

**FACULDADES INTEGRADAS DO BRASIL – UNIBRASIL
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO**

KARLA FERREIRA DE CAMARGO FISCHER

**REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E A ATUAÇÃO DOS CONSELHOS
DE MEDICINA NA PERSPECTIVA CIVIL-CONSTITUCIONAL**

**CURITIBA
2013**

KARLA FERREIRA DE CAMARGO FISCHER

**REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E A ATUAÇÃO DOS CONSELHOS
DE MEDICINA NA PERSPECTIVA CIVIL-CONSTITUCIONAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito, Faculdades Integradas do Brasil – Unibrasil.

Orientadora: Profa. Dra. Ana Carla Harmatiuk Matos

**CURITIBA
2013**

F529

Fischer, Karla Ferreira de Camargo.
Reprodução humana assistida e a atuação dos conselhos de medicina na perspectiva

civil-constitucional. / Karla Ferreira de Camargo Fischer. – Curitiba: UniBrasil, 2013.

162p.; 29 cm.

Orientadora: Ana Carla Harmatiuk Matos.

Dissertação (mestrado) – Faculdades Integradas do Brasil – Unibrasil. Mestrado em
Direitos Fundamentais e Democracia, 2013.

Inclui bibliografia.

1. Direito – Dissertação. 2. Reprodução humana assistida (Direito). 3. Reprodução humana assistida – Princípios constitucionais. 4. Tecnologias reprodutivas – Conselhos de medicina. I. Faculdades Integradas do Brasil. Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia. II. Título.

CDD 340

Biblioteca Elizabeth Capriglioni – CRB-9/330

TERMO DE APROVAÇÃO

KARLA FERREIRA DE CAMARGO FISCHER

REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E A ATUAÇÃO DOS CONSELHOS DE MEDICINA NA PERSPECTIVA CIVIL-CONSTITUCIONAL

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito, Programa de Mestrado, Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil, pela seguinte banca examinadora:

Orientadora:

Profa. Dra. Ana Carla Harmatiuk Matos
Programa de Mestrado em Direito, Faculdades Integradas do
Brasil – Unibrasil

Membros:

Profa. Dra. Taysa Schiocchet
Programa de Mestrado em Direito, Faculdade UNISINOS

Profa. Dra. Rosalice Fidalgo Pinheiro
Programa de Mestrado em Direito, Faculdades Integradas do
Brasil – Unibrasil

Curitiba, 08 de março de 2013.

A Deus, por tudo me possibilitar.

**Aos grandes amores da minha vida:
Octavio, Gabriela e João Octavio, por
sempre estarem ao meu lado.**

AGRADECIMENTOS

Agradecer a todos que colaboraram de forma direta ou indireta para a elaboração desse trabalho não será tarefa fácil. Para não incorrer no erro de deixar de mencionar alguém, agradeço, então, a todos os meus amigos que, de uma forma ou de outra, contribuíram com sua amizade e com sugestões efetivas para sua realização: muito obrigada.

Entretanto, é preciso agradecer de forma direta a algumas pessoas muito especiais. Início por minha família, meu marido Octavio e meus filhos Gabriela e João Octavio, a quem este trabalho é dedicado, agradeço pelo constante apoio e por nunca me deixarem desistir, mesmo quando as forças já estavam se esvaindo.

A meus pais, Vilse e Acyr, as minhas irmãs Renata e Paula, pelo estímulo e força nas horas mais difíceis e a uma especial torcida familiar: Eliete, Gian, Hilário, Neto, Mara, Diva, Felix, Sônia, Denise, João, Gracielle, Fernando, Anne, Rose, Hilarito, Leo, Giancarlo, João Pedro, Isabela, Manu. Agradeço pelo apoio, orações e por toda força ao longo do curso de mestrado e durante a elaboração desse trabalho.

A minha professora, orientadora e amiga Profa. Dra. Ana Carla, em quem encontrei estímulo, apoio e compreensão, mas, também, uma firme e sempre segura orientação, com dedicadas e sucessivas revisões do texto, que evitaram que eventuais falhas presentes neste trabalho, todas de inteira responsabilidade da autora, fossem mais numerosas, caso não se fizesse presente sua crítica constante e incisiva.

Agradeço ainda aos meus professores do mestrado, em especial às Profas. Dras. Rosalice e Estefânia, pela participação em minha banca de qualificação e pelo auxílio e incentivo ao longo de minha jornada no PPGD em Direito da UniBrasil.

Não poderia faltar um especial agradecimento aos meus colegas de mestrado e aos meus colegas professores de graduação na UniBrasil, que, a partir de nossos diálogos, também contribuíram sobremaneira para a construção de vários temas desenvolvidos durante a pesquisa. Em especial agradeço aos professores Andrea Roloff, Alessandra Back, Ana Paula Pelegrinello, Marcelo Conrado, Ricardo Calderon, Marília Xavier, Maíra Marques da Fonseca, Alexandre Godoy, Marcos Alves e Marta Tonin.

Aos meus colegas do Grupo de Pesquisa Virada de Copérnico, por todas as contribuições advindas de nossos encontros e das sempre profícuas discussões.

A professora Antônia Schwinden pela revisão do texto final desta dissertação.

Aos colegas de escritório: Octavio, Valdete, Bruna e Rafael, por todo apoio, quando tive que me ausentar.

“O reinado secular dos dogmas que engrossam as páginas dos manuais clássicos e engessaram o Direito Civil começa a ruir. Ao redor dos conceitos encastelados pelas hábeis mãos da lógica formal, enfileiram-se fatos que denunciam o outono do conformismo racional. A fragmentação do Direito de Família (e de resto, do direito à paternidade) é um exemplo dessa realidade. É o impagável envelhecimento do que já nasceu passado, daquilo que foi parido de costas para o presente. Futuro, rompimento e transformação caminham, pois, lado a lado, na tentativa da construção desse caminho, novo ou renovado, nascido do choque inevitável entre a realidade e as categorias jurídicas ultrapassadas; entre o novo que surge e o velho que declina. É por aí que sem demora os conceitos esbarram na vida e a vida explode em conflitos, máxime na seara das relações paterno-filiais.”¹

¹ FACHIN, Luiz Edson. A nova filiação - crise e superação do estabelecimento da paternidade. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Repensando o direito de família*. Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 132.

SUMÁRIO

| | |
|--|-----|
| RESUMO | ix |
| ABSTRACT | x |
| INTRODUÇÃO | 01 |
| 1 NOVOS PARADIGMAS DA RELAÇÃO PATERNO-FILIAL DECORRENTES DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA | 06 |
| 1.1 A Família Contemporânea, o Projeto Parental e a Reprodução Assistida como uma Alternativa à sua Realização | 13 |
| 1.2 A Mulher e o Planejamento Familiar | 19 |
| 1.3 O Melhor Interesse daquele que está por Nascer | 29 |
| 1.4 As Técnicas de Reprodução Assistida | 33 |
| 1.5 Reprodução Assistida <i>Post Mortem</i> | 38 |
| 1.5.1 A necessidade de consentimento inequívoco | 47 |
| 1.6 O Consentimento Informado | 51 |
| 2 A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA COMO FATO SOCIAL | 57 |
| 2.1 Os Fatos Sociais como Fonte do Direito | 60 |
| 2.2 Possíveis Caminhos a partir da Hermenêutica Constitucional | 64 |
| 2.3 A Disciplina Jurídica | 71 |
| 2.4 A Atuação dos Conselhos Federal e Regionais de Medicina | 78 |
| 2.5 A Racionalidade Comercial que envolve a Questão | 81 |
| 2.6 Apontamentos sobre a Bioética | 88 |
| 3 OS CONSELHOS MÉDICOS E OS FATOS DECORRENTES DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA | 95 |
| 3.1 O Anonimato do Doador e a Identidade Genética do Sujeito | 97 |
| 3.2 A Gratuidade da Doação de Gametas e a Doação Compartilhada | 107 |
| 3.3 A Possibilidade da Maternidade de Substituição | 113 |
| 3.4 Os Casais Homoafetivos | 117 |
| 3.5 A Possibilidade de Utilização das Técnicas Reprodutivas para Eugenia Terapêutica | 125 |
| 3.6 A Questão dos Embriões Excedentários | 130 |
| CONCLUSÃO | 135 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 139 |
| ANEXOS | 154 |

RESUMO

Na sociedade contemporânea, marcada pelos avanços biotecnológicos a cada dia mais evidenciados, emergem “novas” problemáticas, antes impensáveis para o direito. Exames de DNA, “bebês de proveta”, inseminações artificiais heterólogas, maternidade por substituição, inseminação artificial homóloga post mortem, entre outros fatos sociais, fazem parte da nova realidade social, alterando os clássicos pressupostos informadores da relação jurídica paterno-filial. Tal realidade, decorrente das técnicas de reprodução assistida, propicia importantes discussões acerca de seu impacto na sociedade e, por consequência, no direito. A falta de legislação específica impulsiona a doutrina a debruçar-se sobre o tema, analisando-o sobre diversas perspectivas buscando delinear alguns dos efeitos jurídicos decorrentes da utilização da biotecnologia na reprodução humana assistida. Para tanto, a integração dos princípios constitucionais aos dispositivos civilistas é tarefa indispensável, a fim de buscar algumas possibilidades de tutela, diante das repercussões trazidas pelos ditos “avanços” tecnológicos ao direito de família contemporâneo, buscando, assim, integrar o sistema jurídico às questões que emergem da utilização das novas tecnologias reprodutivas. Não se intenta, necessariamente, o certo ou o errado, mas sim a solução que melhor atende ao valor da dignidade da pessoa humana. Assim, uma hermenêutica multidisciplinar se faz necessária. É sob essa perspectiva que o presente estudo visa analisar, de forma sistemática e seguindo a vertente civil-constitucional, alguns aspectos polêmicos que envolvem a reprodução assistida, considerando os fatos sociais que emergem na realidade cotidiana e como tais fatos vêm sendo tratados pelos Conselhos de Medicina e tutelados pelo direito. Desta forma, o presente trabalho busca, através dos pareceres proferidos pelos Conselhos Regionais e Federal de Medicina nesta matéria, analisar, sob o enfoque jurídico, de que forma tais decisões acabam por ampliar ou mesmo restringir direitos fundamentais dos cidadãos.

Palavras-chave: Reprodução humana assistida – Princípios constitucionais - Biotecnologia – Conselhos Regionais de Medicina - Conselho Federal de Medicina - Pareceres médicos.

ABSTRACT

In contemporary society, marked by biotechnological advances every day more evident, emerging “new” problematics, previously unthinkable for the law. DNA tests, “test tube babies”, heterologous artificial insemination, motherhood substitution, post mortem insemination homologous, among other social facts, are part of the new social reality, changing the classical assumptions of informants legal paternal-filial relationship. This reality, resulting from assisted reproduction techniques, provides important discussions about its impact on society and therefore the right. The lack of specific legislation boosts the doctrine to look into the issue, analyzing the various perspectives on seeking outline some of the legal consequences arising from the use of biotechnology in human assisted reproduction. Therefore, the integration of constitutional principles to devices civilists task is essential in order to seek some possible protection, the repercussions brought forth by the so-called “advances” in technology to contemporary family law, thereby potentially integrate the legal system issues that emerge from the use of new reproductive technologies. Tries not necessarily right or wrong, but the solution that best serves the value of human dignity. Thus, a multidisciplinary hermeneutics is needed. It is from this perspective that the present study aims to analyze systematically and following the civil and constitutional aspects, some controversial aspects involving assisted reproduction, considering social facts that emerge in everyday reality and how such facts have been dealt with by the Boards of Medicine and protected by law. Thus, this paper seeks, through opinions issued by the Regional Councils and Federal Medical in this field, analyzing, under the legal approach, how such decisions ultimately expand or restrict fundamental rights of citizens.

Keywords: Assisted human reproduction - Constitutional principles - Biotechnology - the Medical Board - Federal Board of Medicine - Medical Opinions.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo analisar a atuação dos Conselhos de Medicina em matéria de reprodução assistida sob o enfoque da realidade que se apresenta no cenário brasileiro. Para tanto, procurar-se-á analisar situações noticiadas na mídia, no Poder Judiciário e nos Conselhos Regionais e Federal de Medicina relacionadas à reprodução assistida e suas interfaces, além de ilustrar alguns aspectos polêmicos com situações de que se tem notícia no cenário nacional e internacional.

Com os avanços biotecnológicos, presentes desde o final do século passado, e a cada dia mais evidenciados no cotidiano da sociedade, emerge para o direito novas problemáticas, até então impensáveis para os operadores jurídicos. Exames de DNA, “bebês de proveta”, inseminações artificiais heterólogas, maternidade por substituição, inseminação artificial homóloga com material genético de genitor falecido, entre outros fatos sociais, fazem parte da nova realidade social, gerando questionamentos a pressupostos centenários, como os sistemas de presunção da paternidade – este já reconhecido como presunção *iures tantum* – e da maternidade, a qual ainda é considerada como uma presunção absoluta, mas que, com frequência cada vez maior, vem sendo relativizada em face da nova realidade que se apresenta. Tal realidade vem a alterar os pressupostos informadores da relação jurídica paterno-filial, cabendo sua tutela aos princípios informadores do direito de família contemporâneo, os quais estão inseridos dentro da nova tábua axiológica trazida com a Carta Magna de 1988 e que se voltam à tutela primordial do sujeito, impondo a todo ordenamento jurídico uma análise de seus dispositivos por um viés existencial.

Com isso, a “nova” realidade propicia importantes discussões em torno dos impactos trazidos pelas técnicas de reprodução assistida à sociedade e, por consequência, ao direito. A falta de legislação específica impulsionou a doutrina a debruçar-se sobre o tema, analisando-o sobre diversas perspectivas – ética, jurídica, filosófica, científica, médica, tecnológica, entre outros – buscando desnudar pelo menos alguns dos inúmeros efeitos jurídicos decorrentes da utilização da biotecnologia na reprodução humana assistida. Nesse sentido, integrar os princípios constitucionais aos dispositivos civilistas codificados é necessidade que se impõe, a

fim de buscar algumas possibilidades de tutela, diante das repercussões trazidas pelos ditos “avanços” tecnológicos ao direito de família contemporâneo. Tal desiderato não pretende trazer respostas prontas e acabadas, mas sim, integrar o sistema jurídico às questões que emergem da utilização das novas tecnologias reprodutivas. Isso porque, reconheceu-se a fragilidade da condição humana à mercê da ciência dos genomas¹, o que acabou influenciando o pensamento jurídico contemporâneo, trazendo “inquietudes sociais ante o crescente poder do científico sobre a vida, a identidade e o destino das pessoas”².

A essas indagações emergem mais questionamentos que soluções definitivas. Todavia, o respeito ao ser humano, dentro de seu viés axiológico, acaba por traduzir o fundamento ético aos questionamentos suscitados. O reconhecimento da dignidade da pessoa humana vem trazer alguns possíveis caminhos a serem percorridos a fim de tentar desnudar as questões postas. Não se busca, necessariamente, o certo ou o errado, mas sim a solução que melhor atende ao valor da dignidade da pessoa humana.

A Constituição Federal de 1988, como norma matriz de todo ordenamento jurídico brasileiro, elencou em seu texto normativo a dignidade da pessoa humana como um princípio fundamental, dando-lhe a qualidade de norma embasadora de toda ordem constitucional e definidora de direitos e garantias fundamentais.

Com os avanços tecnológicos na área da reprodução assistida, tais direitos e garantias se concretizam por meio de outros princípios – melhor interesse da criança, paternidade responsável, planejamento familiar, autonomia, liberdade, dentro outros –, de forma que a hermenêutica constitucional aparece como instrumento capaz de ajudar na realização da efetiva concretização destas normas basilares do ordenamento jurídico pátrio.

¹ Hannah ARENDT, em seu clássico livro “A condição humana”, no qual pretende discutir a condição do homem ante a modernidade, ensina que “O mesmo desejo de fugir da prisão terrena manifesta-se na tentativa de criar a vida numa proveta, no desejo de misturar, ‘sob o microscópio, o plasma seminal congelado de pessoas comprovadamente capazes a fim de produzir seres humanos superiores’ e ‘alterar(-lhes) o tamanho, a forma e a função’; e talvez o desejo de fugir à condição humana esteja presente na esperança de prolongar a duração da vida humana para além do limite dos cem anos.” ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 10.

² MEIRELLES, Jussara Maria de. “Com a cabeça nas nuvens, mas os pés no chão”: discurso inicial sobre o biodireito e alguns dos instigantes questionamentos que constituem o seu objeto. In: _____ (coord.). *Biodireito em discussão*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 15.

Ademais, a atual realidade, permeada por um vigoroso desenvolvimento científico e tecnológico, reclama um maior entrosamento entre os vários ramos das ciências, requerendo um estudo multidisciplinar, o qual envolveria não apenas conhecimentos jurídicos, mas também uma compreensão das ciências biológicas, genéticas, médicas, sociais, psicológicas, entre outras áreas que afetam de forma preponderante a análise dos fatos sociais ante a tecnociência. Desse modo, será possível uma melhor compreensão do ordenamento jurídico, a fim de integrar a Constituição e o Código Civil à realidade, buscando a concretização, realização e aplicação das normas jurídicas, bem como a efetivação dos princípios fundamentais presentes no ordenamento.

Portanto, para que se possa garantir a efetividade da Constituição Federal de 1988, diante dos avanços tecnológicos na área da reprodução assistida, é essencial que a eficácia formal trazida pelo texto constitucional dê lugar, com fundamento em uma hermenêutica multidisciplinar, a uma eficácia material de concretização dos princípios constitucionais.

A Carta Magna de 1988 instaurou um novo paradigma, no qual os pilares do direito civil – contrato, propriedade e família – necessariamente foram revistos, alterando-se a óptica individualista e patrimonial insculpida na codificação de 1916 para um prisma mais humanista, voltado à digna tutela da pessoa humana. Mesmo com o advento do “novo” Código Civil de 2002, o qual passou a contemplar alguns princípios inaugurados pela Constituição de 1988, possibilitando, “apesar de sua reconhecida insuficiência no trato de algumas questões familiaristas (...), [então,] uma interpretação mais aberta e o enfrentamento de questões não positivadas na codificação”³, ainda se faz necessária a análise dos fatos sociais através do “filtro constitucional”⁴. Nesse contexto, o direito civil ainda deve ser lido, interpretado e aplicado, por meio da tábua axiológica trazida pela Constituição de 1988.

É sob essa perspectiva que o presente estudo visa analisar, de forma sistemática, alguns aspectos polêmicos que envolvem a reprodução assistida,

³ ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. Os princípios constitucionais e sua aplicação nas relações jurídicas de família. In: _____; EHRHARDT JUNIOR, Marcos; OLIVEIRA, Catarina Almeida de (coord.). *Famílias no direito contemporâneo: estudos em homenagem a Paulo Luiz Netto Lôbo*. Bahia: Juspodivm, 2010. p. 30.

⁴ A expressão “filtragem constitucional” é trazida por Paulo Ricardo SCHIER buscando demonstrar a normatividade e a imperatividade do direito a partir dos valores constitucionais. SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

considerando os fatos sociais que emergem na realidade cotidiana com o direito que envolve tais questões. Não se pretende esgotar o tema aqui proposto, mas sim iniciar a análise de alguns fatos relacionados à temática da reprodução assistida e como eles vêm sendo tratados pelos Conselhos Médicos e tutelados pelo direito.

Para tanto, primeiramente são tecidas algumas considerações acerca dos novos paradigmas da relação paterno-filial decorrentes da reprodução assistida, procurando analisar o desenvolvimento do projeto parental⁵ dentro da família contemporânea colocando-se a reprodução assistida como uma alternativa a sua realização. Ainda neste primeiro momento, analisam-se o planejamento familiar e a condição feminina, uma vez que, o adiamento da maternidade tem intrínseca relação com possíveis problemas relacionados à fertilidade feminina. De outro ângulo, esboçam-se algumas considerações sobre o melhor interesse daquele que está por nascer, quando as técnicas reprodutivas têm sucesso. Importante, também, a fim de que se possa ter um melhor entendimento da matéria, analisar as técnicas de reprodução assistida e, de maneira mais pormenorizada, a reprodução assistida *post mortem*, uma vez que recente caso ocupou a mídia nacional e instigou o judiciário paranaense a se pronunciar acerca de sua possibilidade. Finalizando esta primeira etapa, discorre-se a respeito do consentimento informado em matéria de reprodução assistida.

Num segundo momento, analisa-se a reprodução assistida como um fato social. Para tanto, indispensável tecer considerações básicas acerca dos fatos sociais e sua tutela pelo ordenamento jurídico, quando tais fatos carecem de norma específica para discipliná-lo. Dessa forma, investigam-se algumas questões relacionadas ao direito constitucional, sua visão como norma superior e seu sistema normativo aberto de normas e princípios. Nesse particular, o intento consiste apenas em lançar algumas observações iniciais para o desenvolvimento de outro tema: a disciplina jurídica da reprodução assistida e a atuação dos Conselhos Médicos nesta

⁵ O termo “projeto parental”, utilizado ao longo do presente trabalho, é trazido por Luiz Edson FACHIN, a partir da doutrina de Jean Carbonnier, mediante uma releitura crítica dos estatutos fundamentais do direito civil, a fim de descrever o terceiro pilar, assentado na noção de família. “A releitura crítica dos estatutos fundamentais do Direito Privado, para tanto, exige uma visão crítica e construtiva aos três pilares fundamentais do Direito Civil, e por consequência, do Direito Privado, quais sejam: a) o trânsito jurídico, calcado na noção de contrato, de obrigações e suas modalidades; b) as titularidades, fundamentalmente encimadas nas noções de posse e de apropriação de um modo geral, e c) o projeto parental, que se encontra assentado na noção de família.” FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 22.

matéria, além de uma breve análise da reprodução assistida como uma atividade de mercado. Neste segundo capítulo também são delineadas algumas questões atinentes à bioética e sua aplicação na reprodução assistida, uma vez que a área médica acaba se utilizando desses preceitos para decidir acerca das questões que envolvem a matéria.

Por fim, são analisados alguns fatos decorrentes da reprodução assistida e como os Conselhos de Medicina vêm se pronunciando a seu respeito. Para tanto, são examinados alguns pareceres emitidos pelos Conselhos Federal e Regionais de Medicina que versam sobre (i) anonimato do doador, (ii) gratuidade da doação de gametas e doação compartilhada, (iii) maternidade de substituição, (iv) utilização da reprodução assistida por casais homoafetivos, (v) utilização das técnicas reprodutivas para eugenia terapêutica e (vi) a questão dos embriões excedentários. Juntamente com a análise dos pareceres, procura-se fazer uma análise jurídica seguindo a vertente civil-constitucional, acrescentando-se casos pertinentes divulgados na mídia nacional e internacional, bem como outros que já foram objeto de apreciação pelo Poder Judiciário.

Cumpra ainda esclarecer que, ao longo do trabalho, por se tratar de matéria que requer um estudo interdisciplinar a seu respeito, são utilizados alguns conceitos e estudos trazidos pela medicina e psicologia, além de casos e notícias aos quais se pôde ter acesso, dada sua divulgação pela mídia tradicional e especializada. A utilização de notícias divulgadas pela mídia justifica-se em razão de as mudanças promovidas pelos avanços biotecnológicos ocorrerem de forma muito rápida, encontrando-se novas notícias acerca do tema quase diariamente. Por essa razão o presente trabalho detém-se aos fatos sociais, pois é inegável que estes emergem todos os dias dentro da sociedade trazendo consigo novidades muitas vezes inimagináveis para o direito.

1 NOVOS PARADIGMAS DA RELAÇÃO PATERNO-FILIAL DECORRENTES DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA

A clássica relação paterno-filial⁶, sedimentada no seio da família nuclear, vem rompendo paradigmas centenários, relativizando pressupostos, até então absolutos, influenciados por relações baseadas na afetividade e pela possibilidade de a relação jurídica de filiação se formar por outras maneiras que não apenas a natural. Tais transformações não são novidades deste século, tendo iniciadas, de maneira ainda tímida, no século passado, mesmo sob a égide de um sistema que legitimava apenas a família matrimonializada. No entanto, o excludente e discriminatório sistema das legitimidades em matéria de filiação, albergado pelo antigo diploma civilista, deixou de tutelar as necessidades sociais que emergiram no final do século passado, sendo expressamente revogado com a promulgação da Carta Magna de 1988.

A Constituição de 1988 foi o ápice de uma jornada marcada por transformações da sociedade, da jurisprudência e, em alguma medida, também da legislação, buscando tutelar situações fáticas que ficavam à margem do ordenamento jurídico. Tais transformações, mesmo sob a égide do antigo Código Civil, acabaram por descortinar, como bem coloca Luiz Edson FACHIN,

... um novo horizonte, inquietante, interrogativo, batendo às portas cerradas do sistema clássico que ainda vigorante agoniza. O medievo que emoldura os institutos da manutenção do *status quo* se mostra em pânico. O civilismo neutro se assimilou ao servilismo burocrata doutrinário e jurisprudencial e não conseguiu disfarçar que não responde aos fatos e às situações que brotam da realidade contemporânea. Os filhos não-matrimoniais se apresentam para reclamar seus direitos e sair do confinamento imposto.⁷

O “novo” direito de família vem trazer da berlinda sujeitos que careciam de proteção. Filhos ilegítimos, espúrios, incestuosos, adulterinos, adotivos, que, em razão da situação em que se encontravam seus genitores, já eram discriminados desde seu nascimento. A categorização da filiação era uma imposição, pois legítimos eram aqueles nascidos dentro de uma família matrimonializada e ilegítimos, os demais que não se apresentavam inseridos dentro do contexto

⁶ O termo “paterno” é utilizado no sentido de representar a relação entre pais e filhos, englobando-se, então, as relações decorrentes tanto da paternidade como da maternidade.

⁷ FACHIN, Luiz Edson. A nova filiação – crise e superação do estabelecimento da paternidade. Op. Cit., p. 123.

legitimador do matrimônio.⁸ A discriminação imposta pelo então vigente Código Civil de 1916⁹ buscava uma pretensa proteção da família legítima, sendo considerada como tal apenas a matrimonializada¹⁰. Os filhos ilegítimos, por sua vez, ainda eram “classificados” como (i) naturais, quando seus pais não eram casados, mas não apresentavam qualquer impedimento para o matrimônio, e (ii) espúrios¹¹, sendo estes ainda divididos em (ii.a) adúlterinos, quando pelo menos um de seus pais era adúltero, e (ii.b) incestuosos, quando concebidos entre pessoas com relação de parentesco em linha reta, qualquer grau, ou na linha colateral até terceiro grau¹². Esse sistema, apesar de ter sofrido algum abrandamento pela legislação extravagante¹³, manteve-se, em sua essência, até a promulgação da Constituição de 1988.¹⁴ Cumpre ainda esclarecer, conforme coloca Silvana Maria CARBONERA, que “A construção legal das relações paterno-filiais da família codificada foi levada a efeito sob uma ótica adulta. Partindo da posição de genitor, os filhos acabavam atuando como elementos necessários à concretização do conteúdo do papel paterno previamente determinado em lei.”¹⁵

⁸ Paulo LÔBO esclarece que “A legitimidade familiar constituiu a categoria jurídica essencial que definia os limites entre o lícito e o ilícito, além dos limites das titularidades de direito, nas relações familiares e de parentesco.” LÔBO, Paulo. *Famílias*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 65.

⁹ O art. 337, do já revogado Código Civil de 1916, estabelecia que “São legítimos os filhos concebidos na constância do casamento, ainda que anulado (art. 217), ou mesmo nulo, se se contraiu de boa fé (art. 221).”

¹⁰ O art. 229, do Código Civil de 1916, preconizava que “Criando a família legítima, o casamento legitima os filhos comuns, antes dele nascidos ou concebidos (arts. 352 a 354).”

¹¹ O art. 358, do Código Civil de 1916, estabelecia que “Os filhos incestuosos e os adúlterinos não podem ser reconhecidos”. Ante tal disposição, os filhos adúlterinos ou incestuosos, apenas poderiam apresentar a filiação materna, o que somente foi alterado, de forma tácita, pela Constituição de 1988, em razão do princípio da igualdade dos filhos, e, expressamente, pela Lei n.º 7.841, de 1989, que revogou o referido dispositivo legal. A esse respeito, Maria Berenice DIAS esclarece que “a falta é cometida pelos pais, e a desonra recai sobre os filhos”. DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 318.

¹² O casamento entre colaterais de terceiro grau (tios/sobrinhos) é permitido, segundo o Decreto-Lei n.º 3.200, de 1941, desde que os nubentes requeiram ao juiz competente para a habilitação que sejam nomeados dois médicos, “para examiná-los e atestar-lhes a sanidade, afirmando não haver inconveniente, sob o ponto de vista da sanidade, afirmando não haver inconveniente, sob o ponto de vista da saúde de qualquer deles e da prole, na realização do matrimônio.” (art. 2º, Decreto-lei n.º 3.200/41).

¹³ Decreto-lei n.º 3.200/41, Decreto-lei n.º 4.737/42, Lei n.º 883/49, Lei n.º 6.515/77, Lei n.º 7.250/84, Lei n.º 7.841/89, entre outros diplomas que, de alguma forma, acabaram por abrandar as regras contidas no Código Civil de 1916.

¹⁴ FACHIN, Luiz Edson. A nova filiação ... Op. Cit., p. 125.

¹⁵ CARBONERA, Silvana Maria. *Guarda de filhos na família constitucionalizada*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000. p. 181.

A Carta Magna de 1988 altera essa injusta realidade, consagrando a igualdade entre os filhos e coibindo qualquer forma de discriminação¹⁶, adotando, conforme informa Luiz Edson FACHIN, o “estatuto unitário da filiação”¹⁷, dissociando casamento e legitimidade dos filhos. O princípio da igualdade dos filhos estabelece que, independentemente da relação jurídica que exista ou inexistir¹⁸, entre seus pais, todos os filhos são iguais, requerendo o mesmo tratamento jurídico, tanto no campo patrimonial como no campo pessoal. Ademais, como bem ensina Luiz Edson FACHIN: “O princípio jurídico da inocência, embutido no princípio da igualdade, fez desaparecer qualquer tratamento discriminatório em face da situação jurídica dos autores da descendência. Legítimo ou adulterino: o estigma é extirpado. Filhos são todos, iguais e por inteiro.”¹⁹

O vínculo jurídico de filiação, ou seja, o liame jurídico que liga um filho a seus pais, no ordenamento jurídico brasileiro, pode decorrer do vínculo legal, do vínculo natural, biológico ou consanguíneo, ou ainda do vínculo socioafetivo. No vínculo legal, também chamado de vínculo jurídico, a relação de filiação decorre de uma presunção ou da adoção. A filiação decorrente da adoção é estabelecida por um ato civil, respeitando o processo de adoção pelo qual uma criança é colocada em uma família substituta. Seu regramento está estabelecido no Estatuto da Criança e do Adolescente.

O vínculo jurídico de filiação decorrente da presunção estabelece a paternidade em decorrência da situação jurídica dos pais, dos quais, encontrando-se casados ou em união estável, presume-se a paternidade.²⁰ “A função dessa

¹⁶ Art. 227, § 6º, CF. Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

¹⁷ “Verdadeira exigência ética da pessoa humana, o princípio da igualdade impõe a ausência de discriminação, estabelecendo para os filhos um estatuto unitário de tratamento.” FACHIN, Luiz Edson. A nova filiação ... Op. Cit., p. 130.

¹⁸ No sentido de os pais serem ou não casados, viverem ou não em união estável. Seja qual for o vínculo entre os pais, essa questão não importa no que diz respeito ao tratamento jurídico que será conferido aos filhos. Neste sentido, Marcos Alves da SILVA esclarece que “... a filiação, a partir da Constituição de 1988, restou desvinculada de quaisquer considerações quanto à matrimonialidade da união dos pais, hoje, pouco importa se os filhos são frutos de uma relação fundada em casamento, de uma união estável, de uma união passageira, ou, ainda, de nenhuma união.” SILVA, Marcos Alves da. *Do pátrio poder à autoridade parental: repensando fundamentos jurídicos da relação entre pais e filhos*. Rio de Janeiro: 2002. p. 79.

¹⁹ FACHIN, Luiz Edson. A nova filiação ... Op. Cit., p. 131.

²⁰ Segundo Rose Melo VENCELAU, a presunção *pater is est* no Código Civil de 1916 se justificava, essencialmente, para a manutenção do instituto “família”, o qual não poderia ser abalado por suspeitas de que os filhos não eram do marido. Por outro lado, contemporaneamente, “A

presunção é a de permitir o estabelecimento da paternidade pelo simples fato do nascimento.”²¹ Nesse caso, o estabelecimento da paternidade decorrente do sistema *pater is est*, previsto no art. 1.597²² do Código Civil de 2002, enumera as hipóteses de presunção²³ de filiação para os filhos concebidos na constância do casamento²⁴ ou da união estável²⁵. Os incisos I e II, do referido dispositivo legal, praticamente informam o mesmo conteúdo do Código Civil anterior²⁶, estabelecendo-se a paternidade em lapsos temporais, os quais levam em consideração a gestação uterina humana²⁷. Ou seja, a paternidade é estabelecida quando a criança vier a nascer nos 180 dias (6 meses) depois de estabelecida a convivência conjugal (inciso

presunção de paternidade não atua mais como um ‘favor legal’ ao casamento, muito menos à *legitimidade*. (...) Se a presunção *pater is est* outrora se justificava pela proteção da família *legítima*, hoje essa presunção se explica simplesmente por ser o que em regra acontece. Desse modo, o casamento, que se prova pela respectiva certidão, facilita a declaração do estado de filho, pois normalmente é do marido o filho havido no casamento.” VENCELAU, Rose Melo. *O elo perdido da filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 139-140.

²¹ FACHIN, Luiz Edson. *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992. p. 35.

²² Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento: I – nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; II – nascidos nos trezentos dias subseqüentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento; III – havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; IV – havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; V – havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

²³ “Essas presunções têm por finalidade fixar o momento da concepção, de modo a definir a filiação e certificar a paternidade, com os direitos e deveres decorrentes.” LÔBO, Paulo. *Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 195.

²⁴ O sistema de presunção de paternidade (*pater is est quem nuptias demonstrat*) disposto no art. 1.597, CC/2002, para alguns doutrinadores, não se aplica à união estável, devendo a paternidade ser reconhecida voluntariamente pelo companheiro ou por meio de processo judicial de reconhecimento da paternidade, sendo preponderantes os laços genéticos entre investigador e investigado. Neste sentido é o entendimento de Guilherme Calmon Nogueira da GAMA (GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito civil: família*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 377.) e Eduardo de Oliveira LEITE (LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 155.).

²⁵ Em sentido contrário, Paulo LÔBO defende a aplicação integral do sistema de presunção do art. 1.597, CC, à união estável colocando que a alusão do dispositivo ao marido também compreende o companheiro. LÔBO, Paulo. *Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 202-203. Na mesma esteira: CRUZ, Maria Luiza Póvoa. Comentários aos arts. 1.596 a 1.606 CC. In: ALVES, Leonardo Barreto Moreira (coord.). *Código das famílias comentado: de acordo com o estatuto das famílias (PLN n.º 2.285/07)*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 232; DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2007. p. 323-324, entre outros.

²⁶ O sistema de presunção de paternidade, baseado nos prazos gestacionais, insculpido nos incisos I e II, do art. 1.597, do CC/2002, apresentam fontes históricas antiquíssimas, que remontam os textos do Digesto (D. 1.5.12, D. 38.16.3.11, D. 38.16.3.12, entre outros).

²⁷ “A gestação uterina humana, segundo a ciência médica, tem prazo máximo de 300 dias e mínimo de 180 dias para se completar.” NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código civil comentado e legislação extravagante*. 3. ed. rev. e ampl. da 2. ed. do Código Civil anotado. São Paulo: RT, 2005. p. 761.

l) ou nos 300 dias (10 meses) subsequentes à dissolução da sociedade conjugal (inciso II). Este sistema fundamenta-se na presunção de fidelidade da mulher, sendo considerado pai o marido da mãe. Por essa razão o Código Civil de 2002 conserva a importância em determinar o momento da concepção como forma de ser fixada a presunção de paternidade.

Entretanto, cumpre esclarecer que esta presunção é relativa (*iures tantum*), admitindo, assim, prova em contrário. Dessa forma, a paternidade pode ser contestada por meio de ações para sua desconstituição, como a (i) negatória de paternidade, a qual poderá ser ajuizada pelo marido da mãe (art. 1601, Código Civil), sendo tal ação imprescritível, e também mediante a (ii) impugnação de paternidade, a qual pode ser ajuizada pelo filho da mãe e do pai (art. 1614, Código Civil). Na ação de impugnação de paternidade, apesar do Código Civil estabelecer um prazo de quatro anos para sua interposição, após a maioridade civil do filho, o art. 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente, estabelece tais ações como imprescritíveis, entendimento esse que acaba prevalecendo.

A presunção *pater is est*, de acordo com Luiz Edson FACHIN, apresenta um sentido técnico e outro ideológico.

Do ponto de vista técnico, o seu sentido aparece dentro do processo. Ao legitimado ativo para a contestação da paternidade incumbe o ônus da prova contrária à presunção. Apresenta-se em favor do filho, sem necessidade de qualquer demonstração probatória. Por isso, quando contestada a paternidade pelo marido da mulher, o filho, na condição de demandado, tem em seu favor o fato de que ao autor da contestatória cabe o ônus de provar o que alega.

Do ponto de vista ideológico, a presunção traduz os interesses que a lei se propõe a garantir, dirigindo-se no rumo de proteger a criança que, nascida de mulher casada, tem uma paternidade automaticamente estabelecida, gozando dos benefícios daí decorrentes, como é o dever de sustento.²⁸

Há ainda que se considerar a possibilidade de tais ações serem contestadas com base na filiação socioafetiva, conceito este com frequência cada vez maior já sedimentado na jurisprudência pátria.²⁹

²⁸ FACHIN, Luiz Edson. *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida...* Op. Cit., p. 36.

²⁹ Nesse sentido pode-se citar importante decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná: "Ementa: NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. "ADOÇÃO À BRASILEIRA". CONFRONTO ENTRE A VERDADE BIOLÓGICA E A SÓCIO-AFETIVA. TUTELA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PROCEDÊNCIA. DECISÃO REFORMADA. 1. A ação negatória de paternidade é imprescritível, na esteira do entendimento consagrado na Súmula 149/STF, já que a demanda versa sobre o estado da pessoa, que é emanção do direito da personalidade. 2. No

Ao lado disso, inovação trouxe o legislador ao inserir no sistema de presunção *pater is est* (art. 1.597, do Código Civil) os incisos III, IV e V, que tratam da reprodução humana assistida, tanto homóloga (quando o material genético provém do casal – pai e mãe) como heteróloga (quando se utiliza material genético de terceiro, estranho ao projeto parental). A presunção de paternidade estabelecida no art. 1.597 é considerada *iures tantum*, admitindo, assim, prova em contrário. Entretanto, a presunção de paternidade oriunda da reprodução assistida heteróloga, prevista no inciso V, do referido dispositivo legal, vem sendo considerada de forma absoluta (presunção *iuris et de iure*), visto que, conforme preconizado no Enunciado 104³⁰ do Conselho da Justiça Federal³¹, em se tratando de reprodução assistida heteróloga, desde que com o consentimento expresso do marido ou companheiro para a utilização do material fecundante de terceiro, a paternidade não poderá ser questionada. Entretanto, conforme coloca Paulo LÔBO, “Todas as espécies de presunções de paternidade e maternidade, na atualidade, acabam por ser desafiadas, apresentando-se como presunções *iuris tantum*, em razão dos avanços biotecnológicos e dos exames de DNA”.³²

confronto entre a verdade biológica, atestada em exame de DNA, e a verdade sócio-afetiva, decorrente da denominada “adoção à brasileira” (isto é, da situação de um casal ter registrado, com outro nome, menor, como se deles filho fosse) e que perdura por quase quarenta anos, há de prevalecer à solução que melhor tutele a dignidade da pessoa humana. 3. A paternidade sócio-afetiva, estando baseada na tendência de personificação do direito civil, vê a família como instrumento de realização do ser humano; aniquilar a pessoa do apelante, apagando-lhe todo o histórico de vida e condição social, em razão de aspectos formais inerentes à irregular “adoção à brasileira”, não tutelaria a dignidade humana, nem faria justiça ao caso concreto, mas, ao contrário, por critérios meramente formais, proteger-se-ia as artimanhas, os ilícitos e as negligências utilizadas em benefício do próprio apelado. Apelação Cível nº 108.417-9, originada na 2ª Vara de Família de Curitiba, Apelante: G. S., Apelado: A . F. S., Relator: Desembargador Accácio Cambi, Acórdão nº 20110 da 2ª Câmara Cível.”

³⁰ Enunciado 104 do Conselho da Justiça Federal, disciplinando o art. 1.597, do Código Civil, estabelece que “no âmbito das técnicas de reprodução assistida envolvendo o emprego de material fecundante de terceiros, o pressuposto fático da relação sexual é substituído pela vontade (ou eventualmente pelo risco da situação jurídica matrimonial) juridicamente qualificada, gerando presunção absoluta ou relativa de paternidade no que tange ao marido da mãe da criança concebida, dependendo da manifestação expressa (ou implícita) da vontade no curso do casamento.”

³¹ O Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, ante a promulgação do novo Código Civil em 2002 e a polêmica que determinados dispositivos gerou, promoveu as Jornadas de Direito Civil, com a participação de magistrados, ministros e juristas de renome nacional, criando enunciados acerca de diversos dispositivos do novel código civilista. Os enunciados são conclusões a respeito de certos dispositivos do Código Civil de 2002 que facilitam enormemente sua interpretação e compreensão. José Fernando SIMÃO, a esse respeito, coloca que “Os enunciados têm sido mencionados por todos os estudiosos como preciosa fonte e, por isso, sua leitura se faz obrigatória para todos aqueles que pretendem estudar o novo Código Civil.” SIMÃO, José Fernando. *Enunciados aprovados nas Jornadas de Direito Civil*. Disponível em: <http://www.professorsimao.com.br/enunciados.htm>; consultado em 15 out. 2012.

³² LÔBO, Paulo. *Famílias ...* 2008. Op. Cit., p. 195.

O vínculo de filiação estabelecido pela consanguinidade é um dado, uma filiação estabelecida por laços de sangue, oriundo da descendência genética dos pais e seus filhos. Com os avanços na área de biotecnologia³³ possibilita-se, atualmente, buscar a “verdade” biológica por meio de exames de DNA. Entretanto, apesar da possibilidade contemporânea em se identificar, precisamente, os vínculos genéticos entre pais e filhos, Luiz Edson FACHIN ensina que

A efetiva relação paterno-filial requer mais que a natural descendência genética e não se basta na explicação jurídica dessa informação biológica. Busca-se, então, a verdadeira paternidade.

Assim, para além da paternidade biológica e da paternidade jurídica, à completa integração pai-mãe-filho agrega-se um elemento a mais.

Esse outro elemento se revela na afirmação de que a *paternidade se constrói*; não é apenas um dado: ela se faz.

O pai já pode não ser apenas aquele que emprestou sua colaboração na geração genética da criança; também pode não ser aquele a quem o ordenamento jurídico presuntivamente atribui a paternidade.

Ao dizer-se que a paternidade se constrói, toma lugar de vulto, na relação paterno-filial, uma verdade sócio-afetiva, que, no plano jurídico, recupera a noção de posse de estado de filho.³⁴

A filiação socioafetiva, por sua vez, pode ser visualizada na adoção, na posse de estado de filho³⁵, na família reconstituída (entre enteado e padrasto ou madrasta) e também na própria filiação oriunda da reprodução assistida heteróloga³⁶, em que não há vínculo consanguíneo com um ou ambos os pais. É fundada no melhor interesse da criança e na dignidade da pessoa humana, segundo

³³ Segundo a Convenção sobre Diversidade Biológica da Organização das Nações Unidas (ONU), o termo biotecnologia significa “qualquer aplicação tecnológica que utilize sistemas biológicos, organismos vivos, ou seus derivados, para fabricar ou modificar produtos ou processos para utilização específica.” Disponível em: http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/cdb_ptbr.pdf; consultado em 13 jan. 2013.

³⁴ FACHIN, Luiz Edson. *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida...* Op. Cit., p. 23.

³⁵ “A maternidade e a paternidade biológica nada valem frente ao vínculo afetivo que se forma entre criança e aquele que trata e cuida dela, lhe dá amor e participa de sua vida. Na medida em que se reconhece que a paternidade se constitui pelo fato, a posse do estado de filho pode entrar em conflito com a presunção *pater est*. E, no embate entre o fato e a lei, a presunção precisa ceder espaço ao afeto.” DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 2. ed. ... Op. Cit., p. 334. Luiz Edson FACHIN ensina que, “Por posse de estado de filho, entende-se a reunião de três elementos clássicos: a *nominatio*, que implica a utilização pelo suposto filho do patronímico, a *tractatio*, que se revela no tratamento a ele deferido pelo pai, assegurando-lhe manutenção, educação e instrução, e a *reputatio*, representando a fama ou notoriedade social de tal filiação.” FACHIN, Luiz Edson. *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida...* Op. Cit., p. 23.

³⁶ “A manifestação do cônjuge corresponde a uma adoção antenatal do filho, pois revela, sem possibilidade de retratação, o desejo de ser pai. (...) Trata-se de presunção absoluta de paternidade sócioafetiva.” DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 2. ed. Op. Cit., p. 331.

o qual pai é o que exerce tal função, mesmo não havendo qualquer vínculo consanguíneo com o filho.³⁷

No presente trabalho o objeto da pesquisa limita-se ao estudo do vínculo de filiação originado da reprodução assistida, procurando analisar os novos paradigmas que surgem em decorrência dessas “novas” formas de estabelecimento de paternidade e filiação.

1.1 A Família Contemporânea, o Projeto Parental e a Reprodução Assistida como uma Alternativa à sua Realização

O exercício da parentalidade está presente na grande maioria das famílias, esta entendida no seu sentido mais amplo e irrestrito. A procriação, como sendo um dever do casamento, “deixou de ser o objetivo central da família na sociedade contemporânea”, uma vez que os filhos deixaram de ser uma obrigação, passando, então, a “frutos da realização livre e espontânea do casal”.³⁸

Nesse contexto, a família, instituto base da sociedade, foi alvo de grandes transformações normativas nas últimas décadas; transformações essas regidas, principalmente, pela promulgação da Constituição Federal de 1988. A Carta Maior brasileira passou a disciplinar questões atinentes ao direito civil, mais especificamente ao direito de família, vindo a confrontar regras quase seculares previstas no então vigente Código Civil de 1916. Tal normatização veio ao encontro dos clamores da família do século XX, a qual não mais encontrava guarida em um código que estabelecia uma subordinação de seus integrantes a um pretense “chefe”, discriminava filhos em legítimos, ilegítimos ou adotivos, sem falar nas disposições acerca da submissão da mulher ao seu marido e do reconhecimento apenas da família matrimonializada. Essa família, disciplinada no Código Civil de 1916, não considerava os sujeitos dentro de seu viés individual personalíssimo, mas, ao contrário, buscava tutelar o instituto casamento em detrimento daqueles que o compõem, enfim, sobrepunha o “ter” ao “ser”, tutelando o patrimônio acima de tudo.

A esse respeito, Maria Celina Bodin de MORAES coloca que

³⁷ Ibid., p. 322.

³⁸ QUEIROZ, Juliane Fernandes. Contornos contemporâneos da filiação. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (coords.). *Manual de direito das famílias e das sucessões*. Belo Horizonte: Del Rey / Mandamentos, 2008. p. 194.

Configura-se inevitável, em conseqüência, a inflexão da disciplina civilista (voltada anteriormente para a tutela dos valores patrimoniais) em obediência aos enunciados constitucionais, os quais não mais admitem a proteção da propriedade e da empresa como bens em si, mas somente enquanto destinados a efetivar valores existenciais, realizadores da justiça social. (...) Ao intérprete incumbirá, pois, em virtude de verdadeira cláusula geral de tutela dos direitos da pessoa humana privilegiar os valores existenciais sempre que a eles se contrapuserem os valores patrimoniais.

Assim é que qualquer norma ou cláusula negocial, por mais insignificante que pareça, deve se coadunar e exprimir a normativa constitucional. Sob essa ótica, as normas do direito civil necessitam ser interpretadas como reflexo das normas constitucionais. A regulamentação da atividade privada (porque regulamentação da vida cotidiana) deve ser, em todos os seus momentos, expressão da indubitável opção constitucional de privilegiar a dignidade da pessoa humana. Em conseqüência, transforma-se o direito civil: de regulamentação da atividade econômica individual, entre homens livres e iguais, para regulamentação da vida social, na família, nas associações, nos grupos comunitários, onde quer que a personalidade humana melhor se desenvolva e sua dignidade seja mais amplamente tutelada.³⁹

A entrada em vigor da Constituição Federal de 1988 promove, então, uma verdadeira “virada de Copérnico” no ordenamento jurídico brasileiro, instaurando uma nova tábua axiológica, a qual se revela como um diploma preocupado com o sujeito propriamente dito, colocando-o no seu centro de tutela. Pode-se afirmar que esse processo é muito mais do que uma simples justaposição de normas ou teorias, requerendo a composição e superação dos discursos normativos clássicos. Nessa perspectiva, impõe-se a necessidade de todo direito infraconstitucional ser lido, aplicado e entendido de acordo com os valores emanados pela ordem constitucional vigente.⁴⁰ Tais valores podem ser sintetizados no princípio fundamental do ordenamento jurídico, elegido a este status pela própria ordem constitucional (art. 1º, CF), a dignidade da pessoa humana. Pode-se dizer que a dignidade da pessoa humana é um filtro para a humanização da interpretação jurídica, de tal sorte que nenhuma norma pode ser analisada sem considerá-la como seu fundamento, justo porque, na esteira de Vieira de ANDRADE, “... confere unidade de sentido ao conjunto dos preceitos relativos aos direitos fundamentais”⁴¹. Por essa razão, o princípio da dignidade da pessoa humana⁴² permeia qualquer análise jurídica que se

³⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. *Revista de Direito Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.º 65, p. 28.

⁴⁰ SCHIER, Paulo Ricardo. Op. Cit., p. 58-59.

⁴¹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2001. p. 97.

⁴² No presente estudo, entretanto, não se tem como objetivo desvendar o princípio da dignidade da pessoa humana em todas as suas facetas ou, o que é mais difícil (para não dizer impossível), realizar um completo delineamento de seu conteúdo. Sabe-se que a dignidade da

faz acerca da família, uma vez que, falando-se em família, conseqüentemente estar-se-á a falar no sujeito individualmente considerado. Isto porque, conforme leciona Ingo Wolfgang SARLET,

(...) a dignidade da pessoa humana, parte do pressuposto de que o homem, em virtude tão-somente de sua condição humana e independente de qualquer outra circunstância, é titular de direitos que devem ser reconhecidos e respeitados por seus semelhantes e pelo Estado. Da mesma forma, acabou sendo recepcionada, especialmente a partir e por meio do pensamento cristão e humanista, uma fundamentação metafísica da dignidade da pessoa humana, que, na sua manifestação jurídica, significa uma última garantia da pessoa humana em relação a uma total disponibilidade por parte do poder estatal e social.⁴³

A proteção do indivíduo dignamente considerado é alçada a alvo de aplicação dos preceitos constitucionais. Nessa orientação, a família passa a ser considerada como um meio de desenvolvimento dos sujeitos, superando-se a transpessoalidade da família codificada, pois a busca da felicidade do indivíduo inicia-se dentro de seu seio familiar.⁴⁴ Fica evidente, assim, a diferença entre a família codificada pelo então vigente Código Civil de 1916 e a família constitucionalizada. Aquela, matrimonial, hierárquica, patriarcal, heterossexual, transpessoal e indissolúvel; esta, plural, pautada na igualdade de gênero e filhos, respeitando a diversidade sexual e a não discriminação, servindo de meio para a realização de seus membros e sedimentada no afeto.

Nesse contexto, a reprodução assistida ganha ainda maior relevo, uma vez que, em alguns casos, para que o sujeito realize-se completamente como pessoa e também dentro de seu contexto familiar, a procriação, apesar de não mais figurar como um “requisito” de formação de família, torna-se uma das principais formas de

pessoa humana, por ser o fundamento por excelência do ordenamento jurídico, não há setor ou ramo deste no qual tal princípio não se faça presente, em maior ou menor medida. É o que se verifica quando o assunto em pauta trata de biotecnologia, mais especificamente da reprodução assistida, não se admitindo a utilização destas técnicas com o propósito de ofender a dignidade da pessoa humana.

⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 37.

⁴⁴ A esse respeito, Juliane Fernandez QUEIROZ coloca que “O papel do Estado também foi ampliado: além da função de proteção da família, criou-se o dever de assegurar-lhe assistência, na pessoa de cada um dos que a integram. Entendem-se, portanto, que o objeto tutelado foi deslocado: não se protege mais a comunidade familiar, mas sim o indivíduo, o membro integrante desta comunidade. A proteção do Estado, antes dirigida à família-instituição, agora se volta para a família-instrumento. Isto porque, anteriormente, a instituição família era preservada para atender a fins determinados pela Religião ou pelo Estado, independentemente da satisfação pessoal de seus membros (por muitas vezes até sacrificados).” QUEIROZ, Juliane Fernandes. *Contornos contemporâneos da filiação ... Op. Cit.*, p. 194.

realização plena dos sujeitos. E, para aqueles que não conseguem naturalmente procriar, a reprodução assistida mostra-se como uma alternativa viável a sua plena realização.

O direito de família passa, então, a ser reescrito. A Constituição Federal de 1988 expressamente estabelece questões atinentes às entidades familiares, igualdade de filhos e de gênero, planejamento familiar, tutela e proteção da criança e do adolescente, não discriminação, liberdade e, é claro, a dignidade da pessoa humana, não se bastando em si o rol apresentado, o qual apenas ilustra alguns dos valores trazidos pela Carta Constitucional. “(...) a perspectiva de interpretação civil-constitucional permite que sejam revigorados os institutos de direito civil, muitos deles defasados da realidade contemporânea e por isso mesmo relegados ao esquecimento e à ineficácia, repotencializando-os, de molde a torná-los compatíveis com as demandas sociais e econômicas da sociedade atual.”⁴⁵ Dessa forma, a Constituição brasileira rompe com o modelo codificado matrimonializado de família, passando a recepcionar novas formas de entidades familiares, antes presentes na sociedade brasileira, todavia tendo seu reconhecimento normativo marginalizado.

A esse respeito, Ana Carla Harmatiuk MATOS esclarece que

Do ponto de vista legislado, o advento da Constituição de 1988 inaugura uma diferenciada análise jurídica das famílias brasileiras. Uma outra concepção de família tomou corpo no ordenamento. O casamento não é mais a base única dessa entidade, questionando-se a idéia de família estritamente matrimonial. Isto se constata por não mais dever a formalidade ser o foco predominante, mas sim o afeto recíproco entre os membros que a compõem, redimensionando-se a valorização jurídica das famílias extramatrimoniais. As atenções devem voltar-se ao importante papel da família para o bem-estar e o desenvolvimento da sociabilidade de seus membros.⁴⁶

Nesses termos, a família contemporânea não é reduzida a um tipo específico de família⁴⁷, como ocorria sob a égide do Código Civil de 1916, mas sim

⁴⁵ TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: _____. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 21.

⁴⁶ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. “Novas” entidades familiares e seus efeitos jurídicos. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). *Família e solidariedade: teoria e prática do direito de família*. Rio de Janeiro: IBDFAM/Lumen Juris, 2008. p. 36.

⁴⁷ “A idéia de ambiente familiar experimenta, na contemporaneidade, um momento de esplendor, tendo se tornado um anseio comum de vida, com o desejo generalizado de fazer parte de formas agregadas de relacionamento baseadas no afeto recíproco. Crise houve, mas não investiu contra a família em si; seu alvo foi o modelo familiar único, absoluto e totalizante, representado pelo casamento indissolúvel, no qual o marido era o chefe da sociedade conjugal e titular principal do pátrio poder”. MORAES, Maria Celina Bodin de. A família democrática. In: PEREIRA, Rodrigo da

como àquele *locus* de realização pessoal do indivíduo, tendo este a liberdade de escolher o tipo de família que atende a suas necessidades a fim de realizá-lo dignamente como pessoa humana.

A partir dessa nova concepção de família é que o instituto da filiação deve ser analisado, uma vez que a realização do projeto parental não mais se consubstancia em uma pressão social ou consuetudinária, refletindo-se no desejo e na autonomia dos sujeitos à sua concretização. Dessa forma, dissocia-se o projeto parental da família nuclear, possibilitando que ele se desenvolva em outras formas de constituição familiares, como a família monoparental e a família homoafetiva, por exemplo. Com essas novas possibilidades de constituições familiares desenvolve-se também a realização do desejo ou não de procriar. Entretanto, nos casos em que a procriação natural reste impossibilitada, a reprodução assistida apresenta-se como uma alternativa viável à realização do projeto parental, independentemente do tipo de entidade familiar formada.

Assim, pode-se dizer que o projeto parental idealizado pelos sujeitos, ou simplesmente por um único sujeito, pode, dentre outras possibilidades⁴⁸, originar-se: (i) da procriação carnal e (ii) da procriação assistida. A primeira pode ser definida como “aquela resultante do contato sexual entre o homem e a mulher, (...), do qual resulta a concepção do embrião que se desenvolve naturalmente no corpo da mulher que manteve a relação sexual, e o posterior nascimento da criança”.⁴⁹ Já na procriação assistida não há qualquer contato sexual entre o casal, que se utiliza de técnicas de reprodução medicamente assistida, “(...) contando com o emprego de material fecundante para permitir a inseminação artificial, a fertilização *in vitro* ou qualquer outra técnica que permita a fecundação do óvulo pelo espermatozoide e, assim, a produção do embrião que deverá ser desenvolvido no corpo de uma mulher para posteriormente nascer a criança.”⁵⁰

O termo “reprodução humana assistida” é utilizado na área médica para designar situações nas quais o casal recebe orientações visando facilitar o encontro entre o espermatozoide e o óvulo, objetivando a formação do embrião, mesmo

Cunha (org.). *Família e dignidade humana*. V Congresso Brasileiro de Direito de Família. São Paulo: IOB Thompson, 2006. p. 614.

⁴⁸ Adoção, filiação socioafetiva, posse do estado de filho, dentre outras.

⁴⁹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito civil ... Op. Cit.*, p. 341-342.

⁵⁰ *Id.*

quando tal encontro ocorre de forma natural. Ou seja, quando esse “encontro” ocorre naturalmente, pela relação sexual, com aconselhamento e acompanhamento médico que buscam otimizar as chances de uma futura gravidez, pode-se também dizer que houve a utilização da reprodução assistida.⁵¹ Por outro lado, em determinados casos, faz-se necessária a intervenção artificial para a formação do embrião, mediante o emprego das técnicas de reprodução assistida, também chamadas de TRAs. Nestes casos, o ato reprodutivo sofre interferência direta, se efetivando de forma artificial a fim de viabilizar a fecundação.⁵² É sobre essa forma de reprodução assistida artificial que o presente trabalho tratará.

O desejo de ter filhos e, dessa forma, “perpetuar” a espécie, é tema milenar, presente na sociedade desde os escritos mitológicos e bíblicos, mantendo-se atual e revestido de novos paradigmas, especialmente em decorrência das técnicas de reprodução assistida. A não realização desse desejo gera grande abalo psíquico nos sujeitos, uma vez que, sob o ponto de vista da psicologia

Nascemos emaranhados numa teia de desejos maternos e paternos (conscientes e inconscientes), carregando as marcas de estarmos vinculados a uma trama simbólica, que transcende a biologia, mas que através desta, revela nosso pertencimento a uma família, uma geração, a um lugar no mundo.

Desejar ter filhos e se deparar com uma impossibilidade nesse processo pode produzir uma ampla gama de sentimentos, tais como: medo, ansiedade, tristeza, frustração, desvalia, por vezes, quadros de intenso sofrimento emocional. A situação de infertilidade pode provocar efeitos devastadores tanto na esfera individual como conjugal e desestabilizar as relações do sujeito com seu entorno social, podendo ocasionar um decréscimo na qualidade de vida.⁵³

Poder ter filhos e não desejar tê-los é internalizado como um ato decorrente da autonomia da vontade dos sujeitos, os quais, de forma livre e consciente, optam em não procriar. Entretanto, desejá-los e não poder tê-los, por qualquer problema biológico ou fisiológico que acomete o casal, causa profundo impacto na vida dos sujeitos, “gerando sofrimento e desajustes pessoal e social por muitos casais”⁵⁴.

⁵¹ SCALQUETTE, Ana Claudia S. *Estatuto da reprodução assistida*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 58.

⁵² Id.

⁵³ FARINATI, Débora. As causas multideterminadas da infertilidade. In: MELAMED, Rose Massaro; SEGER, Liliansa; BORGES JUNIOR, Edson (coords.). *Psicologia e reprodução humana assistida: uma abordagem multidisciplinar*. São Paulo: Gen / Livraria Santos, 2009. p. 45-46.

⁵⁴ SOUZA, Solange Lopes de. Alterações emocionais como causas da infertilidade. In: MELAMED, Rose Massaro; SEGER, Liliansa; BORGES JUNIOR, Edson (coords.). *Psicologia e reprodução humana assistida: uma abordagem multidisciplinar*. São Paulo: Gen / Livraria Santos, 2009. p. 51.

Nessa situação limite é que as técnicas de reprodução assistida surgem como possibilidade à realização do projeto parental. Tais técnicas devem ser utilizadas não de forma indiscriminada, mas dentro de um contexto de planejamento familiar levando em consideração, ainda, as características que permeiam a família, pensando sempre no interesse daquele que nascerá fruto do êxito das técnicas reprodutivas.

Diante disso, o planejamento familiar deve ser exercido de forma consciente e informada, sendo que, havendo necessidade e vontade de o casal utilizar as técnicas de reprodução assistida, a orientação médica e psicológica é tarefa que se impõe. Isto porque, o casal ou o sujeito solteiro deve ser orientado a respeito de todos os riscos e efeitos colaterais a que estará sujeito quando da utilização das técnicas de reprodução assistida a fim de que possa exercer, de forma efetivamente consciente e livre, seu direito ao planejamento familiar.

1.2 A Mulher e o Planejamento Familiar

O planejamento familiar⁵⁵, como livre decisão do casal, é um direito constitucionalmente garantido, consagrado no ordenamento jurídico brasileiro por meio do art. 227, § 6º, da Constituição Federal de 1988⁵⁶ e regulamentado pela Lei n.º 9.263, de 12 de janeiro de 1996. Compete ao Estado, segundo o dispositivo constitucional, propiciar recursos para que tal direito seja exercido; direito este que deve ser estendido tanto às técnicas contraceptivas como às técnicas conceptivas.

As técnicas contraceptivas normalmente são procuradas pelas mulheres, as quais, a fim de evitar uma gravidez indesejada, se utilizam de métodos da mais variada gama.⁵⁷ Pode-se dizer que este fato decorre do ainda presente ranço

⁵⁵ A Lei n.º 9.263/1996, em seu art. 2º, define 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.”

⁵⁶ Art. 226. § 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.

⁵⁷ Tal fato é tratado por Clarice MARCOLINO e Elizabeth Perez GALASTRO, em artigo acadêmico que traz dados estatísticos demonstrando que cabe às mulheres a utilização dos métodos contraceptivos, sendo uma parcela muito pequena da população masculina que se utiliza destes métodos: “esterilização feminina 40,3%; pílula anticoncepcional 18,7%; condom 5,2% e vasectomia 2,4%”. MARCOLINO, Clarice; GALASTRO, Elizabeth Perez. *As visões feminina e masculina acerca*

patriarcal⁵⁸ da família monogâmica⁵⁹ codificada⁶⁰, no qual à mulher cabia as tarefas domésticas e a exclusiva responsabilidade pela criação da prole, em uma verdadeira relação hierarquizada⁶¹, apresentando uma rígida divisão de papéis⁶², impondo uma necessária subordinação da esposa e dos filhos ao *pater familias*.

A desigualdade existente entre homens e mulheres dentro da família era patente, impondo à mulher uma posição de inferioridade perante o homem no seio familiar e também perante a própria sociedade. A esse respeito, Rosário Valpuesta FERNÁNDEZ ensina que

*da participação de mulheres e homens no planejamento familiar. Rev. Latino-Am. Enfermagem [online]. 2001, vol. 9, n.º 3, pp. 77-82. ISSN 0104-1169. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0104-11692001000300012>, consultado em 07 dez. 2012. Rosalice Fidalgo PINHEIRO, a respeito dos métodos contraceptivos utilizados por casais, identifica essa mesma realidade, onde os métodos contraceptivos cabem, na maior parte das vezes, à mulher: "... a responsabilidade pela contracepção e pela gravidez não é partilhada pelo casal, mas atribuída tão-somente à mulher, embora casada." PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Planejamento familiar e a condição feminina. In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk (org.). *A construção dos novos direitos*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2008. p. 297.*

⁵⁸ O casamento tornava a esposa juridicamente incapaz, sujeitando-se ao marido com o propósito de manter a paz doméstica e a coesão formal da entidade familiar.

⁵⁹ ENGELS, em seu livro *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*, cuja primeira edição é de 1884, explica que a família monogâmica não se baseava em condições naturais, mas sim nas questões econômicas, tendo triunfado a propriedade privada sobre a propriedade comum primitiva. Com o princípio monogâmico revestindo as famílias, a paternidade era indiscutível, sendo aplicado o sistema de presunção da paternidade, que considerava pai o marido da mãe. A monogamia ainda estabelecia a escravidão de um sexo em relação ao outro, em razão da supremacia do homem em relação à mulher. A monogamia não aparece na história como uma reconciliação entre homem e mulher, nem como uma forma elevada de matrimônio, mas sim como forma de escravização de um sexo em relação a outro, como a proclamação de um conflito entre sexos, ignorado na pré-história. Na sociedade monogâmica, a infidelidade do homem era considerada como uma característica normal, sendo a monogamia só para a mulher e não para o homem. A monogâmia, para ENGELS, "baseia-se no domínio do homem com a finalidade expressa de procriar filhos cuja paternidade fosse indiscutível e essa paternidade é exigida porque os filhos deverão tomar posse dos bens paternos, na qualidade de herdeiros diretos. (...) Ao homem, (...), é concedido o direito à infidelidade conjugal, sancionado ao menos pelo costume (o Código de Napoleão outorga-o expressamente ao homem, desde que ele não traga a concubina ao domicílio conjugal), e esse direito se exerce cada vez mais amplamente, à medida que se processa o desenvolvimento social." ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. Trad. Ciro Mioranza. 3. ed. São Paulo: Escala. p. 80-81.

⁶⁰ "Esta familia, que se consolidó a principios del siglo XIX, representaba en su momento la modernidad de la revolución industrial frente a la actividad agrícola, de lo urbano frente a lo rural y, sobre todo, reflejaba el comportamiento de una determinada clase social, la burguesa, que proyectó en el mundo familiar sus concepciones a través de códigos éticos y sociales." Em tradução livre: "Esta família, que se consolidou no início do século XIX, na época representava a face moderna da revolução industrial frente a atividade agrícola, o urbano contra o rural e, principalmente, refletiu o comportamento de uma determinada classe social, a burguesa, que projetou no mundo familiar suas concepções através de códigos éticos e sociais." FERNÁNDEZ, Rosario Valpuesta. *La protección constitucional de la familia*. Foro, Revista de Derecho, n.º 5, UASB-Ecuador/CEN, Quito, 2006. p. 128.

⁶¹ Ao homem cabia a direção exclusiva da família, sendo isso decorrente de sua autoridade e poder, cuja origem tinha cunho econômico. A mulher e o filho ocupavam posição de inferioridade na comunidade familiar.

⁶² Os papéis dentro da família eram divididos em razão da idade e do sexo, fazendo distinção entre os membros da família.

Se elaboran asimismo nociones como la de corrección y respetabilidad que reflejan el ideal burgués acerca de la familia, unas nociones que se aplican sobre todo a las mujeres, para las que se establecen un conjunto de reglas que rigen su comportamiento y que giran en torno a las funciones que le son asignadas: el cuidado de los hijos y las tareas de la casa, todo ello bajo la autoridad del padre o del marido. (...)

Pero, sobre todo, se produce un hecho notable que marcará el destino de las mujeres: el rechazo por parte de la burguesía de la mujer trabajadora, al considerar esta actividad incompatible con el papel que le ha sido asignado en la familia, con lo que termina por imponerse el ideario de la diferencia con una nitidez que no había tenido en otro momento histórico.⁶³

As funções da mulher⁶⁴ inserta na família codificada restringiam-se a cuidar dos afazeres domésticos e à criação dos filhos, cabendo ao homem, exclusivamente, todas as decisões acerca dos rumos da família. A desigualdade existente dentro da entidade familiar era tutelada pelo próprio Código Civil de 1916, o qual buscava legitimar o instituto da família, independente dos indivíduos que pertenciam ao grupo familiar.

Tal modelo começa a ruir ainda na metade do século passado, sendo fortemente influenciado pelos eventos sociais, econômicos e políticos. O modelo legal então vigente passa a sofrer rupturas de caráter legislativo e social, rompendo com o *status quo*, ou seja, com o modelo tradicionalmente codificado de família⁶⁵. A família constantemente transforma-se e,

las transformaciones que se están produciendo en la misma, que se ven como síntomas de un desmoronamiento de una institución que es cada vez más inestable, en la medida que está siendo desbordada por la actitud individualista de sus miembros, que con sus comportamientos en el seno de la misma y al exterior han alterado las relaciones entre los sexos y también entre las generaciones, modificando los esquemas tradicionales de la

⁶³ Em tradução livre: “Se elaboram também noções como a de correção e respeitabilidade que refletem o ideal burguês sobre família, noções que se aplicam particularmente às mulheres, para o estabelecimento de um conjunto de regras que regem o seu comportamento e que giram em torno das funções que lhes são atribuídas: o cuidado dos filhos e o trabalho doméstico, tudo isso sob a autoridade do pai ou do marido. (...) Mas, acima de tudo, se produz um fato notável que marcará o destino das mulheres: a rejeição da burguesia pelas mulheres que trabalham, considerando essa atividade incompatível com o papel que lhe é atribuído na família, que acaba por impor a ideologia da diferença com uma nitidez que não teve em outro momento histórico.” FERNÁNDEZ, Rosario Valpuesta. *Contrato social entre mujeres y hombres*. REDUR 7, diciembre 2009, págs. 5-24. ISSN 1695-078X. p. 7.

⁶⁴ Cumpre esclarecer que a mulher de que se está a falar pertence a uma classe burguesa, na qual a mulher “não necessitava” trabalhar em razão de o varão apresentar condições suficientes para suprir materialmente a sua família. Entretanto, considerando a mulher inserta nas classes sociais mais humildes, esta sempre esteve “inserida” no mercado de trabalho, atuando em subempregos com o objetivo de auferir qualquer renda que auxiliasse na manutenção de sua família.

⁶⁵ FERNÁNDEZ, Rosario Valpuesta. *La protección constitucional de la familia ... Op., Cit., p. 127.*

convivencia familiar, al mismo tiempo que emergen en la sociedad otras realidades que se reconocen como familia.⁶⁶

Surgem diplomas legais que contrariam as disposições codificadas, como o Estatuto da Mulher Casada (Lei n.º 4.121/1962), o qual impõe a igualdade, embora meramente formal, entre os cônjuges, uma vez que a mulher casada retorna a sua condição de capaz, apesar de o homem continuar na chefia da família, sendo a mulher apenas sua colaboradora. O Estatuto da Mulher Casada ainda permite que a mulher exerça sua profissão e administração de suas rendas sem a necessidade de autorização do marido, caindo o poder marital.⁶⁷ Outra importante “ruptura” legislativa está na promulgação da Lei do Divórcio (Lei n.º 6.515/1977), a qual coloca termo à indissolubilidade do vínculo conjugal, rompendo com o paradigma da família como instituição sacramentalizada e, conseqüentemente, indissolúvel. Maria Berenice DIAS, a esse respeito, coloca que

Embora acanhada e vagarosamente, os textos legais acabaram retratando a **trajetória da mulher**. Ainda que lenta, a emancipação jurídica da mulher, a conquista por “um lugar ao sol”, abalou a organização da família, forçando o declínio da sociedade conjugal **patriarcal**. Assumindo as mulheres a condição de “sujeito de desejo”, o princípio da indissolubilidade do casamento ruiu, uma vez que a resignação histórica das mulheres é que sustentava os casamentos. Hoje a mulher, na plenitude de sua condição feminina, é parte fundante da estrutura social e passou a exercer funções relevantes para sua emancipação pessoal e profissional, para a sociedade e para a família. E, sempre que se fala em mulher, impositivo render homenagens ao **movimento feminista**. Apesar de tão ridicularizado, enfim conseguiu o que todas sempre ansiaram: a liberdade e a igualdade.⁶⁸ (grifo conforme o original)

⁶⁶ Em tradução livre: “as transformações que estão produzindo na mesma, que são vistas como sintomas de um colapso de uma instituição que é cada vez mais instável, na medida em que está sendo dominada pela atitude individualista de seus membros, que com seu comportamento dentro da mesma e no exterior tem alterado a relação entre os sexos e entre as gerações, mudando os padrões tradicionais de convivência familiar, ao mesmo tempo que emergem na sociedade outras realidades que são reconhecidas como família.” FERNÁNDEZ, Rosario Valpuesta. *La protección constitucional de la familia ...* Op. Cit., p. 127.

⁶⁷ O poder marital estabelecia que somente o marido representava a família; administrava os bens; fixava domicílio; e tinha a faculdade de autorizar a mulher a praticar uma série de atos da vida civil. PAULO LÔBO, a esse respeito, explica que “No Brasil, foram necessários 462 anos, desde o início da colonização portuguesa, para a mulher casada deixar de ser considerada relativamente incapaz (Estatuto da Mulher Casada, Lei n.º 4.121, de 27 de agosto de 1962); foram necessários mais 26 anos para consumir a igualdade de direitos e deveres na família (Constituição de 1988), pondo fim, em definitivo, ao antigo pátrio poder e ao poder marital.” LÔBO, Paulo Luiz Netto. Do poder familiar. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Direito de família e o novo código civil*. 4. ed. rev. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 149.

⁶⁸ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4. ed. ... Op. Cit., p. 94.

As mulheres passam, então, a ser reconhecidas como sujeitos de direito, vindo, esta nova concepção jurídica da situação feminina, a refletir-se diretamente no seio das famílias. A luta pela igualdade material não poderia deixar de se iniciar onde as desigualdades entre gêneros imperam: na família. Isto porque

(...) las mujeres con sus comportamientos han propiciado importantes cambios en el Derecho de familia, unos cambios que han supuesto el reconocimiento de sus derechos en iguales condiciones que los hombres. Pero su influencia tiene más alcance, pues las modificaciones legislativas que en estos últimos años se han operado en el régimen jurídico de las relaciones familiares han terminado por trastocar el modelo en el que las mismas se asentaban. Se puede afirmar, en consecuencia, que no estamos pues ante una simple conquista de derechos sino ante la superación de un régimen incompatible con la igualdad y la libertad.⁶⁹

Em relação às “rupturas” sociais, pode-se citar a inserção da mulher no mercado de trabalho⁷⁰ e o reconhecimento de outros agrupamentos familiares que se formavam à margem do sistema (sociedades de fato). O clássico papel social que era atribuído à mulher, muito em razão da própria maternidade, começa a ser alterado revigorando suas aspirações de cidadania.

A influência da jurisprudência também contribuiu para a transformação do conceito de família, sendo a edição da Súmula n.º 380⁷¹, pelo Supremo Tribunal Federal, preponderante para o reconhecimento de outras entidades familiares além do casamento.

⁶⁹ Em tradução livre: “as mulheres com seus comportamentos levaram a mudanças significativas no Direito de família, mudanças que resultaram no reconhecimento de seus direitos em igualdade de condições com os homens. Mas sua influência tem mais alcance, uma vez que as alterações legislativas que nos últimos anos têm ocorrido no sistema jurídico das relações familiares acabaram rompendo o modelo no qual as mesmas se assentavam. Se pode afirmar, portanto, que não estamos diante de uma simples conquista de direitos, mas sim frente à superação de um sistema incompatível com a igualdade e liberdade.” FERNÁNDEZ, Rosario Valpuesta. El impulso de las mujeres en la transformación del derecho de familia. In: RUBIO, María Paz Garcia; FERNÁNDEZ, Maria del Rosario Valpuesta. *El levantamiento del velo: las mujeres en derecho privado*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. p. 368-369.

⁷⁰ José Lamartine Corrêa de OLIVEIRA e Francisco José Ferreira MUNIZ esclarecem que “... os sociólogos observam que a integração da mulher no processo econômico confere-lhe maior poder de decisão e lhe proporciona relativa independência financeira. Com isto se acentua a tendência a desaparecer qualquer predeterminação de funções no interior da família (a autoridade e as tarefas domésticas tendem, portanto, a ser partilhadas igualmente entre os cônjuges).” OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Direito de família (direito matrimonial)*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1990. p. 10.

⁷¹ Súmula n.º 380/STF. Comprovação - Existência de Sociedade de Fato - Cabimento - Dissolução Judicial - Partilha do Patrimônio Adquirido pelo Esforço Comum. Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.

Tais transformações legislativas, sociais e jurisprudencial acabaram por revogar tacitamente diversos dispositivos do Código Civil de 1916, visto que se mostravam deveras ultrapassados para tutelar a realidade brasileira. Entretanto, apesar dos avanços conseguidos, a igualdade substancial tanto almejada ainda não foi alcançada.⁷²

A nadie escapa que uno de los grandes retos a los que se enfrentó el Estado democrático después de la Segunda Guerra Mundial fue alcanzar en todos los ámbitos la igualdad entre las mujeres y hombres. La situación de partida en la que se encontraban las primeras respecto a los varones reflejaba una lacerante discriminación en la titularidad y ejercicio de los derechos. Los Estados acometieron reformas trascendentes en sus ordenamientos a fin de eliminar todo vestigio de desigualdad, pero en la realidad de los hechos, la situación no ha evolucionado en los mismos términos, por lo que han sido muchas las reclamaciones que se han interpuesto a fin de erradicar una práctica incompatible con la democracia.

(...)

Aparece en la escena jurídica la confrontación de la igualdad formal, que se considera prioritaria, y la igualdad sustancial que se ha de conseguir. La dialéctica entre la dos ya la conocemos; la segunda tiene como límite la interdicción de toda discriminación que no esté justificada o no sea razanable, y el juicio que sobre ello se haga está muy condicionado por el peso que la igualdad formal sigue teniendo en el sistema.⁷³

A igualdade substancial, assim como inúmeras outras conquistas para o direito civil, passaram a ser expressamente previstas no texto da Constituição

⁷² “Y así, la realidad las pone frente a una situación que no era la esperada: la anhelada igualdad formal no se corresponde con una igualdad sustancial. Resulta pues que, a pesar de los intentos de cambios de comportamientos y de las mentalidades, a las mujeres se las sigue identificando de manera preferente con la familia, en la que aún asumen casi en solitario el cuidado y atención de los miembros que la integran, sin contar con el hecho evidente de la maternidad.” Em tradução livre: “E assim, a realidade está na frente de uma situação que não era esperada: a desejada igualdade formal não se corresponde a igualdade substancial. Parece também que, apesar das tentativas de mudar comportamentos e atitudes, as mulheres seguem identificando-se preferencialmente com a família, na qual assumem sozinhas o cuidado e a atenção dos membros que a integram, para não mencionar o fato óbvio da maternidade.” VALPUESTA, Rosario. *La ciudadanía de las mujeres. Una conquista feminista*. Rhec n.º 10, ano 2007, p. 133-182. p. 148.

⁷³ Em tradução livre: “Todo mundo sabe que um dos grandes desafios enfrentados pelo Estado democrático após a Segunda Guerra Mundial foi alcançar em todas as áreas a igualdade entre mulheres e homens. A situação inicial em que se encontravam as primeiras em comparação aos homens refletia uma discriminação dilacerante na titularidade e exercício de direitos. Os Estados elaboraram reformas transcendentais em seus ordenamentos para eliminar todos os vestígios de desigualdade, mas na realidade dos fatos, a situação não evoluiu nos mesmos termos, pelo que têm sido muitas das reclamações que foram trazidas a fim de erradicar uma prática incompatível com a democracia. (...) Aparece na cena jurídica a confrontação da igualdade formal, que é considerada prioritária, e igualdade substancial que deve ser alcançada. A dialéctica entre as duas já conhecemos, a segunda busca limitar a proibição de qualquer discriminação que não se justifica ou não seja razoável, e o julgamento que sobre isto é feito em grande parte influenciada pelo peso que a igualdade formal permanece tendo no sistema.” VALPUESTA, Rosario. Entre los principios y las personas: límites y posibilidades del derecho comunitario. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. Anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2008. p. 145-147.

Federal de 1988, a qual recepciona o instituto da família e concede “especial proteção do Estado” às entidades familiares.⁷⁴

Assim, chega-se à outra margem, a família contemporânea. No modelo constitucionalizado de família, a igualdade, anteriormente meramente formal, entre os cônjuges ou companheiros, alça-se a materialidade. O controle da fecundidade tem um importante papel nesta trajetória, uma vez que a mulher passa a poder planejar também o seu futuro.⁷⁵

Em contrapartida, a inserção da mulher no mercado de trabalho, sua revalorização como pessoa humana plenamente capaz, e a formação de uma família como decorrência do afeto recíproco e não mais como uma imposição social, acabou por, em muitos casos, adiar o projeto da maternidade⁷⁶. Essas transformações, impulsionadas também pelo distanciamento entre relação sexual e procriação, muitas vezes acabam gerando angústias e frustrações, uma vez que, apesar do ilusório controle sobre a fecundidade, não se leva em consideração um fator preponderante: a idade da mulher para gerar um filho.⁷⁷ Os avanços biotecnológicos e biomédicos⁷⁸ ainda não encontraram uma “fórmula” para preservar

⁷⁴ “La asunción de la familia por las constituciones supone, sin duda, una manifestación de la importancia que la misma tiene para el modelo de sociedad que se quiere, y responde a la necesidad de imponer los criterios que deben regir las relaciones entre sus miembros.” Em tradução livre: “O reconhecimento da família pelas constituições supõe, sem dúvida, uma manifestação da importância que a mesma tem para o modelo de sociedade que se quer, e responde à necessidade de impor os critérios que devem reger as relações entre os seus membros.” FERNÁNDEZ, Rosario Valpuesta. *La protección constitucional de la familia ...* Op. Cit., p. 134.

⁷⁵ A maternidade acabava definindo o papel das mulheres perante a sociedade, as quais deveriam viver por essa razão. A procriação era de extrema importância “... para uma família voltada ao modo de produção destinado ao tráfego patrimonial. O matrimônio legitimava as relações sexuais, ressaltando a função procriadora do casamento. Tal ênfase conecta-se à função biológica da maternidade, considerando-a como o papel precípua da mulher na sociedade.” MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *As famílias não fundadas no casamento e a condição feminina*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 26.

⁷⁶ “Nos Estados Unidos, na década de 1980, a taxa de nascimento do primeiro filho em mulheres de 35 a 39 anos aumentou 81%. Essa tendência é observada também em nosso meio, aumentando a procura por técnicas de reprodução assistida, que buscam elevar as taxas de gravidez ...”. CAVALCANTE, Edvaldo; CAVAGNA, Mario. Fatores de risco e prevenção da infertilidade. In: MELAMED, Rose Massaro; SEGER, Liliansa; BORGES JUNIOR, Edson (coords.). *Psicologia e reprodução humana assistida: uma abordagem multidisciplinar*. São Paulo: Gen / Livraria Santos, 2009. p. 6.

⁷⁷ “Diante da perda ou da ameaça do poder de procriação, muitas vezes, não se distingue o que causa mais sofrimento: a ausência do filho desejado ou os sentimentos de fracasso, perda e insegurança que invadem o indivíduo nesta situação.” FARINATI, Débora. *As causas multideterminadas da infertilidade ...* Op. Cit., p. 46.

⁷⁸ “A Biomedicina (antes, Ciências Biológicas - Modalidade Médica) é uma nova entre as diversas ciências da saúde existentes, sendo a ciência que atua no campo de interface entre Biologia e Medicina, voltada para a pesquisa das doenças humanas, seus fatores ambientais e ecoepidemiológicos, com o objetivo de compreender as causas, efeitos, mecanismos e desenvolver

a qualidade e a quantidade dos óvulos de uma mulher após os 35 anos⁷⁹. Sobre essa questão, Edvaldo CAVALCANTE e Mario CAVAGNA esclarecem que

A tendência moderna da mulher postergar a maternidade talvez seja o principal fator de risco para a infertilidade. Existe uma tendência nas últimas décadas na diminuição das taxas de fertilidade, atribuídas principalmente à educação e participação da mulher no mercado de trabalho, priorizando o sucesso e realização profissional em detrimento da maternidade. Assim, o desejo de gestação surge por volta dos 35 anos de idade, período que coincide com a diminuição acentuada da fecundidade.⁸⁰

Um dos maiores problemas relacionados à infertilidade feminina é a idade da mulher. A sociedade transformou-se, as mulheres se alçaram à profissionalização e, conseqüentemente, ao mercado de trabalho, já superando os homens em grau de escolaridade.⁸¹ Entretanto, os salários femininos ainda são menores do que os masculinos.⁸² Por outro lado, o abismo existente entre os legítimos anseios femininos, especialmente no tocante às aspirações relacionadas ao crescimento profissional, e a biologia da mulher, dissociam-se das tendências desta sociedade contemporânea, uma vez que o aparelho reprodutivo feminino não se transformou.⁸³ Ademais, as informações disponibilizadas à sociedade neste sentido ainda são

e/ou aprimorar diagnósticos e tratamentos.” Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Biomedicina>; consultado em 13 jan. 2013.

⁷⁹ “Já é clássico o fato de que há um potencial de reserva folicular ovariana, que vai sendo consumida e diminui apreciavelmente com os anos. Há um tempo ideal para gestar, que deveria ser antes dos 35 anos. Mesmo para os homens, hoje, estima-se também diferenças importantes a partir dos 40 anos. Mas, a informação prévia aos casais é falha nesse aspecto.” SOUZA, Maria do Carmo Borges de; MOURA, Marisa Decat de. Reprodução assistida: a importância dos limites, ou a construção dos diálogos. In: MELAMED, Rose Massaro; SEGER, Liliana; BORGES JUNIOR, Edson (coords.). *Psicologia e reprodução humana assistida: uma abordagem multidisciplinar*. São Paulo: Gen / Livraria Santos, 2009. p. 65.

⁸⁰ CAVALCANTE, Edvaldo; CAVAGNA, Mario. Fatores de risco e prevenção da infertilidade... Op. Cit., p. 5-6.

⁸¹ Segundo a Pesquisa Mensal de Emprego (PME) 2009, divulgada pelo IBGE, “Enquanto 61,2% das trabalhadoras tinham 11 anos ou mais de estudo, ou seja, pelo menos o ensino médio completo, para os homens este percentual era de 53,2%. A parcela de mulheres ocupadas com nível superior completo era de 19,6%, também superior ao dos homens (14,2%).” Disponível em: <http://www.ecodebate.com.br/2010/03/09/ibge-divulga-informacoes-sobre-a-mulher-no-mercado-de-trabalho/>; consultado em 13 jan. 2013.

⁸² Segundo a Pesquisa Mensal de Emprego (PME) 2009, divulgada pelo IBGE, “O rendimento de trabalho das mulheres, estimado em R\$ 1.097,93, continua inferior ao dos homens (R\$ 1.518,31). Em 2009, comparando a média anual de rendimentos dos homens e das mulheres, verificou-se que as mulheres ganham em torno de 72,3% do rendimento recebido pelos homens. Em 2003, esse percentual era de 70,8%.” Disponível em: <http://www.ecodebate.com.br/2010/03/09/ibge-divulga-informacoes-sobre-a-mulher-no-mercado-de-trabalho/>; consultado em 13 jan. 2013.

⁸³ “Ainda que do ponto de vista endócrino a mulher com idade mais avançada apresente níveis hormonais não diferentes de uma mulher jovem, seus oócitos poderão apresentar alterações celulares, citoplasmáticas e cromossômicas, que podem determinar o insucesso das técnicas reprodutivas.” CAVALCANTE, Edvaldo; CAVAGNA, Mario. Fatores de risco e prevenção da infertilidade ... Op. Cit., p. 6.

muito tímidas ou quicá inexistentes, visto que, como esclarecem Maria do Carmo Borges de SOUZA e Marisa Decat de MOURA,

A assistência de saúde prevê orientação contraceptiva num mundo mais liberado, mas não se ocupa da prevenção que seria informar da necessidade de se estar atento ao relógio biológico, de planejar a prole dentro de todos os outros objetivos de vida como sobrevivência, estudo, trabalho, carreira. A idéia geral (estabelecida pela própria mídia em propagandas especializadas, reforçadas pelas declarações de médicos e estruturas de apoio como indústria de medicamentos, equipamentos científicos) é de que 'quando se quiser e se houver problemas', as técnicas estarão disponíveis, com sucesso garantido e com perfeição, como num anúncio de roupas brancas lavadas com 'o melhor' sabão em pó, uma ciência perfeita, asséptica, sem riscos, ao dispor dos consumidores-clientes.⁸⁴

Assim, o planejamento familiar acaba comprometido, uma vez que no momento em que se deseja um filho, óbices biológicos e fisiológicos acabam, muitas vezes, dificultando a realização de tão esperado projeto. Nesse cenário, as técnicas de reprodução assistida mostram-se como uma alternativa à realização do projeto parental⁸⁵. Todavia, deve-se levar em consideração que, quanto mais avançada a idade da mulher⁸⁶, menor é o índice de sucesso das técnicas reprodutivas, podendo, inclusive, dificultar a reprodução assistida com material genético próprio da mulher (técnica homóloga).⁸⁷ Necessário se faz, ainda, esclarecer que as técnicas de reprodução assistida não representam um sistema perfeito, como possa parecer, ou melhor, como muitos pretendem mostrar. A utilização das técnicas artificiais de reprodução, normalmente, causa enorme sofrimento, visto que gera angústia,

⁸⁴ SOUZA, Maria do Carmo Borges de; MOURA, Marisa Decat de. Reprodução assistida: a importância dos limites, ou a construção dos diálogos ... Op. Cit., p. 66.

⁸⁵ Importante colocar que a reprodução assistida é uma das alternativas à realização do projeto parental, existindo outras, como, por exemplo, a adoção. Não se pretende aqui fazer uma análise axiológica acerca dos legítimos interesses dos sujeitos em realizar seu projeto parental, isto porque, como bem coloca Deborah CIOCCI, "A existência de inúmeras crianças órfãs no Brasil não pode ser argumento nem critério para banir as técnicas médicas e determinar a proibição de seu emprego, devendo ser livre a decisão de cada um." CIOCCI, Deborah. O direito e as tecnologias de reprodução humana assistida. In: MELAMED, Rose Massaro; SEGER, Liliana; BORGES JUNIOR, Edson (coords.). *Psicologia e reprodução humana assistida: uma abordagem multidisciplinar*. São Paulo: Gen / Livraria Santos, 2009. p. 20.

⁸⁶ Uma alternativa ao adiamento da maternidade, quando planejado, é a criopreservação do material genético feminino, para que possa ser utilizado quando a mulher "estiver pronta" para a maternidade.

⁸⁷ "As mulheres com mais de 40 anos de idade com ciclo menstrual normal encontram-se em uma faixa etária na qual é sabido que a probabilidade de conseguir gestação com oócitos próprios é reduzida, já que a qualidade biológica dos oócitos diminui, traduzindo-se em um aumento das alterações cromossômicas e de aborto que são diretamente proporcionais à idade. Essas pacientes devem ser informadas sobre a possibilidade diminuída de se obter uma gestação e os riscos de utilizar seus próprios oócitos." CAVALCANTE, Edvaldo; CAVAGNA, Mario. Fatores de risco e prevenção da infertilidade ... Op. Cit., p. 6.

ansiedade, necessidade de alteração da rotina, ingestão de hormônios, além da sempre presente incerteza quanto ao êxito do procedimento.⁸⁸ Mas o certo é que traz também a esperança em poder realizar o tão desejado projeto parental.

Por outro lado, o planejamento familiar deve, ainda, contemplar o interesse daquele que está por nascer, sendo preponderante que envolva a tutela do futuro filho. Isto porque, é dever dos pais a tutela do filho, não apenas por uma imposição legal, mas também em decorrência dos laços de afetividade que os ligam. Faz-se necessário, assim, identificar se aqueles que pretendem utilizar as técnicas de reprodução assistida são “capazes de entender a extensão e a responsabilidade do exercício da paternidade e da maternidade”⁸⁹, uma vez que os interesses pessoais daqueles que desejam procriar não podem se sobrepor ao interesse daquele que esta por vir.

Tal questão é muito bem exemplificada na célebre sentença bíblica proferida pelo Rei Salomão, o qual, na posição de magistrado instigado a dirimir um conflito entre duas mulheres acerca de quem seria a verdadeira mãe de uma criança, propôs dividi-la ao meio. Uma das mulheres, então, permitiu que a outra levasse a criança, poupando-a do sacrifício. Ante a postura da mulher, em abrir mão de sua legítima maternidade a fim de resguardar a criança, o Rei Salomão conseguiu aferir quem, efetivamente, estava exercendo o papel de mãe, colocando os interesses da criança acima dos demais. O Rei Salomão, então, entregou a criança àquela mulher que, acima de tudo, buscou tutelar o melhor interesse de seu filho.⁹⁰

⁸⁸ Rose Massaro MELAMED explica que o diagnóstico de infertilidade desencadeia nos sujeitos vários sentimentos: “vergonha, culpa, profunda tristeza, ansiedade e angústia; constituindo uma importante fonte de estresse que afeta várias outras áreas da vida dessas pessoas, podendo gerar um estado de instabilidade emocional (incluindo a esfera sexual) ...”. MELAMED, Rose Massaro. Alterações emocionais como causas de infertilidade. In: MELAMED, Rose Massaro; SEGER, Lilianna; BORGES JUNIOR, Edson (coords.). *Psicologia e reprodução humana assistida: uma abordagem multidisciplinar*. São Paulo: Gen / Livraria Santos, 2009. p. 41.

⁸⁹ SÁ, Maria de Fátima Freire de. Monoparentalidade e biodireito. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Afeto, ética, família e o novo código civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 445.

⁹⁰ “O Rei Salomão e As Duas Mulheres. Um dia, o Rei Salomão pediu a Deus em oração que lhe desse humildade e sabedoria para poder discernir o Bem do Mal. Em sonho, o Senhor lhe disse que o atenderia em seu pedido. Porém, não ficou sabendo o Rei Salomão como (nem quando) o Senhor lhe faria isso. No dia seguinte, entretanto, logo ao acordar, vieram a ele duas mulheres e se puseram a discutir. Disse-lhe uma delas: -Ah! Senhor meu, eu e esta mulher moramos na mesma casa. Eu tive um filho, estando com ela naquela casa. Mas no terceiro dia após o meu parto, ela também teve um filho. Estávamos juntas, somente nós duas naquela casa. Assim, ninguém ficou sabendo o que aconteceu lá. Só que, de noite, o filho dela morreu, porque ela se deitou sobre ele. Daí ela se levantou no meio da noite e, enquanto eu dormia, tirou o meu filho do meu lado e deitou-o no seu seio. Depois deitou seu filho morto no meu seio. O rei Salomão ouvia atento. A mulher proseguiu: - Levantando-me pela manhã, porém, para dar de mamar ao meu filho, vi que ele estava

O caso bíblico das duas mulheres e do Rei Salomão ilustra bem de que forma o interesse do futuro filho deve ser tutelado. As pretensões dos futuros pais não poderão se sobrepor às daquele que, caso o procedimento de reprodução assistida tenha êxito, irá nascer.

1.3 O Melhor Interesse daquele que está por Nascer

Questão de importância ímpar e que não pode ser deixada de lado, relaciona-se àquele que está por nascer quando da realização de um bem-sucedido procedimento de reprodução assistida: o filho. Os pais planejam, sonham, investem recursos materiais e, muitas vezes, colocam como o projeto mais importante a ser realizado em suas vidas, não medindo esforços para atingirem seus objetivos. Entretanto, o interesse daquele que está por nascer também deve ser levado em consideração neste planejamento familiar.⁹¹ Isto porque, o direito constitucional de os pais planejarem sua família implica, igualmente, o dever de exercer essa futura paternidade e maternidade de forma responsável. Nos dizeres de Rosalice Fidalgo PINHEIRO

O princípio da paternidade responsável norteia a composição da família, conferindo à paternidade novo significado: não se trata apenas de “prover e cuidar da prole”, mas de promover o desenvolvimento do filho como pessoa. Desvinculada do aspecto tão somente biológico, a paternidade revela-se como um opção, e não como uma imposição, capaz de

morto. Mas, levando eu para vê-lo à luz do dia, percebi que não era o filho que eu tinha dado à luz, mas sim o filho da outra. A outra mulher a interrompeu: - Engano seu. O menino vivo é o meu filho. O teu é o morto. Porém, a primeira disse: - Não, o morto é teu filho. O vivo é o meu. Assim, falaram as duas perante o rei. Disse o rei: - Esta diz: “Este que vive é meu filho, e teu filho é o morto”. A outra diz: “Não, o morto é teu filho, o vivo é o meu”. Então, decidido, disse o rei aos guardas: - Tragam-me uma espada. Os guardas trouxeram-lhe uma espada. Ordenou o rei: - Dividam o menino vivo em duas partes, e dêem metade a uma, e metade a outra. Só que a mulher cujo filho era o vivo, disse ao rei: - Ah, senhor meu! Dai-lhe o menino vivo, e de modo nenhum o mateis. A outra, porém, dizia: - Nem meu, nem teu. Seja dividido! Então respondeu o rei: - Dai à primeira o menino vivo. De modo nenhum o mateis; esta é sua mãe. Quando todo o Israel ouviu a sentença que o rei proferira, temeu ao rei, porque viu que havia nele a sabedoria de Deus para fazer justiça.” Bíblia Sagrada. Conf. 1 Reis, 15-28.

⁹¹ A respeito do princípio do melhor interesse da criança, Marta Marília TONIN esclarece que “... já não se admite mais a conotação de criança como *objeto de direito*, e sim, como *sujeito de direito*, porque se trata de pessoa em condição peculiar de desenvolvimento e que merece da família, da sociedade, do Estado, das instituições públicas e particulares, a prioridade de atendimento das suas necessidades e dos direitos fundamentais. E para que tudo isso? Para uma melhor formação e respeito ao ser humano.” (grifo conforme o original). TONIN, Marta Marília. *O princípio do melhor interesse da criança e os limites do direito: uma análise da jurisprudência brasileira*. Tese de Doutorado, UFPR, 2001, p. 377. Consulta ao documento original, disponível na Biblioteca da Universidade Federal do Paraná.

conduzir os filhos à autonomia e ao encontro de sua identidade. Considerado que a “liberdade não exclui a responsabilidade”, pois esta não convive sem aquela, a liberdade de planejamento familiar implica responsabilidade de paternidade.⁹²

E quem teria a responsabilidade de tutelar interesse tão importante? A tutela desses interesses deveria caber não apenas aos pais que estão idealizando o projeto parental, mas também aos profissionais envolvidos na realização deste projeto.

Isso decorre do fato de que os casais que procuram a reprodução assistida normalmente a buscam depois de esgotadas as possibilidades de gerar naturalmente o filho. Assim, a ansiedade e o desejo dos casais muitas vezes podem comprometer o seu consentimento acerca das possíveis escolhas a serem adotadas para realização do projeto parental.

Diante disso, mostra-se relevante a atuação de profissionais não apenas de medicina, mas também da psicologia a fim de orientar e mesmo aferir a condição dos pretensos pais, já pensando e tutelando o interesse daqueles que estão por vir. Nesse sentido, entende-se necessário analisar se o casal está disposto a passar por procedimentos de reprodução assistida heteróloga, caso seja necessário, gravidez múltiplas, quando for possível e, ou, desejada a implantação de mais de um embrião, ou mesmo possam valer-se da maternidade de substituição. Nesses casos, importante a orientação dos futuros pais acerca de todas as questões que envolvem os procedimentos relativos a essas técnicas, assim como questões relacionadas ao futuro filho.

Um exemplo da situação em comento ocorreu com um casal que, após socorrerem-se das técnicas de reprodução assistida, acabaram por engravidar de trigêmeas. Na mãe, de apenas 28 anos, foram implantados três embriões, o que ainda era permitido, uma vez que as técnicas de reprodução assistida foram efetivadas sob a égide da Resolução n.º 1.358/1992 do Conselho Federal de Medicina⁹³, a qual permitia a implantação de até quatro embriões.⁹⁴ Ainda na

⁹² PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Planejamento familiar e a condição feminina ... Op. Cit., p. 291.

⁹³ A Resolução n.º 1.358/1992 do Conselho Federal de Medicina foi revogada pela Resolução n.º 1.957/2010 do mesmo Conselho, a qual entrou em vigor em 6 de janeiro de 2011. A nova Resolução estabelece um limite de embriões a serem implantados no útero materno variando conforme a idade da mãe. Assim, em uma mulher de 28 anos, apenas poderiam ser implantados dois embriões.

gestação, o casal expressou o desejo de “ficar” com apenas duas meninas, formalizando tal intento “em agosto de 2010, cinco meses antes do nascimento das crianças, segundo as decisões da Justiça”⁹⁵. Tal desejo foi confirmado perante o Poder Judiciário, especificando qual das crianças seria disponibilizada à adoção, enquanto os bebês ainda estavam internados na maternidade.⁹⁶ Então, quando as trigêmeas nasceram, em 24 de janeiro de 2011, o pai, após as meninas ficarem cerca de 30 dias na Unidade de Terapia Intensiva (UTI) da maternidade, em razão de terem nascido prematuras, informou que levaria apenas dois dos bebês, optando por destinar “a mais frágil” à adoção.⁹⁷ Os profissionais do hospital, inconformados com a postura do pai, entraram em contato com o Ministério Público, o qual, por uma medida liminar, impediu que os pais levassem qualquer um dos três bebês. As trigêmeas foram encaminhadas a um abrigo de menores e, após aproximadamente dois meses, os tios dos bebês conseguiram, por meio de medidas judiciais, a guarda provisória.⁹⁸ Os pais se diziam muito arrependidos e que tinham o interesse em ficar com os três bebês. Para tanto, interpuseram várias medidas judiciais a fim de tentar reverter a situação.⁹⁹ O médico que implantou os embriões na mãe informa que é a primeira vez que se depara com um casal rejeitando um filho após submeterem-se a tratamentos para engravidar.¹⁰⁰

⁹⁴ GERAQUE, Eduardo; MOI, Izabela. *Risco de gestação tripla era conhecido, dizem médicos*. Folha de S. Paulo, Caderno Cotidiano, veiculada em 03/04/2011. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/897646-risco-de-gestacao-tripla-era-conhecido-dizem-medicos.shtml>, consultado em 09 dez. 2012.

⁹⁵ CARAZZAI, Estelita Hass. *Pais autorizaram adoção de trigêmea ainda na gravidez no PR*. Folha de S. Paulo, Caderno Cotidiano, veiculada em 08/04/2011. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/899946-pais-autorizaram-adocao-de-trigemea-ainda-na-gravidez-no-pr.shtml>, consultado em 09 dez. 2012.

⁹⁶ Segundo informações do Jornal Folha de S. Paulo, as decisões foram consultadas na versão on-line do Diário Oficial da Justiça do Paraná. CARAZZAI, Estelita Hass. *Pais autorizaram adoção de trigêmea ainda na gravidez no PR...* Op. Cit.

⁹⁷ *Pais de trigêmeas rejeitam uma das crianças no PR*. Folha de S. Paulo, Caderno Cotidiano, veiculada em 01/04/2011. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/897303-pais-de-trigemeas-rejeitam-uma-das-criancas-no-pr.shtml>, consultado em 09 dez. 2012.

⁹⁸ CARAZZAI, Estelita Hass. *Trigêmeas de Curitiba devem continuar com os tios, decide Justiça. PR*. Folha de S. Paulo, Caderno Cotidiano, veiculada em 21/09/2011. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/978589-trigemeas-de-curitiba-devem-continuar-com-os-tios-decide-justica.shtml>, consultado em 09 dez. 2012.

⁹⁹ Contudo, em que pese às buscas realizadas, não se conseguiu qualquer acesso ao resultado das demandas, uma vez que o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná não disponibiliza jurisprudência decorrente de processos que tramitaram em segredo de justiça. Tampouco se conseguiu qualquer outra notícia mais atualizada acerca do caso.

¹⁰⁰ “‘É inédito um casal recusar filhos após tratamento’, afirmou à Folha o ginecologista Karam Abou Saab, que implantou os embriões na mãe.” *Pais de trigêmeas rejeitam uma das crianças no PR*. Op. Cit.

O caso acima relatado chocou a mídia e a sociedade, uma vez que as técnicas de reprodução assistida devem servir a um “exercício responsável da função procriativa”, a qual, “por sua vez, deve se pautar sempre pela observância ao valor que tem em si o filho que se busca”¹⁰¹. Entretanto, necessária se faz uma análise mais profunda da questão, como bem colocam Danielle Breyton, Helena Albuquerque e Verônica Melo do Departamento de Psicanálise do Instituto Sedes Sapientiae, de São Paulo, estudiosas dos assuntos que envolvem a reprodução assistida desde 1997. As pesquisadoras, acerca da situação das trigêmeas, questionam de quem seria a responsabilidade pela implantação de três ou quatro embriões no útero de uma jovem de 28 anos e a quem caberia a decisão que implica tamanhos riscos, se ao casal, ou à equipe médica, ou ao Estado:

As psicanalistas apontam que, no caso das trigêmeas, os pais incorporaram algo que faz parte do discurso hegemônico, plenamente assimilado pela sociedade e amplamente divulgado pela mídia em centenas de reportagens. Neste discurso, os termos “escolha, doação, descarte e redução” são corriqueiros na área da reprodução assistida. No texto, elas criticam a desimplicação de todos no caso, a começar pelo médico, e afirmam que as trigêmeas não são apenas filhas de seus pais – mas de uma cultura. Neste sentido, são filhas de todos nós.¹⁰²

O caso das trigêmeas mostra que, apesar de a tutela do melhor interesse da criança e do adolescente estar expressamente prevista na Carta Maior brasileira (art. 227) e também no Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 18), este direito-dever nem sempre é levado em consideração. Dessa forma, verifica-se a necessidade em se considerar tal princípio quando o tema em pauta refere-se à reprodução humana assistida, impondo-se uma efetiva e séria análise da conduta dos futuros pais perante a filiação. A filiação decorrente da reprodução assistida não pode ser vista como um produto fruto da mercantilização das técnicas médicas. A relação contratual que envolve os pretensos pais e os profissionais da reprodução assistida transcende o caráter meramente patrimonial, abrangendo questões que, da mesma forma, transcendem o interesse apenas das partes contratantes, sendo preponderante se considerar também os interesses da futura geração. Dessa forma,

¹⁰¹ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família: Lei n.º 10.406, de 10.01.2002*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 519.

¹⁰² BRUM, Eliane. *Reprodução assistida – ou desassistida? O caso das trigêmeas e o lugar da maternidade em nosso tempo*. Revista Época, veiculada em 25/07/2011. Disponível em: <http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EMI251605-15230,00.html>, consultado em 09 dez. 2012.

a tutela do Estado acerca destas relações, as quais decorrem da autonomia privada dos sujeitos, coloca-se como necessária, uma vez que, de fato, podem estar ocorrendo outras situações que violam sobremaneira os preceitos insculpidos na Constituição brasileira, mas, por atenderem apenas aos interesses das partes envolvidas diretamente na relação contratual, não são levadas ao conhecimento público, ao contrário do que ocorreu com o caso das trigêmeas relatado anteriormente.

A tutela dos interesses do futuro filho, conforme já colocado, é tarefa que se impõe, sendo da mesma forma importante, a fim de efetivar tal preceito, melhor entender como funcionam as técnicas reprodutivas. Para tanto, necessário se faz, mesmo que de maneira sintética, conceituá-las, tentando estabelecer um diálogo entre os termos médicos e jurídicos empregados para tratá-las.

1.4 As Técnicas de Reprodução Assistida

As técnicas de reprodução assistida começaram a ser utilizadas no Brasil no início da década de 1980, ainda com poucos profissionais especializados na área. A procura pela utilização das “novas” técnicas reprodutivas iniciou-se de forma tímida, aumentando substancialmente a partir do início deste século, com o também aumento dos serviços especializados e com o aprimoramento das técnicas médicas reprodutivas.

As técnicas de reprodução humana assistida podem ser classificadas, como de baixa complexidade, quando a fecundação ocorre dentro do corpo da mulher, e de alta complexidade, quando “a fecundação é extracorpórea”, ou seja, o embrião é formado fora do corpo da mulher, sendo, posteriormente, transferido ao útero materno.¹⁰³ Exemplo do método de baixa complexidade é a inseminação intra-uterina, também conhecida como inseminação artificial, e dos métodos de alta complexidade pode-se citar a fertilização *in vitro* (FIV) com transferência de embriões.

¹⁰³ CAVAGNA, Felipe. Tratamento da infertilidade - reprodução assistida. In: MELAMED, Rose Massaro; SEGER, Liliana; BORGES JUNIOR, Edson (org.). *Psicologia e reprodução humana assistida: uma abordagem multidisciplinar*. São Paulo: Gen / Livraria Santos, 2009. p. 8.

Os termos “inseminação artificial” e “fertilização assistida” não se confundem, uma vez que o primeiro caracteriza-se pela introdução de espermatozoides no útero da mulher de forma artificial – por meio de um cateter de inseminação –, não sendo necessária a retirada dos óvulos femininos.¹⁰⁴ Nas lições de Jussara Maria Leal de MEIRELLES, a inseminação artificial pode ser definida como “(...) a técnica científica mais antiga e consiste, basicamente, na introdução do esperma na cavidade uterina ou no canal cervical, por meio de uma cânula, no período em que o óvulo se encontra suficientemente maduro para ser fecundado”¹⁰⁵. A inseminação intrauterina, apesar de ser um procedimento simples, requer que a mulher se submeta a uma estimulação ovariana, a fim de aumentar o número de folículos disponíveis, aumentando as probabilidades de gravidez.¹⁰⁶

Na fertilização assistida, a qual tem a espécie da fertilização *in vitro* como a técnica mais conhecida, o encontro do espermatozoide (gameta masculino) com o óvulo (gameta feminino) ocorre fora do corpo da mulher, no laboratório.¹⁰⁷ A fertilização *in vitro*, simbolizada pela sigla FIV, “(...) consiste, basicamente, em se retirar um ou vários óvulos de uma mulher, fecundá-los em laboratório e, após algumas horas ou em até dois dias, realizar a transferência ao útero ou às trompas

¹⁰⁴ “A inseminação artificial ou inseminação intra-uterina (IIU) é a injeção de espermatozoides do marido dentro do útero da mulher. Espera-se que os espermatozoides injetados “nadem” livremente pelo sistema genital feminino e cheguem às tubas uterinas onde vão fecundar o óvulo. Os espermatozoides usados na IIU são preparados em um meio de cultura especial que aumenta sua energia e sua motilidade, num processo chamado capacitação. A chance de gravidez por tentativa de IIU fica em torno dos 20%. A taxa de bebê em casa em ciclos de IIU varia de 13 a 15%.” OLIVEIRA, Flávio Garcia de. *A diferença entre inseminação artificial e fertilização assistida*. Disponível em: <http://clinicafgo.com.br/posts/2009/01/a-diferenca-entre-inseminacao-artificial-e-fertilizacao-assistida/>; consultado em 18 ago. 2012.

¹⁰⁵ MEIRELLES, Jussara Maria Leal. *A vida embrionária e sua proteção jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 18.

¹⁰⁶ CAVAGNA, Felipe. Tratamento da infertilidade ... Op. Cit., p. 9.

¹⁰⁷ “As técnicas de fertilização assistida são mais complexas e envolvem a manipulação tanto dos espermatozoides quanto do óvulo. Uma das mais conhecidas é a fertilização *in vitro* convencional (FIV). Nesse processo vários óvulos são coletados da mulher. Cada óvulo é imerso num recipiente de plástico inerte especial contendo meio de cultura e 50 a 100 mil espermatozoides. Somente um desses espermatozoides irá fecundar o óvulo. Uma vez fecundado o óvulo inicia seu crescimento e divisão originando o que chamamos de pré-embrião. Com 24 horas teremos 2 células, com 48 h teremos 4 células, com 72 h – 8 células, e assim por diante. Nesse estágio (8 células), outras vezes até mais tarde (16 ou mais células), transferimos os pré-embriões para o interior do útero da mulher. Após 12 dias da transferência fazemos o teste de gravidez. Um outro tipo de fertilização assistida é a ICSI – injeção intra-citoplasmática de espermatozoide – caso em que um único espermatozoide é injetado em cada óvulo disponível sob visão de um microscópio especial e através da utilização de microagulhas (micromanipulação dos gametas). As chances de gravidez pela FIV / ICSI variam de acordo com a idade, mas chegam a 55% por tentativa em mulheres com menos de 35 anos. A taxa de bebê em casa varia de 35 a 45%.” OLIVEIRA, Flávio Garcia de. *A diferença entre inseminação artificial e fertilização assistida ... Op. Cit.*

de Falópio”¹⁰⁸. Ou seja, na fertilização *in vitro* convencional o encontro entre o óvulo e o espermatozoide ocorre em laboratório, e, depois de haver a fertilização, o embrião é transferido ao útero da mulher. A mulher, normalmente, submete-se à estimulação farmacológica da ovulação e, cerca de trinta e seis horas após “o desencadeamento da maturação folicular”, faz-se a aspiração folicular, coletando-se seus óvulos, para posterior fecundação *in vitro*.¹⁰⁹ Os espermatozoides, por sua vez, são coletados por masturbação, podendo ser criopreservados, para posterior utilização, ou utilizados “a fresco”. Em relação ao procedimento da fertilização *in vitro* convencional, Felipe CAVAGNA explica que “... coloca-se em torno de 100.000 espermatozoides para cada óvulo. Cerca de 18 a 20 horas depois, observa-se se ocorreu a fertilização, determinada pela presença de dois pró-núcleos. Os embriões fertilizados continuam seu desenvolvimento na incubadora, por dois a três dias, sendo então transferidos para o útero.”¹¹⁰

A fertilização *in vitro* ainda pode ser realizada por meio da injeção intracitoplasmática de espermatozoide, conhecida pela sigla ICSI (sigla em inglês, representando a palavra *Intracytoplasmic Sperm Injection*), pois, em razão da ausência de fertilização, decorrente, normalmente, de fator masculino grave, torna-se necessário que se proceda “a injeção de um único espermatozoide diretamente no interior do óvulo”.¹¹¹ Esta técnica permite que ocorra a fertilização “forçada” em laboratório, possibilitando que muitos espermatozoides masculinos que não poderiam ser utilizados na fertilização *in vitro* tradicional, agora possam com a utilização da ICSI¹¹². Ademais, diminui a necessidade de utilização de sêmen de

¹⁰⁸ MEIRELLES, Jussara Maria Leal. *A vida embrionária e sua proteção jurídica ...* Op. Cit., p. 18.

¹⁰⁹ CAVAGNA, Felipe. *Tratamento da infertilidade ...* Op. Cit., p. 11.

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 11-12.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 12.

¹¹² “Apesar da ICSI envolver apenas três (...), das nove etapas descritas para a fecundação natural, os gametas da técnica de ICSI ainda devem desempenhar vários processos para a formação do zigoto. Desta forma, a transposição das seis etapas iniciais envolvidas na fecundação não impede que a presença de alterações na fisiologia e/ou constituição cromossômica dos espermatozoides, artificialmente selecionados na técnica de ICSI, resulte em falha de fertilização ou alteração dos processos de formação e fusão dos pró-núcleos.” ARROTEIA, Kélen Fabíola. *Fisiologia reprodutiva*. In: FARAHA, Leila Montenegro Silveira; *et alii*. *Genética da infertilidade*. In: BORGES JUNIOR, Edson; FARAHA, Leila Montenegro Silveira; CORTEZZI, Sylvia Sanches (ed.). *Reprodução humana assistida*. São Paulo: Atheneu, 2011. p. 17.

doador anônimo, quando esta seria a única alternativa na fertilização *in vitro* tradicional.¹¹³

Os embriões, antes da transferência para o útero materno, ainda podem passar pelo Diagnóstico Genético Pré-Implantacional¹¹⁴, também conhecido pela sigla PGD, o qual objetiva fazer uma análise cromossômica das células embrionárias a fim de se detectar alguma alteração cromossômica, quando houver risco para seu aparecimento. O diagnóstico genético pré-implantacional não é um procedimento obrigatório para a utilização das técnicas de reprodução assistida, e, caso seja indicado, implica um aumento do custo da técnica reprodutiva. Com essa técnica seria possível escolher o sexo do embrião; entretanto, tal prática é vedada pela Resolução n.º 1.957/2010 do Conselho Federal de Medicina, excepcionando a vedação quando o sexo implicar possibilidades de desenvolvimento de doenças hereditárias.

Tanto a inseminação artificial como a fertilização *in vitro* podem ser homóloga ou heteróloga. Na homóloga o material genético utilizado é do próprio casal que busca a técnica para concretizar o projeto parental. O estabelecimento da paternidade e da maternidade, neste caso, pauta-se na origem genética, decorrendo dos laços de consanguinidade. Por outro lado, a modalidade heteróloga ocorre quando é utilizado material genético de terceira pessoa, estranha ao projeto parental, podendo se apresentar de três formas: (i) reprodução heteróloga unilateral *a patre* (quando o terceiro é doador de gameta masculino – espermatozoide); (ii) reprodução heteróloga unilateral *a matre* (quando a terceira pessoa é doadora do gameta feminino – óvulo –, o qual será fecundado *in vitro*, para depois ser transferido para o útero da mulher que deseja procriar); e (iii) reprodução heteróloga bilateral (quando ocorre a doação por terceiros tanto do espermatozoide como do óvulo, sendo a fertilização realizada *in vitro* e posteriormente sendo transferido para o útero da mulher que gerará o embrião implantado).¹¹⁵

¹¹³ CAVAGNA, Felipe. Tratamento da infertilidade ... Op. Cit., p. 12.

¹¹⁴ “O diagnóstico genético pré-implantacional (*Pre-implantation Genetic Diagnosis* - PGD) é uma forma precoce de diagnóstico genético pré-natal (DPN), que se destina à prevenção de doenças genéticas antes que a gestação tenha se estabelecido, evitando interrupções de gestações anormais mais tardiamente, diagnosticadas através de métodos de DPN. A detecção de doença genética no embrião humano antes da implantação dá aos pais a oportunidade de iniciar uma gravidez sabendo que o bebê estará livre da doença genética que existe em sua família.” FARAH, Leila Montenegro Silveira; *et alii*. Genética da infertilidade ... Op. Cit., p. 43.

¹¹⁵ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito civil* ... Op. Cit., p. 342.

O material genético de terceiro fica armazenado em um banco de sêmen e óvulos, sendo que a escolha do doador ou doadora é realizada pelo médico, o qual deverá levar em consideração as características físicas, fisiológicas e genéticas do casal. Atualmente, em face do progresso biotecnológico com relação às técnicas de reprodução humana assistida, torna-se possível armazenar óvulos, sêmens ou até mesmo embriões excedentários¹¹⁶ por longos períodos, por meio das modernas técnicas de criopreservação. A aludida técnica permite o armazenamento do material genético a temperaturas extremamente baixas (em torno de 196º Celsius negativos), possibilitando sua utilização tempos depois de colhido o sêmen ou óvulo.

Casos interessantes, dos quais emergem muitos embates jurídicos, éticos e morais, relacionam-se à possibilidade de utilização do material genético criopreservado após o falecimento de seu titular. Nesses casos, o filho já nasceria sem a possibilidade de conhecer seu genitor¹¹⁷, uma vez que o falecimento precedeu a sua concepção – quando a fertilização é realizada após o falecimento – ou mesmo a sua implantação no útero materno – quando o embrião estava criopreservado, sendo a sua transferência para o útero ocorrida após o falecimento do genitor. Tais possibilidades encontram guarida no art. 1.597, III e IV, do Código Civil, abarcadas pelas hipóteses de presunção da paternidade. A importância do tema é constatada por sua frequência crescente na mídia¹¹⁸ e, mais recentemente,

¹¹⁶ Embriões excedentários podem ser definidos como aqueles “que não foram transferidos [ao útero da mulher] porque não reuniam as 'condições ideais' ou porque foram 'barrados' pela segurança da parturiente. Posto que a transferência de um número maior que 03 ou 04 embriões poderia ocasionar risco de uma gravidez múltipla, ou mesmo risco de aborto e nascimentos prematuros.” SANTIAGO, Robson Luiz. O estatuto do embrião frente à racionalidade humana. In: MEIRELLES, Jussara Maria Leal de (coord.). *Biodireito em discussão*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 123-124.

¹¹⁷ Há que se ressaltar a possibilidade da reprodução *post mortem* também ocorrer em caso de falecimento da mulher que armazenou seu material genético, uma vez que o homem poderia valer-se da maternidade por substituição para realizar o projeto parental.

¹¹⁸ Na Austrália, a Suprema Corte do Estado de Nova Gales do Sul, autorizou uma viúva a utilizar o sêmen congelado de seu marido falecido para tentar engravidar por meio da utilização de técnicas de reprodução assistida. O casal estava se submetendo a tratamento para engravidar quando, um dia antes da inseminação artificial, o marido faleceu em acidente no trabalho. O material genético do marido ainda não havia sido coletado, então a viúva conseguiu uma liminar na Justiça para extrair e congelar o sêmen do marido morto. Depois de armazenado o material genético, a viúva entrou com um pedido na Suprema Corte para utilizá-lo. Após longo processo, foi concedido o direito à viúva de continuar o tratamento de reprodução assistida usando o sêmen de seu falecido marido. Entretanto, foi ressalvado na decisão que a reprodução assistida não poderia ser realizada no estado da Nova Gales do Sul porque uma lei local proíbe este tipo de procedimento. “Um estudo científico publicado em 2006 pela revista especializada Human Reproduction analisou vários métodos para a retirada de sêmen de pacientes mortos e concluiu que é possível retirar espermatozoides capazes de serem usados em inseminação artificial em até 36 horas após a morte do homem.” *Austrália autoriza*

também no Judiciário brasileiro, sendo necessário, por essa razão, abordá-lo com maior atenção no presente trabalho.

É um tema que, pela sua importância e quase ineditismo, reclama, ao mesmo tempo em que possibilita, à teoria do direito civil-constitucional estabelecer importantes parâmetros e fundamentos para os operadores jurídicos. Por esse motivo é que se procurou dar um destaque maior a ele. Por certo que não se busca realizar uma análise definitiva sobre a questão, o que seria impossível. Apenas, por meio dela, pretende-se chamar a atenção para a importância da aplicação dos princípios constitucionais a situações que ainda não possuem regulamentação legislativa mais específica¹¹⁹.

1.5 Reprodução Assistida *Post Mortem*

Atualmente, com as modernas técnicas de criopreservação, conforme já foi colocado, torna-se possível armazenar óvulos, sêmens ou até mesmo embriões excedentários por longos períodos, possibilitando sua utilização tempos depois de colhido o material genético ou fecundado o embrião. A possibilidade de uma mulher utilizar material genético após o falecimento de seu esposo ou companheiro era inimaginável na metade do século passado, tornando-se agora viável graças aos avanços na área médica, mais especificamente da biomedicina.

O Código Civil de 2002, inovando na ordem jurídica, traz, no seu art. 1.597, III, a possibilidade da reprodução humana assistida após o falecimento do marido ou do companheiro, excepcionando a regra geral de estabelecimento da paternidade por presunção nos 300 dias subsequentes à morte do varão. No caso do inciso III, do art. 1.597, do Código Civil, o material genético¹²⁰ masculino é colhido e

viúva a ter filho com sêmen extraído de marido morto. BBC Brasil, 24/05/2011. Disponível em: <http://noticias.uol.com.br/bbc/2011/05/24/australia-autoriza-viuv-a-ter-filho-usando-semen-de-marido-morto.jhtm>; consultado em 24 maio 2011.

¹¹⁹ O que se procura dizer é que, diante de uma realidade tão complexa e variada, a existência apenas do art. 1.597 do Código Civil coloca o recurso aos princípios constitucionais como única saída satisfatória. A questão torna-se ainda mais delicada quando se verifica que muitos aspectos da reprodução assistida, que deveriam ter sido regulados pelo Poder Legislativo, acabaram sendo disciplinados pela Resolução nº 1.957/2010 do Conselho Federal de Medicina.

¹²⁰ Juliane Fernandes QUEIROZ explica que “a criopreservação do sêmen é aconselhada quando o homem que deseja procriar irá sofrer certas cirurgias que possam interferir na espermatogênese ou na função ejaculatória [tratamento de câncer de próstata, por exemplo]. Ou ainda consoante casos relatados nos Estados Unidos em que militares, antes de partirem para a

criopreservado para posterior fertilização. Tal hipótese não deve ser confundida com outra, prevista no inciso IV do mesmo dispositivo legal, o qual regulamenta a questão dos embriões excedentários, decorrentes da concepção artificial homóloga e sobre a possibilidade de sua implantação “a qualquer tempo”, tema este que será tratado no capítulo três deste trabalho. Neste tópico, analisar-se-á a hipótese prevista no inciso III, do citado dispositivo civilista, o qual dispõe acerca da existência de gametas masculinos criopreservados e de sua utilização pela mulher do doador após o seu falecimento.

O primeiro caso que se tem notícia de fertilização artificial *post mortem* ocorreu na França, na década de oitenta do século passado, quando um jovem casal descobriu, após a recente união, que o varão estava com câncer, devendo submeter-se à quimioterapia. Em razão da possibilidade do tratamento torná-lo estéril, o jovem rapaz optou por depositar seu esperma em uma clínica de conservação de sêmen. Alain Parpallaix, o jovem rapaz, não resistiu vindo a falecer. Sua esposa – Corine Richard –, alguns meses depois, procurou a clínica a fim de inseminar o material genético de seu falecido marido. A clínica, alegando falta de previsão legal, recusou o pedido de Corine. A jovem viúva ajuizou ação perante o Tribunal de Créteil, na França, com o intuito de receber o material genético que se encontrava criopreservado na clínica de fertilização. Após longa discussão, o Tribunal determinou que a clínica entregasse a Corine o material genético de seu falecido marido. A inseminação não teve sucesso em razão dos espermatozoides já não estarem mais potencializados para a fecundação.¹²¹

Nos últimos anos, com frequência cada vez maior, casos como esse, passaram a ocupar o centro de embates doutrinários e jurisprudencial, discutindo-se não só a possibilidade de utilização da técnica, mas também, diante de sua realização, seus reflexos no direito.¹²²

guerra, podem armazenar seu esperma, visando garantir sua continuidade genética”. QUEIROZ, Juliane Fernandes. A disponibilidade do material genético – sêmen – após a morte do seu titular. In: CASABONA, Carlos María Romeo & _____ (coord.). *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 279.

¹²¹ GIORGIS, José Carlos Teixeira. *A inseminação póstuma*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigo&artigo=302>, consultado em 25 ago. 2010.

¹²² No presente trabalho, por uma escolha da autora, serão abordados os reflexos jurídicos decorrentes da utilização das técnicas de reprodução assistida *post mortem*, apenas no direito de família, não se desprezando a importância de seus reflexos em outros ramos do direito.

O tema em tela gera discussões calorosas, apresentando, de um lado, aqueles que defendem a possibilidade da técnica *post mortem*, em face dos princípios da liberdade e da autonomia privada, e, do outro, aqueles que defendem exatamente o contrário, colocando que a reprodução *post mortem* afronta princípios básicos do direito, como a paternidade responsável, o melhor interesse da criança e o próprio projeto parental.

O fundamento de ambas as correntes, apesar de diametralmente opostas, acabam por convergir, pois encontram nos direitos fundamentais, mais especificamente na dignidade da pessoa humana, a justificativa para suas teses. Isso decorre do conceito de dignidade humana, o qual apresenta “contornos vagos e imprecisos, caracterizado por sua ‘ambigüidade e porosidade’, por sua natureza necessariamente polissêmica, bem como por um forte ‘apelo emotivo’...”¹²³. Assim, com tais justificativas, tanto os defensores como os opositores da reprodução assistida *post mortem* acabam por utilizar os princípios constitucionais, especialmente o princípio da dignidade da pessoa humana, para defender ou rechaçar esta prática, travando um embate acerca de seu fundamento de validade constitucional.

Discute-se se o inciso III, do art. 1.597 do Código Civil teria ou não validade constitucional. O debate é travado em face do vazio legislativo existente, visto que o ordenamento jurídico brasileiro não disciplina, tampouco veda a reprodução assistida *post mortem*.¹²⁴

Os opositores à técnica *post mortem*¹²⁵ defendem que o disposto no inciso III, do art. 1.597, do Código Civil, carece de fundamento constitucional, devendo tal prática ser repelida pelo ordenamento jurídico. Para quem adere a esta corrente, o

¹²³ SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: uma compreensão jurídico-constitucional aberta e compatível com os desafios da biotecnologia. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (coord.). *Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 213.

¹²⁴ “No Brasil, não temos legislação proibitiva da inseminação *post mortem*, como acontece na Alemanha e na Suécia, tampouco existe lei admitindo tal prática.” ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. Fecundação artificial *post mortem* e o direito sucessório. *Família e dignidade humana*, Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família (coord. Rodrigo da Cunha Pereira). São Paulo: IOB Thompson, 2006. p. 172.

¹²⁵ Posicionam-se pela vedação da prática da inseminação artificial *post mortem* Guilherme Calmon Nogueira da GAMA (*A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003) e Eduardo de Oliveira LEITE (*Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995).

fundamento centra-se no fato de que o projeto parental não poderia ser exercido apenas por um dos consortes, afrontando, desse modo, o princípio da paternidade responsável, da dignidade da pessoa humana, da igualdade entre os filhos¹²⁶ e do melhor interesse da criança e do adolescente.¹²⁷ Contrário à técnica de reprodução assistida *post mortem*, Eduardo Oliveira LEITE defende não ser possível deferir pedido para a sua prática.

A resposta negativa a um pedido desta natureza se impõe. E isto, por diversas razões. Inicialmente, vale lembrar que tal pedido sai do plano ético reconhecido à inseminação homóloga; ou seja, se não há mais casal solicitando um filho, nada mais há que justifique a inseminação. Num segundo momento, tal solicitação provoca perturbações psicológicas em relação à criança e em relação à mãe. Nada impede que nos questionemos se esta criança desejada pela mãe viúva não o é, antes de tudo, para preencher o vazio deixado pelo marido. Além disso, a viuvez e a sensação de solidão vividas pela mulher podem hipotecar pesadamente o desenvolvimento psico-afetivo da criança. Logo, a inseminação “post-mortem” constitui uma prática fortemente desaconselhável.¹²⁸

De outra banda, parcela considerável da doutrina¹²⁹, a que nos filiamos, defende a validade da realização da inseminação póstuma, apresentando como fundamento os princípios da autonomia da vontade, do planejamento familiar, da

¹²⁶ A esse respeito, Guilherme Calmon Nogueira da GAMA coloca que “... ao menos no estágio atual da matéria no direito brasileiro, não há como se admitir, mesmo com vontade expressa deixada em vida pelo falecido, o acesso da ex-esposa ou ex-companheira às técnicas de reprodução assistida homóloga, diante do princípio da igualdade em direitos entre os filhos”. GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação ...* Op. Cit., p. 733.

¹²⁷ Guilherme Calmon Nogueira da GAMA, em palestra proferida no II Congresso Paulista de Direito de Família e Sucessões, em São Paulo, defende tal posicionamento alegando a falta de validade constitucional da referida prática, por afrontar aos princípios da paternidade responsável, uma vez que não poderia ser exercida em face do falecimento de um dos pais, não sendo possível o exercício do projeto parental apenas por ato unilateral da mãe; da dignidade da pessoa humana, o qual se aplica não só à pessoa existente, mas também às futuras gerações; do melhor interesse da criança, vez que se impõe a necessidade de se socorrer, além das normas jurídicas, também a outros ramos da ciência, como a psicologia, para que seja possível analisar os efeitos da utilização da técnica na criança que nasce sem ter a possibilidade de jamais conhecer seu pai, por ato volitivo unilateral de sua mãe; e da igualdade dos filhos, uma vez que o nascido por reprodução assistida *post mortem* jamais terá a possibilidade da convivência paterna. GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Efeitos patrimoniais do biodireito com relação ao nascituro e ao filho póstumo. Palestra proferida no II Congresso Paulista de Direito de Família e Sucessões, *Família e patrimônio: um novo olhar*, São Paulo, 4 a 5 de setembro de 2008.

¹²⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 155.

¹²⁹ Posicionando-se favorável à possibilidade da técnica de inseminação póstuma, dentre outros, pode-se citar: Carlos Cavalcanti de ALBUQUERQUE FILHO (Fecundação artificial *post mortem* e o direito sucessório. *Família e dignidade humana*, Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família (coord. Rodrigo da Cunha Pereira). São Paulo: IOB Thompson, 2006); Douglas Phillips FREITAS (*Reprodução assistida após a morte e o direito de herança*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=423>, consultado em 02 set. 2008); Silmara Juny CHINELATO (*Comentários ao Código Civil: parte especial: do direito de família (art. 1.591 a 1.710)*. Vol. 18. São Paulo: Saraiva, 2004); Paulo Luiz Netto LÔBO (*Famílias...* 2008, Op. Cit.), entre outros.

solidariedade familiar e o direito de conhecer a identidade genética. Nesse sentido, Carlos Cavalcanti de ALBUQUERQUE FILHO esclarece que “o planejamento familiar, sem dúvida, dá-se quando vivos os partícipes, mas seus efeitos podem se produzir para após a morte”¹³⁰. Com o mesmo entendimento, Douglas Phillips FREITAS coloca que o direito constitucional ao planejamento familiar não pode ser minorado, visto que, caso isso ocorra, estar-se-ia a afrontar os princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável.¹³¹ Ademais, “havendo clara vontade do casal em gerar o fruto deste amor não pode haver restrição sucessória alguma, quando no viés parental a lei tutela esta prática biotecnológica”.¹³²

No Brasil, em razão de não haver legislação específica acerca da reprodução humana assistida, utilizam-se os parâmetros informados pela Resolução 1.957/10 do Conselho Federal de Medicina, a qual, apesar de não ter força vinculativa por não ser lei, estatui normas éticas para a utilização das técnicas da reprodução assistida. No que concerne à possibilidade de criopreservação do material genético, o item V.3 estabelece a necessidade de os cônjuges ou companheiros, no momento da criopreservação, expressarem por escrito sua vontade quanto ao destino que será dado aos pré-embriões¹³³ criopreservados, “em caso de divórcio, doenças graves ou de falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejarem doá-los” (item V.3, da Resolução 1.957/10).

No que tange ao sêmen criopreservado do marido falecido, defende-se o entendimento de que a mulher apenas poderá proceder à fertilização quando houver consentimento expresso do marido, autorizando a referida prática. Nesta linha, o Conselho da Justiça Federal editou o Enunciado n.º 106, que foi além do disposto no Código Civil para condicionar tal técnica à preexistência de autorização escrita: “Para que seja presumida a paternidade do marido falecido, será obrigatório que a

¹³⁰ ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. *Fecundação artificial post mortem e o direito sucessório ...* Op. Cit., p. 177.

¹³¹ FREITAS, Douglas Phillips. *Reprodução assistida após a morte e o direito de herança*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=423>, consultado em 02 set. 2008.

¹³² Id.

¹³³ A Resolução n.º 1.957/10 utiliza o termo pré-embrião, todavia, o termo mais apropriado para designar os embriões criopreservados seria “embriões pré-implantatórios”, pois já são embriões, conforme leciona a professora Silmara Juny CHINELATO. CHINELATO, Silmara Juny. *Comentários ao Código Civil: parte especial: do direito de família* (art. 1.591 a 1.710). Vol. 18. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 55.

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”.¹³⁴

É dizer, para que tal prática possa ser concretizada, necessário se faz que aquele que armazenou seu material genético deixe autorização expressa para que sua esposa ou companheira possa inseminar seu sêmen, mesmo após o seu falecimento. Tal entendimento é praticamente unânime na doutrina, pois, como coloca Silmara Juny CHINELATO, “não se pode presumir que alguém queira ser pai depois de morto, devendo o sêmen ser destruído se não houver manifestação expressa de vontade quanto à inseminação *post mortem*.”¹³⁵ Todavia, se tal prática viesse a se concretizar, então deveria considerar o sêmen do falecido como material proveniente de doador anônimo, não apresentando qualquer reflexo no direito de família.¹³⁶ Mesmo entendimento é adotado por Paulo Luiz Netto LÔBO

O princípio da autonomia dos sujeitos, como um dos fundamentos do biodireito, condiciona a utilização do material genético do falecido ao consentimento expresso que tenha deixado para esse fim. Assim, não poderá a viúva exigir que a instituição responsável pelo armazenamento lhe entregue o sêmen armazenado para que seja inseminado, por não ser objeto de herança. A paternidade deve ser consentida, porque não perde a dimensão da liberdade. A utilização não consentida do sêmen apenas é admissível para o dador anônimo, que não implica atribuição de paternidade.¹³⁷

Todavia, tal entendimento não é pacífico. Mônica AGUIAR entende que, mesmo o falecido tendo deixado consentimento expresso para a realização da reprodução assistida *post mortem*, o falecimento opera como revogação do consentimento deixado, não podendo atribuir ao filho gerado a presunção de filiação, sendo considerado apenas como filho do cônjuge supérstite.¹³⁸ Por outro lado, tal posição choca-se com os preceitos constitucionais atinentes aos direitos da

¹³⁴ Enunciado n.º 106, do Conselho da Justiça Federal, aprovado na I Jornada de Direito Civil de 2002.

¹³⁵ CHINELATO, Silmara Juny. *Comentários ao Código Civil...* Op. Cit., p. 54.

¹³⁶ *Ibid.*, p. 55.

¹³⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 198.

¹³⁸ AGUIAR, Mônica. *Direito à filiação e bioética*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 117.

personalidade, uma vez que o direito ao conhecimento da identidade genética esta abarcado por tais direitos personalíssimos.¹³⁹

Atualmente, a evolução tecnológica possibilita, com as modernas técnicas de DNA, revelar a origem genética do sujeito, para que este possa ter plena consciência de sua existência como ser humano. Nesse sentido, Heloisa Helena BARBOZA defende que a origem genética do ser humano deve ser compreendida “como a mais legítima e concreta expressão da personalidade, a identidade genética é um direito de personalidade, assim como o nome, e tanto ou mais do que os elementos de identificação, a informação da origem genética deve ser tutelada.”¹⁴⁰ Imperativo se mostra reconhecer a identidade genética dos indivíduos como “fator integrante da dignidade humana”¹⁴¹.

Dessa forma, acredita-se que o vínculo de filiação, originado da reprodução assistida *post mortem*, não deve ser desconsiderado, visto que a consequência deste ato – o nascimento do filho – não pode ser ignorado pelo ordenamento jurídico. E mais, tal fato jurídico (o nascimento) decorreu da autonomia da vontade das partes. Isto porque, o pai, por ato volitivo, extraiu seu gameta para ser criopreservado e ainda concedeu autorização para que sua esposa ou companheira pudesse proceder à reprodução assistida, mesmo que após o seu falecimento, e a mãe resolveu concluir o projeto parental planejado por ambos, não sendo, assim, legítimo privar o fruto daquele ato de um direito atinente a sua personalidade. Ademais, “... a determinação da paternidade e da maternidade deve ter como pressuposto o bem do filho. Não pode o concebido, em qualquer hipótese, arcar com as consequências dos atos daqueles que engendraram seu nascimento”¹⁴².

¹³⁹ A Constituição Portuguesa disciplinou expressamente essa questão em seu art. 26, garantindo o direito ao sujeito, a sua dignidade pessoal e a sua identidade genética. Constituição da República Portuguesa, art. 26: “1. A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação. (...) 3. A lei garantirá a dignidade pessoal e a identidade genética do ser humano, nomeadamente na criação, desenvolvimento e utilização das tecnologias e na experimentação científica.”

¹⁴⁰ BARBOZA, Heloisa Helena. Direito a identidade genética. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Família e cidadania: o novo CCB e a vacatio legis*. Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2002. p. 384.

¹⁴¹ *Ibid.*, p. 385.

¹⁴² BARBOZA, Heloisa Helena. *A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização “in vitro”*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993. p. 108.

O projeto parental como sendo uma justificativa à possibilidade de realização de tal técnica reprodutiva deve ser considerado. Todavia, o mesmo argumento é utilizado em sentido contrário por alguns doutrinadores que entendem não ser possível a utilização da reprodução assistida *post mortem*. Argumentam no sentido de que não poderia uma criança já nascer sem a possibilidade de usufruir da convivência paterna, por ato volitivo unilateral de sua mãe, uma vez que a convivência com ambos os genitores seria necessária para o seu pleno desenvolvimento. Apesar disso, entende-se que tal argumento não se sustenta, visto que o número de famílias monoparentais, dirigidas apenas pela mãe, é uma demanda presente na sociedade brasileira¹⁴³. Ademais, é muito mais traumático para uma criança crescer sabendo quem é seu pai, que ele existe, mas que não quer ter qualquer contato afetivo com seu filho. Silmara Juny CHINELATO, acerca dessa questão, ensina que “não há discordância quanto a ser ideal a biparentalidade, mas ela não pode afastar a inseminação *post mortem*, na hipótese de ter havido um projeto biparental em vida – identificando-se a receptora do sêmen.”¹⁴⁴

Outro argumento utilizado pelas duas correntes antagônicas acerca dos efeitos da reprodução assistida póstuma no direito de família seria o princípio da igualdade dos filhos (art. 227, § 6º, da Constituição Federal). Parte da doutrina coloca que a não aceitação da reprodução assistida *post mortem* afrontaria o referido princípio constitucional, o que jamais poderia ser admitido, visto que excluiria, àquele que foi gerado por reprodução assistida póstuma, os efeitos jurídicos decorrentes da filiação.

Defende-se, entretanto, que os efeitos jurídicos decorrentes do direito de família devem ser aplicados àquele que foi gerado por meio da reprodução assistida *post mortem*, uma vez que o requisito essencial para a utilização da referida técnica foi observado: consentimento deixado pelo marido ou companheiro pré-morto. Ora, se o marido pré-morto autorizou a utilização pela genitora sobrevivente e se esta deseja dar “vida” ao projeto parental desenvolvido com seu consorte em vida, não

¹⁴³ Segundo os dados do IBGE de 2007, as famílias monoparentais dirigidas apenas por mulheres representavam 17,4% dos arranjos familiares com laços de parentesco residentes em domicílios particulares no Brasil. Disponível em: http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=1233&id_pagina=1, consultado em 24 set. 2009.

¹⁴⁴ CHINELATO, Silmara Juny. *Comentários ao Código Civil...* Op. Cit., p. 54.

poderia ser negado a este filho seu direito ao nome, ao reconhecimento da identidade genética e ao parentesco. A negativa ao filho em se estabelecer sua paternidade com aquele que forneceu o material genético e que planejava esta paternidade afrontaria diretamente o princípio da dignidade da pessoa humana, não sendo uma prática que se coaduna com a contemporânea concepção de família trazida pela Carta Magna de 1988.

Ademais, a técnica de reprodução humana assistida homóloga pressupõe o emprego do material genético oriundo do próprio casal, tendo como fundamento a origem genética¹⁴⁵, estabelecendo, assim, parentesco consanguíneo entre o casal e o filho gerado. Então, o fundamento da verdade biológica deve prevalecer para que se possa estabelecer a paternidade daquele que nasceu por meio da técnica de reprodução assistida *post mortem*. Nesse sentido, Guilherme Calmon Nogueira da GAMA, apesar de entender que o ordenamento jurídico brasileiro veda as técnicas de reprodução assistida póstuma, mesmo que o marido pré-morto tenha deixado consentimento expresso autorizando seu cônjuge supérstite a realizar tal procedimento, defende o estabelecimento da paternidade.

A despeito da proibição no Direito brasileiro, se, eventualmente, tal técnica for empregada, a paternidade poderá ser estabelecida com base no fundamento biológico e no pressuposto do risco, mas não para fins de direitos sucessórios, o que pode conduzir a criança prejudicada a pleitear a reparação dos danos materiais que sofrer de sua mãe e dos profissionais que auxiliaram a procriar utilizando-se do sêmen de cônjuge ou companheiro já falecido.¹⁴⁶

O estabelecimento da paternidade àquele nascido através das técnicas reprodutivas *post mortem*, desde que haja consentimento do falecido para a prática, tutela o melhor interesse da criança, uma vez que reflete a “sua” verdade.

São raros os casos de reprodução assistida *post mortem* que se têm notícias, entretanto, o assunto ainda deve permanecer na pauta de discussão da

¹⁴⁵ Segundo as lições de Luiz Edson Fachin, “O sangue identifica o tronco ancestral e sela, por linhas e graus, uma relação juridicamente relevante que trama os laços componentes da família. Linha reta ou colateral, parente próximo ou distante, o ancestral se projeta nas ramificações da descendência. A identificação precede o surgimento da personalidade civil, e mesmo antes do nascimento biológico há, por prévia determinação, um vínculo jurídico.” FACHIN, Luiz Edson. *Direito de família: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 219.

¹⁴⁶ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito civil ... Op. Cit.*, p. 370.

reprodução assistida, especialmente em razão de casos como o que a seguir será analisado, o que mostra, mais uma vez, que os fatos vão se impondo ao direito.

A esse respeito mister se colocar, novamente, a importância do termo de consentimento informado, uma vez que, conforme será relatado a seguir, não obstante o Enunciado n.º 106 do Conselho da Justiça Federal e as posições doutrinárias dispendo acerca da necessidade de o falecido deixar consentimento expresso para que sua esposa ou companheira possa utilizar seu material genético, os fatos sociais vêm demonstrando que tal entendimento, algumas vezes, deve ser relativizado. Ocorre que já se têm notícias de demandas pleiteando a utilização do material genético do falecido, que não deixou consentimento expresso, para fins de inseminação artificial póstuma pela esposa, como a seguir será analisado.¹⁴⁷

1.5.1 A necessidade de consentimento inequívoco

O caso¹⁴⁸ a ser relatado refere-se aos autos de obrigação de fazer com pedido de tutela antecipada n.º 27.862/2010, que tramitou perante a 13ª Vara Cível de Curitiba, Paraná, representando os interesses de uma viúva que pleiteava a utilização do material genético de seu falecido marido, o qual se encontrava criopreservado em laboratório de reprodução humana assistida.

A viúva, após o falecimento de seu marido, requereu ao laboratório que armazenava o material genético que o disponibilizasse para sua utilização. Entretanto, o laboratório negou-se a fornecê-lo, em razão de o falecido marido não ter deixado consentimento expresso para a realização da inseminação póstuma.

Diante da negativa do laboratório em fornecê-lo, a viúva ajuizou a referida ação, alegando que quando seu falecido marido realizou o armazenamento do material genético, em função de um tratamento contra o câncer, apenas preencheu e assinou um “contrato-formulário” fornecido pela clínica, no formato de um contrato de adesão, no qual não havia nenhuma informação sobre a necessidade do referido

¹⁴⁷ Foi o que se verificou em importante caso concreto, que se tem nos autos de obrigação de fazer com pedido de tutela antecipada n.º 27.862/2010, que tramitou perante a 13ª Vara Cível de Curitiba, Paraná.

¹⁴⁸ Esse caso já foi por nós relatado em outro trabalho de nossa autoria acerca da mesma temática. FISCHER, Karla Ferreira de Camargo. A incidência do sistema de presunção *pater is est* na inseminação artificial *post mortem*: efeitos e possibilidades no direito de família contemporâneo. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org.). *Diálogos sobre direito civil*. Vol. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 245-268.

consentimento. Ademais, alegou ainda que era notória a vontade do casal em ter filhos; fato este comprovado com declarações juntadas aos autos de familiares do próprio falecido. O projeto parental do casal só havia sido adiado em decorrência da doença que acometeu o varão, e, por um infortuno da vida, acabou por não concretizar-se, visto que ele não resistiu à doença. A viúva fundamentou seu pedido (i) no direito à fertilização, decorrente do direito constitucional ao planejamento familiar, (ii) na declaração de vontade manifestada em vida pelo seu falecido marido, embora não formalmente, e (iii) na sua própria dignidade humana, visto que o projeto parental foi desenvolvido em vida pelo casal.

O Magistrado *a quo*, em singular despacho proferido nos autos supramencionados, deferiu a antecipação de tutela pretendida, mesmo tratando-se de medida satisfativa¹⁴⁹, vindo, posteriormente, a confirmá-la em sentença que extinguiu o referido processo. Em sua argumentação, o Magistrado, inicialmente, esclarece que o objeto em análise na referida demanda foi apenas o material genético armazenado no laboratório, não podendo ser confundido o material genético com “a vida por ele eventualmente gerada”.¹⁵⁰

Em relação à pretensão propriamente dita, o Magistrado entendeu aplicável o sistema de presunção da paternidade, fundamentado no art. 1.597, III, do Código Civil, informando que o dispositivo não restringe a aplicação do sistema de presunção apenas às hipóteses de concepção na constância do casamento, “admitindo que também se presume a paternidade no caso de concepção fora da constância do casamento”, sendo a morte de um dos consortes uma das hipóteses

¹⁴⁹ “(...) Acresça-se que a possível irreversibilidade fática da liminar pretendida não deve obstar a sua concessão. O que o § 2º do art. 273 pretende evitar é a eventual irreversibilidade da lesão ao direito do réu. No caso em questão não se entreve de que a irreversibilidade venha afetar o laboratório, cujos interesses parecem já estar resguardados pela sua postura responsável manifestada no documento de fl. 46, de exigir o suprimento judicial de omissões da lei ou do termo de fl. 38. O risco de irreversibilidade não obsta o provimento antecipatório se o indeferimento vier a tornar o direito do reivindicante inviável (STJ, AgRg no Ag 502.173/RJ, DJ 29.08.05, p. 247). III. Sendo assim, defiro a antecipação de tutela e determino à [requerida] que realize o procedimento de inseminação artificial [na autora] com o sêmen armazenado pertencente a seu marido [falecido]... Curitiba, 14 de maio de 2010.” Trecho do despacho proferido nos Autos n.º 27862/2010, que tramitou perante a 13ª Vara Cível de Curitiba, Paraná.

¹⁵⁰ “(...) Registro, inicialmente, que não se podem confundir o sêmen e a vida com ele eventualmente gerada. A decisão não terá por objeto senão exclusivamente o material orgânico confiado à guarda do laboratório. E não se trata de amesquinhar a importância da questão trazida à apreciação deste juízo – hoje inusitada, mas que certamente será corriqueira com o evoluir da ciência médica e das técnicas de fertilização artificial. Pretende-se simplesmente repelir a idéia de que venha este juízo a decidir sobre a vida.” Trecho do despacho proferido nos Autos n.º 27862/2010, que tramitou perante a 13ª Vara Cível de Curitiba, Paraná.

de extinção da sociedade conjugal.¹⁵¹ No entender do Magistrado, “A redação dada pelo legislador parece pretender justamente regular casos como o presente, notadamente quando inequívoca a vontade do pai, apta a sustentar a presunção mesmo nos casos de fecundação heteróloga (...), como prescreve o inciso V”¹⁵².

No que tange à questão mais controvertida da referida demanda, a falta de consentimento expresso deixado pelo falecido para que sua esposa se utilizasse do material genético por ele armazenado no laboratório, o Magistrado entendeu que o consentimento deve ser inequívoco, manifestado em vida, todavia, não necessariamente escrito. Assevera ainda que a manifestação de vontade do falecido em vida concede a seus sucessores a possibilidade de autorizar a utilização de seu material genético pela esposa, a fim de concretizar os planos traçados em vida pelo casal:

(...) Não parece, porém que essa manifestação de vontade deva ser necessariamente escrita; deve ser, sim inequívoca e manifestada em vida, mas sendo também admissível a vontade não expressada literalmente, mas indiscutível a partir da conduta do doador – como a do marido que preserva seu sêmen antes de submeter-se a tratamento de doença grave, que possa levá-lo à esterilidade, e incentiva a esposa a prosseguir no tratamento.(...) Constituindo a vontade do pai o elemento-chave a amparar a pretensão, não se pode senão entender estarem os sucessores do doador falecido autorizados a dispor do material genético, coletado como garantia do propósito frustrado pelos tratamentos químico e radioterápico e pela morte prematura, nunca esperada em razão da célere evolução da enfermidade que acometeu o esposo da autora, que esses tratamentos não puderam evitar. Em outros termos, podem os sucessores, ante o contido nos arts. 1.829, II, 1.845 do Código Civil, pretender autorizar a utilização do esperma congelado, desde que para concretizar a vontade [do falecido], sendo essa pretensão exercitável isoladamente pela autora, segundo os arts. 1791, parágrafo único, e 1.314, *caput*, do mesmo Código. (...) Importante também esclarecer que essa abordagem não pretende tratar o esperma coletado como herança deixada pelo *de cuius*. Prefere-se entrever, no tratamento da matéria sob o aspecto sucessório, simplesmente a busca de algum regramento, diante da lacuna da lei, para a transmissão de um aceitável direito de levar a cabo a vontade do falecido, sem que se deixe de reconhecer à autora o exercício de um direito próprio, mais forte do que o direito de “fazer cumprir”, eventualmente transferido por sucessão. (...) A autora, portanto, além da provável legitimação, como sucessora, para realizar a vontade do marido, parece ter também o direito de concretizar os planos feitos com ele, utilizando-se dos meios que

¹⁵¹ “(...) Quanto à pretensão em si, penso que não deva impedi-la a preocupação com a paternidade. A preocupação não seria maior do que a inspirada pelos casos de inseminação artificial feita com sêmen de doador anônimo, eventualmente identificado, estando o caso em questão, em princípio, albergado pelo Direito, a partir da interpretação do art.1.597, inciso III, do Código Civil vigente, que trata da presunção de paternidade nos casos de fecundação artificial homóloga (gametas provenientes dos pais da criança a ser gerada). O dispositivo não restringe a presunção somente à hipótese de concepção na constância do casamento (inseminação/fecundação antes do falecimento do pai, dado que a sociedade conjugal extingue-se pela morte do cônjuge), admitindo que também se presuma a paternidade no caso de concepção fora da constância do casamento.” Trecho do despacho proferido nos Autos n.º 27862/2010, que tramitou perante a 13ª Vara Cível de Curitiba, Paraná.

¹⁵² Trecho do despacho proferido nos Autos n.º 27862/2010, que tramitou perante a 13ª Vara Cível de Curitiba, Paraná.

deixou, notadamente porque, segundo prescrevem os §§ 5º e 7º do art. 226 da Constituição Federal, o planejamento familiar é de livre decisão do casal, sendo os direitos referentes à sociedade conjugal “exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”. Normas que, não por redundância, mas por sua importância, estão reafirmadas no art. 1565 do Código Civil vigente e no art. 2º da Lei nº 9.263/96...¹⁵³

A questão trazida à baila demonstra que o Magistrado não apenas aplicou o disposto no art. 1.597, III, do Código Civil, decidindo, pela possibilidade de a viúva inseminar o material genético de seu falecido marido, como também ainda, trouxe outra questão: a da necessidade ou não de consentimento expresso do *de cuius*. À primeira vista, verifica-se que neste caso o Magistrado privilegiou a essência à forma, pois, em face da ausência de consentimento expresso do falecido, considerou outras formas de manifestação da vontade, inclusive valendo-se de depoimentos dos familiares do *de cuius*. Dessa forma, concluiu-se que o projeto de parentalidade do casal foi desenvolvido enquanto vivo o marido, não sendo efetivado apenas em decorrência de seu falecimento precoce.¹⁵⁴

Tal decisão ilustra a nova concepção do direito de família, tendo como centro prioritário de tutela o sujeito, pois “Nessa dimensão, encontra-se a família, como espaço comunitário por excelência para a realização de uma vida digna e da vida em comunhão com as outras pessoas.”¹⁵⁵ Ou seja, a família passa a ser um dos principais instrumentos de realização do ser humano.

Essa problemática que envolve a reprodução assistida *post mortem* repercute, assim, diretamente nos preceitos formadores do direito de família contemporâneo, devendo ser analisada com base em uma hermenêutica constitucional emancipatória, pois, como bem ensina Gustavo TEPEDINO, “... o Código Civil é o que a ordem pública constitucional permite que possa sê-lo. E a

¹⁵³ Trecho do despacho proferido nos Autos n.º 27862/2010, que tramitou perante a 13ª Vara Cível de Curitiba, Paraná.

¹⁵⁴ Em notícia veiculada, a autora do processo n.º 27862/2010, que tramitou perante a 13ª Vara Cível de Curitiba, Paraná, deu à luz a uma menina fruto da utilização da técnica de reprodução humana assistida *post mortem*. A menina nasceu no dia 20/06/2011, em Curitiba. Segundo a reportagem, “A primeira tentativa para engravidar se deu, sem sucesso, pela técnica de inseminação artificial. O resultado não foi positivo em razão do baixo número de espermatozoides do marido. Depois, Kátia foi submetida a uma fertilização *in vitro*. Na segunda tentativa realizada por essa técnica, o resultado deu positivo.” LEITÓLES, Fernanda; GERON, Vitor. *Curitiba: nasce bebê concebido em inseminação feita após a morte do pai*. Caderno Vida e Cidadania. Jornal Gazeta do Povo. 21/06/2011 Disponível em: <http://www.gazetadopovo.com.br/vidaecidadania/conteudo.php?id=1139440>, consultado em 25 jun. 2011.

¹⁵⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias...* Op. Cit., p. 38.

solução interpretativa do caso concreto só se afigura legítima se compatível com a legalidade constitucional.”¹⁵⁶

O Magistrado, no caso acima relatado, entendeu que o consentimento do falecido era inequívoco, e que foi fornecido em vida, possibilitando, assim, à viúva a utilização do material genético do marido morto. Na esteira do que coloca Gustavo TEPEDINO¹⁵⁷, o caso concreto foi interpretado de forma compatível com a legalidade constitucional, fazendo-se, dessa maneira, com que o Código Civil fosse aplicado de acordo com os preceitos insculpidos pela Carta Maior de 1988.

Vale notar que não se pretende, com o relato do caso acima exposto, mitigar a necessidade do termo de consentimento informado, uma vez que tal instrumento é imperioso para se tentar resguardar todos os envolvidos na utilização da reprodução assistida. Isto porque, é por meio do termo de consentimento informado que se formalizam as informações prestadas ao casal que pretende se utilizar das técnicas reprodutivas e, da mesma forma, as informações prestadas aos profissionais que estarão trabalhando para que as técnicas reprodutivas tenham a maior probabilidade de êxito. O que se pretendeu com o relato desse caso concreto, foi chamar a atenção para o fato de a realidade muitas vezes se desprender do mundo do “dever ser”, requerendo do operador jurídico uma necessária leitura do caso concreto à luz dos preceitos constitucionais vigentes.

1.6 O Consentimento Informado

O tema do consentimento informado vem ganhando espaço tanto na doutrina como na jurisprudência, principalmente após o final da Segunda Guerra Mundial, em razão dos vários experimentos realizados na área médica naquele período sem que os “pacientes” tivessem qualquer informação a respeito do tratamento a que estavam se submetendo e muitas vezes sem que estivessem apresentando qualquer tipo de moléstia.¹⁵⁸ “Com o final da guerra, o cenário muda e várias convenções passaram a regulamentar sobre a necessidade de o paciente ser

¹⁵⁶ TEPEDINO, Gustavo. O novo e o velho direito civil. In: _____. *Temas de direito civil*. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 400-401.

¹⁵⁷ Id.

¹⁵⁸ GOZZO, Débora; LIGIERA, Wilson Ricardo. O consentimento informado como direito da personalidade. In: _____. _____. (org.). *Bioética e direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 93.

informado sobre o tratamento ao qual ele seria submetido, a fim de que sua dignidade humana – tenha esse princípio constado ou não dos documentos de modo explícito – fosse preservada.”¹⁵⁹

O Termo de Consentimento Informado¹⁶⁰, segundo a Resolução n.º 1.957/2010, no seu item I.3, é requisito obrigatório a todos os pacientes que se submetem às técnicas de reprodução assistida, inclusive aos doadores. No termo deverão constar todos os aspectos médicos envolvendo a aplicação das técnicas de reprodução assistida, sendo expostos de forma detalhada, bem como informações de caráter biológico, jurídico, ético e econômico acerca das técnicas adotadas. O objetivo do termo de consentimento informado é evitar que qualquer vício afete o consentimento dos envolvidos, uma vez que se almeja com a reprodução assistida a concepção de um filho, e, sanar qualquer vício do consentimento nestes casos, poderia gerar graves sequelas.¹⁶¹

Ana Claudia S. SCALQUETTE, a respeito da manifestação de vontade dos envolvidos na utilização das técnicas de reprodução assistida informa que esta deve ser analisada sob dois aspectos: (i) do ponto de vista da relação médico-paciente, na qual se coloca a compreensão dos pacientes acerca dos procedimentos e seus eventuais efeitos, como um dever do médico, a fim de possibilitar o livre direito de escolha dos envolvidos em se submeter ou não às técnicas reprodutivas; e (ii) do ponto de vista da relação familiar, uma vez que requer uma decisão do casal, de forma livre e consentida.¹⁶²

As relações médico-paciente estão revestidas, atualmente, pela possibilidade de diálogo entre os dois sujeitos desta relação jurídica, estando em sua base a informação esclarecedora acerca dos procedimentos a que o outro polo poderá se sujeitar. Nesse sentido,

Essa informação terá de ser prestada de forma transparente, a fim de que o consentimento, a autorização, a anuência do paciente-consumidor, no que concerne ao tratamento médico a que será – ou não – submetido, sejam algo que reflita sua autonomia. (...) Afinal, a

¹⁵⁹ Id.

¹⁶⁰ O termo “consentimento informado” provém da expressão inglesa *informed consent* refletindo o “poder de autodeterminação” do paciente, na área jurídica pode-se dizer que é uma expressão da autonomia da vontade. GOZZO, Débora; LIGIERA, Wilson Ricardo. O consentimento informado como direito da personalidade... Op. Cit., p. 94.

¹⁶¹ SCALQUETTE, Ana Claudia S. *Estatuto da reprodução assistida...* Op. Cit., p. 170.

¹⁶² Ibid., p. 170-171.

decisão sobre se concorda ou não com o tratamento pode passar por uma reflexão moral, religiosa e, por que não dizer, de entendimento da própria vida por parte do doente.¹⁶³

Segundo essa premissa, o paciente, recebendo toda a gama de informações de que necessita, poderá, livre e conscientemente, decidir sobre os procedimentos médicos a que deverá se sujeitar. Dessa forma, o termo de consentimento informado surge com o propósito de formalizar as informações trocadas¹⁶⁴ entre médico e paciente. De outro lado, o diálogo estabelecido entre médico e paciente deve ser revestido de um caráter humanizador, uma vez que “... não podemos falar em tratar enfermidades, mas sim em tratar sujeitos, escutando seu sofrimento para além de uma dimensão exclusivamente orgânica”¹⁶⁵.

Ademais, o consentimento livre e esclarecido na área médica reveste-se de cunho obrigatório, conforme já colocado, não apenas pela disposição prevista na Resolução n.º 1.957/2010, mas também em razão dos princípios informadores da bioética, os quais acabam impondo como um dever do médico a passagem de todas as informações a seus pacientes, inclusive os riscos inerentes aos procedimentos que serão adotados.¹⁶⁶

Sob a perspectiva da relação familiar, coloca-se a decisão livre e consciente do casal, mediante seu consentimento e aceitação¹⁶⁷ em se submeter às técnicas de reprodução assistida. Essa autorização acaba por representar a aceitação da filiação, bem como evitar futuras ações que venham a questionar o estabelecimento da maternidade e da paternidade. É o que pode ser verificado, por exemplo, nos casos de reprodução assistida heteróloga *a patre*, previsto no art. 1.597, V do

¹⁶³ GOZZO, Débora; LIGIERA, Wilson Ricardo. O consentimento informado como direito da personalidade... Op. Cit., p. 94.

¹⁶⁴ Informações trocadas no sentido de que se trata de uma mão de duas vias, tanto o médico deve informar o paciente acerca dos procedimentos, riscos, efeitos colaterais etc., a que será submetido, como o paciente deve, por sua vez, informar ao médico questões relevantes à sua saúde e que possam influenciar no procedimento que será adotado. Ana Claudia S. SCALQUETTE coloca que “as informações deverão ser *verdadeiras* – corresponder à realidade do paciente e do tratamento sugerido –; *claras* – traduzidas em termos de possível compreensão, de forma a permitir seu perfeito conteúdo e alcance –; e, por fim, *suficientes* – para garantir que todo conhecimento necessário sobre o procedimento a ser empregado tenha sido transmitido.” SCALQUETTE, Ana Claudia S. *Estatuto da reprodução assistida ...* Op. Cit., p. 174.

¹⁶⁵ FARINATI, Débora. As causas multideterminadas da infertilidade ... Op. Cit., p. 49.

¹⁶⁶ SCALQUETTE, Ana Claudia S. *Estatuto da reprodução assistida ...* Op. Cit., p. 171.

¹⁶⁷ Cumpre salientar que “... o consentimento informado envolve, na realidade, um processo que se desdobra no dever de informar, confirmar o esclarecimento e obter o consentimento.” GOZZO, Débora; LIGIERA, Wilson Ricardo. O consentimento informado como direito da personalidade... Op. Cit., p. 100.

Código Civil, em que o consentimento informado acaba por estabelecer a paternidade social, uma vez que não há laços de consanguinidade entre pai e filho. Deborah CIOCCI a esse respeito coloca que “A necessidade urgente de consentimento manifesta-se quando se observa o insuficiente Novo Código Civil; apesar de ele mencionar a possibilidade dos tratamentos de RHA [Reprodução Humana Assistida], com ou sem doação de material genético, e apontar necessidade de autorização do marido no primeiro caso, não a disciplina nem lhe apresenta requisitos mínimos de validade sob o aspecto formal.”¹⁶⁸

O consentimento informado também apresenta extrema importância no que concerne ao destino do material genético ou dos embriões criopreservados, uma vez que pode haver falecimento de um ou de ambos titulares do material ou também separação superveniente do casal. A fim de evitar eventuais litígios futuros, o consentimento informado deve prever todas essas possibilidades.

Deve-se ainda levar em consideração que o consentimento informado, normalmente, é elaborado pelas clínicas de reprodução assistida, e aqueles que irão se utilizar dos serviços prestados, nem sempre detêm todo conhecimento e mesmo informação sobre a necessidade de firmar tal consentimento. Tal fato pode se verificar no caso de fertilização *post mortem* anteriormente relatado. A clínica de reprodução assistida, em seu “formulário padrão” de consentimento informado, não fez qualquer previsão acerca da possibilidade de se utilizar o material genético do varão após seu falecimento; risco este presente, uma vez que o armazenamento do material ocorreu em razão da possibilidade de infertilidade decorrente de tratamento contra o câncer. O formulário de consentimento informado deveria prever, expressamente, um campo para que o casal pudesse exprimir sua vontade em relação à possibilidade de utilização do material genético em caso de falecimento. Nos formulários deveria haver um campo para constar a possibilidade de se consentir ou não com a utilização do material genético criopreservado em caso de falecimento. Com um instrumento bem elaborado, a discussão acerca da vontade daquele que armazenou seu material genético e não mais está aqui para esclarecê-

¹⁶⁸ CIOCCI, Deborah. O direito e as tecnologias de reprodução humana assistida... Op. Cit., p. 28-29.

la, seria suprida.¹⁶⁹ Por outro lado, quando o relacionamento entre o casal termina, necessário se faz que o consentimento seja revogado, uma vez que, estando vigente, e a mulher se submetendo à implantação do embrião, a paternidade deverá ser estabelecida. A esse respeito, Deborah CIOCCI esclarece que “... o consentimento dos envolvidos no tratamento pode ser revogado a qualquer momento, ainda que na constância do casamento civil; mas se o tratamento já foi feito, o sêmen do doador utilizado e o pré-embrião já transferido, não pode haver retratação”, uma vez que “O consentimento, depois de realizado o tratamento, deve ter a força da adoção, que é irrevogável”.¹⁷⁰

Entretanto, quando houver algum ato ilícito, como, por exemplo, uma mulher casada¹⁷¹ ou mesmo que vive em união estável e que não relata seu estado civil ao médico, utilizando-se de material genético de terceiro anônimo, não poderia se falar em responsabilidade do médico, tampouco em estabelecimento de paternidade de seu marido ou companheiro.¹⁷² É claro que nessa questão, caso não seja revelada ou mesmo desvendada, poderia incidir a presunção de paternidade em razão da falta de conhecimento da conduta da esposa ou companheira. Nesses casos, quando da descoberta dos fatos, a paternidade pode ser contestada visando a sua desconstituição, mediante ação negatória de paternidade, a qual poderá ser interposta pelo marido da mãe (art. 1601, Código Civil), sendo tal ação imprescritível.

Por outro lado, não haverá necessidade de consentimento do outro cônjuge ou companheiro, quando o material genético criopreservado for doado, ou seja, se o marido ou companheiro mantém seu material genético armazenado e decide doá-lo, não precisará da autorização de sua parceira. Tal assertiva decorre da autonomia do sujeito sobre seu próprio corpo, sendo que seu cônjuge ou companheira não poderia interferir em tal decisão, até porque, uma vez que a paternidade não se estabelece

¹⁶⁹ “Como chave de todo e qualquer procedimento e também do agir do médico, o consentimento informado em matéria de reprodução humana assistida é ponto fundamental, até por que com ou sem norma específica, é direito constitucional a busca de soluções no Judiciário e ele poderá e deverá ser utilizado para que se alcance o equilíbrio que se espera das decisões judiciais.” CIOCCI, Deborah. O direito e as tecnologias de reprodução humana assistida... Op. Cit., p. 31.

¹⁷⁰ *Ibid.*, p. 30.

¹⁷¹ O médico não é obrigado a exigir certidão de casamento de suas pacientes.

¹⁷² CIOCCI, Deborah. O direito e as tecnologias de reprodução humana assistida... Op. Cit.,

com o doador de material genético, não poderia se falar em qualquer prejuízo para a mulher.¹⁷³

Não há como se olvidar da importância do termo de consentimento informado, o qual busca formalizar todas as tratativas realizadas em torno da utilização das técnicas de reprodução assistida, almejando a efetiva concretização do planejamento familiar exercido pelo casal. A formalização do termo em um documento escrito e assinado por todas as partes envolvidas é o que pode ser considerado como ideal. Todavia, a falta do consentimento expresso não poderia, de plano, excluir de tutela a prática da reprodução assistida, fazendo-se necessário analisar as nuances do caso concreto, a fim de aferir se, efetivamente, a manifestação de vontade não ocorreu de outra forma, como se pode verificar no caso de reprodução *post mortem* anteriormente relatado. Isto porque da vida em sociedade emergem inúmeras situações que, muitas vezes, não estão prevista em um simples formulário de adesão, como são os termos de consentimento informado que vêm sendo utilizados pelas clínicas de reprodução assistida. Ademais, a reprodução assistida, como fato social que é, requerer uma análise pormenorizada de seus casos particulares, a fim de se tutelar de forma justa e digna as novas demandas que surgem da utilização dessas técnicas reprodutivas. Neste sentido, no próximo capítulo procurar-se-á analisar a reprodução assistida como fato social, e como tais fatos acabam sendo tutelados pelo direito.

¹⁷³ CIOCCI, Deborah. O direito e as tecnologias de reprodução humana assistida... Op. Cit., p. 30.

2 A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA COMO FATO SOCIAL

A reprodução assistida é uma realidade da sociedade contemporânea que vem se colocando como um fato de grande relevo para o direito. Os inúmeros efeitos jurídicos decorrentes deste fato impulsionam os operadores jurídicos a uma jornada na tentativa de descortiná-los.

Tais fatos, oriundos da reprodução assistida, emergem juntamente com as novas descobertas no âmbito da biotecnologia. Há mais de 34 anos nascia, na Inglaterra, o primeiro “bebê de proveta”¹⁷⁴ do mundo, a menina Louise Joy Brown. Sua mãe, Lesley Brown, tentava engravidar naturalmente de seu marido há mais de nove anos sem êxito, em razão do bloqueio de suas trompas de falópio. Então, quando teve notícia das pesquisas dos médicos britânicos Dr. Patrick Steptoe e Dr. Robert Edwards a respeito da fertilização *in vitro*, candidatou-se a participar do procedimento experimental. Outras mulheres também participavam do projeto, entretanto Lesley foi a primeira a manter a gravidez. O fato foi amplamente divulgado na mídia mundial e a gravidez de Lesley acompanhada em todas as suas etapas até o nascimento de Louise, em julho de 1978.

A partir de então, mais de 4 milhões de pessoas nasceram por meio das técnicas de reprodução humana assistida.¹⁷⁵ Por esse experimento, o professor emérito da Universidade de Cambridge, Dr. Robert Edwards, foi agraciado com o Nobel de Medicina e Fisiologia em 2010, reconhecendo-se que seu trabalho e pesquisas mudaram as perspectivas tradicionais da reprodução humana, possibilitando oferecer tratamento à infertilidade.¹⁷⁶

O Brasil também passou a desenvolver trabalhos e pesquisas acerca da reprodução humana assistida, culminando com o nascimento do primeiro “bebê de proveta” brasileiro em 1984. Anna Paula Caldeira nasceu em 7 de outubro de 1984,

¹⁷⁴ O termo “bebê de proveta” foi amplamente utilizado à época para designar os “bebês” fecundados fora do útero materno, por meio das técnicas de reprodução assistida.

¹⁷⁵ Disponível em: <http://noticias.uol.com.br/ciencia/ultimas-noticias/bbc/2012/06/21/morre-mae-do-primeiro-bebe-de-proveta.htm>; consultado em 16 ago. 2012.

¹⁷⁶ Disponível em: <http://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2010/10/nobel-de-medicina-vai-para-criador-de-metodo-de-fertilizacao-vitro.html>; consultado em 16 ago. 2012.

em São José dos Pinhais, Paraná, pela técnica de fertilização *in vitro* (FIV), realizada pela equipe do médico Milton Nakamura, de São Paulo.¹⁷⁷

A utilização das técnicas desenvolvidas pelo Dr. Robert Edwards vem auxiliando inúmeros casais que apresentam problemas para procriar naturalmente. “Estima-se que, no Brasil, mais de 278 mil casais em idade fértil tenham dificuldade para conceber um filho.”¹⁷⁸ Segundo dados divulgados pela Organização Mundial da Saúde (OMS), entre 8% e 15% dos casais apresentam algum problema de infertilidade, relacionados a problemas apenas femininos, apenas masculinos ou de ambos.¹⁷⁹ “Estima-se que, em 40% dos casos, a causa de infertilidade esteja associada à mulher, em 40% ao homem e, em 20% a problemas do casal ou de causa desconhecida.”¹⁸⁰

A infertilidade¹⁸¹ é considerada, pela Organização Mundial de Saúde¹⁸², como um problema de saúde pública e por essa razão foi um dos temas abordados na Conferência das Nações Unidas sobre População e Desenvolvimento, realizada no Cairo, Egito, em 1994. Na Conferência do Cairo enfatizou-se a necessidade de desenvolvimento de políticas e programas voltados à saúde reprodutiva, reconhecendo, mediante consenso dos delegados de todas as regiões participantes, “que a saúde reprodutiva é um direito humano e um elemento fundamental da igualdade de gênero”¹⁸³.

Na Conferência também foram lançadas três metas a serem atingidas até 2015: (i) a redução da mortalidade infantil e materna; (ii) o acesso à educação, especialmente para as meninas; e (iii) o acesso universal a uma ampla gama de

¹⁷⁷ Disponível em: <http://noticias.r7.com/saude/noticias/1-bebe-de-proveta-do-brasil-tem-26-anos-20101010.html>; consultado em 16 ago. 2012.

¹⁷⁸ Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/sobre/saude/saude-da-mulher/planejamento-familiar/>, consultado em 17 ago. 2012.

¹⁷⁹ Id.

¹⁸⁰ QUEIROZ, Juliane Fernandez. *Paternidade...* Op. Cit., p. 67.

¹⁸¹ As palavras *infertilidade* e *esterilidade* apresentam diferenças semânticas. “Infertilidade deve ser utilizada para quem nasce estéril ou teve uma doença que a levou a tal condição, ainda que temporária. Esterilidade, por sua vez, deve ser usada para quem se submeteu a processos cirúrgicos ou químicos, tendo perdido a capacidade de procriar.” Ambas as palavras traduzem a incapacidade para procriação. QUEIROZ, Juliane Fernandez. *Paternidade...* Op. Cit., p. 67. No presente trabalho as palavras *infertilidade* e *esterilidade* serão utilizadas de forma indiscriminada, em razão de ambas representarem a incapacidade para gerar filhos naturalmente.

¹⁸² A infertilidade é definida pela Organização Mundial da Saúde como a incapacidade para procriação natural após 12 meses de relações sexuais regulares sem uso de métodos contraceptivos.

¹⁸³ PATRIOTA, Tania. *Relatório da Conferência Internacional sobre população e Desenvolvimento – Plataforma de Cairo, 1994*. Disponível em: <http://www.sepm.gov.br/Articulacao/articulacao-internacional/relatorio-cairo.pdf>; consultado em 17 ago. 2012.

serviços de saúde reprodutiva, incluindo o planejamento familiar. Verifica-se que o acesso a serviços de saúde reprodutiva de qualidade foi um dos três grandes objetivos lançados durante a Conferência, em razão de se tratar de uma questão atual e polêmica, decorrente, em grande medida, da falta de políticas públicas efetivas que tutelem satisfatoriamente a questão¹⁸⁴.

Como forma de tratamento da infertilidade, a medicina, por meio das técnicas de reprodução humana assistida, vem trazer métodos inovadores a fim de possibilitar àqueles que encontram dificuldade para procriar a possibilidade de realização do tão esperado projeto parental. Tal incapacidade pode derivar de diversos fatores – fisiológicos, psicológicos, médicos, biológicos – vindo essas “novas” técnicas de reprodução trazer esperança àqueles que sonham com a concretização do projeto parental. Dessa forma, pode-se dizer que a reprodução assistida tem como fim precípua auxiliar casais que apresentam dificuldades para, naturalmente, conceber seus filhos, em razão de problemas relacionados à infertilidade.

Sendo, então, uma realidade viva no contexto da sociedade contemporânea, a reprodução assistida, como fato social que é, passa a ter relevância para o direito, uma vez que os inúmeros efeitos jurídicos decorrentes da concretização deste fato impõem uma releitura de institutos centenários do direito civil. A utilização das técnicas de reprodução assistida por inúmeras pessoas, sem que se tenha uma norma individualizadora de suas condutas, acaba fazendo com que este fato social ganhe ainda maior relevo para o direito. Isto porque, a falta de uma legislação específica voltada à matéria não poderia ser utilizada como escusa ao reconhecimento de seus efeitos jurídicos. Por essa razão, necessário se faz traçar algumas considerações acerca dos fatos sociais, buscando demonstrar a relevância da utilização das técnicas de reprodução assistida para o direito.

¹⁸⁴ No Brasil foi criado em 1995, a Comissão Nacional de População e Desenvolvimento (CNPD), com o propósito de acompanhar a implementação da agenda do Cairo. PATRIOTA, Tania. *Relatório da Conferência Internacional sobre população e Desenvolvimento...* Op. Cit.

2.1 Os Fatos Sociais como Fonte do Direito

Os fatos sociais, especialmente aqueles que emergem dos avanços tecnológicos e científicos decorrentes da biotecnologia, como os relacionados à reprodução assistida, com frequência crescente, “batem à porta” do ordenamento jurídico clamando por tutela, requerendo, dessa forma, uma integração do direito com a nova realidade. Tais fatos, muitas vezes, prescindem de uma norma¹⁸⁵ específica para sua tutela, mas, nem por isso, perdem importância para o direito. Aliás, verificam-se muitas situações nas quais os fatos acabaram se impondo ao direito, que passou a tutelá-los mesmo sem uma norma expressa no ordenamento jurídico. É o que se observa, por exemplo, nas uniões estáveis, as quais, antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, eram tratadas como “sociedades de fato” pela jurisprudência¹⁸⁶, a fim de tutelar alguns efeitos daquelas uniões. A esse respeito, Ana Carla Harmatiuk MATOS esclarece que

Importantíssimo, entre nós, mostrou-se o papel da jurisprudência no que diz respeito à família não fundada no casamento, sendo possível afirmar-se sua transposição aos limites da codificação.

Diante da sensibilidade de nossos julgadores frente à realidade da vida e levando-se em consideração a precípua função sociológica de tais uniões, as decisões passam a conceder efeitos jurídicos às relações extramatrimoniais.

A partir disso, a família não fundada no casamento deixa de ser vista tão-somente enquanto uma relação fática, no sentido de encontrar-se apenas no plano dos fatos e fora do âmbito do Direito.¹⁸⁷

¹⁸⁵ O termo “norma” é aqui colocado no sentido de regras explícitas no ordenamento jurídico, não se querendo afastar a possibilidade de tutela mediante a aplicação dos princípios vigentes no direito. Pietro PERLINGIERI, acerca da juridicidade do fato, coloca que “O fato concreto é sempre juridicamente relevante; nem sempre, todavia, a norma lhe atribui efeitos jurídicos individualizáveis de modo específico e determinado, como o nascimento, a aquisição, a extinção e a modificação de uma situação subjetiva.” PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 638-639.

¹⁸⁶ A Súmula n.º 380 do STF (“Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.”) que reconheceu a necessidade de partilha do patrimônio comum na união estável, mesmo sem qualquer legislação específica que disciplinasse a matéria se mostrou de suma importância, reconhecendo, assim, um fato social como fonte do direito. Além da referida Súmula, ainda é possível citar outras, que, da mesma forma reconheceram efeitos jurídicos decorrentes de um fato social, como é o caso, por exemplo, das Súmulas n.º 35 (“Em caso de acidente do trabalho ou de transporte, a concubina tem direito de ser indenizada pela morte do amásio, se entre eles não havia impedimento para o matrimônio.”), 447 (“É válida a disposição testamentária em favor de filho adulterino do testador com sua concubina.”), 382 (“A vida em comum sob o mesmo teto ‘more uxorio’, não é indispensável à caracterização do concubinato.”), todas do STF.

¹⁸⁷ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *As famílias não fundadas no casamento e a condição feminina ...* Op. Cit., p. 50.

Dessa forma, mesmo sem qualquer disposição expressa acerca das uniões estáveis, o que somente veio a ocorrer com a Constituição Federal de 1988, a jurisprudência passou a reconhecer alguns efeitos jurídicos, ainda que apenas de cunho patrimonial, a essa situação de fato.

Mais recentemente, outro fato social também foi reconhecido pela jurisprudência, atribuindo-se a ele importantes efeitos jurídicos: as uniões homossexuais, as quais foram analogicamente comparadas às uniões estáveis heterossexuais pelo Supremo Tribunal Federal, mediante o julgamento da ADPF 132, encampada pela ADI 4.277¹⁸⁸.

Constata-se que o reconhecimento dos fatos sociais, especialmente pela jurisprudência, vem conferindo, expressamente, tutela jurídica às relações fáticas que muitas vezes ficavam à margem do direito, o qual resistia em conferir-lhes efeitos jurídicos. Tal fenômeno é recorrente, vez que, mesmo com a existência de uma norma individualizadora de determinada situação jurídica, deve-se considerar a existência dos fatos que a precederam. Verifica-se, assim, a “força criadora dos fatos” os quais antecedem a formação da norma jurídica¹⁸⁹, uma vez que “ao recepcionar a realidade, o direito parte de dados, oriundos do que foi construído no passado. O tempo e os homens seguem construindo à sua sombra, ampliando espaços e, por via de conseqüência, engendrando outras situações de fato.”¹⁹⁰

¹⁸⁸ EMENTA: (...) 2. Proibição de discriminação das pessoas em razão do sexo, seja no plano da dicotomia homem/mulher (gênero), seja no plano da orientação sexual de cada qual deles. A proibição do preconceito como capítulo do constitucionalismo fraternal. Homenagem ao pluralismo como valor sócio-político-cultural. Liberdade para dispor da própria sexualidade, inserida na categoria dos direitos fundamentais do indivíduo, expressão que é da autonomia de vontade. Direito à intimidade e à vida privada. Cláusula pétrea. (...) 3. Tratamento constitucional da instituição da família. Reconhecimento de que a constituição federal não empresta ao substantivo “família” nenhum significado ortodoxo ou da própria técnica jurídica. A família como categoria sócio-cultural e princípio espiritual. Direito subjetivo de constituir família. Interpretação não-reducionista. (...) 4. União estável. Norma constitucional referida a homem e mulher, mas apenas para especial proteção desta última. Focado propósito constitucional de estabelecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia entre as duas tipologias do gênero humano. Identidade constitucional dos conceitos de “entidade familiar” e “família”. (...) 6. Interpretação do art. 1.723 do código civil em conformidade com a constituição federal (técnica da “interpretação conforme”). Reconhecimento da união homoafetiva como família. Procedência das ações. (...)

¹⁸⁹ Carmem Lúcia Silveira RAMOS, a esse respeito, coloca que “as relações sociais de fato precedem as relações jurídicas, representando estas a estabilização e sedimentação de uma determinada situação de fato, de tal sorte que, do mesmo modo que a posse antecedeu a propriedade, em matéria de apropriação de bens, a união sexual informal antecedeu a instituição do casamento”. RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. *Família sem casamento*: de relação existencial de fato a realidade jurídica. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 31.

¹⁹⁰ *Ibid.*, p. 23.

A reprodução assistida segue nesse caminho. Não obstante a falta de uma norma individualizadora de sua conduta, o ordenamento jurídico não se queda inerte ante as situações fáticas que surgem. É o que pode ser verificado, exemplificativamente, no caso relatado no capítulo anterior acerca da reprodução assistida *post mortem*. No referido caso, entende-se que, apesar da falta de uma disciplina específica sobre a temática, o Magistrado de primeira instância proferiu decisão que melhor atendeu ao princípio da dignidade da pessoa humana, fazendo prevalecer a essência à forma, tutelando a concretização do projeto parental iniciado em vida pelo casal.

Situações subjetivas não disciplinadas em normas individualizadas sempre emergiram, uma vez que a realidade social não é estática, estando em constante mutação. Francisco AMARAL esclarece que

A vida social é, porém, fertilíssima na diversidade dos fatos, suscitando, por vezes, situações que não se enquadram na hipótese das normas jurídicas, não obstante os atributos da abstração. Isso faz com que diversos fatos, socialmente relevantes, não produzam efeitos jurídicos *típicos* por não corresponderem à hipótese de aplicação da norma, ou pela própria inexistência de norma jurídica adequada, embora já sejam socialmente valorados. Existe o fato, o valor, mas não a norma jurídica, o que não impede que a relação de fato produza, verificados certos pressupostos, os mesmos efeitos da relação de direito. Configura-se aqui a questão da eficácia jurídica da relação de fato.¹⁹¹

Tais relações não decorrem de nenhum fato jurídico¹⁹², uma vez que não contam com uma norma individualizadora de sua conduta, ao contrário, decorrem de fatos socialmente relevantes¹⁹³. A esse respeito, Pietro PIERLINGIERI esclarece que “Fato relevante não é somente aquele produtor de conseqüências jurídicas bem individualizadas, mas qualquer fato que, enquanto expressão positiva ou negativa

¹⁹¹ AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 6. ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 179.

¹⁹² Para Miguel REALE, “... *fato jurídico é todo e qualquer fato que, na vida social, venha a corresponder ao modelo de comportamento ou de organização configurado por uma ou mais normas de direito*. O fato jurídico, em suma, repete, no plano dos comportamentos efetivos, aquilo que genericamente está enunciado no modelo normativo.” REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 24. Ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 201-202.

¹⁹³ Pietro PIERLINGIERI ensina que “Relevante é o fato valorado pela norma jurídica” e defende que “não há fato juridicamente irrelevante”, mesmo contrariando, com sua afirmação, outros doutrinadores, uma vez que os fatos chamados de “juridicamente irrelevantes”, na verdade, ou são fatos relevantes (como exercício de liberdade), mas não predeterminados a ter eficácia, ou não são fatos. A respiração de uma formiga não é um fato juridicamente irrelevante: simplesmente não é um fato. ‘Fato’ não é um termo com um único significado: o ‘fato’ objeto de exame de uma ciência natural não é o ‘fato’ objeto de uma ciência prática (como o direito), para a qual o fato é todo evento que invoque a idéia da convivência (ou do caráter relacional).” PIERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional...* Op. Cit., p. 637; 640.

(fato ilícito) de valores ou princípios presentes no ordenamento, tenha um significado próprio segundo o direito”¹⁹⁴.

O direito, a fim de tutelar os fatos sociais, deve ter em conta a complexidade do fenômeno social, visto que, sendo uma ciência social, torna-se sensível a qualquer modificação da realidade. “A transformação da realidade social em qualquer dos seus aspectos (diversos daquele aspecto normativo em sentido estrito) significa a transformação da ‘realidade normativa’ e vice-versa.”¹⁹⁵ Pode-se dizer, assim, que os fatos sociais influenciam o direito.

Nesse viés encontra-se o direito de família, em constante mutação e permeado pelos avanços biotecnológicos, especialmente na área de reprodução assistida, sendo muito difícil, quiçá dizer impossível, disciplinar suas mudanças em tempo real. Traduzindo essas transformações, Carmem Lúcia Silveira RAMOS ensina que “O direito é invadido pelos fatos, pela realidade das ruas, que o obriga a reformular-se, reconhecendo a existência de espaços por ele não abrangidos, ainda que buscando garantir sua própria sobrevivência e preservar os parâmetros em que se encontra organizado, tentando evitar uma fratura entre as duas esferas (direito posto e direito vivido)”.¹⁹⁶

Verifica-se, assim, que os fatos muitas vezes impulsionam a formação de normas jurídicas específicas, à medida que ganham relevância social. Entretanto, a ausência de normas jurídicas que disciplinem de forma mais rigorosa determinado fato social não pode servir de escusa à tutela de tal fato pelo direito.

A tais problemas será necessário dar uma resposta, procurando-a no sistema como um todo, sem apego à preconceituosa premissa do caráter residual do código e, por outro lado, sem desatenção às leis cada vez mais numerosas e fragmentadas.¹⁹⁷

(...)

A solução para cada controvérsia não pode mais ser encontrada levando em conta simplesmente o artigo de lei que parece contê-la e resolvê-la, mas, antes, à luz do inteiro ordenamento jurídico, e, em particular, de seus princípios fundamentais, considerados como opção de base que o caracterizam.¹⁹⁸

¹⁹⁴ Ibid., p. 639.

¹⁹⁵ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*.

Tradução de Maria Cristina De Cicco. 3. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 2.

¹⁹⁶ RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. Op. Cit., p. 30.

¹⁹⁷ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil...* Op. Cit., p. 6.

¹⁹⁸ Ibid., p. 5.

A reprodução assistida encontra-se inserida dentro desse contexto, pois, diante de sua alta complexidade, carece de uma regulamentação mais específica e precisa, ao mesmo tempo em que, como fato social, não deixa de reclamar a produção de efeitos jurídicos.

É certo que, apesar desse quadro, tem-se recorrido com frequência aos importantes Enunciados editados pelo Conselho da Justiça Federal e à Resolução n.º 1.957/2010 do Conselho Federal de Medicina, que vêm se mostrando como destacados balizadores em relação à matéria. No entanto, a ausência de norma jurídica editada pelo Congresso Nacional ressalta ainda mais o papel da Constituição como centro unificador da tutela desses fatos. A Constituição Federal de 1988, assim, em razão de sua textura aberta, indeterminada e principiológica, possibilita o estabelecimento de um constante diálogo entre a realidade social que se apresenta, especialmente aquela decorrente da utilização das técnicas de reprodução assistida, e as normas emanadas de seu texto.

2.2 Possíveis Caminhos a partir da Hermenêutica Constitucional

O que se busca sustentar, no presente trabalho, é que fatos sociais, como a reprodução assistida, que se ressentem da falta de normas mais específicas, podem encontrar apoio em uma hermenêutica principiológica dos preceitos insculpidos na Carta Magna brasileira, a fim de tutelar dignamente os interesses da pessoa humana. A esse respeito, José Carlos Teixeira GIORGIS esclarece que

... a Constituição é uma integração dos diversos valores aspirados pelos diferentes segmentos da sociedade, através de uma fórmula político-ideológica de caráter democrático, *devendo a interpretação ser aquela que mais contribua para a integração social* (princípio do efeito integrador), como ainda que lhe confira maior eficácia, para a prática e acatamento social (princípio da máxima efetividade). Ou seja, a interpretação da Constituição deve atualizá-la com a vivência dos valores de parte da comunidade, de modo que os preceitos constitucionais obriguem as consciências (princípio da força normativa da Constituição).¹⁹⁹

A Constituição, como disciplinadora de questões atinentes à vida civil dos sujeitos, é construção do século XX; função essa que, outrora, pertencia

¹⁹⁹ GIORGIS, José Carlos Teixeira. A natureza jurídica da relação homoerótica. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). *Família e cidadania: o novo CCB e a vacatio legis*. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2002. p. 123.

exclusivamente ao código civil, o qual era considerado a constituição do homem privado, advindo dele toda e qualquer regulação acerca do indivíduo e suas relações sociais. Com a crescente onda de intervenção estatal na esfera privada, decorrentes do Pós-Guerra e também do próprio processo de industrialização, o código civil deixa de ser considerado o centro do ordenamento jurídico, passando tal espaço a ser ocupado, cada vez com mais força, pela Constituição, a qual, gradativamente, passa a regular e interferir com mais frequência na vida privada. Isso decorre da alteração do conceito de autonomia privada em sentido absoluto, dando lugar a uma noção de indivíduo inserido na sociedade. A esse respeito, Maria Celina Bodin de MORAES esclarece que

O intervencionismo estatal e, na sua esteira, o papel que a regulamentação jurídica passou a desempenhar na economia e, de uma forma geral, na vida civil podem, então, ser encarados como elemento interagente – ao invés de razão primordial – das profundas mudanças ocorridas no direito privado. O novo peso dado ao fenômeno, importa em rejeitar a idéia de invasão da esfera pública sobre a privada, para admitir, ao revés, a estrutural transformação do conceito de direito civil, ampla o suficiente para abrigar, na tutela das atividades e dos interesses da pessoa humana, técnicas e instrumentos tradicionalmente próprios do direito público como, por exemplo, a aplicação direta das normas constitucionais nas relações jurídicas de caráter privado.²⁰⁰

A clássica dicotomia público/privado acaba por ser relativizada, uma vez que o texto constitucional deixa de regular apenas questões atinentes à organização estatal, passando a intervir na esfera individual, disciplinando disposições clássicas do direito civil. A ampla e irrestrita liberdade individual passa a sofrer intervenção estatal com o propósito de garantir a proteção deste mesmo indivíduo dentro da sociedade na qual ele está inserido. Dessa forma, no atual estágio da contemporaneidade, necessário se faz interagir os clássicos institutos do direito civil com os dispositivos constitucionais vigentes, não se pretendendo deixá-los na berlinda do sistema jurídico, mas sim conferir uma releitura à luz da Constituição. Nesse sentido, Allan Rocha de SOUZA, Raul Murad Ribeiro de CASTRO e Vitor de Azevedo ALMEIDA JUNIOR, argumentam que

... tratar as implicações das novas tecnologias reprodutivas, sob o manto do direito constitucional é dar-lhes um regime em consonância com os valores maiores da República brasileira, no entanto, dispensar a aplicação de instrumentos e regras advindos do direito

²⁰⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional ... Op. Cit., p. 23-24.

privado, especificamente o direito civil, é olvidar que tais questões derivam e são originadas de relações inter-pessoais, e que, por mais, que tangem a aspectos que interessem a toda humanidade e a despeito da atual tendência doutrinária de superação da *summa divisio*, a proteção ao âmbito privado deve ser preservado e enaltecido, sob pena de ferir a liberdade dos sujeitos de direito, principal foco do turbilhonamento pelo qual vem sofrendo o sistema normativo.²⁰¹

A disciplina jurídica da reprodução assistida necessita da aplicação dos preceitos constitucionais, sem que, todavia, as normas civilistas sejam abandonadas. Os clássicos institutos do direito civil (família, contratos e propriedade) passaram, em verdade, a ser analisados por um prisma existencial, porquanto se tornou imperativo analisar o sistema jurídico a partir do seu fundamento de validade e unidade que é a Constituição. É dizer, “Os princípios e valores constitucionais devem se estender a todas as normas do ordenamento, sob pena de se admitir a concepção de um ‘mondo in frammenti’, logicamente incompatível com a idéia de sistema unitário”²⁰².

Nesse viés, impõem-se a necessidade de analisar e aplicar o direito civil, a partir da “força normativa”²⁰³ da Constituição, buscando a tutela de fatos advindos do progresso da biotecnologia, como é o caso da reprodução assistida, estabelecendo uma nova tábua axiológica, sob a qual a ordem infraconstitucional deve ser analisada.²⁰⁴ Assim, para se ter sucesso na aplicação da nova epistemologia, é preciso que o Direito passe a ser analisado e aplicado de acordo com os preceitos introduzidos no ordenamento jurídico a partir da Constituição Federal de 1988, sendo necessário, portanto, “recriar o discurso do direito e seu instrumental e reaprender a usá-lo”²⁰⁵.

Dentro desse contexto, Paulo Ricardo SCHIER traz a noção de filtragem constitucional, a qual busca realizar a normatividade e a imperatividade do direito com fundamento em valores constitucionais, em razão de o Direito intervir

²⁰¹ SOUZA, Allan Rocha de; CASTRO, Raul Murad Ribeiro de; ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo. *Reprodução assistida, autonomia privada e personalidade: a questão dos embriões*. Disponível em http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/allan_rocha_de_souza.pdf, consultado em 22 nov. 2012.

²⁰² MORAES, Maria Celina Bodin de. *A caminho de um direito civil constitucional ...* Op. Cit., p. 24.

²⁰³ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

²⁰⁴ SCHIER, Paulo Ricardo. Op. Cit., p. 25.

²⁰⁵ *Ibid.*, p. 62.

diretamente na realidade, transformando-a, dentro de certos limites, mostrando-se, assim, como espaço de emancipação.²⁰⁶

... estar-se-á falando de um Direito que, sobre refletir a realidade, muito mais a constrói e, sobre tratar-se de elemento passivo na relação com a sociedade, com ela dialoga, aprende, sofre seu influxo e ao mesmo tempo condiciona-a. Pressupõe, este discurso, a dialética. E esta dialética, por sua vez, imprime a busca de uma interdisciplinaridade, não enquanto justaposição ou aproximação de saberes, mas enquanto “falas” que, entrecruzando-se, formam verdadeiramente um novo discurso.²⁰⁷

Nesta perspectiva insere-se a reprodução assistida. Um fato social que reflete a realidade requerendo um necessário diálogo entre o ordenamento jurídico e os avanços biotecnológicos no qual as técnicas reprodutivas estão inseridas. Para tanto, imprescindível que tal diálogo se efetive no plano interdisciplinar uma vez que a interface de diversos saberes mostra-se preponderante para a justa tutela das questões emanadas da reprodução assistida. Para tal desiderato, a Constituição Federal de 1988 mostra-se como um instrumento eficaz, visto que a normativa constitucional não pode ser considerada apenas como uma “mera regra hermenêutica, mas também como norma de comportamento, idônea a incidir sobre o conteúdo das relações entre situações subjetivas, funcionalizando-as aos novos valores”²⁰⁸. Os valores emanados pela ordem constitucional buscam a digna tutela da pessoa humana, impondo a necessária obediência a este princípio por todo o sistema jurídico, dado que ele é a fonte de humanização das relações jurídicas.

Não que com essa orientação se pretenda tornar a dignidade da pessoa humana um valor absoluto. Pelo contrário. No atual estágio do direito, em que os princípios, porque normativizam os valores dominantes e desejados por uma sociedade, são normas cujo conteúdo não pode ser fixado de forma invariável e completa, a dignidade da pessoa humana, como leciona Ricardo Lobo TORRES, coloca-se, também, no “jogo de ponderação com os outros princípios”²⁰⁹. Assim,

²⁰⁶ Ibid., p. 55-56.

²⁰⁷ Ibid., 57.

²⁰⁸ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil...* Op. Cit., p. 12.

²⁰⁹ TORRES, Ricardo Lobo. A legitimação dos direitos humanos e os princípios da ponderação e da razoabilidade. In: _____ (org.). *Legitimação dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 434.

esse princípio se coloca como a porta de entrada e a moradia de todo ordenamento jurídico²¹⁰ e, põe-se, também, como de difícil e excepcional relativização.²¹¹

Nesse sentido, Ingo Wolfgang SARLET traz a idéia de que o princípio da dignidade da pessoa humana, além de ser um elemento de proteção dos direitos fundamentais, “... serve como justificativa para a imposição de restrições a direitos fundamentais, acabando, neste sentido, por atuar como elemento limitador destes”²¹².

Está-se, aqui, a trabalhar a partir de uma concepção objetiva da dignidade da pessoa humana. Objetiva, porque se trata não apenas de um direito subjetivo a ser reclamado pelo cidadão, mas de uma determinação de conduta por parte do Poder Público.²¹³

Assim, a Constituição, em seu sentido material, possui força normativa, não se tratando de uma declaração de propósitos, motivo pelo qual deve ser aplicada como norma suprema de todo ordenamento jurídico, vinculando o Estado e a sociedade. Porém, a realidade a qual deve ser aplicada não é perfeita, isenta de contradições e interesses contrapostos. A Constituição, portanto, impõe-se aos fatos, mas por eles também é moldada e atualizada. Os fatos sociais estão em constante mutação e o direito não conseguirá tutelar todos os fatos emanados da sociedade pormenorizadamente, por meio de normas específicas. Os princípios constitucionais funcionam, neste ponto, como importante instrumento de integração

²¹⁰ Ou, na lição de Carlos Roberto Siqueira CASTRO, “... tornou-se o epicentro do extenso catálogo de direitos civis, políticos, econômicos e culturais”. CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 15.

²¹¹ É um tanto estranho dizer que o princípio da dignidade da pessoa humana pode ser relativizado. Tal ideia pode soar como se fosse possível e admissível alguém ser submetido a um tratamento não digno de ser humano. Por certo, entretanto, que afirmar que o princípio em tela pode ser objeto de ponderação não significa nada disto. Apenas que a satisfação absoluta da dignidade do ser humano é um ideal a ser alcançado e que, por mais boa vontade que se tenha, pode ser de difícil implementação.

²¹² SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2002. p. 123.

²¹³ A esse respeito Paulo Gustavo Gonet BRANCO leciona que “A dimensão objetiva resulta do significado dos direitos fundamentais como princípios básicos da ordem constitucional. Os direitos fundamentais são da essência do Estado de Direito Democrático, operando como limite do poder e como diretriz para a sua ação. (...) Os direitos fundamentais, assim, transcendem a perspectiva da garantia de posições individuais, para alcançar a estatura de normas que filtram os valores básicos da sociedade política e os expandem para todo o direito positivo.” BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos de teoria geral dos direitos fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília; Brasília Jurídica e Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, 2000. p. 153.

do direito com a realidade. Isto é, a aplicação dos preceitos abertos e indeterminados da Constituição possibilita sua atualização se mostrando apta a tutelar as novas demandas decorrentes da biotecnologia, como é o caso da reprodução assistida. Nesse sentido, Fabíola Santos ALBUQUERQUE coloca que

Os princípios, assim, assumiram posição de destaque na pirâmide normativa, passando a conformar a lei e não mais o inverso. Essa inversão deve-se ao fato da reconhecida insuficiência da lei para realizar os anseios sociais, ao passo que os princípios, devido à sua natureza fluida, permitem seu preenchimento a partir dos valores, ou seja, os princípios servem de instrumentos materializadores dos valores supremos intrínsecos à sociedade em determinado contexto, quer dizer, os princípios radiografam os fundamentos da ordem jurídica.²¹⁴

Nesse contexto, o princípio da dignidade da pessoa humana se mostra como o corolário da análise dos avanços biotecnológicos na sociedade contemporânea, especialmente quando tais avanços se destinam a atingir o ser humano, afetando o que lhe é mais precioso, sua dignidade.

Aliás, o recente interesse pela influência dos direitos fundamentais no campo do direito privado tem demonstrado que o legislador não pode restringi-los desmedidamente²¹⁵ e que, por outro lado, “É necessário que o conteúdo da ação dos operadores jurídicos atenda, efetivamente, às necessidades que emanam da dignidade da pessoa”²¹⁶. Isto porque “... a visão de pessoa, como um dos elementos da relação jurídica, está sendo abandonada cotidianamente, e o Direito Contemporâneo tem assumido efetivamente a pessoa como ser humano, como o ‘*ser dotado de consciência e dignidade*’, passando a tutelá-lo sob esta perspectiva, enraizando-o como núcleo do ordenamento jurídico”²¹⁷.

Nessa perspectiva, o princípio da dignidade da pessoa humana vem impedir que o ser humano seja reduzido à condição de “coisas” perante o desenfreado avanço do desenvolvimento biotecnológico, notadamente na área de reprodução assistida.

²¹⁴ ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. Op. Cit., p. 30-31.

²¹⁵ CANARIS, Claus-Wihelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 238-239.

²¹⁶ FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo P. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003. p. 102.

²¹⁷ ECHTERHOFF, Gisele. O princípio da dignidade da pessoa humana e a biotecnologia. In: MEIRELLES, Jussara Maria de (coord.). *Biodireito em discussão*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 88.

Busca-se a concretização das normas com o propósito de tutelar a pessoa humana dentro de sua dignidade, impondo-se a necessidade de se romper com os pressupostos hermenêuticos clássicos. Não se quer deixá-los para trás, abandoná-los. Porém, necessário se colocar, que não são eles suficientes para lidar com o modelo de ordenamento jurídico que se apresenta neste século.²¹⁸

A textura aberta da Constituição reclama, portanto, um trato refinado. Isto porque, orientados para uma solução justa e convincente, a interpretação baseada em apenas um ponto de vista pode ser insuficiente para uma adequada compreensão da Constituição e, por consequência, de todo o ordenamento jurídico. Isto porque é a Constituição que delinea toda a aplicação do direito infraconstitucional, aí inserido o direito civil, o qual não mais pode ser pensado de forma isolada, estanque, mas sempre de acordo com os preceitos emanados da Constituição.

A Constituição, como bem coloca Estefânia Maria de Queiroz BARBOZA²¹⁹, é um instrumento vivo, e neste sentido se desenvolve e se adapta às circunstâncias e crenças atuais, sendo sua legitimidade pautada na justiça, no consenso, no comprometimento e na soberania do povo atual e não apenas do poder constituinte originário.²²⁰ Nesse sentido é que se coloca que, no atual estágio do direito, apenas pode-se pensar em um direito civil-constitucional.

²¹⁸ Nesse sentido, Luiz Edson FACHIN ensina que “(...) o desafio é apreender extra-sistematicamente o sentido de possibilidade da *constitucionalização* como ação permanente, viabilizada na força criativa dos fatos sociais que se projetam para o Direito, na doutrina, na legislação e na jurisprudência, por meio da qual os significados se constroem e refundam de modo incessante, sem prejuízos apriorísticos de exclusão. Nessa toada, emerge o mais relevante desses horizontes que é a dimensão prospectiva dessa travessia. O compromisso se firma com essa constante travessia que capta os sentidos históricos-culturais dos códigos e reescreve, por intermédio da *ressignificação* dessas balizas lingüísticas, os limites e as possibilidades emancipatórias do próprio Direito.” FACHIN, Luiz Edson. A construção do direito privado contemporâneo na experiência crítico-doutrinária brasileira a partir do catálogo mínimo para o direito civil-constitucional no Brasil. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. Anais do Congresso internacional de direito civil-constitucional da cidade do Rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2008. p. 15.

²¹⁹ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Stare asdecisis, integridade e segurança jurídica: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de common law e civil law*. Tese de Doutorado, PUCPR, 2007, p. 161. Consulta ao documento original, disponibilizado pela Autora.

²²⁰ Ademais, pode-se colocar ainda que “... qualquer interpretação que se faça da Constituição deverá, necessariamente, ser conformada à perspectiva de uma sociedade democrática, solidária e pluralista, o que caracteriza o chamado condicionamento recíproco entre a Constituição jurídica e a realidade político-social. (...) Esse condicionamento recíproco nos conduz a concluir que, quanto maior a absorção constitucional dos valores consagrados pela sociedade, maior a probabilidade de sua eficácia jurídica e social.” ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. Op. Cit., p. 35-36.

Nessa seara insere-se o tema da reprodução assistida, o qual requer uma aplicação sistemática e principiológica do ordenamento jurídico, visto ser uma realidade da contemporaneidade, que carece de normas específicas e individualizadas a seu respeito, mas, não por isso, será deixada à margem do sistema, uma vez que o ordenamento constitucional apresenta possibilidades para sua plena tutela.

A reprodução assistida, como um fato social presente na realidade brasileira desde a década de 1980, disseminando-se com maior vigor a partir do século XXI, apenas foi disciplinada pelo ordenamento jurídico brasileiro por meio do Código Civil de 2002, ainda que de forma um tanto superficial e sem maiores explicitações acerca de sua prática e de seus efeitos jurídicos. Por outro lado, encontra-se no âmbito do Conselho Federal de Medicina um maior detalhamento acerca da matéria, especialmente na Resolução n.º 1.957/2010, que disciplina a reprodução assistida. Entretanto, tal Resolução, conforme já colocado ao longo do trabalho, apenas apresenta caráter coercitivo com os profissionais da área médica. Verifica-se, assim, que a moderna hermenêutica constitucional, a qual “requer um constante diálogo entre a realidade social e as normas jurídicas”²²¹ se mostra como um possível caminho à tutela da reprodução assistida. Contudo, não se pode deixar de analisar as Resoluções editadas pelos Conselhos de Medicina, tampouco as demais normas infraconstitucionais que, de forma direta ou indireta, acabam por disciplinar a matéria.

2.3 A Disciplina Jurídica

A disciplina jurídica específica em matéria de reprodução assistida, conforme já colocado, restringe-se a três incisos do Código Civil (incisos III, IV e V, do art. 1.597) e a algumas considerações em leis especiais que, de forma direta ou indireta, tratam do tema. As Resoluções editadas pelo Conselho Federal de Medicina acabam por disciplinar a matéria, entretanto carecem de força vinculativa como as demais normas do ordenamento jurídico. Todavia, em face da falta de uma

²²¹ Ibid., p. 35.

norma específica que trate da matéria, as Resoluções acabam sendo utilizadas como diretrizes, tornando-se imperioso uma análise a seu respeito.

No Brasil, apesar do primeiro “bebê de proveta” ter nascido em 1984, apenas em 1992 foi editada, pelo Conselho Federal de Medicina, a primeira Resolução que tratava do tema (Resolução n.º 1.358/92), estabelecendo normas éticas para a classe médica no tocante à reprodução assistida. A Resolução n.º 1.358/92, em relação ao número de embriões a serem transferidos, permitia a implantação de até quatro embriões no útero de uma mesma paciente, independente de sua idade, e apenas a mulher capaz poderia usufruir das técnicas de reprodução assistida, exigindo-se, para tanto, a aprovação por escrito do cônjuge ou do companheiro na união estável.

A maternidade de substituição, na Resolução n.º 1.358/92, era permitida, apenas entre parentes de até segundo grau de um dos integrantes do casal, e a utilização das técnicas com a intenção de selecionar sexo²²² ou qualquer característica biológica do futuro indivíduo, era proibida. A redução embrionária, em casos de gravidez múltipla, não era permitida, e o princípio do anonimato do doador e da gratuidade das doações eram a regra. A escolha do doador cabia à clínica de reprodução, a qual deveria levar em consideração a semelhança fenotípica e imunológica com os pretensos pais e a máxima possibilidade de compatibilidade com a receptora. Os médicos ou funcionários das clínicas não poderiam doar seu material genético.

Em 2010, a Resolução n.º 1.358/92 foi substituída integralmente pela Resolução n.º 1.957, a qual trouxe algumas inovações em relação à Resolução anterior. Entre as principais mudanças incluem-se: (i) o número de embriões a serem transferidos durante a fertilização *in vitro* (FIV), estabelecendo uma relação entre embriões a serem transferidos e a idade da mulher – no máximo até dois embriões, para mulheres com até 35 anos de idade, até três, para aquelas entre 36 e 39 anos e, para mulheres com mais de 40 anos, o limite de quatro embriões permanece; (ii) a possibilidade de reprodução assistida *post mortem*, ou seja, utilização do material genético criopreservado, após o falecimento do marido ou companheiro, desde que o *de cuius* tenha deixado consentimento por escrito para utilização do material após

²²² A Resolução de 1992 apresentava uma exceção, com relação à sexagem, quando a prática pudesse evitar doenças relacionadas ao sexo do filho que viesse a nascer.

o seu falecimento; e (iii) a possibilidade de utilização das técnicas por pacientes independente do estado civil ou opção sexual, possibilitando a casais homossexuais, e até mesmo os solteiros, que desejam ter uma gestação independente, também se beneficiarem das técnicas reprodutivas²²³.

Em outros pontos a *novel* Resolução permaneceu inalterada, mantendo a proibição de utilização de procedimentos que visem à redução embrionária, em casos de gravidez múltipla, e, mantendo também, em relação à maternidade de substituição, a regra da sua permissão apenas entre parentes de até segundo grau de um dos integrantes do casal. Da mesma forma, manteve-se a proibição de utilização das técnicas para escolha do sexo do bebê ou qualquer outra característica biológica do futuro filho, exceto quando se trate de evitar doenças ligadas ao sexo do filho que venha a nascer.

Apesar de as principais diretrizes acerca da reprodução assistida emanarem da Resolução n.º 1.957/2010, do Conselho Federal de Medicina – mesmo não apresentando força normativa apropriada – necessário se faz mencionar que, em 2005, foi promulgada a Lei n.º 11.105 – Lei de Biossegurança²²⁴ –, a qual, embora a maioria de seus dispositivos estabeleça normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados (OGM) e seus derivados, disciplina, também, a utilização de células-tronco²²⁵ embrionárias obtidas a partir de embriões humanos, produzidos mediante fertilização *in vitro* e não implantados no útero materno, para fins de pesquisa e terapia.²²⁶ Essa

²²³ A Resolução n.º 1.957/2010 do CFM, estabelece que “Todas as pessoas capazes, que tenham solicitado o procedimento e cuja indicação não se afaste dos limites desta resolução, podem ser receptoras das técnicas de RA desde que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos sobre o mesmo, de acordo com a legislação vigente.”

²²⁴ A Lei n.º 11.105/2005, regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados (OGM) e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança (CNBS), reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança (CTNBio), dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança (PNB), entre outras providências.

²²⁵ Tal questão, apesar de sua relevância, não será analisada no presente trabalho, uma vez que o objeto de pesquisa restringe-se à reprodução humana assistida propriamente dita, por essa razão os reflexos decorrentes das pesquisas com células-tronco obtidas a partir de embriões humanos criopreservados, não serão aqui abordados.

²²⁶ Lei n.º 11.105/2005. Art. 5º. “É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-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 da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento. § 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores. § 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia

mesma lei estabelece a proibição da comercialização de material biológico, criminalizando tal conduta mediante o § 3º, do art. 5º. Da mesma forma, 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, em seu art. 15, prevê a pena de reclusão, de três a oito anos, e multa, de 200 a 360 dias-multa, quando houver compra ou venda de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano, incorrendo ainda, na mesma pena, “quem promove, intermedeia, facilita ou auferir qualquer vantagem com a transação”²²⁷. Na mesma esteira, a Resolução n.º 1.957/2010, do Conselho Federal de Medicina²²⁸, veda a comercialização de embriões ou material genético, acolhendo o princípio da gratuidade às práticas de reprodução assistida.

Apesar da falta de uma regulamentação específica acerca da matéria, o Código Civil de 2002 inovou no ordenamento jurídico, incluindo, nas hipóteses de presunção de paternidade, a reprodução humana assistida. Em seu art. 1.597, o Código Civil de 2002 enumera as hipóteses de presunção de filiação para os filhos concebidos na constância do casamento ou da união estável.

O texto do novo código civilista foi alvo de inúmeras críticas por não disciplinar de forma mais detalhada tema tão relevante da ordem civil e que cada vez mais faz parte da vida cotidiana de pessoas com problemas para gerar naturalmente um filho. Todavia, o texto aberto, indeterminado e genérico trazido pelo art. 1.597, incisos III a V, do Código Civil de 2002, foi opção do legislador, o qual remeteu às vias ordinárias a tarefa de detalhamento do texto de alta especificidade técnica. Nesse sentido, Miguel REALE, Coordenador da Comissão elaboradora do Código Civil de 2002, explica:

A experiência jurídica, como tudo que surge e se desenvolve no mundo histórico, está sujeita a imprevistas alterações que exigem desde logo a atenção do legislador, mas não no sistema de um código, mas sim graças a leis especiais, sobretudo quando estão envolvidas tanto questões de direito quanto de ciência médica, de engenharia genética, etc. exigindo medidas prudentes de caráter administrativo, tal como se dá, por exemplo, no caso da fecundação *in vitro*. Em todos os países desenvolvidos, tais fatos são disciplinados por uma legislação autônoma e específica, inclusive nos Estados Unidos da América e na Inglaterra,

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 no 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.”

²²⁷ Lei 9.434/97, art. 15.

²²⁸ Resolução n.º 1.957/2010, do CFM. IV - DOAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES. 1 - A doação nunca terá caráter lucrativo ou comercial.

nações por sinal desprovidas de Código Civil, salvo o caso singular do Estado da Luisiana na grande república do norte, fiel à tradição do direito francês. Como se vê, a atualidade da nova codificação brasileira não pode ser negada com base em realizações científicas supervenientes, que por sua complexidade, extrapolam do campo do direito-civil, envolvendo outros ramos do direito, além, repito, de providências de natureza meta-jurídica.²²⁹

Apesar das justificativas apresentadas, o fato é que o Código Civil se mostra muito superficial para a disciplina da matéria da reprodução assistida. Mas, como o legislador tem como laboratório a História, seu próprio passado, caberá as codificações adaptarem-se, mediante o trabalho dos magistrados e doutrinadores, aos novos fatos que estão por vir. Dessa forma, quando um código encontra-se em muito defasado com a realidade social, a jurisprudência deverá dar a “coloração da época aos dispositivos legais interpretados. Com isso, o interprete passa a tirar conclusões de dispositivos legais, às vezes não imaginadas pelo legislador.”²³⁰

Tal afirmação se mostra relevante, uma vez que no ordenamento jurídico pátrio não existe ainda qualquer texto legislativo²³¹ que discipline pormenorizadamente as técnicas de reprodução assistida, estando em tramitação no Congresso Nacional diversos Projetos de Lei e outras disposições que versam sobre a matéria. Dentre os de maior destaque, pode-se citar o Projeto de Lei n.º 1.184/2003, de autoria do Senador Lucio Alcantara (PSDB/CE), apresentado em 03/06/2003 e que dispõe sobre a Reprodução Assistida, definindo normas para realização da inseminação artificial e fertilização *in vitro*, proibindo a gestação de substituição (barriga de aluguel) e os experimentos de clonagem radical²³².

Mas as fortes demandas sociais e a alta complexidade técnica não podem aguardar eternamente. A falta de legislação específica acerca da reprodução

²²⁹ REALE, Miguel. *O novo código civil e seus críticos*. Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/ncc/nccc.htm>; consultado em 08 set. 2009.

²³⁰ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 7. ed. 2 reimpr. São Paulo: Atlas, 2007. p. 88.

²³¹ Segundo Guilherme Calmon Nogueira da GAMA, “uma das maiores questões jurídicas que se apresentam no estágio atual do Direito relativamente às técnicas de reprodução assistida diz respeito à postura legislativa, sendo de se discutir se é mais válido prosseguir com a posição abstencionista (...) ou adotar posição regulamentadora e, nesse caso, há também várias opções: legislação de natureza administrativa ou, ainda, de natureza criminal, ou de natureza civil para cuidar das questões próprias de Direito de Família e do Direito das Sucessões.” GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito civil ... Op. Cit.*, p. 350.

²³² Em 14 de janeiro de 2013 o Projeto de Lei n.º 1.184/2003 aguardava Parecer na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC). Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=118275>; consultado em 14 jan. 2013.

assistida pode levar, inclusive, a uma intervenção ativista do Supremo Tribunal Federal, como ocorreu, por exemplo, em relação às uniões homoafetivas²³³. Cumpre esclarecer que o termo “ativismo judicial”, segundo Gilvan Nogueira CARVALHO é

... um comportamento das cortes constitucionais, que, utilizando-se de instrumentos de controle de constitucionalidade imiscui-se em competências reservadas aos outros poderes do Estado. É assim que se diz que há evidente ativismo judicial quando esse órgão, a despeito de proferir julgamentos nas demandas que lhe são submetidas, acaba por criar verdadeiras normas de conduta, definidoras de direitos e obrigações, em clara usurpação do princípio da reserva legal ou da atuação legislativa. Do mesmo modo, há ativismo judicial, quando, nessas mesmas circunstâncias, o Poder Judiciário dispõe sobre políticas públicas, execução orçamentária e outras atribuições afetas ao Poder Executivo.²³⁴

Tal postura do Poder Judiciário encontra defensores e opositores; estes repudiando uma postura “ativista” mediante a justificativa de ofensa à separação de poderes e de violação ao princípio democrático em razão do poder jurisdicional, com tal atitude, exorbitar suas funções.²³⁵ Em sentido contrário²³⁶, os defensores da atual postura do Poder Judiciário justificam que os clamores dos jurisdicionados não podem ficar sem resposta, uma vez provocado e mesmo quando não há uma regulamentação específica sobre a matéria, visto que a Carta Magna brasileira, permeada por suas normas abertas e indeterminadas, pode justificar a tutela jurisdicional.

Assim, enquanto não for editada uma regulamentação específica acerca da reprodução humana assistida, o intérprete não pode quedar-se inerte e deve valer-se de uma hermenêutica emancipatória para o direito de família fundada nos princípios constitucionais e comprometida com a realidade social.

A esse respeito, Paulo Luiz Netto LÔBO explica que

Um dos maiores avanços do direito brasileiro, principalmente após a Constituição de 1988, é a consagração normativa dos princípios constitucionais explícitos e implícitos, superando o efeito simbólico que a doutrina tradicional a eles destinava. A eficácia meramente

²³³ Julgamento da ADPF n.º 132 e da ADIn n.º 4277, pelo Supremo Tribunal Federal em 05 maio 2011.

²³⁴ CARVALHO, Gilvan Nogueira. *Decisão do STF sobre a união homoafetiva: ativismo judicial ou efetiva proteção dos direitos e garantias fundamentais?*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 12 jan. 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.35507&seo=1>>. Acesso em: 22 out. 2012.

²³⁵ Entre os doutrinadores contrários a postura “ativista” do poder judicial, pode-se citar Lênio STRECK.

²³⁶ BARROSO, Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 331-346.

simbólica frustrava a resistente concepção do individualismo e do liberalismo jurídicos, que repugnam a intervenção dos poderes públicos nas relações privadas – especialmente as de natureza econômica –, inclusive do Poder Judiciário. Sem a mediação concretizadora do Poder Judiciário, os princípios não se realizam nem adquirem a plenitude de sua força normativa. Os princípios expressam, no plano jurídico, os valores hauridos da sociedade, que os verteu em normas constitucionais ou legais.²³⁷

A Constituição Federal de 1988, com seu texto aberto, indeterminado e permeado por princípios e cláusulas gerais, requer uma concretização por meio dos fatos sociais que batem às portas do Judiciário, possibilitando uma aplicação direta e imediata dos dispositivos constitucionais. Bem por isso, Gustavo TEPEDINO pondera que

Daí a imprescindibilidade da utilização direta e imediata das normas constitucionais nas relações jurídicas privadas, sobretudo quando proliferam cláusulas gerais e conceitos indeterminados, próprios da atual técnica legislativa. Do ponto de vista subjetivo, a norma constitucional fixa os limites de atuação valorativa do intérprete. Do ponto de vista objetivo, reformula os modelos normativos infraconstitucionais utilizados pelo intérprete, construindo-os segundo a axiológica constitucional. Somente esta compreensão é capaz de evitar um flagrante e perigoso déficit de democracia na atividade interpretativa.²³⁸

Dessa forma, a falta de legislação especial em matéria de reprodução humana assistida não pode ser utilizada como escusa à concretização dos preceitos constitucionais vigentes, os quais passaram a ser considerados como fundamentos de validade jurídica das normas civilistas. A partir dessa perspectiva, verifica-se a necessária mudança de atitude do intérprete, o qual deve ter como ponto de partida a Constituição e não mais o Código Civil.²³⁹ Paulo Luiz Netto LÔBO, acerca desta questão, ensina que

Na atualidade, não se cuida de buscar a demarcação dos espaços distintos e até contrapostos. Antes havia a disjunção; hoje, a unidade hermenêutica, tendo a Constituição como ápice conformador da elaboração e aplicação da legislação civil. A mudança de atitude é substancial: deve o jurista interpretar o Código Civil segundo a Constituição e não a Constituição, segundo o Código, como ocorria com freqüência (e ainda ocorre).²⁴⁰

²³⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípio da solidariedade familiar. *Família e solidariedade*, Anais do VI Congresso Brasileiro de Direito de Família (coord. Rodrigo da Cunha Pereira). Rio de Janeiro: IBDFAM – Lumen Juris, 2008. p. 3-4.

²³⁸ TEPEDINO, Gustavo. O novo e o velho direito civil... Op. Cit., p. 401.

²³⁹ Nesse sentido, Ana Carla Harmatiuk MATOS coloca que “A Constituição Federal assume, (...), o posto central do sistema jurídico. Pugna-se, nesta esteira, deverem os princípios constitucionais de Direito de Família ser considerados normas vinculantes, e não de conteúdo meramente programático.” MATOS, Ana Carla Harmatiuk. “Novas” entidades familiares ... Op. Cit., p. 18.

²⁴⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do direito civil*. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=507>, consultado em 01 abr. 2010.

Para além disso, é importante fazer interagir as novas demandas sociais decorrentes dos avanços científicos e tecnológicos com outras áreas do saber. Assim, as Resoluções editadas pelo Conselho Federal de Medicina, mesmo não emanando poder coercitivo²⁴¹, juntamente com os preceitos constitucionais vigentes, se mostram necessárias à análise de questões relacionadas à reprodução assistida.

Questão que requer especial atenção refere-se à atuação dos Conselhos de Medicina no julgamento de casos relacionados à prática médica da reprodução assistida. Em razão de a disciplina da matéria, no que tange à individualização e ao detalhamento técnico, apenas estar prevista na Resolução n.º 1.957/2010 do Conselho Federal de Medicina, a qual, por sua vez, regulamenta a prática médica acerca das técnicas de reprodução assistida, muitos casos concretos acabam sendo analisados e decididos no âmbito desses Conselhos. Entretanto, sem que se pretenda discutir o teor da Resolução n.º 1.957/2010, ou mesmo o mérito das decisões destes Conselhos, o que se quer destacar é a atuação de uma autarquia federal disciplinando situações que dizem respeito à vida de cidadãos e, em grande medida, ampliando ou restringindo seus direitos fundamentais. Assim, os Conselhos de Medicina definem e concretizam a “melhor” interpretação de suas próprias Resoluções perante o caso concreto, ou seja, ante a eventual dúvida ou questionamento acerca da aplicação da Resolução quem decide são os Conselhos Médicos. Diante dessa situação, pouquíssimos são os casos que chegam ao Judiciário, restringindo-se àqueles que não ficaram satisfeitos com a solução fornecida pelo Conselho, o que suscita o exame da atuação dos Conselhos de Medicina em matéria de reprodução assistida.

2.4 A Atuação dos Conselhos Federal e Regionais de Medicina

Os Conselhos Federal e Regionais de Medicina realizam atualmente a análise de questões atinentes à aplicação e interpretação das disposições

²⁴¹ A respeito da vinculatividade das Resoluções editadas pelo Conselho Federal de Medicina, Guilherme Calmon Nogueira da GAMA esclarece que “tal instrumento normativo não tem, no entanto, força de lei e não se insere, conseqüentemente, no ordenamento jurídico brasileiro por estabelecer regras que restringem a liberdade das pessoas, o que é matéria reservada à lei, com base no art. 5º, inciso II, da Constituição de 1988.” GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito civil ... Op. cit.*, p. 354.

constantes da Resolução n.º 1.957/10; questões essas, em sua maioria, que não vêm sendo levadas à apreciação do Poder Judiciário. A fim de ilustrar esta *praxis*, serão analisados, no próximo capítulo, alguns dos pareceres técnicos emitidos pelos Conselhos Federal e Regionais de Medicina dispendo acerca de questões relacionadas à reprodução assistida.

Cumpra esclarecer que não se pretende aqui tecer qualquer análise definitiva acerca do conteúdo da Resolução n.º 1.957/2010, pelo contrário, conforme já foi colocado, entende-se que ela representa um importante balizador a respeito da reprodução assistida. Entretanto, o que se quer chamar a atenção é sobre a atuação dos Conselhos de Medicina diante de casos concretos, os quais, aplicando suas próprias Resoluções, acabam por regular a vida de cidadãos que não pertencem à classe médica. Ou seja, sob o ponto de vista infraconstitucional, encontra-se, então, uma questão bastante importante: o direito à reprodução humana assistida disciplinado não por lei, mas por Resolução do Conselho de Medicina.

Não se quer dizer que o Poder Judiciário esteja subordinado às regulamentações do Conselho Federal de Medicina, mas o fato de tal Resolução ser vinculante aos profissionais médicos e seus efeitos acabarem por atingir os direitos do cidadão.

Tome-se como exemplo o preceito 4 do item I da Resolução 1.957/2010, quando proíbe a escolha do sexo da criança na reprodução assistida²⁴². Não há lei que proíba tal conduta por parte dos pais, mas, ao proibir a classe médica de realizar procedimentos que impliquem escolha do sexo, a Resolução acaba por restringir a autonomia do cidadão.

Entende-se, assim, ser temerário admitir que um direito fundamental seja restringido ou delimitado por um ato que não tenha natureza de lei. A esse respeito, Maria Helena MACHADO esclarece que

As regras que norteiam o corpo médico em relação à matéria, são elaboradas pela própria corporação que, em muitos aspectos, conflitam com o ordenamento jurídico.

²⁴² “[.4. As técnicas de RA [reprodução assistida] não devem ser aplicadas com a intenção de selecionar o sexo (sexagem) ou qualquer outra característica biológica do futuro filho, exceto quando se trate de evitar doenças ligadas ao sexo do filho que venha a nascer”.

(...) [Desta forma,] Diante dessa ausência de regulamentação adequada, a auto-regulamentação emanada do próprio corpo médico, e que serve de orientação na conduta dos profissionais dessa área, podem comprometer a ordem social e privada.²⁴³

Jussara MEIRELLES, ao examinar especificamente a anterior Resolução que regulamentava a matéria (Resolução n.º 1.358/92), já alertava para tal problemática, ao lecionar que, apesar da sua “eficácia no plano dos princípios gerais”, trata-se “a aludida Resolução de ato normativo de natureza meramente administrativa e, portanto, insuficiente para delimitar atividades que a lei formal brasileira não proíbe expressamente”²⁴⁴.

Não se quer, aqui, ingressar na discussão a respeito dos limites dos direitos fundamentais, visto não se tratar de objeto do presente trabalho. Pretende-se apenas demonstrar que o Conselho de Medicina não pode, a pretexto de regular a prática médica, restringir direitos fundamentais. Tal prática acaba por ofender os princípios democrático e da legalidade, uma vez que tal Conselho não possui representatividade popular.

O que se quer dizer é que mesmo que um direito fundamental possa ser objeto de restrição, não o pode ser por qualquer instrumento. É o que se dá na presente questão. O direito à reprodução assistida deve conhecer limites e regramentos, mas por meio de lei e da Constituição. O que não se deveria admitir, de outro lado, é que a prática em questão torne-se aceita pelo decurso do tempo. Só porque se acostumou com a atividade reguladora do Conselho de Medicina, não se deveria aceitar sua ingerência em matérias que são reservadas à lei pela Constituição.²⁴⁵

Essa realidade ocorre em razão da falta de uma legislação específica sobre a matéria, o que acaba por colocar os Conselhos de Medicina como aqueles que formulam, disciplinam e interpretam as disposições acerca da reprodução assistida.

²⁴³ MACHADO, Maria Helena. *Reprodução humana assistida: aspectos éticos & jurídicos*. Curitiba: Juruá, 2005. p. 133-134.

²⁴⁴ MEIRELLES, Jussara. *Gestação por outrem e determinação da maternidade: 'mãe de aluguel'*. Porto Alegre: Genesis. 1998, p. 43.

²⁴⁵ Deborah CIOCCI esclarece que “... os instrumentos apresentados (...) revelam-se precários para uma verdadeira regulamentação jurídica envolvendo a Reprodução Humana Assistida. Demonstram que há necessidade de um sistema coerente com a nova visão do mundo e do homem atual, havendo conveniência de legislar sobre o tema, que não é matéria que se deixe à livre consciência dos indivíduos e da família, a deontologia dos médicos, a qualquer ordenamento intermediário ou ao cuidado de comissões de reflexão, pois é matéria de responsabilidade do Estado.” CIOCCI, Deborah. *O direito e as tecnologias de reprodução humana assistida... Op. Cit.*, p. 20.

Não se quer colocar a necessidade de legislação específica sobre a matéria como a única alternativa possível para se resolver o assunto, até porque, conforme já foi colocado, as normas constitucionais vigentes são adequadas para resolver os casos concretos que emergem na realidade social.

Entretanto, ante a falta de uma legislação específica acerca da matéria, quem deveria se prestar a esse papel deveria ser o Poder Legislativo, sendo a apreciação da matéria submetida ao Poder Judiciário. O devido processo legal deve ser respeitado, a fim de se garantir a efetividade do princípio democrático, uma vez que, representando os cidadãos, quem deve exercer o poder de legislar é o Poder Legislativo. Essa questão não se confunde com a atuação “ativista” do Poder Judiciário, uma vez que está investido no poder jurisdicional, necessitando fornecer uma resposta às demandas dos jurisdicionados.

Ora, não se pode afirmar que o Conselho de Medicina, aquele que elaborou as disposições, seria imparcial no julgamento destas mesmas disposições. Dessa forma, a atual submissão de questionamentos ou mesmo de autorizações para que os jurisdicionados possam valer-se das técnicas de reprodução assistida ser “competência” dos Conselhos Médicos não se coaduna com o Estado Democrático de Direito. Isso porque, se não bastasse o que já foi colocado, ainda deve ser acrescentada a questão mercadológica que envolve a reprodução assistida, a qual pode estabelecer uma racionalidade apenas de cunho comercial, além de adotar algumas práticas controversas do ponto de vista ético, jurídico e médico.

2.5 A Racionalidade Comercial que envolve a Questão

A reprodução assistida insere-se dentro de um contexto mercadológico uma vez que as técnicas reprodutivas realizam-se em clínicas particulares, as quais, na maior parte dos casos, almejam o lucro.²⁴⁶ Além disso, tais técnicas apresentam um

²⁴⁶ Paula SIBILA, analisando a relação existente entre mercado e genética, adverte: “Aliados inextricavelmente ao espírito empresarial, os novos saberes privatizados e descentralizados oferecem no mercado a promessa de **dominar o imprevisível**, exacerbando assim uma das qualidades originais da produção biopolítica: ‘controlar (eventualmente modificar) a probabilidade dos eventos biológicos, em todo caso compensar seus efeitos.’” (grifo conforme o original). SIBILA, Paula. *O homem pós-orgânico: corpo, subjetividade e tecnologias digitais*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2002. p. 171.

alto custo, limitando, assim, sua utilização pela população mais carente²⁴⁷, sendo poucos os centros que fornecem o tratamento gratuitamente²⁴⁸. Aqui se pode questionar até que ponto o direito à reprodução encontra-se ao alcance de todos ou apenas daqueles que detêm condições para custear os tratamentos de elevado custo. A realidade brasileira mostra que o número de pessoas que pode valer-se das técnicas de reprodução assistida sem necessidade de dispender qualquer valor ainda é ínfimo. Um exemplo dessa situação foi a suspensão da Portaria n.º 426/GM²⁴⁹, que instituía no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS, a Política Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida, a qual entrou em vigor no dia 22 de março de 2005 e foi suspensa quatro meses depois, sob o argumento da necessidade de análise de seu impacto financeiro. Entretanto, até o presente momento, a referida Portaria ainda não voltou a vigorar²⁵⁰.

Dessa forma, verifica-se que as pessoas que não apresentam condições para custear seu tratamento ficam, em realidade, totalmente desassistidas, sendo a única opção entrar nas filas dos hospitais²⁵¹ que fornecem o serviço gratuitamente²⁵². Esses fatos devem ser levados em consideração quando se cogita

²⁴⁷ Segundo o Dr. Artur Dzik, presidente da Sociedade Brasileira de Reprodução Humana (SBRH), no Brasil cerca de 70% das pessoas que teriam problemas relacionados a infertilidade não recorrem a reprodução assistida por questões econômicas. NEUMAM, Camila. *Projeto de lei quer criar programa de reprodução assistida gratuito em SP*. Publicado em 22/12/2011. Disponível em <http://noticias.r7.com/saude/noticias/projeto-de-lei-quer-criar-programa-de-reproducao-assistida-gratuito-em-sp-veja-lista-de-servicos-20111222.html>, consultado em 20 nov. 2012.

²⁴⁸ Não se pode deixar de mencionar o trabalho pioneiro desenvolvido no Hospital Pérola Byington, de São Paulo, o qual, por meio de seu Centro de Referência da Saúde da Mulher, tem prestado assistência médico-hospitalar na área reprodução humana gratuitamente à população. “O órgão público mais preparado para a realização de inseminação artificial é o Hospital Pérola Byington, mas a fila de espera chega a 5 anos...”. NOVAES, Marina. *Inseminação artificial saiba mais*. Disponível em <http://www.granjaviana.com.br/noticias.asp?cn=1&scn=3&id=1077>, consultado em 20 nov. 2012.

²⁴⁹ A Portaria n.º 426/GM, de 22 de março de 2005, institui, no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS, a Política Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida, a ser implantada em todas as unidades federadas, respeitadas as competências das três esferas de gestão.

²⁵⁰ Informação disponível em <http://camara-dos-deputados.jusbrasil.com.br/noticias/3177099/ans-tratamento-de-reproducao-assistida-pode-elevar-preco-de-planos-de-saude>, consultado em 22 nov. 2012.

²⁵¹ As filas nos hospitais que fornecem o serviço gratuitamente pode chegar até cinco anos. Disponível em <http://noticias.r7.com/saude/noticias/projeto-de-lei-quer-criar-programa-de-reproducao-assistida-gratuito-em-sp-veja-lista-de-servicos-20111222.html>, consultado em 20 nov. 2012.

²⁵² Além do Centro de Referência da Saúde da Mulher do Hospital Pérola Byington de São Paulo, o Hospital São Paulo da Universidade Federal de São Paulo (Unifesp), o Hospital das Clínicas de São Paulo da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo (FMUSP), e o Hospital das Clínicas de Ribeirão Preto (USP) também oferecem o tratamento para reprodução assistida gratuitamente. Em Brasília, o Centro de Reprodução Assistida do Hospital Regional da Asa Sul

a elaboração de uma legislação específica sobre a reprodução assistida, a fim de que uma futura normatização não acabe por desassistir as pessoas carentes²⁵³. Isto porque a discussão acerca da reprodução assistida não poderia apenas dirigir-se aos que apresentam condições econômicas de custeá-las, uma vez que ofenderia diretamente o texto constitucional. O art. 226, § 7º, da Constituição Federal²⁵⁴, acompanhado da legislação especial (Lei n.º 9.263/1996 – Lei do Planejamento Familiar), estabelece normas para o acesso às técnicas de reprodução humana assistida buscando possibilitar a todos o livre acesso ao planejamento familiar. O planejamento familiar, nesse contexto, deve ser entendido como a possibilidade de se buscar tanto métodos contraceptivos como contraceptivos, estabelecendo um “conjunto de ações de regulação de fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal” (art. 2º, Lei n.º 9.263/96).

Apesar das referências legais, o uso das técnicas de reprodução humana assistida em razão de seu alto custo não está disponível para a grande maioria da população brasileira.

De outro lado, aqueles que detêm planos de saúde privados, representando uma parcela expressiva da população brasileira²⁵⁵, também acabam por ter restringido seu acesso às técnicas de reprodução assistida, uma vez que os planos

(HRAS) e, no Recife, o Instituto de Medicina Integral Professor Fernando Figueira (IMIP), possibilitam o tratamento gratuitamente. Informações disponíveis no site: <http://vidaeestilo.terra.com.br/fertilidade/noticias/0,,OI5704916-EI20144,00-Saiba+onde+fazer+gratuitamente+o+tratamento+para+engravidar.html>, consultado em 28 nov. 2012.

²⁵³ A esse respeito, Paula SIBILA faz uma interessante análise diferenciando cidadão de consumidor, colocando que grande parte dos “cidadãos” ficam de fora deste mercado tecnocêntrico. “O variado menu de intervenções na biologia humana que brota da tecnociência fáustica, portanto, não está disponível de forma universal e irrestrita: ele é oferecido apenas aos consumidores pertencentes aos segmentos de mercado previamente definidos como público-alvo de cada produto ou serviço. Em concordância com o processo de privatização gradativa das instâncias públicas, a definição de **consumidor** é mais complexa, particular e estrita que a de **cidadão**: uma grande porcentagem dos cidadãos dos antigos Estado-nação é sacrificada nessa mutação, condenada a permanecer fora das novas formas de subjetivação. São os **excluídos** do mercado global, com acesso denegado aos sedutores prodígios da tecnologia fáustica.” (grifo conforme o original). SIBILA, Paula. Op. Cit., p. 178.

²⁵⁴ Art. 226. § 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.”

²⁵⁵ Segundo dados do IBGE, “Estima-se em 38,7 milhões o número de brasileiros cobertos por pelo menos um plano de saúde, o que corresponde a 24,5% da população do País. (...) A cobertura de planos de saúde é expressivamente maior (29,2%) nas áreas urbanas do que nas áreas rurais (5,8%).” Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/trabalhoerendimento/pnad98/saude/analise.shtm>, consultado em 28 nov. 2012.

de saúde não cobrem o tratamento. Essa situação, por outro lado, já apresenta sinais de alteração, uma vez que determinado plano de saúde foi condenado a pagar todo tratamento de reprodução assistida a uma mulher que, por apresentar a patologia translocação cromossômica²⁵⁶, não conseguia engravidar naturalmente. A Magistrada *a quo* concedeu a liminar sob o argumento de que, mesmo o tratamento não estando no rol de coberturas obrigatórias da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), reconhece-se a urgência do procedimento.²⁵⁷ A respeito da decisão, informa-se que “a Justiça confirmou a tendência de tratar os seguros como contratos ‘existenciais’, em que a dignidade da pessoa humana fala mais alto do que o pactuado entre as partes, (...) [e que] ‘A recusa do plano fere o Código de Defesa do Consumidor e a exigência do comportamento pautado pela boa-fé objetiva’”.²⁵⁸ Em outro caso, também foi reconhecido pelo Poder Judiciário o direito à reprodução assistida a um casal, condenando o plano de saúde a custear o tratamento da utilização das técnicas de reprodução assistida.²⁵⁹

Esse agir demonstra que, apesar de a reprodução assistida ser, muitas vezes, a única possibilidade em se tentar realizar o projeto parental, esse direito está muitas vezes longe de ser exercido plenamente sem a necessária intervenção judicial. Entretanto, o Judiciário apenas age por impulso dos jurisdicionados, os quais devem requerer sua tutela, não se podendo garantir que todos aqueles que “teriam” direito à disponibilização do tratamento busquem-na. O que se verifica, na

²⁵⁶ A translocação cromossômica é uma anomalia genética que pode resultar em fetos malformados e abortos espontâneos. COLLUCCI, Cláudia. *Justiça manda plano de saúde pagar reprodução assistida*. Folha de S. Paulo, Cotidiano, 14/04/2012. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/1076150-justica-manda-plano-de-saude-pagar-reproducao-assistida.shtml>, consultado em 20 nov. 2012.

²⁵⁷ Segundo a reportagem do Jornal Folha de São Paulo, “A mulher, que prefere não ser identificada, tem 41 anos e tenta engravidar há 12 anos. Nesse período, já sofreu cinco abortos. O processo de fertilização *in vitro* já foi iniciado e prevê o diagnóstico genético pré-implantacional (PGD). Esse exame é feito após o tratamento de reprodução assistida. São retiradas uma ou duas células do embrião. Elas são testadas para diferentes doenças genéticas. Os embriões doentes são descartados, e os sadios transferidos para o útero da paciente. Nas clínicas privadas de reprodução, o tratamento (com as medicações) custa entre R\$ 15 mil e R\$ 30 mil.” COLLUCCI, Cláudia. Op. Cit.

²⁵⁸ Id.

²⁵⁹ O casal entrou com a ação, em razão do plano de saúde ter se negado a cobrir exames do varão, os quais acabaram sendo custeados pelo casal e cujo resultado revelou que o homem era infértil. A única forma de o casal engravidar seria pela utilização das técnicas de reprodução assistida. Entretanto, o plano de saúde argumentou que o procedimento não está incluso na lista de obrigações dos planos de saúde, negando-se a custear o tratamento. O casal teve seu pleito reconhecido tanto em primeira como em segunda instância. GAMA, Aliny. *Plano de saúde terá que pagar inseminação artificial a casal infértil no Ceará, diz Justiça*. 26/10/2011. Disponível em: <http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2011/10/26/plano-de-saude-tera-que-pagar-inseminacao-artificial-a-casal-infertil-no-ceara-diz-justica.htm>; consultado em 17 jan. 2013.

verdade, é que o viés mercadológico dos tratamentos de saúde, aqui incluída a reprodução assistida, é uma realidade da sociedade contemporânea.

Os “clientes” dos centros reprodutivos muitas vezes investem o que tem e o que não tem a fim de realizar o tão esperado projeto parental. Todavia, esse viés mercadológico dos tratamentos reprodutivos muitas vezes não é levado em consideração ou, o que é pior, tenta-se camuflá-lo por meio de outros valores morais que envolvem a prática. Nesse sentido, a professora de Harvard Debora L. SPAR coloca que

... ao longo destes últimos trinta anos, os avanços na medicina reprodutiva criaram, na verdade, um mercado de bebês, um mercado em que os pais escolhem características, as clínicas angariam clientes e provedores especializados facturam milhões de dólares por ano. Neste mercado, além do mais, o comércio processa-se freqüentemente sem grandes regras. Uma vez que ninguém quer definir a criação de bebês como um negócio, e que essa diligência toca profundamente no mais delicado dos dilemas morais, muitos governos de todo mundo optaram ou por ignorar o comércio de crianças ou por, simplesmente, proibi-lo.²⁶⁰

(...)

Este mercado, porém, permanece, em grande medida, inconfessado. Ninguém gosta de admitir que manufactura bebês ou que tira lucro disso. Ninguém quer defender que o negócio de bebês *deveria* ser visto como um comércio, ou que os seus praticantes deveriam estar submetidos a algum tipo de normas reguladoras. E assim este negócio está marcado por inconsistências jurídicas e vazios legislativos à escala continental.²⁶¹

Os pretensos pais, movidos por um imenso desejo de concretização do projeto parental, na maior parte dos casos, não percebe que está inserido dentro de uma transação comercial, a qual envolve o desejo e a busca de realização de um sonho, de um lado, e a tecnologia e o lucro, do outro. Atualmente, um procedimento de fertilização *in vitro* custa em torno de R\$ 10.000,00 a R\$ 30.000,00 em média²⁶², podendo até chegar a valores mais vultosos, dependendo do número de tentativas e de outros fatores relacionados à idade da mulher, necessidade de utilização de gametas oriundos de doadores, entre outros. É possível encontrar em algumas clínicas anúncios de “Planos de Gravidez Garantida”²⁶³ que propagam que, a um

²⁶⁰ SPAR, Debora L. *O negócio de bebês: como o dinheiro, a ciência e a política comandam o comércio da concepção*. Tradução Benedita Bettencourt. Almedina: Coimbra, 2007. p. 11-12.

²⁶¹ *Ibid.*, p. 14.

²⁶² COLLUCCI, Cláudia. *Op. Cit.*

²⁶³ Determinada clínica de reprodução assistida anuncia, em seu site, o Plano de Gravidez Garantida, o qual apresenta as seguintes informações: “Sabemos o quanto é difícil enfrentar um tratamento de custo elevado com chance de sucesso limitada. O casal pode desgastar-se emocionalmente, fisicamente e financeiramente e ainda não conseguir o seu objetivo de ter um filho. Muitos casais tem o temor de nunca conseguirem a gravidez. Para amenizar esta angústia,

custo de R\$ 27.000,00 para utilização das técnicas de fertilização *in vitro* (FIV) ou injeção intracitoplasmática do espermatozoide (ICSI), o tratamento será efetivado até que se confirme a gravidez, independente do número de tentativas necessárias. Outro anúncio encontrado é o do “Plano de Custo Reduzido”²⁶⁴, em que se estabelece uma tabela decrescente nos custos para utilização das técnicas reprodutivas. A fim de buscar novos clientes-pacientes, as clínicas acabam fazendo até convênios com instituições bancárias para possibilitar o financiamento do tratamento, conforme constatou Martha Celia RAMÍREZ-GÁLVEZ em sua tese de doutorado dedicada a analisar anúncios publicitários na área de reprodução assistida.²⁶⁵

Onde de um lado existe procura, do outro sempre existirá demanda, está é a lei do mercado que acaba sempre se impondo. E, toda atividade empresarial, mesmo aquelas relacionadas à medicina, almejam o lucro. Não se quer condenar a prática lucrativa da reprodução assistida, o que se quer é chamar atenção para a existência deste mercado e da necessidade de sua fiscalização. A esse respeito, Debora L. SPAR coloca que “No fim, como é óbvio, o mercado sairá vencedor.

fornecemos a opção do pagamento de um valor com validade até que seja confirmada a gravidez. O custo do tratamento até a gestação confirmada é de R\$ 27.000,00 para FIV ou ICSI. O custo dos medicamentos comprados em farmácia (R\$ 1.500,00 a R\$ 2.000,00 por tentativa) não está incluído nestes valores, e são de responsabilidade do casal. Este custo baseia-se no nosso índice de gravidez de 40% por tentativa, o que significa que, na média, os casais necessitam de 2,5 tentativas para obter a gestação. Assim, 40% dos casais engravidam na primeira tentativa, 60% engravidam até a segunda tentativa, 80% engravidam até a terceira tentativa e os 20% restantes necessitam mais que 3 tentativas. O custo da gestação confirmada refere-se ao valor de 2,5 tentativas mas o casal tem a garantia e o direito de realizar quantas tentativas forem necessárias até obter sua gestação. Mulheres com mais de 40 anos ou que não produzam o mínimo de 3 óvulos na estimulação ovariana podem não serem aceitas neste esquema.” Disponível em: <http://www.centrodefertilidade.com.br/index.php?pg=informacoes-custos>, consultado em 19 nov. 2012.

²⁶⁴ Determinada clínica de reprodução assistida, anuncia, em seu site, o Plano de Custo Regressivo, o qual apresenta as seguintes informações: “Outra forma de programar o tratamento da FIV é optar pelo Plano de Custo Regressivo. Neste caso, o tratamento terá o custo de R\$ 13.000,00 na primeira tentativa, R\$ 9.000,00 na segunda, R\$ 7.000,00 na terceira e, R\$ 4.000,00 até a gravidez.” Disponível em: <http://www.centrodefertilidade.com.br/index.php?pg=informacoes-custos>, consultado em 19 nov. 2012.

²⁶⁵ Em sua tese de doutorado, Martha Celia RAMÍREZ-GÁLVEZ cita o exemplo de uma clínica de São Paulo que oferta parcelamentos em convênio com instituições financeiras: “Na Profert, além de contar com alta tecnologia e equipe especializada, você tem também planos de parcelamento em até 12 (doze) pagamentos, com ou sem entrada através de instituição financeira. É muito fácil. Basta preencher o cadastro e o seu sonho de ter um bebê poderá se realizar. Obs.: sujeito à aprovação de crédito (Clínica Profert, Plano Cegonha).” RAMÍREZ-GÁLVEZ, Martha Célia. *Novas tecnologias reprodutivas conceptivas: fabricando a vida, fabricando o futuro*. Tese de Doutorado. Campinas: Universidade Estadual de Campinas, 2003, p. 168. Disponível em: http://cteme.files.wordpress.com/2009/06/ramirez_galvez_2003_fabricando-a-vida-fabricando-o-futuro_teseifch.pdf; consultado em 20 nov. 2012.

Continuaremos a comprar, a vender e a modificar nossos filhos, gerando com isso lucros substanciais. Mas este mercado não reinará eternamente sem peias. Em vez disso, o jogo de forças políticas vai criar – tem que criar – um enquadramento normativo dentro do qual o negócio de bebês possa prosseguir.”²⁶⁶

Nesse viés, torna-se necessário pensar a reprodução assistida dentro de seu contorno existencial, uma vez que a vida humana não pode ser vista como um objeto de mercancia, à disposição do homem para modificá-la de acordo com a sua conveniência. Não se pode pensar, no atual estágio da contemporaneidade, na pessoa humana como um objeto, uma coisa, impondo a necessidade de sempre tutelá-la dignamente. Nesse sentido, pode-se afirmar que a digna tutela da pessoa humana serve como um balizador, para a análise das questões que envolvem reprodução e mercado, uma vez que “a constituição parte de uma premissa universal e universalizável: garantia da dignidade pessoal e isso constituirá não um *diktat* de valor mas o elemento básico do *diálogo* entre médicos, cientistas, biólogos, teólogos, juristas, seja em ‘comissões de ética nacionais’, seja em ‘comissões de ética locais’ (universidade, clínicas, igrejas)”.²⁶⁷ Partindo dessa premissa, necessário se faz verificar “... em que medida as práticas da genética violam ou não a dignidade humana. Se, na hipótese anterior, se temia pela alteração da imagem do homem (...), superando ou mudando drasticamente o alcance da dignidade humana, agora o núcleo das preocupações prende-se com a possibilidade de um conjunto de práticas se traduzirem numa violação da dignidade humana.”²⁶⁸

Para tanto, não se pode negar que ao avanço biotecnológico está atrelado o enorme poder econômico emanado de grandes empresas²⁶⁹, as quais, invariavelmente, acabam por impor barreiras na ordem econômica, desencadeando uma mitigação dos direitos fundamentais. O capital está se utilizando da tecnologia para justificar a sua entrada, sem limitações, nos mercados, superando a dicotomia

²⁶⁶ SPAR, Debora L. Op. Cit., p. 20.

²⁶⁷ GOMES CANOTILHO, J.J. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra: Portugal, 2002. p. 1.289-1.290.

²⁶⁸ LOUREIRO, João Carlos. Os genes do nosso (des)contentamento: dignidade humana e genética: notas de um roteiro. NUNES, Rui; MELO, Helena; NUNES, Cristiana (coord.). *Genoma e dignidade humana*. Coletânea Bioética Hoje – V. Serviço de Bioética e Ética Médica. Faculdade de Medicina da Universidade do Porto. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 2002. p. 236.

²⁶⁹ “Cada vez mais, o espírito empresarial toma conta dos grandes empreendimentos tecnocientíficos, sendo as biotecnologias e a teleinformática as protagonistas eminentes dessa fusão”. SIBILA, Paula. Op. Cit., p. 176.

antropocentrismo/ecocentrismo, para entrar em uma nova perspectiva, a tecnocêntrica. Nesse sentido, Hermínio MARTINS estabelece uma crítica a respeito do uso indiscriminado da tecnologia, dispondo que

(...) a perspectiva tecnocêntrica para a qual a continuação do projeto tecnológico ou tecnocientífico em toda a sua plenitude é a grande prioridade. Não se trata só da defesa do avanço técnico como indispensável para assegurar o nosso futuro em quaisquer circunstâncias, mas da realização dos possíveis tecnológicos como um valor em si mesmo, sem limites, sem parar, apesar de tudo, custe o que custar: *fiat tecnologia, pereat mundus*. A perspectiva tecnocêntrica rejeita também o antropocentrismo porque o bem-estar humano, embora possa ser um resultado do avanço técnico, não deve ser limitativo porque então se poderia argumentar que uma redução ou domesticação do avanço tecnológico poderia ser benéfico, e a nossa espécie só é privilegiável como veículo, por enquanto, do avanço tecnológico. Nesta linha de pensamento tecnocêntrico, uma resposta possível à crise das nossas condições de existência, sugerida com perfeita seriedade por cientistas-profetas, seria precisamente transcender a nossa condição animal. Nesta auto-superação, por exemplo, transformando-nos talvez gradualmente em entidades mecânicas, eletrônicas, químicas, etc., em seres não só superinteligentes mas também com uma aparelhagem sensorial e locomotora fantástica, transhumanos e eventualmente transterrestres, viajando através do cosmos procurando sempre saber e poder mais e mais.²⁷⁰

Contraponto a tal questão, têm-se os ensinamentos da bioética que trazem indicações gerais de comportamentos de valor eminentemente éticos. Por essa razão, é relevante analisar, ainda que de forma sucinta, esta ciência, visto ser ela que, na maior parte dos casos, rege, ou deveria reger, as situações enfrentadas pelos Conselhos Médicos.

2.6. Apontamentos sobre a Bioética

Na sociedade contemporânea, em que o crescimento vertiginoso das “novas” tecnologias acaba por confrontar seus valores morais e éticos, impõe-se a necessidade de limites que permitam resguardar um “núcleo de entendimento ético” pautado no respeito à dignidade da pessoa humana. A “ética bio-médica” ou melhor dizendo, a bioética, se mostra como um instrumento capaz de indicar alguns possíveis caminhos para a definição de critérios morais e éticos que devem nortear

²⁷⁰ MARTINS, Hermínio. O Deus dos artefatos: sua vida, sua morte. ARAÚJO, Hermetes Reis de. *Teconociência e cultura: ensaios sobre o tempo presente*. São Paulo: Estação Liberdade, 1998. p. 160-161.

“as intervenções susceptíveis de ferir a vida, a integridade física e a dignidade da pessoa humana”.²⁷¹

Nessa esteira, a bioética²⁷² pode ser definida, sinteticamente, como a ciência destinada a estudar o “comportamento moral do homem em relação às ciências da vida”²⁷³, que tem como propósito impedir o desenvolvimento da tecnociência²⁷⁴ ilimitada, irracional, desprovida de conteúdo ético e moral. A esse respeito, Volnei GARRAFA coloca que “A discussão bioética surge, assim, para contribuir na procura de respostas equilibradas ante os conflitos atuais e os das próximas décadas. Já tendo sido sepultado o mito da neutralidade da ciência, a bioética requer abordagens pluralistas baseadas na complexidade dos fatos.”²⁷⁵

Apesar do conteúdo ético e moral da bioética, importante ressaltar que ele não se confunde com preceitos religiosos, uma vez que “A ética e a moral, na ciência, devem ser pautados por motivos humanísticos, e não religiosos”.²⁷⁶ A religião, dentro do contexto da espiritualidade, está presente na vida da grande maioria das pessoas, que acreditam em algo superior, sem que se tenham explicações racionais a seu respeito. Entretanto, ciência e religião não se confundem, tornando-se difícil o seu entrelaçamento, pois, como bem coloca Mario CAVAGNA, “É muito difícil defender a tese, talvez politicamente correta, de que ciência e religião devam ser complementares e caminhar juntas, pois há

²⁷¹ MELO, Helena Pereira de. Legislação e bioética. *Cadernos de Bio-Ética*, n.º 19, Coimbra, abril 1999, p. 16.

²⁷² Adriana Espíndola CÔRREA esclarece que “O termo Bioética é empregado para designar a ética na biomedicina e na biotecnologia. A expressão teve origem nos Estados Unidos (*bioethics*) e é amplamente utilizada desde a década de setenta”. CÔRREA, Adriana Espíndola. *O corpo digitalizado: banco de dados genéticos e sua regulação jurídica*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 71.

²⁷³ CONTI, Matilde Carone Slaibi. *Biodireito: a norma da vida*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 5.

²⁷⁴ A esse respeito, Paula SIBILA coloca: “Eis uma advertência da tecnociência de inspiração fáustica, em pleno processo de formatação do homem pós-orgânico: quem não conseguir atingir a categoria de **pós-humano**, selando o pacto de transcendência com as sedutoras promessas e com os árduos imperativos da tecnociência contemporânea, pode estar condenado a virar **subumano**.” (grifo conforme o original). SIBILA, Paula. Op. Cit., p. 202.

²⁷⁵ GARRAFA, Volnei. *Da bioética de princípios a uma bioética interventiva*. Revista Bioética, Vol. 13, n.º 1. Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/97/102; consultado em 13 jan. 2013.

²⁷⁶ CAVAGNA, Mario. Ética e bioética em reprodução humana assistida. In: MELAMED, Rose Massaro; SEGER, Lílina; BORGES JUNIOR, Edson (coords.). *Psicologia e reprodução humana assistida: uma abordagem multidisciplinar*. São Paulo: Gen / Livraria Santos, 2009. p. 37.

incompatibilidade natural entre elas. Enquanto o motor da ciência é a dúvida, a busca de novas verdades, o alimento da religião é a fé, é acreditar e não duvidar”.²⁷⁷

A necessidade de atualmente valer-se de conteúdos éticos e morais decorre do grande descompasso existente entre os avanços tecnológicos, o direito e a ética, visto que o primeiro cresce exponencialmente em relação aos demais. Eduardo de Oliveira LEITE, a esse respeito, coloca que

Não resta dúvida que foi o desenvolvimento explosivo das ciências tecnológicas no campo biomédico que forçou a renovação da reflexão ética e das problemáticas daí oriundas. Médicos e juristas, filósofos e assistentes sociais foram compelidos a sentar juntos para discutirem uma possível tomada de decisão. Não mais, porém, uma decisão individual ou restrita a um setor de indagação científica, mas, ao contrário, uma decisão suficientemente ampla, capaz de, na sua interdisciplinaridade, apresentar uma solução a toda condição humana.

(...) o desenvolvimento de novas tecnologias ao serviço da vida ou da saúde colocou em cheque as referências e medidas habituais e os fundamentos da moral e da deontologia que figuravam nos códigos jurídicos que regulavam a conduta humana.²⁷⁸

A bioética se mostra um instrumento capaz de “mediar” a incessante discussão acerca da interação entre desenvolvimento tecnológico, direito e ética, principalmente no que tange às questões relacionadas à biomedicina, visto que são de grande relevância por terem como propósito pesquisas atinentes a vida humana. A bioética pauta-se em princípios, podendo-se citar quatro princípios éticos biomédicos: autonomia, beneficência, justiça e não maleficência, sendo “os dois primeiros de ordem teleológica, focados nos fins do agir, e os dois últimos, de ordem deontológica, ou seja, orientados na insistência no dever”.²⁷⁹

O princípio da autonomia revela-se como um valor de autodeterminação dos indivíduos, sendo exercido de forma livre e racional de acordo com seus próprios julgamentos e convicções. Na reprodução assistida, o princípio da autonomia revela-se pelo termo de consentimento informado, no qual consta a manifestação de vontade dos sujeitos acerca da utilização da técnica reprodutiva. O princípio da beneficência revela-se, na medicina, na obrigação em se garantir o bem-estar dos pacientes, podendo ser entendido, de forma genérica, na obrigação de fazer o bem.

²⁷⁷ Id.

²⁷⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira. O direito, a ciência e as leis bioéticas. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (org.). *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 104.

²⁷⁹ CIOCCI, Deborah; BORGES JUNIOR, Edson. Bioética e direito em reprodução humana assistida. In: BORGES JUNIOR, Edson; FARAH, Leila Montenegro Silveira; CORTEZZI, Sylvia Sanches (ed.). *Reprodução humana assistida*. São Paulo: Atheneu, 2011. p. 282.

O princípio da justiça pode ser traduzido como a distribuição equitativa, justa e universal dos benefícios relacionados à saúde, devendo permitir o acesso, a todas as pessoas, à utilização das técnicas de reprodução assistida. O princípio da não maleficência não se confunde com o princípio da beneficência, traduzindo-se como a proibição em causar danos.

No que tange à reprodução humana assistida, os preceitos bioéticos se mostram aptos ao auxílio de questões controvertidas, uma vez que a vida já pode ser criada em laboratório, não mais sendo tal intento considerado como uma ficção científica ou mesmo apta a originar um monstro Frankenstein, como pretendia o romance de Mary Shelley²⁸⁰. A reprodução dissocia-se da relação sexual, relativizando conceitos seculares relacionados à maternidade e paternidade, gerando, conseqüentemente, embates morais e éticos a esse respeito. A ponte entre o novo e o social deve ser edificada tendo como norte a digna tutela da pessoa humana.

Nesse diapasão, diretamente relacionado à bioética, surge o biodireito, o qual também se encontra situado no mundo dos valores, sendo considerado “como a parte do Direito que demonstra a necessidade de concreções jurídicas no contexto social em que atua, como fazer valer os seus preceitos”²⁸¹.

A realidade que se coloca em xeque, ante os enormes avanços científicos, especialmente na área da medicina, requer parâmetros éticos para balizar a nova trajetória da ciência. Nessa seara, a autora espanhola Lydia Feito GRANDE demonstra a necessidade da discussão acerca de temas envolvendo a bioética:

El espectacular avance de las técnicas biológicas y médicas há desencadenado un cambio sin precedentes en el que se hacen precisos nuevos modelos de afrontar las conflictivas situaciones en las que el ser humano se inscribe. Puede decirse, pues, que el hombre se encuentra en situación de naufragio, no porque el buque se vaya a pique, sino porque las reformas realizadas en el barco casi impiden entender la navegación al modo tradicional. En esa difícil perspectiva, el ser humano necesita ponerse a pensar, porque en ello le va la vida.²⁸²

²⁸⁰ A britânica Mary Shelley escreveu o romance de terror *Frankenstein* quando tinha apenas 19 anos, em 1818, relatando a história de um cientista que constrói um monstro em seu laboratório.

²⁸¹ CIOCCI, Deborah; BORGES JUNIOR, Edson. Bioética e direito em reprodução humana assistida... Op. Cit., p. 281.

²⁸² GRANDE, Lydia Feito. Por qué bioética? In: GRANDE, Lydia Feito (ed.). *Estudios de bioética*. Madrid: Dykinson, 1997. p. 4.

Tais avanços tecnológicos acabaram por evidenciar diversas questões para as quais a sociedade carece de preparo e para as quais o ordenamento jurídico não consegue fornecer respostas claras e precisas. Uma destas questões refere-se à reprodução humana assistida. Luiz Edson FACHIN, neste sentido, leciona que

O tema remete a dimensão jurídica do próprio corpo humano, apto a fixar limites e possibilidade do sujeito do corpo e do corpo como objeto do direito. (...) Daí o sentido da bioética, princípios necessários para reger condutas aplicáveis à reprodução humana. Diretivas a partir de um “patrimônio comum de valores”. Enfrenta-se aí problema que se refere às fronteiras da ciência e aos eventuais limites éticos, morais ou jurídicos ao desenfreado “progresso científico”. (...) Mais do que apontar tal contexto, cabe também perguntar “a que” e “a quem” serve a biotecnologia. Não sem razão, é necessário um olhar crítico sobre o nosso tempo, penetrante e desconfiado desse *determinisme lâche* que governa a *nouvelle vague* da economia. Isso tudo para que no corpo do direito não ingresse simplesmente um novo estatuto do corpo humano a título de artefatos da mercantilização, objetos de mercancia suscetível de trânsito na arena jurídica. Não há neutralidade na ética nem na biotecnologia, governada, de um lado, pela lógica do conhecimento e do poder, a qual está seguramente associada à lógica do lucro; de outra parte, a lógica do desejo e da livre busca da felicidade.²⁸³

Verifica-se, assim, que esses dois lados devem ser analisados com cautela. De um lado, as clínicas de reprodução assistida almejando, logicamente, o lucro como entidades privadas que são. De outro, as pessoas tentando realizar seu desejo de procriação. Os preceitos bioéticos, neste cenário, mostram-se capazes de mediar os interesses das partes impondo limites éticos e morais à utilização das técnicas reprodutivas dentro de um contexto de respeito à dignidade da pessoa humana.

Isso porque, a possibilidade em se recorrer a métodos artificiais, ou melhor, não naturais de concepção, para a realização do desejo de concretização do projeto parental está intimamente relacionado com o conceito de família trazido pela Carta Maior brasileira, que se revela como o centro de realização do indivíduo. Nesta concepção, a “dimensão amesquinhada do ser, vale dizer, do *homo economicus*”²⁸⁴,

²⁸³ FACHIN, Luiz Edson. *Direito de família...* Op. Cit., p. 251-252.

²⁸⁴ FACHIN, Luiz Edson. *Direito de família...* Op. Cit., p. 254.

deve ser superada pelo conceito eudemonista²⁸⁵ de família, sendo esta um instrumento de busca da felicidade dos indivíduos.²⁸⁶

A partir dessa concepção eudemonista de família, as inovações biotecnológicas na área de reprodução assistida devem ser realizadas dentro dos limites trazidos pela bioética, buscando, sempre, a realização do princípio da dignidade da pessoa humana. Deve-se ter uma visão para “além do microscópio” e levar em consideração o impacto social que as técnicas reprodutivas artificiais trazem. A discussão estabelecida a esse respeito envolve questões de cunho ético, moral, jurídico, religioso, psicológico, dentre outros, afetando não apenas os sujeitos envolvidos diretamente no processo reprodutivo, mas também àquele(s) que está(ão) por vir, quando as técnicas reprodutivas alcançam o êxito.

Verifica-se, assim, que “a bioética traduz um repensar constante das práticas científicas e reformula os paradigmas sociais, mas não se esgota em si mesma”.²⁸⁷ O direito se faz necessário, como aquele responsável em estabelecer normas para a vida em sociedade, buscando, de forma eficaz e eficiente, a digna tutela da pessoa humana.²⁸⁸ Direito e bioética devem caminhar lado a lado quando o assunto remete à reprodução assistida, uma vez que esta traz normas éticas e deontológicas necessárias à análise da questão e aquele atua sempre que houver lesão ou ameaça de lesão a dignidade da pessoa humana.

Os fatos decorrentes da reprodução humana assistida vão, com frequência cada vez maior, emergindo para o direito, o qual terá que tutelar as demandas originadas com o crescente desenvolvimento científico e tecnológico. Para tanto,

²⁸⁵ “Sob a concepção *eudemonista* da família, não é o indivíduo que existe para a família e para o casamento, mas a família e o casamento existem para seu desenvolvimento pessoal, em busca de sua aspiração à felicidade.” (grifo conforme o original) FACHIN, Luiz Edson. *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida...* Op. Cit., p. 25.

²⁸⁶ A esse respeito, José Lamartine Corrêa de OLIVEIRA e Francisco José Ferreira MUNIZ lecionam-se que “A família transforma-se no sentido de que se acentuam as relações de sentimentos entre os membros do grupo: valorizam-se as funções afetivas da família que se torna o refúgio privilegiado das pessoas contra a agitação da vida nas grandes cidades e das pressões econômicas e sociais. (...) Diz-se por isso que é ‘a comunidade de afecto e entre-ajuda’. Assim, a concepção eudemonista de família progride à medida que ela regride ao seu aspecto instrumental. E, precisamente por isso, a família e o casamento passam a existir para o desenvolvimento da pessoa - para a realização dos seus interesses afetivos e existenciais.” OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. Op. Cit., p. 11.

²⁸⁷ CIOCCI, Deborah; BORGES JUNIOR, Edson. Bioética e direito em reprodução humana assistida... Op. Cit., p. 282.

²⁸⁸ CIOCCI, Deborah; BORGES JUNIOR, Edson. Bioética e direito em reprodução humana assistida... Op. Cit., p. 282.

necessário se valer dos preceitos bioéticos e dos princípios emanados pela Constituição de 1988 garantindo, dessa forma, a digna tutela da pessoa humana.

Entretanto, mister ainda analisar questões que não vêm sendo apreciadas pelo Poder Judiciário, mas, ao revés, são analisadas e disciplinadas pelos Conselhos Médicos. Tais fatos, muitas vezes, estão sendo legitimados por esses Conselhos, sem, necessariamente, estar em conformidade com os preceitos jurídicos vigentes. A questão que se coloca no próximo capítulo impõe uma reflexão acerca do papel dos Conselhos de Medicina, bem como do próprio Estado, no que tange à proteção de seus cidadãos.

3 OS CONSELHOS MÉDICOS E OS FATOS DECORRENTES DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA

Os Conselhos de Medicina, tanto o Federal como os Regionais, são autarquias federais, criadas pela Lei n.º 3.268/57, que regulamentam o exercício da profissão dos médicos, detendo autonomia administrativa e financeira. Tais autarquias fiscalizam o exercício da profissão, zelando para que os profissionais observem os princípios éticos e de disciplina da classe médica.

Conforme já foi colocado, no Brasil não existe ainda uma lei específica que discipline, pormenorizadamente, a reprodução assistida, sendo utilizado como parâmetro a Resolução n.º 1.957/2010, editada pelo Conselho Federal de Medicina. Entretanto, tal Resolução carece de coercitividade, uma vez que suas regulamentações direcionam-se apenas à classe médica. Apesar disso, a referida Resolução apresenta-se como um importante parâmetro para análise da temática que envolve a reprodução assistida. Isto porque, em face da total ausência de qualquer outro dispositivo que discipline a matéria – matéria essa de alta complexidade técnica – a Resolução acaba por apresentar diretrizes não apenas ao corpo médico, mas também aos operadores do direito. A esse respeito, Deborah CIOCCI coloca que

Apesar de destituída da coercitividade inerente às normas jurídicas, percebe-se sua efetividade, considerando a ausência de normas jurídicas sobre o assunto e o seu grande poder de convencimento social.

Até a vigência do novo Código Civil, era a única disciplina que mencionava as técnicas de Reprodução Humana Assistida e até hoje revela poder de convencimento pela orientação que dá aos profissionais e pacientes que se utilizam das técnicas médicas há mais de dez anos. Harmoniza-se em muitos pontos com a dignidade humana e a preservação do ser humano, mas não é suficiente para resolver inúmeros conflitos que podem surgir em razão das atividades a elas inerentes.²⁸⁹

Entretanto, segundo o ordenamento jurídico brasileiro, ninguém está obrigado a fazer o que não está na lei, não sendo proibido fazer o que a lei não dispõe como defeso. Tal disposição pode servir de guarida à atuação indiscriminada das técnicas de reprodução assistida, uma vez que, não tendo qualquer lei que proíba ou discipline tal conduta, a técnica poderia ser considerada como lícita. Nesse sentido, Jussara MEIRELLES, coloca que “... a referida norma [Resolução n.º

²⁸⁹ CIOCCI, Deborah. O direito e as tecnologias de reprodução humana assistida... Op. Cit., p. 25-26.

1.358/92 – CFM], por estar contida em mera resolução administrativa, cuja finalidade única é delimitar eticamente a atuação médica no uso das técnicas de reprodução assistida, não tem o condão de coibir uma prática que a lei formal não proíbe²⁹⁰. Outrossim, quando da aplicação da Resolução n.º 1.957/2010, editada pelo Conselho Federal de Medicina e destinada aos médicos que trabalham com reprodução assistida, diante de fatos concretos, podem surgir dúvidas e questionamentos acerca de sua interpretação e aplicação, cabendo, nestes casos, ao próprio Conselho disciplinar tais questões. O próprio Conselho Médico que elaborou a resolução também verifica e disciplina sua aplicação e interpretação, gerando, em alguns casos, decisões antagônicas acerca de casos idênticos, conforme a seguir será demonstrado na análise de alguns pareceres emitidos pelos Conselhos Regionais e Federal de Medicina. Neste ponto, conforme já colocado, podem surgir interpretações que, algumas vezes, ofendem o ordenamento jurídico vigente, ou mesmo, causam divergência acerca de seu teor, conforme a seguir será demonstrado mediante a análise de alguns de seus pareceres²⁹¹, os quais acabam, algumas vezes, por confrontar aspectos polêmicos envolvendo a reprodução humana assistida.

De outro lado, a análise dos pareceres emanados pelos Conselhos Médicos reveste-se de importância ímpar quando o assunto em pauta é a reprodução assistida, uma vez que a maioria das questões não chega até a análise do Poder Judiciário, encerrando-se eventual polêmica sob o crivo dos Conselhos Médicos. Com essa afirmação, não se pretende entrar em contradição com o que já foi colocado no presente trabalho, uma vez que a crítica tecida anteriormente refere-se à questão da competência dos Conselhos Médicos em analisar determinados aspectos que poderiam restringir direitos fundamentais dos cidadãos.

Dessa forma, os tópicos seguintes propõem-se a analisar algumas questões polêmicas que envolvem pareceres concedidos pelos Conselhos Médicos, tanto Regionais como Federal, no que tangem à utilização das técnicas de reprodução assistida, bem como colacionar casos concretos correlatos divulgados pela mídia ou doutrina. Para tanto, procurar-se-á tecer uma análise jurídica acerca dos casos, de

²⁹⁰ MEIRELLES, Jussara. *Gestação por outrem e determinação da maternidade...* Op. Cit., p. 69.

²⁹¹ A íntegra dos pareceres citados no presente trabalho poderá ser consultada na parte dos anexos.

forma a estabelecer um diálogo entre o ordenamento vigente, os pareceres dos Conselhos Médicos e outros casos concretos de que se tem notícia.

3.1 O Anonimato do Doador e a Identidade Genética do Sujeito

No Brasil, ao doador(a) é garantido o anonimato, uma vez que sua identidade não será revelada ao casal, tampouco aos filhos que nasceram fruto da utilização de seu material genético. A via inversa também ocorre, ou seja, garante-se total anonimato ao casal e aos filhos que se valeram da técnica, não sendo revelada ao doador qualquer informação a respeito daqueles que se utilizaram de seu material genético. Todavia, excepcionalmente, a Resolução n.º 1.957/10 do Conselho Federal de Medicina, no item IV.3, estabelece que, por motivação médica, poderão ser fornecidas a médicos informações sobre os doadores, resguardando-se sua identidade civil.

O anonimato do doador acaba sendo garantido na maior parte dos países de tradição romano-germânica, como é o caso da França²⁹², da Espanha²⁹³ e de Portugal. Exceção se verifica na Alemanha, onde, em um julgamento da Corte Constitucional Federal alemã se reconheceu o direito de toda criança conhecer a identidade do doador de gametas masculinos ou femininos, estabelecendo que “As informações relativas aos doadores são centralizadas, de modo a permitir que a criança possa conhecer sua origem biológica junto aos centros de reprodução medicamente assistida”.²⁹⁴ A tradição jurídica anglo-saxã segue na mesma esteira

²⁹² O princípio do anonimato é garantido no direito francês pelo art. 16-9, do Código Civil, introduzido em 1994 mediante as Leis n.º 94-653 e 94-654, estabelecendo que nem o doador nem o casal que utilizou o material genético deverão saber da identidade do outro. GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *O biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 253.

²⁹³ A Lei n.º 35, editada em 22 de novembro de 1988, dispõe acerca da reprodução humana assistida na Espanha, aderindo ao princípio do anonimato em duplo sentido, ou seja, “nem a pessoa do doador deve saber o destino do material que forneceu, nem os beneficiários devem ter condições de se informar acerca da identidade da pessoa do doador...”. Entretanto, tal princípio não apresenta caráter absoluto, podendo, excepcionalmente, os dados fenótipos do doador serem revelados “em circunstâncias extraordinárias ou em caso de comprovado perigo para a vida da criança, como o de doenças hereditárias”. GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *O biodireito e as relações parentais ...* Op. Cit., p. 273-274.

²⁹⁴ *Ibid.*, p. 266.

da alemã, sendo possível, tanto na Inglaterra²⁹⁵ como nos Estados Unidos²⁹⁶, se conhecer o doador do material genético.

O tema do anonimato do doador esbarra no direito fundamental do sujeito em conhecer sua origem genética, a qual transcende o plano jurídico para adentrar em questões éticas, psicológicas, sociológicas. A busca pela origem biológica pode não passar de mera curiosidade²⁹⁷, mas também pode afetar o desenvolvimento do sujeito que necessita desta informação por ser um direito inerente a sua própria personalidade. Nessa esteira, com frequência cada vez maior sujeitos que nasceram com material genético de doadores anônimos buscam encontrá-los. “Famílias com crianças concebidas através de inseminação artificial estão se reunindo nos Estados Unidos por um elo em comum: o doador anônimo de sêmen. Através de grupos e fóruns na internet, adolescentes tentam conseguir informações sobre seus doadores e encontrar possíveis meios-irmãos dispostos a fazer contato.”²⁹⁸ Ryan Kramer e sua mãe Wendy Kramer criaram, no ano 2000, o site *Donor Sibling Registry* (DSR), permitindo que filhos busquem seus doadores e meios-irmãos, utilizando, na maioria das vezes, o número do doador de sêmen do banco ou clínica, uma vez que nem sempre há informações precisas acerca dos doadores. O site teve início quando Ryan indagou à Wendy sobre a identidade de seu pai biológico e recebe em torno

²⁹⁵ Na Inglaterra, a partir de 2005, é permitido àqueles que nasceram da reprodução assistida heteróloga conhecerem a identidade do doador.

²⁹⁶ Nos Estados Unidos, “apesar das entidades médicas recomendarem o anonimato da pessoa do doador, não existe regra legal expressa a respeito”. GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *O biodireito e as relações parentais ...* Op. Cit., p. 334.

²⁹⁷ A esse respeito, cita-se uma história americana: “A administradora Michele Jorgenson, de 40 anos, tomou a iniciativa de procurar o pai biológico de sua filha Cheyenne, quando ela tinha 9 anos. ‘A principal razão foi curiosidade. Eu queria conhecer a outra parte dela.’ (...) A busca durou dois anos e hoje, Cheyenne se encontra com seu doador anualmente, durante o verão.” *Site ajuda filhos de doadores de sêmen a achar pais e meio-irmãos*: registro online contabiliza casos de pessoas que descobriram dezenas de meio-irmãos. BBC. 13 set. 2011. Disponível em: <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2011/09/site-ajuda-filhos-de-doadores-de-semen-a-encontrar-pais-e-meio-irmaos.html>; consultado em 18 ago. 2012.

²⁹⁸ *Site ajuda filhos de doadores de sêmen a achar pais e meio-irmãos ...* Op. Cit. Outro exemplo desta questão pode ser visualizado no caso da americana Cynthia Daily e seu marido que “usaram um doador de esperma para ter um filho há sete anos. Decidiram que seria interessante se o menino conhecesse seus meios-irmãos algum dia. Para isso, Daily criou um registro na internet para as crianças filhas do mesmo doador e um grupo on-line para rastreá-las. Ao longo dos anos, o grupo cresceu sem parar – e hoje está na casa de 150 meninos e meninas. (...) Com mais mulheres decidindo ter filhos sozinhas e mais bebês nascendo por meio de inseminação artificial, grandes grupos de irmãos biológicos estão aparecendo.” MROZ, Jacqueline. *Pai de todos*. Jornal Folha de S. Paulo; Caderno Saúde; 07 set. 2011. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/saude/sd0709201101.htm>; consultado em 19 ago. 2012.

de “10 mil visitas por mês e já possibilitou o encontro de 8.400 pessoas com irmãos ou doadores”.²⁹⁹

Ademais, a questão da utilização de material genético de doador anônimo também gera indagações de cunho ético e psicológico aos pais da criança, que muitas vezes não estão certos de contar aos seus filhos a forma como foram gerados.

Por outro lado, a possibilidade de um filho concebido por meio das técnicas heterólogas de reprodução humana assistida também gera a preocupação de que estes sujeitos venham a se relacionar incestuosamente com outros concebidos por intermédio do mesmo doador, havendo, então, vínculo consanguíneo entre eles. No Brasil, a Resolução n.º 1.957/10 do Conselho Federal de Medicina, no item IV.5, estabelece algumas medidas a fim de evitar que sujeitos nascidos pela utilização de técnicas de reprodução assistida heteróloga se relacionem com outros que utilizaram material genético de um mesmo doador. Nesse sentido, a Resolução determina que na região onde está localizada a clínica de reprodução assistida, “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”.

Tais cuidados refletem-se também no direito alienígena, como é o caso da França, por exemplo. No direito francês, o art. 673-4, do Código de Saúde, introduzido mediante a promulgação, em 1994, das Leis n.º 94-653 e n.º 94-654, estabelece que o número de crianças geradas a partir de uma mesmo doador não pode ser superior a cinco.³⁰⁰ No direito alemão, por sua vez, a questão é tratada com maior rigor, não sendo permitida a utilização de material genético de um mesmo doador por outros casais, caso haja êxito em alguma tentativa de reprodução heteróloga.³⁰¹ Nos Estados Unidos, apesar de existirem legislações estaduais que tratam da reprodução assistida, não há regulamentação acerca de critérios para emprego de um número máximo de fecundações utilizando-se o emprego de material genético de um mesmo doador.³⁰² A esse respeito, a pesquisadora

²⁹⁹ Site *ajuda filhos de doadores de sêmen a achar pais e meio-irmãos ...* Op. Cit.

³⁰⁰ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *O biodireito e as relações parentais ...* Op. Cit., p. 253.

³⁰¹ Tal determinação “... representa a preocupação em evitar futuras uniões sexuais de pessoas que biologicamente mantém vínculo”. GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *O biodireito e as relações parentais ...* Op. Cit., p. 266.

³⁰² *Ibid.*, p. 334.

americana Randi EPSTEIN informa que nos Estados Unidos não há registro sobre o número de bebês nascidos de cada doador desde 1988, apesar de a “Sociedade Americana de Medicina Reprodutiva recomendar aos bancos de sêmen e clínicas que não permitam mais de 25 nascimentos de um mesmo doador em uma população de 800 mil pessoas, para evitar a ocorrência de casamentos consangüíneos”. Entretanto, coloca a pesquisadora, “... isso nem sempre é obedecido, porque há alguns doadores que fazem mais sucesso nos bancos de esperma, porque são atléticos, inteligentes, etc. Por isso os bancos não querem tirá-los dos seus catálogos”.³⁰³

No Brasil não existe um banco de material genético unificado, centralizador das informações acerca dos doadores, não sendo possível, dessa forma, controlar a utilização de material genético conforme determina o item IV.5, da Resolução 1.957/2010, do Conselho Federal de Medicina. Assim, caso um doador forneça seu material genético para todas as clínicas de reprodução assistida de Curitiba, o item IV.5, da Resolução n.º 1.957/2010, jamais terá efetividade, aumentando-se, inclusive, a probabilidade de sujeitos nascidos pelas técnicas heterólogas relacionarem-se com seus “meio irmãos consanguíneos”. Essa questão serve, também, como fundamento para a futura quebra do anonimato.

Outra questão acerca dos doadores deve ser considerada: aqueles que utilizarão a técnica heteróloga de reprodução assistida podem escolher o doador do material genético? No Brasil quem “escolhe” o doador são as clínicas de reprodução assistida, as quais devem levar em consideração, dentro do possível, as características fenotípicas, imunológicas e a máxima compatibilidade com a receptora, conforme preconizado no item IV.6 da Resolução n.º 1.957/2010. Em outros países, entretanto, essa “regra” não se aplica, como ocorre nos Estados Unidos e na Dinamarca, por exemplo. O material genético de doadores dinamarqueses, na grande maioria dos casos em se tratando de material genético masculino, vem sendo muito procurado em razão dos traços típicos da população escandinava. Peter BOWER, explica que “Muitos de nossos clientes querem

³⁰³ Wendy Kramer, cofundadora do site *Donor Sibling Registry* (DSR), a esse respeito coloca que “Os bancos prometem que o sêmen do doador não será usado para mais que dez ou 20 crianças, mas é uma piada. Os pais vem ao nosso site e dizem ‘Eu encontrei 25 filhos! Como é possível? Eles me prometeram que não seriam mais que dez!’”. *Site ajuda filhos de doadores de sêmen a achar pais e meio-irmãos ...* Op. Cit.

tradicionalmente doadores de pelo menos 1,80 metros e olhos azuis”, além de eliminarem doadores que estejam acima ou abaixo de determinado peso.³⁰⁴ Em determinada clínica de reprodução assistida da Dinamarca os “clientes” entram no site, pagam um taxa e clicam no perfil do futuro doador, podendo até fazer um *download* de sua foto quando bebê.³⁰⁵

Os Estados Unidos seguem na mesma esteira. É possível, mediante busca pela internet, acessar os sites das clínicas que armazenam espermatozoides ou óvulos e escolhê-los por este meio. Nos sites³⁰⁶, por exemplo, é possível escolher a maior parte das características do doador como peso, cor dos olhos, cor do cabelo, textura do cabelo (crespo, ondulado e liso), tipo sanguíneo, tipo do doador (anônimo ou não), nível de educação, áreas de estudo (engenharia, arquitetura, direito, artes etc.), origem étnica (latino, asiático, negro, árabe etc.), ancestralidade (africano, belga, brasileiro, britânico, equatoriano etc.), religião. Após a escolha das características do doador, o site realiza a busca e lhe informa quantos doadores foram selecionados. As fichas individuais dos doadores podem ser consultadas com a respectiva identificação (ID) de cada um, além de aparecer uma breve “ficha íntima e pessoal” do doador³⁰⁷. Além dessas, outra informação é disponibilizada – *Vials*

³⁰⁴ *Sêmen de 'loiros altos' torna Dinamarca 'meca' da inseminação artificial*. BBC Brasil; 20 maio 2011. Disponível em: <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2011/05/semen-de-loiros-altos-torna-dinamarca-meca-de-inseminacao-artificial.html>; consultado em 19 ago. 2012.

³⁰⁵ “Os funcionários da clínica ainda fornecem por escrito uma breve descrição ou detalhes a respeito do potencial doador ... Mas nenhuma das informações fornecidas permite identificar um indivíduo, a não ser que ele opte em poder ser identificado. A opção pelo anonimato fez da Dinamarca uma espécie de “Meca” para mulheres estrangeiras que querem engravidar por meio de inseminação artificial, e fez com que no país não haja escassez de sêmen oficialmente examinado e testado.” *Sêmen de 'loiros altos' torna Dinamarca 'meca' da inseminação artificial...* Op. Cit.

³⁰⁶ Disponível em: <http://www.cryobank.com>; consultado em 19 ago. 2012.

³⁰⁷ Por exemplo, na consulta realizada para ilustrar tal questão no presente trabalho, a Ficha Íntima e Pessoal do doador n.º 12691, apresentava o seguinte texto: “*Smart & Talented Adventurer. What do you call a guy who can play two instruments, achieved a perfect 4.0 high school GPA, played on two varsity sports teams, and can even swing dance? Donor 12691, of course! This blue-eyed adventurer, who once went rock climbing without any equipment, is as multi-talented as he is ambitious. Always independent, he put himself through college, and in between playing the piano and guitar, this soccer-lover even writes his own songs. He hopes to revisit Hawaii, where he once travelled with his parents and can't get enough of the snorkeling.*” Em tradução livre: Aventureiro Esperto & Talentoso. O que você acha de um garoto que toca dois instrumentos, atinge um perfeito 4.0 GPA no Ensino Médio, jogou em duas equipes de esportes do time do colégio, e pode mesmo balançar a dança? Doador 12691, naturalmente! Este aventureiro de olhos azuis, que uma vez escalou uma rocha sem nenhum equipamento, é tão multi-talento quanto ambicioso. Sempre independente, passou por si mesmo na faculdade, e entre tocar piano e guitarra, este amante do futebol escreve mesmo suas próprias canções. Espera visitar o Havaí, onde uma vez viajou com seus pais e não pode obter preparo suficiente no *snorkeling*. Disponível em: <http://www.cryobank.com/Donor-Search/Donor-Profile/index.cfm?donorNo=12691>, consultado em 19 ago. 2012.

*Available to Purchase*³⁰⁸ –, sendo possível verificar o preço e a disponibilidade do material, que muitas vezes consta como maior de 25 frascos. Constata-se, a partir dos casos americanos e dinamarqueses, que, com frequência cada vez maior, a questão da reprodução assistida está se tornando um verdadeiro negócio, questão essa já abordada em outro tópico do presente trabalho.

Apesar de nos Estados Unidos não ser necessário que o doador seja anônimo, as clínicas, muitas vezes, não mantêm seus dados atualizados, sendo esta uma das justificativas das inúmeras buscas individuais de pessoas, na internet e em sites de relacionamento, que procuram identificar meio-irmãos e seus doadores.

Conforme colocado, no Brasil é defeso àqueles que utilizarão as técnicas reprodutivas escolherem os doadores do material genético; função esta reservada às clínicas reprodutivas. Entretanto, no Processo-Consulta CFM n.º 5.924/2004, Parecer CFM n.º 6/2005³⁰⁹, o Conselho Federal de Medicina, respondendo a uma consulta do Conselho Regional de Medicina do Distrito Federal, autorizou a ovulodoação de uma sobrinha para sua tia. O Relator do caso entendeu não haver “transgressão das normas emanadas pela Resolução CFM n.º 1.358/92 neste caso específico, pelo fato de que, por razões étnico-culturais muito bem justificadas, ser esta a única forma de atender ao anseio e à necessidade reprodutiva da solicitante”. O relator ainda justificou seu posicionamento argumentando que

... legislar significa criar mecanismos de proteção à sociedade para que ela não fique entregue à própria sorte. Legislar significa expressar em texto a vontade da sociedade; e a vontade da sociedade aperfeiçoa-se na medida em que acontecem os avanços científicos e ético-morais.

(...)

Neste caso em debate, prezados conselheiros, a Resolução CFM n.º 1.358/92 é o único documento legal que normatiza a reprodução assistida em nosso país, mas tem sólido valor legislativo quanto à conduta de médicos relacionada a este tema.

Contudo, dignos julgadores e formadores de jurisprudência em ética médica e bioética, estamos diante da particularidade de alguém, muito bem considerada nos argumentos apresentados.

Atuemos como juízes com alto grau de sensibilidade e concedamos esta “medida liminar”, com o objetivo de cercar de legalidade – porquanto cercado de moralidade, ética,

³⁰⁸ Em tradução livre: Frascos Disponíveis para Compra.

³⁰⁹ “EMENTA: Não há transgressão das normas emanadas pela Resolução CFM n.º 1.358/92 neste caso específico, pelo fato de que, por razões étnico-culturais muito bem justificadas, ser esta a única forma de atender ao anseio e à necessidade reprodutiva da solicitante.” Processo-Consulta CFM n.º 5.924/2004 – Parecer CFM n.º 6/2005. Interessado: Conselho Regional de Medicina do Distrito Federal; Assunto: Autorização para realizar ovulodoação; Relator: Cons. Clóvis Francisco Constantino. 18 fev. 2005.

humanidade e sentido de autonomia já o é – aquele ato proposto pela consulente, sra. H.L.Y.

Sem que se pretenda tecer qualquer análise valorativa acerca do caso concreto, o referido “julgamento”, deferindo o pedido de doação de óvulos de uma sobrinha para sua tia, demonstra a postura dos Conselhos Médicos, os quais acabam por disciplinar questões que envolvem a vida dos sujeitos.³¹⁰

Por outro lado, em caso similar, o Conselho Regional de Medicina do Paraná, com base no Parecer n.º 2134/2010, proferido perante o Processo-Consulta n.º 192/2009³¹¹, concedeu parecer desfavorável ao pedido de um casal que desejava utilizar os óvulos da filha da mulher que desejava engravidar, a qual contava com 23 anos de idade. O Conselheiro Relator justificou seu parecer no fato de a manutenção do anonimato entre doadores e receptores ser “de fundamental importância no sentido de se evitar, no futuro, complexas situações emocionais e legais entre doadores e receptores, com repercussões no desenvolvimento psicológico das crianças nascidas por meio desse procedimento”.

Nesses dois casos analisados, observam-se as posições antagônicas adotadas pelos Conselhos Médicos. Em um parecer, a “regra” do anonimato, estabelecida pelo próprio Conselho Médico, foi relativizada, possibilitando a utilização de óvulos doados por pessoa conhecida. Em outro caso idêntico, por sua vez, o pedido de doação de óvulo por pessoa da família foi negado, fazendo valer uma interpretação mais literal e restritiva da Resolução n.º 1.957/2010.

Casos como esses demonstram que a atuação dos Conselhos Médicos, quando da análise dos casos concretos, aprovando ou negando determinada prática médica, relacionada à reprodução assistida, acaba por restringir ou mesmo ampliar direitos fundamentais dos cidadãos, sendo questionável sua competência.

Importante ainda ressaltar que não se pode confundir conhecimento da identidade genética do sujeito com a eventual quebra do sigilo do doador, com escolha do doador, o que poderia gerar outra questão referente ao comércio de gametas. A legitimidade para requerer a quebra do anonimato a fim de se conhecer

³¹⁰ A permissão do Conselho Federal de Medicina para a doação de óvulos de pessoa conhecida acaba por abrir um precedente no que tange ao direito em se conhecer a identidade genética do doador.

³¹¹ “Ementa: Fertilização in vitro.” Parecer nº 2134/2010 CRM-PR; Processo Consulta n.º 192/2009 – Protocolo n.º 14337/2009; Assunto: Fertilização In Vitro; Parecistas: Cons. Ana Maria Silveira Machado de Moraes e Cons. Hécio Bertolozzi Soares. 11 jan. 2010.

a identidade do doador cabe àquele que foi concebido com o material genético, não podendo restar qualquer confusão com a escolha do doador que cabe, no Brasil, às clínicas de reprodução assistida.

A identidade genética dos sujeitos significa, mais do que uma “curiosidade”, nesse sentido, um verdadeiro direito da personalidade³¹². Isto porque, com os avanços científicos na área de engenharia genética, surgiu mais um elemento de identificação dos sujeitos: o DNA, podendo este ser considerado como um elemento único e exclusivo de cada indivíduo. Assim, por meio dos exames de DNA é possível se identificar a origem genética de cada pessoa humana. “Como a mais legítima e concreta expressão da personalidade, a identidade genética é um direito da personalidade, assim como o nome, e tanto ou mais do que os demais elementos de identificação, a informação da origem genética deve ser tutelada.”³¹³

Entretanto, necessário se faz distinguir a análise da origem genética para fins de estabelecimento de paternidade da análise para fins de tutela do direito da personalidade à origem genética. Explica-se, o exame de DNA pode ser utilizado para que a paternidade seja estabelecida, contudo não se aplica, para fins de estabelecimento de paternidade, quando se trata de reprodução assistida heteróloga. O art. 1597, V, do Código Civil, estabelece que a presunção de paternidade neste caso não é relativa, mas sim absoluta³¹⁴, uma vez que, ao consentir com a técnica reprodutiva heteróloga, nega-se por completo a verdade biológica, estabelecendo-se os laços de filiação pela socioafetividade. Por esse motivo, não pode o pai vir a contestar a paternidade de um filho gerado por meio de tal técnica reprodutiva, o que significaria ofensa ao princípio da vedação do comportamento contraditório (*nemo potest venire contra factum proprium*), uma vez

³¹² A respeito dos direitos da personalidade, José Antônio Peres GEDIEL coloca que “Os direitos da personalidade tentam responder à exigência de adequada tutela jurídica às projeções essenciais do homem em sociedade e são produtos de um longo percurso da jurisprudência e da doutrina civilistas iniciado ainda no século XIX. O novo Código Civil brasileiro, que entrou em vigor em janeiro de 2003, é resultante desse processo cultural e, ao apresentar onze artigos sobre os direitos da personalidade, também passa a servir de marco normativo para sustentar a defesa desses direitos elevados à categoria de direitos fundamentais pela Constituição Federal de 1988.” GEDIEL, José Antônio Peres. A irrenunciabilidade a direitos da personalidade pelo trabalhador. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 151.

³¹³ BARBOZA, Heloisa Helena. Direito à identidade genética. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Família e cidadania: o novo CCB e a vacatio legis*. Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM / Del Rey, 2002. p. 384.

³¹⁴ Enunciado 104 do Conselho da Justiça Federal.

que a paternidade tanto jurídica como a socioafetiva é atribuída ao marido ou companheiro que consentiu com a utilização da técnica heteróloga.³¹⁵ Dessa forma, o direito do sujeito que nasceu fruto da utilização de material genético de doador anônimo não tem o condão de buscar estabelecer qualquer vínculo jurídico de paternidade, mas sim possibilitar o conhecimento de suas origens genéticas. Isto porque, o estado de filiação não se confunde com a origem genética, conforme bem explica Maria Berenice DIAS

De um lado existe uma verdade biológica, comprovável por meio de exame laboratorial que permite afirmar, com certeza praticamente absoluta, a existência de um **liame biológico** entre duas pessoas. De outro lado há uma verdade que não mais pode ser desprezada: o estado de filiação, que decorre da estabilidade dos laços de filiação construídos no cotidiano do pai e do filho, e que constitui o fundamento essencial da atribuição da paternidade ou maternidade.

Essas realidades não se confundem nem conflitam. O direito de conhecer a origem genética, a própria ascendência, é um direito fundamental, um **direito de personalidade**. Trata-se de direito individual, personalíssimo, e não significa necessariamente direito à filiação.³¹⁶ (grifo conforme o original)

De outro lado, não se pode deixar de considerar o atual estágio do direito de família contemporâneo, o qual busca sedimentar a afetividade como fundamento basilar das relações familiares. Dessa forma, a “verdade biológica” vem sendo cada vez mais desprestigiada quando o assunto é determinação de paternidade em face da socioafetividade, realidade esta já presente nos Tribunais brasileiros.³¹⁷ A esse respeito Paulo LÔBO esclarece que

³¹⁵ Tal entendimento gerou o Enunciado n.º 258, da III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, com a seguinte redação: “Não cabe a ação prevista no art. 1.601 do Código Civil se a filiação tiver origem em procriação assistida heteróloga, autorizada pelo marido nos termos do inc. V do art. 1.597, cuja paternidade configura presunção absoluta.”

³¹⁶ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4. ed. ... Op. Cit., p. 326.

³¹⁷ “Ementa: RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE FILIAÇÃO. INTERESSE. EXISTÊNCIA. I. O pedido deduzido por irmão, que visa alterar o registro de nascimento de sua irmã, atualmente com mais de 60 anos de idade, para dele excluir o pai comum, deve ser apreciado à luz da verdade socioafetiva, mormente quando decorridos mais de 40 anos do ato inquinado de falso, que foi praticado pelo pai registral sem a concorrência da filha. II. Mesmo na ausência de ascendência genética, o registro da recorrida como filha, realizado de forma consciente, consolidou a filiação socioafetiva, devendo essa relação de fato ser reconhecida e amparada juridicamente. Isso porque a parentalidade que nasce de uma decisão espontânea, deve ter guarida no Direito de Família. III. O exercício de direito potestativo daquele que estabelece uma filiação socioafetiva, pela sua própria natureza, não pode ser questionado por seu filho biológico, mesmo na hipótese de indevida declaração no assento de nascimento da recorrida. IV. A falta de interesse de agir que determina a carência de ação, é extraída, tão só, das afirmações daquele que ajuíza a demanda – in status assertionis –, em exercício de abstração que não engloba as provas produzidas no processo, porquanto a incursão em seara probatória determinará a resolução de mérito, nos precisos termos do art. 269, I, do CPC. Recurso não provido. Processo REsp 1259460 /

... a Constituição abandonou a primazia da origem genética ou biológica para fixar a filiação, quando desconsiderou qualquer traço da família patriarcal e exclusivamente matrimonial, quando equiparou aos filhos naturais os filhos adotados e quando atribuiu prioridade absoluta à convivência familiar. Fazer coincidir a filiação com a origem genética é transformar um fato cultural em determinismo biológico, o que não contempla suas dimensões existenciais.³¹⁸

Entretanto, a questão que está se colocando refere-se ao direito fundamental de o sujeito conhecer sua identidade genética e não em se estabelecer a paternidade. Tal questão esbarra, no contexto brasileiro, nas diretrizes da Resolução n.º 1.957/2010 do Conselho Federal de Medicina, a qual adotou, no item IV.2 o princípio do anonimato do doador. Por essa razão, não é permitido àqueles que nasceram por técnica heteróloga ter qualquer acesso à identidade civil do doador do material genético. Eduardo Oliveira LEITE defende a manutenção do anonimato do doador, uma vez que não se traria qualquer benefício para o sujeito ou mesmo para o próprio doador a revelação de sua identidade.

Na mão contrária, Guilherme Calmon Nogueira da GAMA defende que o direito ao anonimato, consubstanciado no direito à intimidade e privacidade do doador, não pode imperar ante o direito de o indivíduo conhecer sua identidade biológica, uma vez que todos têm o direito de conhecer sua história pessoal.³¹⁹ A fim de tutelar tal direito, o referido autor defende a utilização do *habeas data*, previsto no art. 5º, LXXII, da Constituição Federal e regulado pela Lei n.º 9.507/1997, defendendo que tal remédio constitucional “não se restringe à Administração Pública, mas também atinge entidades que mantêm bancos de dados de caráter público, o que abrange casas de saúde, bancos de sêmen e de embriões e, fundamentalmente, as pessoas dos profissionais que se responsabilizaram pelo

SP; RECURSO ESPECIAL 2011/0063323-0; Relator(a) Ministra NANCY ANDRIGHI; Órgão Julgador T3 - TERCEIRA TURMA; Data do Julgamento 19/06/2012; Data da Publicação/Fonte DJe 29/06/2012; RBDfs vol. 29 p. 156.” Entre outros inúmeros julgados acerca desta questão.

³¹⁸ LÔBO, Paulo. *Famílias*. 4. ed. ... Op. Cit., p. 227.

³¹⁹ “... não há como olvidar a importância da informação e da historicidade da ascendência - sob o prisma biológico - da pessoa humana para que ela tenha plenas condições de estender a sua existência e suas origens e, desse modo, valorizar ainda mais a conduta de seus verdadeiros pais sob o prisma do Direito e da afetividade. O conhecimento da verdade a respeito da sua própria origem biológica - e, conseqüentemente, da sua história - é direito fundamental que integra o conjunto dos direitos da personalidade. A recusa do doador em ter revelada sua identidade sob o argumento de que deve ser tutelado o direito à intimidade, ao segredo, deve prevalecer para todas as pessoas - inclusive para os pais (jurídicos) -, salvo em relação à pessoa concebida.” GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *O biodireito e as relações parentais* ... Op. Cit., p. 909-910.

procedimento médico concernente à procriação assistida heteróloga”.³²⁰ Para Guilherme Calmon Nogueira da GAMA, quem tem legitimidade para requerer a informação acerca dos dados do doador é apenas o sujeito que recebeu o material genético de doador anônimo, visto que o direito fundamental de conhecer sua origem genética é direito personalíssimo.³²¹

No Brasil ainda não se tem conhecimento de nenhum tipo de ação contra as clínicas de reprodução assistida, a fim de que a identidade do doador seja fornecida. Por outro lado, a utilização da técnica heteróloga é relativamente recente, além de ter que se considerar que a presente questão, muitas vezes, não é enfrentada pela própria família que se valeu da técnica heteróloga, preferindo não contar aos filhos a forma como foram concebidos.

A classe médica, a esse respeito, procura manter o anonimato dos doadores, principalmente em razão de sua revelação provavelmente diminuir o número de doadores, uma vez que a maioria das pessoas que doam seus gametas não pretende estabelecer qualquer contato com aqueles que foram concebidos com seu material genético.³²²

De qualquer forma, não se pode deixar de colocar que o direito ao conhecimento da origem genética não pode ser desconsiderado, visto ser um direito fundamental que deve ser tutelado.

3.2 A Gratuidade da Doação de Gametas e a Doação Compartilhada

A doação de gametas³²³ no Brasil é disciplinada pelo item IV.1, da Resolução n.º 1.957/2010 do Conselho Federal de Medicina, sendo vedado qualquer caráter lucrativo ou comercial para a prática. O princípio da gratuidade é seguido por muitos países, como se verifica na França³²⁴, Alemanha, Espanha e Reino Unido³²⁵.

³²⁰ Ibid., p. 911.

³²¹ Ibid., p. 910.

³²² Debate este travado durante o XVI Congresso Brasileiro de Reprodução Assistida. 22 a 25 ago. 2012, Guarujá, São Paulo.

³²³ A utilização do termo *gametas* sem qualquer especificação referencia o material genético (gametas) que pode ser feminino (óvulos) ou masculino (espermatozoide).

³²⁴ O princípio da gratuidade está previsto nos arts. 16-5 e 8, do Código Civil e no art. 675-10, do Código de Saúde, sendo considerado uma prática criminosa o recebimento de qualquer remuneração em favor do doador. GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *O biodireito e as relações parentais ...* Op. Cit., p. 253.

Por outro lado, há aqueles que remuneram os doadores, como é o caso dos Estados Unidos e da Dinamarca.

O princípio da gratuidade está pautado no princípio da impossibilidade em se comercializar partes do corpo humano. A Constituição Federal, no art. 199, § 4º, determina que “A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização”³²⁶. Ademais, o Código Civil, no seu art. 13, estabelece a proibição de disposição do próprio corpo, quando importar em diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes, salvo por exigência médica. No que tange ao contrato de doação de gametas, o próprio nome já informa sua natureza jurídica: a gratuidade. Ou seja, tratando-se de um contrato de doação, não haverá recebimento de qualquer contraprestação por parte do doador.

Entretanto, questão que surge no âmbito de discussão da reprodução assistida refere-se à “doação compartilhada”, emergindo a indagação se sua prática afrontaria o princípio da gratuidade da doação de gametas. A doação compartilhada caracteriza-se quando “uma mulher, após se submeter a uma série de exames, inclusive com injeções de hormônio para estimular o ovário, doa parte de seus óvulos à outra com dificuldades para alcançar a gravidez”³²⁷. Na prática, contudo, as doadoras³²⁸ de material genético estariam recebendo alguma contrapartida por esse

³²⁵ O Reino Unido estuda alterar suas leis sobre doação de sêmen e óvulos passando a remunerar os doadores. Tal alteração visa diminuir as filas de espera nas clínicas de reprodução assistida, as quais estão demorando em média dois anos. Com a alteração da lei do anonimato em 2005, o número de doações de material genético diminuiu muito, uma vez que qualquer sujeito que recebeu material genético de doador anônimo, quando completa 18 anos, passa a ter direito de acesso à identidade do doador biológico. MARINHEIRO, Vaguinaldo. *Reino Unido estuda pagar por doação de sêmen e óvulos*: britânicos viajam a países em que doadores são anônimos e remunerados para escapar das filas nas clínicas de fertilização. Folha de S. Paulo. Caderno Saúde. 29 ago. 2010. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/saude/sd2908201004.htm>; consultado em: 20 ago. 2012.

³²⁶ A fim de tutelar tal comando constitucional, foi editada, em 1997, a Lei n.º 9.434, a qual, apesar de excluir expressamente de sua tutela o material genético utilizado para reprodução assistida (parágrafo único, art. 1º), dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento. A referida lei é regida pelo princípio da gratuidade.

³²⁷ OLIVEIRA JÚNIOR, Eudes Quintino de. *Doação compartilhada de óvulos*. Migalhas. 18/05/2012. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI155749,11049-Doacao+compartilhada+de+ovulos>; consultado em 20 ago. 2012.

³²⁸ Estar-se-á a tratar tal questão no feminino em razão de se verificar que, na prática, a maior parte das doações compartilhadas ocorre com as mulheres, visto ser o óvulo material de mais difícil extração que o espermatozoide.

ato. Tal fato pode ser verificado nas próprias clínicas de reprodução assistida, as quais divulgam em seus sites esta possibilidade.³²⁹

O Conselho Federal de Medicina, por sua vez, manifestou-se acerca desta questão por meio do Parecer CFM n.º 6/06, formulado pelo Conselho Regional de Medicina do Piauí, em face do Processo-Consulta CFM n.º 7.509/05, em que o diretor de uma clínica de reprodução assistida solicita o posicionamento do Conselho acerca de um caso prático de doação compartilhada, fazendo a seguinte indagação: “(...) A terceira e última permissão que solicito é para a utilização de óvulos doados, neste caso doação anônima, para uma receptora que também será anônima, só que os custos com as medicações utilizadas pela doadora para estimular seus ovários serão pagos pela receptora, aumentando as chances de ambas engravidarem, e é chamada de doação compartilhada.”³³⁰ O Conselho Regional de Medicina do Piauí, diante dos questionamentos suscitados pelo diretor da clínica, encaminhou-os para pronunciamento do Conselho Federal de Medicina. O Relator do caso entendeu ser perfeitamente possível a doação compartilhada uma vez que não representaria comercialização de óvulos ou pré-embriões.³³¹

Por sua vez, com entendimento diverso, mas em semelhante situação, o Conselho Regional de Medicina do Estado do Ceará negou a possibilidade de doação compartilhada entre uma doadora de oócitos³³² e uma paciente a ser

³²⁹ Em determinado centro de fertilidade são disponibilizadas informações acerca da doação compartilhada, possibilitando à doadora de óvulos uma redução nos custos com o tratamento para infertilidade. “Neste processo [doação compartilhada], uma mulher abaixo de 31 anos e que necessita da fertilização *in vitro* para engravidar, concorda em ceder, de forma anônima, parte dos óvulos coletados para seu próprio tratamento. A idade da mulher que doa é importante para haver óvulos suficientes para compartilhar, sem prejuízo do seu próprio tratamento. A doação compartilhada traz benefícios ao tratamento de dois casais simultaneamente: aquele cuja mulher não tem óvulos viáveis para engravidar e o outro, cuja mulher pode doar, e tem, com essa doação, uma redução importante nos custos do tratamento. Isso ocorre porque este é um processo em que duas fertilizações *in vitro* são realizadas consecutivamente.” Disponível em: http://www.vidafertil.com.br/index.php?page=doacao_compartilhada; consultado em 20 ago. 2012.

³³⁰ “Ementa: A Resolução CFM n.º 1.358/92 estabelece as normas e limites para a reprodução assistida.” Processo-Consulta CFM n.º 7.509/05 - Parecer CFM n.º 6/06. Conselho Federal de Medicina. Relator Cons. Pedro Pablo Magalhães Chancel. Interessado: Conselho Regional de Medicina do Estado do Piauí; Assunto: Reprodução assistida; Relator: Cons. Pedro Pablo Magalhães Chancel; 12 maio 2006.

³³¹ Resposta *in albis* do Conselheiro: “No caso em questão, entendo que a compra de medicamentos indutores da ovulação, por parte de uma das interessadas – doação compartilhada, respeitado o anonimato, não representa comercialização de óvulos ou pré-embriões. Na situação colocada entendo que a doação compartilhada não fere a Resolução CFM n.º 1.358/92.” Processo-Consulta CFM n.º 7.509/05 - Parecer CFM n.º 6/06. Conselho Federal de Medicina. Relator Cons. Pedro Pablo Magalhães Chancel. 12 maio 2006.

³³² É o gameta feminino, também chamado de óvulo.

submetida às técnicas de reprodução assistida. O questionamento, feito pela Sociedade Cearense de Ginecologia e Obstetrícia, versava sobre a possibilidade de pacientes jovens e carentes de recursos doarem seus óvulos em troca do custeio dos gastos com a medicação de seus tratamentos por parte dos pacientes que viessem a receber o material genético. O Conselho, mediante o Parecer CREMEC n.º 11/2005³³³, proferido em 01/08/2005, informa que a prática de troca de óvulos por custeio de medicamento para tratamento caracteriza-se como uma forma de comércio, uma vez que não se trata de doação, mas sim de venda de óvulos com o objetivo de custear o tratamento. Justificando seu posicionamento, o Conselheiro Relator informa que

Mesmo que surjam algumas manifestações tentando modificar o comportamento em relação ao mercado de estruturas humanas – desde a pura compra e venda, até os chamados “incentivos financeiros” – esta prática deve ser plenamente condenada não só pelas graves violações éticas e morais, senão, ainda, pelas nocivas e desastrosas repercussões que isto pode causar entre as pessoas. A regra de não se comercializar estruturas humanas tem o desiderato de garantir sempre o princípio da integridade e da dignidade da pessoa humana.³³⁴

O referido posicionamento parece-nos mais condizente com os preceitos insculpidos no ordenamento jurídico pátrio, uma vez que as “trocas” efetivadas na doação compartilhada representam uma comercialização do material genético do doador com o respectivo pagamento, pelo custeio de medicamentos ou mesmo de tratamentos para a infertilidade.

Entretanto, necessário se faz estabelecer um paralelo da doação compartilhada de gametas com a doação de sangue. Tanto uma como a outra devem ser regidas pelo princípio da gratuidade, sendo vedado o recebimento de qualquer contraprestação pelo doador. Apesar desse preceito, a doação de sangue envolve alguns “benefícios” que são ofertados aos doadores, como, por exemplo: (i) abono do dia de serviço, sendo vedado qualquer desconto de sua folha de pagamento; e (ii) direito ao pagamento de meia entrada em cinemas, teatros e

³³³ “EMENTA: a doação de oócitos por pacientes carentes, em troca de custeio da medicação para tratamento de infertilidade, com intermediação do médico, caracteriza uma forma de comércio de substância humana para fins de tratamento, o que fere o estabelecido no §4o do Art. 199 da Constituição Federal, o Art. 75 do CEM e a Resolução CFM no 1.358/92.” Parecer CREMEC n.º 11/2005. Conselho Regional de Medicina do Estado do Ceará. Relator Cons. Helvécio Neves Feitosa. 01 ago. 2005.

³³⁴ Parecer CREMEC n.º 11/2005. Conselho Regional de Medicina do Estado do Ceará. Relator Cons. Helvécio Neves Feitosa. 01 ago. 2005.

espetáculos culturais, mediante a apresentação da carteirinha de doador, conforme preconizado na Lei Estadual n.º 13.964/2002, do Estado do Paraná. Essa prática faz emergir o questionamento acerca da doação compartilhada de gametas femininos: não seria também uma contrapartida as “benesses” percebidas pelos doadores de sangue? O tratamento jurídico e ético para os doadores de sangue deveria ser diferente do tratamento a ser dispensado às doadoras de gametas? É claro que a questão não é tão simplista como possa parecer uma vez que o consentimento informado nas duas situações requer tratamentos totalmente distintos. Até porque os procedimentos também não se confundem, sendo a doação de gametas femininos uma questão muito mais complexa do que a doação de sangue.

De qualquer forma não se pode olvidar que tal prática é uma realidade dos laboratórios de reprodução assistida, os quais justificam sua prática na falta de óvulos, sendo este um dos maiores problemas enfrentados pelas clínicas. Ademais, o próprio procedimento para a “extração” dos óvulos é muito mais complexo do que a coleta de espermatozoides. No caso dos gametas femininos, para sua retirada, a mulher é submetida a uma cirurgia, tomando, inclusive, anestesia geral. Dessa forma, a grande maioria das mulheres que “doam” seus gametas também está se submetendo ao procedimento de reprodução assistida. Tal fato pode ser verificado em um estudo desenvolvido acerca das características sociodemográficas das doadoras de óvulos no Brasil, o qual concluiu que “as doadoras de óvulos são mulheres jovens que também estão se submetendo às técnicas de reprodução assistidas para obtenção da gestação”³³⁵. O referido estudo avaliou 229 termos de consentimento informado de uma clínica de reprodução assistida privada, sendo que em 79 deles, representando 34,5%, havia o consentimento em doar os óvulos excedentes a outro casal.³³⁶

³³⁵ MELAMED, Rose Marie Massaro; BRAGA, Daniela Paes de Almeida Ferreira; et alli. *Perfil sócio demográfico de doadoras de óvulos na realidade brasileira*. Pôster n.º 25. XVI Congresso Brasileiro de Reprodução Assistida. 22 a 25 ago. 2012, Guarujá, São Paulo.

³³⁶ O estudo ainda demonstra que a maioria das pacientes (42,1%) que autorizaram a doação tinha menos de 35 anos, sendo que o menor índice (20,7%) de aceitação foi encontrado entre as pacientes na faixa etária de 35 a 39 anos. As pacientes com mais de 39 anos que autorizaram a doação representaram 33,3%. Outros fatores que influenciaram a opção pela doação, levantado pela pesquisa, são: (i) a escolaridade, sendo que, das pacientes que deram consentimento para doação, 31,6% tinham curso superior, enquanto 41,9% tinham apenas o ensino médio, e (ii) a religião, sendo a maioria das pacientes católica (59,8%) e destas, 37,2% assinaram o consentimento para doação, enquanto as protestantes, as mórmons e as judias nenhuma doaria os óvulos excedentes.

A doação compartilhada, conforme já colocado, é uma realidade das clínicas de reprodução assistida, sendo legitimada pelo próprio Conselho Federal de Medicina, o qual, por sua vez, proíbe qualquer tipo de comercialização de material genéticos ou embriões. Apesar disso, a mídia vem divulgando casos de compra de óvulos, conforme o relatado a seguir

Em novembro, a engenheira Mariana, 40, conhecerá a dona-de-casa norte-americana Rachel, 32. Embora nunca tenham trocado uma palavra, as duas vão firmar um acordo literalmente vital: Rachel vai vender seus óvulos para Mariana, que há seis anos tenta engravidar.

A norte-americana vai ficar no Brasil apenas três dias, tempo suficiente para que os médicos façam os últimos exames, injetem as doses finais de hormônios e retirem cerca de 15 óvulos.

No laboratório, os óvulos de Rachel serão fecundados por espermatozoides retirados do marido de Mariana, um advogado de 40 anos. Depois de alguns dias, os melhores embriões serão implantados na brasileira, que já passou, sem sucesso, por sete ciclos de fertilização "in vitro".

Divorciada e mãe de quatro filhos, Rachel deixará o país com alguns óvulos a menos, mas cerca de US\$ 5 mil a mais no bolso.

(...)

O contrato de "doação de óvulos" firmado pelas duas é apenas um exemplo de um novo mercado que está surgindo impulsionado pelo aperfeiçoamento das técnicas de fertilização artificial.³³⁷

Tal situação causa ainda mais perplexidade, quando se informa que todo o procedimento se realizará dentro de uma clínica de reprodução assistida, afrontando, além do princípio da gratuidade, o do anonimato do doador. Não se pretende no presente trabalho tomar posicionamentos ambíguos, visto que, na esteira do que já foi colocado, entende-se que o anonimato deve ser quebrado quando por interesse do sujeito que nasceu por meio do material de terceiro com o propósito de conhecer sua origem genética. Mas o que está aqui a discutir refere-se à questão da obediência dos profissionais médicos à Resolução emanada pelo próprio Conselho de Medicina. Esses fatos são recorrentes uma vez que a afronta às disposições da Resolução não gera qualquer sanção penal ou civil, apenas sanções administrativas.

MELAMED, Rose Marie Massaro; BRAGA, Daniela Paes de Almeida Ferreira; et alli. *Perfil sócio demográfico de doadoras de óvulos na realidade brasileira...* Op. Cit.

³³⁷ ALMEIDA, Alexandra Ozorio de; BEXIGA, Cláudia. *Métodos de fertilização artificial criam um novo mercado, no qual um óvulo pode valer até US\$ 50 mil.* Folha de S. Paulo, Caderno Cotidiano, veiculada em 26 set. 1999. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff2609199926.htm>, consultado em 09 dez. 2012.

Diante desse cenário, necessário se faz desenvolver parâmetros principiológicos e bioéticos dos procedimentos adotados em matéria de reprodução assistida, a fim de se evitar que determinados profissionais utilizem somente convicções pessoais decidindo o que é permitido ou não em matéria de reprodução assistida, afrontando, em alguns casos, as normas emanadas pelo seu próprio Conselho e também aos preceitos constitucionais vigentes.

3.3 A Possibilidade da Maternidade de Substituição

A maternidade de substituição, ou também chamada de cessão temporária de útero, é utilizada quando, em razão da existência de algum problema médico, for contraindicado a doadora genética³³⁸ passar por uma gestação. Jussara MEIRELLES conceitua maternidade de substituição como “a prática pela qual uma mulher mantém em gestação uma criança com a intenção de que esta seja entregue, após o parto, a quem com aquela pactuou, gratuita ou onerosamente, a desse modo proceder.”³³⁹

No Brasil, apesar de previsto constitucionalmente³⁴⁰ a necessidade de uma lei especial para regulamentar tal questão, a edição da Lei n.º 9.434, em 1997, que disciplina a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento, nada dispõe acerca da maternidade por substituição. A Resolução n.º 1.957/2010, do Conselho Federal de Medicina, por sua vez, prevê a possibilidade de cessação temporária do útero, estabelecendo alguns requisitos para sua utilização: (i) a doação temporária do útero deverá ser gratuita, sendo vedado qualquer fim lucrativo ou comercial; e (ii) a doadora do útero deve ser parente da doadora genética até 2º grau, todavia remete à análise do Conselho Regional de Medicina os demais casos.³⁴¹ Apesar da possibilidade de utilização da

³³⁸ Há que se considerar ainda a possibilidade de utilização da maternidade por substituição associada à reprodução assistida heteróloga, na qual teria ainda uma quarta pessoa, além do casal, da doadora do útero, ter-se-ia o(a) doador(a) do material genético.

³³⁹ MEIRELLES, Jussara. *Gestação por outrem e determinação da maternidade...* Op. Cit., p. 67.

³⁴⁰ Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada. (...) § 4º. A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.

³⁴¹ A Resolução n.º 1.957/2010, não se refere a nenhum tipo de parentesco específico, entendendo-se, então, ser possível a gestação por substituição tanto para o parentesco

maternidade por substituição ser aceita no Brasil, a tendência mundial é a proibição da prática, como ocorre, por exemplo, na Suíça³⁴², em Portugal³⁴³, na Alemanha³⁴⁴, na Espanha³⁴⁵ e na França³⁴⁶.

A disputa das diretrizes estabelecidas pela Resolução do Conselho Federal de Medicina, já houve casos em que o mesmo deferiu a possibilidade de maternidade de substituição em pessoa que não possui qualquer parentesco com a mãe biológica.³⁴⁷ No Processo-Consulta CFM n.º 3.491/06, Parecer CFM n.º 7/06³⁴⁸, sendo interessado o Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio Grande do Norte, é encaminhada uma consulta ao Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio Grande do Norte solicitando autorização para realização do procedimento de gestação por outrem, com o esclarecimento de que a doadora do útero não tem parentesco com a mãe biológica, a qual foi submetida à histerectomia³⁴⁹. A doadora do útero, a qual é chamada de “prima por afinidade”, já tem quatro filhos e não auferirá qualquer vantagem econômica ou financeira com o procedimento e a mãe biológica, por sua vez, não tem qualquer parente em condições de se submeter ao procedimento. O Conselheiro Relator, fundamentando seu parecer na caracterização

consanguíneo (irmã), como para o parentesco por afinidade (cunhada). Neste sentido, Maria Berenice DIAS esclarece que “Apesar da omissão da norma regulamentadora, mister admitir que também parentes por afinidade (sogra ou cunhada) podem ceder o útero. A possibilidade de uso de útero alheio elimina a presunção *mater semper certa est*, que é determinada pela gravidez e pelo parto.” DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 2. ed. ... Op. Cit., p. 332-333.

³⁴² CAVAGNA, Mario. Ética e bioética em reprodução humana assistida... Op. Cit., p. 35.

³⁴³ A lei portuguesa que regulamenta as técnicas de reprodução assistida (Lei n.º 32/2006), em seu art. 8º, veda a maternidade de substituição, “estipulando-se, caso ela ocorra, que a mulher que engravidou é, para todos os efeitos legais, mãe da criança que vier a nascer”. SCALQUETTE, Ana Cláudia S. *Estatuto da reprodução assistida* ... Op. Cit., p. 247.

³⁴⁴ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação* ... Op. Cit., p. 266.

³⁴⁵ Na mesma esteira da lei portuguesa, a Lei espanhola n.º 14/2006, veda a maternidade de substituição, estabelecendo, caso ocorra, a maternidade a parturiente (art. 10, n.º 2). SCALQUETTE, Ana Cláudia S. *Estatuto da reprodução assistida* ... Op. Cit., p. 258.

³⁴⁶ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação* ... Op. Cit., p. 748.

³⁴⁷ Contrariando tal proceder, Ana Cláudia S. SCALQUETTE defende que, caso a cessionária do útero não seja parente do casal que desenvolveu o projeto parental, deveria ser requerida autorização judicial para o procedimento, a fim de “conferir maior garantia aos envolvidos, seriedade à decisão e segurança quanto às relações que se estabelecerão em relação à filiação, pois o magistrado, nesse caso, poderá assegurar que todos os requisitos estão sendo respeitados, sobretudo a gratuidade da cessão”. SCALQUETTE, Ana Cláudia S. *Estatuto da reprodução assistida*... Op. Cit., p. 201.

³⁴⁸ “EMENTA: A doação temporária do útero por pessoa não-parente até 2º grau obrigatoriamente não tem caráter comercial e pode ser permitida quando se observa que a motivação é claramente afetiva.” Processo-Consulta CFM n.º 3.491/06, Parecer CFM n.º 7/06, Interessado: Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio Grande do Norte; Relator: Conselheiro Pedro Pablo Magalhães Chacel. 12 maio 2006.

³⁴⁹ Histerectomia consiste na retirada do útero da mulher impossibilitando-a de gerar um bebê.

da relação afetiva entre a doadora do útero e a doadora genética, pugnou pelo deferimento do pedido.

A exigência de que a doadora temporária do útero tenha parentesco até o segundo grau com a doadora genética não diz respeito a qualquer indicação de ordem genética, mas sim à proximidade familiar e afetiva. Assim sendo, considerando estar caracterizada a proximidade afetiva e a circunstância de a Resolução n.º 1.358/92 permitir que os Conselhos Regionais de Medicina decidam situações especiais como esta, caso a caso, sou favorável à concessão, por parte deste Conselho, da autorização pretendida.³⁵⁰

No mesmo sentido do parecer acima referido, encontram-se outros dois, um do Conselho Regional de Medicina do Paraná³⁵¹ e outro do Conselho Regional de Medicina de São Paulo³⁵², nos quais foi autorizada a utilização da maternidade por substituição, sem qualquer vínculo de parentesco entre a doadora do útero e o casal doador do material genético. O vínculo entre a cessionária do útero e a doadora do material genética pauta-se na afetividade, ou seja, no relacionamento de amizade e afeto que une o casal – detentor do material genético – e a doadora do útero.

O princípio da afetividade “finca suas estacas” para além do ordenamento jurídico, sendo reconhecido por outras ciências como o fundamento necessário para se analisar qualquer questão atinente à família – seio no qual o sujeito desenvolve e apreende sua mais íntima esfera. Nesse sentido, o parecer acima referenciado demonstra que a área médica também fundamenta suas decisões no princípio da afetividade, o qual permeia todas as relações familiares.

Mister ainda se considerar, no que tange à gestação de substituição, o importante papel que vem sendo exercido pela psicologia, a qual, com base em uma análise abrangente do caso, passa a fornecer subsídios mais seguros para que o procedimento possa ser realizado. A título de exemplo, cita-se um caso no qual a doadora do útero, casada e com uma filha de três anos, o cederia para sua prima

³⁵⁰ Processo-Consulta CFM n.º 3.491/06, Parecer CFM n.º 7/06, Interessado: Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio Grande do Norte; Relator: Conselheiro Pedro Pablo Magalhães Chacel. 12 maio 2006.

³⁵¹ “Ementa: Útero de substituição - Reprodução assistida - Autorização - Quantidade de embriões.” Parecer n.º 2346/2011 CRM-PR; Processo Consulta n.º 055/2011 – Protocolo n.º 19354/2011; Assunto: Útero de Substituição – Reprodução Assistida; Parecerista: Cons. Helcio Bertolozzi Soares. 18 ago. 2011.

³⁵² “Ementa: A cessão temporária de útero de doadora não pertencente à família da doadora genética, deve ser previamente autorizada pelo CRM não podendo haver caráter de transação comercial ou lucrativa.” Consulta n.º 43.765/01; Assunto: Transferência de embriões de um determinado casal para uma terceira pessoa sem vínculo familiar; Relator: Conselheiro Cristiano Fernando Rosas. 04 set. 2001.

(parentesco colateral de quarto grau), mas, após acompanhamento psicológico com todos os envolvidos – doadora do útero, seu marido, sua filha, mãe biológica e pai biológico – percebeu-se que o marido da doadora do útero não estava seguro acerca da decisão, sendo o procedimento cancelado, após várias entrevistas, inclusive com os familiares do marido da doadora, em razão da falta de certeza em realizar o procedimento.³⁵³ A falta de preparo psicológico da família da doadora foi verificado pela equipe de psicologia que acompanhava todo procedimento.

Questão importante refere-se ao termo de consentimento informado, o qual deverá ser assinado pelas três partes envolvidas no processo – casal idealizador do projeto parental e doadora do útero. No referido termo deverá constar a renúncia da parturiente – doadora do útero – a todos os direitos referentes à maternidade, comprometendo-se a entregar a criança à mulher idealizadora do projeto parental, a qual deverá ser considerada mãe para todos os efeitos legais. A presunção *mater semper certa est* (mãe sempre certa é) acaba sendo relativizada, uma vez que aquela que dará a luz não será considerada a mãe legal. Isto porque, desvincula-se a filiação da gestação ou mesmo do vínculo genético, uma vez que deve ser considerada como mãe aquela que idealizou o projeto parental, não medindo esforços para sua concretização. Ana Cláudia S. SCALQUETTE, a esse respeito, coloca que

... mãe deve ser aquela que, independentemente do material genético ou do ventre utilizado para o desenvolvimento do novo ser, teve a vontade de conceber, aquela que deu início ao processo de filiação, que movimentou os familiares, os médicos e, por que não dizer, o mundo jurídico para que fosse possível a concretização do seu objetivo de ser mãe.

(...)

Portanto, se, diante de um questionamento, for evidenciado fato em que colidem possíveis direitos, mãe, sem dúvida, é aquela que sempre quis ter sido e cuja vontade a fez buscar até mesmo o conjunto necessário (material genético mais útero emprestado) para a concepção de um filho.³⁵⁴

Não há como se olvidar das inúmeras questões circunscritas a este procedimento, de cunho moral, ético, religioso, psicológico, jurídico, uma vez que se estabelecem profundos vínculos entre todas as partes envolvidas. Assim, imperioso

³⁵³ AVELAR, Cássia Cançado; COTA, Ana Márcia de Miranda; CAETANO, João Pedro Junqueira. *Intervenção psicológica em um caso de gestação de substituição*. Pôster n.º 78. XVI Congresso Brasileiro de Reprodução Assistida. 22 a 25 ago. 2012, Guarujá, São Paulo.

³⁵⁴ SCALQUETTE, Ana Claudia S. *Estatuto da reprodução assistida ... Op. Cit.*, p. 199-200.

que haja rigorosas avaliações acerca da condição de todos os envolvidos, buscando a efetiva proteção especialmente daquele que será gestado.

A maternidade de substituição também pode ser utilizada por casais homoafetivos, especialmente por pares masculinos, que não apresentam, por óbvio, condições fisiológicas para gestar um filho. Tal assunto será tratado no próximo tópico deste trabalho.

3.4 Os Casais Homoafetivos

A união de pessoas do mesmo sexo apresenta suas bases fincadas nos princípios da pluralidade familiar, não discriminação, liberdade, dignidade da pessoa humana, entre outros, todos previstos na Constituição brasileira de 1988, a qual, conforme já colocado, ao disciplinar matéria de direito de família estabeleceu, expressamente, um rol exemplificativo³⁵⁵ de entidades familiares.³⁵⁶

Pautada nessas premissas e em razão de não ter no Brasil qualquer normativa específica sobre as uniões homossexuais, o Supremo Tribunal Federal

³⁵⁵ O art. 226 da Constituição Federal de 1988 inovou no direito de família brasileiro trazendo, expressamente, outras duas formas de entidades familiares – a família monoparental e a união estável –, ao contrário do Código Civil de 1916 o qual apenas tutelava as famílias matrimonializadas. Entretanto, várias outras entidades familiares existentes na realidade brasileira não foram tuteladas, expressamente, pelo texto constitucional, surgindo o questionamento acerca do rol apresentado pelo art. 226 da CF/88 ser taxativo ou exemplificativo. Tal questão foi enfrentada, pioneiramente, por Paulo Luiz Netto LÔBO, defendendo o entendimento de que não há *numerus clausus* no rol trazido pelo art. 226, da Carta Magna brasileira. Para o autor, a exclusão de alguma entidade familiar desta proteção não está na Constituição, mas sim na sua interpretação, uma vez que o referido artigo deve ser entendido como uma cláusula geral de inclusão não sendo admissível excluir qualquer entidade familiar que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade. Ademais, a discriminação é apenas admitida quando expressamente prevista no texto constitucional, não podendo o intérprete ou o legislador fazer tal papel. Se não bastasse, LÔBO lembra ainda da Clausula Geral de Inclusão, a qual, juntamente com o Princípio da Máxima Efetividade da Constituição, dispõe que “se dois forem os sentidos possíveis (inclusão e exclusão), deve ser prestigiado o que melhor responda a realização do princípio da dignidade da pessoa humana, sem desconsideração das entidades familiares reais não explicitadas no texto [constitucional]”. Dessa forma, o autor conclui que o rol trazido com o art. 226 da Constituição é exemplificativo, sendo que as entidades familiares não expressas na norma, devem ser consideradas como “tipos implícitos incluídos no âmbito de abrangência do conceito amplo e indeterminado de família indicado no *caput*. Como todo conceito indeterminado, depende de concretização dos tipos, na experiência da vida, conduzindo à tipicidade aberta, dotada de ductibilidade e adaptabilidade”. LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além dos *numerus clausus*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Família e cidadania: o novo CCB e a vacatio legis*. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2002. p. 90-95.

³⁵⁶ LÔBO, Paulo. *Famílias*. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 68.

(STF) decidiu acerca da possibilidade jurídica das uniões estáveis homoafetivas³⁵⁷, tendo deliberado, por unanimidade, sobre sua possibilidade. Sobre essa decisão, inúmeros são os posicionamentos, de certa forma maniqueístas, a seu respeito, os quais questionam, em sua maioria, a forma como a decisão foi proferida. O jurista Lênio STRECK entende que o Supremo Tribunal Federal teve uma postura ativista colocando-se no lugar do legislador, o que afronta diretamente a cláusula da separação de poderes, uma vez que a Constituição, neste ponto, não previa qualquer espaço para ativismo.³⁵⁸ De outro lado, juristas defendem a atuação da Corte Constitucional brasileira, na qual, segundo Maria Berenice DIAS, “o Judiciário agiu em face à omissão do legislador”³⁵⁹. No mesmo sentido, Francisco JUCA defende que o STF não legislou, apenas “fixou uma interpretação”, estabelecendo que é juridicamente possível a união entre homossexuais para fim de união estável, “com efeitos patrimoniais e direitos previdenciários e de assistência”, não havendo qualquer inovação, por ser um fato social.³⁶⁰

A questão analisada pelo Supremo Tribunal Federal em 05 de maio de 2011 já era pauta de inúmeros Tribunais brasileiros, todavia a jurisprudência oscilava quanto ao reconhecimento das uniões homoafetivas, apesar de a Receita Federal já permitir a inclusão do parceiro homoafetivo na Declaração do Imposto de Renda do exercício 2010 e também a Previdência Social já ter editado normativa que permite que o parceiro homossexual receba pensão por morte.

Embora se entenda³⁶¹ que as uniões homossexuais poderiam ser perfeitamente tuteladas pelos dispositivos constitucionais vigentes³⁶², a decisão do

³⁵⁷ Tal questão foi decidida no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n° 132 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 4277, ambas de relatoria do Ministro Ayres Britto.

³⁵⁸ STRECK, Lênio. Caminho curto. *Gazeta do Povo*, Curitiba, 08/05/2011, Vida e Cidadania.

³⁵⁹ O limite entre o Judiciário e a lei. *Gazeta do Povo*, Curitiba, 08/05/2011, Vida e Cidadania.

³⁶⁰ JUCA, Francisco. Interpretação. *Gazeta do Povo*, Curitiba, 08/05/2011, Vida e Cidadania.

³⁶¹ Entendimento este defendido por doutrinadores como Maria Berenice Dias, Gustavo Tepedino, Luiz Edson Fachin, Ana Carla Harmatiuk Matos, Paulo Luiz Netto Lôbo, José Carlos Teixeira Giorgis, entre outros.

³⁶² “Alinhadas tais premissas, de que as relações homoeróticas constituem realidade notória, a que o Direito deva atenção, e de que a interpretação da Constituição deva ser ativa, revelando a vida concreta e atual, sem perder de vista a unidade e a eficácia das normas constitucionais, é que se pode reler a regra constitucional que trata da família, do casamento, da união estável e das uniões monoparentais, cuidando de sua vinculação com as uniões homossexuais. (...) [Isto porque], “na ausência da proibição expressa ou de previsão positiva, postula-se a interpretação da Constituição de acordo com o cânone hermenêutico da ‘unidade da Constituição’,

Supremo Tribunal Federal passa a ter efeito vinculante sobre todo o Judiciário brasileiro, uma vez que dentro da Corte Constitucional o entendimento restou pacificado. O Supremo Tribunal Federal acabou por “enquadrar” a união homoafetiva, uma situação fática existente na realidade social brasileira, em uma norma expressa, a qual disciplina as uniões estáveis heterossexuais, passando a incidir todos os direitos e deveres atinentes a esta entidade familiar àquela. Os fatos vão se impondo ao direito.

O Supremo Tribunal Federal foi instigado a responder por uma questão presente na realidade social, a qual, frequentemente, bate às portas do Judiciário, todavia, normalmente com o propósito de dirimir litígios envolvendo questões patrimoniais acerca do período de convivência dos parceiros(as). Contudo, os efeitos jurídicos gerados de um relacionamento homossexual não se encerram apenas em questões patrimoniais, repercutindo efeitos também na esfera pessoal, razão pela qual apenas o reconhecimento de uma sociedade de fato, como vinha sendo decido por alguns Tribunais estaduais, cujos efeitos se resumiriam somente a questões materiais, é uma solução reducionista. Com a decisão do Supremo Tribunal Federal as uniões homoafetivas não mais podem ser equiparadas às sociedades mercantis, em face de seu reconhecimento como entidade familiar, sendo, assim, uma matéria de direito de família, irradiando todos os efeitos deste reconhecimento, refletindo os valores e princípios do direito de família contemporâneo³⁶³.

Nessa seara surge, dentre outras, a questão da paternidade e da maternidade para os parceiros(as) homossexuais, no sentido do exercício conjunto do projeto parental pela dupla, os quais poderiam efetivá-la mediante a adoção ou

segundo o qual uma interpretação adequada do texto exige a consideração das demais normas, de modo que sejam evitadas conclusões contraditórias, pois sob o ponto do Direito de Família a norma do § 3º, do artigo 226, da CF/88, não exclui a união estável entre os homossexuais.” GIORGIS, José Carlos Teixeira. *A natureza jurídica da relação homoerótica...* Op. Cit., p. 125 e 127.

³⁶³ “São cada vez mais freqüentes decisões judiciais que atribuem conseqüências jurídicas a essas relações. Como ainda o tema é permeado de preconceitos, predomina a tendência jurisprudencial de visualizar ais vínculos como meras sociedades de fato. Tratados como sócios, aos parceiros somente é assegurada a divisão dos bens amealhados durante o período de convívio e de forma proporcional a efetiva participação na sua aquisição. Felizmente, começa a surgir uma nova postura. Reconhecidas as uniões homoafetivas como entidades familiares, as ações devem tramitar nas varas de família. Assim, nem que seja por analogia, deve ser aplicada a legislação da união estável, assegurando-se partilha de bens, direitos sucessórios e direito real de habitação.” DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4. ed. ... Op. Cit., p. 45-46.

também utilização das técnicas de reprodução assistida.³⁶⁴ No que concerne às técnicas reprodutivas, avanço houve com a edição da Resolução n.º 1.957/2010 do Conselho Federal de Medicina, a qual não mais faz qualquer restrição à orientação sexual daqueles que irão se submeter a tais técnicas reprodutivas. Entretanto, questões advindas deste novo contexto que envolve as uniões homossexuais – recente decisão do Supremo Tribunal Federal e Resolução n.º 1.957/2010 – trazem inúmeras questões ao Direito, o qual deverá estar preparado a dar guarida ao caso concreto pautando-se nos valores emanados pela Constituição Federal de 1988, a fim de tutelar dignidade às pessoas humanas. Nesse contexto, surge uma primeira questão: uma vez reconhecida à união homossexual como entidade familiar, poderia se aplicar o sistema de presunção de paternidade³⁶⁵, previsto no art. 1.597, do Código Civil, quando parceiros(as) se utilizem das técnicas de reprodução assistida? Para tentar apresentar alguns possíveis caminhos a esta problemática, necessário se faz traçar algumas ponderações acerca das técnicas de reprodução assistida utilizada por parceiros homoafetivos.

A reprodução assistida utilizada por parceiros homossexuais pode ocorrer: (i) por parceiras femininas quando uma doa o material genético feminino e a outra gesta o embrião fertilizado *in vitro* com a utilização de material genético masculino proveniente de doador anônimo³⁶⁶; (ii) por parceiras femininas sendo aquela que gestará o embrião a mesma que cedeu o material genético feminino, podendo se utilizar tanto da inseminação artificial como da fertilização *in vitro*, ambas as técnicas utilizando-se de material genético masculino proveniente de doador anônimo; (iii) por parceiras femininas em que, nem quem gestará o embrião nem sua companheira

³⁶⁴ A questão da parentalidade também pode advir de outras situações, como filhos biológicos de um dos parceiros(as) oriundos de um relacionamento anterior, filhos de criação – nomenclatura utilizada para aqueles que, apesar de terem registro de seus genitores biológicos, são criados por terceiros sem a devida regularização registral –, filho adotivo de apenas um dos parceiros, dentre outras situações concretas. Sem embargo da importância destas outras questões relacionadas à família homossexual, no presente trabalho, analisar-se-á apenas com a situação oriunda da reprodução humana assistida, como projeto parental desenvolvido pelo casal.

³⁶⁵ Busca-se, mediante o sistema de presunção da paternidade, “fixar o momento da concepção, de modo a definir a filiação e certificar a paternidade, com os direitos e deveres decorrentes”. LÔBO, Paulo. *Famílias ...* 2008. Op. Cit., p. 195.

³⁶⁶ Tal possibilidade acaba por colocar “em xeque” um dos pressupostos centenários do direito: a presunção absoluta da maternidade, pela qual àquela que dá a luz é considerada como a verdadeira mãe. Nesse caso, não haverá coincidência genética entre a mulher que gestou e a criança nascida. O direito terá que se abrir para as “novas” possibilidades advindas com a engenharia genética, a fim de buscar uma digna tutela aos seres humanos ante as novidades surgidas com a tecnologia.

mantêm identidade genética com o embrião, sendo utilizada a técnica da fertilização *in vitro* com a utilização de material genético masculino e feminino provenientes de doadores anônimos; (iv) por parceiros masculinos³⁶⁷ em que um dos parceiros doa seu material genético e utiliza-se da fertilização *in vitro* com material genético feminino de doadora anônima, valendo-se da maternidade por substituição; ou, ainda, segundo Ana Carla Harmatiuk MATOS, (v) “vislumbra-se a possibilidade de ambos doarem material genético para a procriação, não se revelando qual efetivamente fecundou o material feminino de banco de doação, e eleger-se uma mulher para gestação”.³⁶⁸

Em face a tais possibilidades surge a questão para o direito: como ficará estabelecida a filiação para aqueles nascidos destas técnicas? Como já foi colocado, o sistema de presunção da paternidade estabelecido no art. 1.597, do CC, é aplicado tanto para relações pautadas no casamento como na união estável, sendo considerada uma presunção absoluta³⁶⁹ quando se tratar de inseminação artificial heteróloga.

Com a recente decisão do Supremo Tribunal Federal, as uniões homossexuais foram equiparadas às uniões estáveis heterossexuais, passando a incidir sobre aquelas todas as disposições aplicadas a estas entidades familiares, cuja normatização já se encontra expressa no ordenamento pátrio. Dessa forma, emerge para o direito o desafio de aplicar tais normas às uniões homossexuais reconhecendo que, se o projeto parental foi desenvolvido pela dupla, o nome de ambas as mães ou de ambos os pais deverá constar da certidão de nascimento da criança. Todavia, não é o que se tem verificado na realidade forense brasileira.

³⁶⁷ Parceiros masculinos encontram uma dificuldade a mais para valerem-se das técnicas de reprodução humana assistida, visto que ainda precisarão de uma quarta pessoa para gestar o filho. Para tanto, deveriam aplicar o disposto no item VII, do Anexo Único da Resolução CFM n.º 1.957/10, a qual estabelece as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, dado que é defeso a utilização das chamadas “barrigas de aluguel”, não podendo a doação do útero apresentar qualquer caráter lucrativo ou comercial.

³⁶⁸ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. Filiação e homossexualidade. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). *Família e dignidade humana*. V Congresso Brasileiro de Direito de Família. São Paulo: IOB Thompson, 2006. p. 76.

³⁶⁹ Enunciado 104 do Conselho da Justiça Federal: “no âmbito das técnicas de reprodução assistida envolvendo o emprego de material fecundante de terceiros, o pressuposto fático da relação sexual é substituído pela vontade (ou eventualmente pelo risco da situação jurídica matrimonial) juridicamente qualificada, gerando presunção absoluta ou relativa de paternidade no que tange ao marido da mãe da criança concebida, dependendo da manifestação expressa (ou implícita) da vontade no curso do casamento.”

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento n.º 650.637-4/7. Agravantes: A L K T e E K T - rep. p. s. mãe. Agravado: O juízo. Comarca de São Paulo F. R. de Santo Amaro. Voto n.º 12071. Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DECLARATÓRIA DE FILIAÇÃO - TUTELA ANTECIPADA PARA INSERÇÃO DA SUPOSTA MÃE BIOLÓGICA NO ASSENTO DE NASCIMENTO DOS AGRAVANTES - INDEFERIMENTO – INOCORRÊNCIA DOS REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA - IRREVERSIBILIDADE DA MEDIDA - DECISÃO MANTIDA - RECURSO IMPROVIDO. O pretendido reconhecimento da maternidade de M K E O constitui questão complexa e demanda aprofundamento na prova, inexistindo, por ora, prova inequívoca que convença da verossimilhança das alegações. Inexiste perigo de lesão grave e de difícil reparação, pois os menores estão amparados pela mãe gestacional. Há perigo de irreversibilidade da medida, pois o registro público não se coaduna com a provisoriedade que encerra a liminar.³⁷⁰

Necessário considerar que a decisão supramencionada foi anterior à decisão do Supremo Tribunal Federal e também que não encerrou a discussão acerca do caso, visto que apenas analisou o pedido de tutela antecipada negado pelo Juízo *a quo* e mantido o indeferimento pelo Tribunal de Justiça de São Paulo. Entretanto, demonstra a relutância do Judiciário pátrio em reconhecer os direitos oriundos da diversidade. É necessário verificar as circunstâncias particulares envolvidas em cada caso, dado que as normas do ordenamento devem ser aplicáveis à realidade social, que não é uma realidade perfeita, pelo contrário, é uma realidade antagônica, e a própria Constituição reconhece essa desigualdade existente. “É necessário que o conteúdo da ação dos operadores jurídicos atenda, efetivamente, às necessidades que emanam da dignidade da pessoa”³⁷¹.

Entretanto, apesar do princípio da pluralidade das entidades familiares e todas as considerações acima tecidas, o Conselho Regional de Medicina do Estado do Paraná, instigado a pronunciar-se acerca de uma consulta de um casal homossexual de mulheres sobre a possibilidade de uma das parceiras gestar o embrião fertilizado *in vitro*, com material genético da outra parceira e material genético masculino de doador anônimo, forneceu parecer desfavorável. O Coordenador da Câmara Técnica de Reprodução Assistida do Conselho Regional de Medicina do Paraná, mediante o Parecer n.º 2318/2011³⁷², considerou que, em razão do “estabelecido na Resolução CFM n.º 1957/2010 e nos artigos 15 e 18 do

³⁷⁰ Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento n.º 650.637-4/7. Agravantes: A L K T e E K T.

³⁷¹ FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo P. Direitos fundamentais... Op. Cit., p. 102.

³⁷² “Ementa: Reprodução assistida – Relação homoafetiva.” Parecer n.º 2318/2011 – CRM/PR; Processo Consulta n.º 026/2011 – Protocolo n.º 9446/2011; Assunto: Reprodução Assistida; Parecerista: Câmara Técnica De Reprodução Assistida. 20 abr. 2011.

Código de Ética Médica, não há amparo normativo para autorizar a realização do procedimento solicitado, tendo em vista a inexistência de fator que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética. Mais ainda, não há parentesco entre a doadora e a receptora. Conseqüentemente o CRMPR está impossibilitado de autorizar o procedimento.”

Tal decisão acaba por afrontar o acolhimento dos parceiros homoafetivos como verdadeiras entidades familiares; direito este já reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, emanando, desta concepção, seus inúmeros efeitos jurídicos de direito de família.

De outro lado, o Conselho Regional de Medicina do Estado da Bahia, por meio do Parecer CREMEB n.º 37/12³⁷³, fornecido pelo Expediente Consulta n.º 015.283/12, analisando pedido de uma mulher homossexual feminina para fertilizar os óvulos de sua companheira com material genético masculino de um parente seu, objetivando que a criança carregasse a carga genética de ambas as famílias, negou o pedido com relação à utilização do material genético masculino em face da necessidade de manutenção do sigilo sobre a identidade do doador. Entretanto, em seu parecer, a Conselheira Relatora deixa claro que, caso seja utilizado material genético de doador anônimo, a reprodução assistida poderia ser efetivada, conforme se verifica do trecho extraído do referido parecer: “Nesta esteira, a fertilização dos óvulos da companheira da Consulente por doador consanguíneo não tem respaldo legal. A fertilização dos óvulos deve ser feita por doador anônimo, selecionado pela unidade de saúde, podendo ser transferido para o útero da consulente ou de sua companheira.”³⁷⁴ Ao longo de seu parecer, a Conselheira Relatora deixa evidente a necessidade em se tutelar o direito dos homossexuais à maternidade e à paternidade.

³⁷³ “Ementa: Os doadores de gametas ou embriões não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa. A fertilização de óvulos ocorrerá por doador anônimo selecionado pela unidade de saúde responsável pela fertilização in vitro. Nas relações homoafetivas femininas as transferências dos óvulos fecundados serão realizadas para o útero de uma das parceiras.” Parecer CREMEB n.º 37/12 (Aprovado em Sessão Plenária de 21/11/2012); Expediente Consulta n.º 015.283/12; Assunto: Autorização para Fertilização in Vitro (FIV); Relatora: Cons.^a Isa Urbano Bessa. 8 nov. 2012.

³⁷⁴ Parecer CREMEB n.º 37/12 (Aprovado em Sessão Plenária de 21/11/2012); Expediente Consulta n.º 015.283/12; Assunto: Autorização para Fertilização in Vitro (FIV); Relatora: Cons.^a Isa Urbano Bessa. 8 nov. 2012.

Entretanto, caso o parecer fosse favorável, mister analisar outro efeito jurídico decorrente da concretização da gestação por casais homoafetivos: o estabelecimento da maternidade / paternidade da dupla, com o respectivo reconhecimento do nome de ambos na certidão de nascimento.

Analisando a questão do direito ao nome, Heloisa Helena BARBOZA esclarece que

... toda pessoa possui um atributo, o nome, que é como 'uma etiqueta colocada sobre cada um de nós, ele dá a chave da pessoa toda inteira', sendo um 'sinal distintivo revelador da personalidade'. (...) O nome permite que os indivíduos se distingam uns dos outros; não é o único sinal de identificação das pessoas, mas certamente o mais marcante. Ele é principalmente um elemento da personalidade. (...) ter um nome é um direito essencial da pessoa, ao qual corresponde um dever.³⁷⁵

Nesse sentido, o nome acaba por refletir a história do sujeito demonstrando suas origens, seja biológica, seja socioafetiva (como exemplo podem-se citar os vínculos estabelecidos mediante a adoção e a reprodução humana assistida heteróloga, em que não há vínculo biológico, mas sim afetivo), sendo um elemento da personalidade e também um direito fundamental da pessoa humana. Dessa forma, o planejamento familiar, direito constitucionalmente previsto, desenvolvido pela dupla de homossexuais deve-se refletir no registro de nascimento da criança fruto desta união. Entendimento contrário traria prejuízos maiores para a própria criança, a qual não teria a formalização de uma situação fática na qual está inserida, acarretando em clara discriminação em relação a essas crianças. Nesse sentido, Ana Carla Harmatiuk MATOS ensina que

... com a força do estigma, ainda enfrentado por uma minoria que desenvolve orientação sexual diferente dos padrões mais verificados, pode refletir-se na exclusão jurídica das crianças envolvidas. Estariam elas, deste modo, sofrendo uma desvantagem em relação às demais espécies de filiação, devido a algo que se pretende reputar como contrário ao seu interesse – sendo que, com a justificativa de protegê-las, está-se contrariamente as tratando de forma desigual, afastando-as de alguns direitos.³⁷⁶

Desse modo, tem-se que o princípio da igualdade entre os filhos ainda não se concretiza em toda a sua potencialidade, quando enfocada a família homossexual. Ainda há distinção de tratamento entre crianças, oriunda da falta de sintonia entre sua realidade e os padrões sociais dominantes, tidos como normais. Num passado próximo, os filhos então chamados de ilegítimos sofriam estigma social e jurídico; da mesma forma, a filiação de homossexuais é, atualmente, a categoria a desejar o paritário tratamento do Direito.³⁷⁷

³⁷⁵ BARBOZA, Heloisa Helena. Direito à identidade genética... Op. Cit., p. 384.

³⁷⁶ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. Filiação e homossexualidade... Op. Cit., p. 70.

³⁷⁷ Ibid., p. 75.

Negar-se a uma criança o reconhecimento de sua verdadeira história familiar³⁷⁸ seria o mesmo que negar-lhe o seu melhor interesse, visto que tal situação acaba por privá-la de ver reconhecido pelo direito o parâmetro norteador de todas as relações jurídicas a digna tutela da pessoa humana.

Nesse viés, a jurisprudência brasileira já vem se manifestando, como ocorreu perante a 1ª Vara de Família e Registro Civil da Comarca de Recife, em que foi reconhecida a dupla paternidade a um casal homossexual, permitindo que a filha da dupla, nascida por fertilização *in vitro* e cessão temporária de útero, fosse registrada em nome de ambos os pais.³⁷⁹

Os paradigmas vão, gradativamente, sendo quebrados, possibilitando que a vida das pessoas passe a ser tutelada dignamente. A possibilidade de se reconhecer aos homossexuais o direito ao exercício do projeto parental vem sedimentar os preceitos emanados por um ordenamento plural, não discriminatório e que tutela dignamente as pessoas humanas, independentemente de sua orientação sexual.

3.5 A Possibilidade de Utilização das Técnicas Reprodutivas para Eugenia³⁸⁰ Terapêutica

As técnicas de reprodução assistida também podem ser utilizadas por pais que, apesar de não apresentarem problemas reprodutivos, buscam por procedimentos médicos a fim de evitar que doenças, normalmente relacionadas à genética familiar, sejam transmitidas a seus bebês. Para tanto, é utilizada a técnica

³⁷⁸ “A família, mais que qualquer outro organismo social carrega consigo o compromisso com o futuro, por ser o mais importante espaço dinâmico de realização existencial da pessoa humana e de integração das gerações.” LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias contemporâneas e as dimensões da responsabilidade. Família e responsabilidade: teoria e prática do direito de família*, Anais do VII Congresso Brasileiro de Direito de Família (coord. Rodrigo da Cunha Pereira). Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2010. p. 19.

³⁷⁹ SANTOS, Carlos Eduardo. *Casal gay pernambucano registra filha gerada in vitro: os dois empresários cederam espermatozoides para serem fecundados em óvulos de um banco de doadoras, tiveram uma filha e conseguiram registrá-la*. Jornal do Comércio. Publicado em 01 mar. 2012. Disponível em: <http://jconline.ne10.uol.com.br/canal/cidades/geral/noticia/2012/03/01/casal-gay-pernambucano-registra-filha-gerada-in-vitro-34143.php>; consultado em 12 jan. 2013.

³⁸⁰ Francis GALTON, citado por João Carlos LOUREIRO, define eugenia como “o estudo dos elementos controláveis socialmente, que podem melhorar ou deteriorar as qualidades raciais das futuras gerações, física ou mentalmente”. GALTON, Francis *apud* LOUREIRO, João Carlos. Op. Cit., p. 215.

do diagnóstico genético pré-implantacional, também conhecido pela sigla PGD, pela qual é realizada uma seleção dos embriões a serem implantados na mulher buscando a diminuição do risco de desenvolvimento de doenças genéticas. Ana Claudia SCALQUETTE, relatando um caso ocorrido no Reino Unido, informa que

No dia 9 de janeiro de 2009, foi anunciado oficialmente pela University College of London o nascimento do primeiro bebê do Reino Unido sem o gene responsável por oitenta por cento dos casos de desenvolvimento de câncer de ovário (BRCA 1).

A notícia do nascimento da menina inglesa ganhou rapidamente destaque na imprensa mundial como mais uma grande conquista da ciência médica, viabilizada pelo emprego das novas técnicas de reprodução humana.

Segundo o médico britânico, Mr. Paul Serhal, Diretor da Unidade de Concepção Assistida, o diagnóstico pré-implantacional permitiu que a menina não tivesse que enfrentar a expectativa de desenvolver câncer de mama ou ovário na vida adulta, e seus pais terão afastado o risco de transmitir a doença para sua filha.

Nota-se, portanto, que a reprodução assistida pode ter também o fim de evitar a transmissão de doenças genéticas e garantir a saúde do ser que será concebido.³⁸¹

A técnica do diagnóstico genético pré-implantacional é recente, sendo desenvolvida após a “decodificação” do DNA, por volta do ano 2001, e busca melhorar os índices de sucesso das taxas reprodutivas buscando bebês saudáveis. Isso decorre do fato de que a maior parte dos embriões oriundos de reprodução assistida apresenta alterações cromossômicas, derivadas em grande parte da hiperestimulação por meio de hormônios e da idade materna avançada³⁸², e a “seleção” busca a implantação daqueles que seriam considerados mais viáveis.

No Brasil, pode-se citar o caso de uma menina de cinco anos, diagnosticada com uma doença chamada talassemia (hemoglobinopatia hereditária), que afeta muitos órgãos do corpo, sendo indicado, como única cura definitiva, o transplante de medula óssea. Todavia, o sucesso do transplante dependia de se encontrar um doador compatível. Os pais da menina, então, a fim de gerar outro bebê compatível com sua filha utilizaram-se das técnicas de reprodução assistida gerando 10 embriões. Destes dez embriões, obtidos pela técnica de diagnóstico pré-implantacional, foram selecionados três, os quais apresentavam compatibilidade com a irmã. Um deles, entretanto, apresentava a mesma doença (talassemia), sendo implantado no útero da mãe dois deles. Um se desenvolveu vindo a nascer um bebê

³⁸¹ SCALQUETTE, Ana Claudia S. *Estatuto da reprodução assistida ...* Op. Cit., p. 67-68.

³⁸² A esse respeito, o Dr. Santiago MUNNÉ coloca que “... os índices de anomalias cromossômicas em embriões de pacientes jovens são tão elevados como 40%, e aumenta até 70% em blastocistos de mulheres acima de 40 anos.” MUNNÉ, Santiago. *Informativo Genesis Genetics Brasil*.

saudável. As células tronco, provenientes do cordão umbilical do bebê que nasceu, foram congeladas para futuramente ser utilizadas no transplante de sua irmã.³⁸³

Outro caso a ser relatado ocorreu nos Estados Unidos, onde um casal, a fim de evitar que o filho carregasse uma mutação genética hereditária provinda do pai, a qual ocasiona um tipo de câncer de cólon, utilizou o diagnóstico genético pré-implantacional e, após descartados quatro embriões que continham a mesma mutação genética apresentada pelo pai, deu à luz a Chloe, uma menina sadia.³⁸⁴

O Conselho Federal de Medicina, mediante o Parecer n.º 48/2003³⁸⁵, emitidos no Processo-Consulta CFM n.º 1.636/2003, manifestou-se favorável à utilização das técnicas de reprodução assistida em casos de pacientes portadores do vírus HIV, com o propósito de diminuir os riscos de transmissão, uma vez que

Não resta dúvida que o casal em que a mulher é soronegativa e o marido soropositivo para HIV tem sérios riscos para gravidez. O relacionamento sexual poderá contaminar a mulher e esta, na vigência da gravidez, contaminar o feto e o recém-nascido. Com a técnica de fertilização “in vitro” a possibilidade de ocorrer tal contaminação é infinitamente menor. Portanto não há empecilhos éticos para a utilização de técnicas de fertilização assistida para tais casais.³⁸⁶

Nesse mesmo sentido, o Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio Grande do Sul, por meio do Parecer n.º 001/2008³⁸⁷, também se manifestou favorável à utilização das técnicas de reprodução assistida para portadores do vírus HIV.

Por outro lado, a possibilidade de manipulações genéticas, ante sua dimensão, traz algumas preocupações, as quais envolvem principalmente a questão

³⁸³ SETTI, Amanda, Souza; CORTEZZI, Sylvia Sanches; et alli. *PGD para talassemia e tipagem de HLA*: primeiro nascido vivo livre da doença para transplante de célula tronco de cordão umbilical. Pôster n.º 24. XVI Congresso Brasileiro de Reprodução Assistida. 22 a 25 ago. 2012, Guarujá, São Paulo.

³⁸⁴ CAMARGO, Leoleli. *A solução no início da vida*: pais usam escolha de embriões para evitar o risco de cânceres hereditários nos filhos. Revista Veja, veiculada em 20 set. 2006. Disponível em: http://veja.abril.com.br/200906/p_094.html, consultado em 10 dez. 2012.

³⁸⁵ “Ementa: Não há impedimento ético na utilização de fertilização assistida nos casos de pacientes sorodiscordantes para o HIV, com a finalidade de diminuir os riscos de transmissão de infecção.” Processo-Consulta CFM n.º 1.636/2003 – PC/CFM n.º 48/2003; Interessado: Conselho Regional de Medicina do Estado do Paraná; Assunto: Implicações éticas quanto às técnicas de reprodução assistida em casais sorodiscordantes para HIV, onde a mulher é soronegativa e o homem é soropositivo; Relator: Cons. Pedro Pablo Magalhães Chacel. 30 abr. 2003.

³⁸⁶ Processo-Consulta CFM n.º 1.636/2003 – PC/CFM n.º 48/2003.

³⁸⁷ “Ementa: Fertilização “in-vitro” em caso de casal portador do vírus HIV. O procedimento não tem vedação ética. É preciso cuidados especiais no manejo dos materiais.” Parecer Conselheiro n.º 001/2008 – CREMERS. 9 jan. 2008.

da imposição de limites à atuação da biomedicina. Nesse sentido, mostra-se muito pertinente a crítica tecida por Paula SIBILA acerca das alterações genéticas a fim de eliminar doenças

É possível ir ainda mais longe: se a propensão para uma doença - ou para uma "falha" da personalidade - reside em uma característica geneticamente hereditária, por que não realizar uma intervenção embrionária, que permita eliminar a propensão nas gerações presente e futuras que possam vir a dela padecer? Tal é a proposta das terapias genéticas de linha germinal, que prometem diferir de todos os dispositivos médicos do passado graças a seu potencial para alterar a espécie humana, afetando não apenas o indivíduo em tratamento mas toda a sua descendência.³⁸⁸

Não se quer aqui radicalizar qualquer posicionamento acerca da questão. Por outro lado, esses fatos não podem passar despercebidos quando o assunto gira em torno da reprodução assistida, uma vez que, ante ao crescimento desenfreado da biotecnologia, necessário se faz impor limites às alterações genéticas. Um exemplo acerca dessas manipulações genéticas foi muito bem ilustrado no filme *Gattaca, uma experiência genética*³⁸⁹, o qual retrata uma sociedade em que a maioria dos cidadãos foram projetados geneticamente, eliminando-se suas imperfeições genéticas a fim de apresentarem uma "performance" de alto desempenho. Já aqueles poucos que, acidentalmente, acabaram sendo concebidos "naturalmente" eram tidos como sujeitos "inválidos", uma vez que apresentavam inúmeros "defeitos" por não terem sido projetados geneticamente.

Na presente realidade, a possibilidade de utilização da engenharia genética não pode ser desvirtuada a fim de se buscar interesses eugênicos não terapêuticos, como, por exemplo, escolha do sexo do bebê ou mesmo algumas características físicas (cor dos olhos ou dos cabelos, altura etc.), caracterizando um verdadeiro "desvio de finalidade" da técnica reprodutiva.³⁹⁰ A esse respeito o Conselho Regional de Medicina do Rio de Janeiro foi consultado e, mediante o Parecer CREMERJ n.º 192/2008, entendeu por indeferir o pedido de escolha do sexo na reprodução humana assistida. O pedido foi feito pelo casal "por motivo de balanceamento familiar", entretanto, "Apesar de o ordenamento jurídico brasileiro não dispor sobre as técnicas de reprodução assistida, mesmo considerando-se legítimo o desejo do

³⁸⁸ SIBILA, Paula. Op. Cit., p. 187-188.

³⁸⁹ *Gattaca, uma experiência genética*. Filme. Direção: Andrew Niccol. Estados Unidos, 1997. 106 min.

³⁹⁰ SCALQUETTE, Ana Claudia S. *Estatuto da reprodução assistida ...* Op. Cit., p. 68.

casal e a possibilidade científica de realização do procedimento, a seleção de sexo é vedada pela legislação ética”.³⁹¹ Na mesma esteira, o Conselho Federal de Medicina, em consulta realizada pelo Conselho Regional de Medicina do Estado do Paraná, acerca da possibilidade de seleção do sexo por meio das técnicas reprodutivas artificiais, entendeu pela não permissão, ressaltando sua possibilidade apenas quando a fim de evitar a transmissão de doenças genéticas relacionadas ao sexo.³⁹²

Apesar do claro posicionamento dos Conselhos Médicos sobre a impossibilidade de seleção do sexo por meio das técnicas de reprodução assistida, a mídia vem divulgando informações de que a escolha do sexo é uma prática recorrente nas clínicas reprodutivas. Em reportagem da Revista Veja, veiculada em 9 de maio de 2001, informam que a prática é uma realidade, como exemplifica com o caso da atriz Kristhel Byancco e do deputado federal Ricardo Rique, que decidiram realizar o sonho de ter uma menina.

Depois de ser pai de quatro garotos, o sonho do deputado federal Ricardo Rique era ter uma filha. Para satisfazer o marido, a atriz Kristhel Byancco, 38 anos, que nunca teve problema algum de fertilidade, submeteu-se à fertilização *in vitro*. Seu objetivo era escolher o sexo do bebê. Evangélica, ela vacilou na hora H. Estava preocupada com os embriões masculinos, pois descartá-los ia contra sua religião. Por sorte, dos cinco óvulos fecundados surgiram três embriões femininos, e a gravidez deu certo de primeira. Rebeca nasceu em agosto do ano passado. Os problemas éticos de Kristhel foram resolvidos quando abortou naturalmente os outros dois embriões. “Chorei bastante antes de tomar a decisão”, diz Kristhel. “Mas muitos casais se separam por não conseguirem o filho desejado”.³⁹³

Situações como essas e outras mais, que afrontam os preceitos éticos da biomedicina, é uma realidade que permeia o mundo da reprodução assistida. A dita realidade passa a estampar capas de revistas, em que pessoas passam a divulgar

³⁹¹ “Ementa: Apesar de o ordenamento jurídico brasileiro não dispor sobre as técnicas de reprodução assistida, mesmo considerando-se legítimo o desejo do casal e a possibilidade científica de realização do procedimento, a seleção de sexo é vedada pela legislação ética.” Parecer CREMERJ n.º 192/2008, do Conselho Regional de Medicina do Rio de Janeiro. Interessado: Dra. M. do C. B. de S.; Relator: Dra. Leda Maria da Costa Macedo, Cons. Arnaldo Pineschi de Azeredo Coutinho, Comissão de Bioética do CREMERJ. 1 dez. 2008.

³⁹² “EMENTA: Não é permitida a utilização de técnica de separação de espermatozoides com a finalidade de escolha de sexo, a menos que hajam indicações específicas relacionadas e transmissão de doenças genéticas relacionadas ao sexo.” Processo-Consulta CFM n.º 3.070/2003 - PC/CFM Nº 50/2003. Interessado: Conselho Regional de Medicina do Estado do Paraná. Assunto: tecnologia de enriquecimento de espermatozoides. Relator: Cons. Pedro Pablo Magalhães Chacel. 27 jun. 2003.

³⁹³ CARELLI, Gabriela. *Tudo por um filho*: com a ajuda de casais dispostos a se arriscar, a ciência está vencendo a infertilidade. Revista Veja, Ed. 1.699, veiculada em 9 maio 2001. Disponível em: http://veja.abril.com.br/090501/p_108a.html, consultado em 10 dez. 2012.

as possibilidades oriundas das técnicas reprodutivas, mesmo aquelas que ofendem os preceitos fundamentais da República brasileira. Essa triste realidade necessita ser alterada. As técnicas reprodutivas destinam-se a um bem maior: possibilitar a realização do projeto parental àqueles que, naturalmente, não podem efetivá-lo.

Desse modo, as escolhas genéticas pautadas em questões meramente estéticas não podem ser aceitas, uma vez que estariam desnaturando o fim terapêutico da técnica, utilizando-se da reprodução assistida como se estivesse adquirindo um produto, no qual as características são determinadas pelo seu proprietário. Tal prática não é permitida no Brasil, sendo expressamente vedada pelo Conselho Federal de Medicina³⁹⁴, mediante a Resolução n.º 1.957/2010. Assim, as clínicas de reprodução assistida ou os profissionais da área médica que, em sua atuação profissional, afrontam a Resolução de seu Conselho de classe, acabam por exercer a medicina de forma irregular e ilícita.

3.6 A Questão dos Embriões Excedentários

Os embriões excedentários refletem outro tema complexo e polêmico da medicina reprodutiva, pois ao casal caberia a difícil decisão de guardá-los, descartá-los, doá-los ou simplesmente abandoná-los. Nos tratamentos de fertilização artificial, os embriões excedentários são uma realidade comum, uma vez que, normalmente, fertiliza-se um número de embriões maior do que serão utilizados, a fim de se aferir quais embriões detêm “reais” possibilidades de serem implantados no útero materno. Ademais, a Resolução n.º 1.957/2010, conforme já colocado, impõe uma limitação de embriões a serem implementados, que varia de acordo com a idade da mulher, gerando, conseqüentemente, embriões excedentários.

No Brasil, existem mais de 100.000 embriões excedentes armazenados a baixíssimas temperaturas em clínicas de reprodução assistida, sem que se tenha alguma definição acerca de seu destino.³⁹⁵ Quando o casal pretende ainda utilizar os

³⁹⁴ Anexo Único da Resolução CFM n.º 1.957/10; I- Princípios Gerais: (...) 4 - As técnicas de RA [reprodução assistidas] não devem ser aplicadas com a intenção de selecionar o sexo (sexagem) ou qualquer outra característica biológica do futuro filho, exceto quando se trate de evitar doenças ligadas ao sexo do filho que venha a nascer.

³⁹⁵ MORAIS, Andréa. Que futuro dar a embriões congelados? *Jornal Gazeta do Povo*; Caderno Vida e Cidadania; veiculada em 10 abr. 2012. Disponível em:

embriões para outro filho, basta “guardá-los”, remunerando-se as clínicas de reprodução assistida que têm condições de criopreservar esses embriões, até o momento da implantação no útero materno. Entretanto, quando o casal decide por não mais utilizá-lo, questão que se coloca é o que fazer com os embriões excedentes. As opções seriam: (i) doá-los a casais inférteis; (ii) cedê-los à pesquisa; (iii) descartá-los; ou (iv) mantê-los criopreservados até que consigam decidir qual posição será tomada³⁹⁶.

A decisão sobre o destino dos embriões, para a maioria das pessoas, é muito difícil³⁹⁷, uma vez que envolve questões de cunho moral, ético, religioso, psicológico, entre outras que acabam por questionar o que seria um embrião. Afinal, o embrião poderia ser considerado um ser humano³⁹⁸, emanando desta condição todo um leque de proteção jurídica? Tal questão já foi objeto de análise pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 3510)³⁹⁹,

<http://www.gazetadopovo.com.br/vidaecidadania/conteudo.phtml?id=1242650&tit=Que-futuro-dar-a-embrioes-congelados>; consultado em 14 jan. 2013.

³⁹⁶ Aqueles que optam em manter os embriões criopreservados nas clínicas de reprodução assistida, teriam que arcar com um custo médio de R\$ 600,00 por ano. “Para manter os embriões congelados os casais pagam uma taxa inicial que varia entre R\$ 800 e R\$ 1,5 mil e uma mensalidade de R\$ 50.” MORAIS, Andréa. Op. Cit.

³⁹⁷ A Revista *Veja*, em reportagem que abordava a presente temática, entrevista alguns casais a fim de demonstrar o quão difícil é a decisão sobre os embriões excedentários. Paula Crisci, em seu depoimento, afirma que “Apesar de não querer ter mais filhos, não tenho coragem de doar ou descartar os dezesseis embriões gerados durante o meu tratamento para engravidar. Sei que eles não passam de um amontoado de células, mas são também parte de mim e do meu marido. Quando vejo as fotos dos embriões e olho para Bruno e Luca, não consigo dissociar as imagens. Os meus meninos tão desejados e amados vieram daquela mesma leva de células.” De outro lado, Adair da Cruz e seu marido doaram “seus” embriões para casais inférteis, justificando que “Nos últimos nove anos, passei por uma via-crúcis para engravidar. Foram quatro estimulações ovarianas e cinco tentativas de implantar os embriões. O sacrifício valeu a pena: dos dois últimos tratamentos, nasceram meus três filhos. Optamos por ceder os treze embriões restantes a outros casais que não conseguem ter essa alegria. Estou segura de que, caso se desenvolvam no útero de outra mulher, eles serão amados como amamos nossas filhas.” LOPES, Adriana Dias. Cada embrião, uma sentença. *Revista Veja*. Edição 2117. 17 de junho de 2009. Disponível em: http://veja.abril.com.br/170609/p_104.shtml, consultado em 29 nov. 2012.

³⁹⁸ A temática envolvendo a natureza jurídica dos embriões, apesar de sua relevância, não é o foco do presente estudo, por isso não será aqui tratada pormenorizadamente. Aborda-se tal questão com o intuito de analisar sua repercussão diante da difícil decisão que compete àqueles que devem decidir sobre os embriões excedentários.

³⁹⁹ ADI 3510/STF. Ementa: CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DE BIOSSEGURANÇA. IMPUGNAÇÃO EM BLOCO DO ART. 5º DA LEI Nº 11.105, DE 24 DE MARÇO DE 2005 (LEI DE BIOSSEGURANÇA). PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO DIREITO À VIDA. CONSTITUCIONALIDADE DO USO DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS EM PESQUISAS CIENTÍFICAS PARA FINS TERAPÊUTICOS. DESCARACTERIZAÇÃO DO ABORTO. NORMAS CONSTITUCIONAIS CONFORMADORAS DO DIREITO FUNDAMENTAL A UMA VIDA DIGNA, QUE PASSA PELO DIREITO À SAÚDE E AO PLANEJAMENTO FAMILIAR. DESCABIMENTO DE UTILIZAÇÃO DA TÉCNICA DE INTERPRETAÇÃO CONFORME PARA ADITAR À LEI DE

ajuizada com o propósito de impedir as pesquisas com células-tronco embrionárias, mas que foi julgada improcedente, em 28 de maio de 2008. Na decisão, a Suprema Corte entendeu que as pesquisas com células-tronco embrionárias⁴⁰⁰ não violam o direito à vida, uma vez que “Para que ao embrião “in vitro” fosse reconhecido o pleno direito à vida, necessário seria reconhecer a ele o direito a um útero. Proposição não autorizada pela Constituição”.⁴⁰¹ A referida ação questionava a constitucionalidade do art. 5º da Lei de Biossegurança (Lei n.º 11.105/2005), uma vez que as pesquisas utilizando as células-tronco embrionárias ocorrem nos embriões criopreservados e a discussão se pautava sobre a questão do embrião ser considerado como um ser vivo ou não.⁴⁰² Mario CAVAGNA, expressando sua opinião a respeito, coloca que “Não sabemos quando a vida humana começa, mas um blastocisto congelado, fora do útero materno, que terá como o destino o descarte, pois jamais será implantado em útero algum, não pode ser considerado um ser humano”.⁴⁰³

A Resolução n.º 1.957/2010 do Conselho Federal de Medicina, ao contrário da anterior (Resolução n.º 1.358/1992⁴⁰⁴), autoriza o descarte de embriões, uma vez que estabelece a necessidade de criopreservação apenas aos embriões viáveis⁴⁰⁵. Entretanto, tal Resolução não estabelece qualquer critério para se aferir quais embriões deveriam ser considerados como inviáveis.⁴⁰⁶ Por outro lado, os embriões

BIOSSEGURANÇA CONTROLES DESNECESSÁRIOS QUE IMPLICAM RESTRIÇÕES ÀS PESQUISAS E TERAPIAS POR ELA VISADAS. IMPROCEDÊNCIA TOTAL DA AÇÃO.

⁴⁰⁰ Ainda não há, em termos mundiais, consenso acerca da situação dos embriões excedentários. Na Alemanha, a criação de embriões excedentários é proibida, enquanto na Inglaterra é possível a experimentação com embriões, como também a criação de embriões apenas para fins de pesquisas, o que é defeso em outros países, como Portugal, por exemplo. LOUREIRO, João Carlos. Op. Cit., p. 238-239.

⁴⁰¹ Ementa da ADI 3510/STF.

⁴⁰² Cumpre ressaltar que a decisão de destinar embriões excedentários à pesquisa compete àqueles que desenvolveram o projeto parental, ou seja, se o projeto parental foi desenvolvido por um casal, cumpre aos dois conceder a autorização.

⁴⁰³ CAVAGNA, Mario. Ética e bioética em reprodução humana assistida... Op. Cit. p. 37-38.

⁴⁰⁴ A Resolução n.º 1.358/1992 do Conselho Federal de Medicina, revogada pela Resolução 1.957/2010, vedava o descarte de embriões excedentários.

⁴⁰⁵ “V.2 - Do número total de embriões produzidos em laboratório, os excedentes, **viáveis**, serão criopreservados.” (grifo nosso) Resolução 1.957/2010 do Conselho Federal de Medicina.

⁴⁰⁶ A esse respeito, Mario Luiz DELGADO tece a seguinte crítica: “Entretanto, partindo da premissa de que também os embriões criopreservados pertencem ao *humanum genus*, fica difícil deixar de lhes estender a tutela dos direitos humanos, especialmente do direito à vida. Daí a nossa conclusão de que a resolução do CFM, ao admitir o “descarte” de embriões, viola o direito fundamental à vida. Especialmente porque não estabelece requisitos objetivos para se identificar quais embriões devem ser considerados “inviáveis” e, por isso, passíveis de “descarte”. A decisão poderá descambar para a arbitrariedade, ficando a critério de cada clínica ou de cada profissional a decisão sobre a viabilidade da vida de um ser humano em potência.” DELGADO, Mario Luiz. *Reprodução assistida: a nova resolução do Conselho Federal de Medicina e o descarte de embriões.*

“viáveis”, segundo a Resolução, devem ser mantidos criopreservados. Mas, a questão que se coloca a esse respeito refere-se à desistência do casal da manutenção dos embriões, ou mesmo quando o casal abandona-os, deixando de pagar as taxas de manutenção às clínicas de reprodução.

O descarte e a doação de embriões não estão contemplados em qualquer legislação, cabendo às clínicas esse procedimento, desde que devidamente autorizados expressamente por aqueles que desenvolveram o projeto parental. Todavia, não há qualquer padronização acerca desses procedimentos, tampouco um entendimento dos Conselhos de Medicina a esse respeito, conforme se pode verificar no Parecer do Conselho Federal de Medicina n.º 23/96⁴⁰⁷, emitido no Processo Consulta n.º 1698/96. Os próprios Conselhos de Medicina colocam que a análise da questão deveria ser remetida ao Poder Judiciário, uma vez que não há qualquer legislação que discipline a matéria, ou mesmo um maior detalhamento na Resolução do Conselho Federal de Medicina. Nesse mesmo sentido, pode-se citar a Consulta n.º 15.100/99⁴⁰⁸, realizada perante o Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo.

O caso em pauta é extremamente polêmico e, mesmo em países onde a legislação é mais abrangente e detalhada, sempre haverá casos a serem analisados de forma excepcional, uma vez que, conforme já foi colocado, a legislação jamais conseguirá disciplinar pormenorizadamente todas as situações que permeiam a vida em sociedade.⁴⁰⁹

Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/18410/reproducao-assistida-a-nova-resolucao-do-conselho-federal-de-medicina-e-o-descarte-de-embrioes>; consultado em 14 jan. 2013.

⁴⁰⁷ “EMENTA: A Resolução n.º 1358/92, que adota as normas éticas para utilização das técnicas de reprodução assistida, proíbe o descarte ou destruição de pré-embriões criopreservados. Porém, necessário se faz que o CFM promova estudos com o objetivo de aprofundar estudos sobre a necessidade de atualização das referidas normas sobre este e outros questionamentos a respeito.” Processo Consulta CFM n.º 1698/96; PC/CFM n.º 23/96; Interessado: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo; Assunto: Reprodução humana; Relator: Cons. Antônio Henrique Pedrosa Neto. 30 ago. 1996.

⁴⁰⁸ “Assunto: Esclarecimentos sobre a Unidade de Reprodução Humana que mantém programa de criopreservação de embriões.” Consulta n.º 15.100/99; CREMESP; Relatores: Conselheiros Marco Segre e Cristiano Fernando Rosas. 12 mar. 2002.

⁴⁰⁹ “Exemplo de situação inesperada foi a que ocorreu em meados da década de 80, numa clínica de medicina reprodutiva da Austrália. Um casal milionário morreu num acidente de carro, deixando dois embriões congelados. A notícia da morte levou a que várias mulheres se oferecessem para gestar os possíveis herdeiros da fortuna. Depois de meses de discussão a respeito da condição legal dos embriões na data da morte de seus gestores, a Justiça australiana determinou que eles permanecessem congelados.” LOPES, Adriana Dias. Op. Cit.

Outra questão de importante relevância relaciona-se à situação do casal que desenvolveu o projeto parental, mas que, no curso do tratamento, acaba por se separar. Nesses casos, a mulher apenas poderia implantar o embrião congelado, ou mesmo se utilizar do material genético de seu ex-marido, com sua expressa autorização.⁴¹⁰ Já se divulga na mídia litígios envolvendo ex-maridos e ex-mulheres⁴¹¹ que buscam a implantação dos embriões à revelia da outra parte, sob o argumento de que seria a única possibilidade de se exercer a maternidade/paternidade em razão do relógio biológico não mais possibilitar que outro embrião seja fertilizado.⁴¹²

Diante dos casos relatados no presente capítulo, pode-se verificar que a reprodução assistida é uma realidade da sociedade contemporânea, cada vez mais presente no cotidiano da vida das pessoas. Desta realidade emergem diversas situações – e continuarão surgindo outras, muitas inimagináveis para o direito – que se refletem no mundo jurídico, requerendo uma necessária interação de várias ciências. Assim, verifica-se que a atuação isolada dos Conselhos de Medicina em matéria de reprodução assistida, não seria o melhor caminho a ser trilhado, sendo imprescindível, para uma digna tutela da pessoa humana, uma interação entre diversos saberes.

⁴¹⁰ Maria Berenice DIAS, a esse respeito, coloca que “Separado o casal, é necessário reconhecer a possibilidade de revogação do consentimento, contanto que ocorra antes da implantação do embrião no ventre da mulher.” DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 2. ed. ... Op. Cit., p. 332.

⁴¹¹ “Um dos exemplos mais notórios é o da inglesa Natallie Evans. Em 2001, aos 30 anos, ela contestou a lei que determinava a destruição dos embriões caso uma das partes não autorizasse o seu armazenamento ou implante. No divórcio, seu ex-marido solicitou o descarte dos embriões, mas Natallie argumentou que, como um câncer de ovário havia lhe tirado a possibilidade de ter filhos, aquela era a sua única chance de ser mãe biológica. Ela levou a disputa até a última instância, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Mas, em 2007, Natallie perdeu definitivamente a causa. Ela, agora, pode receber um embrião alheio.” No Brasil, Susy Janssen passou por situação semelhante, mas resolveu não brigar na justiça pela posse dos embriões, uma vez que seu ex-marido, após a separação do casal, não permitiu que ela implantasse os embriões: “Já nos exames preparatórios para o tratamento, eu me sentia grávida. Pensava no rostinho do bebê e me poupava de esforços físicos. Infelizmente, meu ex-marido não me deixou realizar o sonho da maternidade. Poucos dias depois da nossa separação, ele pediu o descarte de nossos sete embriões. Consegui convencê-lo a doá-los para pesquisa. Sei que tomei a única decisão possível, mas desde então acordo chorando todos os dias. Desisti do sonho de ser mãe.” LOPES, Adriana Dias. Op. Cit.

⁴¹² Id.

CONCLUSÃO

Os fortes e profundos avanços da biotecnologia, a partir da segunda metade do século passado, modificaram, modificam e estão por modificar intensamente a teoria do direito. Eventos, fatos e valores novos surgem com intensidade desconcertante para os conceitos e doutrinas tradicionais, com a produção e o reconhecimento de efeitos jurídicos até então desconhecidos e, muitas vezes, inimagináveis até pouco tempo atrás. A comunidade jurídica sente-se compelida a desenvolver e a construir novos paradigmas para o estudo e aplicação do direito, à luz das novas questões e demandas apresentadas pela sociedade. A expectativa é grande por soluções rápidas e adequadas do mundo jurídico, diante das “novas” práticas biotecnológicas. Mas, sabe-se que não é possível estabelecer respostas definitivas, diante da complexidade desses fatos. O que hoje parece inusitado, certamente amanhã não causará mais tantas indagações, com o crescimento exponencial da biotecnologia, notadamente na área de reprodução humana assistida. Nessa esteira, as relações de família transformaram-se, irradiando efeitos jurídicos para além das disposições expressas no Código Civil.

É o que se verifica com as relações paterno-filiais decorrentes da reprodução assistida, que levam a relativizar pressupostos centenários do direito civil. As novas formas de se conceber um filho – inseminação artificial, fertilização *in vitro*, diagnóstico genético pré-implantacional, utilização de material genético de doadores anônimos, maternidade de substituição, fertilização *post mortem*, entre outras possibilidades – irradiam seus efeitos para o direito, impondo uma mudança na postura dos operadores jurídicos. Não se quer desconsiderar a dificuldade que todo estudo novo propicia, mas, por outro lado, procurou-se chamar a atenção para a necessidade de desvendar novos caminhos, a partir da complexa realidade trazida com a reprodução humana assistida. Para tanto, o estudo sobre a aplicação das normas constitucionais, pautados na digna proteção da pessoa humana, é tarefa necessária. Os códigos hoje não apresentam a mesma importância do passado, ficando cada vez mais difícil inserir em um corpo legal único uma regulamentação completa e minudente de todos os fenômenos jurídicos, em razão da grande diversidade existente. A concepção dominante no pensamento jurídico é de um sistema jurídico aberto e dinâmico, que continuamente se enriquece e se reconstitui.

A tendência para o pluralismo jurídico e para a interdisciplinariedade é evidente, conferindo, com frequência cada vez maior, um papel fundamental à doutrina e à jurisprudência na criação e transformação do direito.

Dessa forma, considerados os princípios como normas que espelham e impõem a ideologia Constitucional, a realidade emergente dos avanços da biotecnologia, mais especificamente da reprodução assistida, demanda uma interpretação sistemática dos princípios informadores das várias áreas do direito, passando-se da interpretação formalista das regras para a supremacia das interpretações constitucionais principiológicas.

É com esta diretriz que se percebe que o desenvolvimento da interpretação constitucional contemporânea provocou a quebra de um importante e tradicional “pré-conceito”: aquele no qual a interpretação tem por função buscar desvendar o sentido e o conteúdo da lei. Se em alguns segmentos do direito ainda se tem como válida tal postura, no direito constitucional assume-se isso como um modo ultrapassado de ver o mundo e o direito.

Aliás, o direito foi um dos saberes que mais demorou a superar o mito da neutralidade do cientista. Desde as ciências exatas até a filosofia, interpretar/analisar é criar um mundo próprio. Bastam, para demonstrar tanto, as belas palavras de Leonardo BOFF:

Ler significa reler e compreender, interpretar. Cada um lê com os olhos que tem. E interpreta a partir de onde os pés pisam.

Todo ponto de vista é a vista de um ponto. Para entender como alguém lê, é necessário saber como são seus olhos e qual é sua visão de mundo. Isso faz da leitura sempre uma releitura.⁴¹³

Busca-se a concretização das normas constitucionais principiológicas com o propósito de tutelar a pessoa humana em vista de sua dignidade, impondo-se a necessidade de romper com os pressupostos hermenêuticos clássicos. Não se quer, pura e simplesmente, deixá-los para trás, abandoná-los. Porém, sustenta-se, não são eles suficientes para lidar com o modelo de direito que se apresenta neste século.

⁴¹³ BOFF, Leonardo. *A águia e a galinha: uma metáfora da condição humana*. 17. ed. Petrópolis: Vozes, 1998. p. 9.

A textura aberta da Constituição reclama, portanto, um trato refinado. Isto porque, orientados para uma solução justa e convincente, a interpretação baseada em apenas um ponto de vista pode ser insuficiente para uma adequada compreensão da Constituição e, por consequência, de todo o ordenamento jurídico. Ocorre que a Constituição é que delinea toda a aplicação do direito infraconstitucional, aí inserido o direito civil, o qual, por isto, não mais pode ser pensado de forma isolada, estanque, mas sempre de acordo com os preceitos emanados da Constituição. Nesse sentido é que se pondera que, no atual estágio do direito, apenas se pode pensar em um direito civil-constitucional.

Nesta seara, a utilização das técnicas reprodutivas por aqueles que apresentam dificuldades em procriar naturalmente, coloca-se como uma alternativa à possibilidade de concretização do direito constitucional ao planejamento familiar, o qual, também, não pode perder de vista, além dos interesses do casal, o interesse do futuro filho.

Tais questões já deveriam ter sido contempladas por uma legislação específica. Contudo, em que pese à sua falta, o Poder Judiciário não pode manter-se inerte diante do caso concreto, sendo imperioso, nestes casos, a aplicação dos preceitos constitucionais vigentes, buscando, dentro de um viés axiológico, a efetiva tutela da dignidade da pessoa humana.

O Direito e a justiça concretizam-se na realidade social, cabendo a cada ordenamento incorporar dita realidade a fim de realizá-la. Para tanto, mister tomar os valores primeiros da ordem constitucional, especialmente aqueles atinentes à dignidade da pessoa humana, a fim de realizá-los com base em uma hermenêutica concretizadora da legalidade constitucional.

De outra banda, as disposições normativas produzidas pelos Conselhos de Medicina a respeito da reprodução assistida se mostram como ferramentas úteis à análise da temática. Entretanto, essa atuação de regular, analisar e disciplinar a aplicação de suas Resoluções parece orientar-se em sentido contrário ao princípio democrático, uma vez que os mesmos carecem de representatividade popular e da imprescindível imparcialidade para julgar tais demandas. Não se pode perder de vista que os valores constitucionais não podem ser restringidos por normativas inferiores.

Portanto, as transformações que vem ocorrendo no instituto da família impõem questionamentos e também desvendam inconsistências, assinalando que a travessia da modernidade para a contemporaneidade segue um rito de passagem, em um sentido plural. “Os significantes devem ser contextualizados, visto que o que é família hoje não necessariamente será considerado família amanhã. Não há um ponto final, apenas começos. Ou seja, não se chegou ao fim do conhecimento, apenas plurais passagens.”⁴¹⁴

⁴¹⁴ FACHIN, Luiz Edson. Anotações das aulas ministradas pelo prof. Fachin na disciplina Direito Civil e Sociedade, do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, cursada de forma isolada através do convênio estabelecido entre a UFPR e a Unibrasil. 1º Semestre de 2011.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. Os princípios constitucionais e sua aplicação nas relações jurídicas de família. In: _____; EHRHARDT JUNIOR, Marcos; OLIVEIRA, Catarina Almeida de (coord.). *Famílias no direito contemporâneo: estudos em homenagem a Paulo Luiz Netto Lôbo*. Bahia: Juspodivm, 2010.

ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. Fecundação artificial *post mortem* e o direito sucessório. *Família e dignidade humana*, Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família (coord. Rodrigo da Cunha Pereira). São Paulo: IOB Thompson, 2006.

ALMEIDA, Alexandra Ozorio de; BEXIGA, Cláudia. *Métodos de fertilização artificial criam um novo mercado, no qual um óvulo pode valer até US\$ 50 mil*. Folha de S. Paulo, Caderno Cotidiano, veiculada em 26 set. 1999. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff2609199926.htm>, consultado em 09 dez. 2012.

AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 6. ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2001.

ARENDDT, Hannah. *A condição humana*. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

ARROTEIA, Kélen Fabíola. Fisiologia reprodutiva. In: FARAHA, Leila Montenegro Silveira; *et alii*. Genética da infertilidade. In: BORGES JUNIOR, Edson; FARAHA, Leila Montenegro Silveira; CORTEZZI, Sylvia Sanches (ed.). *Reprodução humana assistida*. São Paulo: Atheneu, 2011.

Austrália autoriza viúva a ter filho com sêmen extraído de marido morto. BBC Brasil, 24/05/2011. Disponível em: <http://noticias.uol.com.br/bbc/2011/05/24/australia-autoriza-viuv-a-ter-filho-usando-semen-de-marido-morto.jhtm>; consultado em 24 maio 2011.

AVELAR, Cássia Caçado; COTA, Ana Márcia de Miranda; CAETANO, João Pedro Junqueira. *Intervenção psicológica em um caso de gestação de substituição*. Pôster n.º 78. XVI Congresso Brasileiro de Reprodução Assistida. 22 a 25 ago. 2012, Guarujá, São Paulo.

BARBOZA, Heloisa Helena. Direito a identidade genética. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Família e cidadania: o novo CCB e a vacatio legis*. Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2002.

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

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Stare asdecisis, integridade e segurança jurídica: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de common law e civil law*. Tese de Doutorado, PUCPR, 2007. Consulta ao documento original, disponibilizado pela Autora.

BARROSO, Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

Bíblia Sagrada. Conf. 1 Reis, 15-28.

BOFF, Leonardo. *A águia e a galinha: uma metáfora da condição humana*. 17. ed. Petrópolis: Vozes, 1998.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos de teoria geral dos direitos fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília; Brasília Jurídica e Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, 2000.

BRUM, Eliane. *Reprodução assistida – ou desassistida? O caso das trigêmeas e o lugar da maternidade em nosso tempo*. Revista Época, veiculada em 25/07/2011. Disponível em: <http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EMI251605-15230,00.html>, consultado em 09 dez. 2012.

CAMARGO, Leoleli. *A solução no início da vida: pais usam escolha de embriões para evitar o risco de cânceres hereditários nos filhos*. Revista Veja, veiculada em 20 set. 2006. Disponível em: http://veja.abril.com.br/200906/p_094.html, consultado em 10 dez. 2012.

CANARIS, Claus-Wihelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

CARAZZAI, Estelita Hass. *Pais autorizaram adoção de trigêmea ainda na gravidez no PR*. Folha de S. Paulo, Caderno Cotidiano, veiculada em 08/04/2011. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/899946-pais-autorizaram-adoacao-de-trigemea-ainda-na-gravidez-no-pr.shtml>, consultado em 09 dez. 2012.

_____. *Trigêmeas de Curitiba devem continuar com os tios, decide Justiça*. PR. Folha de S. Paulo, Caderno Cotidiano, veiculada em 21/09/2011. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/978589-trigemeas-de-curitiba-devem-continuar-com-os-tios-decide-justica.shtml>, consultado em 09 dez. 2012.

CARBONERA, Silvana Maria. *Guarda de filhos na família constitucionalizada*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.

CARELLI, Gabriela. *Tudo por um filho: com a ajuda de casais dispostos a se arriscar, a ciência está vencendo a infertilidade*. Revista Veja, Ed. 1.699, veiculada em 9 maio 2001. Disponível em: http://veja.abril.com.br/090501/p_108a.html, consultado em 10 dez. 2012.

CARVALHO, Gilvan Nogueira. *Decisão do STF sobre a união homoafetiva: ativismo judicial ou efetiva proteção dos direitos e garantias fundamentais?*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 12 jan. 2012. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.35507&seo=1>; consultado em 22 out. 2012.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CAVAGNA, Felipe. Tratamento da infertilidade – reprodução assistida. In: MELAMED, Rose Massaro; SEGER, Liliana; BORGES JUNIOR, Edson (org.). *Psicologia e reprodução humana assistida: uma abordagem multidisciplinar*. São Paulo: Gen / Livraria Santos, 2009.

CAVAGNA, Mario. Ética e bioética em reprodução humana assistida. In: MELAMED, Rose Massaro; SEGER, Liliana; BORGES JUNIOR, Edson (coords.). *Psicologia e reprodução humana assistida: uma abordagem multidisciplinar*. São Paulo: Gen / Livraria Santos, 2009.

CAVALCANTE, Edvaldo; CAVAGNA, Mario. Fatores de risco e prevenção da infertilidade. In: MELAMED, Rose Massaro; SEGER, Liliana; BORGES JUNIOR, Edson (coords.). *Psicologia e reprodução humana assistida: uma abordagem multidisciplinar*. São Paulo: Gen / Livraria Santos, 2009.

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

CIOCCI, Deborah. O direito e as tecnologias de reprodução humana assistida. In: MELAMED, Rose Massaro; SEGER, Liliana; BORGES JUNIOR, Edson (coords.). *Psicologia e reprodução humana assistida: uma abordagem multidisciplinar*. São Paulo: Gen / Livraria Santos, 2009.

_____; BORGES JUNIOR, Edson. Bioética e direito em reprodução humana assistida. In: BORGES JUNIOR, Edson; FARAH, Leila Montenegro Silveira; CORTEZZI, Sylvia Sanches (ed.). *Reprodução humana assistida*. São Paulo: Atheneu, 2011.

CONTI, Matilde Carone Slaibi. *Biodireito: a norma da vida*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

COLLUCCI, Cláudia. *Justiça manda plano de saúde pagar reprodução assistida*. Folha de S. Paulo, Cotidiano, 14/04/2012. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/1076150-justica-manda-plano-de-saude-pagar-reproducao-assistida.shtml>, consultado em 20 nov. 2012.

Consulta n.º 15.100/99; CREMESP; Relatores: Conselheiros Marco Segre e Cristiano Fernando Rosas. 12 mar. 2002.

Consulta n.º 43.765/01; Assunto: Transferência de embriões de um determinado casal para uma terceira pessoa sem vínculo familiar; Relator: Conselheiro Cristiano Fernando Rosas. 04 set. 2001.

CÔRREA, Adriana Espíndola. *O corpo digitalizado*: banco de dados genéticos e sua regulação jurídica. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

CRUZ, Maria Luiza Póvoa. Comentários aos arts. 1.596 a 1.606 CC. In: ALVES, Leonardo Barreto Moreira (coord.). *Código das famílias comentado*: de acordo com o estatuto das famílias (PLN n.º 2.285/07). Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

DELGADO, Mario Luiz. *Reprodução assistida*: a nova resolução do Conselho Federal de Medicina e o descarte de embriões. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/18410/reproducao-assistida-a-nova-resolucao-do-conselho-federal-de-medicina-e-o-descarte-de-embrioes>; consultado em 14 jan. 2013.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2007.

_____. _____. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

ECHTERHOFF, Gisele. O princípio da dignidade da pessoa humana e a biotecnologia. In: MEIRELLES, Jussara Maria de (coord.). *Biodireito em discussão*. Curitiba: Juruá, 2007.

ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. Trad. Ciro Mioranza. 3. ed. São Paulo: Escala.

Enunciado n.º 104 do Conselho da Justiça Federal.

Enunciado n.º 106, do Conselho da Justiça Federal, aprovado na I Jornada de Direito Civil de 2002.

Enunciado n.º 258, da III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal.

FACHIN, Luiz Edson. *Direito de família*: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro. 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. A nova filiação – crise e superação do estabelecimento da paternidade. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Repensando o direito de família*. Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

_____. *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992.

_____; RUZYK, Carlos Eduardo P. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. A construção do direito privado contemporâneo na experiência crítico-doutrinária brasileira a partir do catálogo mínimo para o direito civil-constitucional no Brasil. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. Anais do Congresso internacional de direito civil-constitucional da cidade do Rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. Anotações das aulas ministradas pelo prof. Fachin na disciplina Direito Civil e Sociedade, do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, cursada de forma isolada através do convênio estabelecido entre a UFPR e a Unibrasil. 1º Semestre de 2011.

FARINATI, Débora. As causas multideterminadas da infertilidade. In: MELAMED, Rose Massaro; SEGER, Liliana; BORGES JUNIOR, Edson (coords.). *Psicologia e reprodução humana assistida: uma abordagem multidisciplinar*. São Paulo: Gen / Livraria Santos, 2009.

FERNÁNDEZ, Rosario Valpuesta. *La protección constitucional de la familia*. Foro, Revista de Derecho, n.º 5, UASB-Ecuador/CEN, Quito, 2006.

_____. *Contrato social entre mujeres y hombres*. REDUR 7, diciembre 2009, págs. 5-24. ISSN 1695-078X.

_____. El impulso de las mujeres en la transformación del derecho de familia. In: RUBIO, María Paz Garcia; FERNÁNDEZ, Maria del Rosario Valpuesta. *El levantamiento del velo: las mujeres en derecho privado*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

_____. *La ciudadanía de las mujeres. Una conquista feminina*. Rhec n.º 10, ano 2007, p. 133-182.

_____. Entre los principios y las personas: límites y posibilidades del derecho comunitario. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. Anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2008.

FISCHER, Karla Ferreira de Camargo. A incidência do sistema de presunção *pater is est* na inseminação artificial *post mortem*: efeitos e possibilidades no direito de família contemporâneo. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org.). *Diálogos sobre direito civil*. Vol. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

FREITAS, Douglas Phillips. *Reprodução assistida após a morte e o direito de herança*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=423>, consultado em 02 set. 2008.

GAMA, Aliny. *Plano de saúde terá que pagar inseminação artificial a casal infértil no Ceará, diz Justiça*. 26/10/2011. Disponível em: <http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2011/10/26/plano-de-saude-tera-que-pagar-inseminacao-artificial-a-casal-infertil-no-ceara-diz-justica.htm>; consultado em 17 jan. 2013.

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

_____. *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. Efeitos patrimoniais do biodireito com relação ao nascituro e ao filho póstumo. Palestra proferida no II Congresso Paulista de Direito de Família e Sucessões, *Família e patrimônio: um novo olhar*, São Paulo, 4 a 5 de setembro de 2008.

GARRAFA, Volnei. *Da bioética de princípios a uma bioética interventiva*. Revista Bioética, Vol. 13, n.º 1. Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/97/102; consultado em 13 jan. 2013.

Gattaca, uma experiência genética. Filme. Direção: Andrew Niccol. Estados Unidos, 1997. 106 min.

GEDIEL, José Antônio Peres. A irrenunciabilidade a direitos da personalidade pelo trabalhador. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

GERAQUE, Eduardo; MOI, Izabela. *Risco de gestação tripla era conhecido, dizem médicos*. Folha de S.Paulo, Caderno Cotidiano, veiculada em 03/04/2011. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/897646-risco-de-gestacao-tripla-era-conhecido-dizem-medicos.shtml>, consultado em 09 dez. 2012.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. A natureza jurídica da relação homoerótica. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). *Família e cidadania: o novo CCB e a vacatio legis*. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2002.

_____. *A inseminação póstuma*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigo&artigo=302>, consultado em 25 ago. 2010.

GOMES CANOTILHO, J.J. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra: Portugal, 2002.

GOZZO, Débora; LIGIERA, Wilson Ricardo. O consentimento informado como direito da personalidade. In: _____; _____ (org.). *Bioética e direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRANDE, Lydia Feito. Por qué bioética? In: GRANDE, Lydia Feito (ed.). *Estudios de bioética*. Madrid: Dykinson, 1997.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

<http://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2010/10/nobel-de-medicina-vai-para-criador-de-metodo-de-fertilizacao-vitro.html>; consultado em 16 ago. 2012.

<http://noticias.r7.com/saude/noticias/projeto-de-lei-quer-criar-programa-de-reproducao-assistida-gratuito-em-sp-veja-lista-de-servicos-20111222.html>, consultado em 20 nov. 2012.

<http://noticias.uol.com.br/ciencia/ultimas-noticias/bbc/2012/06/21/morre-mae-do-primeiro-bebe-de-proveta.htm>; consultado em 16 ago. 2012.

<http://noticias.r7.com/saude/noticias/1-bebe-de-proveta-do-brasil-tem-26-anos-20101010.html>; consultado em 16 ago. 2012.

<http://pt.wikipedia.org/wiki/Biomedicina>; consultado em 13 jan. 2013.

<http://vidaeestilo.terra.com.br/fertilidade/noticias/0,,OI5704916-EI20144,00-Saiba+onde+fazer+gratuitamente+o+tratamento+para+engravidar.html>, consultado em 28 nov. 2012.

<http://www.brasil.gov.br/sobre/saude/saude-da-mulher/planejamento-familiar/>, consultado em 17 ago. 2012.

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=118275>; consultado em 14 jan. 2013.

<http://camara-dos-deputados.jusbrasil.com.br/noticias/3177099/ans-tratamento-de-reproducao-assistida-pode-elevar-preco-de-planos-de-saude>, consultado em 22 nov. 2012.

<http://www.centrodefertilidade.com.br/index.php?pg=informacoes-custos>, consultado em 19 nov. 2012.

<http://www.centrodefertilidade.com.br/index.php?pg=informacoes-custos>, consultado em 19 nov. 2012.

<http://www.cryobank.com>; consultado em 19 ago. 2012.

<http://ww.cryobank.com/Donor-Search/Donor-Profile/index.cfm?donorNo=12691>, consultado em 19 ago. 2012.

<http://www.ecodebate.com.br/2010/03/09/ibge-divulga-informacoes-sobre-a-mulher-no-mercado-de-trabalho/>; consultado em 13 jan. 2013.

<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/trabalhoerendimento/pnad98/saude/analise.shtm>, consultado em 28 nov. 2012.

http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=1233&id_pagina=1, consultado em 24 set. 2009.

http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/cdb_ptbr.pdf; consultado em 13 jan. 2013.

http://www.vidafertil.com.br/index.php?page=doacao_compartilhada; consultado em 20 ago. 2012.

JUCA, Francisco. Interpretação. *Gazeta do Povo*, Curitiba, 08/05/2011, Vida e Cidadania.

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

_____. O direito, a ciência e as leis bioéticas. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (org.). *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LEITÓLES, Fernanda; GERON, Vitor. *Curitiba: nasce bebê concebido em inseminação feita após a morte do pai*. Caderno Vida e Cidadania. Jornal Gazeta do Povo. Disponível em: <http://www.gazetadopovo.com.br/vidaecidadania/conteudo.phtml?id=1139440>, consultado em 25 jun. 2011.

LÔBO, Paulo. *Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. _____. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. _____. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Princípio da solidariedade familiar. *Família e solidariedade*, Anais do VI Congresso Brasileiro de Direito de Família (coord. Rodrigo da Cunha Pereira). Rio de Janeiro: IBDFAM – Lumen Juris, 2008.

_____. Do poder familiar. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Direito de família e o novo código civil*. 4. ed. rev. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

_____. Entidades familiares constitucionalizadas: para além dos *numerus clausus*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Família e cidadania: o novo CCB e a *vacatio legis**. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2002.

_____. Famílias contemporâneas e as dimensões da responsabilidade. *Família e responsabilidade: teoria e prática do direito de família*, Anais do VII Congresso Brasileiro de Direito de Família (coord. Rodrigo da Cunha Pereira). Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2010.

_____. *Constitucionalização do direito civil*. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=507>, consultado em 01 abr. 2010.

LOPES, Adriana Dias. Cada embrião, uma sentença. *Revista Veja*. Edição 2117. 17 de junho de 2009. Disponível em: http://veja.abril.com.br/170609/p_104.shtml, consultado em 29 nov. 2012.

LOUREIRO, João Carlos. Os genes do nosso (des)contentamento: dignidade humana e genética: notas de um roteiro. NUNES, Rui; MELO, Helena; NUNES, Cristiana (coord.). *Genoma e dignidade humana*. Coletânea Bioética Hoje – V. Serviço de Bioética e Ética Médica. Faculdade de Medicina da Universidade do Porto. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 2002.

MACHADO, Maria Helena. *Reprodução humana assistida: aspectos éticos & jurídicos*. Curitiba: Juruá, 2005.

MARCOLINO, Clarice; GALASTRO, Elizabeth Perez. *As visões feminina e masculina acerca da participação de mulheres e homens no planejamento familiar*. Rev. Latino-Am. Enfermagem [online]. 2001, vol. 9, n.º 3, pp. 77-82. ISSN 0104-1169. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0104-11692001000300012>, consultado em 07 dez. 2012.

MARINHEIRO, Vaguinaldo. *Reino Unido estuda pagar por doação de sêmen e óvulos: britânicos viajam a países em que doadores são anônimos e remunerados para escapar das filas nas clínicas de fertilização*. Folha de São Paulo. Caderno Saúde. 29/08/2010. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/saude/sd2908201004.htm>; consultado em 20 ago. 2012.

MARTINS, Hermínio. O Deus dos artefatos: sua vida, sua morte. ARAÚJO, Hermetes Reis de. *Teconociência e cultura: ensaios sobre o tempo presente*. São Paulo: Estação Liberdade, 1998.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. “Novas” entidades familiares. In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk (org.). *A construção dos novos direitos*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2008.

_____. “Novas” entidades familiares e seus efeitos jurídicos. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). *Família e solidariedade: teoria e prática do direito de família*. Rio de Janeiro: IBDFAM/Lumen Juris, 2008.

_____. Filiação e homossexualidade. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). *Família e dignidade humana*. V Congresso Brasileiro de Direito de Família. São Paulo: IOB Thompson, 2006.

_____. *As famílias não fundadas no casamento e a condição feminina*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MEIRELLES, Jussara Maria de. "Com a cabeça nas nuvens, mas os pés no chão": discurso inicial sobre o biodireito e alguns dos instigantes questionamentos que constituem o seu objeto. In: MEIRELLES, Jussara Maria de (coord.). *Biodireito em discussão*. Curitiba: Juruá, 2007.

_____. *A vida embrionária e sua proteção jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. *Gestação por outrem e determinação da maternidade: 'mãe de aluguel'*. Porto Alegre: Genesis. 1998.

MELAMED, Rose Marie Massaro; BRAGA, Daniela Paes de Almeida Ferreira; et alli. *Perfil sócio demográfico de doadoras de óvulos na realidade brasileira*. Pôster n.º 25. XVI Congresso Brasileiro de Reprodução Assistida. 22 a 25 ago. 2012, Guarujá, São Paulo.

_____. Alterações emocionais como causas de infertilidade. In: MELAMED, Rose Massaro; SEGER, Liliana; BORGES JUNIOR, Edson (coords.). *Psicologia e reprodução humana assistida: uma abordagem multidisciplinar*. São Paulo: Gen / Livraria Santos, 2009.

MELO, Helena Pereira de. Legislação e bioética. *Cadernos de Bio-Ética*, n.º 19, Coimbra, abril 1999.

MORAIS, Andréa. Que futuro dar a embriões congelados? *Jornal Gazeta do Povo*; Caderno Vida e Cidadania; veiculada em 10 abr. 2012. Disponível em: <http://www.gazetadopovo.com.br/vidaecidadania/conteudo.phtml?id=1242650&tit=Que-futuro-dar-a-embrioes-congelados>; consultado em 14 jan. 2013.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. *Revista de Direito Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.º 65.

_____. A família democrática. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). *Família e dignidade humana*. V Congresso Brasileiro de Direito de Família. São Paulo: IOB Thompson, 2006.

MROZ, Jacqueline. *Pai de todos*. *Jornal Folha de São Paulo*; Caderno Saúde; 07/09/2011. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/saude/sd0709201101.htm>; consultado em 19 ago. 2012.

MUNNÉ, Santiago. *Informativo Genesis Genetics Brasil*.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código civil comentado e legislação extravagante*. 3. ed. rev. e ampl. da 2. ed. do Código Civil anotado. São Paulo: RT, 2005.

NEUMAM, Camila. *Projeto de lei quer criar programa de reprodução assistida gratuito em SP*. Publicado em 22/12/2011. Disponível em <http://noticias.r7.com/saude/noticias/projeto-de-lei-quer-criar-programa-de-reproducao-assistida-gratuito-em-sp-veja-lista-de-servicos-20111222.html>, consultado em 20 nov. 2012.

NOVAES, Marina. *Inseminação artificial saiba mais*. Disponível em <http://www.granjaviana.com.br/noticias.asp?cn=1&scn=3&id=1077>, consultado em 20 nov. 2012.

O limite entre o Judiciário e a lei. *Gazeta do Povo*, Curitiba, 08/05/2011, Vida e Cidadania.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Direito de família (direito matrimonial)*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1990.

OLIVEIRA, Flávio Garcia de. *A diferença entre inseminação artificial e fertilização assistida*. Disponível em: <http://clinicafgo.com.br/posts/2009/01/a-diferenca-entre-inseminacao-artificial-e-fertilizacao-assistida/>; consultado em 18 ago. 2012.

OLIVEIRA JÚNIOR, Eudes Quintino de. *Doação compartilhada de óvulos*. Migalhas. 18/05/2012. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI155749,11049-Doacao+compartilhada+de+ovulos>; consultado em 20 ago. 2012.

Parecer n.º 2318/2011 – CRM/PR; Processo Consulta n.º 026/2011 – Protocolo n.º 9446/2011; Assunto: Reprodução Assistida; Parecerista: Câmara Técnica De Reprodução Assistida. 20 abr. 2011.

Parecer CREMEB n.º 37/12 (Aprovado em Sessão Plenária de 21/11/2012); Expediente Consulta n.º 015.283/12; Assunto: Autorização para Fertilização in Vitro (FIV); Relatora: Cons.ª Isa Urbano Bessa. 8 nov. 2012.

Parecer n.º 2346/2011 CRM-PR; Processo Consulta n.º 055/2011 – Protocolo n.º 19354/2011; Assunto: Útero de Substituição – Reprodução Assistida; Parecerista: Cons. Helcio Bertolozzi Soares. 18 ago. 2011.

Parecer n.º 2134/2010 CRM-PR; Processo Consulta n.º 192/2009 – Protocolo n.º 14337/2009; Assunto: Fertilização In Vitro; Pareceristas: Cons. Ana Maria Silveira Machado de Moraes e Cons. Hécio Bertolozzi Soares. 11 jan. 2010.

Parecer CREMEC n.º 11/2005. Conselho Regional de Medicina do Estado do Ceará. Relator Cons. Helvécio Neves Feitosa. 01 ago. 2005.

Parecer CREMERJ n.º 192/2008, do Conselho Regional de Medicina do Rio de Janeiro. Interessado: Dra. M. do C. B. de S.; Relator: Dra. Leda Maria da Costa Macedo, Cons. Arnaldo Pineschi de Azeredo Coutinho, Comissão de Bioética do CREMERJ. 1 dez. 2008.

Parecer Conselheiro n.º 001/2008 – CREMERS. 9 jan. 2008.

PATRIOTA, Tania. *Relatório da Conferência Internacional sobre população e Desenvolvimento - Plataforma de Cairo, 1994*. Disponível em: <http://www.sepm.gov.br/Articulacao/articulacao-internacional/relatorio-cairo.pdf>; consultado em 17 ago. 2012.

Pais de trigêmeas rejeitam uma das crianças no PR. Folha de S. Paulo, Caderno Cotidiano, veiculada em 01/04/2011. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/897303-pais-de-trigemeas-rejeitam-uma-das-criancas-no-pr.shtml>, consultado em 09 dez. 2012.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 3. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Planejamento familiar e a condição feminina. In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk (org.). *A construção dos novos direitos*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2008.

Processo Consulta CFM n.º 1698/96; PC/CFM n.º 23/96; Interessado: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo; Assunto: Reprodução humana; Relator: Cons. Antônio Henrique Pedrosa Neto. 30 ago. 1996.

Processo-Consulta CFM n.º 3.070/2003 - PC/CFM Nº 50/2003. Interessado: Conselho Regional de Medicina do Estado do Paraná. Assunto: tecnologia de enriquecimento de espermatozoides. Relator: Cons. Pedro Pablo Magalhães Chacel. 27 jun. 2003.

Processo-Consulta CFM n.º 1.636/2003 – PC/CFM n.º 48/2003; Interessado: Conselho Regional de Medicina do Estado do Paraná; Assunto: Implicações éticas quanto às técnicas de reprodução assistida em casais sorodiscordantes para HIV, onde a mulher é soronegativa e o homem é soropositivo; Relator: Cons. Pedro Pablo Magalhães Chacel. 30 abr. 2003.

Processo-Consulta CFM nº 5.924/2004 – Parecer CFM nº 6/2005. Interessado: Conselho Regional de Medicina do Distrito Federal; Assunto: Autorização para realizar ovulodoação; Relator: Cons. Clóvis Francisco Constantino. 18 fev. 2005.

Processo-Consulta CFM n.º 7.509/05 - Parecer CFM n.º 6/06. Conselho Federal de Medicina. Relator Cons. Pedro Pablo Magalhães Chancel. Interessado: Conselho Regional de Medicina do Estado do Piauí; Assunto: Reprodução assistida; Relator: Cons. Pedro Pablo Magalhães Chacel. 12 maio 2006.

Processo-Consulta CFM nº 3.491/06, Parecer CFM nº 7/06, Interessado: Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio Grande do Norte; Relator: Conselheiro Pedro Pablo Magalhães Chacel. 12 maio 2006.

QUEIROZ, Juliane Fernandes. A disponibilidade do material genético – sêmen – após a morte do seu titular. In: CASABONA, Carlos María Romeo & _____ (coord.). *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. Contornos contemporâneos da filiação. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (coords.). *Manual de direito das famílias e das sucessões*. Belo Horizonte: Del Rey / Mandamentos, 2008.

RAMÍREZ-GÁLVEZ, Martha Célia. *Novas tecnologias reprodutivas conceptivas: fabricando a vida, fabricando o futuro*. Tese de Doutorado. Campinas: Universidade Estadual de Campinas, 2003, p. 168. Disponível em: http://cteme.files.wordpress.com/2009/06/ramirez_galvez_2003_fabricando-a-vida-fabricando-o-futuro_teseifch.pdf; consultado em 20 nov. 2012.

RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. *Família sem casamento: de relação existencial de fato a realidade jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 24. Ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. *O novo código civil e seus críticos*. Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/ncc/nccc.htm>; consultado em 08 set. 2009.

Resolução n.º 1.358/1992 do Conselho Federal de Medicina.

Resolução n.º 1.957/2010 do Conselho Federal de Medicina.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família: Lei n.º 10.406, de 10.01.2002*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. Monoparentalidade e biodireito. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Afeto, ética, família e o novo código civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SANTIAGO, Robson Luiz. O estatuto do embrião frente à racionalidade humana. In: MEIRELLES, Jussara Maria Leal de (coord.). *Biodireito em discussão*. Curitiba: Juruá, 2007.

SANTOS, Carlos Eduardo. *Casal gay pernambucano registra filha gerada in vitro: os dois empresários cederam espermatozoides para serem fecundados em óvulos de um banco de doadoras, tiveram uma filha e conseguiram registrá-la*. *Jornal do Comércio*. Publicado em 01 mar. 2012. Disponível em: <http://jconline.ne10.uol.com.br/canal/cidades/geral/noticia/2012/03/01/casal-gay-pernambucano-registra-filha-gerada-in-vitro-34143.php>; consultado em 12 jan. 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2002.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. As dimensões da dignidade da pessoa humana: uma compreensão jurídico-constitucional aberta e compatível com os desafios da biotecnologia. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (coord.). *Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SCALQUETTE, Ana Claudia S. *Estatuto da reprodução assistida*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

Sêmen de 'loiros altos' torna Dinamarca 'meca' da inseminação artificial. BBC Brasil; 20/05/2011. Disponível em: <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2011/05/semen-de-loiros-altos-torna-dinamarca-meca-de-inseminacao-artificial.html>; consultado em 19 ago. 2012.

SETTI, Amanda, Souza; CORTEZZI, Sylvia Sanches; et alli. *PGD para talassemia e tipagem de HLA: primeiro nascido vivo livre da doença para transplante de célula tronco de cordão umbilical*. Pôster n.º 24. XVI Congresso Brasileiro de Reprodução Assistida. 22 a 25 ago. 2012, Guarujá, São Paulo.

SIBILA, Paula. *O homem pós-orgânico: corpo, subjetividade e tecnologias digitais*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2002.

SILVA, Marcos Alves da. *Do pátrio poder à autoridade parental: repensando fundamentos jurídicos da relação entre pais e filhos*. Rio de Janeiro: 2002.

SIMÃO, José Fernando. *Enunciados aprovados nas Jornadas de Direito Civil*. Disponível em: <http://www.professorsimao.com.br/enunciados.htm>; consultado em 15 out. 2012.

Site ajuda filhos de doadores de sêmen a achar pais e meio-irmãos: registro online contabiliza casos de pessoas que descobriram dezenas de meio-irmãos. BBC Brasil. 13/09/2011. Disponível em: <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2011/09/site-ajuda-filhos-de-doadores-de-semen-a-encontrar-pais-e-meio-irmaos.html>; consultado em 18 ago. 2012.

SOUZA, Allan Rocha de; CASTRO, Raul Murad Ribeiro de; ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo. *Reprodução assistida, autonomia privada e personalidade: a questão dos embriões*. Disponível em http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/allan_rocha_de_souza.pdf, consultado em 22 nov. 2012.

SOUZA, Maria do Carmo Borges de; MOURA, Marisa Decat de. Reprodução assistida: a importância dos limites, ou a construção dos diálogos. In: MELAMED, Rose Massaro; SEGER, Liliana; BORGES JUNIOR, Edson (coords.). *Psicologia e*

reprodução humana assistida: uma abordagem multidisciplinar. São Paulo: Gen / Livraria Santos, 2009.

SOUZA, Solange Lopes de. Alterações emocionais como causas da infertilidade. In: MELAMED, Rose Massaro; SEGER, Liliana; BORGES JUNIOR, Edson (coords.). *Psicologia e reprodução humana assistida: uma abordagem multidisciplinar*. São Paulo: Gen / Livraria Santos, 2009.

SPAR, Debora L. *O negócio de bebês: como o dinheiro, a ciência e a política comandam o comércio da concepção*. Tradução Benedita Bettencourt. Almedina: Coimbra, 2007.

STRECK, Lênio. Caminho curto. *Gazeta do Povo*, Curitiba, 08/05/2011, Vida e Cidadania.

TEPEDINO, Gustavo. O novo e o velho direito civil. In: _____. *Temas de direito civil*. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: _____. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TONIN, Marta Marília. *O princípio do melhor interesse da criança e os limites do direito: uma análise da jurisprudência brasileira*. Tese de Doutorado, UFPR, 2001. Consulta ao documento original, disponível na Biblioteca da Universidade Federal do Paraná.

TORRES, Ricardo Lobo. A legitimação dos direitos humanos e os princípios da ponderação e da razoabilidade. In: _____ (org.). *Legitimação dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

VENCELAU, Rose Melo. *O elo perdido da filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 7. ed. 2 reimpr. São Paulo: Atlas, 2007.

ANEXOS

PARECER CREMEC Nº 11/2005
01/08/2005

Interessado: Sociedade Cearense de Ginecologia e Obstetrícia
Assunto: Reprodução Assistida: doação de oócitos.
Relator: Cons. Helvécio Neves Feitosa

EMENTA: a doação de oócitos por pacientes carentes, em troca de custeio da medicação para tratamento de infertilidade, com intermediação do médico, caracteriza uma forma de comércio de substância humana para fins de tratamento, o que fere o estabelecido no §4º do Art. 199 da Constituição Federal, o Art. 75 do CEM e a Resolução CFM nº 1.358/92.

DA CONSULTA

A Sociedade Cearense de Ginecologia e Obstetrícia faz consulta, através do seu presidente, protocolizada neste Conselho Regional de Medicina sob nº 2259 (em 05/05/2005), nos seguintes termos: "*se é legal, ou se fere o Código de Ética Médica, ou qualquer outra regra, a proposta de que pacientes jovens e carentes de recursos doem oócitos, em troca de que os gastos com a medicação de seus tratamentos sejam custeados por pacientes que viessem a receber parte desses oócitos*".

"Para garantia de direitos dos associados, pedimos que qualquer resposta mencione os artigos ou normas que permitam ou proíbam a adoção da conduta sobre a qual consultamos".

DO PARECER

As técnicas de Reprodução Assistida (RA) têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de infertilidade humana, facilitando o processo de procriação quando outras terapêuticas tenham sido ineficazes ou ineficientes para a solução da situação atual de infertilidade.

Sobre a *fecundação artificial* não existe em nossa legislação nenhum dispositivo que trate especificamente do assunto. Entretanto, a **Constituição Federal**, no seu Título VIII, Capítulo I, Seção II – **Da Saúde**, estabelece:

Art. 199 – *A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.*

(...)

§ 4º – A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e **substâncias humanas** para fins de transplante, pesquisa e **tratamento**, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, **sendo vedado todo tipo de comercialização** (grifos nossos).

A Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências (**Lei dos Transplantes**) estabelece:

Art. 1º – *A disposição gratuita de tecidos, órgãos e partes do corpo humano, em vida ou "post mortem", para fins de transplante e tratamento, é permitida na forma desta Lei.*

Parágrafo único. *Para os efeitos desta Lei, não estão compreendidos entre os tecidos a que se refere este artigo o sangue, o espermatozoide e o óvulo* (grifos nossos).

Do ponto de vista ético, o Código de Ética Médica (CEM), estabelece, em alguns dispositivos, que **é vedado ao médico**:

Artigo 43 – *Descumprir legislação específica nos casos de transplante de órgãos ou tecidos, esterilização, fecundação artificial e abortamento.*

Artigo 68 – *Praticar fecundação artificial sem que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos sobre o procedimento.*

Artigo 75 – *Participar direta ou indiretamente da comercialização de órgãos ou tecidos humanos.*

A **Resolução CFM nº 1.358/92** adota as "*Normas Técnicas para a Utilização das Técnicas de Reprodução Assistida*", levando em consideração a gravidade da infertilidade humana como problema de saúde, com todas as implicações médicas, sociais e psicológicas, e a legitimidade de superá-las; o avanço do conhecimento científico e das técnicas mais atuais que já permitem a solução do problema; a possibilidade real de êxito efetivo quando pelos métodos tradicionais era impossível; e a necessidade de contemplar o uso das técnicas de RA com os princípios da Ética Médica.

De acordo com a Resolução CFM nº 1.358/92, estas técnicas podem ser utilizadas desde que exista probabilidade efetiva de sucesso e não se incorra em risco grave de saúde para a paciente ou o possível descendente. Estabelece ainda que o *consentimento informado* será obrigatório e extensivo aos pacientes inférteis e doadores. Os aspectos médicos envolvendo todas as circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, assim como os resultados já obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. As informações devem atingir também dados de caráter biológico, jurídico, ético e econômico. O documento de consentimento

informado será em formulário especial, e estará completo com a concordância, por escrito, da paciente ou do casal infértil.

No item IV das "*Normas Éticas para a Utilização das Técnicas de RA*" definidas pela Resolução CFM nº 1.358/92, o qual trata especificamente da **doação de gametas** ou pré-embriões, fica estabelecido que:

1. A doação nunca terá caráter lucrativo ou comercial.

(...)

A Resolução CFM supracitada estabelece também que "*é proibido a fecundação de oócitos humanos, com qualquer outra finalidade que não seja a reprodução humana*".

PARTE CONCLUSIVA

A proposta de que pacientes jovens e carentes de recursos doem oócitos, em troca de que os gastos com a medicação de seus tratamentos sejam custeados por pacientes que viessem a receber parte desses oócitos, conforme o perguntado, caracteriza, no nosso entendimento, uma forma de comércio. Na verdade, não se trata de doação, trata-se da venda de oócitos com o objetivo de custear o tratamento.

Pela análise da legislação, verificamos que a *Lei dos Transplantes* (Lei nº 9.434, de 04/02/1997), apesar de estabelecer a disposição gratuita de tecidos, órgãos e partes do corpo humano, exclui sangue e gametas (óvulo e esperma) do alcance da Lei. A **Constituição Federal**, entretanto, no § 4º do Art. 199, estabelece que **é vedado todo tipo de comercialização** de órgãos, tecidos e **substâncias humanas**, para fins de transplante, pesquisa e **tratamento**. Por conseguinte, temos o entendimento de que a troca (ou venda) de oócitos para custear o próprio tratamento de infertilidade infringe este dispositivo constitucional.

Do ponto de vista da *Ética Médica*, estamos convictos de que a intermediação por parte do médico da troca de oócitos pelo custeio da medicação colide com o insculpido no Art. 75 do CEM. A conivência na venda de órgãos, tecidos ou substâncias humanas não encontra amparo no contexto da ética médica. A prática desta forma de mercancia também afronta o estabelecido na Resolução CFM nº 1.358/92, que, ao abordar a **doação de gametas** ou pré-embriões, estabelece que a doação nunca terá caráter lucrativo ou **comercial**.

Ao palmilharmos a seara da bioética, temos o entendimento de que questão da **autonomia do paciente** para fins de pesquisa, uso de métodos diagnósticos ou de **tratamento**, em geral manifestada por um termo de consentimento, também encontra-se prejudicada quando lidamos com pessoas **vulneráveis**, isto é, com pessoas que não têm condições de proteger os próprios interesses, de forma absolutamente livre e esclarecida. É claro que todas as pessoas podem ser entendidas como vulneráveis, pois todas dependem de alguém ou de alguma coisa, ou são susceptíveis à tentação do apelo financeiro. Entretanto, os mais carentes do ponto de vista sócio-econômico, os que estão

em situação de franca dependência e os que não compreendem o que estão consentindo, inclusive por baixa escolaridade, são particularmente vulneráveis. A condição de vulnerabilidade torna o indivíduo fragilizado e passível de ser usado de forma abusiva para atender a interesses que podem não ser exatamente os seus.

Mesmo que surjam algumas manifestações tentando modificar o comportamento em relação *ao mercado de estruturas humanas* – desde a pura compra e venda, até os chamados "incentivos financeiros" – esta prática deve ser plenamente condenada não só pelas graves violações éticas e morais, senão, ainda, pelas nocivas e desastrosas repercussões que isto pode causar entre as pessoas. A regra de não se comercializar estruturas humanas tem o desiderato de garantir sempre o princípio da integridade e da dignidade da pessoa humana.

Este é o parecer, salvo melhor juízo.

Fortaleza, 01 de agosto de 2005.

Dr. Helvécio Neves Feitosa
Cons. Relator



[Imprimir](#)

PROCESSO-CONSULTA CFM Nº 7.509/05 – PARECER CFM Nº 6/06

INTERESSADO: Conselho Regional de Medicina do Estado do Piauí

ASSUNTO: Reprodução assistida

RELATOR: Cons. Pedro Pablo Magalhães Chacel

EMENTA: A Resolução CFM nº 1.358/92 estabelece as normas e limites para a reprodução assistida.

RELATÓRIO

O Conselho Regional de Medicina do Estado do Piauí encaminha consulta feita pelo dr. A.L.E.C., diretor da Clínica Criar Reprodução Assistida, solicitando posição a respeito de perguntas formuladas. O CRM/PI entendeu ser conveniente encaminhar as perguntas para pronunciamento deste Conselho Federal.

Teor da consulta encaminhada ao CRM/PI:

“Senhor presidente,

Venho por meio desta consultar se esse Conselho me autoriza utilizar óvulos doados de uma parente até 2º grau da receptora, sem haver nenhum benefício financeiro para nenhuma das partes envolvidas, bem como a utilização de útero de substitutivo ou temporário, sem ser de uma parente até 2º grau, mas também sem envolvimento financeiro de nenhuma das partes. Isso irá constar do termo de consentimento que será assinado por ambas as partes nos dois casos solicitados. A terceira e última permissão que solicito é para a utilização de óvulos doados, neste caso doação anônima, para uma receptora que também será anônima, só que os custos com as medicações utilizadas pela doadora para estimular seus ovários serão pagos pela receptora, aumentando as chances de ambas engravidarem, e

é chamada de doação compartilhada. Seguem, em anexo, artigos.”

PARECER

1ª pergunta – Podem ser utilizados óvulos doados de uma parente até 2º grau da receptora, sem haver nenhum benefício financeiro para nenhuma das partes envolvidas?

Resposta: A Resolução CFM nº 1.358/92 textualiza em seu item IV – DOAÇÃO DE GAMETAS OU PRÉ-EMBRIÕES que:

2 – Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa.

3 – Obrigatoriamente será mantido o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e pré-embriões, assim como dos receptores.

A resposta à 1ª consulta é **NÃO**.

2ª pergunta – Pode ser utilizado útero de substituição sem que a doadora temporária do útero seja parente até 2º grau da doadora genética, sem qualquer envolvimento financeiro de nenhuma das partes?

Resposta: A Resolução CFM nº 1.358/92 estabelece em seu item VII – SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO (DOAÇÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO) que:

1 – As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família da doadora genética, num parentesco até o 2º grau, sendo os demais casos sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina.

A resposta à segunda consulta também é **NÃO**, ainda que tenha o Conselho Regional autoridade para permitir a doação fora das especificações determinadas pela resolução, em situações específicas, analisadas caso a caso.

A **terceira pergunta** apresentada é sobre a doação compartilhada de óvulos, ficando claro o anonimato da doadora e da receptora.

Resposta – A Resolução CFM nº 1.358/92 é muito explícita quando determina em seu item IV – DOAÇÃO DE GAMETAS OU PRÉ-EMBRIÕES que:

1 – A doação nunca terá caráter lucrativo ou comercial.

No caso em questão, entendo que a compra de medicamentos indutores da ovulação, por parte de uma das interessadas – doação compartilhada, respeitado o anonimato, não representa comercialização de óvulos ou pré-embriões.

Na situação colocada entendo que a doação compartilhada não fere a Resolução CFM nº 1.358/92.

Este é o parecer, SMJ.

Brasília-DF, 12 de maio de 2006

PEDRO PABLO MAGALHÃES CHACEL

Conselheiro Relator



[Imprimir](#)

PROCESSO-CONSULTA CFM Nº 5.924/2004 – PARECER CFM Nº 6/2005

INTERESSADO: Conselho Regional de Medicina do Distrito Federal

ASSUNTO: Autorização para realizar ovulodoação

RELATOR: Cons. Clóvis Francisco Constantino

EMENTA:

Não há transgressão das normas emanadas pela Resolução CFM nº 1.358/92 neste caso específico, pelo fato de que, por razões étnico-culturais muito bem justificadas, ser esta a única forma de atender ao anseio e à necessidade reprodutiva da solicitante

RELATÓRIO

A respeito da consulta acima referida, oriunda do egrégio Conselho Regional de Medicina do Distrito Federal, que menciona aparente descumprimento da Resolução CFM nº 1.358/92 quando da lavra do Parecer-Consulta regional de nº 51/2004, aprovado por maioria de votos e decidido pela concomitante remessa ao Conselho Federal de Medicina, apresento o seguinte parecer:

PARECER

Trata-se de pedido de autorização formulado pela sra. H.L.Y. ao Conselho Regional de Medicina do Distrito Federal para que sua sobrinha Sansei, de vinte e seis anos de idade, possa ser sua doadora de óvulo em técnica de reprodução assistida.

Nesse sentido, ante as justificativas apresentadas pela interessada e o conteúdo do texto resposta, concordo integralmente com o bem elaborado parecer favorável à doação de óvulo pretendida pela consulente

como receptora, lavrado pelo digno conselheiro do Distrito Federal, dr. Pedro Pablo Magalhães Chacel.

Assim justifico: legislar significa criar mecanismos de proteção à sociedade para que ela não fique entregue à própria sorte. Legislar significa expressar em texto a vontade da sociedade; e a vontade da sociedade aperfeiçoa-se na medida em que acontecem os avanços científicos e ético-morais.

Aventuro-me a tecer um paralelo com a legislação sobre o aborto em nosso país, que não prevê a interrupção da gravidez em casos de anencefalia. Contudo, liminar dada pelo ministro do Supremo Tribunal Federal, Marco Aurélio de Mello, liberou o procedimento naquelas circunstâncias entre 1º de julho e 20 de outubro de 2004.

Neste período, estima-se terem ocorrido aproximadamente cinquenta interrupções; cinquenta manifestações de autodeterminação de gestantes que iriam conviver com velório e enterro, em vez de berços, fraldas e aleitamento materno.

Posteriormente, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, cassou a liminar proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde com o apoio técnico e institucional do Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero. Mas, nesse interregno, quanto benefício pôde ser acumulado por um conjunto de cidadãos que protagonizava o convívio angustiante com a morte anunciada de seus fetos, graças ao progresso da medicina fetal!

Neste caso em debate, prezados conselheiros, a Resolução CFM nº 1.358/92 é o único documento legal que normatiza a reprodução assistida em nosso país, mas tem sólido valor legislativo quanto à conduta de médicos relacionada a este tema.

Contudo, dignos julgadores e formadores de jurisprudência em ética médica e bioética, estamos diante da particularidade de alguém, muito bem considerada nos argumentos apresentados.

Atuemos como juízes com alto grau de sensibilidade e concedamos esta “medida liminar”, com o objetivo de cercar de legalidade – porquanto cercado de moralidade, ética, humanidade e sentido de autonomia já o é – aquele ato proposto pela consulente, sra. H.L.Y.

Opino no sentido de que a ovulodoação pretendida seja autorizada.

Este é o parecer, SMJ.

Brasília-DF, 18 de fevereiro de 2005

CLÓVIS FRANCISCO CONSTANTINO
Conselheiro Relator

TRANSCRIÇÃO DO PARECER DO CRM-DF

PROTOCOLO GERAL Nº 5.552/04

CONSULTA: 51/04

DATA DE ENTRADA: 11/8/04

ORIGEM: Sra. H.L.Y.

ASSUNTO: Solicita autorização deste Conselho para realizar ovulodoação

A sra. H.L.Y. encaminha ao CRM-DF consulta, datada de 11/8/04, nos seguintes termos:

“Tenho 45 anos de idade; estou casada há 6 anos e não consegui engravidar naturalmente.

Desde 2000, fiz algumas tentativas, entre elas a inseminação artificial, e não obtive sucesso. Após ter feito o exame de FSH, dosagem hormonal, constatei que devido à minha idade não é mais possível engravidar com meus óvulos. Assim, me inscrevi no HMIB para receber ovulodoação, que apesar da minha idade não apresenta nenhum risco. Pelo fato de a minha doadora ter de ser também oriental, recorri também a médicos em São Paulo, pois lá a comunidade japonesa é bem maior do que aqui em Brasília, mas até hoje não apareceu nenhuma doadora. Só agora, recentemente, descobri que mulheres japonesas não doam seus óvulos.

Numa conversa com minha sobrinha de 26 anos, Sansei, ela concordou plenamente em ser minha doadora.

A médica da Reprodução Humana do HMIB que vem me acompanhando, dra. K.M.S., solicita para que possa realizar a ovulodoação uma autorização deste Conselho, para ter respaldo legal.

Diante disso, peço uma atenção especial pois trata-se de um caso pouco comum e que numa clínica particular, em São Paulo, só foi exigida uma autorização, com firma reconhecida, da minha sobrinha, mas o tratamento está além das nossas possibilidades, pois custa em torno de R\$ 10.000,00 (dez mil

reais). Dessa forma, fazemos aqui nosso apelo pois queremos muito ter um filho e quanto mais o tempo passa mais rigorosa a natureza se torna com a mulher. Sabemos que não há exatamente uma lei que proíba às mães se conhecerem, existe apenas uma recomendação. Como vimos, nunca haverão doadoras nisseis voluntárias, a não ser assim, de alguém da família. Minha sobrinha se prontifica a dar a autorização que for necessária.

Prontos para maiores esclarecimentos e certos que seremos atendidos, somos antecipadamente muito gratos. H.L.Y.”.

Considerações gerais e discussão

Até esta data, o único documento legal normatizando a reprodução assistida é a Resolução CFM nº 1.358/92. Atualmente, estão tramitando no Congresso Nacional, projetos de lei a respeito da reprodução assistida. Ao contrário do que pensa a consulente, a resolução do Conselho Federal de Medicina tem valor normativo quanto à conduta dos médicos. O médico de São Paulo, que apenas exige autorização da doadora, se identificado e provada sua conduta está sujeito à penalização por parte do Conselho, que pode ir de uma advertência sigilosa até a cassação do exercício profissional.

Para avaliação da consulta apresentada são importantes os seguintes artigos da Resolução CFM nº 1.358/92:

“III - REFERENTE ÀS CLÍNICAS, CENTROS OU SERVIÇOS QUE APLICAM TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

As clínicas, centros ou serviços que aplicam técnicas de reprodução assistida (RA) são responsáveis pelo controle de doenças infecto-contagiosas, coleta, manuseio, conservação, distribuição e transferência de material biológico humano para a usuária de técnicas de RA, devendo apresentar como requisitos mínimos:

1 – um responsável por todos os procedimentos médicos e laboratoriais executados, que será obrigatoriamente um médico.

IV – DOAÇÃO DE GAMETAS OU PRÉ-EMBRIÕES

1 – A doação nunca terá caráter lucrativo ou comercial.

2 – Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa.

3 – Obrigatoriamente será mantido o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas ou pré-embriões, assim como dos receptores. Em situações especiais, as informações sobre doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do doador.

4 – As clínicas, centros ou serviços que empregam a doação devem manter, de forma permanente, um registro de dados clínicos de caráter geral, características fenotípicas e uma amostra de material celular dos doadores.

(...)

6 – A escolha dos doadores é de responsabilidade da unidade. Dentro do possível deverá garantir que o doador tenha a maior semelhança fenotípica e imunológica e a máxima possibilidade de compatibilidade com a receptora.

VII – SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO (DOAÇÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO)

As clínicas, centros ou serviços de reprodução humana podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição desde que exista um problema médico que impeça ou contra-indique a gestação na doadora genética.

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

2- A doação temporária do útero não pode ter caráter lucrativo ou comercial”.

Na espécie humana, intelectualizada, a sexualidade é praticada por um ato de vontade entre os parceiros. Logicamente, como ato de vontade, é necessário que, em princípio, seja um ato agradável, porque sem isso muito provavelmente estaria prejudicada a reprodução da espécie.

A fertilização, aceita ou não, é ato puramente biológico e de prazer. A paternidade é assumida, mas a maternidade decorre também de uma

aceitação e vontade de gestar, parir e ter um filho. O doador de gameta dificilmente está assumindo uma paternidade/maternidade e a resolução respeita esta condição, mantendo o sigilo sobre sua identidade por haver a possibilidade de a pessoa nascida pelo processo de fertilização *in vitro* querer saber a identidade de um pai/mãe biológico, que em momento algum assumiu sua paternidade/maternidade.

Esta medida protege tanto o doador, que muito provavelmente não faria tal doação se não tivesse a garantia do sigilo, como os próprios pai/mãe, que provavelmente não se submeteriam ao processo sem garantia de que o filho por eles assumido não iria, por qualquer motivo, procurar seu pai/mãe genético.

A gestação de substituição (doação temporária do útero) é feita como empréstimo do útero de pessoas da família, até o segundo grau, pelo fato desta mulher que doa o útero, sendo uma estranha, poder desejar assumir a maternidade de uma pessoa que embora não sendo biologicamente seu filho foi por ela gestado e parido. No entanto, a situação proposta não é esta, uma vez que não se coloca a impossibilidade da doadora de desenvolver prole. O risco seria da doadora temporária do útero desejar assumir uma maternidade não previamente combinada com a doadora do gameta. As situações estão claramente colocadas, uma vez que quem vai assumir a maternidade é a pessoa que vai gestar e parir. Coloco aqui a doação temporária do útero apenas para mostrar que a condição de sigilo não é absoluta.

Não tem este parecerista dúvida em concordar com a fertilização como proposta, utilizando gameta de parente, por dificuldades decorrentes de hábitos culturais que dificultam ou impedem conseguir um doador que tenha as características fenotípicas necessárias às condições da família”.

É o parecer, SMJ.

PEDRO PABLO MAGALHÃES CHACEL

Conselheiro



[Imprimir](#)

PROCESSO-CONSULTA CFM Nº 5.924/2004 – PARECER CFM Nº 6/2005

INTERESSADO: Conselho Regional de Medicina do Distrito Federal

ASSUNTO: Autorização para realizar ovulodoação

RELATOR: Cons. Clóvis Francisco Constantino

EMENTA:

Não há transgressão das normas emanadas pela Resolução CFM nº 1.358/92 neste caso específico, pelo fato de que, por razões étnico-culturais muito bem justificadas, ser esta a única forma de atender ao anseio e à necessidade reprodutiva da solicitante

RELATÓRIO

A respeito da consulta acima referida, oriunda do egrégio Conselho Regional de Medicina do Distrito Federal, que menciona aparente descumprimento da Resolução CFM nº 1.358/92 quando da lavra do Parecer-Consulta regional de nº 51/2004, aprovado por maioria de votos e decidido pela concomitante remessa ao Conselho Federal de Medicina, apresento o seguinte parecer:

PARECER

Trata-se de pedido de autorização formulado pela sra. H.L.Y. ao Conselho Regional de Medicina do Distrito Federal para que sua sobrinha Sansei, de vinte e seis anos de idade, possa ser sua doadora de óvulo em técnica de reprodução assistida.

Nesse sentido, ante as justificativas apresentadas pela interessada e o conteúdo do texto resposta, concordo integralmente com o bem elaborado parecer favorável à doação de óvulo pretendida pela consulente

como receptora, lavrado pelo digno conselheiro do Distrito Federal, dr. Pedro Pablo Magalhães Chacel.

Assim justifico: legislar significa criar mecanismos de proteção à sociedade para que ela não fique entregue à própria sorte. Legislar significa expressar em texto a vontade da sociedade; e a vontade da sociedade aperfeiçoa-se na medida em que acontecem os avanços científicos e ético-morais.

Aventuro-me a tecer um paralelo com a legislação sobre o aborto em nosso país, que não prevê a interrupção da gravidez em casos de anencefalia. Contudo, liminar dada pelo ministro do Supremo Tribunal Federal, Marco Aurélio de Mello, liberou o procedimento naquelas circunstâncias entre 1º de julho e 20 de outubro de 2004.

Neste período, estima-se terem ocorrido aproximadamente cinquenta interrupções; cinquenta manifestações de autodeterminação de gestantes que iriam conviver com velório e enterro, em vez de berços, fraldas e aleitamento materno.

Posteriormente, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, cassou a liminar proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde com o apoio técnico e institucional do Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero. Mas, nesse interregno, quanto benefício pôde ser acumulado por um conjunto de cidadãos que protagonizava o convívio angustiante com a morte anunciada de seus fetos, graças ao progresso da medicina fetal!

Neste caso em debate, prezados conselheiros, a Resolução CFM nº 1.358/92 é o único documento legal que normatiza a reprodução assistida em nosso país, mas tem sólido valor legislativo quanto à conduta de médicos relacionada a este tema.

Contudo, dignos julgadores e formadores de jurisprudência em ética médica e bioética, estamos diante da particularidade de alguém, muito bem considerada nos argumentos apresentados.

Atuemos como juízes com alto grau de sensibilidade e concedamos esta “medida liminar”, com o objetivo de cercar de legalidade – porquanto cercado de moralidade, ética, humanidade e sentido de autonomia já o é – aquele ato proposto pela consulente, sra. H.L.Y.

Opino no sentido de que a ovulodoação pretendida seja autorizada.

Este é o parecer, SMJ.

Brasília-DF, 18 de fevereiro de 2005

CLÓVIS FRANCISCO CONSTANTINO
Conselheiro Relator

TRANSCRIÇÃO DO PARECER DO CRM-DF

PROTOCOLO GERAL Nº 5.552/04

CONSULTA: 51/04

DATA DE ENTRADA: 11/8/04

ORIGEM: Sra. H.L.Y.

ASSUNTO: Solicita autorização deste Conselho para realizar ovulodoação

A sra. H.L.Y. encaminha ao CRM-DF consulta, datada de 11/8/04, nos seguintes termos:

“Tenho 45 anos de idade; estou casada há 6 anos e não consegui engravidar naturalmente.

Desde 2000, fiz algumas tentativas, entre elas a inseminação artificial, e não obtive sucesso. Após ter feito o exame de FSH, dosagem hormonal, constatei que devido à minha idade não é mais possível engravidar com meus óvulos. Assim, me inscrevi no HMIB para receber ovulodoação, que apesar da minha idade não apresenta nenhum risco. Pelo fato de a minha doadora ter de ser também oriental, recorri também a médicos em São Paulo, pois lá a comunidade japonesa é bem maior do que aqui em Brasília, mas até hoje não apareceu nenhuma doadora. Só agora, recentemente, descobri que mulheres japonesas não doam seus óvulos.

Numa conversa com minha sobrinha de 26 anos, Sansei, ela concordou plenamente em ser minha doadora.

A médica da Reprodução Humana do HMIB que vem me acompanhando, dra. K.M.S., solicita para que possa realizar a ovulodoação uma autorização deste Conselho, para ter respaldo legal.

Diante disso, peço uma atenção especial pois trata-se de um caso pouco comum e que numa clínica particular, em São Paulo, só foi exigida uma autorização, com firma reconhecida, da minha sobrinha, mas o tratamento está além das nossas possibilidades, pois custa em torno de R\$ 10.000,00 (dez mil

reais). Dessa forma, fazemos aqui nosso apelo pois queremos muito ter um filho e quanto mais o tempo passa mais rigorosa a natureza se torna com a mulher. Sabemos que não há exatamente uma lei que proíba às mães se conhecerem, existe apenas uma recomendação. Como vimos, nunca haverão doadoras nisseis voluntárias, a não ser assim, de alguém da família. Minha sobrinha se prontifica a dar a autorização que for necessária.

Prontos para maiores esclarecimentos e certos que seremos atendidos, somos antecipadamente muito gratos. H.L.Y.”.

Considerações gerais e discussão

Até esta data, o único documento legal normatizando a reprodução assistida é a Resolução CFM nº 1.358/92. Atualmente, estão tramitando no Congresso Nacional, projetos de lei a respeito da reprodução assistida. Ao contrário do que pensa a consulente, a resolução do Conselho Federal de Medicina tem valor normativo quanto à conduta dos médicos. O médico de São Paulo, que apenas exige autorização da doadora, se identificado e provada sua conduta está sujeito à penalização por parte do Conselho, que pode ir de uma advertência sigilosa até a cassação do exercício profissional.

Para avaliação da consulta apresentada são importantes os seguintes artigos da Resolução CFM nº 1.358/92:

“III - REFERENTE ÀS CLÍNICAS, CENTROS OU SERVIÇOS QUE APLICAM TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

As clínicas, centros ou serviços que aplicam técnicas de reprodução assistida (RA) são responsáveis pelo controle de doenças infecto-contagiosas, coleta, manuseio, conservação, distribuição e transferência de material biológico humano para a usuária de técnicas de RA, devendo apresentar como requisitos mínimos:

1 – um responsável por todos os procedimentos médicos e laboratoriais executados, que será obrigatoriamente um médico.

IV – DOAÇÃO DE GAMETAS OU PRÉ-EMBRIÕES

1 – A doação nunca terá caráter lucrativo ou comercial.

2 – Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa.

3 – Obrigatoriamente será mantido o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas ou pré-embriões, assim como dos receptores. Em situações especiais, as informações sobre doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do doador.

4 – As clínicas, centros ou serviços que empregam a doação devem manter, de forma permanente, um registro de dados clínicos de caráter geral, características fenotípicas e uma amostra de material celular dos doadores.

(...)

6 – A escolha dos doadores é de responsabilidade da unidade. Dentro do possível deverá garantir que o doador tenha a maior semelhança fenotípica e imunológica e a máxima possibilidade de compatibilidade com a receptora.

VII – SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO (DOAÇÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO)

As clínicas, centros ou serviços de reprodução humana podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição desde que exista um problema médico que impeça ou contra-indique a gestação na doadora genética.

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

2- A doação temporária do útero não pode ter caráter lucrativo ou comercial”.

Na espécie humana, intelectualizada, a sexualidade é praticada por um ato de vontade entre os parceiros. Logicamente, como ato de vontade, é necessário que, em princípio, seja um ato agradável, porque sem isso muito provavelmente estaria prejudicada a reprodução da espécie.

A fertilização, aceita ou não, é ato puramente biológico e de prazer. A paternidade é assumida, mas a maternidade decorre também de uma

aceitação e vontade de gestar, parir e ter um filho. O doador de gameta dificilmente está assumindo uma paternidade/maternidade e a resolução respeita esta condição, mantendo o sigilo sobre sua identidade por haver a possibilidade de a pessoa nascida pelo processo de fertilização *in vitro* querer saber a identidade de um pai/mãe biológico, que em momento algum assumiu sua paternidade/maternidade.

Esta medida protege tanto o doador, que muito provavelmente não faria tal doação se não tivesse a garantia do sigilo, como os próprios pai/mãe, que provavelmente não se submeteriam ao processo sem garantia de que o filho por eles assumido não iria, por qualquer motivo, procurar seu pai/mãe genético.

A gestação de substituição (doação temporária do útero) é feita como empréstimo do útero de pessoas da família, até o segundo grau, pelo fato desta mulher que doa o útero, sendo uma estranha, poder desejar assumir a maternidade de uma pessoa que embora não sendo biologicamente seu filho foi por ela gestado e parido. No entanto, a situação proposta não é esta, uma vez que não se coloca a impossibilidade da doadora de desenvolver prole. O risco seria da doadora temporária do útero desejar assumir uma maternidade não previamente combinada com a doadora do gameta. As situações estão claramente colocadas, uma vez que quem vai assumir a maternidade é a pessoa que vai gestar e parir. Coloco aqui a doação temporária do útero apenas para mostrar que a condição de sigilo não é absoluta.

Não tem este parecerista dúvida em concordar com a fertilização como proposta, utilizando gameta de parente, por dificuldades decorrentes de hábitos culturais que dificultam ou impedem conseguir um doador que tenha as características fenotípicas necessárias às condições da família”.

É o parecer, SMJ.

PEDRO PABLO MAGALHÃES CHACEL

Conselheiro



[Imprimir](#)

PROCESSO-CONSULTA CFM Nº 5.924/2004 – PARECER CFM Nº 6/2005

INTERESSADO: Conselho Regional de Medicina do Distrito Federal

ASSUNTO: Autorização para realizar ovulodação

RELATOR: Cons. Clóvis Francisco Constantino

EMENTA:

Não há transgressão das normas emanadas pela Resolução CFM nº 1.358/92 neste caso específico, pelo fato de que, por razões étnico-culturais muito bem justificadas, ser esta a única forma de atender ao anseio e à necessidade reprodutiva da solicitante

RELATÓRIO

A respeito da consulta acima referida, oriunda do egrégio Conselho Regional de Medicina do Distrito Federal, que menciona aparente descumprimento da Resolução CFM nº 1.358/92 quando da lavra do Parecer-Consulta regional de nº 51/2004, aprovado por maioria de votos e decidido pela concomitante remessa ao Conselho Federal de Medicina, apresento o seguinte parecer:

PARECER

Trata-se de pedido de autorização formulado pela sra. H.L.Y. ao Conselho Regional de Medicina do Distrito Federal para que sua sobrinha Sansei, de vinte e seis anos de idade, possa ser sua doadora de óvulo em técnica de reprodução assistida.

Nesse sentido, ante as justificativas apresentadas pela interessada e o conteúdo do texto resposta, concordo integralmente com o bem elaborado parecer favorável à doação de óvulo pretendida pela consulente

como receptora, lavrado pelo digno conselheiro do Distrito Federal, dr. Pedro Pablo Magalhães Chacel.

Assim justifico: legislar significa criar mecanismos de proteção à sociedade para que ela não fique entregue à própria sorte. Legislar significa expressar em texto a vontade da sociedade; e a vontade da sociedade aperfeiçoa-se na medida em que acontecem os avanços científicos e ético-morais.

Aventuro-me a tecer um paralelo com a legislação sobre o aborto em nosso país, que não prevê a interrupção da gravidez em casos de anencefalia. Contudo, liminar dada pelo ministro do Supremo Tribunal Federal, Marco Aurélio de Mello, liberou o procedimento naquelas circunstâncias entre 1º de julho e 20 de outubro de 2004.

Neste período, estima-se terem ocorrido aproximadamente cinquenta interrupções; cinquenta manifestações de autodeterminação de gestantes que iriam conviver com velório e enterro, em vez de berços, fraldas e aleitamento materno.

Posteriormente, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, cassou a liminar proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde com o apoio técnico e institucional do Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero. Mas, nesse interregno, quanto benefício pôde ser acumulado por um conjunto de cidadãos que protagonizava o convívio angustiante com a morte anunciada de seus fetos, graças ao progresso da medicina fetal!

Neste caso em debate, prezados conselheiros, a Resolução CFM nº 1.358/92 é o único documento legal que normatiza a reprodução assistida em nosso país, mas tem sólido valor legislativo quanto à conduta de médicos relacionada a este tema.

Contudo, dignos julgadores e formadores de jurisprudência em ética médica e bioética, estamos diante da particularidade de alguém, muito bem considerada nos argumentos apresentados.

Atuemos como juízes com alto grau de sensibilidade e concedamos esta “medida liminar”, com o objetivo de cercar de legalidade – porquanto cercado de moralidade, ética, humanidade e sentido de autonomia já o é – aquele ato proposto pela consulente, sra. H.L.Y.

Opino no sentido de que a ovulodoação pretendida seja autorizada.

Este é o parecer, SMJ.

Brasília-DF, 18 de fevereiro de 2005

CLÓVIS FRANCISCO CONSTANTINO
Conselheiro Relator

TRANSCRIÇÃO DO PARECER DO CRM-DF

PROTOCOLO GERAL Nº 5.552/04

CONSULTA: 51/04

DATA DE ENTRADA: 11/8/04

ORIGEM: Sra. H.L.Y.

ASSUNTO: Solicita autorização deste Conselho para realizar ovulodoação

A sra. H.L.Y. encaminha ao CRM-DF consulta, datada de 11/8/04, nos seguintes termos:

“Tenho 45 anos de idade; estou casada há 6 anos e não consegui engravidar naturalmente.

Desde 2000, fiz algumas tentativas, entre elas a inseminação artificial, e não obtive sucesso. Após ter feito o exame de FSH, dosagem hormonal, constatei que devido à minha idade não é mais possível engravidar com meus óvulos. Assim, me inscrevi no HMIB para receber ovulodoação, que apesar da minha idade não apresenta nenhum risco. Pelo fato de a minha doadora ter de ser também oriental, recorri também a médicos em São Paulo, pois lá a comunidade japonesa é bem maior do que aqui em Brasília, mas até hoje não apareceu nenhuma doadora. Só agora, recentemente, descobri que mulheres japonesas não doam seus óvulos.

Numa conversa com minha sobrinha de 26 anos, Sansei, ela concordou plenamente em ser minha doadora.

A médica da Reprodução Humana do HMIB que vem me acompanhando, dra. K.M.S., solicita para que possa realizar a ovulodoação uma autorização deste Conselho, para ter respaldo legal.

Diante disso, peço uma atenção especial pois trata-se de um caso pouco comum e que numa clínica particular, em São Paulo, só foi exigida uma autorização, com firma reconhecida, da minha sobrinha, mas o tratamento está além das nossas possibilidades, pois custa em torno de R\$ 10.000,00 (dez mil

reais). Dessa forma, fazemos aqui nosso apelo pois queremos muito ter um filho e quanto mais o tempo passa mais rigorosa a natureza se torna com a mulher. Sabemos que não há exatamente uma lei que proíba às mães se conhecerem, existe apenas uma recomendação. Como vimos, nunca haverão doadoras nisseis voluntárias, a não ser assim, de alguém da família. Minha sobrinha se prontifica a dar a autorização que for necessária.

Prontos para maiores esclarecimentos e certos que seremos atendidos, somos antecipadamente muito gratos. H.L.Y.”.

Considerações gerais e discussão

Até esta data, o único documento legal normatizando a reprodução assistida é a Resolução CFM nº 1.358/92. Atualmente, estão tramitando no Congresso Nacional, projetos de lei a respeito da reprodução assistida. Ao contrário do que pensa a consulente, a resolução do Conselho Federal de Medicina tem valor normativo quanto à conduta dos médicos. O médico de São Paulo, que apenas exige autorização da doadora, se identificado e provada sua conduta está sujeito à penalização por parte do Conselho, que pode ir de uma advertência sigilosa até a cassação do exercício profissional.

Para avaliação da consulta apresentada são importantes os seguintes artigos da Resolução CFM nº 1.358/92:

“III - REFERENTE ÀS CLÍNICAS, CENTROS OU SERVIÇOS QUE APLICAM TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

As clínicas, centros ou serviços que aplicam técnicas de reprodução assistida (RA) são responsáveis pelo controle de doenças infecto-contagiosas, coleta, manuseio, conservação, distribuição e transferência de material biológico humano para a usuária de técnicas de RA, devendo apresentar como requisitos mínimos:

1 – um responsável por todos os procedimentos médicos e laboratoriais executados, que será obrigatoriamente um médico.

IV – DOAÇÃO DE GAMETAS OU PRÉ-EMBRIÕES

1 – A doação nunca terá caráter lucrativo ou comercial.

2 – Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa.

3 – Obrigatoriamente será mantido o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas ou pré-embriões, assim como dos receptores. Em situações especiais, as informações sobre doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do doador.

4 – As clínicas, centros ou serviços que empregam a doação devem manter, de forma permanente, um registro de dados clínicos de caráter geral, características fenotípicas e uma amostra de material celular dos doadores.

(...)

6 – A escolha dos doadores é de responsabilidade da unidade. Dentro do possível deverá garantir que o doador tenha a maior semelhança fenotípica e imunológica e a máxima possibilidade de compatibilidade com a receptora.

VII – SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO (DOAÇÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO)

As clínicas, centros ou serviços de reprodução humana podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição desde que exista um problema médico que impeça ou contra-indique a gestação na doadora genética.

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

2- A doação temporária do útero não pode ter caráter lucrativo ou comercial”.

Na espécie humana, intelectualizada, a sexualidade é praticada por um ato de vontade entre os parceiros. Logicamente, como ato de vontade, é necessário que, em princípio, seja um ato agradável, porque sem isso muito provavelmente estaria prejudicada a reprodução da espécie.

A fertilização, aceita ou não, é ato puramente biológico e de prazer. A paternidade é assumida, mas a maternidade decorre também de uma

aceitação e vontade de gestar, parir e ter um filho. O doador de gameta dificilmente está assumindo uma paternidade/maternidade e a resolução respeita esta condição, mantendo o sigilo sobre sua identidade por haver a possibilidade de a pessoa nascida pelo processo de fertilização *in vitro* querer saber a identidade de um pai/mãe biológico, que em momento algum assumiu sua paternidade/maternidade.

Esta medida protege tanto o doador, que muito provavelmente não faria tal doação se não tivesse a garantia do sigilo, como os próprios pai/mãe, que provavelmente não se submeteriam ao processo sem garantia de que o filho por eles assumido não iria, por qualquer motivo, procurar seu pai/mãe genético.

A gestação de substituição (doação temporária do útero) é feita como empréstimo do útero de pessoas da família, até o segundo grau, pelo fato desta mulher que doa o útero, sendo uma estranha, poder desejar assumir a maternidade de uma pessoa que embora não sendo biologicamente seu filho foi por ela gestado e parido. No entanto, a situação proposta não é esta, uma vez que não se coloca a impossibilidade da doadora de desenvolver prole. O risco seria da doadora temporária do útero desejar assumir uma maternidade não previamente combinada com a doadora do gameta. As situações estão claramente colocadas, uma vez que quem vai assumir a maternidade é a pessoa que vai gestar e parir. Coloco aqui a doação temporária do útero apenas para mostrar que a condição de sigilo não é absoluta.

Não tem este parecerista dúvida em concordar com a fertilização como proposta, utilizando gameta de parente, por dificuldades decorrentes de hábitos culturais que dificultam ou impedem conseguir um doador que tenha as características fenotípicas necessárias às condições da família”.

É o parecer, SMJ.

PEDRO PABLO MAGALHÃES CHACEL

Conselheiro

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO PARANÁ

RUA VICTÓRIO VIEZZER, 84 - CAIXA POSTAL 2.208 - CEP 80810-340 - CURITIBA - PR
FONE: (41) 3240-4000 - FAX: (41) 3240-4001 - SITE: www.crmpr.org.br - E-MAIL: protocolo@crmpr.org.br

PARECER Nº 2134/2010 CRM-PR

PROCESSO CONSULTA N.º 192/2009 – PROTOCOLO N.º 14337/2009

ASSUNTO: FERTILIZAÇÃO IN VITRO

PARECISTAS: CONS. ANA MARIA SILVEIRA MACHADO DE MORAES E

CONS. HÉLCIO BERTOLOZZI SOARES

EMENTA: Fertilização in vitro

CONSULTA

Em documento encaminhado ao Conselho Regional de Medicina do Paraná, a consulente Sra. XXXX, 48 anos, encaminha consulta com o seguinte teor:

A consulente é casada pela segunda vez, deseja muito engravidar, mas, após realização de todos os exames necessários foi informada de que seria muito difícil obter sucesso nessa tentativa. Foi então colocada a possibilidade de fertilização com óvulos doados por pessoa desconhecida, mas o casal não aceitou essa idéia, pois deseja um filho que tenha o material genético do casal. Assim, o casal solicitou à filha da senhora Vânia, com 23 anos de idade, e ela concordou em ser doadora dos óvulos e requer do CRM a autorização para o procedimento.

FUNDAMENTAÇÃO E PARECER

A intervenção na reprodução humana através da ciência e da tecnologia é ética e moralmente admissível, desde que respeite os valores fundamentais do ser humano, a unidade familiar e a licitude dos meios e dos fins. A preocupação basilar deve ser a preservação dos direitos do embrião e da criança, garantindo-lhes um desenvolvimento saudável dentro da família. A doação de gametas está indicada nos casos em que um ou ambos os componentes do casal não possuem gametas, ou nos casos em que uma doença genética pode ser transmitida com alta freqüência para seus descendentes.

Nesse sentido, a Resolução CFM nº 1.358/92, inciso IV, estabelece a gratuidade da doação e o anonimato dos doadores e receptores de gametas e pré-embriões. Estabelece ainda

que, em situações especiais ditadas por necessidade médica, as informações clínicas do doador podem ser fornecidas, resguardando-se, no entanto, sua identidade. Estabelece ainda, que a escolha dos doadores é de inteira responsabilidade da unidade prestadora dos serviços, devendo garantir a maior semelhança fenotípica e imunológica com a receptora.

A manutenção do anonimato entre doadores e receptores é de fundamental importância no sentido de se evitar, no futuro, complexas situações emocionais e legais entre doadores e receptores, com repercussões no desenvolvimento psicológico das crianças nascidas por meio desse procedimento.

Transcrevo um trecho do livro Iniciação à Bioética, escrito por Antonio Henrique Pedrosa Neto e José Gonçalves Franco Júnior, que descreve, nas páginas 118 e 119, de forma bastante lúcida as complicações advindas da perda do anonimato, já denominada por alguns autores como “crise de identidade genealógica”. “ A perda do anonimato poderia causar situações anômalas, onde os doadores de gametas poderiam ser um dos filhos do casal (como a filha doando óvulos para a mãe, por exemplo), aumentando, sobremaneira, os riscos de problemas emocionais para os envolvidos. A ocorrência de complicações obstétricas ou o nascimento de crianças com incapacidades físicas ou mentais, morte da receptora ou do conceito, poderiam criar para os doadores importantes problemas psicológicos, como sentimento de culpa e de perda. Independentemente da idade cronológica do doador, como nem sempre é possível determinar com precisão sua capacidade de suportar ou superar tensões emocionais, a doação de gametas por filhos de casal infértil deveria ser considerada de alto risco para o desenvolvimento de problemas psíquicos, sendo fundamental evitar esse tipo de doação”.

Analisando o referido caso, considerando a Resolução CFM 1.358/92, inciso IV, que determina o anonimato entre os doadores receptores, e as considerações expostas do risco psicológico advindo desse procedimento, para todos os envolvidos, em especial a doadora e a criança gerada, somos de parecer desfavorável a que o Conselho Regional de Medicina autorize o procedimento de doação de gametas solicitado.

É o parecer.

Curitiba, 29 de dezembro de 2009.

Cons^a. ANA MARIA SILVEIRA MACHADO DE MORAES
Parecerista

Cons. HÉLCIO BERTOLOZZI SOARES
Parecerista

Aprovado em Reunião Plenária n.º 2418.ª de 11/01/2010 – CÂM I.



CREMEB
CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DA BAHIA

PARECER CREMEB Nº 37/12
(Aprovado em Sessão Plenária de 21/11/2012)

EXPEDIENTE CONSULTA Nº 015.283/12

ASSUNTO: Autorização para Fertilização in Vitro (FIV).

RELATORA: Cons.^a Isa Urbano Bessa

EMENTA: Os doadores de gametas ou embriões não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa. A fertilização de óvulos ocorrerá por doador anônimo selecionado pela unidade de saúde responsável pela fertilização in vitro. Nas relações homoafetivas femininas as transferências dos óvulos fecundados serão realizadas para o útero de uma das parceiras.

Da Consulta:

Em correspondência enviada ao CREMEB, Consulente do sexo feminino, solicita autorização para fertilização "in vitro" (FIV), pois vivendo na condição de União Estável e sabendo que as taxas de sucesso diminuem com o avançar da idade é seu desejo que os óvulos da sua companheira sejam fertilizados por seu doador consanguíneo, se concretizando a união das duas famílias.

Cita a unidade de saúde e a médica que deve ser autorizada a realizar o procedimento. Apresenta em anexo escritura de União Estável.

Da Fundamentação:

As relações homoafetivas e a condição homossexual, anteriormente tratados com intolerância, discriminação e truculência, vem ao longo do tempo conquistando a aceitação e o respeito da sociedade, que mostra ser capaz de conviver e aceitar a diversidade. As manifestações públicas defendendo o direito de ostentar a condição sexual encontram adesão cada vez maior da população, levando as pessoas a assumirem sua orientação homossexual.

Os desdobramentos éticos, jurídicos, sociológicos, religiosos e na área da reprodução humana provocaram discussão nessas esferas, mudando conceitos e quebrando paradigmas de forma gradativa e evolutiva na aceitação dos novos costumes.

A decisão judicial inédita que concedeu a casal homossexual dupla paternidade de bebê fertilizado in vitro, da lavra do **Juiz Clérico Bezerra e Silva - Tribunal de Justiça de Pernambuco em 28/02/2012**, brilhantemente fundamentada e amplamente divulgada, corroborou com o entendimento de que o Judiciário não pode mais ignorar as relações homoafetivas.



O conceito de família, com as uniões homoafetivas, tornou-se plural respeitando-se mais a natureza do vínculo que une seus integrantes do que seu formato ou o modo de sua constituição. O elo da afetividade passa a ter maior representatividade como elemento identificador dos vínculos familiares e como afirma **Maria Berenice Dias em seu Manual de Direitos Familiares, 47, “A nenhuma espécie de vínculo que tenha por base o afeto pode-se deixar de conferir Status de entidade familiar, merecedora da proteção do Estado, pois a Constituição consagra, em norma pétrea, o respeito à dignidade humana”**. Portanto, não se pode negar aos homossexuais o sonho da maternidade e da paternidade, através da adoção ou da reprodução assistida.

O Conselho Federal de Medicina e os Conselhos Regionais diante da evolução dos costumes e avanços no campo da reprodução assistida, respaldado nas leis do país e em especial no **Código de Ética Médica**, que proclama como primeiro Princípio Fundamental **“A medicina é uma profissão a serviço da saúde do ser humano e da coletividade e será exercida sem discriminação de nenhuma natureza”** e também dá ao médico o direito de **“Exercer a medicina sem ser discriminado por questões de religião, etnia, sexo, nacionalidade, cor, orientação sexual, idade, condição social, opinião política ou de qualquer outra natureza”**, vem exercendo o seu papel adotando normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, em especial através da **Resolução CFM 1957/2010**, publicada em 06 de janeiro de 2011 em substituição à Resolução CFM 1358/92, no seu Anexo Único, Item IV, que trata da doação de gametas ou embriões estabelece:

- 1 - A doação nunca terá caráter lucrativo ou comercial.
- 2 - Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa.
- 3 - Obrigatoriamente será mantido o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e embriões, bem como dos receptores. Em situações especiais, as informações sobre doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do doador.
- 4 - As clínicas, centros ou serviços que empregam a doação devem manter, de forma permanente, um registro de dados clínicos de caráter geral, características fenotípicas e uma amostra de material celular dos doadores.
- 5 - Na região de localização da unidade, o registro dos nascimentos evitará que um(a) doador(a) venha a produzir mais do que uma gestação de criança de sexo diferente numa área de um milhão de habitantes.
- 6 - A escolha dos doadores é de responsabilidade da unidade. Dentro do possível deverá garantir que o doador tenha a maior semelhança fenotípica e imunológica e a máxima possibilidade de compatibilidade com a receptora.
- 7 - Não será permitido ao médico responsável pelas clínicas, unidades ou serviços, nem aos integrantes da equipe multidisciplinar que nelas trabalham participar como doador nos programas de RA.

Do Parecer:

A consulente expressa seu desejo em ver fertilizados os óvulos da sua companheira por um doador consanguíneo, estabelecendo-se assim a união de forma plena, com carga genética das duas famílias.



CREMEB
CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DA BAHIA

A reprodução humana através da fertilização in vitro é ética, mas faz-se mister a observância de postulados lícitos dos meios e fins. Devem ser preservados os direitos do embrião e da criança, seu desenvolvimento em uma estrutura familiar com vínculos afetivos e que valorize os princípios fundamentais do ser humano.

Nesse viés, é de extrema importância a manutenção do sigilo sobre a identidade dos doadores assim como dos receptores. A ruptura desse anonimato pode levar a transtornos legais, emocionais e psicológicos em todos os envolvidos no processo e especialmente nas crianças nascidas por meio da FIV.

A Resolução CFM Nº 1957/2010 em seu Anexo Único, quando trata de gametas e embriões, estabelece dentre seus itens:

“Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa.”

Nesta esteira, a fertilização dos óvulos da companheira da Consulente por doador consanguíneo não tem respaldo legal. A fertilização dos óvulos deve ser feita por doador anônimo, selecionado pela unidade de saúde, podendo ser transferido para o útero da consulente ou de sua companheira.

É o parecer!
SMJ.

Salvador, 08 de novembro de 2012.

Cons.^a Isa Urbano Bessa
Relatora

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO PARANÁ

RUA VICTÓRIO VIEZZER, 84 - CAIXA POSTAL 2.208 - CEP 80810-340 - CURITIBA - PR

FONE: (41) 3240-4000 - FAX: (41) 3240-4001 - SITE: www.crmpr.org.br - E-MAIL: protocolo@crmpr.org.br

PARECER nº 2318/2011 – CRMPR

PROCESSO CONSULTA Nº 026/2011 – PROTOCOLO Nº 9446/2011

ASSUNTO: REPRODUÇÃO ASSISTIDA

PARECERISTA: CÂMARA TÉCNICA DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

EMENTA: Reprodução assistida – Relação homoafetiva

CONSULTA:

Trata-se de solicitação de parecer ao CRMPR sobre a utilização de técnica de fertilização medicamente assistida para atender desejo de procriação manifestado pelo casal XXX e XXX, nos seguintes termos:

“Há mais de um ano estamos em um processo de amadurecimento para buscar técnicas de reprodução assistida, nós: XXX e XXX temos uma união estável de quase quatro anos (início 04/03/2007) e celebramos a benção de nossa união em 06/09/2008. Fizemos questão de buscar uma igreja que pudesse realizar nosso `casamento` pois para nós a união abençoada por Deus é muito importante. Temos como valores familiares o amor a Deus, a monogamia e o respeito. E como muitos casais, sentimos a necessidade de dividir este amor e ampliar nossa família.

Ao longo de nosso relacionamento fomos alimentando o desejo de ter filhos, porém assim como os demais casais gostaríamos de um filho que fosse gerado por nossa família, e a forma que mais preenche o nosso coração seria a possibilidade da XXX gerar um filho de um óvulo da XXX.

Sabemos de inúmeros casais que tiveram filhos através de uma relação intencionada, onde o homem sabendo ou não dorme com uma das parceiras de relações homoafetivas, porém desconsideramos essa possibilidade, visto que desejamos criar nossos filhos no amor e sua fecundação baseada no amor.

Temos consciência que deveríamos escrever de maneira formal, porém é muito difícil realizar esta escrita quando falamos em família.

Sabemos ainda que o leitor desta carta pode não ter uma relação homoafetiva o que dificulta o entendimento do tamanho do amor que temos uma pela outra. Por isso, pedimos que se imagine passando a vida dedicada aos estudos para não aceitar o que realmente sente, até que um dia você conhece o amor da sua vida, mas todos dizem que isso é doença, que gay é `safado` e ainda considerando que você tem uma crença muito forte em Deus as pessoas ainda te dizem que Deus não te ama. Podemos dizer que lutamos muito contra este sentimento, principalmente quando pensávamos em nossos pais o que ele passariam: seriam apontados na rua? Seriam ridicularizados? Será que eles nos odiariam? Será que eles sofreriam? Hoje podemos dizer com clareza que temos pais ótimos que nos acolheram e nos consideram uma família tanto quanto a dos nossos irmãos, porém foi muito difícil até contar.

Pois é, foi este amor que passou por muitas dificuldades, que nos uniu e que temos muito orgulho de sentir e queremos sentir, demonstrar e viver como nossos(as) filhos(as). Peço que por alguns minutos pensem como um casal homoafetivo para decidir sobre o nosso pedido de gerar uma criança que será muito amada e trará muita felicidade para nossa família.

Independente da resposta agradecemos o fato de por alguns minutos colocarem-se em nossa condição.”

FUNDAMENTAÇÃO E PARECER:

O capítulo III do CEM que trata da Responsabilidade Profissional estabelece que é vedado ao médico:

Art.15: "*Descumprir legislação específica nos casos de transplante de órgãos ou de tecidos, esterilização, fecundação artificial, abortamento, manipulação ou terapia genética”.*

Art.18: "*Desobedecer aos acórdãos e às Resoluções dos Conselhos Federal e Regionais de Medicina ou desrespeitá-los”*

Pois bem, as normativas sobre fecundação assistida existentes no país foram estabelecidas pelo Conselho Federal de Medicina – Resolução nº 1957/2010. Tramita no Congresso Nacional Projeto de Lei nº 54/02 de autoria do Deputado Luiz Moreira, que pretende transformar em lei os postulados contidos na Resolução do CFM.

Como no país não existe legislação específica sobre a matéria, é dever do profissional cumprir o estabelecido na Resolução do CFM nº 1957/2010.

Estabelece a Resolução 1957/2010:

“VII – SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO (DOAÇÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO)

“As clínicas, centros ou serviços de reprodução humana podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição desde que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética.”

“1 - As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família da doadora genética, num parentesco até o segundo grau (...)”

CONCLUSÃO:

Considerando o estabelecido na Resolução CFM nº 1957/2010 e nos artigos 15 e 18 do Código de Ética Médica, não há amparo normativo para autorizar a realização do procedimento solicitado, tendo em vista a inexistência de fator que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética. Mais ainda, não há parentesco entre a doadora e a receptora. Conseqüentemente o CRM-PR está impossibilitado de autorizar o procedimento.

É o parecer.

Curitiba, 20 de abril de 2011.

DR. ROBERTO ISSAMU YOSIDA

Coordenador da Câmara Técnica de Reprodução Assistida

Aprovado em Reunião de Diretoria nº 1143, de 09 de maio de 2011.

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO PARANÁ

RUA VICTÓRIO VIEZZER, 84 - CAIXA POSTAL 2.208 - CEP 80810-340 - CURITIBA - PR

FONE: (41) 3240-4000 - FAX: (41) 3240-4001 - SITE: www.crmpr.org.br - E-MAIL: protocolo@crmpr.org.br

PARECER nº 2318/2011 – CRMPR

PROCESSO CONSULTA Nº 026/2011 – PROTOCOLO Nº 9446/2011

ASSUNTO: REPRODUÇÃO ASSISTIDA

PARECERISTA: CÂMARA TÉCNICA DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

EMENTA: Reprodução assistida – Relação homoafetiva

CONSULTA:

Trata-se de solicitação de parecer ao CRMPR sobre a utilização de técnica de fertilização medicamente assistida para atender desejo de procriação manifestado pelo casal XXX e XXX, nos seguintes termos:

“Há mais de um ano estamos em um processo de amadurecimento para buscar técnicas de reprodução assistida, nós: XXX e XXX temos uma união estável de quase quatro anos (início 04/03/2007) e celebramos a benção de nossa união em 06/09/2008. Fizemos questão de buscar uma igreja que pudesse realizar nosso `casamento` pois para nós a união abençoada por Deus é muito importante. Temos como valores familiares o amor a Deus, a monogamia e o respeito. E como muitos casais, sentimos a necessidade de dividir este amor e ampliar nossa família.

Ao longo de nosso relacionamento fomos alimentando o desejo de ter filhos, porém assim como os demais casais gostaríamos de um filho que fosse gerado por nossa família, e a forma que mais preenche o nosso coração seria a possibilidade da XXX gerar um filho de um óvulo da XXX.

Sabemos de inúmeros casais que tiveram filhos através de uma relação intencionada, onde o homem sabendo ou não dorme com uma das parceiras de relações homoafetivas, porém desconsideramos essa possibilidade, visto que desejamos criar nossos filhos no amor e sua fecundação baseada no amor.

Temos consciência que deveríamos escrever de maneira formal, porém é muito difícil realizar esta escrita quando falamos em família.

Sabemos ainda que o leitor desta carta pode não ter uma relação homoafetiva o que dificulta o entendimento do tamanho do amor que temos uma pela outra. Por isso, pedimos que se imagine passando a vida dedicada aos estudos para não aceitar o que realmente sente, até que um dia você conhece o amor da sua vida, mas todos dizem que isso é doença, que gay é `safado` e ainda considerando que você tem uma crença muito forte em Deus as pessoas ainda te dizem que Deus não te ama. Podemos dizer que lutamos muito contra este sentimento, principalmente quando pensávamos em nossos pais o que ele passariam: seriam apontados na rua? Seriam ridicularizados? Será que eles nos odiariam? Será que eles sofreriam? Hoje podemos dizer com clareza que temos pais ótimos que nos acolheram e nos consideram uma família tanto quanto a dos nossos irmãos, porém foi muito difícil até contar.

Pois é, foi este amor que passou por muitas dificuldades, que nos uniu e que temos muito orgulho de sentir e queremos sentir, demonstrar e viver como nossos(as) filhos(as). Peço que por alguns minutos pensem como um casal homoafetivo para decidir sobre o nosso pedido de gerar uma criança que será muito amada e trará muita felicidade para nossa família.

Independente da resposta agradecemos o fato de por alguns minutos colocarem-se em nossa condição.”

FUNDAMENTAÇÃO E PARECER:

O capítulo III do CEM que trata da Responsabilidade Profissional estabelece que é vedado ao médico:

Art.15: "*Descumprir legislação específica nos casos de transplante de órgãos ou de tecidos, esterilização, fecundação artificial, abortamento, manipulação ou terapia genética”.*

Art.18: "*Desobedecer aos acórdãos e às Resoluções dos Conselhos Federal e Regionais de Medicina ou desrespeitá-los”*

Pois bem, as normativas sobre fecundação assistida existentes no país foram estabelecidas pelo Conselho Federal de Medicina – Resolução nº 1957/2010. Tramita no Congresso Nacional Projeto de Lei nº 54/02 de autoria do Deputado Luiz Moreira, que pretende transformar em lei os postulados contidos na Resolução do CFM.

Como no país não existe legislação específica sobre a matéria, é dever do profissional cumprir o estabelecido na Resolução do CFM nº 1957/2010.

Estabelece a Resolução 1957/2010:

“VII – SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO (DOAÇÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO)

“As clínicas, centros ou serviços de reprodução humana podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição desde que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética.”

“1 - As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família da doadora genética, num parentesco até o segundo grau (...)”

CONCLUSÃO:

Considerando o estabelecido na Resolução CFM nº 1957/2010 e nos artigos 15 e 18 do Código de Ética Médica, não há amparo normativo para autorizar a realização do procedimento solicitado, tendo em vista a inexistência de fator que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética. Mais ainda, não há parentesco entre a doadora e a receptora. Conseqüentemente o CRM-PR está impossibilitado de autorizar o procedimento.

É o parecer.

Curitiba, 20 de abril de 2011.

DR. ROBERTO ISSAMU YOSIDA

Coordenador da Câmara Técnica de Reprodução Assistida

Aprovado em Reunião de Diretoria nº 1143, de 09 de maio de 2011.

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO PARANÁ

RUA VICTÓRIO VIEZZER, 84 - CAIXA POSTAL 2.208 - CEP 80810-340 - CURITIBA - PR

FONE: (41) 3240-4000 - FAX: (41) 3240-4001 - SITE: www.crmpr.org.br - E-MAIL: protocolo@crmpr.org.br

PARECER nº 2318/2011 – CRMPR

PROCESSO CONSULTA Nº 026/2011 – PROTOCOLO Nº 9446/2011

ASSUNTO: REPRODUÇÃO ASSISTIDA

PARECERISTA: CÂMARA TÉCNICA DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

EMENTA: Reprodução assistida – Relação homoafetiva

CONSULTA:

Trata-se de solicitação de parecer ao CRMPR sobre a utilização de técnica de fertilização medicamente assistida para atender desejo de procriação manifestado pelo casal XXX e XXX, nos seguintes termos:

“Há mais de um ano estamos em um processo de amadurecimento para buscar técnicas de reprodução assistida, nós: XXX e XXX temos uma união estável de quase quatro anos (início 04/03/2007) e celebramos a benção de nossa união em 06/09/2008. Fizemos questão de buscar uma igreja que pudesse realizar nosso `casamento` pois para nós a união abençoada por Deus é muito importante. Temos como valores familiares o amor a Deus, a monogamia e o respeito. E como muitos casais, sentimos a necessidade de dividir este amor e ampliar nossa família.

Ao longo de nosso relacionamento fomos alimentando o desejo de ter filhos, porém assim como os demais casais gostaríamos de um filho que fosse gerado por nossa família, e a forma que mais preenche o nosso coração seria a possibilidade da XXX gerar um filho de um óvulo da XXX.

Sabemos de inúmeros casais que tiveram filhos através de uma relação intencionada, onde o homem sabendo ou não dorme com uma das parceiras de relações homoafetivas, porém desconsideramos essa possibilidade, visto que desejamos criar nossos filhos no amor e sua fecundação baseada no amor.

Temos consciência que deveríamos escrever de maneira formal, porém é muito difícil realizar esta escrita quando falamos em família.

Sabemos ainda que o leitor desta carta pode não ter uma relação homoafetiva o que dificulta o entendimento do tamanho do amor que temos uma pela outra. Por isso, pedimos que se imagine passando a vida dedicada aos estudos para não aceitar o que realmente sente, até que um dia você conhece o amor da sua vida, mas todos dizem que isso é doença, que gay é `safado` e ainda considerando que você tem uma crença muito forte em Deus as pessoas ainda te dizem que Deus não te ama. Podemos dizer que lutamos muito contra este sentimento, principalmente quando pensávamos em nossos pais o que ele passariam: seriam apontados na rua? Seriam ridicularizados? Será que eles nos odiariam? Será que eles sofreriam? Hoje podemos dizer com clareza que temos pais ótimos que nos acolheram e nos consideram uma família tanto quanto a dos nossos irmãos, porém foi muito difícil até contar.

Pois é, foi este amor que passou por muitas dificuldades, que nos uniu e que temos muito orgulho de sentir e queremos sentir, demonstrar e viver como nossos(as) filhos(as). Peço que por alguns minutos pensem como um casal homoafetivo para decidir sobre o nosso pedido de gerar uma criança que será muito amada e trará muita felicidade para nossa família.

Independente da resposta agradecemos o fato de por alguns minutos colocarem-se em nossa condição.”

FUNDAMENTAÇÃO E PARECER:

O capítulo III do CEM que trata da Responsabilidade Profissional estabelece que é vedado ao médico:

Art.15: "*Descumprir legislação específica nos casos de transplante de órgãos ou de tecidos, esterilização, fecundação artificial, abortamento, manipulação ou terapia genética”.*

Art.18: "*Desobedecer aos acórdãos e às Resoluções dos Conselhos Federal e Regionais de Medicina ou desrespeitá-los”*

Pois bem, as normativas sobre fecundação assistida existentes no país foram estabelecidas pelo Conselho Federal de Medicina – Resolução nº 1957/2010. Tramita no Congresso Nacional Projeto de Lei nº 54/02 de autoria do Deputado Luiz Moreira, que pretende transformar em lei os postulados contidos na Resolução do CFM.

Como no país não existe legislação específica sobre a matéria, é dever do profissional cumprir o estabelecido na Resolução do CFM nº 1957/2010.

Estabelece a Resolução 1957/2010:

“VII – SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO (DOAÇÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO)

“As clínicas, centros ou serviços de reprodução humana podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição desde que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética.”

“1 - As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família da doadora genética, num parentesco até o segundo grau (...)”

CONCLUSÃO:

Considerando o estabelecido na Resolução CFM nº 1957/2010 e nos artigos 15 e 18 do Código de Ética Médica, não há amparo normativo para autorizar a realização do procedimento solicitado, tendo em vista a inexistência de fator que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética. Mais ainda, não há parentesco entre a doadora e a receptora. Conseqüentemente o CRM-PR está impossibilitado de autorizar o procedimento.

É o parecer.

Curitiba, 20 de abril de 2011.

DR. ROBERTO ISSAMU YOSIDA

Coordenador da Câmara Técnica de Reprodução Assistida

Aprovado em Reunião de Diretoria nº 1143, de 09 de maio de 2011.



[Imprimir](#)

PROCESSO-CONSULTA CFM Nº 1.636/2003 - PC/CFM Nº 48/2003

INTERESSADO: Conselho Regional de Medicina do Estado do Paraná

ASSUNTO: Implicações éticas quanto às técnicas de reprodução assistida em casais sorodiscordantes para HIV, onde a mulher é soronegativa e o homem é soropositivo

RELATOR: Cons. Pedro Pablo Magalhães Chacel

EMENTA: Não há impedimento ético na utilização de fertilização assistida nos casos de pacientes sorodiscordantes para o HIV, com a finalidade de diminuir os riscos de transmissão de infecção.

A CONSULTA

O presidente do Conselho Regional de Medicina do Estado do Paraná, dr. Luiz Sallim Emed, encaminha consulta feita pelos médicos A. G. S. e L. J. R. C., para análise e parecer deste Conselho Federal (fls. 2).

Às fls. 5, os médicos acima nominados, em documento assinado em papel timbrado da A. – Clínica e Laboratório de Reprodução Humana e Andrologia, apresentam ao CRM-PR o questionamento abaixo:

“Solicitamos parecer do ponto de vista ético pertinente ao seguinte caso: trata-se de casais HIV soro discordante, onde o homem está contaminado e que através de uma tecnologia no processamento do sêmen é possível a separação de espermatozoides sem a presença do vírus HIV na amostra. Para certificarmos a ausência de vírus na referida amostra, após o processamento, parte da suspensão contendo os espermatozoides é analisada através da PCR (Reação em Cadeia pela Polimerase) e outra parte é criopreservada. Após o resultado negativo, no que concerne à presença do vírus, a mulher é submetida à indução da ovulação para obtenção de óvulos que serão combinados

com aqueles espermatozóides outrora criopreservados que serão agora descongelados.

Já existe no Conselho Regional de Medicina de São Paulo, uma consulta (nº 27.013/00) referente ao mesmo assunto agora solicitado “.

Às fls. 6 e 7, anexam documento de consentimento informado, redigido de maneira clara, abrangendo todas as informações necessárias para uma decisão plenamente consciente, e perguntam se seria necessário realizar alguma alteração.

A bibliografia pertinente encontra-se às fls. 17 a 39.

A seguir, transcrevo o parecer referente à consulta feita ao CREMESP, de nº 27.013/00, analisada pelo conselheiro Pedro Paulo Roque Monteleone e aprovada e homologada por aquele Regional, cujos questionamentos são idênticos aos agora feitos.

“Assunto: Quanto às possíveis implicações éticas no tocante a realização de Técnicas de Reprodução Assistida em casais sorodiscordantes, em que a mulher é soronegativa e o marido soropositivo.

Ementa: Não há empecilhos éticos para utilização de técnicas de fertilização assistida para tais casos.

(...)

A presente solicitação visa esclarecer problemas éticos quanto à realização de Técnicas de Reprodução Assistida em casais sorodiscordantes para HIV, onde a mulher é soronegativa e o marido soropositivo.

Diz o consulente:

“O conceito prevalente é que casais onde a mulher é soronegativa para o HIV e o marido soropositivo, não devem ter filhos, mesmo que ambos sejam férteis. Isto porque a mulher e o feto poderiam ser contaminados através do sêmen, segundo Jaff e cols. 1993”.

“O risco desta infecção, por sua vez, está diretamente relacionado à concentração de células e vírus contidos no sêmen em questão (Levy, 1994), ao número de ocasiões em que entre em contato com o sêmen (Johnson, 1988) e à presença de lesões genitais por infecção por outros microorganismos (Levy 1988).”

“Um homem soropositivo para HIV, poderia infectar seu próprio filho através da contaminação da mulher. A literatura não faz referencia

a uma mulher não infectada ter dado à luz um bebê infectado. O estado do HIV do pai, não afeta diretamente o risco de infecção do bebê. “

“Em 1992, Semprini e cols. publicaram o nascimento das primeiras crianças sadias geradas por casais sorodiscordantes, onde os homens eram soropositivos. As mulheres tinham sido inseminadas artificialmente, utilizando uma fração de espermatozóides móveis obtidos através de lavados seminais. Os mesmos autores publicaram, em 1997 um estudo mais extenso, onde referem ter realizado mais de 1000 casos de inseminações artificiais, nas mesmas condições acima, em 350 casais, resultando aproximadamente 200 nascimentos. Nenhuma criança nasceu com a infecção. Na última publicação, o número de inseminações já crescia a 1585 inseminações, em 513 mulheres, obtendo 228 gravidezes sem contaminação (Semprini e cols, 1998)”.

“A técnica utilizada baseia-se no conhecimento de que a grande maioria do HIV no sêmen encontra-se no líquido seminal e nos leucócitos presentes, e que uma separação cuidadosa dos espermatozóides reduz o nível de HIV no sêmen em 10.000 vezes (Quayle e cols, 1998).

“Marina e cols. (1998) publicam os resultados de 101 inseminações, realizadas em 63 mulheres soronegativas de casais discordantes HIV. Nasceram 37 crianças sadias. O mesmo grupo publica o primeiro nascimento de bebê sadio, após o tratamento da infertilidade por ICSI, para este tipo de casais, utilizando a mesma técnica de lavagem de espermatozóides usada para inseminação artificial (Marina e cols, 1998)”.

Por outro lado, quando os casais sorodiscordantes não se utilizam de técnicas de Reprodução Assistida para obter gravidez, as chances da mulher ficar contaminada com o vírus é de aproximadamente 5% (Mandelbrodt e cols, 1997).”

“Os dados apresentados parecem suficientes para justificar a utilização destas técnicas, nestes casais em particular, trazendo-lhes a felicidade de poder ter seus próprios filhos com mínimo risco de disseminar a doença na própria família.”

“Solicitamos a confirmação do CRM que ao utilizar estas técnicas em casais sorodiscordantes que o solicitam, não estaríamos infringindo qualquer preceito ético.”

Ao final, o conselheiro Pedro Paulo Roque Monteleone emite seu parecer:

“O ilustre consulente oferece-nos dados resumidos da literatura sobre a problemática de casal sorodiscordante para HIV em relação à fertilização. Deve ser dito, que, apesar de dados condensados, os trabalhos citados oferecem subsídios suficientes para este parecer.

Não resta dúvida que o casal em que a mulher é soronegativa e o marido soropositivo para HIV tem sérios riscos para gravidez. O relacionamento sexual poderá contaminar a mulher e esta, na vigência da gravidez, contaminar o feto e o recém-nascido. Com a técnica de fertilização “in vitro” a possibilidade de ocorrer tal contaminação é infinitamente menor.

Portanto não há empecilhos éticos para a utilização de técnicas de fertilização assistida para tais casais”.

Concordo integralmente com o parecer do eminente conselheiro do CREMESP, prof. Pedro Paulo Roque Monteleone, a respeito da consulta n° 27.013/00 feita ao CREMESP, idêntica à consulta CFM n° 1.636/2003, a nós solicitada. Quanto ao documento de consentimento informado aditado, entendo que cumpre fielmente sua finalidade.

Este é meu parecer, SMJ.

Brasília, 30 de abril de 2003.

PEDRO PABLO MAGALHÃES CHACEL

Relator

Parecer aprovado em Sessão Plenária
Dia 8/8/2003



[Imprimir](#)

PROCESSO-CONSULTA CFM Nº 1.636/2003 - PC/CFM Nº 48/2003

INTERESSADO: Conselho Regional de Medicina do Estado do Paraná

ASSUNTO: Implicações éticas quanto às técnicas de reprodução assistida em casais sorodiscordantes para HIV, onde a mulher é soronegativa e o homem é soropositivo

RELATOR: Cons. Pedro Pablo Magalhães Chacel

EMENTA: Não há impedimento ético na utilização de fertilização assistida nos casos de pacientes sorodiscordantes para o HIV, com a finalidade de diminuir os riscos de transmissão de infecção.

A CONSULTA

O presidente do Conselho Regional de Medicina do Estado do Paraná, dr. Luiz Sallim Emed, encaminha consulta feita pelos médicos A. G. S. e L. J. R. C., para análise e parecer deste Conselho Federal (fls. 2).

Às fls. 5, os médicos acima nominados, em documento assinado em papel timbrado da A. – Clínica e Laboratório de Reprodução Humana e Andrologia, apresentam ao CRM-PR o questionamento abaixo:

“Solicitamos parecer do ponto de vista ético pertinente ao seguinte caso: trata-se de casais HIV soro discordante, onde o homem está contaminado e que através de uma tecnologia no processamento do sêmen é possível a separação de espermatozoides sem a presença do vírus HIV na amostra. Para certificarmos a ausência de vírus na referida amostra, após o processamento, parte da suspensão contendo os espermatozoides é analisada através da PCR (Reação em Cadeia pela Polimerase) e outra parte é criopreservada. Após o resultado negativo, no que concerne à presença do vírus, a mulher é submetida à indução da ovulação para obtenção de óvulos que serão combinados

com aqueles espermatozóides outrora criopreservados que serão agora descongelados.

Já existe no Conselho Regional de Medicina de São Paulo, uma consulta (nº 27.013/00) referente ao mesmo assunto agora solicitado “.

Às fls. 6 e 7, anexam documento de consentimento informado, redigido de maneira clara, abrangendo todas as informações necessárias para uma decisão plenamente consciente, e perguntam se seria necessário realizar alguma alteração.

A bibliografia pertinente encontra-se às fls. 17 a 39.

A seguir, transcrevo o parecer referente à consulta feita ao CREMESP, de nº 27.013/00, analisada pelo conselheiro Pedro Paulo Roque Monteleone e aprovada e homologada por aquele Regional, cujos questionamentos são idênticos aos agora feitos.

“Assunto: Quanto às possíveis implicações éticas no tocante a realização de Técnicas de Reprodução Assistida em casais sorodiscordantes, em que a mulher é soronegativa e o marido soropositivo.

Ementa: Não há empecilhos éticos para utilização de técnicas de fertilização assistida para tais casos.

(...)

A presente solicitação visa esclarecer problemas éticos quanto à realização de Técnicas de Reprodução Assistida em casais sorodiscordantes para HIV, onde a mulher é soronegativa e o marido soropositivo.

Diz o consulente:

“O conceito prevalente é que casais onde a mulher é soronegativa para o HIV e o marido soropositivo, não devem ter filhos, mesmo que ambos sejam férteis. Isto porque a mulher e o feto poderiam ser contaminados através do sêmen, segundo Jaff e cols. 1993”.

“O risco desta infecção, por sua vez, está diretamente relacionado à concentração de células e vírus contidos no sêmen em questão (Levy, 1994), ao número de ocasiões em que entre em contato com o sêmen (Johnson, 1988) e à presença de lesões genitais por infecção por outros microorganismos (Levy 1988).”

“Um homem soropositivo para HIV, poderia infectar seu próprio filho através da contaminação da mulher. A literatura não faz referencia

a uma mulher não infectada ter dado à luz um bebê infectado. O estado do HIV do pai, não afeta diretamente o risco de infecção do bebê. “

“Em 1992, Semprini e cols. publicaram o nascimento das primeiras crianças saudáveis geradas por casais sorodiscordantes, onde os homens eram soropositivos. As mulheres tinham sido inseminadas artificialmente, utilizando uma fração de espermatozoides móveis obtidos através de lavados seminais. Os mesmos autores publicaram, em 1997 um estudo mais extenso, onde referem ter realizado mais de 1000 casos de inseminações artificiais, nas mesmas condições acima, em 350 casais, resultando aproximadamente 200 nascimentos. Nenhuma criança nasceu com a infecção. Na última publicação, o número de inseminações já crescia a 1585 inseminações, em 513 mulheres, obtendo 228 gravidezes sem contaminação (Semprini e cols, 1998)”.

“A técnica utilizada baseia-se no conhecimento de que a grande maioria do HIV no sêmen encontra-se no líquido seminal e nos leucócitos presentes, e que uma separação cuidadosa dos espermatozoides reduz o nível de HIV no sêmen em 10.000 vezes (Quayle e cols, 1998).

“Marina e cols. (1998) publicam os resultados de 101 inseminações, realizadas em 63 mulheres soronegativas de casais discordantes HIV. Nasceram 37 crianças saudáveis. O mesmo grupo publica o primeiro nascimento de bebê saudável, após o tratamento da infertilidade por ICSI, para este tipo de casais, utilizando a mesma técnica de lavagem de espermatozoides usada para inseminação artificial (Marina e cols, 1998)”.

Por outro lado, quando os casais sorodiscordantes não se utilizam de técnicas de Reprodução Assistida para obter gravidez, as chances da mulher ficar contaminada com o vírus é de aproximadamente 5% (Mandelbrodt e cols, 1997).”

“Os dados apresentados parecem suficientes para justificar a utilização destas técnicas, nestes casais em particular, trazendo-lhes a felicidade de poder ter seus próprios filhos com mínimo risco de disseminar a doença na própria família.”

“Solicitamos a confirmação do CRM que ao utilizar estas técnicas em casais sorodiscordantes que o solicitam, não estaríamos infringindo qualquer preceito ético.”

Ao final, o conselheiro Pedro Paulo Roque Monteleone emite seu parecer:

“O ilustre consulente oferece-nos dados resumidos da literatura sobre a problemática de casal sorodiscordante para HIV em relação à fertilização. Deve ser dito, que, apesar de dados condensados, os trabalhos citados oferecem subsídios suficientes para este parecer.

Não resta dúvida que o casal em que a mulher é soronegativa e o marido soropositivo para HIV tem sérios riscos para gravidez. O relacionamento sexual poderá contaminar a mulher e esta, na vigência da gravidez, contaminar o feto e o recém-nascido. Com a técnica de fertilização “in vitro” a possibilidade de ocorrer tal contaminação é infinitamente menor.

Portanto não há empecilhos éticos para a utilização de técnicas de fertilização assistida para tais casais”.

Concordo integralmente com o parecer do eminente conselheiro do CREMESP, prof. Pedro Paulo Roque Monteleone, a respeito da consulta n° 27.013/00 feita ao CREMESP, idêntica à consulta CFM n° 1.636/2003, a nós solicitada. Quanto ao documento de consentimento informado aditado, entendo que cumpre fielmente sua finalidade.

Este é meu parecer, SMJ.

Brasília, 30 de abril de 2003.

PEDRO PABLO MAGALHÃES CHACEL

Relator

Parecer aprovado em Sessão Plenária
Dia 8/8/2003



[Imprimir](#)

PROCESSO-CONSULTA CFM Nº 1.636/2003 - PC/CFM Nº 48/2003

INTERESSADO: Conselho Regional de Medicina do Estado do Paraná

ASSUNTO: Implicações éticas quanto às técnicas de reprodução assistida em casais sorodiscordantes para HIV, onde a mulher é soronegativa e o homem é soropositivo

RELATOR: Cons. Pedro Pablo Magalhães Chacel

EMENTA: Não há impedimento ético na utilização de fertilização assistida nos casos de pacientes sorodiscordantes para o HIV, com a finalidade de diminuir os riscos de transmissão de infecção.

A CONSULTA

O presidente do Conselho Regional de Medicina do Estado do Paraná, dr. Luiz Sallim Emed, encaminha consulta feita pelos médicos A. G. S. e L. J. R. C., para análise e parecer deste Conselho Federal (fls. 2).

Às fls. 5, os médicos acima nominados, em documento assinado em papel timbrado da A. – Clínica e Laboratório de Reprodução Humana e Andrologia, apresentam ao CRM-PR o questionamento abaixo:

“Solicitamos parecer do ponto de vista ético pertinente ao seguinte caso: trata-se de casais HIV soro discordante, onde o homem está contaminado e que através de uma tecnologia no processamento do sêmen é possível a separação de espermatozoides sem a presença do vírus HIV na amostra. Para certificarmos a ausência de vírus na referida amostra, após o processamento, parte da suspensão contendo os espermatozoides é analisada através da PCR (Reação em Cadeia pela Polimerase) e outra parte é criopreservada. Após o resultado negativo, no que concerne à presença do vírus, a mulher é submetida à indução da ovulação para obtenção de óvulos que serão combinados

com aqueles espermatozóides outrora criopreservados que serão agora descongelados.

Já existe no Conselho Regional de Medicina de São Paulo, uma consulta (nº 27.013/00) referente ao mesmo assunto agora solicitado “.

Às fls. 6 e 7, anexam documento de consentimento informado, redigido de maneira clara, abrangendo todas as informações necessárias para uma decisão plenamente consciente, e perguntam se seria necessário realizar alguma alteração.

A bibliografia pertinente encontra-se às fls. 17 a 39.

A seguir, transcrevo o parecer referente à consulta feita ao CREMESP, de nº 27.013/00, analisada pelo conselheiro Pedro Paulo Roque Monteleone e aprovada e homologada por aquele Regional, cujos questionamentos são idênticos aos agora feitos.

“Assunto: Quanto às possíveis implicações éticas no tocante a realização de Técnicas de Reprodução Assistida em casais sorodiscordantes, em que a mulher é soronegativa e o marido soropositivo.

Ementa: Não há empecilhos éticos para utilização de técnicas de fertilização assistida para tais casos.

(...)

A presente solicitação visa esclarecer problemas éticos quanto à realização de Técnicas de Reprodução Assistida em casais sorodiscordantes para HIV, onde a mulher é soronegativa e o marido soropositivo.

Diz o consulente:

“O conceito prevalente é que casais onde a mulher é soronegativa para o HIV e o marido soropositivo, não devem ter filhos, mesmo que ambos sejam férteis. Isto porque a mulher e o feto poderiam ser contaminados através do sêmen, segundo Jaff e cols. 1993”.

“O risco desta infecção, por sua vez, está diretamente relacionado à concentração de células e vírus contidos no sêmen em questão (Levy, 1994), ao número de ocasiões em que entre em contato com o sêmen (Johnson, 1988) e à presença de lesões genitais por infecção por outros microorganismos (Levy 1988).”

“Um homem soropositivo para HIV, poderia infectar seu próprio filho através da contaminação da mulher. A literatura não faz referencia

a uma mulher não infectada ter dado à luz um bebê infectado. O estado do HIV do pai, não afeta diretamente o risco de infecção do bebê. “

“Em 1992, Semprini e cols. publicaram o nascimento das primeiras crianças saudáveis geradas por casais sorodiscordantes, onde os homens eram soropositivos. As mulheres tinham sido inseminadas artificialmente, utilizando uma fração de espermatozoides móveis obtidos através de lavados seminais. Os mesmos autores publicaram, em 1997 um estudo mais extenso, onde referem ter realizado mais de 1000 casos de inseminações artificiais, nas mesmas condições acima, em 350 casais, resultando aproximadamente 200 nascimentos. Nenhuma criança nasceu com a infecção. Na última publicação, o número de inseminações já crescia a 1585 inseminações, em 513 mulheres, obtendo 228 gravidezes sem contaminação (Semprini e cols, 1998)”.

“A técnica utilizada baseia-se no conhecimento de que a grande maioria do HIV no sêmen encontra-se no líquido seminal e nos leucócitos presentes, e que uma separação cuidadosa dos espermatozoides reduz o nível de HIV no sêmen em 10.000 vezes (Quayle e cols, 1998).

“Marina e cols. (1998) publicam os resultados de 101 inseminações, realizadas em 63 mulheres soronegativas de casais discordantes HIV. Nasceram 37 crianças saudáveis. O mesmo grupo publica o primeiro nascimento de bebê saudável, após o tratamento da infertilidade por ICSI, para este tipo de casais, utilizando a mesma técnica de lavagem de espermatozoides usada para inseminação artificial (Marina e cols, 1998)”.

Por outro lado, quando os casais sorodiscordantes não se utilizam de técnicas de Reprodução Assistida para obter gravidez, as chances da mulher ficar contaminada com o vírus é de aproximadamente 5% (Mandelbrodt e cols, 1997).”

“Os dados apresentados parecem suficientes para justificar a utilização destas técnicas, nestes casais em particular, trazendo-lhes a felicidade de poder ter seus próprios filhos com mínimo risco de disseminar a doença na própria família.”

“Solicitamos a confirmação do CRM que ao utilizar estas técnicas em casais sorodiscordantes que o solicitam, não estaríamos infringindo qualquer preceito ético.”

Ao final, o conselheiro Pedro Paulo Roque Monteleone emite seu parecer:

“O ilustre consulente oferece-nos dados resumidos da literatura sobre a problemática de casal sorodiscordante para HIV em relação à fertilização. Deve ser dito, que, apesar de dados condensados, os trabalhos citados oferecem subsídios suficientes para este parecer.

Não resta dúvida que o casal em que a mulher é soronegativa e o marido soropositivo para HIV tem sérios riscos para gravidez. O relacionamento sexual poderá contaminar a mulher e esta, na vigência da gravidez, contaminar o feto e o recém-nascido. Com a técnica de fertilização “in vitro” a possibilidade de ocorrer tal contaminação é infinitamente menor.

Portanto não há empecilhos éticos para a utilização de técnicas de fertilização assistida para tais casais”.

Concordo integralmente com o parecer do eminente conselheiro do CREMESP, prof. Pedro Paulo Roque Monteleone, a respeito da consulta n° 27.013/00 feita ao CREMESP, idêntica à consulta CFM n° 1.636/2003, a nós solicitada. Quanto ao documento de consentimento informado aditado, entendo que cumpre fielmente sua finalidade.

Este é meu parecer, SMJ.

Brasília, 30 de abril de 2003.

PEDRO PABLO MAGALHÃES CHACEL

Relator

Parecer aprovado em Sessão Plenária
Dia 8/8/2003



PARECER CONSELHEIRO N° 001/2008

Fertilização “in-vitro” em caso de casal portador do vírus HIV. O procedimento não tem vedação ética. É preciso cuidados especiais no manejo dos materiais.

Trata-se de consulta sobre a possibilidade de fertilização (ou FA) “in-vitro” em casal portador do vírus HIV. A fertilização está indicada por ser a paciente esterilizada cirúrgicamente (ligadura tubária feita durante operação cesariana) cuja tentativa de recanalização tubária fracassou: Teve uma gestação ectópica tubária com perda de trompa e ovário.

A questão principal é a do vírus HIV. A Resolução CFM n.º 1.358/92 não veda o procedimento. A literatura específica registra casos exitosos desde que alguns cuidados sejam observados tanto no manejo do material colhido para a fertilização, durante o cultivo, e no acompanhamento da gestação eventualmente resultante. Como se trata de casal sorologicamente concordantes é dispensável o cuidado que seria necessário no caso de sêmen de paciente sorologicamente positivo e óvulo de paciente negativa. Os cuidados mencionados na consulta (não compartilhamento da estufa e de botijões de congelamento de embriões) são essenciais. Ocorrida a gestação, o uso de anti-retrovirais durante toda a sua duração reduz o risco de transmissão vertical a menos de 2%.

Assim, cumpre-se o espírito de item 2 da Resolução CFM 1.358/92:

“As técnicas de RA podem ser utilizadas desde que exista possibilidade efetiva de sucesso e **não se incorra em risco grave de saúde para a paciente ou possível dependente.**”



Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio Grande do Sul

C R E M E R S

Av. Princesa Isabel, 921 - Fone (51) 3219-7544 - Caixa Postal 352 - 90620-001 - Porto Alegre - RS - Brasil

Internet (e-mail): cremers@cremers.com.br

A resposta aos quesitos formulados, portanto são:

- 1) Sim.
- 2) Só sobre casais soro-discordantes (Parecer CFM n.º 48/2003).
- 3) Não há modelo. O consentimento deve informar sobre todos os riscos.
- 4) Nenhum além dos recomendados pela literatura e pela ANVISA.

É o parecer.

Porto Alegre, 09 de janeiro de 2008

Dr. Antônio Celso Koehler Ayub
Conselheiro

APROVADO

| | | | |
|---------------------------------|---|-----|------|
| Pelo Vice-Presidente _____ | / | ___ | 2008 |
| Pelo Primeiro-Secretário _____ | / | ___ | 2008 |
| Pela Reunião de Diretoria _____ | / | ___ | 2008 |
| Pelo Plenário _____ | / | ___ | 2008 |

rrs – 09.01.08



[Imprimir](#)

PROCESSO-CONSULTA CFM Nº 3.070/2003 - PC/CFM Nº 50/2003

INTERESSADO: Conselho Regional de Medicina do Estado do Paraná

ASSUNTO: Tecnologia de enriquecimento de espermatozóides

Relator: Cons. Pedro Pablo Magalhães Chacel

EMENTA: Não é permitida a utilização de técnica de separação de espermatozóides com a finalidade de escolha de sexo, a menos que hajam indicações específicas relacionadas e transmissão de doenças genéticas relacionadas ao sexo.

PARECER

O presidente do Conselho Regional de Medicina do Estado do Paraná, dr. Luiz Sallim Emed, encaminha a este Conselho consulta formulada pelo Laboratório Androlab e Clínica de Reprodução Humana e Andrologia, sobre o aspecto do enriquecimento de espermatozóides com cromossomo X ou Y na amostra seminal obtida mediante técnicas de separação com diferentes gradientes. Chamam a atenção para condutas médicas direcionadas para influenciar o sexo, descritas na literatura, a saber: relação sexual conforme período ovulatório, ducha vaginal com bicarbonato de sódio ou ácido acético, variação na posição do intercurso, etc. Relatam que o uso do citrato de clomifeno seria indicado à indução da ovulação, propiciando maior número de embriões do sexo feminino, em vista de sua ação sobre o muco cervical. Explicitam que "as abordagens para seleção do sexo dizem respeito à diferença no peso e tamanho entre o que contenha o cromossomo Y e os que contenham o cromossomo X. O cromossomo Y é um pouco mais leve, o que faz nadar mais rápido" e que "não estudar e entender as diferenças dos espermatozóides X e Y mais extensivamente e usá-los responsavelmente é negar a nós mesmos e às gerações futuras o privilégio e o poder do conhecimento".

Como anexos, legislações estrangeiras e artigos publicados em revistas leigas, o texto Direito e Bioética - aspectos jurídicos em face da genética, de autoria de Marcos Inácio Araújo e Oliveira a Resolução CFM nº 1.358/92, que

dispõe sobre normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, a Declaração de Helsinque sobre pesquisa em seres humanos, a Resolução nº 196/96, do Conselho Nacional de Saúde, que estabelece diretrizes e normas regulamentadoras de pesquisas envolvendo seres humanos e a Lei nº 8.974, de 5/1/95, que estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização no uso das técnicas de engenharia genética na construção, manipulação, transporte, comercialização, consumo, liberação e descarte de organismo geneticamente modificado (OGM).

Os consultentes fazem extensas digressões acerca das possibilidades que o estudo da reprodução pode trazer ao conhecimento científico sobre a utilização de técnicas as mais variadas, capazes de influir no processo reprodutivo, tais como utilização de gametas e pré-embriões com as mais diversas finalidades. Ao final, trazem uma pergunta específica a respeito do enriquecimento de sêmen visando a uma maior proporção de espermatozóides X ou Y, aumentando, assim, a possibilidade da escolha do sexo nos casos de reprodução assistida.

No Brasil, atualmente transitam no Congresso Nacional projetos de lei que tratam da matéria mas até a presente data só existe a Resolução CFM nº 1.358/92, que em seus Princípios Gerais estabelece em seu artigo 4º - "As técnicas de RA não devem ser aplicadas com a intenção de selecionar o sexo ou qualquer outra característica biológica do futuro filho, exceto quando se trate de evitar doenças ligadas ao sexo do filho que venha a nascer".

Entendo que a Resolução nº 1.358/92, deste Conselho Federal, em pleno vigor, responde integralmente à consulta formulada.

Este é meu parecer, SMJ.

Brasília, 27 de junho de 2003.

PEDRO PABLO MAGALHÃES CHACEL

Conselheiro Relator

Parecer aprovado em Sessão Plenária

Dia 12/9/2003



[Imprimir](#)

PROCESSO-CONSULTA CFM Nº 3.070/2003 - PC/CFM Nº 50/2003

INTERESSADO: Conselho Regional de Medicina do Estado do Paraná

ASSUNTO: Tecnologia de enriquecimento de espermatozóides

Relator: Cons. Pedro Pablo Magalhães Chacel

EMENTA: Não é permitida a utilização de técnica de separação de espermatozóides com a finalidade de escolha de sexo, a menos que hajam indicações específicas relacionadas e transmissão de doenças genéticas relacionadas ao sexo.

PARECER

O presidente do Conselho Regional de Medicina do Estado do Paraná, dr. Luiz Sallim Emed, encaminha a este Conselho consulta formulada pelo Laboratório Androlab e Clínica de Reprodução Humana e Andrologia, sobre o aspecto do enriquecimento de espermatozóides com cromossomo X ou Y na amostra seminal obtida mediante técnicas de separação com diferentes gradientes. Chamam a atenção para condutas médicas direcionadas para influenciar o sexo, descritas na literatura, a saber: relação sexual conforme período ovulatório, ducha vaginal com bicarbonato de sódio ou ácido acético, variação na posição do intercurso, etc. Relatam que o uso do citrato de clomifeno seria indicado à indução da ovulação, propiciando maior número de embriões do sexo feminino, em vista de sua ação sobre o muco cervical. Explicitam que "as abordagens para seleção do sexo dizem respeito à diferença no peso e tamanho entre o que contenha o cromossomo Y e os que contenham o cromossomo X. O cromossomo Y é um pouco mais leve, o que faz nadar mais rápido" e que "não estudar e entender as diferenças dos espermatozóides X e Y mais extensivamente e usá-los responsavelmente é negar a nós mesmos e às gerações futuras o privilégio e o poder do conhecimento".

Como anexos, legislações estrangeiras e artigos publicados em revistas leigas, o texto Direito e Bioética - aspectos jurídicos em face da genética, de autoria de Marcos Inácio Araújo e Oliveira a Resolução CFM nº 1.358/92, que

dispõe sobre normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, a Declaração de Helsinque sobre pesquisa em seres humanos, a Resolução nº 196/96, do Conselho Nacional de Saúde, que estabelece diretrizes e normas regulamentadoras de pesquisas envolvendo seres humanos e a Lei nº 8.974, de 5/1/95, que estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização no uso das técnicas de engenharia genética na construção, manipulação, transporte, comercialização, consumo, liberação e descarte de organismo geneticamente modificado (OGM).

Os consultentes fazem extensas digressões acerca das possibilidades que o estudo da reprodução pode trazer ao conhecimento científico sobre a utilização de técnicas as mais variadas, capazes de influir no processo reprodutivo, tais como utilização de gametas e pré-embriões com as mais diversas finalidades. Ao final, trazem uma pergunta específica a respeito do enriquecimento de sêmen visando a uma maior proporção de espermatozoides X ou Y, aumentando, assim, a possibilidade da escolha do sexo nos casos de reprodução assistida.

No Brasil, atualmente transitam no Congresso Nacional projetos de lei que tratam da matéria mas até a presente data só existe a Resolução CFM nº 1.358/92, que em seus Princípios Gerais estabelece em seu artigo 4º - "As técnicas de RA não devem ser aplicadas com a intenção de selecionar o sexo ou qualquer outra característica biológica do futuro filho, exceto quando se trate de evitar doenças ligadas ao sexo do filho que venha a nascer".

Entendo que a Resolução nº 1.358/92, deste Conselho Federal, em pleno vigor, responde integralmente à consulta formulada.

Este é meu parecer, SMJ.

Brasília, 27 de junho de 2003.

PEDRO PABLO MAGALHÃES CHACEL

Conselheiro Relator

Parecer aprovado em Sessão Plenária

Dia 12/9/2003



[Imprimir](#)

PROCESSO-CONSULTA CFM Nº 3.070/2003 - PC/CFM Nº 50/2003

INTERESSADO: Conselho Regional de Medicina do Estado do Paraná

ASSUNTO: Tecnologia de enriquecimento de espermatozóides

Relator: Cons. Pedro Pablo Magalhães Chacel

EMENTA: Não é permitida a utilização de técnica de separação de espermatozóides com a finalidade de escolha de sexo, a menos que hajam indicações específicas relacionadas e transmissão de doenças genéticas relacionadas ao sexo.

PARECER

O presidente do Conselho Regional de Medicina do Estado do Paraná, dr. Luiz Sallim Emed, encaminha a este Conselho consulta formulada pelo Laboratório Androlab e Clínica de Reprodução Humana e Andrologia, sobre o aspecto do enriquecimento de espermatozóides com cromossomo X ou Y na amostra seminal obtida mediante técnicas de separação com diferentes gradientes. Chamam a atenção para condutas médicas direcionadas para influenciar o sexo, descritas na literatura, a saber: relação sexual conforme período ovulatório, ducha vaginal com bicarbonato de sódio ou ácido acético, variação na posição do intercurso, etc. Relatam que o uso do citrato de clomifeno seria indicado à indução da ovulação, propiciando maior número de embriões do sexo feminino, em vista de sua ação sobre o muco cervical. Explicitam que "as abordagens para seleção do sexo dizem respeito à diferença no peso e tamanho entre o que contenha o cromossomo Y e os que contenham o cromossomo X. O cromossomo Y é um pouco mais leve, o que faz nadar mais rápido" e que "não estudar e entender as diferenças dos espermatozóides X e Y mais extensivamente e usá-los responsavelmente é negar a nós mesmos e às gerações futuras o privilégio e o poder do conhecimento".

Como anexos, legislações estrangeiras e artigos publicados em revistas leigas, o texto Direito e Bioética - aspectos jurídicos em face da genética, de autoria de Marcos Inácio Araújo e Oliveira a Resolução CFM nº 1.358/92, que

dispõe sobre normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, a Declaração de Helsinque sobre pesquisa em seres humanos, a Resolução nº 196/96, do Conselho Nacional de Saúde, que estabelece diretrizes e normas regulamentadoras de pesquisas envolvendo seres humanos e a Lei nº 8.974, de 5/1/95, que estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização no uso das técnicas de engenharia genética na construção, manipulação, transporte, comercialização, consumo, liberação e descarte de organismo geneticamente modificado (OGM).

Os consultentes fazem extensas digressões acerca das possibilidades que o estudo da reprodução pode trazer ao conhecimento científico sobre a utilização de técnicas as mais variadas, capazes de influir no processo reprodutivo, tais como utilização de gametas e pré-embriões com as mais diversas finalidades. Ao final, trazem uma pergunta específica a respeito do enriquecimento de sêmen visando a uma maior proporção de espermatozoides X ou Y, aumentando, assim, a possibilidade da escolha do sexo nos casos de reprodução assistida.

No Brasil, atualmente transitam no Congresso Nacional projetos de lei que tratam da matéria mas até a presente data só existe a Resolução CFM nº 1.358/92, que em seus Princípios Gerais estabelece em seu artigo 4º - "As técnicas de RA não devem ser aplicadas com a intenção de selecionar o sexo ou qualquer outra característica biológica do futuro filho, exceto quando se trate de evitar doenças ligadas ao sexo do filho que venha a nascer".

Entendo que a Resolução nº 1.358/92, deste Conselho Federal, em pleno vigor, responde integralmente à consulta formulada.

Este é meu parecer, SMJ.

Brasília, 27 de junho de 2003.

PEDRO PABLO MAGALHÃES CHACEL

Conselheiro Relator

Parecer aprovado em Sessão Plenária

Dia 12/9/2003

PARECER CREMERJ Nº 192/2008.

INTERESSADO: Dra. M. do C. B. de S.

RELATOR: Dra. Leda Maria da Costa Macedo
Cons. Arnaldo Pineschi de Azeredo Coutinho
Comissão de Bioética do CREMERJ

POSSIBILIDADE DE SELEÇÃO DE SEXO EM TÉCNICA DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA.

EMENTA: Apesar de o ordenamento jurídico brasileiro não dispor sobre as técnicas de reprodução assistida, mesmo considerando-se legítimo o desejo do casal e a possibilidade científica de realização do procedimento, a seleção de sexo é vedada pela legislação ética.

CONSULTA: Trata-se de consulta formulada pela Dra. M. do C. B. de S., a qual solicita autorização para realização de fertilização in vitro com seleção de sexo, a pedido do casal, por motivo de balanceamento familiar. Expõe que há possibilidade de atendimento à demanda, através da realização do diagnóstico pré-implantacional, com utilização da técnica FISH (fluorescence in situ hybridization), para análise e seleção de cromossomos.

PARECER: A análise da presente demanda requer a apreciação de alguns aspectos que envolvem a questão:

CONSIDERAÇÕES GERAIS ACERCA DO ASSUNTO:

1. Há enorme progresso das tecnologias em reprodução assistida. Diante da evolução das técnicas de fecundação artificial, há um natural aumento da procura desses novos meios de reprodução;
2. A sexagem de embriões humanos é possível e permitida, desde que por justificativas médicas;
3. O desejo por escolha do sexo do filho é antigo e legítimo, já que possibilita ao casal um direcionamento no planejamento familiar;
4. A discussão quanto à sexagem de embriões é antiga e passa por situações de cunho econômico e sociocultural, visto o grande número de abortos seletivos em países como a China e a Índia;
5. A demanda de casais que buscam a reprodução assistida com sexagem é crescente, e não necessariamente motivada por recomendações médicas;
6. Não existem métodos acurados e efetivos de separação de cromossomo X e Y do espermatozóide, devendo a sexagem ser realizada no embrião, em fase pré-implantacional, o que também implicaria na produção de embriões do sexo indesejado;
7. A literatura a respeito é controversa: há países, como a Inglaterra, que proíbem seleção de embriões apenas para escolha do sexo. Há outros, como os EUA, em que não há legislação que regule o assunto;

8. São necessárias mais pesquisas para se conhecerem as repercussões comportamentais, psicológicas, culturais e sociais resultantes desses nascidos escolhidos por sexo.

ASPECTOS SOB O PONTO DE VISTA BIOÉTICO:

a) Benefícios:

- Direito ao planejamento familiar, incluindo ter filho do sexo desejado e ter oportunidade de vivenciar a criação deste filho.

b) Malefícios:

- Em relação à mãe e ao embrião/feto:

Risco aumentado de danos físicos, psicológicos e econômicos, por conta do procedimento decorrente da manipulação de embriões, acarretando síndrome de estimulação ovariana, gravidez ectópica, gravidez múltipla; manipulação de embriões acarretando inviabilidade e malformações; uso do filho como meio e não como fim; possibilidade de gerar filho do sexo desejado, porém com anomalia genética decorrente da manipulação; possibilidade de erro humano na sexagem, resultando em sexo não desejado; expectativa de gênero em relação ao sexo desejado; não preservação do potencial da vida do embrião.

- Em relação à sociedade:

Risco aumentado de danos sociais, culturais, e econômicos, por conta do procedimento já que a manipulação de embriões interfere no processo natural de fecundação; descarte de embriões que não forem do sexo desejado; risco de desequilíbrio na distribuição sexual na sociedade; desvio de recursos financeiros para procedimento "não essencial" e para tratamento de possíveis anomalias; discriminação sexual.

Até o momento, não há fundamentação científica para considerar que a escolha do sexo proporcionará desequilíbrio na distribuição de indivíduos do sexo masculino e feminino na sociedade, discriminação sexual, ou dano psicológico ao nascido selecionado por sexo. No entanto, seria recomendável uma avaliação psicológica prévia ao procedimento para a escolha do sexo e o desenvolvimento de pesquisas para se avaliar o impacto desta escolha na família e na sociedade assim como um controle quantitativo dos sexos selecionados, por casal e por clínica, visando o equilíbrio populacional.

As técnicas que permitem a escolha do sexo do embrião já são utilizadas amplamente, usualmente com a finalidade de se identificar desordens genéticas, ligadas ao sexo ou não, em casais que têm indicação de se submeter à fertilização in vitro. Considerando que a escolha de sexo não envolve, necessariamente, esterilidade/infertilidade, e/ou diagnóstico de doença genética, seria mais apropriado o desenvolvimento de técnicas menos intervencionistas, porém mais efetivas, como, por exemplo, a separação de cromossomos X e Y no gameta masculino, visando separar diagnóstico de anomalia genética, de seleção de sexo.

A fertilização in vitro com diagnóstico pré-implantacional no embrião, sem indicação médica, com finalidade exclusiva de seleção de sexo, ou como forma de triagem genética para identificação de doenças e, conseqüentemente, descarte e/ou congelamento de embriões não sadios e/ou do sexo indesejado, aumentará a polêmica sobre a possibilidade de

construção de um ser humano, em que outras características fenotípicas poderão ser desejadas no futuro.

Deveria ser repensado também o uso de outras técnicas que podem trazer risco de dano à mulher, como a estimulação ovariana, se não há problemas na ovulação.

Em que pese a possibilidade científica do procedimento desejado pelo casal, de escolha de sexo por motivo de balanceamento familiar, tal conduta é vedada pela Resolução CFM n. 1.358/92, que estabeleceu normas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, tendo como um dos princípios basilares, a recomendação de não aplicação das técnicas de reprodução assistida com a intenção de selecionar o sexo ou qualquer outra característica biológica do futuro filho, conforme estatuído no item I, que trata dos princípios gerais, subitem 4, transcrito a seguir:

RESOLUÇÃO CFM n. 1.358/92

NORMAS ÉTICAS PARA A UTILIZAÇÃO DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA,

I - PRINCÍPIOS GERAIS

(...)

4 - As técnicas de RA não devem ser aplicadas com a intenção de selecionar o sexo ou qualquer outra característica biológica do futuro filho, exceto quando se trate de evitar doenças ligadas ao sexo do filho que venha a nascer.

Após o exposto, há que se reconhecer a legitimidade do desejo do casal. Entretanto, apesar de não haver lei que disponha a respeito e de ser cientificamente possível, a escolha do sexo em técnica de reprodução assistida é prática vedada pela legislação ética vigente.

É o parecer, salvo melhor juízo.

Aprovado na Sessão Plenária de 01/12/2008.



[Imprimir](#)

**PROCESSO CONSULTA CFM Nº 1698/96
PC/CFM/Nº 23/96**

INTERESSADO: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo

ASSUNTO: Reprodução humana

RELATOR: Cons. Antônio Henrique Pedrosa Neto

EMENTA: A Resolução nº 1358/92, que adota as normas éticas para utilização das técnicas de reprodução assistida, proíbe o descarte ou destruição de pré-embriões criopreservados. Porém, necessário se faz que o CFM promova estudos com o objetivo de aprofundar estudos sobre a necessidade de atualização das referidas normas sobre este e outros questionamentos a respeito.

CONSULTA:

A presente consulta, originária do Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, foi motivada pela Unidade de Reprodução Humana - HIAF do Hospital Israelita Albert Einstein, que solicitou manifestação daquele Regional sobre o descongelamento de embriões e sua conseqüente inutilização.

Eis a íntegra da consulta:

"A UNIDADE DE REPRODUÇÃO HUMANA-

HIAE, iniciou seus trabalhos em setembro de 1990, desde o início realizando a criopreservação de embriões.

A relação entre o casal e a URH estava estabelecida no contrato anexo, onde previa-se o descongelamento dos embriões, e a sua conseqüente inutilização quando o casal se manifestasse.

Entretanto, após a resolução 1358/92 do Conselho Federal de Medicina - CFM, ficou proibido a inutilização destes embriões. No momento vários casais manifestaram seu desinteresse pela preservação dos embriões congelados.

Desta maneira solicitamos a este Conselho que se manifeste sobre o que fazer com estes embriões? - No momento da assinatura do contrato a opção pela destruição do embrião era viável, pois não existia recomendações contrária.

No aguardo de seu breve pronunciamento, subscrevemo-nos.

Atenciosamente,

Dr. Sidney Glina

Coordenador Equipe URH

Em anexo à consulta vinham vários termos de autorização de descongelamento e descarte de embriões de casais que participaram de procedimentos de fertilização assistida (FIV, PROST, ZIFT e GIFT) na referida Unidade de Reprodução Humana, bem como cópia de informe consentido para congelamento e preservação de pré-zigotos, onde se esclarecia a técnica de fertilização "in vitro" e o conseqüente congelamento dos pré-zigotos que excedam o número de quatro, que serão transferidos "a fresco".

O informe explica, ainda, que a criopreservação procura beneficiar os participantes dos programas de fertilização, assistida reduzindo os riscos de gestações múltiplas e suas complicações obstétricas, ao mesmo tempo que cria a oportunidade de novas transferências para a obtenção de gravidez com a transferência de embriões desenvolvidos a partir de pré-zigotos criopreservados. Tece comentários detalhados sobre a criopreservação e informa que os pré-zigotos serão guardados enquanto participarem do programa de FIV. Frisa, porém, que em qualquer caso os mesmos serão descongelados e descartados após decorridos três anos.

Por fim, informa que o HIAE cobrará uma taxa trimestral de manutenção dos pré-zigotos criopreservados.

PARECER

Através da Resolução CFM nº 1358/92, de 11 de novembro de 1992, o Conselho Federal de Medicina normatizou as técnicas de Reprodução Assistida, preenchendo um vazio na

legislação, haja vista que a medicina brasileira já dominava a técnica há alguns anos através de centros de reprodução assistida instalados em vários estados do país.

Para tanto, o Conselho Federal de Medicina convidou a Federação Brasileira das Sociedades de Ginecologia e Obstetrícia - FEBRASGO, a Sociedade Brasileira de Reprodução Humana, a Sociedade Brasileira de Genética Clínica e a Sociedade Brasileira de Pediatria, além de especialistas renomados nacionalmente sobre o assunto, para conjuntamente proceder a revisão bibliográfica nacional e internacional e oferecer ao plenário do CFM, para discussão e aprovação, um conjunto de normas que disciplinasse o uso da técnica no país, dentro de padrões internacionais. A comissão lastreou o seu trabalho com a preocupação do rigor técnico e ético, procurando adequar-se às normas legais existentes, sem no entanto impor barreiras ao seu desenvolvimento, buscando o melhor da experiência internacional no desenvolvimento das várias técnicas de Reprodução Assistida.

Visando sempre o bem-estar do homem e a sua satisfação biopsicossocial, e com a convicção de que os avanços da ciência e da medicina devem estar sempre voltados para esse objetivo, o CFM regulamentou um procedimento médico que envolve aspectos de natureza científica, ética, legal e filosófica, tocando em um assunto até então privativo do Criador.

Portanto, esse conjunto de normas, fruto de amadurecido debate e profunda reflexão, visou permitir o desenvolvimento médico-científico sem infringir às normas legais ou violentar os códigos sociais. Dentro desse espírito, o capítulo V - criopreservação de gametas ou pré-embriões das normas adotadas pela Resolução CFM 1358/92 expressa:

"2- O número total de pré-embriões produzidos em laboratórios será comunicado aos pacientes, para que decidam quantos pré-embriões serão transferidos "a fresco", devendo o excedente ser criopreservado, não podendo ser descartado ou destruído."

Desta forma, os Centros de Reprodução Assistida no país estão subordinados à Resolução CFM nº 1358/92, que permite a criopreservação de pré-embriões, porém impede o seu descarte ou destruição. Mesmo reconhecendo os custos financeiros que a sua conservação por tempo indeterminado exige, não há no momento outra alternativa a não ser o seu cumprimento.

Os princípios éticos que norteiam a medicina devem estar sempre acima de qualquer interesse que não seja o bem-estar do homem e o desenvolvimento científico contido em limites rígidos estabelecidos pela sociedade, que é sua única beneficiária. Do contrário, a ditadura da ciência e o autoritarismo do conhecimento conduziria os destinos da humanidade sem conhecer as fronteiras, tornando-se senhora e senhor absolutos da verdade. O "clic" que permitirá o avanço dos limites que a ciência e a medicina podem ultrapassar terá que ser sempre determinado pelas transformações do pensamento social, e após a certeza do seu significado para o bem do homem e da humanidade.

A Resolução CFM nº 1358/92 tem apenas quatro anos de existência e constituiu-se em importante instrumento para o desenvolvimento da técnica em nosso país, colocando-o em situação de igualdade com os países que possuem as legislações mais modernas sobre o assunto. Como exemplo, só recentemente a Inglaterra, pioneira da fertilização "in vitro" de gametas humanos, permitiu o descongelamento e descarte de pré-embriões criopreservados.

No entanto, necessário se faz realizar algumas considerações sobre a técnica de Reprodução Assistida através da fertilização "in vitro" com transferência de embriões, permitida e regulamentada por este CFM, particularmente no que diz respeito aos pré-embriões criopreservados. Após estimulação química da ovulação são colhidos um número indeterminado de óvulos que, em contato com os espermatozóides, são fertilizados e desenvolvem-se "in vitro" até alcançar o estágio de 8 células, momento em que são selecionados os pré-embriões a serem transferidos para a cavidade uterina. Os restantes são, então, criopreservados.

A Resolução CFM nº 1358/92 limitou a transferência de quatro pré-embriões visando impedir que os Centros de Reprodução Assistida, na busca de melhores resultados, transferissem um número maior de pré-embriões, aumentando os riscos já existentes de gravidez múltipla, com sérios agravos para os fetos e a mãe. Da mesma forma, permitiu a criopreservação possibilitando, em caso de insucesso ou desejo de nova gravidez, novas tentativas de transferência sem necessidade de novos procedimentos de indução ovulatória, coleta de óvulos e nova fertilização "in vitro".

Caso não fosse permitida a criopreservação, e como não se pode determinar laboratorialmente o número exato de óvulos a serem fecundados e levando-se em conta que a Resolução nº 1358/92 limita a transferência de quatro pré-embriões, os excedentes seriam necessariamente descartados. Sabemos que após a transferência dos pré-embriões a probabilidade de gravidez situa-se, em média, em torno de 20%, variável em função da idade da receptora, o que significa a "rejeição" natural dos pré-embriões transferidos. Por outro lado, nos resultados positivos desenvolvem-se, em média, dois embriões, com o descarte natural dos restantes. Também é fato sabido que após o processo de descongelamento um número variável de pré-embriões não continuam o seu desenvolvimento, permitindo a sua transferência, o que significa o descarte de pré-embriões independente de vontade. Ressalte-se, ainda, que durante a fecundação natural através do ato sexual muitos pré-embriões não conseguem o seu desenvolvimento no leito materno, sendo descartados por determinação da mãe natureza.

A técnica de fertilização "in vitro", portanto, independente da nossa vontade determina o descarte de pré-embriões. E como não poderia ser diferente, a técnica imita e ajuda a natureza para que o homem consiga realizar o seu desejo e cumprir o determinismo biológico da reprodução.

Finalmente, entendo que um pré-embrião em estágio de oito células sem desenvolvimento da placa neural não pode ser considerado um ser humano. É uma expectativa potencial de vida. Assim como também são expectativas de vida os gametas masculinos e femininos, isoladamente. São partes que se completam para permitir, através de sua fusão, a mágica maior da vida: o ser humano.

Com todo o cuidado que o assunto exige, temos a considerar que em algum momento este Conselho Federal terá que pronunciar-se a respeito da "guarda" por tempo indeterminado dos pré-embriões criopreservados. O acesso cada vez maior da população aos procedimentos de Reprodução Assistida irá exigir em momento muito próximo, uma tomada de posição a esse respeito sob pena de colocar em risco, por questões puramente econômicas, os benefícios que este avanço da medicina colocou à disposição do ser humano, restringindo cada vez mais o seu acesso apenas às camadas da população melhor colocadas na escala social.

Portanto, como este e outros questionamentos a respeito das técnicas de Reprodução Assistida têm chegado a este Conselho e por entender que é através da regulamentação que se evitam os desvios e a prática do fato consumado, muitas vezes ferindo princípios éticos e à margem dos dispositivos legais, sugiro a reativação da comissão que elaborou as normas adotadas pela Resolução CFM nº 1358/92, com o objetivo de aprofundar estudos sobre a necessidade de atualização das referidas normas

Este é meu parecer, S.M.J.

Brasília, 30 de agosto de 1996.

ANTÔNIO HENRIQUE PEDROSA NETO

Conselheiro Relator

Parecer aprovado na Sessão

Plenária do dia 11/09/96



Consulta nº 15.100/99

Assunto: Esclarecimentos sobre a Unidade de Reprodução Humana que mantém programa de criopreservação de embriões.

Relatores: Conselheiros Marco Segre e Cristiano Fernando Rosas

O consulente Dr. S.G., solicita parecer do CREMESP sobre Unidade de Reprodução Humana manter programa de criopreservação de embriões, pedindo esclarecimentos sobre as seguintes questões:

"Caso 1) O casal manifestou por escrito sua desistência pelos embriões criopreservados e autorizou a doação dos mesmos. Entretanto o marido é portador de Talassemia, o que praticamente inviabiliza a doação.

Caso 2) Mesma situação, entretanto o marido apresenta sorologia positiva para hepatite C.

Caso 3) Casal deixa de pagar a taxa trimestral de manutenção da criopreservação, o que indica o desinteresse pela utilização dos mesmos (expresso no Consentimento Informado assinado por ambos). Entretanto o endereço do casal mudou e não conseguimos localizá-los para consentir na doação dos embriões e realização para realizar a doação seguinte.

Caso 4) O casal manifestou por escrito sua desistência pelos embriões criopreservados e autorizou a doação dos mesmos, entretanto o marido é portador de hepatite B (Pesquisa do Antígeno de Superfície da Hepatite B = reagente)."

PARECER

A atual Legislação não oferece indicação para a conduta a ser seguida no caso de pré-embriões criopreservados não serem utilizados para fins de Reprodução Assistida, seja por contra-indicação médica, por desistência expressa dos "doadores", ou por desinteresse de terceiros quanto a recebê-los doados.

Por essa razão, não desejando enfrentar esse tipo de impasse - o que se fazer com os pré-embriões - a Lei que atualmente se propõe proíbe que se produza número maior de (2), de embriões que serão nidados no útero receptor.

Considerando esses aspectos, não há resposta "legal" para os quesitos formulados.

Já foi expresso, por este Conselheiro, seu inconformismo quanto ao fato de o pré-embrião ser tido como intocável a partir do instante em que ele foi fabricado, trazendo obstáculos dificilmente superáveis para a prática da Reprodução Assistida.

Cabe-nos, manifestar esse inconformismo junto aos órgãos competentes para que as novas normas se desapeguem, ao menos em parte, de antigos tabus. Face a está nossa postura ética, sugerimos que as questões propostas sejam remetidas ao poder Judiciário.

Este é o nosso parecer, s.m.j.

Conselheiro Marco Segre

MANIFESTAÇÃO DO CONSELHEIRO CRISTIÃO FERNANDO ROSAS

Concordo com vosso parecer, pois atualmente a Resolução CFM 1.358/92 proíbe o descarte de embriões. Os aspectos levantados pelo consulente não eram uma preocupação dos que atuavam em Reprodução Assistida, porém o fato atual é que um contingente cada vez maior de pré-embriões, não poderão ser aproveitados pelos motivos expostos pelo consulente. Face ao questionamento, entendo que o Poder Judiciário seria o Tribunal que poderia criar jurisprudência face o necessário descarte destes "pré-embriões".

Este é o nosso parecer, s.m.j.

Conselheiro Cristiano Fernando Rosas

APROVADO NA 2.739ª REUNIÃO PLENÁRIA, REALIZADA EM
08.03.2002.

HOMOLOGADO NA 2.742ª REUNIÃO PLENÁRIA, REALIZADA EM
12.03.2002.





Consulta nº 15.100/99

Assunto: Esclarecimentos sobre a Unidade de Reprodução Humana que mantém programa de criopreservação de embriões.

Relatores: Conselheiros Marco Segre e Cristiano Fernando Rosas

O consulente Dr. S.G., solicita parecer do CREMESP sobre Unidade de Reprodução Humana manter programa de criopreservação de embriões, pedindo esclarecimentos sobre as seguintes questões:

"Caso 1) O casal manifestou por escrito sua desistência pelos embriões criopreservados e autorizou a doação dos mesmos. Entretanto o marido é portador de Talassemia, o que praticamente inviabiliza a doação.

Caso 2) Mesma situação, entretanto o marido apresenta sorologia positiva para hepatite C.

Caso 3) Casal deixa de pagar a taxa trimestral de manutenção da criopreservação, o que indica o desinteresse pela utilização dos mesmos (expresso no Consentimento Informado assinado por ambos). Entretanto o endereço do casal mudou e não conseguimos localizá-los para consentir na doação dos embriões e realização para realizar a doação seguinte.

Caso 4) O casal manifestou por escrito sua desistência pelos embriões criopreservados e autorizou a doação dos mesmos, entretanto o marido é portador de hepatite B (Pesquisa do Antígeno de Superfície da Hepatite B = reagente)."

PARECER

A atual Legislação não oferece indicação para a conduta a ser seguida no caso de pré-embriões criopreservados não serem utilizados para fins de Reprodução Assistida, seja por contra-indicação médica, por desistência expressa dos "doadores", ou por desinteresse de terceiros quanto a recebê-los doados.

Por essa razão, não desejando enfrentar esse tipo de impasse - o que se fazer com os pré-embriões - a Lei que atualmente se propõe proíbe que se produza número maior de (2), de embriões que serão nidados no útero receptor.

Considerando esses aspectos, não há resposta "legal" para os quesitos formulados.

Já foi expresso, por este Conselheiro, seu inconformismo quanto ao fato de o pré-embrião ser tido como intocável a partir do instante em que ele foi fabricado, trazendo obstáculos dificilmente superáveis para a prática da Reprodução Assistida.

Cabe-nos, manifestar esse inconformismo junto aos órgãos competentes para que as novas normas se desapeguem, ao menos em parte, de antigos tabus. Face a está nossa postura ética, sugerimos que as questões propostas sejam remetidas ao poder Judiciário.

Este é o nosso parecer, s.m.j.

Conselheiro Marco Segre

MANIFESTAÇÃO DO CONSELHEIRO CRISTIÃO FERNANDO ROSAS

Concordo com vosso parecer, pois atualmente a Resolução CFM 1.358/92 proíbe o descarte de embriões. Os aspectos levantados pelo consulente não eram uma preocupação dos que atuavam em Reprodução Assistida, porém o fato atual é que um contingente cada vez maior de pré-embriões, não poderão ser aproveitados pelos motivos expostos pelo consulente. Face ao questionamento, entendo que o Poder Judiciário seria o Tribunal que poderia criar jurisprudência face o necessário descarte destes "pré-embriões".

Este é o nosso parecer, s.m.j.

Conselheiro Cristiano Fernando Rosas

APROVADO NA 2.739ª REUNIÃO PLENÁRIA, REALIZADA EM
08.03.2002.

HOMOLOGADO NA 2.742ª REUNIÃO PLENÁRIA, REALIZADA EM
12.03.2002.





Consulta nº 15.100/99

Assunto: Esclarecimentos sobre a Unidade de Reprodução Humana que mantém programa de criopreservação de embriões.

Relatores: Conselheiros Marco Segre e Cristiano Fernando Rosas

O consulente Dr. S.G., solicita parecer do CREMESP sobre Unidade de Reprodução Humana manter programa de criopreservação de embriões, pedindo esclarecimentos sobre as seguintes questões:

"Caso 1) O casal manifestou por escrito sua desistência pelos embriões criopreservados e autorizou a doação dos mesmos. Entretanto o marido é portador de Talassemia, o que praticamente inviabiliza a doação.

Caso 2) Mesma situação, entretanto o marido apresenta sorologia positiva para hepatite C.

Caso 3) Casal deixa de pagar a taxa trimestral de manutenção da criopreservação, o que indica o desinteresse pela utilização dos mesmos (expresso no Consentimento Informado assinado por ambos). Entretanto o endereço do casal mudou e não conseguimos localizá-los para consentir na doação dos embriões e realização para realizar a doação seguinte.

Caso 4) O casal manifestou por escrito sua desistência pelos embriões criopreservados e autorizou a doação dos mesmos, entretanto o marido é portador de hepatite B (Pesquisa do Antígeno de Superfície da Hepatite B = reagente)."

PARECER

A atual Legislação não oferece indicação para a conduta a ser seguida no caso de pré-embriões criopreservados não serem utilizados para fins de Reprodução Assistida, seja por contra-indicação médica, por desistência expressa dos "doadores", ou por desinteresse de terceiros quanto a recebê-los doados.

Por essa razão, não desejando enfrentar esse tipo de impasse - o que se fazer com os pré-embriões - a Lei que atualmente se propõe proíbe que se produza número maior de (2), de embriões que serão nidados no útero receptor.

Considerando esses aspectos, não há resposta "legal" para os quesitos formulados.

Já foi expresso, por este Conselheiro, seu inconformismo quanto ao fato de o pré-embrião ser tido como intocável a partir do instante em que ele foi fabricado, trazendo obstáculos dificilmente superáveis para a prática da Reprodução Assistida.

Cabe-nos, manifestar esse inconformismo junto aos órgãos competentes para que as novas normas se desapeguem, ao menos em parte, de antigos tabus. Face a está nossa postura ética, sugerimos que as questões propostas sejam remetidas ao poder Judiciário.

Este é o nosso parecer, s.m.j.

Conselheiro Marco Segre

MANIFESTAÇÃO DO CONSELHEIRO CRISTIÃO FERNANDO ROSAS

Concordo com vosso parecer, pois atualmente a Resolução CFM 1.358/92 proíbe o descarte de embriões. Os aspectos levantados pelo consulente não eram uma preocupação dos que atuavam em Reprodução Assistida, porém o fato atual é que um contingente cada vez maior de pré-embriões, não poderão ser aproveitados pelos motivos expostos pelo consulente. Face ao questionamento, entendo que o Poder Judiciário seria o Tribunal que poderia criar jurisprudência face o necessário descarte destes "pré-embriões".

Este é o nosso parecer, s.m.j.

Conselheiro Cristiano Fernando Rosas

APROVADO NA 2.739ª REUNIÃO PLENÁRIA, REALIZADA EM
08.03.2002.

HOMOLOGADO NA 2.742ª REUNIÃO PLENÁRIA, REALIZADA EM
12.03.2002.





[Imprimir](#)

PROCESSO-CONSULTA CFM Nº 3.491/06 – PARECER CFM Nº 7/06

INTERESSADO: Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio Grande do Norte

ASSUNTO: Reprodução assistida

RELATOR: Cons. Pedro Pablo Magalhães Chacel

EMENTA: *A doação temporária do útero por pessoa não-parente até 2º grau obrigatoriamente não tem caráter comercial e pode ser permitida quando se observa que a motivação é claramente afetiva.*

RELATÓRIO

A sra. A.F.S. encaminha ao Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio Grande do Norte solicitação de autorização para que uma pessoa, a quem chama de prima por afinidade, seja doadora temporária de útero para processo de gestação em caso de reprodução assistida, sendo a missivista a mãe do nascituro – documento protocolado naquele Conselho em 1/12/2005.

Relata ter feito inúmeros tratamentos para engravidar, sem obter resultado positivo, e ter sido submetida à histerectomia no ano de 2000, o que tornou impossível qualquer futura gestação. Suas irmãs biológicas foram igualmente histerectomizadas, fato que a impossibilita de conseguir uma doadora temporária de útero com parentesco até o 2º grau, como colocado na Resolução nº 1.358/92, único documento existente até hoje, em nosso país, a respeito da reprodução assistida.

A possível doadora temporária do útero também se manifesta, por escrito, em documento aditado a esta solicitação. É mãe de quatro filhos, tendo sua prole completa, não havendo, portanto, qualquer motivo para ter novos filhos. Sua atitude deriva de decisão tomada apenas no plano afetivo, sem qualquer contrapartida pecuniária.

PARECER

A Resolução nº 1.358/92 estabelece em seu item VII – SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO (DOAÇÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO) que:

As clínicas, centros ou serviços de reprodução humana podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contra-indique a gestação na doadora genética.

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

2 - A doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.

A exigência de que a doadora temporária do útero tenha parentesco até o segundo grau com a doadora genética não diz respeito a qualquer indicação de ordem genética, mas sim à proximidade familiar e afetiva. Assim sendo, considerando estar caracterizada a proximidade afetiva e a circunstância de a Resolução nº 1.358/92 permitir que os Conselhos Regionais de Medicina decidam situações especiais como esta, caso a caso, sou favorável à concessão, por parte deste Conselho, da autorização pretendida.

Este é o parecer, SMJ.

Brasília-DF, 12 de maio de 2006

PEDRO PABLO MAGALHÃES CHACEL

Conselheiro Relator



[Imprimir](#)

PROCESSO-CONSULTA CFM Nº 3.491/06 – PARECER CFM Nº 7/06

INTERESSADO: Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio Grande do Norte

ASSUNTO: Reprodução assistida

RELATOR: Cons. Pedro Pablo Magalhães Chacel

EMENTA: *A doação temporária do útero por pessoa não-parente até 2º grau obrigatoriamente não tem caráter comercial e pode ser permitida quando se observa que a motivação é claramente afetiva.*

RELATÓRIO

A sra. A.F.S. encaminha ao Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio Grande do Norte solicitação de autorização para que uma pessoa, a quem chama de prima por afinidade, seja doadora temporária de útero para processo de gestação em caso de reprodução assistida, sendo a missivista a mãe do nascituro – documento protocolado naquele Conselho em 1/12/2005.

Relata ter feito inúmeros tratamentos para engravidar, sem obter resultado positivo, e ter sido submetida à histerectomia no ano de 2000, o que tornou impossível qualquer futura gestação. Suas irmãs biológicas foram igualmente histerectomizadas, fato que a impossibilita de conseguir uma doadora temporária de útero com parentesco até o 2º grau, como colocado na Resolução nº 1.358/92, único documento existente até hoje, em nosso país, a respeito da reprodução assistida.

A possível doadora temporária do útero também se manifesta, por escrito, em documento aditado a esta solicitação. É mãe de quatro filhos, tendo sua prole completa, não havendo, portanto, qualquer motivo para ter novos filhos. Sua atitude deriva de decisão tomada apenas no plano afetivo, sem qualquer contrapartida pecuniária.

PARECER

A Resolução nº 1.358/92 estabelece em seu item VII – SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO (DOAÇÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO) que:

As clínicas, centros ou serviços de reprodução humana podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contra-indique a gestação na doadora genética.

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

2 - A doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.

A exigência de que a doadora temporária do útero tenha parentesco até o segundo grau com a doadora genética não diz respeito a qualquer indicação de ordem genética, mas sim à proximidade familiar e afetiva. Assim sendo, considerando estar caracterizada a proximidade afetiva e a circunstância de a Resolução nº 1.358/92 permitir que os Conselhos Regionais de Medicina decidam situações especiais como esta, caso a caso, sou favorável à concessão, por parte deste Conselho, da autorização pretendida.

Este é o parecer, SMJ.

Brasília-DF, 12 de maio de 2006

PEDRO PABLO MAGALHÃES CHACEL

Conselheiro Relator



[Imprimir](#)

PROCESSO-CONSULTA CFM Nº 3.491/06 – PARECER CFM Nº 7/06

INTERESSADO: Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio Grande do Norte

ASSUNTO: Reprodução assistida

RELATOR: Cons. Pedro Pablo Magalhães Chacel

EMENTA: *A doação temporária do útero por pessoa não-parente até 2º grau obrigatoriamente não tem caráter comercial e pode ser permitida quando se observa que a motivação é claramente afetiva.*

RELATÓRIO

A sra. A.F.S. encaminha ao Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio Grande do Norte solicitação de autorização para que uma pessoa, a quem chama de prima por afinidade, seja doadora temporária de útero para processo de gestação em caso de reprodução assistida, sendo a missivista a mãe do nascituro – documento protocolado naquele Conselho em 1/12/2005.

Relata ter feito inúmeros tratamentos para engravidar, sem obter resultado positivo, e ter sido submetida à histerectomia no ano de 2000, o que tornou impossível qualquer futura gestação. Suas irmãs biológicas foram igualmente histerectomizadas, fato que a impossibilita de conseguir uma doadora temporária de útero com parentesco até o 2º grau, como colocado na Resolução nº 1.358/92, único documento existente até hoje, em nosso país, a respeito da reprodução assistida.

A possível doadora temporária do útero também se manifesta, por escrito, em documento aditado a esta solicitação. É mãe de quatro filhos, tendo sua prole completa, não havendo, portanto, qualquer motivo para ter novos filhos. Sua atitude deriva de decisão tomada apenas no plano afetivo, sem qualquer contrapartida pecuniária.

PARECER

A Resolução nº 1.358/92 estabelece em seu item VII – SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO (DOAÇÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO) que:

As clínicas, centros ou serviços de reprodução humana podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contra-indique a gestação na doadora genética.

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

2 - A doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.

A exigência de que a doadora temporária do útero tenha parentesco até o segundo grau com a doadora genética não diz respeito a qualquer indicação de ordem genética, mas sim à proximidade familiar e afetiva. Assim sendo, considerando estar caracterizada a proximidade afetiva e a circunstância de a Resolução nº 1.358/92 permitir que os Conselhos Regionais de Medicina decidam situações especiais como esta, caso a caso, sou favorável à concessão, por parte deste Conselho, da autorização pretendida.

Este é o parecer, SMJ.

Brasília-DF, 12 de maio de 2006

PEDRO PABLO MAGALHÃES CHACEL

Conselheiro Relator

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO PARANÁ

RUA VICTÓRIO VIEZZER, 84 - CAIXA POSTAL 2.208 - CEP 80810-340 - CURITIBA - PR
FONE: (41) 3240-4000 - FAX: (41) 3240-4001 - SITE: www.crmpr.org.br - E-MAIL: protocolo@crmpr.org.br

PARECER Nº 2346/2011 CRM-PR

PROCESSO CONSULTA N.º 055/2011 – PROTOCOLO N.º 19354/2011

ASSUNTO: ÚTERO DE SUBSTITUIÇÃO – REPRODUÇÃO ASSISTIDA

PARECERISTA: CONS. HELCIO BERTOLOZZI SOARES

EMENTA: Útero de substituição - Reprodução assistida - Autorização - Quantidade de embriões

CONSULTA

Em e-mail encaminhado a este Conselho Regional de Medicina, a Dr.^a XXX, faz consulta com o seguinte teor:

Solicitação de parecer sobre Doação temporária de útero a pedido do casal Sr.^a XXX, 41 anos, e Sr. XXX, 41 anos, solicitam autorização para que seus 4 embriões congelados, possam ser transferidos para o útero de uma grande amiga, Sr.^a XX, 36 anos, pois não possuem parentes em condições de sessão temporária de útero para estes embriões. Justificativa: O casal procurou meu consultório em 2009, com a indicação de histerectomia, por Adenocarcinoma do tipo mucinoso de colo uterino, com margens cirúrgicas comprometidas na conização, referindo cirurgia marcada pelo oncologista para Setembro, menos de 1 mês. Como não possuíam filhos, 18 anos de união, desejavam alguma ajuda para preservação da fertilidade. Após avaliação vislumbrou-se a possibilidade de sessão temporária de útero por uma das irmãs da paciente, XX, 2 filhos por cesáreas anteriores, sem intercorrências, na época em boas condições de saúde e que aceitaria a sessão temporária de útero para sua irmã. Após alguns meses evoluiu com complicações clínicas-ginecológicas e foi submetida à histerectomia. Dos demais familiares: A outra irmã – XXX mora no Japão - tem 42 anos, não tem filhos e tem histórico de trombose. Sua XXX, teve histerectomia. Sua Cunhada - XX - Irmã do marido - esta em acompanhamento pós-tratamento de leucemia há 2 anos. Sua Sogra - XXX, hipertensa, sem condições clínicas. Como possuem uma amiga desde a infância, XX, 36 anos, esta se ofereceu para gestar para seus amigos, devido aos vínculos afetivos com o casal XXX e XXX. A mesma tem 1 filho de 11 anos, tendo tido uma ótima gestação, tem apoio de todos seus familiares (Mãe e Filho), inclusive de seu companheiro

(namorado há 1ano), e pela avaliação que foi submetida, pela Psicóloga de nossa equipe, Dra. XX, esta consciente de todas as nuances que tal procedimento envolve. Diante disto, solicito orientação quanto ao caso:

1- É possível esta Amiga, XX, ter autorização para receber estes embriões do casal XXX e XXX, pois apesar da candidata a doadora temporária do útero não pertencer à família da doadora genética, observa-se que a motivação é claramente afetiva, sem caráter lucrativo ou comercial. 2- Em caso positivo da permissão de sessão temporária de útero, caso após o descongelamento todos os 4 embriões forem viáveis, podem todos os 4 serem transferidos ou apenas 3, idade da receptora 36 anos, mas embriões congelados de mulher de 41, atualmente, na época da FIV era 40 anos. 3- Em caso de negativa da autorização, como orientar o casal, pois detalhadamente vasculhei todo o restante dos familiares (mais distantes), sem possibilidades de conseguir outra parente para ser receptora temporária destes embriões. Aguardo orientação.”

FUNDAMENTAÇÃO E PARECER

A intervenção na reprodução humana através da ciência e da tecnologia é **ética e moralmente admissível**, desde que se respeite os valores fundamentais do ser humano, a unidade familiar e a licitude dos meios e fins. O enfoque principal deve ser o respeito ao embrião e a criança, tendo como escopo o desenvolvimento saudável dentro da família. A Resolução CFM n. 1957/2010, com edição em janeiro do ano de 2011, permite a utilização da gravidez de substituição, desde que exista impedimento físico ou clínico para que a mulher, doadora genética, possa levar a gravidez ao seu termo e ao seu objetivo.

As técnicas de reprodução humana tem o papel de auxiliar na resolução das dificuldades encontradas na infertilidade humana, que um problema de saúde pública, permitindo ou facilitando condições de procriação através de mecanismos científicos aceitáveis eticamente e galgando o efeito terapêutico desejado.

As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família da doadora genética, num grau de parentesco até o segundo grau (mãe e/ou irmã), sendo os demais casos sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina.

A restrição às situações de indicação médica absoluta impede a vulgarização do procedimento, enquanto à restrição biológica ao ambiente familiar tem como alvo facilitar o estabelecimento dos laços afetivos necessários para o desenvolvimento saudável da futura criança, além de impedir o caráter lucrativo ou comercial na relação estabelecida.

No caso em discussão acerca da gestação de substituição, a doadora temporária não pertence a família da doadora genética, sendo necessário, a autorização deste CRM-PR. Em sua solicitação, fica clara a pertinência da ausência do caráter lucrativo e comercial, mostrando-se tratar de condições claramente afetivas.

É exigência formal a necessidade de se ter um consentimento prévio e amplamente informado dos eventuais riscos e intercorrências da gravidez para ambas as doadoras.

Diante desta exposição de motivos, passo a aduzir seus questionamentos objetivos:

- É possível que a Sr.^a XX, amiga da doadora genética, seja a doadora de seu útero, obedecidas às condições de consentimento informado, e o caráter não comercial seja respeitado;
- Com relação ao número de embriões, em função da idade da receptora, é facultado a inseminação de até 3 embriões, salientando que quanto maior o número de embriões transferidos para o útero aumentam os riscos para a evolução da gravidez, tanto para a doadora do útero de aluguel quanto para a sobrevivência dos embriões. A decisão deve ser compartilhada e a prudência extremamente bem empregada.
- Admitida a possibilidade da Sra. XX, doadora do útero, amiga do casal doador genético, aceitar as orientações advindas por parte da Dra. XX, este questionamento fica prejudicado.

Desta forma, sendo obedecidas as imposições da Resolução ora em vigor, sou plenamente favorável à concessão por parte deste CRM-PR da autorização solicitada.

É o parecer, s. m. j.

Curitiba, 18 de agosto de 2011.

Cons. HELCIO BERTOZZI SOARES

Parecerista

Aprovado em Sessão Plenária n.º2808ª de 22/08/2011.

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO PARANÁ

RUA VICTÓRIO VIEZZER, 84 - CAIXA POSTAL 2.208 - CEP 80810-340 - CURITIBA - PR
FONE: (41) 3240-4000 - FAX: (41) 3240-4001 - SITE: www.crmpr.org.br - E-MAIL: protocolo@crmpr.org.br

PARECER Nº 2346/2011 CRM-PR

PROCESSO CONSULTA N.º 055/2011 – PROTOCOLO N.º 19354/2011

ASSUNTO: ÚTERO DE SUBSTITUIÇÃO – REPRODUÇÃO ASSISTIDA

PARECERISTA: CONS. HELCIO BERTOLOZZI SOARES

EMENTA: Útero de substituição - Reprodução assistida - Autorização - Quantidade de embriões

CONSULTA

Em e-mail encaminhado a este Conselho Regional de Medicina, a Dr.^a XXX, faz consulta com o seguinte teor:

Solicitação de parecer sobre Doação temporária de útero a pedido do casal Sr.^a XXX, 41 anos, e Sr. XXX, 41 anos, solicitam autorização para que seus 4 embriões congelados, possam ser transferidos para o útero de uma grande amiga, Sr.^a XX, 36 anos, pois não possuem parentes em condições de sessão temporária de útero para estes embriões. Justificativa: O casal procurou meu consultório em 2009, com a indicação de histerectomia, por Adenocarcinoma do tipo mucinoso de colo uterino, com margens cirúrgicas comprometidas na conização, referindo cirurgia marcada pelo oncologista para Setembro, menos de 1 mês. Como não possuíam filhos, 18 anos de união, desejavam alguma ajuda para preservação da fertilidade. Após avaliação vislumbrou-se a possibilidade de sessão temporária de útero por uma das irmãs da paciente, XX, 2 filhos por cesáreas anteriores, sem intercorrências, na época em boas condições de saúde e que aceitaria a sessão temporária de útero para sua irmã. Após alguns meses evoluiu com complicações clínicas-ginecológicas e foi submetida à histerectomia. Dos demais familiares: A outra irmã – XXX mora no Japão - tem 42 anos, não tem filhos e tem histórico de trombose. Sua XXX, teve histerectomia. Sua Cunhada - XX - Irmã do marido - esta em acompanhamento pós-tratamento de leucemia há 2 anos. Sua Sogra - XXX, hipertensa, sem condições clínicas. Como possuem uma amiga desde a infância, XX, 36 anos, esta se ofereceu para gestar para seus amigos, devido aos vínculos afetivos com o casal XXX e XXX. A mesma tem 1 filho de 11 anos, tendo tido uma ótima gestação, tem apoio de todos seus familiares (Mãe e Filho), inclusive de seu companheiro

(namorado há 1ano), e pela avaliação que foi submetida, pela Psicóloga de nossa equipe, Dra. XX, esta consciente de todas as nuances que tal procedimento envolve. Diante disto, solicito orientação quanto ao caso:

1- É possível esta Amiga, XX, ter autorização para receber estes embriões do casal XXX e XXX, pois apesar da candidata a doadora temporária do útero não pertencer à família da doadora genética, observa-se que a motivação é claramente afetiva, sem caráter lucrativo ou comercial. 2- Em caso positivo da permissão de sessão temporária de útero, caso após o descongelamento todos os 4 embriões forem viáveis, podem todos os 4 serem transferidos ou apenas 3, idade da receptora 36 anos, mas embriões congelados de mulher de 41, atualmente, na época da FIV era 40 anos. 3- Em caso de negativa da autorização, como orientar o casal, pois detalhadamente vasculhei todo o restante dos familiares (mais distantes), sem possibilidades de conseguir outra parente para ser receptora temporária destes embriões. Aguardo orientação.”

FUNDAMENTAÇÃO E PARECER

A intervenção na reprodução humana através da ciência e da tecnologia é **ética e moralmente admissível**, desde que se respeite os valores fundamentais do ser humano, a unidade familiar e a licitude dos meios e fins. O enfoque principal deve ser o respeito ao embrião e a criança, tendo como escopo o desenvolvimento saudável dentro da família. A Resolução CFM n. 1957/2010, com edição em janeiro do ano de 2011, permite a utilização da gravidez de substituição, desde que exista impedimento físico ou clínico para que a mulher, doadora genética, possa levar a gravidez ao seu termo e ao seu objetivo.

As técnicas de reprodução humana tem o papel de auxiliar na resolução das dificuldades encontradas na infertilidade humana, que um problema de saúde pública, permitindo ou facilitando condições de procriação através de mecanismos científicos aceitáveis eticamente e galgando o efeito terapêutico desejado.

As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família da doadora genética, num grau de parentesco até o segundo grau (mãe e/ou irmã), sendo os demais casos sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina.

A restrição às situações de indicação médica absoluta impede a vulgarização do procedimento, enquanto à restrição biológica ao ambiente familiar tem como alvo facilitar o estabelecimento dos laços afetivos necessários para o desenvolvimento saudável da futura criança, além de impedir o caráter lucrativo ou comercial na relação estabelecida.

No caso em discussão acerca da gestação de substituição, a doadora temporária não pertence a família da doadora genética, sendo necessário, a autorização deste CRM-PR. Em sua solicitação, fica clara a pertinência da ausência do caráter lucrativo e comercial, mostrando-se tratar de condições claramente afetivas.

É exigência formal a necessidade de se ter um consentimento prévio e amplamente informado dos eventuais riscos e intercorrências da gravidez para ambas as doadoras.

Diante desta exposição de motivos, passo a aduzir seus questionamentos objetivos:

- É possível que a Sr.^a XX, amiga da doadora genética, seja a doadora de seu útero, obedecidas às condições de consentimento informado, e o caráter não comercial seja respeitado;
- Com relação ao número de embriões, em função da idade da receptora, é facultado a inseminação de até 3 embriões, salientando que quanto maior o número de embriões transferidos para o útero aumentam os riscos para a evolução da gravidez, tanto para a doadora do útero de aluguel quanto para a sobrevivência dos embriões. A decisão deve ser compartilhada e a prudência extremamente bem empregada.
- Admitida a possibilidade da Sra. XX, doadora do útero, amiga do casal doador genético, aceitar as orientações advindas por parte da Dra. XX, este questionamento fica prejudicado.

Desta forma, sendo obedecidas as imposições da Resolução ora em vigor, sou plenamente favorável à concessão por parte deste CRM-PR da autorização solicitada.

É o parecer, s. m. j.

Curitiba, 18 de agosto de 2011.

Cons. HELCIO BERTOZZI SOARES

Parecerista

Aprovado em Sessão Plenária n.º2808ª de 22/08/2011.

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO PARANÁ

RUA VICTÓRIO VIEZZER, 84 - CAIXA POSTAL 2.208 - CEP 80810-340 - CURITIBA - PR
FONE: (41) 3240-4000 - FAX: (41) 3240-4001 - SITE: www.crmpr.org.br - E-MAIL: protocolo@crmpr.org.br

PARECER Nº 2346/2011 CRM-PR

PROCESSO CONSULTA N.º 055/2011 – PROTOCOLO N.º 19354/2011

ASSUNTO: ÚTERO DE SUBSTITUIÇÃO – REPRODUÇÃO ASSISTIDA

PARECERISTA: CONS. HELCIO BERTOLOZZI SOARES

EMENTA: Útero de substituição - Reprodução assistida - Autorização - Quantidade de embriões

CONSULTA

Em e-mail encaminhado a este Conselho Regional de Medicina, a Dr.^a XXX, faz consulta com o seguinte teor:

Solicitação de parecer sobre Doação temporária de útero a pedido do casal Sr.^a XXX, 41 anos, e Sr. XXX, 41 anos, solicitam autorização para que seus 4 embriões congelados, possam ser transferidos para o útero de uma grande amiga, Sr.^a XX, 36 anos, pois não possuem parentes em condições de sessão temporária de útero para estes embriões. Justificativa: O casal procurou meu consultório em 2009, com a indicação de histerectomia, por Adenocarcinoma do tipo mucinoso de colo uterino, com margens cirúrgicas comprometidas na conização, referindo cirurgia marcada pelo oncologista para Setembro, menos de 1 mês. Como não possuíam filhos, 18 anos de união, desejavam alguma ajuda para preservação da fertilidade. Após avaliação vislumbrou-se a possibilidade de sessão temporária de útero por uma das irmãs da paciente, XX, 2 filhos por cesáreas anteriores, sem intercorrências, na época em boas condições de saúde e que aceitaria a sessão temporária de útero para sua irmã. Após alguns meses evoluiu com complicações clínicas-ginecológicas e foi submetida à histerectomia. Dos demais familiares: A outra irmã – XXX mora no Japão - tem 42 anos, não tem filhos e tem histórico de trombose. Sua XXX, teve histerectomia. Sua Cunhada - XX - Irmã do marido - esta em acompanhamento pós-tratamento de leucemia há 2 anos. Sua Sogra - XXX, hipertensa, sem condições clínicas. Como possuem uma amiga desde a infância, XX, 36 anos, esta se ofereceu para gestar para seus amigos, devido aos vínculos afetivos com o casal XXX e XXX. A mesma tem 1 filho de 11 anos, tendo tido uma ótima gestação, tem apoio de todos seus familiares (Mãe e Filho), inclusive de seu companheiro

(namorado há 1ano), e pela avaliação que foi submetida, pela Psicóloga de nossa equipe, Dra. XX, esta consciente de todas as nuances que tal procedimento envolve. Diante disto, solicito orientação quanto ao caso:

1- É possível esta Amiga, XX, ter autorização para receber estes embriões do casal XXX e XXX, pois apesar da candidata a doadora temporária do útero não pertencer à família da doadora genética, observa-se que a motivação é claramente afetiva, sem caráter lucrativo ou comercial. 2- Em caso positivo da permissão de sessão temporária de útero, caso após o descongelamento todos os 4 embriões forem viáveis, podem todos os 4 serem transferidos ou apenas 3, idade da receptora 36 anos, mas embriões congelados de mulher de 41, atualmente, na época da FIV era 40 anos. 3- Em caso de negativa da autorização, como orientar o casal, pois detalhadamente vasculhei todo o restante dos familiares (mais distantes), sem possibilidades de conseguir outra parente para ser receptora temporária destes embriões. Aguardo orientação.”

FUNDAMENTAÇÃO E PARECER

A intervenção na reprodução humana através da ciência e da tecnologia é **ética e moralmente admissível**, desde que se respeite os valores fundamentais do ser humano, a unidade familiar e a licitude dos meios e fins. O enfoque principal deve ser o respeito ao embrião e a criança, tendo como escopo o desenvolvimento saudável dentro da família. A Resolução CFM n. 1957/2010, com edição em janeiro do ano de 2011, permite a utilização da gravidez de substituição, desde que exista impedimento físico ou clínico para que a mulher, doadora genética, possa levar a gravidez ao seu termo e ao seu objetivo.

As técnicas de reprodução humana tem o papel de auxiliar na resolução das dificuldades encontradas na infertilidade humana, que um problema de saúde pública, permitindo ou facilitando condições de procriação através de mecanismos científicos aceitáveis eticamente e galgando o efeito terapêutico desejado.

As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família da doadora genética, num grau de parentesco até o segundo grau (mãe e/ou irmã), sendo os demais casos sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina.

A restrição às situações de indicação médica absoluta impede a vulgarização do procedimento, enquanto à restrição biológica ao ambiente familiar tem como alvo facilitar o estabelecimento dos laços afetivos necessários para o desenvolvimento saudável da futura criança, além de impedir o caráter lucrativo ou comercial na relação estabelecida.

No caso em discussão acerca da gestação de substituição, a doadora temporária não pertence a família da doadora genética, sendo necessário, a autorização deste CRM-PR. Em sua solicitação, fica clara a pertinência da ausência do caráter lucrativo e comercial, mostrando-se tratar de condições claramente afetivas.

É exigência formal a necessidade de se ter um consentimento prévio e amplamente informado dos eventuais riscos e intercorrências da gravidez para ambas as doadoras.

Diante desta exposição de motivos, passo a aduzir seus questionamentos objetivos:

- É possível que a Sr.^a XX, amiga da doadora genética, seja a doadora de seu útero, obedecidas às condições de consentimento informado, e o caráter não comercial seja respeitado;
- Com relação ao número de embriões, em função da idade da receptora, é facultado a inseminação de até 3 embriões, salientando que quanto maior o número de embriões transferidos para o útero aumentam os riscos para a evolução da gravidez, tanto para a doadora do útero de aluguel quanto para a sobrevivência dos embriões. A decisão deve ser compartilhada e a prudência extremamente bem empregada.
- Admitida a possibilidade da Sra. XX, doadora do útero, amiga do casal doador genético, aceitar as orientações advindas por parte da Dra. XX, este questionamento fica prejudicado.

Desta forma, sendo obedecidas as imposições da Resolução ora em vigor, sou plenamente favorável à concessão por parte deste CRM-PR da autorização solicitada.

É o parecer, s. m. j.

Curitiba, 18 de agosto de 2011.

Cons. HELCIO BERTOLOZZI SOARES

Parecerista

Aprovado em Sessão Plenária n.º2808ª de 22/08/2011.



Consulta nº 43.765/01

Assunto: Transferência de embriões de um determinado casal para uma terceira pessoa sem vínculo familiar.

Relator: Conselheiro Cristiano Fernando Rosas.

Ementa: A cessão temporária de útero de doadora não pertencente à família da doadora genética, deve ser previamente autorizada pelo CRM não podendo haver caráter de transação comercial ou lucrativa.

O presente parecer consulta inicia-se por representação do Dr. R.B. solicitando autorização para transferência de embriões de casal M.S.L.A. de 38 anos e N.F. de 45 anos para uma 3ª pessoa, sem vínculo familiar, 2º casamento de ambas, sem filhos em comum. Relata ainda o consulente que a paciente doadora genética, é hysterectomizada há 3 anos e com desejo de ter filhos, sendo que não possuem nenhum parente próximo para a realização de técnicas de reprodução assistida com a doação temporária de útero.

PARECER

O presente parecer deve ser analisado inicialmente sob dois aspectos: o jurídico e o ético.

Do ponto de vista jurídico, verificamos não existir até o presente momento legislação disciplinadora do assunto, havendo entretanto, a nível do Congresso Nacional, Projeto de Lei em análise, que estabelecerá normas para o uso das técnicas de Reprodução Assistida. Embora ainda sem legislação regulamentadora, o avanço científico proporcionou a possibilidade de procriação à casais estéreis, antes impossibilitados pelas técnicas tradicionais, sendo a reprodução assistida, procedimento médico lícito, desde que respeitados aspectos técnicos e éticos.

Outrossim, as técnicas de Reprodução Assistida (R.A.) como qualquer ato médico deve seguir a vertente ética e ser direcionada pelos princípios da beneficência, não maleficência, justiça e autonomia. Certamente estes princípios bioéticos, serviram de pilares na decisão que estabeleceu a Resolução CFM 1358/92, aliás, única norma técnica disciplinadora existente sobre o assunto.

Assim sendo, como qualquer outro procedimento de R.A., este deve seguir os princípios gerais da norma ética para utilização das técnicas de reprodução assistida, anexas da referida resolução, ou seja, haver efetiva probabilidade de sucesso da técnica e que não se incorra em risco grave de saúde para as pacientes ou descendente, além do consentimento esclarecido através de formulário especial após ampla informação ao casal estéril e doadora quanto as possibilidades, riscos e prognóstico da técnica proposta.

Entendendo superados estes passos iniciais, analisaremos a gestação de substituição ou doação temporária do útero. Este aspecto inscrito no inciso VII da referida norma do CFM estabelece:

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

2. A doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial."

Assim sendo, não havendo nenhum grau de parentesco entre a doadora genética e a doadora temporária do útero, deve o procedimento ser previamente autorizado por este Conselho Regional de Medicina. Entendemos não ser a norma imperativa e que dê obrigatoriedade de que este procedimento médico, com amplas possibilidades de sucesso se limite apenas nas circunstâncias em que as trocas se estabeleçam entre irmãs. Não há argumentação técnica que sustente e justifique esta condição de parentesco como obrigatória para o procedimento. Certamente, esta limitação fere o princípio da justiça ou equidade de acesso a esta técnica à todas as mulheres

Seguindo este pensamento, estas duas mulheres não seriam respeitadas em sua autonomia e sequer se lhes daria a oportunidade do benefício da técnica.

O principal aspecto ético a ser considerado na gestação de substituição é que esta não poderá ter caráter lucrativo ou comercial, sendo vedada qualquer modalidade remunerada conhecida como "útero ou barriga de aluguel".

Outro aspecto a ser esclarecido à paciente doadora genética e desejosa de ter filhos são as conseqüências para o estado de filiação da criança, não havendo em nosso país jurisprudência sobre o assunto: "A criança com duas mães" - sendo uma mãe genética (que doou seu óvulo para a obtenção do embrião in vitro) e uma mãe gestacional (que recebeu o embrião em seu útero e deu à luz a criança). Deve-se portanto, se firmar claramente um "contrato", estabelecendo a questão da filiação nesta condição em particular, visto que esta questão é inexistente quando na reprodução por meios naturais.

Nestes termos, somos favoráveis à autorização pedida, solicitando que o Dr. R.B. deva seguir as recomendações elencadas a seguir, devendo elas serem enviadas por escrito pelas doadoras genética e de útero e encaminhadas à este Regional, lembrando ser esta uma discussão ética e que não encontra jurisprudência na norma jurídica nacional.

As recomendações elencadas a seguir são baseadas em alguns pareceres de outros regionais sobre a questão:

1. Proibição compulsória do "útero de aluguel" ou qualquer forma de remuneração ou compensação financeira da mãe gestacional.

2. Consentimento esclarecido à mãe que doará temporariamente o útero dos aspectos e bio-psico-sociais envolvidos no ciclo gravídico-puerperal, e dos riscos inerentes da maternidade.

3. Esclarecimento da impossibilidade de interrupção da gravidez após iniciado o processo gestacional, mesmo que diante de uma anomalia genética, salvo raras exceções autorizadas judicialmente..

4. Garantia de tratamento e acompanhamento médico e de equipes multidisciplinares se necessário, à mãe que doará temporariamente o útero

até o puerpério.

5. Garantia de registro da criança pelos pais genéticos, devendo esta documentação ser providenciada durante a gravidez, além de "contrato" entre as partes estabelecendo claramente esta situação.

6. Encaminhamento desta documentação assinada pelas partes envolvidas, casal e doadora temporária do útero à este Regional.

Este é o nosso parecer, s.m.j.

Conselheiro Cristião Fernando Rosas

APROVADO NA 2.663ª REUNIÃO PLENÁRIA, REALIZADA EM
31.08.2001.

HOMOLOGADO NA 2.666ª REUNIÃO PLENÁRIA, REALIZADA EM
04.09.2001.

