a clonagem reprodutiva tendo como objetivo criar seres humanos geneticamente idênticos a outros.
2 - As técnicas de PMA não podem ser utilizadas para conseguir melhorar determinadas características não médicas do nascituro, designadamente a escolha do sexo.
3 - Excetuam-se do disposto no número anterior os casos em que haja risco elevado de doença genética ligada ao sexo, e para a qual não seja ainda possível a deteção direta por diagnóstico genético pré-implantação, ou quando seja ponderosa a necessidade de obter grupo HLA (*human leukocyte antigen*) compatível para efeitos de tratamento de doença grave.
4 - As técnicas de PMA não podem ser utilizadas com o objetivo de originarem quimeras ou híbridos.
5 - É proibida a aplicação das técnicas de diagnóstico genético pré-implantação em doenças multifatoriais onde o valor preditivo do teste genético seja muito baixo.

Medicamente Assistida.[163] E mais, aquela que promover a gravidez de substituição será a genitora da criança para todos os efeitos legais.[164]

Há previsão de sanções para aqueles que cometam ilícitos como a punição de 2 (dois) anos de prisão ou pena de multa de até 240 (duzentos e quarenta) dias para quem se valer de maternidade de substituição a título oneroso.[165] Também recai na infração quem anunciar pessoalmente, ou através de terceiros, a maternidade de substituição a título oneroso.[166] Embora tais atos também sejam igualmente vedados no Brasil, nem a Resolução do Conselho Federal de Medicina e nem a Lei n.º 9.434/97, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento trouxeram previsão legal de sanções.

Nesta toada, também é proibida a criação de embriões com a única finalidade de utilizá-los para investigação científica[167], sendo, no entanto, lícita a investigação científica em embriões com o objetivo de prevenção, diagnóstico ou terapia de embriões, além de constituição de bancos de células estaminais para programas de transplantação ou com quaisquer outras finalidades terapêuticas.[168] O uso de

---

[163] Artigo 8.° 2 - A celebração de negócios jurídicos de gestação de substituição só é possível a título excecional e com natureza gratuita, nos casos de ausência de útero, de lesão ou de doença deste órgão que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez da mulher ou em situações clínicas que o justifiquem.
3 - A gestação de substituição só pode ser autorizada através de uma técnica de procriação medicamente assistida com recurso aos gâmetas de, pelo menos, um dos respetivos beneficiários, não podendo a gestante de substituição, em caso algum, ser a dadora de qualquer ovócito usado no concreto procedimento em que é participante.
5 - É proibido qualquer tipo de pagamento ou a doação de qualquer bem ou quantia dos beneficiários à gestante de substituição pela gestação da criança, exceto o valor correspondente às despesas decorrentes do acompanhamento de saúde efetivamente prestado, incluindo em transportes, desde que devidamente tituladas em documento próprio.
6 - Não é permitida a celebração de negócios jurídicos de gestação de substituição quando existir uma relação de subordinação económica, nomeadamente de natureza laboral ou de prestação de serviços, entre as partes envolvidas.

[164] Artigo 8.° 7 - A criança que nascer através do recurso à gestação de substituição é tida como filha dos respetivos beneficiários.

[165] Artigo 39.° 1 - Quem, enquanto beneficiário, concretizar contratos de gestação de substituição a título oneroso é punido com pena de prisão até 2 anos ou pena de multa até 240 dias.

[166] 5 - Quem promover, por qualquer meio, designadamente através de convite direto ou por interposta pessoa, ou de anúncio público, a celebração de contratos de gestação de substituição fora dos casos previstos nos n.os 2 a 6 do artigo 8.º é punido com pena de prisão até 2 anos.

[167] Artigo 9.° 1 - É proibida a criação de embriões através da PMA com o objetivo deliberado da sua utilização na investigação científica.
Artigo 40.° 1 - Quem, através de PMA, utilizar embriões na investigação e experimentação científicas fora dos casos permitidos na presente lei é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos.

[168] Artigo 9.° 2 - É, no entanto, lícita a investigação científica em embriões com o objetivo de prevenção, diagnóstico ou terapia de embriões, de aperfeiçoamento das técnicas de PMA, de constituição de bancos de células estaminais para programas de transplantação ou com quaisquer outras finalidades terapêuticas.

embriões para as investigações científicas só é permitido quando possa resultar benefícios para a humanidade, dependendo de apreciação e decisão do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida.[169]

Para efeitos de investigações científicas, apenas poderão ser usados os embriões "criopreservados e excedentários; cujo estado não permite realizar a transferência ou criopreservação; portadores de anomalia genética grave, auferido em diagnóstico genético pré-implantação; embriões obtidos sem recurso à fecundação por espermatozoides".[170-171] Nos casos dos embriões criopreservados, excedentários, e os portadores de anomalia genética grave, deve haver o consentimento expresso dos beneficiários aos quais se destinariam.[172]

Quanto à doação de espermatozoides, ovócitos e embriões, a Lei Portuguesa é expressa em afastar a paternidade daquele que doou, impedindo, desde já, qualquer ação de paternidade contra o doador.[173]

O capítulo II da Lei inaugura o debate acerca da utilização das técnicas de reprodução assistida, determinando que compete ao médico propor ao paciente as técnicas mais adequadas ao caso, bem como aquelas que possuem maior probabilidade de êxito.[174] Determina, ainda, que o profissional da área de saúde não pode ser obrigado a submeter a paciente a uma técnica que entenda por bem não

---

[169] Artigo 9.° 3 - O recurso a embriões para investigação científica só pode ser permitido desde que seja razoável esperar que daí possa resultar benefício para a humanidade, dependendo cada projeto científico de apreciação e decisão do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida.

[170] Artigo 9.° 4 - Para efeitos de investigação científica só podem ser utilizados:
a) Embriões criopreservados, excedentários, em relação aos quais não exista nenhum projeto parental;
b) Embriões cujo estado não permita a transferência ou a criopreservação com fins de procriação;
c) Embriões que sejam portadores de anomalia genética grave, no quadro do diagnóstico genético pré-implantação;
d) Embriões obtidos sem recurso à fecundação por espermatozoide.

[171] Em relação ao último, quais sejam, os embriões obtidos sem recurso à fecundação por espermatozoides, sugerem que o legislador português permitiu a utilização da clonagem para fins terapêuticos, uma vez que a lei veda expressamente apenas a clonagem reprodutiva.

[172] Artigo 9.° 5 - O recurso a embriões nas condições das alíneas a) e c) do número anterior depende da obtenção de prévio consentimento, expresso, informado e consciente dos beneficiários aos quais se destinavam.

[173] Artigo 10.° 2 - Os dadores não podem ser havidos como progenitores da criança que vai nascer.

[174] Artigo 11.° 1 - Compete ao médico responsável propor aos beneficiários a técnica de PMA que, cientificamente, se afigure mais adequada quando outros tratamentos não tenham sido bem-sucedidos, não ofereçam perspectivas [sic] de êxito ou não se mostrem convenientes segundo os preceitos do conhecimento médico.

realizar, de maneira que a recusa em realizar o procedimento deve ser expressamente exposta.[175]

Em paralelo à utilização das técnicas, elenca-se o rol de direitos dos beneficiários do procedimento, destacando-se o dever de informação pelo médico, as razões da recusa das técnicas e não exposição a riscos.[176] Igualmente, a Lei estabelece, também, os deveres dos beneficiários, quais sejam, prestar todas as informações solicitadas e observar as prescrições médicas.[177]

Ao tratar do consentimento, o legislador português exigiu que os beneficiários devem declarar expressamente o seu consentimento expresso e por escrito, diante do médico[178], desde que também sejam informados de todos os benefícios e riscos das técnicas em documento a ser aprovado pelo Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida.[179] Impende salientar que o consentimento é revogável a qualquer tempo e por qualquer das partes até o início dos processos terapêuticos.[180]

No que tange ao sigilo, ele é exigido de todos aqueles que tenham conhecimento dos dados da reprodução assistida, bem como o concepto pode obter informações quanto à sua natureza genética e eventuais impedimentos legais para efeitos de casamento, sem prejuízo da identidade do doador.[181] Entretanto, há a possibilidade

---

[175] Artigo 11.° 2 - Nenhum profissional de saúde pode ser obrigado a superintender ou a colaborar na realização de qualquer das técnicas de PMA se, por razões médicas ou éticas, entender não o dever fazer.
3 - A recusa do profissional deve especificar as razões de ordem clínica ou de outra índole que a motivam, designadamente a objeção de consciência.

[176] Artigo 12.° São direitos dos beneficiários:
a) Não ser submetidos a técnicas que não ofereçam razoáveis probabilidades de êxito ou cuja utilização comporte riscos significativos para a saúde da mãe ou do filho;
c) Ser corretamente informados sobre as implicações médicas, sociais e jurídicas prováveis dos tratamentos propostos;
d) Conhecer as razões que motivem a recusa de técnicas de PMA;

[177] Artigo 13.° 1 – São deveres dos beneficiários:
a) Prestar todas as informações que lhes sejam solicitadas pela equipa médica ou que entendam ser relevantes para o correto diagnóstico da sua situação clínica e para o êxito da técnica a que vão submeter-se;
b) Observar rigorosamente todas as prescrições da equipa médica, quer durante a fase do diagnóstico quer durante as diferentes etapas do processo de PMA.

[178] Artigo 14.° 1 - Os beneficiários devem prestar o seu consentimento livre, esclarecido, de forma expressa e por escrito, perante o médico responsável.

[179] Artigo 14.° 3 - As informações constantes do número anterior devem constar de documento, a ser aprovado pelo Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, através do qual os beneficiários prestam o seu consentimento.

[180] Artigo 14.° 5 - O disposto nos números anteriores é aplicável à gestante de substituição nas situações previstas no artigo 8.º

[181] Artigo 15.° 1 - Todos aqueles que, por alguma forma, tomarem conhecimento do recurso a técnicas de PMA, incluindo nas situações de gestação de substituição, ou da identidade de qualquer dos

de reconhecimento da identidade do doador por razões reconhecidas em sentença judicial.[182] A conservação dos dados referentes à reprodução assistida deve ser mantida em lapso temporal a ser estabelecido em diploma próprio.[183]

A inseminação heteróloga só é permitida quando não for possível alcançar a gravidez mediante a inseminação com sêmen do marido ou companheiro.[184] Para todos efeitos legais, o filho oriundo da inseminação heteróloga será do marido ou companheiro da beneficiária, desde que ele tenha consentido com a inseminação.[185] Se não for possível obter o consentimento, o registro será realizado apenas com os dados da beneficiária.[186] A presunção de paternidade do marido é passível de impugnação se, de fato, não for comprovado o consentimento.[187]

Em relação à reprodução assistida *post mortem*, a Lei portuguesa proíbe o seu uso, ainda que tenha havido prévio consentimento ao ato da inseminação, impedindo que o falecido e a mulher se valham da autonomia da vontade.[188-189] O material

---

participantes nos respetivos processos, estão obrigados a manter sigilo sobre a identidade dos mesmos e sobre o próprio ato da PMA.
2 - As pessoas nascidas em consequência de processos de PMA com recurso a dádiva de gâmetas [sic] ou embriões podem, junto dos competentes serviços de saúde, obter as informações de natureza genética que lhes digam respeito, excluindo a identificação do dador.

[182] Artigo 15.° 4 - Sem prejuízo do disposto nos números anteriores, podem ainda ser obtidas informações sobre a identidade do dador por razões ponderosas reconhecidas por sentença judicial.

[183] Artigo 16.° 2 - Em diploma próprio, de acordo com a especificidade dos dados relativos à PMA, é regulamentado, nomeadamente, o período de tempo durante o qual os dados devem ser conservados, quem poderá ter acesso a eles e com que finalidade, bem como os casos em que poderão ser eliminadas informações constantes dos registos.

[184] Artigo 19.° 1 - É permitida a inseminação com sémen de um dador quando não puder obter-se a gravidez de outra forma.

[185] Artigo 20.° 1 - Se do recurso às técnicas de procriação medicamente assistida previstas na presente lei vier a resultar o nascimento de uma criança, é esta também havida como filha de quem, com a pessoa beneficiária, tiver consentido no recurso à técnica em causa, nos termos do artigo 14.º, nomeadamente a pessoa que com ela esteja casada ou unida de facto, sendo estabelecida a respetiva parentalidade [sic] no ato de registo.

[186] Artigo 20.° 3 - Se apenas teve lugar o consentimento da pessoa submetida a técnica de PMA, nos termos do artigo 14.º, lavra-se apenas o registo de nascimento com a sua parentalidade estabelecida, sem necessidade de ulterior processo oficioso de averiguação.

[187] Artigo 20.° 4 - O estabelecimento da parentalidade pode ser impugnado pela pessoa casada ou que viva em união de facto com a pessoa submetida a técnica de PMA, se for provado que não houve consentimento ou que a criança não nasceu da inseminação para que o consentimento foi prestado.

[188] Artigo 22.° 1 - Após a morte do marido ou do homem com quem vivia em união de facto, não é lícito à mulher ser inseminada com sémen do falecido, ainda que este haja consentido no ato de inseminação.

[189] Verifica-se que há confusão no texto da Lei Portuguesa, pois ao final do artigo 22, que trata da reprodução assistida *post mortem*, há a possibilidade de inseminação se houve consentimento por escrito antes do falecimento, dentro de um período ajustado no instrumento, como se vê: Artigo 22.° 3 - É, porém, lícita a transferência post mortem de embrião para permitir a realização de um projeto parental claramente estabelecido por escrito antes do falecimento do pai, decorrido que seja o prazo considerado ajustado à adequada ponderação da decisão.

genético será destruído se colhido com receio de futura esterilidade e o indivíduo vier a falecer.[190] Se houver violação à proibição na reprodução assistida *post mortem* e resultar em gravidez, a legislação reconhece a paternidade do falecido, salvo na hipótese de a beneficiária ter contraído novo casamento ou estar em união estável, por pelo menos dois anos.[191]

Nesse particular, o legislador português se mostrou mais conservador, face aos redatores das Resoluções do Conselho Federal de Medicina do Brasil.

Nota-se que o legislador português também cuidou da fertilização *in vitro*, destinando-lhe um capítulo específico. Já no início, demonstra preocupação em relação a possibilidade de gravidez múltipla, condicionando o número de ovócitos inseminados de acordo com a situação clínica do casal.[192]

Os embriões excedentários devem ser criopreservados, desde que o beneficiário se comprometa a utilizá-los novamente dentro de 3 (três) anos, prorrogável por mais 3 (três) de acordo com decisão do diretor da clínica e a pedido dos beneficiários, desde que seja justificado.[193] Superado esse prazo, os embriões criopreservados podem ser doados a outro casal em que seja aconselhável seu uso, com o devido registro dos fatos.[194] O destino dos embriões, contudo, demanda consentimento dos beneficiários originários ou daquele que ainda está vivo.[195]

---

[190] Artigo 22.° 2 - O sémen que, com fundado receio de futura esterilidade, seja recolhido para fins de inseminação do cônjuge ou da mulher com quem o homem viva em união de facto é destruído se aquele vier a falecer durante o período estabelecido para a conservação do sémen.

[191] Artigo 23.° 1 - Se da violação da proibição a que se refere o artigo anterior resultar gravidez da mulher inseminada, a criança que vier a nascer é havida como filha do falecido.
2 - Cessa o disposto no número anterior se, à data da inseminação, a mulher tiver contraído casamento ou viver há pelo menos dois anos em união de facto com homem que, nos termos do artigo 14.º, dê o seu consentimento a tal ato, caso em que se aplica o disposto no n.º 3 do artigo 1839.º do Código Civil.

[192] Artigo 24.° 1 - Na fertilização in vitro apenas deve haver lugar à criação dos embriões em número considerado necessário para o êxito do processo, de acordo com a boa prática clínica e os princípios do consentimento informado.

[193] Artigo 25.° 1 - Os embriões que, nos termos do artigo anterior, não tiverem de ser transferidos, devem ser criopreservados, comprometendo-se os beneficiários a utilizá-los em novo processo de transferência embrionária no prazo máximo de três anos.
2 - A pedido dos beneficiários, em situações devidamente justificadas, o diretor do centro pode assumir a responsabilidade de alargar o prazo de criopreservação dos embriões por um novo período de três anos.

[194] Artigo 25.° 3 - Decorrido o prazo de três anos referido no n.º 1, sem prejuízo das situações previstas no n.º 2, podem os embriões ser doados a outras pessoas beneficiárias cuja indicação médica de infertilidade o aconselhe, sendo os factos determinantes sujeitos a registo, ou doados para investigação científica nos termos previstos no artigo 9.º

[195] Artigo 25.° 4 - O destino dos embriões previsto no número anterior só pode verificar-se mediante o consentimento dos beneficiários originários ou do que seja sobrevivo, aplicando-se, com as necessárias adaptações, o disposto no n.º 1 do artigo 14.º

Caso o embrião não apresente a morfologia adequada para sua viabilidade, ele não se insere na obrigação de comprometimento para utilização posterior dentro de 3 (três) anos.[196] Neste caso, eles poderão ser utilizados para fins de investigação científica.

Se ultrapassado o período máximo de criopreservação, de 6 (seis) anos, e o casal tenha consentido com a doação, mas não tenham sido utilizados, os embriões podem ser descongelados e eliminados, por determinação do diretor da clínica.[197] Caso não haja o consentimento exigido, e ultrapassado o período de 6 (seis) anos, os embriões poderão ser descongelados e eliminados, porém com comunicação prévia ao Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida.[198]

A opção do legislador português de apenas exigir o destino a ser dado aos embriões excedentários após ultrapassar o prazo estabelecido de 3 (três) anos não parece lógico, por burocratizar o descarte dos embriões. Verifica-se, ainda, que, diferentemente do Brasil, não há previsão do uso dos embriões para a investigação científica, salvo no caso de anomalia morfológica do embrião.

As disposições acerca da inseminação artificial *post mortem* também se aplicam à fertilização *in vitro post mortem*[199], assim como também se aplicam as disposições da inseminação artificial heteróloga em caso de fertilização *in vitro* com material genética de terceiro estranho ao casal.[200]

O capítulo V é destinado a tratar do diagnóstico genético pré-implantação (DGPI), conceituado como uma análise dos embriões, a fim de identificar a existência

[196] Artigo 25.° 5 - Não ficam sujeitos ao disposto no n.º 1 os embriões cuja caracterização morfológica não indique condições mínimas de viabilidade.
[197] Artigo 25.° 6 - Consentida a doação nos termos previstos no n.º 3, sem que nos seis anos subsequentes ao momento da criopreservação os embriões tenham sido utilizados por outros beneficiários ou em projeto de investigação aprovado ao abrigo do artigo 9.º, podem os mesmos ser descongelados e eliminados, por determinação do diretor do centro.
[198] Artigo 25.° 7 - Se não for consentida a doação nos termos previstos no n.º 3, logo que decorrido qualquer um dos prazos indicados no n.º 1 ou no n.º 2, podem os embriões ser descongelados e eliminados, por determinação do diretor do centro, comunicada previamente ao Conselho Nacional da Procriação Medicamente Assistida.
[199] Artigo 26.° Se aquele que depositou o seu sémen ou ovócitos para fins de inseminação em benefício do casal a que pertence vier a falecer, aplica-se, com as necessárias adaptações, o que se dispõe em matéria de inseminação post mortem nos artigos 22.º e 23.º
[200] Artigo 27.° À fertilização in vitro com recurso a sémen ou ovócitos de dador aplica-se, com as devidas adaptações, o disposto nos artigos 19.º a 21.º

de anomalia grave previamente à implantação do embrião na mulher.[201] Também é utilizado para aferir a existência de alterações cromossômicas e aumentar as possibilidades de sucesso das técnicas de reprodução assistida.[202]

Desta forma, percebe-se a convergência, neste ponto, entre a legislação portuguesa e as Resoluções do Conselho Federal de Medicina do Brasil, no que tange ao uso do PGD para prevenir doenças genéticas graves ou morte do descendente.[203]

4.1.2 Lei Espanhola n.º 14/2006

A Lei Espanhola[204] tem como objetivo regular a aplicação das técnicas de reprodução assistidas reconhecidas cientificamente e com indicações clínicas nos casos de patologias genéticas.[205] Trata, ainda, dos pressupostos e requisitos de utilização dos gametas e embriões criopreservados.[206]

Já no artigo 1º da legislação, o legislador conceitua o embrião produzido através de fertilização *in vitro* como o grupo de células resultantes da divisão progressiva do ovócito, desde que fecundado até 14 (quatorze) dias após a divisão.[207] Ainda no artigo, proíbe-se expressamente a clonagem de seres humanos com fim de reprodução.[208]

Estabelece-se como condição para uso das técnicas de reprodução assistida a possibilidade razoável de êxito, desde que não exponha a beneficiária a risco grave

---

[201] Artigo 27.° 1 - O diagnóstico genético pré-implantação (DGPI) tem como objetivo a identificação de embriões não portadores de anomalia grave, antes da sua transferência para o útero da mulher, através do recurso a técnicas de PMA, ou para os efeitos previstos no n.º 3 do artigo 7.º

[202] Artigo 28.° 2 - É permitida a aplicação, sob orientação de médico especialista responsável, do rastreio genético de aneuploidias nos embriões a transferir com vista a diminuir o risco de alterações cromossómicas e assim aumentar as possibilidades de sucesso das técnicas de PMA.

[203] Artigo 28.° 4 - Os centros de PMA que desejem aplicar técnicas de DGPI devem possuir ou articular-se com equipa multidisciplinar que inclua especialistas em medicina da reprodução, embriologistas, médicos geneticistas, citogeneticistas e geneticistas moleculares.

[204] ESPANHA. Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana assistida. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2006/BOE-A-2006-9292-consolidado.pdf> Acesso em: 18 ago. 2017.

[205] Artículo 1. Objeto y ámbito de aplicación de laLey. 1. Esta ley tiene por objeto: a) Regular la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida acreditadas científicamente y clínicamente indicadas

[206] Artículo 1. c) La regulación de los supuestos y requisitos de utilización de gametos y preembriones humanos crioconservados.

[207] Artículo 1. 2. A los efectos de esta Ley se entiende por preembrión el embrión in vitro constituído por el grupo de células resultantes de la división progressiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde.

[208] Artículo 1. 3. Se prohíbe la clonación em seres humanos con fines reproductivos.

para sua saúde, física ou psíquica, e que seja informada dessas possibilidades e as condições de ocorrência.[209]

Assim como na legislação portuguesa, a legislação espanhola limita o número de embriões a serem transferidos na técnica de fertilização *in vitro* para 3 (três) embriões em cada ciclo reprodutivo, evitando, assim, a gravidez múltipla.[210]

No mesmo sentido, o uso das técnicas de reprodução assistida pela beneficiária exige o consentimento expresso mediante apresentação das informações concretas de cada caso[211]. A beneficiária poderá pedir a suspensão da aplicação, em qualquer momento, desde que anterior ao início da transferência.[212]

Os dados serão guardados nas clínicas que promovem a reprodução assistida, e deve ser mantido o sigilo em relação a identidade dos doadores, beneficiários e a origem dos filhos.[213]

O artigo 5º estabelece que o contrato de doação de gametas e embriões deve obedecer a uma forma predeterminada, gratuita, e mantendo o sigilo acertado entre o doador e a clínica[214]. Ainda, prevê a possibilidade de revogação da doação, quando o doador precisar dos gametas para si, indenizando a clínica dos gastos.[215] A possibilidade de revogação não é tratada no Ordenamento Jurídico Português, e nem nas Resoluções do Conselho Federal de Medicina pátrias.

---

[209] Artículo 3. Las técnicas de reproducción asistida se realizarán solamente cuando haya posibilidades razonables de éxito, no supongan riesgo grave para la salud, física o psíquica, de la mujer o la posible descendencia y previa aceptación libre y consciente de su aplicación por parte de la mujer, que deberá haber sido anterior y debidamente informada de sus posibilidades de éxito, así como de sus riesgos y de las condiciones de dicha aplicación.

[210] Artículo 3. 2. En el caso de la fecundación in vitro y técnicas afines, sólo se autoriza la transferencia de un máximo de tres preembriones en cada mujer en cada ciclo reproductivo.

[211] Artículo 3. 4. La aceptación de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida por cada mujer receptora de ellas quedará reflejada en un formulario de consentimiento informado en el que se hará mención expresa de todas las condiciones concretas de cada caso en que se lleve a cabo su aplicación.

[212] Artículo 3. 5. La mujer receptora de estas técnicas podrá pedir que se suspenda su aplicación en cualquier momento de su realización anterior a la transferencia embrionaria, y dicha petición deberá atenderse.

[213] Arítuclo 3. 6. Todos los datos relativos a la utilización de estas técnicas deberán recogerse en historias clínicas individuales, que deberán ser tratadas con las debidas garantías de confidencialidad respecto de la identidad de los donantes, de los datos y condiciones de los usuarios y de las circunstancias que concurran en el origen de los hijos así nacidos. No obstante, se tratará de mantener la máxima integración posible de la documentación clínica de la persona usuaria de las técnicas.

[214] Artículo 5. Donantes y contratos de donación. 1. La donación de gametos y preembriones para las finalidades autorizadas por esta Ley es un contrato gratuito, formal y confidencial concertado entre el donante y el centro autorizado.

[215] Artículo 5. 2. La donación sólo será revocable cuando el donante precisase para sí los gametos donados, siempre que en la fecha de la revocación aquéllos estén disponibles. A la revocación procederá la devolución por el donante de los gastos de todo tipo originados al centro receptor.

Nota-se, pois que, embora a doação seja gratuita, salvo nos casos de ocorrer algum dano físico ao doador, verifica-se que ela pode vir a ser onerosa para o doador quando este revoga a doação. Outrossim, estabelece que não pode haver qualquer tipo de incentivo econômico[216]. De certa forma, tal previsão vai convergir com os diplomas analisados, em que pese a Resolução do CFM permita a compensação financeira na hipótese de doação compartilhada de óvulos, que representa um certo incentivo para quem doa.

Quanto ao anonimato fruto da doação, a Lei Espanhola se aproxima das Resoluções do CFM e, em contrapartida, distancia-se da Lei Portuguesa, ao passo que apenas permite o direito subjetivo de obter informações gerais do doador em casos excepcionais de perigo à vida ou à saúde do filho, e nos casos de enquadramento das leis processuais penais.[217]

Em relação à quantidade de filhos gerados com o gameta de um mesmo doador, aqui se verifica que o legislador espanhol foi mais flexível quanto ao risco de consanguinidade não conhecida, pois estabeleceu como limite 6 (seis) filhos, contra apenas um filho no Brasil, dentro de uma área de um milhão de habitantes.[218]

O consentimento também é exigido nos mesmos moldes, inclusive devendo ser expresso e por escrito o consentimento do marido, se for casada[219]. Outrossim, os

---

[216] Artículo 5. 3. La donación nunca tendrá carácter lucrativo o comercial. La compensación económica resarcitoria que se pueda fijar sólo podrá compensar estrictamente las molestias físicas y los gastos de desplazamiento y laborales que se puedan derivar de la donación y no podrá suponer incentivo económico para ésta.
Cualquier actividad de publicidad o promoción por parte de centros autorizados que incentive la donación de células y tejidos humanos deberá respetar el carácter altruista de aquélla, no pudiendo, en ningún caso, alentar la donación mediante la oferta de compensaciones o beneficios económicos.

[217] Artículo 5. [...] Sólo excepcionalmente, en circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o la salud del hijo o cuando proceda con arreglo a las Leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad de los donantes, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto. Dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará en ningún caso publicidad de la identidad de los donantes.

[218] Artículo 5. 7. El número máximo autorizado de hijos nacidos en España que hubieran sido generados con gametos de un mismo donante no deberá ser superior a seis. A los efectos del mantenimiento efectivo de ese límite, los donantes deberán declarar en cada donación si han realizado otras previas, así como las condiciones de éstas, e indicar el momento y el centro en el que se hubieran realizado dichas donaciones.

[219] Artículo 6. 2. Entre la información proporcionada a la mujer, de manera previa a la firma de su consentimiento, para la aplicación de estas técnicas se incluirá, en todo caso, la de los posibles riesgos, para ella misma durante el tratamiento y el embarazo y para la descendencia, que se puedan derivar de la maternidad a una edad clínicamente inadecuada.

beneficiários das técnicas de reprodução assistida não terão qualquer tipo de gerencia na escolha do doador do sêmen, assim como no Brasil e Portugal.[220]

De mais a mais, o legislador espanhol também previu a hipótese de filiação para os casais homossexuais, diferente da Lei Portuguesa, que é silente.[221]

A reprodução assistida *post mortem* segue a mesma linha do Brasil: deve haver consentimento expresso e por escrito para que o material criopreservado venha a ser utilizado pela mulher. Contudo, vai além das Resoluções do CFM, pois estabelece um prazo máximo de 12 (doze) meses seguintes ao falecimento para que os gametas sejam utilizados na fecundação da mulher. Cabe a revogação enquanto em vida pelo marido, a qualquer tempo.[222]

Outra previsão em relação ao tema diz respeito aos direitos sucessórios do embrião concebido *post mortem*, que ainda gera discussões no Brasil. O legislador espanhol determinou que, diante do consentimento expresso e por escrito do marido, operam-se todos os efeitos legais que derivam da filiação matrimonial, inclusive os sucessórios. Se a mulher já tiver iniciado o procedimento para transferência antes do falecimento do cônjuge, o legislador presumiu que havia tal consentimento.[223]

Em contrapartida aos demais ordenamentos analisados, a gestação de substituição, na Espanha, seja ela onerosa ou gratuita, tem seu contrato nulo de pleno direito. Entende-se, desta forma, que os filhos concebidos por meio dessa técnica auxiliar da reprodução assistida, terão sua filiação determinada de acordo com o parto,

---

[220] Artículo 6. 5. En la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, la elección del donante de semen sólo podrá realizarse por el equipo médico que aplica la técnica, que deberá preservar las condiciones de anonimato de la donación. En ningún caso podrá seleccionarse personalmente el donante a petición de la receptora. En todo caso, el equipo médico correspondiente deberá procurar garantizar la mayor similitud fenotípica e inmunológica posible de las muestras disponibles con la mujer receptora.

[221] Artículo 7. 3. Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge.

[222] Artículo 9. Premoriencia del marido. 2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el marido podrá prestar su consentimiento, en el documento a que se hace referencia en el artículo 6.3, en escritura pública, en testamento o documento de instrucciones previas, para que su material reproductor pueda ser utilizado en los 12 meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer. Tal generación producirá los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial. El consentimiento para la aplicación de las técnicas en dichas circunstancias podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquéllas.

[223] Artículo 9. 2. [...] Se presume otorgado el consentimiento a que se refiere el párrafo anterior cuando el cónyuge supérstite hubiera estado sometido a un proceso de reproducción asistida ya iniciado para la transferencia de preembriones constituidos con anterioridad al fallecimiento del marido.

porém resguardada a possibilidade de ajuizamento de ação para verificação do pai biológico.[224]

Quanto à criopreservação de ovócitos e tecido ovariano, o legislador condicionou sua preservação mediante autorização da autoridade competente[225]. Os embriões excedentários podem ser criopreservados até o momento estipulado pelos médicos em que a beneficiária não reúne mais os requisitos adequados para se submeter às técnicas de reprodução assistida.[226]

Em relação ao destino dos embriões, sêmen, ovócitos e tecidos ovarianos criopreservados, eles podem ser doados para fins reprodutivos, doação para fins de investigação científica, destruídos ou utilizados novamente pela própria mulher, a saber:

> Artículo 11. 4. Los diferentes destinos posibles que podrán darse a los preembriones crioconservados, así como, en los casos que proceda, al semen, ovocitos y tejido ovárico crioconservados, son:
> a) Su utilización por la propia mujer o su cónyuge.
> b) La donación con fines reproductivos.
> c) La donación con fines de investigación.
> d) El cese de su conservación sin otra utilización. En el caso de los preembriones y los ovocitos crioconservados, esta última opción sólo será aplicable una vez finalizado el plazo máximo de conservación establecido en esta Ley sin que se haya optado por alguno de los destinos mencionados en los apartados anteriores.

Embora prévio, o consentimento pode ser alterado, a qualquer momento, antes de sua utilização[227]. Para os embriões, haverá a necessidade de renovação do

---

[224] Artículo 10. Gestación por substitución. 1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.
2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.
3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.

[225] Artículo 11. Crioconservación de gametos y preembriones. 1. El semen podrá crioconservarse en bancos de gametos autorizados durante la vida del varón de quien procede.
2. La utilización de ovocitos y tejido ovárico crioconservados requerirá previa autorización de la autoridad sanitaria correspondiente.

[226] Artículo 11. 3. Los preembriones sobrantes de la aplicación de las técnicas de fecundación in vitro que no sean transferidos a la mujer en un ciclo reproductivo podrán ser crioconservados en los bancos autorizados para ello. La crioconservación de los ovocitos, del tejido ovárico y de los preembriones sobrantes se podrá prolongar hasta el momento en que se considere por los responsables médicos, con el dictamen favorable de especialistas independientes y ajenos al centro correspondiente, que la receptora no reúne los requisitos clínicamente adecuados para la práctica de la técnica de reproducción asistida.

[227] Artículo 11. 6. El consentimiento para dar a los preembriones o gametos crioconservados cualquiera de los destinos citados podrá ser modificado en cualquier momento anterior a su aplicación.

consentimento ou modificação após o prazo máximo de 2 (dois) anos, sob pena de, no silêncio, os embriões ficarem à disposição dos centros.[228]

As técnicas terapêuticas ligadas aos embriões só são permitidas quando utilizadas com a finalidade de tratamento de enfermidades para terceiros ou impedir a transmissão delas[229]. Contudo, atendendo ao dever de informação inerente ao médico, merecem destaque os seguintes requisitos a serem cumpridos: i) os beneficiários sejam informados sobre o procedimento e o risco do tratamento proposto, ii) o diagnóstico da patologia deve ser preciso, além da classificação de grave ou muito grave, bem como ofereça possibilidades razoáveis de melhoria ou cura; iii) não busque a seleção genética ou de raça com intuito de alteração das características hereditárias.[230]

Os embriões utilizados anteriormente para investigação científica não podem ser transferidos para a mulher, nem para originais novos embriões visando à procriação[231]. O seu uso na investigação científica propriamente dita pressupõe o atendimento de certos requisitos, dentre os quais se destacam a anuência por parte

[228] Artículo 11. [...] En el caso de los preembriones, cada dos años, como mínimo, se solicitará de la mujer o de la pareja progenitora la renovación o modificación del consentimiento firmado previamente. Si durante dos renovaciones consecutivas fuera imposible obtener de la mujer o de la pareja progenitora la firma del consentimiento correspondiente, y se pudieran demostrar de manera fehaciente las actuaciones llevadas a cabo con el fin de obtener dicha renovación sin obtener la respuesta requerida, los preembriones quedarán a disposición de los centros en los que se encuentren crioconservados, que podrán destinarlos conforme a su criterio a cualquiera de los fines citados, manteniendo las exigencias de confidencialidad y anonimato establecidas y la gratuidad y ausencia de ánimo de lucro.

[229] Artículo 13. Técnicas terapéuticas em el preembrión. 1. Cualquier intervención con fines terapéuticos sobre el preembrión vivo in vitro sólo podrá tener la finalidad de tratar una enfermedad o impedir su transmisión, con garantías razonables y contrastadas.

[230] Artículo 13. 2. La terapia que se realice en preembriones in vitro sólo se autorizará si se cumplen los siguientes requisitos:
a) Que la pareja o, en su caso, la mujer sola haya sido debidamente informada sobre los procedimientos, pruebas diagnósticas, posibilidades y riesgos de la terapia propuesta y las hayan aceptado previamente.
b) Que se trate de patologías con un diagnóstico preciso, de pronóstico grave o muy grave, y que ofrezcan posibilidades razonables de mejoría o curación.
c) Que no se modifiquen los caracteres hereditarios no patológicos ni se busque la selección de los individuos o de la raza.
d) Que se realice en centros sanitarios autorizados y por equipos cualificados y dotados de los medios necesarios, conforme se determine mediante real decreto.

[231] Artículo 14. 2. Los gametos utilizados en investigación o experimentación no podrán utilizarse para su transferencia a la mujer ni para originar preembriones con fines de procreación.

dos beneficiários, inclusive com a renúncia de qualquer direito de natureza econômica ou patrimonial sobre os resultados das investigações.[232]

Institui-se a Comissão Nacional de Reprodução Assistida, órgão colegiado, de caráter permanente e consultivo, com vistas a assessorar e orientar a utilização das técnicas de RHA, bem como contribuir com a atualização da difusão de conhecimento científicos e técnicos da matéria.[233]

Os doadores de gametas e embriões devem ter seus dados inscritos no Ministério de Saúde e Consumo, garantindo, ainda, a confidencialidade das informações. No registro devem constar os filhos nascidos de cada doador, identidade das beneficiárias e a localização original de todos os doadores no momento da doação.[234]

No que tange às infrações, aqueles que desrespeitam as normas podem ser objeto de sanções administrativas, sem prejuízo das responsabilidades civis e penais, embora a sanção penal exclua a imposição de sanção administrativa, sob pena de *bis in idem*.[235]

As infrações se dividem em níveis, podendo ser leves, graves ou muito graves. A título exemplificativo, a infração leve pode ser caracterizada como o

[232] Artículo 15. 1. La investigación o experimentación con preembriones sobrantes procedentes de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida sólo se autorizará si se atiene a los siguientes requisitos:
a) Que se cuente con el consentimiento escrito de la pareja o, en su caso, de la mujer, previa explicación pormenorizada de los fines que se persiguen con la investigación y sus implicaciones. Dichos consentimientos especificarán en todo caso la renuncia de la pareja o de la mujer, en su caso, a cualquier derecho de naturaleza dispositiva, económica o patrimonial sobre los resultados que pudieran derivarse de manera directa o indirecta de las investigaciones que se lleven a cabo. La información y el consentimiento deberán efectuarse en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos, de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad.
[233] Artículo 20. 1. La Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida es el órgano colegiado, de carácter permanente y consultivo, dirigido a asesorar y orientar sobre la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida, a contribuir a la actualización y difusión de los conocimientos científicos y técnicos en esta materia, así como a la elaboración de criterios funcionales y estructurales de los centros y servicios donde aquéllas se realizan.
[234] Artículo 21. 1. El Registro nacional de donantes, adscrito al Ministerio de Sanidad y Consumo, es aquel registro administrativo en el que se inscribirán los donantes de gametos y preembriones con fines de reproducción humana, con las garantías precisas de confidencialidad de los datos de aquéllos.
[235] Artículo 24. 3. Cuando, a juicio de la Administración, la infracción pudiera ser constitutiva de delito o falta, el órgano administrativo dará traslado al Ministerio Fiscal y se abstendrá de proseguir el procedimiento sancionador mientras la autoridad judicial no se haya pronunciado. La sanción penal excluirá la imposición de sanción administrativa.

descumprimento de uma obrigação ou a transgressão de alguma proibição.[236] Será dita grave, quando o sujeito tinha a obrigação de informar e não o faz.[237] Por fim, será muito grave quando a realização ou prática de técnicas de reprodução assistida sejam realizadas sem autorização, além de outras hipóteses[238]. Caberá multa progressiva de acordo com a gravidade.[239]

4.2 Projetos de Lei pátrios

Embora as técnicas de reprodução assistida já sejam uma realidade no Brasil desde a concepção do primeiro bebê de proveta, em São José dos Pinhais, no ano de 1984, ainda não há qualquer tipo de regulamentação específica no âmbito jurídico, de forma que os litígios envolvendo questões ético-jurídicas são solucionados com amparo das Resoluções do Conselho Federal de Medicina.

Após a edição da primeira Resolução CFM, em 1992, diversos projetos de Lei foram apresentados perante às casas do Congresso Nacional, contudo, até a presente data, a maioria deles encontra-se parada, pendente de votação.

Para explorar melhor o tratamento almejado pelos projetos de Lei em trâmite, mister analisá-los individualmente, a fim de verificar quais deles ainda seriam aptos a se tornarem Lei, e quais já representariam um retrocesso em face das Resoluções do CFM.

4.2.1 Projeto de Lei n.º 3.638/1993

[236] Artículo 26. 2 [...] a) Es infracción leve el incumplimiento de cualquier obligación o la transgresión de cualquier prohibición establecida en esta Ley, siempre que no se encuentre expresamente tipificada como infracción grave o muy grave.
[237] Artículo 26. 2. b) 2.ª La omisión de la información o los estudios previos necesarios para evitar lesionar los intereses de donantes o usuarios o la transmisión de enfermedades congénitas o hereditarias.
[238] Artículo 26. 2. c) 2.ª La práctica de cualquier técnica no incluida en el anexo ni autorizada como técnica experimental en los términos previstos en el artículo 2.
[239] Artículo 27. 1. Las infracciones leves serán sancionadas con multa de hasta 1.000 euros; las graves, con multa desde 1.001 euros hasta 10.000 euros, y las muy graves, desde 10.001 euros hasta un millón de euros.

Trata-se do primeiro projeto de Lei que objetivava regulamentar a reprodução assistida, apresentado pelo Deputado Luiz Moreira, no ano de 1993, e atualmente encontra-se arquivado.

Apesar de pioneiro na questão legislativa, o projeto de Lei apenas repetiu o teor da Resolução CFM n.º 1.358/1992, sem trazer qualquer inovação no âmbito jurídico.

4.2.2 Projeto de Lei n.º 2.855/1997

Trata-se de projeto de Lei de autoria do Deputado Confúcio Moura, do ano de 1997, apensado ao Projeto de Lei n.º 1.184/2003[240]. Diferentemente do projeto de Lei anterior, toda mulher, independentemente do estado civil, pode se valer das técnicas de reprodução assistida, desde que tenha dado seu consentimento livre e expresso, podendo revogá-lo antes do início do tratamento.

O legislador vedou expressamente do uso de técnica que objetive a clonagem, eugenia e a sexagem, com exceção dos casos que tenham como objetivo a prevenção de doenças ligadas ao sexo.

No que tange à redução embrionária, o deputado abriu exceção para os casos em que houver risco à vida da gestante. Outra distinção diz respeito à doação de gametas, em que há a previsão da revogação da doação quando sobrevinda a infertilidade do doador, e ele desejar usar seu material genético para procriação.

Quanto à precaução de que o material genético do doador não seja utilizado em mais de duas gravidez, o legislador teve maior cuidado, impossibilitando o uso do seu material genético por mais de duas vezes dentro do mesmo Estado.

Outra novidade em relação ao projeto anterior foi a vedação da inscrição de qualquer observação no registro civil da criança concebida por meio da reprodução assistida, bem como impediu expressamente a determinação de nova filiação em caso de quebra do sigilo do doador.

Estabelece-se um prazo de 5 (cinco) anos para utilização dos pré-embriões criopreservados. Superado esse período, os bancos podem descartá-los ou utilizá-los para fins de investigação científica. No mesmo sentido, os casais devem dar

[240] Cf. item 4.2.3 infra.

consentimento expresso para o descarte dos embriões que apresentem alterações genéticas.

Por derradeiro, o projeto trata em seu título IX das infrações e sanções, tipificando condutas afrontosas à lei.

4.2.3 Projeto de Lei n.º 90/1999 (Projeto de Lei n.º 1.184/2003 da Câmara dos deputados)

O então Senador Lúcio Alcântara propôs o projeto de Lei do Senado n.º 90, de 1999, dispondo sobre a reprodução assistida. Ao chegar na Câmara dos Deputados, onde encontra-se atualmente, foi cadastrado com o número 1.184/2003. Atualmente o projeto de Lei encontra-se aguardando parecer do Relator na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC).

O artigo 1º do projeto de Lei se destina à definição das técnicas de reprodução assistida e nos incisos conceitua o que são embriões humanos, usuários, criança (enquanto concebido pelas técnicas de reprodução assistida) e gestação de substituição.

Verifica-se que o legislador limitou o uso das técnicas de reprodução assistida aos casais heterossexuais, uma vez que definiu como beneficiários os cônjuges ou o homem e a mulher em união estável. [241] Assim, nota-se que o legislador não contemplou as mulheres solteiras e nem os casais homoafetivos no uso das técnicas, conflitando, inclusive, com a interpretação atual dada ao artigo 1.622 do Código Civil de 2002[242], que trata da adoção.

Em relação ao uso da técnica, apenas será permitido nos casos de infertilidade e para prevenção e tratamento de doenças genética ou hereditárias, ineficácia dos tratamentos de infertilidade, probabilidade de sucesso, sem exposição a risco grave para a mulher ou descendente. Diferentemente do que dispõem as Resoluções do CFM, o legislador optou por aguardar um lapso temporal mínimo a ser regulamentado, quando não for possível identificar a causa da infertilidade.

---

[241] SENADO FEDERAL. **Projeto de lei nº 90, de 1999**. Disponível em: <http://www.ghente.org/doc_juridicos/pls90.htm>. Acesso em: 06 ago. 2017.

[242] Art. 1.622. Ninguém pode ser adotado por duas pessoas, salvo se forem marido e mulher, ou se viverem em união estável.

A infertilidade decorrente da idade avançada para reprodução da mulher não foi abarcada pelo legislador como hipótese de uso das técnicas de reprodução assistida.

Tal restrição demonstra uma inclinação próxima à adotada na legislação espanhola, que apenas permite o uso da reprodução assistida diante de casos de infertilidade ou nos casos de doenças genéticas ligadas ao sexo e doenças graves.[243]

Quanto ao consentimento, ele é obrigatório e também deve ser expresso pelo cônjuge ou companheiro, em documento próprio e esclarecendo informações técnicas e as implicações do tratamento, dados estatísticos, possibilidade e probabilidade de acidentes e implicações jurídicas em relação à paternidade da criança.

O artigo 12º do projeto de Lei permite que a criança concebida através da doação de embrião ou por gestação de substituição, se assim desejar, após a maioridade, conheça a identidade do doador ou da mãe substituta, ou a qualquer tempo, mesmo menor, no caso do falecimento de ambos os pais.

Ainda, essa permissibilidade de reconhecimento da filiação é possível desde o nascimento, se no registro civil não tenha sido averbado o nome do pai, em caso de doação do material genético, ou da mãe, em caso de maternidade de substituição ou doação de óvulos.

Caso a criança tenha sido concebida através da reprodução assistida *post mortem*, o legislador entendeu que a criança não tem o direito de reconhecimento de sua filiação.

Em caso de litígios judiciais oriundos da reprodução assistida heteróloga, a filiação será atribuída à mulher que concebeu, salvo no caso de ela já ter ultrapassado a idade reprodutiva avançada, quando será outorgada a maternidade à doadora do óvulo. O doador, no entanto, não tem qualquer direito assegurado senão o sigilo, que ainda sim é mitigado.

Convergindo com as Resoluções do CFM, o projeto de lei também disciplina os deveres dos estabelecimentos que oferecem os serviços de RHA, condições de funcionamento e quadro de profissionais.

Quanto à doação de material genético para fins de utilização na reprodução assistida heteróloga, impede-se que o doador a faça onerosamente, a qualquer título.

[243] GONÇALVES, Fernando David De Melo. **O projeto de lei do senado nº 90/1999** – Procriação Mecanicamente Assistida. Revista autor**,** dez. 2008. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/33156-41928-1-pb.pdf>.Acesso em: 06 ago. 2017.

Ademais, as clínicas devem manter o sigilo dos doadores, impedindo que eles venham a conhecer os beneficiários. Entretanto, a criança poderá ter acesso a tais informações nas hipóteses já apontadas anteriormente, mas também se permite o acesso por razões médicas. Assim como dispõem as Resoluções do CFM, o legislador impediu que o mesmo doador venha a produzir mais de uma gestação em um espaço de um milhão de habitantes.

No projeto, veda-se também a doação de gametas e embriões pelos funcionários da clínica e parentes até o quarto grau, a fim de evitar conflito ético com a possibilidade de qualquer anomalia genética para o caso dos últimos. Outra prática regulamentada foi a gestação de substituição, que será permitida, desde que não onerosa e por parente até o segundo grau.

Outrossim, não há a limitação quanto ao número de embriões a serem transferidos de acordo com a idade, apenas um limite máximo de 4 (quatro) embriões a cada ciclo, divergindo da Resolução atual do CFM. Curiosamente, mesmo antes do julgamento da ADI 3.150/STF, o legislador se adiantou ao entendimento do Ministro Carlos Ayres e não estendeu os direitos do nascituro aos embriões originados *in vitro*, antes de sua introdução no ovário.

Contudo, no que tange ao descarte de embriões, o legislador determinou a sua obrigatoriedade quando, *in verbis*[244]:

> § 4º É obrigatório o descarte de gametas e embriões:
> I - doados há mais de dois anos;
> II - sempre que for solicitado pelos doadores;
> III - sempre que estiver determinado no documento de consentimento informado;
> IV - nos casos conhecidos de falecimento de doadores ou depositantes;
> V - no caso de falecimento de pelo menos uma das pessoas que originaram embriões preservados.

Evidencia-se que o legislador não se filiou à tese da reprodução assistida *post mortem*, pois determinou seu descarte na hipótese de falecimento de um indivíduo do casal.

Nos demais pontos o projeto de lei se assemelha às particularidades das Resoluções do CFM, e acrescenta, por outro lado, a tipificação de determinadas

[244] SENADO FEDERAL. **Projeto de lei nº 90, de 1999**, op. cit..

condutas, tais quais, a barriga de aluguel, utilizar gametas ou embriões de depositantes já falecidos, dentre outras.

Em parecer votado no Senado Federal, foi aprovada, parcialmente, as emendas n. 1 (um) e 2 (dois) apresentadas pelo autor do projeto, Senador Lúcio Alcântara, e Roberto Requião.

A emenda n.º 1 (um) resgatou a redação dada aos crimes, presentes no Substitutivo da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania.

Enquanto que a emenda n.º 2 (dois) restringiu o âmbito de utilização da Reprodução Humana Assistida, apenas sendo possível seu uso para casos de infertilidade e para prevenção ou tratamento de doenças genéticas hereditárias, e não mais apenas para doenças genéticas ligadas ao sexo, uma vez que permitiria a eugenia. Por fim, a emenda criou um parágrafo único no artigo 2º, prevendo que a Reprodução Humana Assistida apenas poderia ser utilizada por "cônjuges ou o homem e a mulher em união estável"[245], para que a criança viva em uma família completa[246].

4.2.4 Projeto de Lei n.º 1.135/2003

Projeto de autoria do Deputado Dr. Pinotti, médico ginecologista, institui normas para regulamentação da reprodução assistida. Atualmente encontra-se apensado ao projeto de Lei n.º 2.855/1997, já analisado e, que por seu turno, está apensado ao projeto de Lei n.º 1.184/2003.

O legislador, seguindo a linha de outros projetos de lei, estabeleceu como beneficiários da técnica mulheres ou casais.

Outra diferença foi a redução do número de embriões a serem transferidos para a beneficiária, que anteriormente podiam ser até 5 (cinco) embriões e agora, apenas 3 (três).

Já adentrando a questão da personalidade civil, o legislador também se antecipou ao voto da ADIN 3.150 e entendeu que os embriões, antes de sua

[245] SENADO FEDERAL. **Parecer da Comissão de Assuntos Sociais**. Relator Tião Viana. 2003. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3547511&disposition=inline>. Acesso em: 20 ago. 2017.

[246] Essa posição já é ultrapassada, uma vez que a própria Constituição Federal de 1988, em seu artigo 226, §4º, prevê a família monoparental, ou seja, aquela formada por um dos pais e seus filhos.

implantação, não são dotados de personalidade. Ademais, estabelece-se responsabilidade do beneficiário pela tutela do embrião e seu posterior desenvolvimento.

Quanto à gestação de substituição, a doadora temporária deverá pertencer à família da beneficiária, devendo obedecer um limite de relação de parentesco até o segundo grau.

Em relação à filiação, o legislador resolveu um problema gerado na hipótese de morte dos beneficiários, que seria a impossibilidade de reconhecimento da filiação pelos pais biológicos.

Por fim, o legislador tipificou como crime a quebra do sigilo dos doadores aos beneficiários da técnica ou vice-versa.

4.2.5 Projeto de Lei n.º 2.061/2003

Também apensado ao projeto de Lei n.º 1.184/2003, o Projeto de Lei 2.061/2003, de autoria do Deputado Maninha, estabelece as normas de uso da técnica de reprodução assistida nos serviços públicos e privados de saúde. Neste sentido, imputa ao Conselho Municipal de Saúde de cada cidade, ou, na falta dele, ao Conselho Estadual de Saúde, instituir uma Comissão de Ética para auxiliar na regulamentação do projeto de Lei.

A Comissão de Ética tem um papel de destaque no presente projeto de Lei, pois ela deve, através de um representante, acompanhar os envolvidos no momento de informar ao beneficiário dos riscos, percentual de êxito, aspectos médicos e outras informações.

O projeto imputa ao Sistema Único de Saúde o dever de fiscalizar e controlar as instituições de saúde, pública e privadas, que ofereçam os serviços de reprodução assistida.

4.2.6 Projeto de Lei n.º 4.892/2012

O projeto, de autoria do Deputado Eleuses Paiva, pretende instituir o "Estatuto da Reprodução Assistida", regulando sua aplicação e utilização, além de dar outras

providências. O anteprojeto é de autoria da Dra. Ana Cláudia Silva Scalquette, e foi disponibilizado para consulta pública no site da OAB-SP. Juntamente ao projeto, encontra-se apensado o Projeto de Lei n.º 115/2015, de autoria do deputado Juscelino Rezende Filho.

Rico em detalhes, o projeto de Lei teve o cuidado de conceituar cada termo ligado à reprodução assistida, bem como definiu, sem, contudo, limitar, as técnicas existentes.

Na mesma linha das mais recentes Resoluções do CFM, o legislador, no artigo 17°, limitou o uso do material genético de um doador para apenas uma gestação por Estado (e não por número de habitantes, como prevê a atual Resolução do CFM), e não mais duas, como previa até então: "Art.17. Cada doador poderá ter seu material utilizado em uma única gestação de criança no Estado da localização da unidade."

Para garantir que o material genético do doador não seja utilizado em duas gestações na mesma unidade, após a primeira fecundação, a clínica deverá emitir um comunicado ao Sistema Nacional de Produção de Embriões para que não ocorra uma nova inseminação na mesma unidade federativa.

Seguindo a mesma lógica de outros projetos de Lei apresentados, o sigilo será mitigado quando o descendente quiser conhecer sua filiação genética, podendo ser admitido, mediante autorização judicial. Igualmente, é garantido ao doador o mesmo direito quando houver algum risco à sua vida, que possa ser caracterizado por doação tecidual compatível.

A gestação de substituição, conforme dispôs o projeto, deverá ser submetida à homologação judicial antes de iniciar o tratamento. Desta forma, qualquer ato praticado sem a devida homologação será nulo, e a gestante de substituição será considerada, para todos efeitos, a mãe da criança. Nesta toada, quando do registro, a homologação judicial deverá ser levada ao cartório para a realização das devidas formalidades e reconhecimento da filiação pela beneficiária.

A questão da criopreservação e o destino dos embriões excedentários foi tratada pelo projeto de Lei de forma análoga às Resoluções do CFM, permitindo a prática e podendo ser destinado à implantação, adoção ou investigação científica. O descarte, portanto, não é uma hipótese.

Para evitar qualquer controvérsia, o uso do material genético após a morte do indivíduo será permitido, desde que exista manifestação específica, por escrito, dada em vida pelo interessado. Na manifestação deverá estar explícito quem será a beneficiária. Assim, sem consentimento expresso e por escrito, não será possível realizar a reprodução assistida *post mortem*.

O projeto de Lei é expresso quanto à possibilidade de qualquer pessoa capaz se submeter ao tratamento, não limitando seu uso apenas para mulheres casadas ou casais heterossexuais.

Os capítulos III e IV se destinam à presunção de paternidade daqueles que se submetem ao uso da técnica, livre de qualquer vício de vontade, e às ações de investigação de vínculo biológico. O conhecimento, através de decisão judicial, do vínculo de origem, não implica reconhecimento de filiação por parte do doador. Outrossim, diante de um vício de consentimento, será possível ajuizar ação negatória de paternidade.

Aspecto importante tratado pelo legislador foi a questão sucessória dos filhos havidos mediante reprodução assistida. Um dos temas mais polêmicos, a reprodução assistida *post mortem*, teve a garantia sucessória ao descendente, caso a gravidez ocorra dentro de 3 anos após aberta a sucessão, e desde que exista autorização expressa para utilização do material genético. Superado o prazo de 3 anos, a sucessão passa a ser definitiva.

A fiscalização das técnicas será feita pelo Sistema Nacional de Reprodução Assistida, órgão vinculado ao Ministério da Saúde e da ANVISA, compreendendo o Banco de Células e Tecidos Germinativos e o Sistema Nacional de Produção de Embriões, além do Conselho Nacional de Reprodução Assistida.

Por derradeiro, o título IV trata das infrações penais, tipificando condutas como a redução embrionária, clonagem, descarte de embriões, destruição de embriões, compra e venda de material genético, dentre outros.

4.2.7 Outros Projetos de Lei

Merecem destaque, também, outros projetos de Lei que visam a alterações pontuais em alguns diplomas legislativos.

Em sentido contrário à Lei de Biossegurança, o ultrapassado projeto de Lei 4.664/2001 propõe a proibição do descarte de embriões fertilizados *in vitro*, e em relação aos embriões excedentes, ultrapassado o prazo de 5 (cinco) anos, a clínica tem responsabilidade sobre eles, podendo apenas destiná-los à adoção, nunca para investigações científicas.

O projeto de Lei n.º 4.665/2001 pretende restringir a fertilização *in vitro* apenas para os casais comprovadamente incapazes de gerar filhos naturalmente, e somente poderão fazer em clínicas autorizadas.

Em descompasso com questões morais contemporâneas, o redator do projeto de Lei n.º 6.296/2002 almeja a proibição da doação de material genético provenientes de doadoras do sexo feminino, sob o fundamento de que tal prática permitiria um filho com duas mães e sem pai, evidenciando um projeto de lei ultrapassado, uma vez que a Resolução CFM de 2.121/2015 já permite o uso da técnica por casais homoafetivos e várias decisões judiciais já admitiram a dupla maternidade ou paternidade[247].

---

[247] Registro Civil. Averbação de dupla maternidade de filha de mãe biológica que mantém união estável com a outra autora e que planejaram juntas a gravidez por inseminação artificial de doador anônimo. Considerações sobre decisões do STJ e do STF que recomendam não mais criar óbice quanto ao reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas, nem ao reconhecimento por autorização judicial sem natureza contenciosa de dupla maternidade no registro de nascimento. Desnecessidade de ação judicial em alguma Vara da Família. Recurso do Ministério Público improvido. (TJ-SP-APL: 00220968320128260100 SP, Juiz: Guilherme Madeira Dezem, Data do Julgamento: 27/03/2014)
EMENDA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. DIREITO CIVIL E CONSTITUCIONAL. CONFLITO ENTRE PATERNIDADES SOCIOAFETIVA E BIOLÓGICA. PARADIGMA DO CASAMENTO. SUPERAÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. EIXO CENTRAL DO DIREITO DE FAMÍLIA: DESLOCAMENTE PARA O PLANO CONSTITUCIONAL. SOBREPRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA (ART. 1º, III, DA CRFB). SUPERAÇÃO DE ÓBICES LEGAIS AO PLENO DESENVOLVIMENTO DAS FAMÍLIAS. DIREITO À BUSCA DA FELICIDADE. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO. INDIVÍDUO COMO CENTRO DO ORDENAMENTO JURÍDICO-POLÍTICO. IMPOSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DAS REALIDADES FAMILIARES A MODELOS PRÉ-CONCEBIDOS. ATIPICIDADE CONSTITUCIONAL DO CONCEITO DE ENTIDADES FAMILIARES. UNIÃO ESTÁVEL (ART. 226, §3º, CRFB) E FAMÍLIA MONOPARENTAL (ART. 226, §4º, CRFB). VEDAÇÃO À DISCRIMINAÇÃO E HIERARQUIZAÇÃO ENTRE ESPÉCIES DE FILIAÇÃO (ART. 227, §6º, CRFB). PARENTALIDADE PRESUNTIVA, BIOLÓGICA OU AFETIVA. NECESSIDADE DE TUTELA JURÍDICA AMPLA. MULTIPLICIDADE DE VÍNCULOS PARENTAIS. RECONHECIMENTO CONCOMITANTE. POSSIBILIDADE. PLURIPARENTILIDADE. PRINCÍPIO DA PARENTALIDADE RESPONSÁVEL (ART. 226, §7º, CRFB). RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. FIXAÇÃO DE TESE PARA APLICAÇÃO A CASOS SEMELHANTES.
[...] 13. A paternidade responsável, enunciada expressamente no art. 226, §7º, da Constituição, na perspectiva da dignidade humana e da busca pela felicidade, impõe o acolhimento, no espectro legal, tanto dos vínculos de filiação construídos pela relação afetiva entre os envolvidos, quanto daqueles originados da ascendência biológica, sem que seja necessário decidir entre um ou outro vínculo quando o melhor interesse do descendente for o reconhecimento jurídico de ambos. 14. A pluriparentalidade, no Direito Comparado, pode ser exemplificada pelo conceito de "dupla paternidade" (*dual paternity*), construído pela Suprema Corte do Estado da Louisiana, EUA, desde a década de 1980 para atender, ao mesmo tempo, ao melhor interesse da criança e ao direito do genitor à declaração da paternidade. Doutrina. 15. Os arranjos familiares alheios à regulação estatal, por omissão, não podem restar ao

O direito à filiação suscitou a edição do projeto de Lei n.º 120/2003, levantando a polêmica possibilidade do reconhecimento da identidade dos pais biológicos do filho concebido através das técnicas de reprodução assistida, sem, contudo, gerar direitos sucessórios.

Outro projeto que chama atenção é o projeto de Lei n.º 4.686/2004, que visa à introdução do artigo 1.597-A, no Código Civil de 2002, cujo comando legal obriga o sigilo nos dados dos doadores, descendentes e beneficiários das técnicas de reprodução assistida. Porém, consagrando o direito ao reconhecimento da filiação genética, assegura o acesso às informações sigilosas, a qualquer tempo, pessoalmente ou por meio de representante, desde que manifeste sua vontade, livre e consciente, de conhecer a identidade civil dos pais biológicos, esvaziando, assim, o sentido do sigilo.

O deputado Salvador Zimbaldi, em 2005, apresentou o projeto de Lei n.º 4.889, que tem como escopo estabelecer as normas e critérios para o funcionamento das clínicas de reprodução assistida. Dentre os dispositivos que merecem destaque, o artigo 3º limita a fecundação de apenas um óvulo na mesma mulher, e excepcionalmente, dois, quando desejar ter gêmeos. O artigo 4º proíbe o congelamento dos óvulos e o artigo 5º proíbe, expressamente, a fecundação de óvulos para obtenção de células-tronco embrionárias.

Ao que parece, o legislador adotou uma linha contrária ao uso das células-tronco embrionárias para fins de pesquisa, vez que não permitiu sequer o congelamento dos embriões e, consequentemente, limitou o alcance das técnicas de reprodução assistida.

Ainda no ano de 2005, o deputado Neucimar Fraga apresentou o projeto de Lei n.º 5.624 com objetivo de criar o "Programa de Reprodução Assistida" oferecido pelo Sistema Único de Saúde. O programa consiste na realização do serviço, assistência

---

desabrigo da proteção a situações de pluriparentalidade, por isso que merecem tutela jurídica concomitante, para todos os fins de direito, os vínculos parentais de origem afetiva e biológica, a fim de prover a mais completa e adequada tutela aos sujeitos envolvidos, ante os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da paternidade responsável (art. 226, §7º). 16. Recurso Extraordinário a que se nega provimento, fixando-se a seguinte tese jurídica para aplicação a casos semelhantes: "A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com todas as suas consequências patrimoniais e extrapatrimoniais". (Recurso Extraordinário 898.060/2015, Relator: Min. Luiz Fux, DJE: 30/09/2016)

e orientação, além da realização de ações destinadas ao público para garantir a saúde reprodutiva. Para efetivação do programa, o legislador estabelece que devem ser firmados convênios e parcerias com entidades públicas ou privadas.

Em novo projeto de Lei de autoria do Deputado Dr. Pinotti, de número 3.067/2008, foi proposto um aperfeiçoamento da Lei de Biossegurança, estabelecendo novas regras sobre as pesquisas com células-tronco embrionárias, obedecendo aos princípios éticos e humanistas que norteiam as investigações científicas.

A reprodução assistida *post mortem* também foi alvo de projeto de Lei específico, de número 7.701/2010, cuja redação limita o uso pela viúva ou ex-companheira do sêmen depositado, a situações em que exista expressa anuência do ex-cônjuge em vida, e devendo realizar o procedimento em até trezentos dias após a morte.

O prazo estipulado pelo legislador parece contrariar o disposto no artigo 1.800, §4º do Código Civil, uma vez que se estabelece um prazo de 2 (dois) anos para abertura da sucessão, caso a prole eventual não seja concebida, de maneira que ultrapassado esse período, o direito de sucessão caducaria.

O projeto de Lei n.º 3.977/2012 cuidou da preservação dos gametas dos indivíduos submetidos à tratamentos quimioterápicos, que possam ter como efeito-colateral a infertilidade, de modo que se garante sua criopreservação e posteriormente, utilizá-los através das técnicas de reprodução assistida no âmbito do Sistema Único de Saúde.

Por fim, o último projeto de Lei apresentado, 7.591/2017, destina-se a promover a capacidade sucessória aos filhos concebidos através das técnicas de reprodução assistida, após aberta a sucessão. Há um preciosismo do legislador, porquanto a interpretação sistemática do Código Civil permite até mesmo aos filhos concebidos através das técnicas de reprodução assistida *post mortem* se habilitem na sucessão, como já discutido, dentro de um limite de 2 (dois) anos. Entretanto, na justificativa do projeto de Lei, verifica-se que o intuito do legislador foi abranger na sucessão os filhos concebidos na reprodução assistida *post mortem*, e sem previsão testamentária da prole eventual.

Ao adotar a teoria natalista - a mesma utilizada na Lei de Biossegurança - não seria possível concluir que o sêmen congelado representaria um sujeito de direito apto

a ser habilitado na sucessão após concebido, pois, diferentemente da previsão testamentária, não há uma expectativa de prole propriamente dita, assim como não há a expressão da vontade do sucedido em garantir qualquer herança à prole eventual.

4.3 Atuação jurisdicional supletiva e casos emblemáticos

Até o final do século XIX, as normas jurídicas exerciam função de punir determinados comportamentos, de modo que obrigavam as pessoas a se comportarem de certa maneira. Contudo, após o século XX, a função primordial da norma jurídica passa a ser premunitiva, ou seja, a indução de determinados comportamentos.[248]

A atuação do legislador e do juiz não devem se confundir. Enquanto o primeiro atua com projeção para o futuro, o segundo atua nos tempos presente ou passado, lidando com situações que já se concluíram ou que estão prestes a acontecer.[249]

Nesse sentido, diante da hipótese de uma omissão legislativa causada pela inércia do Poder Legislativo, o Poder Judiciário tem o dever de apreciar uma lesão ou ameaça a direito[250] de qualquer cidadão que pleiteie seu reconhecimento. Assim, o compromisso do operador do direito com a sociedade passa a ser a solução de todo e qualquer conflito.

No caso específico da reprodução assistida, apesar de existirem Resoluções do Conselho Federal de Medicina, há uma limitação de seu alcance, em virtude da sua natureza de ato administrativo, não possuindo a qualidade de norma jurídica, apesar de dotada de força normativa, mostrando-se inaptas a decidir conflitos que envolvam antinomias jurídicas e colisões de princípios.

A necessidade de recorrer ao Poder Judiciário, a fim de dar uma resposta para os casos que não possuem regramento em razão da omissão ou mora do Poder Legislativo sobre o tema, enseja, muitas vezes, o fenômeno do ativismo judicial que,

---

[248] FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio, op. cit., p. 84.
[249] NASSIF, Luis. **A aula de Teori Zavaski sobre o ativismo judicial**. Mar. 2014. Disponível em: <http://jornalggn.com.br/noticia/a-aula-de-teori-zavaski-sobre-o-ativismo-judicial> .Acesso em: 06 Ago. 2017.
[250] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Art. 5°, inciso XXXV.

quando utilizando em larga escala, substituindo-se às atividades típicas do legislador, é alvo de críticas.

O ativismo judicial se manifesta através de uma atuação do Poder Judiciário que se utiliza de suas prerrogativas judicantes para suprir as omissões, de modo que implica violação do princípio da separação de poderes[251]. Para Luis Roberto Barroso, as condutas que melhor evidenciam essa postura são:

> (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.[252]

No âmbito da reprodução assistida, a principal crítica cabível diz respeito aos limites institucionais do Poder Judiciário e à primazia de suas decisões que, por vezes, não são dotadas das precisões técnicas necessárias para criar regras, uma vez que não foi investido para tal função[253].

Tal crítica se evidencia quando da análise dos casos emblemáticos, tanto no âmbito internacional, quanto no âmbito nacional, corroborando a ideia de que, apesar da *expertise* de seus membros, as decisões proferidas podem ultrapassar os limites consensuais e, por vezes, se contrariarem, dando tratamentos distintos para as mesmas situações.

De outro lado, muitos casos concretos chegaram aos tribunais antes que houvesse legislação específica sobre o tema em seus ordenamentos, forcejando, por

---

[251] BRASIL. Constituição (1988), op. cit., Art. 2º.

[252] BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: < http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em: 06 ago. 2017.

[253] Neste sentido, Luis Roberto Barroso defende que "As funções estatais de legislar (criar o direito positivo), administrar (concretizar o Direito e prestar serviços públicos) e julgar (aplicar o Direito nas hipóteses de conflito) são atribuídas a órgãos distintos, especializados e independentes. [...] No arranjo institucional em vigor, em caso de divergência na interpretação das normas constitucionais ou legais, a palavra final é do Judiciário. Essa primazia não significa, porém, que toda e qualquer matéria deva ser decidida em um tribunal. Nem muito menos legitima a arrogância judicial. BARROSO, Luís Roberto. op. cit., disponível em: <http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em: 06 Ago. 2017

vezes, o pensar jurídico acerca dos temas relacionados às evoluções biotecnológicas, como é o caso da RHA.

Decisão marcante em relação à reprodução assistida *post mortem*, por exemplo, inclusive envolvendo outros países da União Europeia, ocorreu com o casal Blood, que, no ano de 1997, recorreu às técnicas de reprodução assistida, contudo, antes de anuir com o consentimento expresso, o Sr. Blood entrou em coma, e, antes que viesse a falecer, a sua esposa exigiu que a clínica extraísse seu sêmen e o mantivesse preservado. A morte do marido e a tentativa de uso do material genético para fecundação reascendeu as discussões acerca da reprodução assistida *post mortem*, após o caso de Alain Parplaix e Corine Richard[254], ocorrido na França.[255]

Após parecer negativo da *Human Fertilization Embryology Authority*, em razão da ausência de consentimento formal pelo cônjuge, o processo chegou ao *High Court*, com a tentativa de transferência do material genético para a Bélgica, onde a reprodução assistida *post mortem* era permitida, sob o argumento de que o "regime comunitário europeu permitia a livre prestação de serviço entre seus cidadãos, bem como o livre acesso dos europeus a tratamentos de saúde na União Europeia"[256]. Em sentido contrário, a autoridade inglesa alegava que se tratava de uma fraude, pois ia de encontro às leis inglesas.

O *High Court* se posicionou juntamente à autoridade inglesa, não dando viabilidade à fecundação pretendida. Irresignada com a decisão, a Sra. Blood recorreu à Corte de Apelação e conseguiu a procedência de seu pedido, transferindo o material genético para a Bélgica, onde ocorreu a fecundação.[257]

Outro caso polêmico, também ocorrido na Inglaterra, no ano de 2001, envolveu Natallie Evans e Howard Johnston, que optaram pela fecundação *in vitro*, após Natallie ser diagnosticada com câncer de ovário. Após o congelamento dos embriões, por opção conjunta com Howard, em lugar de congelar apenas os óvulos, o casal se separou alguns meses depois.

---

[254] Cf. item 3.1 supra.
[255] VENTORINI, Thalita Rosado. **Os direitos fundamentais na procriação medicamente assistida *post mortem***. Dissertação (Mestre em Ciências Juridico-Políticas) – Universidade de Coimbra. Coimbra, 2014, p. 38.
[256] Idem, ibidem
[257] Idem, ibidem.

Ao final do tratamento do câncer, Natallie quis dar continuidade ao processo de reprodução, porém houve, agora, manifestação expressa de Howard em sentido contrário, vez que já se encontravam separados e, desta forma, tinha por impedido o tratamento, em razão da necessidade de anuência de ambos os cônjuges pela lei inglesa.

A questão chegou até a Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) que, assim como a Justiça Inglesa e a Justiça Europeia, não deu provimento ao recurso de Natallie para restituição dos embriões congelados, de forma que ela não pode mais ter filhos.[258]

Nota-se que a discussão aqui gira em torno do momento da anuência pelo casal: seria no momento do congelamento ou no momento da fecundação? Embora a revogação do consentimento, em alguns ordenamentos, possa ser dada até o momento prévio à fecundação, a expectativa criada na beneficiária, no caso em análise, bem como a impossibilidade futura de gestação, impõem uma análise profunda das nuances do caso, uma vez que há um conflito de autonomia da vontade e um "direito a ter filhos", por parte da beneficiária.

O caso, sem sombra de dúvidas, é singular, mas evidencia a necessidade de a legislação esclarecer tais obscuridades.

O atual caso da atriz Sofria Vergara e seu ex-noivo Nick Loeb, ocorrido nos Estados Unidos, representa um novo desafio para os julgadores. Contrariamente a outros casos, o ex-noivo deseja dar continuidade evolutiva aos embriões que estavam congelados quando o casal estava junto, mediante maternidade de substituição, insistido que arcaria com os custos de criação, apenas mantendo a filiação biológica da atriz.

A recusa da atriz fez com que o ex-noivo iniciasse uma batalha judicial para obter a guarda dos embriões, sob argumentos de cunho moral para impedir a destruição destes ou sua permanência por tempo indeterminado em um congelador, "acabando com a expectativa de vida destes". Além deste argumento de cunho moral, aduz, ainda, que, da mesma forma que uma mulher poderia levar adiante uma gravidez sem

[258] HORTA, Maria Fernanda Rebello. **Reprodução Humana Assistida *Post Mortem* e seus efeitos no Direito Sucessório**. 100 fls. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) - PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO DE JANEIRO. Rio de Janeiro, 2008, p. 48.

o consentimento do marido, ele também poderia dar prosseguimento à nidação, ainda mais com consentimento expresso anterior, realizado em contrato.[259]

Surgem alguns questionamentos, ao passo que havia um contrato de consentimento expresso anterior e não havia disposição para o caso de separação do casal. Outra questão relevante diz respeito ao custeio do bebê exclusivamente pelo pai, o que iria, ao menos no Brasil, de encontro à noção de alimentos, pois eles pertencem aos filhos, e não ao pai, de maneira que o pai não poderia cogitar abrir mão deles.

Sob o enfoque do direito brasileiro, Nelson Rosenvald faz uma análise do caso, mesmo diante da omissão legislativa existente, sob um enfoque patrimonial. Para o doutrinador, não existindo previsão de uma hipótese de separação, o artigo 112 do Código Civil[260] preconiza que se deve priorizar a intenção das partes quando da celebração do contrato. Assim, o silêncio dos interessados representaria a permanência dos embriões congelados na clínica.

Ainda, de acordo com o artigo 1.597, IV, do Código Civil, que trata do uso do material genético em caso de reprodução assistida homóloga, e do enunciado n.º 107 do CJF, a separação do casal reforça a necessidade de autorização prévia e por escrito de ambos os envolvidos.[261]

O debate se intensificou quando a Justiça de Louisiana "recebeu uma *right to live law suit* ajuizado por "Emma" e "Isabella" - nome concedido aos dois embriões femininos congelados - em face de Sofia Vergara"[262]. O tema central, agora, passava a ser o status do embrião, pois, a depender da teoria adotada, o pré-embrião, que seria a hipótese em discussão, não seria dotado dos direitos personalíssimos, afastando os argumentos do ex-noivo. Neste sentido a análise de Nelson Rosenvald[263]:

---

[259] ROSENVALD, Nelson. **Os embriões de Sofia Vergara**. Disponível em: <https://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2015/05/22/os-embri%c3%b5es-de-sofia-vergara>. Acesso em: 06 ago. 2017.

[260] Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.

[261] ROSENVALD, Nelson, op. cit..

[262] ROSENVALD, Nelson. **Os embriões de Sofia Vergara (parte II)**. Disponível em: <https://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2016/12/21/os-embri%c5%8des-de-sofia-vergara-parte-ii>. Acesso em: 06 ago. 2017.

[263] Idem, ibidem.

> Pragmaticamente, tendo a crer que o embrião crioconservado é uma vida humana que merece respeito, um ser humano em potencial. A ausência de personalidade não priva o embrião de deferência e tutela jurídica. Todavia, não me atrevo a lhe conceder a qualificação de "pessoa", titular de situações jurídicas existenciais. Em termos de ponderação, isso significa que embriões crioconservados não são "comoddities", objetos que se prestem a qualquer uso na ordem do mercado, como matéria-prima para cosméticos, ou mero descarte. Todavia, não fazem jus a um nome e a uma pretensão para constranger os ancestrais genéticos a prosseguir o processo pela via trifásica embrião/ nascituro/ pessoa nascida. Nesse estágio primário da vida, a autonomia reprodutiva e a intimidade da mãe merecem irrestrita proteção, sem que se cogite de um balanceamento de interesses que crie uma obrigação de aproveitamento de todos os embriões concedidos por fertilização artificial.

No Brasil, a discussão acerca do status moral do embrião já foi apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, quando julgou a ADI 3.510[264], adotando a teoria natalista e apenas garantindo direitos àqueles que nascem com vida, o que não afasta, todavia, a punibilidade de delitos como o aborto ou a reserva de parte da herança e o direito alimentar em relação ao concepto nidado, isso é, situado no útero humano.

Caso oposto ao apresentado por Rosenvald ocorreu em Israel, no ano de 1996, quando o casal Nachmani se submeteu à fertilização *in vitro* já com vistas em contratar uma barriga de aluguel na Califórnia, em razão da Sra. Nachmani não conseguir levar uma gestação a termo, de maneira que o casal assinou um contrato com a cedente de útero, no entanto não assinaram um termo de consentimento para coordenar o destino dos embriões.[265]

Tempos depois, o casal se separou e o ex-marido se opôs à utilização dos embriões pela ex-mulher, fazendo com que o caso fosse levado ao Poder Judiciário. Na ocasião, o Tribunal Distrital decidiu em favor da ex-mulher, fundamentando sua decisão no sentido de que o acordo firmado anteriormente não poderia ser retirado.[266]

Em grau de Recurso, a Suprema Corte deu provimento a irresignação do ex-marido, no entanto, em última instância, o Supremo Tribunal de Israel acordou por dar provimento ao Recurso da ex-mulher, respaldando-se na falta de alternativas para que a mulher alcançasse a maternidade.[267]

---

[264] Cf. item 3.4 supra.
[265] LEVUSH, Ruth. **Israel: Reproduction and abortion: Law and Policy**. The Law Library of Congress, Global Legal Research Center. Feb, 2012.
[266] Idem, ibidem.
[267] Idem, ibidem.

Como já foi exposto, no Brasil, ainda são poucos os casos emblemáticos que marcam o tema da reprodução assistida, concentrando-se as discussões no direito à saúde para o custeio do tratamento pelo Estado e o consequente impacto no orçamento público, além da quebra da isonomia ao escolher beneficiar um indivíduo em detrimento de outros, como já referido. Nesse sentido, o Poder Judiciário vem garantindo o acesso ao tratamento apenas excepcionalmente, após uma análise minuciosa dos casos concretos, pois sua concessão vai além das políticas públicas universais de tratamentos e fornecimentos de medicamentos.

A incipiência da discussão, todavia, não afasta a necessidade de maior elucidação na disciplina da matéria, cuja vivência prática tem-se tornado cada vez mais frequente no país e no mundo, ante a evolução mesma da disponibilidade das novas tecnologias no setor[268], reclamando maior segurança jurídica, sobretudo em seus pontos mais controversos.

[268] O 10º Relatório do Sistema Nacional de Produção de Embriões (SisEmbrio), em seu gráfico 2, traz a quantidade de embriões congelados do ano de 2012 a 2016, demonstrando que nesse período praticamente dobrou o número de embriões congelados, de aproximadamente 30.000 (trinta mil), em 2012, alcançando a marca de 66.597 (sessenta e seis mil e quinhentos e noventa e sete) embriões. ANVISA. 10.º Relatório do Sistema Nacional de Produção de Embriões. 2017. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/documents/33840/2817584/10%C2%BA+Relat%C3%B3rio+do+Sistema+Nacional+de+Produ%C3%A7%C3%A3o+de+Embri%C3%B5es+-+SisEmbrio/1121df4c-ab05-47e9-bae0-8dc283f36fbc>. Acesso em: 19 ago. 2017

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final da pesquisa, foi possível inferir que, embora não exista uma legislação própria para a Reprodução Humana Assistida, as Resoluções do Conselho Federal de Medicina vêm, em parte, dando o suporte ético-jurídico necessário para decidir os principais conflitos que até então chegaram ao Judiciário brasileiro, contudo alguns aspectos específicos ainda carecem de melhores esclarecimentos.

Para chegar a tais conclusões, foram estabelecidos os principais conceitos e técnicas referentes à Reprodução Humana Assistida, definindo o que é infertilidade, quais podem ser suas causas, quais as opções básicas a que o casal pode recorrer antes de se submeter às técnicas mais complexas de Reprodução. Após definir os conceitos básicos para aprofundamento do estudo, analisaram-se os Documentos Internacionais de Direitos Humanos e Bioética, a fim de verificar quais as diretrizes morais que os diplomas internacionais estabelecem acerca do tema. Discutiu-se, brevemente, sobre o direito reprodutivo da mulher, presente na Conferência de Cairo e reafirmado na Conferência de Beijing, indagando-se se haveria ou não um direito a ter filhos, diante de uma análise da Decisão da Corte Internacional de Direitos Humanos no caso Artavia Murillo e outros vs. Costa Rica. A verificação dos Documentos Internacionais reforçou a necessidade de *lege ferenda* em relação ao uso das técnicas de reprodução assistida.

Passando a pesquisar o Ordenamento Jurídico brasileiro, verificou-se que, no âmbito constitucional, o Direito Fundamental ao planejamento familiar em conjunto ao direito à saúde, fundamentam o uso da reprodução assistida. Por outro lado, a escassez de recursos e a reserva do possível representam dificuldades para o acesso universal e a efetivação de todos os direitos fundamentais contido na Constituição.

Adentrando a legislação infraconstitucional, foi possível constatar a disciplina da matéria em, ao menos, 4 (quatro) diplomas: Código Civil, Lei de Biossegurança (Lei n.º 11.105/2005), Lei n.º 9.263/1996 e a Lei n.º 9.656/1998.

O Código Civil, por seu turno, trata da reprodução assistida de forma breve, apenas fazendo menção à presunção de paternidade nas hipóteses de uso de material genético do próprio casal e na hipótese do uso consentido de material de terceiros.

A análise da Lei de Biossegurança foi feita juntamente ao estudo do julgamento da ADIN 3.510, de relatoria do Min. Carlos Ayres Britto, uma vez que foi suscitada pelo Ministério Público Federal a inconstitucionalidade do artigo 5º, que permite a utilização de células-tronco embrionárias para fins de pesquisa e tratamento, nos casos de inviabilidade ou consentimento do casal.

Sobre a Lei n.º 9.263/96, depreendeu-se que o planejamento familiar deveria ser efetivado através do Sistema Único de Saúde, além de incumbir às instituições públicas e privadas a participação para sua efetivação. Noutra quadra, a Lei n.º 9.656/98, embora tenha previsto que seriam de cobertura assistencial mínima as ações de planejamento familiar foi regulamentado pela Resolução Normativa n.º 387/2015, que excluiu a assistência nos casos de inseminação artificial, sob o argumento de que tal previsão geraria um desequilíbrio contratual.

Ultrapassada a análise dos diplomas legais, foi feita minuciosa análise das Resoluções do Conselho Federal de Medicina, desde a primeira, n.º 1.358/1992, passando pelas Resoluções n.º 1.957, n.º 2.013/2013, até a última, n.º 2.121/2015.

Com o objetivo de verificar o tratamento da matéria em outros países, foi feito estudo da legislação mais recente de países do sistema continental latino, semelhante ao Brasil, como é o caso de Portugal e Espanha. Constatou-se que, embora não tenha legislação específica acerca do tema, a escassa disciplina pátria mostra-se, por vezes, mais evoluída.

Posteriormente, exploraram-se os projetos de leis em trâmite nas duas casas do Congresso Nacional, inferindo-se que existem projetos aptos a se tornarem leis, mediante a atualização de algumas de suas previsões.

Por derradeiro, foi realizado exame de casos emblemáticos internacionais que envolvem a colisão de princípios e, expôs-se a atuação jurisdicional diante da omissão legislativa brasileira, que impõe ao Judiciário seu funcionamento como legislador positivo, no sentido de suprir a carência normativa, que não é sua função primária.

Constatou-se, então, que a legislação existente, aliada às Resoluções do CFM, mostraram-se aptas a decidir a maioria dos conflitos. Nota-se, contudo, que essas normativas seriam insuficientes para solucionar casos mais complexos, que envolveriam o conflito de princípios basilares do nosso ordenamento jurídico, como se

vê nos *hard cases* estudados, salvaguardadas todas as particularidades decorrentes dos ordenamentos jurídicos que os envolvem os casos.

Nessa toada, ainda permanecem obscuros alguns temas, embora existam previsões nas Resoluções, em que se destacam: o sigilo do doador, a reprodução assistida *post mortem* e a sua repercussão sucessória, além da disciplina, tratamento e destinação dos embriões excedentários, e responsabilidade alimentar respectiva

Apesar da Resolução do CFM trazer previsão expressa no sentido de manter o sigilo do doador tanto para a família, quanto para o próprio doador em relação aos beneficiários, o Judiciário tem agido em sentido contrário ao propósito do instituto, pois, por vezes, é possível verificar decisões que permitem a identificação do doador para o filho, com fulcro no direito à identidade genética, saindo das exceções previstas, como em hipóteses de doenças graves que necessitem de doações imunocompatíveis e para os casos de impedimento do casamento (essa última apenas para aferir se há impedimento, sem revelar a identidade). Isso ocorre com lastro no sopesamento de Direitos Fundamentais, cuja ponderação poderia ser antevista pelo legislador, em disciplina específica do caso, a fim de evitar decisões díspares em situações similares.

No que tange à reprodução assistida *post mortem*, a questão sucessória ainda evidencia algumas incertezas. Neste contexto, não é pacífico até que momento seria possível realizar a reprodução assistida, de modo que o concepto fosse abarcado pela sucessão, bem como não há um consenso acerca da possibilidade de o concepto se habilitar como herdeiro após abertura da sucessão.

Outro caso que permanece incerto diz respeito ao destino dos embriões excedentários, uma vez que a Resolução do CFM apenas traz a possibilidade de descarte após 5 (cinco) anos, se esta for a vontade dos beneficiários, mas não determina qual seria o período máximo que o material genético poderia permanecer criopreservado, bem como não há tal previsão no consentimento dado pelos pacientes no que tange ao período máximo. No mesmo sentido, a Lei de Biossegurança condiciona o uso dos embriões nas pesquisas com célula-tronco ao consentimento do doador, após 3 (três) anos, e nos casos de inviabilidade, permanecendo o mesmo problema quanto ao expresso consentimento. Bem assim se haveria responsabilização em caso de separação e o momento do consentimento para tal fim.

Ante o exposto, a presente investigação conclui que nosso ordenamento jurídico necessita se adequar à realidade enfrentada atualmente. As soluções disponíveis nas Resoluções do Conselho Federal de Medicina em conjunto como conteúdo da escassa lei esparsa não estão, ainda, adequadas para todos os problemas atuais enfrentados, de maneira que as respostas devem alcançadas de *lege ferenda*, ou através da moderação dos valores envolvidos, como consequência da vedação do *non liquet*.

REFERÊNCIAS

ABDELMASSIH, Roger. **Aspectos gerais da reprodução humana**. Revista Bioética. Vol. 9, n.º 2 - 2001. Brasília/DF, Brasil, Conselho Federal de Medicina, 2001.

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE. **Resolução normativa nº 387**. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=textolei&format=raw&id=mzexma==>. Acesso em: 06 ago. 2017.

AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. **10º Relatório do Sistema Nacional de Produção de Embriões**. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/documents/33840/2817584/10%c2%ba+relat%c3%b3rio+do+sistema+nacional+de+produ%c3%a7%c3%a3o+de+embri%c3%b5es+-+sisembrio/1121df4c-ab05-47e9-bae0-8dc283f36fbc>. Acesso em: 06 ago. 2017.

AGUIAR, Mônica. **Direito à filiação e bioética**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BRAGATO, Fernanda Frizzo; SCHIOCCHET, Taysa. **Reprodução humana assistida: aspectos éticos e legais da fecundação artificial *post mortem* no direito brasileiro**. In: BOECKEL, Fabrício Dani de; ROSA, Karin Regina Rick (coordenação). Direito de Família: em perspectiva interdisciplinar. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

BRASIL, Ministério da Saúde. Secretaria de Políticas de Saúde. Área Técnica de Saúde da Mulher**. Assistência em Planejamento Familiar: Manual Técnico/Secretaria de Políticas de Saúde**, Área Técnica de Saúde da Mulher. 4. ed. Brasília: Ministério da Saúde, 2002.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**.

CAMARGOS, Aroldo Fernandes. **Ginecologia Ambulatorial: baseada em evidências científicas**. 2. ed. Belo Horizonte: Coopmed, 2008.

CAMBIAGHI, Arnaldo Schizzi. **A pesquisa da fertilidade**. Disponível em: <em: http://www.ipgo.com.br/pesquisa-da-fertilidade/>. Acesso em: 06 ago. 2017.

CAMPOS, Alexandra de. **A convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina**, 2001. Disponível em: https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&ved=0ahUKEwjdw4yo1cDVAhVEeSYKHWLWBpYQFggzMAI&url=http%3A%2F%2Felearning.trree.org%2Fpluginfile.php%2F37928%2Fmod_folder%2Fcontent%2F0%2F35-convencao-sobre-os-direitos-do-homem-e-a-biomedicina.pdf%3Fforcedownload%3D1&usg=AFQjCNHx3f_CVSVecgPMm58PUZhb19AiAQ

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 1. ed. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CÔRREA, Marilena C.D.V. **Ética e reprodução assistida: a medicalização do desejo de filhos**. Revista Bioética. Vol. 9, n.º 2 - 2001. Brasília/DF, Brasil, Conselho Federal de Medicina, 2001.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Artavia Murillo e outros ("fecundação *in vitro*") vs. Costa Rica**. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_por.pdf>. Acesso em: 06 ago. 2017.

COUTO, Michelle Cristine Assis. **Existe um direito de ter filhos?**. Dissertação (Mestrdo em Direito Privado e Econômico) - Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2007.

CRUZ, M. R.; OLIVEIRA, S.D. L. T.; PORTILLO, J. A. C. **A Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos – contribuições ao Estado brasileiro**. 2010.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**; tradução Jefferson Luiz Camargo: revisão da tradução Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DZIK, A. et al. **Tratado de Reprodução Assistida**. 2. ed. São Paulo: Segmento Farma, 2011

ENUNCIADOS APROVADOS. **I Jornada De Direito Civil**. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf>. Acesso em: 21 ago. 2017.

_____. **III Jornada de Direito Civil.** <http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf>. Acesso em: 21 ago. 2017.

ESPANHA. **Ley n.º 14/2006**. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-9292>. Acesso em: 12 ago. 2017.

FEBRASGO. **Manual de Orientação de Reprodução Humana.** Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia, 2011.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERRAZ, Sérgio. **Manipulações biológicas e princípios constitucionais: uma introdução**. 1. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991

FILHO, M. Z.; Júnior, A. N.; REIS, R. B. D. **Urologia fundamental**. 1. ed. São Paulo: Planmark, 2010.

FUNDO DE POPULAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Conferência internacional sobre população e desenvolvimento**. Disponível em: <http://www.unfpa.org.br/arquivos/conferencia.pdf >. Acesso em: 06 ago. 2017.

FUNDO DE POPULAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração e plataforma de ação da IV conferência mundial sobre a mulher**. Disponível em: <http://www.unfpa.org.br/arquivos/declaracao_beijing.pdf>. Acesso em: 06 ago. 2017.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: o Biodireito e as Relações Parentais**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GEBER, Selmo; SAMPAIO, Marcos; HURTADO, Rodrigo. **Guia de bolso da ginecologia**. 1. ed. São Paulo: Editora Atheneu, 2013.

GONÇALVES, Fernando David De Melo. O projeto de lei do senado nº 90/1999 – Procriação Mecanicamente Assistida. **Revista autor,** dez. 2008. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/33156-41928-1-pb.pdf>.Acesso em: 06 ago. 2017.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes**,1999.

HORTA, Maria Fernanda Rebello. **Reprodução Humana Assistida *Post Mortem* e seus efeitos no Direito Sucessório**. 100 fls. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) - PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO DE JANEIRO. Rio de Janeiro, 2008.

INTER PRESS SERVICE. **Costa Rica volta a permitir fecundação in vitro**. Disponível em: <http://www.ipsnoticias.net/portuguese/2015/09/ultimas-noticias/costa-rica-volta-a-permitir-fecundacao-in-vitro/>. Acesso em: 06 ago. 2017.

LEVUSH, Ruth. **Israel: Reproduction and abortion: Law and Policy**. The Law Library of Congress, Global Legal Research Center. Feb, 2012.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

NASSIF, Luis. **A aula de Teori Zavaski sobre o ativismo judicial**. Mar. 2014. Disponível em: <http://jornalggn.com.br/noticia/a-aula-de-teori-zavaski-sobre-o-ativismo-judicial>. Acesso em: 06 Ago. 2017.

NETO, Manuel Jorge e Silva. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

OHCHR. **Declaração universal dos direitos humanos**. Disponível em: <http://www.ohchr.org/en/udhr/documents/udhr_translations/por.pdf>. Acesso em: 06 ago. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E CULTURA. **Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos**. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146180por.pdf>. Acesso em: 06 ago. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração do Rio sobre meio ambiente e desenvolvimento**. Disponível em: <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>. Acesso em: 06 ago. 2017.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil- Introdução ao Direito Civil Constitucional**. 2. ed., Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002.

PORTUGAL. **Lei Portuguesa n.º 32/2006**. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=903&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so_miolo=S>. Acesso em: 11 ago. 2017.

RIBEIRO, Raphael Rego Borges. **Reprodução assistida post mortem: a atribuição de direitos sucessórios aos filhos gerados após a morte de um dos genitores**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2016.

ROSENFIELD A; FATHALA MF (Eds). **The FIGO Manual of Human Reproduction**. Reproductive Health: Global Issues, Vol. 3, Park Ridge, NJ, Parthenon Publishing Group; 1990.

ROSENVALD, Nelson. **Os embriões de Sofia Vergara**. Disponível em: <https://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2015/05/22/os-embri%c3%b5es-de-sofia-vergara>. Acesso em: 06 ago. 2017.

SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. **Estatuto da reprodução humana assistida**. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade São Paulo. São Paulo, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais**: Revista de Direito do Estado 4, 2006.

STOLZE, Pablo; PAMPLONA, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil,** volume 6: direito de família: as famílias em perspectiva constitucional. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

UNESCO. **Declaração internacional sobre os dados genéticos humanos**. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_inter_dados_genericos.pdf>. Acesso em: 06 ago. 2017.

VEGA, J.; QUEIPO, P.; BAZA, P.M. **Quem é o embrião?** - *Bioética no início da vida. Disponível em: <http://blog.quadrante.com.br/quem-e-o-embriao-bioetica-no-inicio-da-vida/>.* Acesso em: 06 ago. 2017.

VENTORINI, Thalita Rosado. **Os direitos fundamentais na procriação medicamente assistida *post mortem***. Dissertação (Mestrado em Ciências Juridico-Políticas) – Universidade de Coimbra. Coimbra, 2014.

VILELA, Helena Cristina Aguiar De Paula; SANTIAGO, Maria Cristina Paiva. **Aspectos ético-jurídicos do embrião *in vitro*: caso Artavia Murillo vs. Costa Rica**. Conpedi, Florianópolis, dez. 2016. Disponível em:

<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/aspectos-%c3%a9tico-jur%c3%addicos-do-embri%c3%a3o-vitro-caso-artavia-murillo-vs-costa-rica >. Acesso em: 06 ago. 2017.

ZUGAIB, Marcelo. **Obstetrícia**. 3 ed. Barueri: Editora associada: Rossana Pulcineli Vieira Francisco, 2016.