

BIOÉTICA E REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA HOMÓLOGA POST-MORTEM

BIOETHICS AND HUMAN REPRODUCTION ASSISTED HOMOLOGOUS POST-MORTEM

LUIZ ANTONIO BENTO. Licenciado em Filosofia pela Faculdade de Ciências Humanas Arnaldo Busato, Toledo-PR. Pós-Doutor na área de Bioética pelo Instituto de Biofísica Carlos Chagas Filho (IBCCF) da Universidade Federal do Rio de Janeiro UFRJ. Doutor em Teologia Moral com dissertação em Ética e Ciência Biomédica. Mestre em Teologia Moral, ambos pela Universidade Lateranense de Roma, Itália. Docente do Curso de Medicina, Medicina Veterinária e Direito do Centro Universitário Ingá, Maringá-PR.

MOACIR RAFAEL MARTINS RADAELLI. Graduado em Medicina pela Universidade Estadual de Maringá, Cirurgião Geral e Urologista pela Irmandade da Santa Casa de Misericórdia de São Paulo, Mestre em Pesquisa em Cirurgia pela Faculdade de Ciências Médicas da Santa Casa de São Paulo, docente do curso de Medicina do Centro Universitário Ingá. Diretor do Hospital Urotec.

EDUARDO HOFFMANN. Graduado em Direito pela Universidade Paranaense de Toledo-PR, pós-graduado em Direito Público e em Direito Tributário pela Unisul e é Mestre em Direito Processual Civil e Cidadania pela Universidade Paranaense. Docente no Centro Universitário FAG de Cascavel/PR nos Cursos de Direito e Medicina e no professor no Curso de Direito da Faculdade Sul Brasil de Toledo/PR.

MAYARA PLOCHARSKI. Graduada em Farmácia pela Universidade Estadual de Ponta Grossa. Acadêmica do 6º ano do Curso de Graduação em Medicina Centro Universitário Ingá. Maringá-PR.

GISIELLI JOVENILIA POLIDÓRIO ALIEVI. Graduada em Direito pela Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas de Cascavel. Acadêmica do 6º ano do Curso de Graduação em Medicina da Centro Universitário FAG, Cascavel-PR.

BRUNO MASCHIO NETO. Professor associado ao curso de Pós- Graduação em saúde no Instituto de Ensino, Formação e Aperfeiçoamento LTDA. Mestre pela Universidade Estadual de Maringá.

Rod PR 317, 6114, Maringá-PR, CEP 87035-510. E-mail: prof.luizbento@uninga.edu.br

RESUMO

Este artigo tem por objetivo analisar a reprodução humana assistida post mortem e seus efeitos jurídicos. Com a análise evolutiva do instituto constata-se que a fertilização artificial levanta sérios questionamentos éticos sobre sua utilização, manejo e condução, clínica e laboratorial, uma vez que implica na manipulação de gametas de seres humanos após sua morte; tal questionamento exsurge exatamente pelo fato de que juridicamente se leva em consideração que uma vez encerrada a vida não existiria biologicamente a possibilidade do

desenvolvimento de um filho do falecido; no entanto, a ciência médica propicia esta possibilidade. A metodologia foi desenvolvida com revisão, a partir da literatura, e pesquisa bibliográfica realizada em artigos científicos, legislação pátria, doutrina e notícias. É fato que no Brasil houve um aumento expressivo do número de clínicas especializadas nas técnicas de reprodução humana assistida. Por esse motivo, faz-se necessário o estudo da de concomitante legislação que proteja a saúde e os direitos de todos os envolvidos, determinando critérios e responsabilidades dos profissionais que a praticam, especialmente pelo surgimento de herdeiro após a morte. Conclui-se que a questão é controversa e encontra posicionamentos diversos na doutrina. Dessa forma, deve-se observar além da legislação pátria, também o atual Código de Ética Médica e a resolução específica do Conselho Federal de Medicina (CFM) sobre esta questão, para harmonizar os direitos de herdar na condição de filho post mortem, e evitar que os avanços na medicina culminem em problemas que afetem a sociedade.

PALAVRAS-CHAVE: Bioética. Reprodução Humana Assistida. Post-mortem. Legislação.

ABSTRACT

This article aims to analyze the human reproduction assisted post mortem and its legal effects. With the evolutionary analysis of the institute it is verified that the artificial fertilization raises serious ethical questions about its use, handling and conduction, clinical and laboratorial, since it implies in the manipulation of gamets of human beings after his death; this questioning exsurges precisely by the fact that legally it is taken into account that once closed the life would not exist biologically the possibility of the development of a son of the deceased person; however, medical science provides this possibility. The methodology was developed with review, from the literature, and bibliographical research carried out in scientific articles, country legislation, doctrine and news. It is a fact that in Brazil there was a significant increase in the number of clinics specialized in assisted human reproduction techniques. For this reason, it is necessary to study the concomitant legislation that protects the health and rights of all involved, determining the criteria and responsibilities of the professionals who practice it, especially for the appearance of heirs after death. It is concluded that the question is controversial and finds different positions in the doctrine. Thus, it is necessary to observe beyond the mother country legislation, also the current Code of Medical Ethics and the specific resolution of the Federal Council of Medicine (CFM) on this issue, to harmonize the rights to inherit as a post-mortem child, and avoid that advances in medicine culminate in problems that affect society.

KEYWORDS: Bioethics. Assisted Human. Post-mortem. Legislation.

INTRODUÇÃO

Com o progresso da medicina, pode-se intervir em algumas formas de esterilidade mediante a evolução dos recursos farmacológicos e químicos a fim de favorecer o encontro dos gametas, óvulo e espermatozoide.

Com o desenvolvimento desta nova área médica chamada de reprodução humana assistida, surgiram grandes questionamentos, sobretudo nos últimos

anos devido aos avanços de suas técnicas, levando a um profundo e acirrado debate sobre o plano humano e legislativo. Afinal, trata-se de uma questão delicada, uma realidade muito complexa que, além de buscas científicas, sempre desejáveis, tem levantado questionamentos e expectativas, frequentemente muito envolventes em nível emotivo.

Deve-se levar em consideração o modelo de família moderna, o que também é um fator responsável pelo aumento dos “bebês de proveta”. As novas uniões entre pessoas separadas crescem a cada dia e muitos homens e mulheres que já foram submetidos a cirurgias de esterilização buscam a fertilização in vitro para terem filhos da nova relação. No Brasil, o médico que cuida dos casos de infertilidade é chamado de especialista em reprodução humana ou ainda esterileuta.

A fertilização artificial levanta sérios questionamentos éticos sobre sua utilização, manejo e condução clínica e laboratorial, uma vez que implica a manipulação de seres humanos, levando-se em consideração a noção de vida a partir da fertilização.

Atualmente, a reprodução humana assistida tem sido tema de muitos debates e reflexões, pois tem sido alternativa frequente para casais que optaram por serem pais com idade avançada, ou ainda devido a infertilidade conjugal.

A evolução da medicina, especialmente na área de criopreservação de gametas aumentou as possibilidades de auxílio a casais inférteis, ou ainda casais possivelmente inférteis. A partir desta capacidade de manter células germinativas masculinas e femininas viáveis por longos períodos, teoricamente preservando a fertilidade deste indivíduo, geram-se questionamentos éticos sobre a utilização destas células em um futuro. Dentro desse contexto se encontra uma vertente polêmica: a inseminação ou fertilização artificial homóloga post-mortem. Esta trouxe novos paradigmas e incontáveis questionamentos surgem, uma vez que essa prática afeta e transforma as relações familiares tradicionalmente reconhecidas, impactando a sociedade.

Dessa forma, em decorrência da interferência da medicina e de outras ciências na vida humana tornou-se imprescindível a aplicação da Bioética visando à regulamentação e, também, delimitação das práticas em saúde.

NOÇÃO DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

De acordo com Bento (2008), a reprodução humana assistida é um conjunto de técnicas, utilizadas por médicos especializados, que têm como principal objetivo tentar viabilizar a gestação em mulheres com dificuldades de engravidar. Muitas vezes essas dificuldades, até mesmo a infertilidade conjugal ou de um de seus membros, podem trazer sérios prejuízos ao relacionamento do casal.

Nos últimos anos, no Brasil, houve um crescimento muito grande do número de clínicas especializadas nas técnicas de reprodução humana assistida. Tal fato justifica a necessidade de legislação que resguarde os direitos e a saúde de todos os envolvidos, estabelecendo critérios e responsabilidades dos profissionais que se valem dessas técnicas.

A possibilidade da reprodução assistida se dá pela intervenção do homem no processo de procriação natural, possibilitando que pessoas com infertilidade alcancem a maternidade ou a paternidade.

Na esfera da reprodução humana, a primeira experiência de inseminação

artificial, que consiste em injetar esperma no interior do útero ou da vagina, data de 1791, quando o inglês Hunter a realizou entre marido e mulher, portanto, homóloga. Contudo, apenas no ano de 1799, Hunter conseguiu a primeira gravidez em seres humanos com o emprego de sua técnica (ROTANIA, 2003).

Em 1984, na França, surgiu o primeiro caso de inseminação artificial post-mortem. A história do casal Corine Richard e Alain Parpalaix é narrada por Freitas (2008): “Em 1984, na França, a jovem Corine Richard se apaixonou por Alain Parpalaix. O varão descobriu estar com câncer no testículo e, no intuito de poder ter um filho com a mulher amada, depositou num banco de sêmen seu material genético para que após as sessões de quimioterapia pudesse usá-lo para gerar a almejada prole. Como previsto, a doença não só o deixou estéril, como, após alguns dias do casamento, veio a fatalizá-lo. Negado pelo banco de sêmen, Corine Richard buscou a autorização judicial para cumprir a vontade de seu falecido esposo. O banco alegava que não havia um acordo de entrega do material genético a outra pessoa, senão ao falecido, e, como na França não havia legislação que autorizava inseminação artificial post-mortem, foi necessário buscar a tutela do Estado para preenchimento deste vácuo legislativo. Depois de muita batalha, o tribunal francês de Créteil condenou o banco de sêmen na entrega do material para um médico designado pela viúva. Infelizmente, pela morosidade da ação, a inseminação artificial não foi realizada, pois, os espermatozoides não estavam mais apropriados à fecundação”.

De acordo com Paludo (2001), a partir do nascimento do primeiro bebê de proveta, amplamente divulgado pelos meios de comunicação, as práticas biomédicas na área de reprodução assistida se difundiram e passaram a fazer parte do cotidiano das pessoas, trazendo questões como: o congelamento de espermatozoides e embriões, e as práticas heterólogas de reprodução assistida, inclusive para pessoas solteiras e post-mortem, sendo este classificado por um conjunto de técnicas de reprodução assistida resultante dos avanços científico e tecnológico, que sofreu mudanças significativas a partir da chamada Revolução Científica.

De acordo com Leite (2014), atualmente a tecnologia faz parte deste cenário cotidiano. Notando que o desenvolvimento científico contínuo que faz questões, outrora inimagináveis, tornarem-se relativamente banais. Todavia, esses avanços que atingem a saúde e a medicina, originando discussões ético-jurídica são, por vezes, contestados, pois não é possível estimar as consequências que podem ser geradas. Apesar disso, essas conquistas não permitem retrocesso, uma vez alcançado um estágio, não há mais como retornar.

BIOÉTICA REFERENTE ÀS AÇÕES HUMANAS NA ÁREA MÉDICA

Fritz Jahr (1927) foi quem utilizou pela primeira vez a palavra bioética (bio + ethik). Esse autor caracterizou a Bioética como sendo o reconhecimento de obrigações éticas, não apenas com relação ao ser humano, mas para com todos os seres vivos.

A Encyclopedia of Bioethics (1995), define a bioética como sendo o “estudo sistemático das dimensões morais – incluindo visão, decisão, conduta e normas morais - das ciências da vida e da saúde, utilizando uma variedade de metodologias éticas num contexto interdisciplinar” para apontar para uma ampla gama de fontes possíveis de conhecimento moral”.

Sendo assim, vale ressaltar, sucintamente, os princípios que regem os

preceitos éticos referentes às ações humanas na área médica: o princípio da autonomia: respeita a vontade do indivíduo pesquisado optar, com liberdade, segundo seus próprios valores éticos e morais ou convicções religiosas, em participar ou não de determinado procedimento; o princípio da beneficência: significa fazer o bem (*bonnum facere*). Dessa forma, todas os avanços tecnológicos em todas as áreas da medicina, deverão ser utilizadas em benefício do ser humano e nunca contra ele. Este princípio visa maximizar os benefícios, minimizando, sempre que possível, e ao máximo, os prejuízos; o princípio da não-maleficência: exige que as pesquisas nas áreas médicas e comportamentais não determinem danos intencionais aos seres humanos; o princípio da justiça: “regulamente” que os riscos e benefícios sejam exatamente iguais para todos os submetidos às pesquisas científica.

A PROcriação ASSISTIDA: A VISÃO LEGAL

Devido ao rápido avanço tecnológico, inúmeras indagações ético-jurídicas, a concomitante falta de regulamentação jurídica e aumento do número de ações surge como uma “vertente” da bioética, o biodireito. Desse modo, o direito busca intervir como instrumento de harmonização entre os interesses da sociedade e os avanços científicos, promovendo a segurança jurídica e o bem-estar social.

Não existe no Brasil, uma legislação proibitiva da inseminação post-mortem, tal como acontece na Alemanha e na Suécia. Paradoxalmente na França, veda-se a inseminação post-mortem, determinado que o consentimento expresso sem vida perde o seu efeito.

Segundo Moreira Filho (2002), na época da elaboração do Código Civil de 1916, os juristas não cogitavam a possibilidade de, no futuro, haver a concepção humana fora do útero feminino ou após a morte do genitor. Ao ser concebido e em desenvolvimento no útero feminino asseguravam-se direitos desde o momento da concepção, independentemente da teoria adotada para a definição do início da personalidade. O Código Civil de 202, cujo projeto é o n.634 de 1975, não trouxe avanços consideráveis na área de reprodução humana assistida, deixando uma grande lacuna legislativa especialmente no que se refere à inseminação artificial post-mortem, bem como não regula os direitos do embrião criopreservado, o qual merece tutela jurídica diferenciada da do nascituro.

Almeida (2003) relata que o Projeto de Lei 90/99, na sua forma original, aparentemente excluía a possibilidade da inseminação post-mortem, pois o seu art. 15, § 5º, impunha como obrigatório o descarte de gametas e embriões nos casos conhecidos de falecimento de doadores ou depositantes (inciso V) e no caso de falecimento de pelo menos uma das pessoas que originaram embriões preservados (inciso VI). Além disso, aduzia ser crime utilizar gametas ou embriões de doadores ou depositantes sabidamente falecidos, cominando com pena de detenção, de dois a seis meses, ou multa o infrator. No caso de burla deste dispositivo o art. 20 previa que “a criança não se beneficiaria de efeitos patrimoniais e sucessórios em relação ao falecido”.

Já o Projeto Substitutivo de 2001 (BRASIL, 2010), no art. 15, § 2º, inc. III, estabelece o descarte dos gametas exceto na “hipótese em que este último tenha autorizado, em testamento, a utilização póstuma de seus gametas pela esposa ou companheira”, bem como o art. 20, dita que “As consequências jurídicas do uso da Procriação Medicamente Assistida, quanto à filiação, são irrevogáveis a partir do momento em que houver embriões originados in vitro ou

for constatada gravidez decorrente de inseminação artificial.

Furuta (2010) discorre que, seguindo essa tendência, o juiz da 13ª Vara Cível de Curitiba (PR), em maio de 2010, concedeu liminar autorizando a professora Katia Lernerneier, de 38 anos, a tentar engravidar com o sêmen congelado do marido, que morreu em fevereiro de 2010 de câncer de pele (melanoma). Foi a primeira decisão judicial brasileira sobre reprodução póstuma. E, conforme Garcia (2011) aborda, no fim de setembro de 2010, Katia engravidou e em junho de 2011 nasceu Luísa Roberta. A criança teve direito à filiação, mas o direito a herança ainda é uma dúvida, pois o assunto não foi abrangido pela decisão que deu a autorização para a inseminação post-mortem mesmo sem o consentimento expresso do genitor.

Segundo Maria Helena Diniz (2009), o grande nó relacionado com a questão da manipulação da vida humana não está na utilização em si de novas tecnologias ainda não assimiladas moralmente pela sociedade, mas no seu controle. E esse controle deve ocorrer em patamar diferente ao dos planos científicos e tecnológicos: o controle é ético. É prudente lembrar que a ética sobrevive sem a ciência e a técnica; sua existência não depende delas. A ciência e a tecnologia, no entanto, não podem prescindir da ética, sob pena de, unilateralmente, se transformarem em armas desastrosas para o futuro da humanidade, nas mãos de ditadores ou de minorias poderosas mal intencionadas.

É importante recordar que a manipulação genética de células humanas germinativas e totipotentes está proibida por afetar a descendência do doador do gameta manipulado, interferindo na transmissão do patrimônio genético e trazendo consequências imprevisíveis para o futuro.

Pode-se dizer que a realidade do quadro no qual se encontra a legislação brasileira é um tanto assustadora, pois, ainda carece de legislação específica acerca do tema em referência, posto que, é tratado de forma insuficiente pela Resolução n. 1.358/92, do CFM e a Resolução n. 303/2000 do Conselho Nacional de Saúde.

O início do Processo Legislativo sobre a reprodução humana assistida, no Brasil, deu-se somente em 1993 quando foi proposto o primeiro projeto de lei sobre o tema no país. Começa-se uma maior avaliação ética da reprodução assistida e a busca de uma legislação que a regule. Hoje, a legislação em processo deste assunto ainda é bastante escassa. Todavia, ainda que timidamente, têm-se procurado alertar o público para a importância desta matéria no que diz respeito ao futuro da família e da sociedade, através de debates televisivos, artigos em jornais, revistas e livros.

Para que os pacientes possam se orientar sobre seus direitos neste campo, através do CFM foram aprovadas algumas resoluções que norteiam e regulam os processos de reprodução humana assistida no Brasil.

Aqui, não compete uma análise histórica ou jurídica completa, bem como a desenvolver qualquer tipo de fundamentação sobre as técnicas de reprodução humana assistida. Também não haverá uma preocupação com os diversos aspectos dos que se ocupa tais como, a exigência de autorização e vigilância por parte do governo, das unidades onde se dá a reprodução assistida, exigência do consentimento informado, explícito, por escrito, mães substitutas, escolha de características da criança, admissibilidade somente de casais heterossexuais estáveis, clonagem de indivíduos humanos, etc.

Então, deixando de lado estes assuntos diversos, o interesse agora é

aquele de refletir o caminho percorrido no Brasil, até aqui, e resumir a sua argumentação ética no que se pode deduzir dos principais documentos que contribuíram para esta reflexão.

Como ponto inicial, tem-se de analisar o contexto constitucional; da leitura do art. 1º, inc. III da CF/88, resulta que os desvios causados com a manipulação genética são reprovados por serem um atentado contra “a dignidade da pessoa humana”, a qual é fundamento desta República. É, por esta razão que assinala também o caput do art. 5º, a CF/88a “inviolabilidade do direito à vida”.

Neste sentido, o Brasil demonstrando sua clara inclinação de proteção ao direito à vida, acabou por assinar o Pacto de São José da Costa Rica (1992), que em seu art. 4º fixa que “toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”; tal preceito, é repetido pelo art. 2º do Código Civil.

Pois, visto esta conjuntura, há de se observar que o respeito à vida, é dado não só no aspecto pessoa, mas também no aspecto família; no aspecto do planejamento familiar; é por este motivo que o § 7º do art. 226 da CF/88, insere, necessariamente, no âmbito do direito ao planejamento familiar, como fundamento nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, de modo que “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”.

Segundo os termos da Lei nº 9.263, de 12/01/96, que regulamenta o supracitado dispositivo constitucional, planejamento familiar é direito de todo cidadão, entendido 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”.

Em suma, a CF/88 tem clara e indiscutível inclinação pela admissão ao uso de novos métodos de reprodução assistida.

No plano infraconstitucional, o Código Civil de 2002, tendo sido revelado como uma norma promissora em variadas frentes do direito, acabou, também por não tratar da questão de forma aprofundada; no entanto, pela necessária interpretação sistemática do conjunto das normas, o que se pode concluir também é por sua inclinação à permissão da utilização deste método; basta ver que o art. 2º estabelece que “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

É óbvio que o feto não tem os mesmos direitos do já nascido, como um menor não tem com relação ao maior de idade; mas é muito diferente que o negar-lhe o direito à vida. Vale ressaltar que a defesa do nascituro não é uma questão religiosa, mas de direitos humanos.

Esta proteção à vida, bem assim, a paternidade responsável à que alude o § 7º do art. 226 do CF/88, acabou por encontrar guarida no art. 1.597 do CC/02, onde no inciso III, presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos “havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; igualmente, o inciso IV, fala também dos filhos “havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentes, decorrentes de concepção artificial homóloga” e, no inciso V, os filhos “havidos por inseminação artificial heteróloga,

desde que tenha prévia autorização do marido”.

Portanto, entende-se que o novo Código Civil reafirma o propósito do sistema brasileiro de aceitar os avanços de maneira aberta e sem alimentar preconceitos. Porém, as normas não conseguem explicitar claramente sua orientação sobre a utilização dos diversos métodos empregados pela ciência.

PROcriação HUMANA ASSISTIDA E A VISÃO DO ATUAL CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA

Inicialmente o Conselho Federal de Medicina, editou a Resolução nº 1.358/1992; à seu turno, fixou no art. 1º que “as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida”, considerando a importância da infertilidade humana como um problema de Saúde e proíbe a destruição de embriões.

De acordo com o dispositivo primeiro, dos princípios gerais, a Resolução n. 1.358/92, diz que “as técnicas de reprodução humana têm o papel de auxiliar na resolução de infertilidade humana”. De tal modo que, não se poderia invocar a lei para eliminar as relações naturais das relações de filiação, nem mesmo, se buscar, por qualquer outro meio, a substituição da natural atividade humana.

De um lado, deve-se reconhecer que a Resolução é de caráter essencialmente ético faltando com isso uma orientação jurídica propriamente dita.

Eis que o Código de Ética Médica, em que pese não fazer referência alguma, específica à reprodução humana assistida, bem assim, não tratar de nenhum limite, apenas assinala que os participantes devem estar conscientes da atitude adotada.

É curial destacar, inicialmente, que a atividade médica deve respeitar, como soa óbvio, não apenas os preceitos médicos, bem assim, todo o sistema normativo; neste sentido o art. 15 do Código de Ética Médica obriga o médico ao cumprimento do Código Penal, bem assim, de que será responsabilizado o profissional que “descumprir legislação específica nos casos de transplantes de órgãos ou de tecidos, esterilização, fecundação artificial, abortamento, manipulação ou terapia genética”.

O § 1º estabelece que “no caso de procriação medicamente assistida, a fertilização não deve conduzir sistematicamente à ocorrência de embriões supranumerários”.

E, por força do disposto no § 2º, “o médico não deve realizar a procriação medicamente assistida com nenhum dos seguintes objetivos: I – criar seres humanos geneticamente modificados; II – criar embriões para investigação; III – criar embriões com finalidades de escolha de sexo, eugenia ou para originar híbridos ou quimeras.

É claro que, por força do disposto no § 3º, somente é permitido ao profissional médico praticar este “procedimento de procriação medicamente assistida sem que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos sobre o mesmo”.

Tais medidas, não possuem outro objetivo que o de assegurar o respeito à dignidade da pessoa humana.

Em 2015, o Conselho Federal de Medicina, em 15 de dezembro de 2010, diante da necessidade de harmonizar o uso dessas técnicas com os princípios da ética médica, resolveu editar a Resolução do CFM n. 1957/2010 com a

finalidade de adotar normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida. Nos princípios gerais o CFM define que as técnicas de reprodução assistida (RA) têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de reprodução humana, facilitando o processo de procriação quando outras terapêuticas tenham se revelado ineficazes ou consideradas inapropriadas.

De forma mais recente, a Resolução CFM nº 2.168/2017 permite que pessoas sem problemas reprodutivos diagnosticados possam recorrer a técnicas disponíveis de reprodução assistida, como o congelamento de gametas, embriões e tecidos germinativos. Dessa forma, os pacientes ganham a possibilidade de planejar o aumento da família, segundo um calendário pessoal, levando em conta projetos de trabalho ou de estudos, por exemplo. Também são beneficiados pacientes que, por conta de tratamentos ou desenvolvimento de doenças, poderão vir a ter um quadro de infertilidade.

Outro ponto alterado pela Resolução CFM nº 2.168/2017 é a redução de cinco para três anos no período mínimo para descarte de embriões. O novo critério vale tanto em casos de expressa vontade dos pacientes quanto em situação de abandono, caracterizada pelo descumprimento de contrato pré-estabelecido firmado pelos pacientes junto aos serviços de reprodução assistida que costumam relatar a não localização dos responsáveis pelo material genético criopreservado.

Por decisão da Câmara Técnica de Reprodução Assistida, que preparou o texto da norma aprovada pelo Plenário do CFM, a alteração no prazo para descarte ocorreu para manter o texto em sintonia com a Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105/2005), que permite a utilização para pesquisa de embriões congelados há três anos ou mais.

Em casos de doação voluntária de gametas, a Resolução do Conselho Federal abriu a possibilidade também para mulheres, sendo que os homens já eram contemplados. Reconhecendo, dessa forma, a autonomia da mulher, o CFM abriu a possibilidade para que ela opte por fazer a doação voluntária desde que seja devidamente esclarecida sobre o procedimento invasivo a que se submeterá e as possíveis consequências. Ressaltando que é de extrema importância o preenchimento por escrito do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido.

O texto ainda ratifica que a idade máxima para participação como doador em processos de RA será de 35 anos para mulheres e de 50 anos para homens. No caso da transferência do embrião para o útero de paciente, não podem se submeter a este tratamento mulheres com mais de 50 anos. Exceções devem ser justificadas pelo médico assistente, que deverá embasar sua decisão e ainda comprovar que a interessada está ciente dos riscos aos quais será exposta.

Da mesma forma, a Resolução CFM nº 2.168/2017 reafirma que o número máximo de embriões a serem transferidos será quatro, podendo ser menor de acordo com a idade da paciente: até 35 anos (máximo de dois embriões); entre 36 e 39 anos (até três embriões); e com 40 anos ou mais (limite de quatro embriões).

Vale destacar que os interessados em participar de processos de reprodução assistida, no Brasil, estão proibidos e podem ser penalizados se for constatado o comércio de embriões; a prática de seleção de embriões por conta de características biológicas; e a redução embrionária em caso de gravidez múltipla, por exemplo, continuam vigentes.

A Resolução 2.168/17 também amplia o número de parentes que podem

ceder o útero para uma gravidez. Nas regras anteriores, somente familiares ascendentes, como avó, mãe e tia, poderiam receber o óvulo da doadora. Com atualização das normas, filhas e sobrinhas, ou seja, descendentes, também foram incluídas no rol de parentesco e podem ceder o útero para gestação.

Finalmente, ressalta-se a importância do termo de consentimento livre e esclarecido e a defesa da autonomia de médicos e de pacientes que ganharam destaque na Resolução CFM nº 2.168/2017, com citações em vários pontos do documento e uma orientação objetiva de que casos não previstos na norma deverão obrigatoriamente receber autorização do CRM com jurisdição no estado, cabendo recurso ao CFM.

Em relação à reprodução assistida post-mortem a resolução indica que “não constitui ilícito ético a reprodução assistida post-mortem desde que haja autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente”.

Pelo estrito ângulo da Medicina, o exercício dessa especialidade subordina-se às regras da Resolução Normativa do CFM, n. 1957/2010.

Cumprido, também assinalar que pela Resolução do CFM n. 2013/2013 que prescreve que a idade máxima das candidatas à gestação de RA é de 50 anos, assinalando ainda que conquanto à reprodução assistida post-mortem esta é possível desde que haja autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente. Assim, as inseminações homólogas, apesar do Código Civil não mencionar a necessidade de manifestação expressa, entende-se como necessário consentimento do companheiro.

Igualmente a Resolução do CFM n. 2121/2015, adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida – sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudarão a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos – tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM n. 2.013/2013.

Para o Conselho Federal de Medicina “as técnicas de RA podem ser utilizadas desde que exista probabilidade de sucesso e não se incorra em risco grave de saúde para o(a) paciente ou o possível descendente, sendo a idade máxima das candidatas à gestação de RA de 50 anos”. Em relação “as exceções ao limite de 50 anos para participação do procedimento serão determinadas, com fundamentos técnicos e científicos, pelo médico responsável e após esclarecimento quanto aos riscos envolvidos”.

Com a Resolução n. 2121 de 2015, o Conselho Federal de Medicina normatizou também que a reprodução assistida post-mortem passa a ser permitida desde que haja autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente.

Não há, portanto, qualquer dúvida da possibilidade legal de utilização da reprodução assistida, post mortem; Pessini (1997) assegura que a reprodução assistida não viola aspectos éticos, pois respeita a realização de cada ser, no tocante à possibilidade de procriação, e a vida como resultado de uma decisão de amor, inclusive mais consciente que a fecundação obtida pelo método tradicional, em função do termo de consentimento informado.

Observa-se que os princípios que norteiam a bioética são amplamente utilizados na busca de uma correta utilização das técnicas de reprodução, bem como das técnicas médicas como um todo. Assim, se pode inferir da utilização

do princípio da autonomia, a qual é constante no requisito do consentimento livre esclarecido e informado, como explicitado na determinação do Conselho Federal de Medicina em sua Resolução 1.358/92 que menciona a autonomia ao afirmar a obrigatoriedade do consentimento explícito dos pacientes inférteis e doadores numa eventual reprodução medicamente assistida.

O autor Eduardo de Oliveira Leite (1995) afirma que o consentimento livre e inequívoco, sem ambiguidades, é algo extremamente necessário, tendo em vista o princípio da inviolabilidade do corpo. Tal consentimento será realizado através de um documento escrito, o qual deverá ser assinado antes de iniciado o tratamento, sendo assim também no caso da inseminação artificial post-mortem em que o cônjuge, doador do sêmen a ser utilizado, deverá declarar expressamente sua concordância com uma futura utilização, neste caso, mesmo após a sua morte. Sendo assim, a falta do consentimento importa em sanção, pois direciona a ocorrência da violação da liberdade do indivíduo.

Vale ressaltar que no emprego de qualquer das técnicas de reprodução assistida devem ser preservados os interesses das pessoas envolvidas. Um dos aspectos conflitantes é quanto à análise da estrutura familiar que esse novo ser terá, uma vez que, já nascerá órfão de pai. Neste quesito há diferentes posições quanto à atitude da viúva em que alguns a condenam por não respeitar o direito de a nova vida possuir um pai enquanto que outros a apoiam por refletir sobre o desejo da concepção pelo casal, que não pode ser realizado durante a vida do progenitor.

O parecer dos cônjuges deve ser expresso, sendo que cada um somente tem relevância jurídica quando unidos, resultando em uma única manifestação de vontade. Com isso, para alguns pensadores, a morte seria a causa revogadora da permissão dada pelo doador. Segundo João Vaz Rodrigues (RODRIGUES, 2001), “a morte opera, ipso facto, como revogação desse consentimento, pois, quando da fecundação, ele deve ser reiterado”. Portanto, prudente, para esta corrente, seria a supressão do inciso III do art. 1.597 do CC/02. Com isso, a ideia de que a morte operaria como revogação do consentimento do homem resultaria no não reconhecimento da filiação, restando o concebido apenas filho de um dos cônjuges.

Ressalta João Álvaro Dias (1996): [...] os prejuízos – de ordem inclusive psicológica – para a criança, de ser concebida quando já é órfã de um dos pais, situação que não pode ser justificada com as mesmas razões lançadas para as hipóteses em que, por vicissitudes impossíveis de serem afastadas pela vontade, a criança nasce sem um dos genitores.

No entanto, Milena Caggy (2009) entende que a técnica de reprodução artificial post-mortem deve ser aceita e posta em prática, que além do mais, não considera razoável o fundamento da sua não aceitação residir no fato de que a criança ficará confusa psicologicamente. A escritora ainda indaga: Quantas crianças, não nascem sem pais e, nem por isso, ficam perturbadas ou loucas? E aquelas que nascem no seio de uma família, tida como não tradicional, tais como a família monoparental, ou aquelas que são formadas por casais homossexuais? Por fim, afirma que as crianças possuem a capacidade de entender a situação, desde que devidamente explicada e exposta; que de repente, era um desejo do cônjuge, antes de morrer e também de sua mulher. E, por isso, não se pode proibir que as pessoas, mesmo depois de mortas realizem aquilo que, em vida não conseguiram, sob o simples fundamento de que “pode ser que cause esse ou aquele efeito”.

CONCLUSÃO

Por tudo quanto exposto, percebe-se que a questão é controversa e encontra posicionamentos diversos na doutrina. De fato, conforme explicitado, o tema é aberto por não encontrar legislação suficiente para regulá-lo. Hodiernamente, os vários ramos das ciências requerem maior entrosamento para um estudo interdisciplinar e aplicação em consonância.

Como harmonizar princípios tais como autonomia da vontade e paternidade responsável, melhor interesse da criança e igualdades de filhos?

A timidez da legislação brasileira a respeito do assunto deixa sob suspense e a deriva de decisões judiciais que podem ser completamente divergentes a respeito de práticas idênticas, onde, só haverá modificações de sujeitos que pleitearam suas convicções.

De que forma integrar em uma concordância prática os direitos do nascituro das inseminações artificiais post mortem depois de passado alguns anos? Isto é, para aqueles que sejam concebidos depois de resolvidas questões como divisões de bens e inventário findo?

Como não cabe somente ao profissional médico resolver todas essas questões, deve-se ater a legalidade e ao Código de Ética Médica para que avanços na medicina não criem problemas na vida particular do profissional.

REFERÊNCIAS

BENTO, L.A. **Bioética. Desafios éticos no debate contemporâneo**. Paulinas. São Paulo: 2008.

BRASIL. **Vade Mecum**. 10. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CAGGY, M. **Inseminação artificial post mortem**. Disponível em: <http://artigos.netsaber.com.br/resumo_artigo_7880/artigo_sobre_inseminacao_artificial-post-mortem> Acesso em: 15 fev. 2019.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. CFM. **Reprodução assistida: CFM anuncia novas regras para o uso de técnicas de fertilização e inseminação no país**. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=27275:2017-11-09-13-06-20&catid=3> Acesso em: 15 fev. 19.

DIAS, J.A. **Procriação assistida e responsabilidade médica**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

DINIZ, M.H. **Curso de direito civil brasileiro**. 17. ed., atualizado de acordo com o novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10.01.2002). São Paulo: Saraiva, 2002, v. 5; Direito de família.

FILHO, J.R.M. **O Direito Civil em face das novas técnicas de reprodução assistida**. 2002. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-direito-civil-em-face-das-novas-t%C3%A9cnicas-de-reprodu%C3%A7%C3%A3o-assistida>> Acesso em: 15 fev. 2019.

FURUTA, R.M. **Liminar Autoriza Reprodução Post-Mortem**. Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes, 2010.

FREITAS, D.P. **Reprodução assistida após a morte e o direito de herança**. 2008. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/reprodu%C3%A7%C3%A3o-assistida-ap%C3%B3s-morte-e-o-direito-de-heran%C3%A7a>>. Acesso em: 15 fev. 2019.

GARCIA, K. Mulher Engravidada Após a Morte do Marido. **Jornal Hoje**, Curitiba, 21 jun. 2011.

JAHN, F. Bio-Ethik. Eine Umschau über die ethischen Beziehung des Menschen zu Tier und Pflanze. **Kosmos** 1927; 24:2-4.

JUNIOR, J.E.A. **Técnicas de reprodução assistida e biodireito**. 2003. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/6522/tecnicas-de-reproducao-assistida-e-o-biodireito>>. Acesso em: 15 fev. 2019.

LEITE, E.O. **Procriações artificiais e o direito**: aspectos médicos, religiosos, psicológicos e jurídicos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

LEITE, T.H.; DE HOLANDA, R.A. Bioética em reprodução humana assistida: influência dos fatores sócio-econômico-culturais sobre a formulação das legislações e guias de referência no Brasil e em outras nações. **Physis** [online]. 2014, vol.24, n.1, pp. 31-47. ISSN 0103-7331.

PALUDO, A.C. Bioética e Direito: procriação artificial, dilemas ético-jurídicos. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 52, nov. 2001. Acesso em: 06 ago. 2015.

PESSINI, L; BARCHIFONTAINE, C.P. **Problemas atuais de Bioética**. 4. ed. São Paulo: Loyola, 1997. p. 226-230.

REICH, W.T. **Encyclopedia of Bioethics**. 2nd Ed. New York; MacMillan, 1995: XXI.

RODRIGUES, J.V. **O consentimento informado para o Acto Médico no Ordenamento Jurídico Português** – elementos para o estudo da manifestação da vontade do paciente. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

ROTANIA, A.A. **Dossiê Reprodução Humana Assistida**. 2003. Disponível em: <<http://www.redesaude.org.br/home/conteudo/biblioteca/biblioteca/dossies-da-rede-feminista/006.pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2019.