BIOÉTICA E BIODIREITO: As implicações jurídicas que envolvem a inseminação artificial homóloga post mortem e uma análise à luz dos princípios constitucionais

Evelyn Nicolly Ferreira Ribeiro

Graduanda em direito pela Faculdade Atenas - Sete Lagoas. Endereço eletrônico: aevelynnicolly@gmail.com

Resumo

O presente artigo aborda as implicações jurídicas da técnica de reprodução assistida denominada inseminação artificial homóloga realizada após o falecimento do genitor, ou seja, em contexto post mortem. A pesquisa examina os requisitos legais e bioéticos envolvidos, à luz dos princípios do Biodireito e da Bioética, com especial atenção à possibilidade de utilização do material genético sem o consentimento expresso do falecido. Busca-se, ainda, analisar os limites para a realização do procedimento, investigando as hipóteses de consentimento expresso e presumido à luz dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da autonomia da vontade.

Palavras-chave: Direito Constitucional; bioética; biodireito; reprodução assistida post mortem; autonomia da vontade.

Abstract

This article addresses the legal implications of the assisted reproduction technique known as homologous artificial insemination, performed after the death of the parent, i.e., post mortem. The research examines the legal and bioethical requirements involved, in light of the principles of biolaw and bioethics, with special attention to the possibility of using genetic material without the express consent of the deceased. It also seeks to analyze the limits on performing the procedure, investigating the hypotheses of express and presumed consent in light of the constitutional principles of human dignity and autonomy of will.

Keywords: Constitutional Law; bioethics; biolaw, post-mortem assisted reproduction; autonomy of will.

INTRODUÇÃO

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

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

No entanto, o avanço científico anda a passos largos, enquanto o Direito não apresenta desenvolvimento tão veloz. Exemplo dessa disparidade observa-se na falta de uma legislação clara para dirimir os conflitos surgidos nas hipóteses de realização da Reprodução Humana Assistida post mortem. Nessa linha, investiga-se a seguinte problemática: É juridicamente permitido realizar inseminação artificial após a morte do genitor, mesmo sem consentimento prévio expresso? Essa prática configura violação aos princípios da autonomia da vontade e da dignidade da pessoa humana? Como hipótese: Por se tratar de um tema polêmico e atual, que merece a doutrina se debruçar em busca de se chegar a uma jurisprudência, tendo em vista a omissão em nosso ordenamento jurídico, e essa omissão possibilita diversas correntes doutrinárias. Diante dessas possibilidades, a Bioética e o Biodireito devem adaptar-se a essa nova realidade e garantir a igualdade de direitos e condições aos filhos advindos por meio destas técnicas de reprodução humana assistida.

Nesse sentido, o objetivo geral foi analisar as implicações jurídicas e bioéticas da inseminação artificial post mortem, considerando a possibilidade de realização do procedimento após a morte do genitor, à

luz dos princípios da dignidade da pessoa humana e da autonomia da vontade. Com objetivo específico na presente pesquisa em busca de investigar especificadamente a inseminação artificial como uma das formas de utilização das técnicas de reprodução humana assistida homóloga e os requisitos legais e bioéticos para a utilização de material genético após a morte do genitor, na questão em analisar se há adequação ética e legal na realização de uma reprodução humana assistida post mortem sem a existência do termo de consentimento expresso, verificando seus efeitos, as partes envolvidas e as implicações jurídicas, uma vez que os avanços da medicina no aspecto das reproduções devem ser pautados em limites éticos conforme previsto pela resolução do Conselho Federal de Medicina e pelo ordenamento jurídico brasileiro, para que não haja violação de direitos fundamentais, já que a legislação brasileira não contempla muitas normas a respeito do tema, visto que a nossa legislação ainda não aborda adequadamente essas técnicas, ou seja, não há leis específicas sobre o assunto.

De igual modo, o trabalho pretende analisar os efeitos jurídicos relacionados à paternidade decorrente da inseminação artificial homóloga post mortem e as possibilidades dada pela realização do procedimento que surgem frente à legislação atual, que podem gerar vários questionamentos jurídicos, analisando especificamente na questão aos limites éticos e jurídicos claros para a realização do procedimento após a morte do genitor, com ênfase na análise da utilização do material genético após a morte do genitor.

BIODIREITO E BIOÉTICA

O biodireito e a bioética têm por base a proteção do direito fundamental à vida, até porque servem de apoio para que a biociência avance, de modo a trazer benefícios a vida humana, essencialmente qualidade de vida, que é possível com a descoberta de novos tratamentos e doenças, por exemplo.

De acordo com Sá; Naves (2023) ao tratar da Bioética e o Biodireito apresenta um fato curioso ao afirmar que não são termos sinônimos, mas ramos distintos que se complementam, tendo como objetivo central a proteção dos direitos fundamentais. Ademais, conforme Bobbie (1992) defende que os direitos fundamentais também são direitos históricos. Neste âmbito, o Biodireito passou a existir como um novo ramo do Direito, um direito de quarta dimensão, que tutela o processo vital humano, desde a concepção até a morte, além de abranger a proteção do ser humano, como defende Rocha (2018).

A princípio, segundo Barbosa (2019), biodireito é o ramo do Direito que trata da teoria, da legislação e da jurisprudência relativas às normas reguladoras da conduta humana em face dos avanços da biologia, da biotecnologia e da medicina. Em ênfase, Borba (2010) ressalta que o biodireito tem como objetivo de estudo os questionamentos bioéticos que tenham repercussão no mundo do Direito, são pesquisas que estudam o fato bioético-jurídico. Por esse motivo que descrevem que o nascimento do biodireito e da bioética coincide à semelhança do seu objeto de estudo.

Além disso, o biodireito pode ser definido como o novo ramo do estudo jurídico, resultado do encontro entre a bioética e o biodireito. É o ramo do Direito Público que se associa à bioética, estudando as relações jurídicas entre o direito e os avanços tecnológicos conectados à medicina e à biotecnologia. Segundo Maluf (2020, pág. 13):

Tem a vida por objeto principal, salientando que a verdade jurídica não poderá salientar-se à ética e ao direito, assim como o progresso cientifico não poderá acobertar crimes contra a dignidade humana, nem traçar sem limites jurídicos, os destinos da humanidade. Biodireito é a regulamentação jurídica da problemática da bioética, no sentido em que formula as relações peculiares entre ética e direito que se inter-relacionam reciprocamente: ética como instância prática do direito e direito como expressão positiva da ética. Associa-se

principalmente ao universo de cinco matérias: bioética, direito civil, direito penal, direito ambiental e direito constitucional.

Ainda segundo Sá (2021), o biodireito nasceu devido à preocupação ética dos operadores das ciências biológicas e da saúde. Já a ética ambiental e médica, conhecida como bioética, integra a ética geral, constituindo-se objeto de estudos da filosofia. E sob a perspectiva filosófica a bioética é transdisciplinar, pois não se detém nos pressupostos e limites colocados pelas áreas do saber.

Contudo, o termo bioética surgiu oficialmente em 1971 nos Estados Unidos, através da publicação da obra intitulada Bioethics: Bridge to the Future, do oncologista Van Rensselaer Potter, Pessini (2005). O Médico Norte Americano buscou desenvolver uma ética das relações vitais, ou seja, dos seres humanos entre si e dos seres humanos com o ecossistema, a fim de encontrar uma saída para o progresso desequilíbrio criado pelo homem na natureza. Analogamente, Potter pensa a bioética como uma ponte entre a ciência biológica e a ética, sua intuição consistiu em pensar que a sobrevivência de grande parte da espécie humana, numa civilização decente e sustentável, dependia do desenvolvimento e manutenção de um sistema ético.

Ademais, demonstra em sua obra que o objetivo desta disciplina seria ajudar a humanidade de forma racional, mas de maneira cautelosa no que se refere ao processo da evolução biológica e cultural. De conformidade com Sá (2002), explica que Potter escolheu o termo bio para representar o conhecimento biológico, a ciência dos sistemas vigentes e ética para representar o conhecimento dos sistemas de valores humanos.

Por certo, a Bioética é o estudo transdisciplinar entre a biologia, a medicina, a filosofia e o direito que investiga uma administração responsável da vida humana, animal e ambiental, bem como a responsabilidade moral de cientistas em suas pesquisas e suas aplicações em estudos onde envolve questões que não há consenso moral como a fertilização in vitro e a inseminação artificial post mortem, como ressalva Maluf (2020).

Com efeito, o biodireito e a bioética devem estar lado a lado, cada um cumprindo o seu papel. E com a realidade da biotecnologia e da biomedicina, as pesquisas avançadas a respeito do ser humano e a aplicação dessas descobertas no homem fizeram surgir conflitos jurídicos não imaginados pelo legislador ou até mesmo doutrinários, havendo conflito de normas jurídicas para solucionar tais situações, com a finalidade de proteger a vida, sem desacelerar o progresso da ciência.

Quanto à aplicação desses avanços no homem, estudados diretamente pelo direito médico, tem-se, por exemplo, a reprodução humana medicamente assistida, que tem por objetivo auxiliar pessoas com dificuldades de reprodução, entre outros. Apesar de serem realizados estudos analisando efeitos da revolução biotecnológica sobre noções de personalidade, direitos humanos e legitimidade, ainda falta uma racionalização na teoria constitucional, isso pode decorrer do fato que o direito médico, que trata dessas questões de forma direta Krajewska (2013).

Embora os estudiosos do direito incentivassem a formulação de novos direitos, incluindo o direito a autonomia reprodutiva, tradicionalmente o reconhecimento legislativo ou judicial desses direitos a nível constitucional tem sido lenta e escassa.

Assim, feitas essas considerações, passa-se à análise dos aspectos históricos da reprodução humana assistida, buscando os primeiros registros dos procedimentos de inseminação artificial realizado no mundo e a realizada pelo saber cientifica, bem como quais as principais técnicas de inseminação artificial utilizadas para proporcionar que casais possam ter filhos.

AS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

A reprodução humana assistida é o termo usado para definir as técnicas usadas no tratamento da infertilidade conjugal na qual envolve a manipulação de pelo menos um dos gametas. São métodos médico-

tecnológico que possibilitam a realização de gestações que não aconteceriam espontaneamente, como ressalta Souza (2010).

Devido os avanços da tecnologia, as pesquisas com a reprodução humana também puderam evoluir e hoje uma pessoa ou até mesmo um casal estéril pode gerar filhos. Conforme Caetano Ssouza (2016), as principais técnicas para auxiliar na resolução dos problemas de reprodução humana que facilitam o processo de procriação são: a inseminação intrauterina (IIU); fertilização In Vitro (FIV); injeção Intracitoplasmática de espermatozoides (ICIS); a transferência de embrião congelado (TEC); e mães de substituição.

Mas a técnica mais nova e que tem ganhado mais atenção pelos casais é a inseminação artificial, considerada um dos mais modernos métodos de criopreservação do material genético. Explica Pinto (2008) que se tornou possível graças ao congelamento de espermatozoides do marido ou companheiro mesmo após o seu falecimento, possibilitando sua esposa ou companheira inseminar seu sêmen, vindo a gerar um filho.

Atualmente, devido aos avanços da biotecnologia nas técnicas de reprodução humana assistida, é possível armazenar óvulos, espermatozóides e embriões excedentes por um longo período de tempo, utilizando a técnica de criopreservação em nitrogênio líquido a -196 °C. Isso permite o uso do material genético para reprodução humana assistida após a morte do homem, o que é chamado de reprodução post mortem, como ressalta o escritor Rotania (2003).

Ter uma família e poder ter filhos é um desejo compartilhado por muitos casais, independentemente de sua orientação sexual. Historicamente, a mulher sempre foi vista como responsável pela procriação, e a capacidade de gerar filhos era considerada um fator importante para a evolução da sociedade. Nas antigas sociedades, ter filhos era considerado uma bênção, enquanto a infertilidade era vista como uma maldição, de acordo com Rizzardo (2011).

Mulheres estéreis eram frequentemente desrespeitadas pelos maridos e consideradas indignas na sociedade devido à sua incapacidade de ter filhos. Em resposta a essa situação, com o avanço científico, foram desenvolvidos métodos e técnicas para ajudar os casais a terem filhos por meio da reprodução humana assistida, como Leite (1995) entende.

Nesse sentido, Meireles (2004) destaca que, com o tempo, novas tecnologias e descobertas científicas possibilitaram que casais com dificuldades para conceber pudessem realizar o sonho da paternidade e maternidade. A fecundação resultante da reprodução assistida é usada como substituto da concepção natural quando há dificuldades ou impossibilidade de conceber de forma natural. Essas técnicas são intervenções no processo natural da reprodução, por isso são chamadas de reprodução assistida (Meireles, 2004).

Portanto, a criopreservação ou congelamento de gametas é estudado pela ciência denominada criobiologia que permite conservar material genético para utilização posterior. Os casais com embriões criopreservados aumentam as chances de gerar filhos, possibilitando o acesso à saúde reprodutiva e permitindo casais a exercerem a maternidade/paternidade. Segundo Elio Estanislau Gasda (2015, pág. 26), através do método da criopreservação:

Os aspectos técnicos devem ser discutidos com antecedência para prevenir futuros impasses, tais como taxa de sobrevivência, qualidade e número de embriões. Toda informação procedimental deve ser rigorosamente documentada. Registros de consentimento devem ser estabelecidos em conjunto entre o Laboratório e os médicos: aceitação do casal de realizar o processo de criopreservação; número de embriões congelados; qualidade embrionária; idade embrionária; alternativas de destino dos embriões congelados em caso de não desejar outra gestação, divórcio ou morte. Preenchido os requisitos, o embrião pré-implantatório é obtido por meio de um tratamento de fertilização assistida em Laboratório, a partir de um gameta feminino e outro masculino em condições de ser

criopreservado, com a finalidade de ser transferido ao útero em um momento posterior.

O marco inicial dos debates sobre inseminação post mortem aconteceu na França com o caso conhecido por Affair Parpalaix no início da década de 80. Alain Parpallaix ao descobrir que iriam submeter ao tratamento de quimioterapia por causa de câncer nos testículos e que esse procedimento aumentaria sua chance de ficar estéril decidiu em comum acordo com sua companheira Corine Richard buscar uma clinica especializada em criopreservação para armazenar seu esperma com intuito de poder gerar um filho posteriormente.

Dois dias depois do casamento, o senhor Parpallaix falece e sua esposa procura a clínica para resgatar o sêmen e fazer inseminação artificial, dando continuidade à vontade de seu esposo de terem um filho. A clínica alega não haver previsão legal para o fato, negando o pedido realizado pela viúva.

Corine imediatamente, busca a justiça francesa, discutindo a titularidade das células e o comprimento de um contrato de depósito anterior, uma vez que não havia lei que proibisse ou mesmo autorizasse a fecundação póstuma. Após longos debates, o tribunal francês acolheu a decisão da esposa e impôs a clínica que entregasse o material genético do falecido marido. O caso Affair Parpalaix é considerado um marco histórico na inseminação artificial homologa post mortem, a partir dele vários países começaram a discutir sobre o destino do material genético criopreservado que seriam utilizados para inseminação artificial, principalmente após a morte do genitor, Diniz (2017).

Contudo, em vista do debate a repercussão no que tange a possibilidade da inseminação artificial após a morte do genitor, no Brasil também foi marcada na história o deferimento de um pedido dado liminar no caso da Kátia Adriana Lenerneier que casou-se com Roberto Jefferson Niels em dezembro de 2004. Após certo tempo de relacionamento, resolveram ter filhos, mas as tentativas frustradas os levaram a procurar tratamento médico, quando então foram aconselhados a fazer inseminação artificial. Roberto, no entanto, descobriu um melanoma em estágio avançado e, em razão dos riscos de esterilidade no tratamento, retirou e armazenou seu sêmen na Androlab – Clínica e Laboratório de Reprodução Humana e Andrologia, em 2009.

O tratamento do melanoma de Roberto acabou por postergar a tentativa de inseminação e, antes mesmo desta ocorrer, Roberto veio a óbito em fevereiro de 2010, sem deixar um termo de consentimento prévio, em que manifestasse seu interesse na inseminação post mortem. Kátia manteve o sonho de ter um filho com Roberto, mas a Androlab negou-se a realizar o procedimento de inseminação, pois Roberto não havia deixado documento que indicasse o destino do sêmen após sua morte. Por essa razão, Kátia ajuizou ação de execução de obrigação de fazer junto à 13ª Vara Cível de Curitiba, requerendo liminar para obter acesso ao sêmen congelado de seu falecido marido, sem autorização expressa deste, e a consequente inseminação artificial.

Em janeiro de 2011, a liminar foi concedida, entendendo que os sucessores do doador estariam legitimados a dispor do material genético para concretizar a vontade de Roberto.

Em vista desses casos semelhantes ocorridos na França e no Brasil sem a prévia autorização expressa do companheiro ou esposo, advém de um contraditorio perante a legislação da CRM (BRASIL, Conselho Federal de Medicina, resolução nº 2.230, 2022) deixa expressa que somente é permitido a realização da inseminação artificial perante uma autorização prévia espressa do falecido.

Destaque-se ainda que, é importante em todas as técnicas de reprodução assistida, o essencial o consentimento de ambas as partes envolvidas no procedimento, ou seja por meio de uma autorização prévia em casos do falecimento do companheiro ou esposo. Caso uma das partes não autorize o procedimento, o médico responsável pode ser responsabilizado. Na reprodução assistida heteróloga, é recomendado que essa permissão seja explícita e expressa. Se a inseminação humana artificial ocorrer sem o consentimento do parceiro, ele tem o direito de contestar a paternidade, como Venosa (2016)

explica.

Assim, ressalta-se ainda que, a presunção de paternidade é reconhecida na inseminação humana artificial homóloga por meio da técnica homóloga post mortem, desde que haja um consentimento expresso do doador do material genético. Portanto, na ausência de uma autorização livre e esclarecida prévia favorável ao uso do material genético criopreservado, não se aplica a presunção de paternidade em relação ao filho concebido.

Logo, percebe-se que contém uma problematica sobre o respectivo tema, principalmente no que tange a respeito da autorização prévia expressa do genitor falecido e no casos ocorridos advindos de liminares concedidas sem a obrigatoriedade dessa autorização do companheiro ou marido.

Portanto, embora no Brasil ainda não exista uma legislação específica que regulamente o uso da reprodução assistida, há projetos em tramitação no Congresso Nacional que buscam abordar questões como o uso das técnicas, a filiação, os direitos dos doadores, a destinação dos embriões excedentes e a gestação por substituição, entre outros, como ressalta os pensadores Chiara; Viana [D1.1] (2019).

Em nosso país, há uma lacuna jurídica devido ao fato de não existir uma legislação específica para regulamentar o uso da reprodução assistida, e o país não oferece tratamento gratuito para casais que desejam ter filhos, mas não têm condições de arcar com os altos custos do procedimento (Brasil, 1996). Apesar da falta de uma legislação específica, essas técnicas não podem ser utilizadas de forma indiscriminada e isolada.

Contudo, é importante ressaltar que o uso dessas técnicas não pode ser indiscriminado, devendo ser realizado de forma responsável e ética. Embora a lei brasileira estabelece que o consentimento livre e esclarecido é obrigatório para ambas as partes envolvidas, especialmente quando a beneficiária é uma mulher casada ou em união estável. Esse consentimento deve ser formalizado por escrito e incluir informações detalhadas sobre as condições em que o doador autoriza a utilização de seus gametas, inclusive em caso de falecimento (Brasil, 2003).

Dessarte, é necessário considerar que a reprodução assistida não deve ser encarada como uma solução definitiva para todas as situações. É fundamental que os casais que enfrentam dificuldades reprodutivas recebam um avaliações clínicas completas e o devido esclarecimento sobre os riscos e benefícios das técnicas de reprodução assistida.

Trata-se no ordenamento jurídico brasileiro lacunas no que diz respeito à regulamentação da reprodução assistida, é necessário um debate amplo e aprofundado para a criação de leis que garantam a proteção dos direitos das pessoas envolvidas, a segurança dos procedimentos e a promoção de uma sociedade mais inclusiva e igualitária.

Sendo assim, a reprodução assistida é uma realidade presente na atualidade, oferecendo esperança e possibilidades para casais que desejam ter filhos. No entanto, sua utilização requer cuidado, respeito aos direitos individuais e responsabilidade ética. A busca por uma regulamentação adequada é essencial para assegurar a proteção e o bem-estar de todos os envolvidos nesse processo complexo e delicado, indepedemente da inseminação artificial ocorrer de modo expressa ou não.

Inseminação artificial

A expressão inseminação deriva do latim, formada pela preposição in mais semirare, que significa semente. O adjetivo artificial, que também deriva do latim, artificialis, por sua vez, significa feito com arte, consoante explicação do escritor Cabral. A técnica da Inseminação Assistida é relativamente simples e consiste na introdução do espermatozoide na vagina, por meio de um pequeno tubo denominado cânula, Cabral (2012).

Segundo Machado (2011) inseminação artificial consiste no procedimento técnico-científico de levar o óvulo ao encontro do espermatozoide, sem a ocorrência do coito. Constitui-se, portanto, na prática, do conjunto de técnicas, que objetivam provocar a geração de um ser humano, através de outros meios que não condiz do relacionamento sexual.

A técnica de inseminação humana artificial, entretanto, é um procedimento de reprodução assistida no qual a fertilização ocorre de forma

não natural. Nesse método, o esperma é introduzido no trato genital feminino de maneira artificial, utilizando um cateter, quando o óvulo está pronto para ser fertilizado. Essa abordagem é descrita por Maluf (2013) como um processo em que a fecundação ocorre de forma incorpórea.

Existem duas modalidades principais de inseminação artificial humana: heteróloga e homóloga. Conforme explicado por Venosa (2016), a inseminação artificial é considerada heteróloga quando o material genético utilizado no procedimento não provém do casal em questão, mas sim de um doador externo. Nesse método, a clínica de reprodução assistida seleciona um doador para fornecer o material genético, seguindo as diretrizes estabelecidas pela resolução do Conselho Federal de Medicina (CFM; nº 2.320/2022). Vale salientar que esse método de inseminação pode ser classificado como parcial, quando apenas um gameta é fornecido pelo doador, ou total, quando ambos os gametas utilizados provêm do doador externo.

Além disso, existe a possibilidade de realizar uma inseminação heteróloga bisseminal, na qual são combinadas duas amostras de sêmen, uma do doador e outra do marido ou companheiro, caso o material genético do marido seja insuficiente para o processo de fertilização, consoante a explicação por Venosa (2016). Nessa linha de pensamento, defende a pensadora Diniz (2017) que há diversas causas de esterilidade masculina, mas as razões mais frequentes continuam sendo a ausência completa de espermatozoides, ou quando a produção de espermatozoides é alterada.

Com isso, a inseminação humana artificial é uma técnica de reprodução assistida que envolve a introdução artificial de esperma no sistema reprodutor feminino. Essa técnica pode ser realizada de forma heteróloga, utilizando material genético de terceiros, ou homóloga, com material genético do próprio casal, então, a inseminação será homologa se existir um casal na iniciativa da procriação e o sêmen inoculado na mulher for do próprio marido ou companheiro ainda conforme (Diniz, 2017). A escolha do método e as diretrizes para sua realização são regulamentadas pelo Conselho Federal de Medicina (CFM; RESOLUÇÃO nº 2.294).

Consoante a isso, conforme já mencionado neste artigo, no Brasil até a presente data, não há legislação específica a respeito da reprodução humana assistida. Diante do vazio legislativo existente, não há uma expressa vedação legal para prática de inseminação artificial post mortem, tampouco existe uma legislação permissiva.

No que tange à regulamentação existente, o Código Civil de 2002 traz contribuições significativas quanto ao estabelecimento da paternidade, inclusive post mortem, mas tais disposições são insuficientes no sentido de regulamentação das práticas, pois abordam apenas um aspecto específico: a presunção da paternidade, como defende Bulhões.

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

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

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

Relegar temas tão importantes aos tribunais acarreta desnecessária instabilidade social, Venosa (2008).

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

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

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

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

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

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

Para o embasamento deste artigo, é imperioso destacar em torno do caso da professora Kátia Lenerneier, que em 2010 conseguiu na justiça brasileira o direito de engravidar do seu falecido marido sem o consentimento expresso deste, destacando as peculiaridades deste caso e, finalmente, concluir-se-á o presente, com a apresentação de sugestões para a solução dos conflitos relacionados aos casos concretos, conforme os principios a seguir:

ANÁLISE À LUZ DOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONAIS

Em relação aos métodos de reprodução artificial, a inseminação artificial homóloga, que é utilizada para conceber descendentes utilizando o material genético do falecido.

Consequentemente, isso levanta questões relacionadas à doutrina e à Constituição Federal, especialmente aos princípios constitucionais, como menciona Xavier; Gonçalves (2022).

Segundo o filósofo Immanuel Kant, o homem é um ser racional, capaz de regular-se por meio de leis que a si mesmo impõe e que geram deveres. Logo, por meio de um dever temos uma lei universal, pela qual o ser humano utilizando-se da ética e da razão para tratar a si mesmo e a seus semelhantes como fim e nunca como meio.

Os princípios constitucionais aplicam-se a todos os ramos do direito e visam assegurar o pleno gozo dos direitos de todos os cidadãos. Portanto, proibir ou não regulamentar o uso de tecnologias de reprodução assistida lesa alguns princípios constitucionais, como o principio da dignidade da pessoa humana e o principio do planejamento familiar.

O princípio da dignidade da pessoa humana possui suas raízes no pensamento kantiano. Contudo, segundo o doutrinador Jorge Miranda, o princípio da dignidade da pessoa humana implica na ideia do ser humano como centro de tudo, e fim em tudo. O autor, seguindo os pensamentos de Kant (pág. 165), leciona:

Em primeiro lugar, a dignidade da pessoa é da pessoa concreta, na sua vida real e quotidiana; não é de um ser ideal e abstracto. É o homem ou a mulher, tal como existe, que a ordem jurídica considera irredutível e insubstituível e cujos direitos fundamentais a Constituição enuncia e protege. Em todo o homem e em toda a mulher estão presentes todas as faculdades da humanidade.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 1°, inciso III, estabeleceu um Estado Democrático de Direito, fundamentado no princípio da dignidade da pessoa humana. Como entende Ingo Wolgang Sarlet (2001), o constituinte, ao dispor sobre a dignidade da pessoa como fundamento da República, pretendeu que este princípio fosse a base dos direitos fundamentais e, consequentemente, o núcleo essencial da Constituição.

Dessa forma, Ingo Wolgang Sarlet (2001) preconiza que a dignidade da pessoa humana é o que caracteriza e distingue cada indivíduo na sua personalidade, acarretando ao Estado e comunidade, respeito, gerando um complexo de direitos e deveres fundamentais, que possuem o cunho de proteção contra qualquer ato de natureza discriminatória ou degradante e desumano, tal princípio garantindo, tratamento digno e respeitoso ao ser humano, com o cunho de promover uma vida saudável, além de proporcional sua participação ativa nos destinos da própria existência da vida.

Nesse mesmo sentido Sarlet (2001) diz:

Construindo sua concepção a partir da natureza racional do ser humano, Kant assinala que a autonomia da vontade, entendida como a faculdade de determinar a si mesmo e agir em conformidade com a representação de certas leis, é um atributo apenas encontrado nos seres racionais, constituindo-se no fundamento da dignidade da natureza humana.

Quanto à dignidade da pessoa humana, Maria Berenice Dias (2009), prescreve que, a dignidade da pessoa humana foi elevada a fundamento da ordem jurídica, provocando uma opção expressa pela pessoa, consequentemente todos os institutos que tratam de direitos que estejam envolvidas pessoas, deve proporcional a realização da personalidade, elevando a pessoa como centro de proteção do direito.

Dessa forma, se existe um fundamento primordial para a democracia brasileira, este certamente é o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, que deve ser destituído de qualquer resquício de base religiosa e/ou metafísica, para que possa garantir que todos em sociedade, apesar de suas diferenças, possam ser tratados de forma digna e igualitária, com a mesma consideração e respeito.

De mais a mais, com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana, existe o princípio do planejamento familiar que foi consagrado tanto em sede constitucional, no artigo 226, §7º da Constituição Federal8, quanto na esfera infraconstitucional, no artigo 1.565, §2º do Código Civil , que dispõe da seguinte forma:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...]

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade

da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas (Brasil, 1988).

Infraconstitucionalmente, o mencionado princípio também se encontra regulamentado na Lei nº 9.263/1996, que assegura o direito ao planejamento familiar, compreendido aqui como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole, a todo cidadão, independentemente de seu estado civil.

Assim, tendo em vista que a Constituição Federal de 1988 e a Lei 9263/96 asseguram o direito ao livre planejamento familiar, uma vez esgotadas a possibilidade de reprodução natural, as pessoas podem recorrer à reprodução humana assistida como forma de viabilizar o desejo de constituição da prole. Entretanto, fundamental é que se compreenda que a dignidade da pessoa humana é um princípio que deve ser observado pelos que buscam a realização do projeto parental, especialmente se este utilizar técnicas de reprodução assistida.

Este dispositivo protege o direito de os casais de poder realizar um planejamento familiar da melhor maneira que entendem e o Estado não pode ser responsável por limitar ou impedir a prática desse direito. Mas ele deve fornecer os recursos educacionais e científicos para realizar o sonho do casal. Este sistema é sempre baseado no princípio da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável.

A Lei nº 9.263/96 (Brasil, 1996) Regula o planejamento familiar e específica que esse direito deve ser concebido da seguinte forma: “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”.

O projeto parental deve emanar de uma vontade comum dos cônjuges, para que o procedimento de procriação assistida homóloga seja instaurado, deve existir um acordo de vontade entre ambos os cônjuges.

De acordo com esse entendimento, é possível aperceber-se que cabe apenas ao Estado prover os meios para que o casal realize o sonho de constituir família e não cabe a ele limitar ou criar obstáculos ao exercício desta.

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

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

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

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

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

Por esta ótica, é certo que a visão individualista já está superada, pois não há como admitir o sujeito agindo somente pela

sua vontade sem pensar que as decisões que tomar afetam outras pessoas. A sociedade e o Direito devem buscar proteger a pessoa humana como um ser social que, apesar da sua individualidade e vontade, integra-se a um universo externo à sua autonomia, ficando condicionado a submeter seus atos não somente às leis mas também à sociedade da qual faz parte, Rocha (2004).

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

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

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

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

Com relação ao tema abordado surge o questionamento quanto à prevalência do princípio da autonomia sobre outros princípios da Bioética. Do ponto de vista da Bioética Principialista, o deslinde de tais conflitos passa pela ponderação entre os princípios, decidindo-se no caso concreto qual deles prevalecerá, no todo ou em parte, Beauchamp, Childress (2002).

Isso porque, a prepoderância do princípio da autonomia levaria o médico a não realizar a Reprodução Humana Assistida post mortem sem o consentimento do indivíduo falecido, se este não declarasse expressamente e inequivocadamente tal vontade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A bioética e o biodireito são dois campos do saber que procuram verificar as interações entre os seres humanos e suas condutas na utilização de biotecnologias e da própria ciência. Estas duas áreas do conhecimento humano têm como foco a análise sobre o que é eticamente correto e como se pode aplicar as tecnologias no campo da ciência em nosso cotidiano.

O biodireito é norteado pelo surgimento muito rápido de novas técnicas, como por exemplo de reprodução humana assistida, e com isso percebeu-se a falta de normas a serem seguidos por profissionais e pacientes, causando uma grande insegurança jurídica. Assim o biodireito surge com a ideia de estabelecer relação e normatização entre bioética e o direito, observando sempre os princípios constitucionais e de respeito a vida.

Ainda sobre o tema, nota-se que a reprodução humana assistida está ligada diretamente ao biodireito, pois trazem intervenções médicas como técnicas, que para serem eticamente corretas precisam observar algumas regras de conduta e segurança.

As técnicas de reprodução humana assistida ganha relevante papel na sociedade devido ao fato de oportunizar que casais com dificuldades de conceber possam alcançar a maternidade e a paternidade. Essa dificuldade de concepção se deve dentre muitos fatores a infertilidade especialmente nos casos em que outros métodos terapêuticos são ineficazes e também em casos que vem crescendo cada vez mais no mundo dentre muitas razões reina a procura tardia pela gravidez e suas consequências por causa dos afazeres da vida moderna.

Verifica-se por meio dos vários tópicos apresentados neste artigo, que a legislação brasileira é falha quanto ao assunto relacionado a reprodução humana assistida, principalmente no que tange a inseminação

artificial post mortem, causando grande desconforto aos seus usuários. Principalmente ao se tratar do ponto polêmico como: RA post-mortem.

Ao discutir sobre a RA post-mortem, o problema é amplo e pouco explorado pela legislação, pois ao ter embriões congelados que poderão ser usados depois da morte do pai, causa insegurança por não ser definido limites para essa utilização. Diante desse contexto esse é um desafio para a realidade brasileira buscar a regulamentação da reprodução humana assistida, estabelecendo diálogos plurais que levem em consideração as preocupações éticas e os direitos humanos.

Assim, uma das soluções seria o projeto de lei que tramita no congresso, para que possa ter uma luz, com soluções para afastar essa insegurança que os profissionais e os pacientes sentem ao se discutir o assunto, preservando assim os princípios constitucionais

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Heloisa Helena. Princípios da Bioética e do Biodireito. Revista bioética, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, 2019.

BOBBIO, Noberto. A era dos direitos. Trad. Carlos N. Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BORBA, Marina de Neiva. Bioética e Direito: Biodireito? Implicações Epistemológicas da Bioética ao Direito. 2010. 74f. Dissertação (Mestrado em Bioética) - Centro Universitário São Camilo, São Paulo, 2010.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM nº 2.320, de 20 de setembro de 2022. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida. Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2022/2320. Acesso em: agosto/2025.

BRASIL. Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9263.htm. Acesso em: janeiro/2026.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Processo nº 0027862-73.2010.8.16.0001. Kátia Adriana Lenerneier x Androlab. Relator: Alexandre Gomes Gonçalves. Curitiba: TJPR, 2011-2012.

BULHÕES, Alcides Emanuel Espíndola. Procriação Medicamente Assistida e Estabelecimento da Filiação Post Mortem: uma visão comparada entre a legislação do Brasil e de Portugal. 2021. 84f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Autónoma de Lisboa, Lisboa, 2021.

CABRAL, Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat; CAMARDA, Dayane Ferreira. Intimidade Versus Origem Genética: A Ponderação de Interesses Aplicada à Reprodução Assistida Heteróloga. ADV Advocacia Dinâmica, Rio de Janeiro, n. 4, p. 16-29, abr. 2012.

CAETANO SOUZA, Karla Keila Pereira; ALVES, Oslania de Fátima. As principais técnicas de reprodução humana assistida. Revista Acadêmica do Instituto de Ciências da Saúde, v. 2, n. 01, p. 26-37, 2016.

CHIARA, Karina; VIANA, Florimar dos Santos. O direito sucessório dos filhos concebidos por inseminação artificial homóloga post mortem. 2019. Disponível em: http://ri.ucsal.br:8080/jspui/bitstream/prefix/891/1/TCCKARINACHIARA.pdf.

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

DIAS, Berenice. Manual de Direito das Famílias. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena. O Estado Atual do Biodireito. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GASDA, Elio Estanislau. Criopreservação de embriões humanos no contexto da saúde sexual e reprodutiva. Rev. Pistis Praxis: Teologia Pastoral, Curitiba, v. 7, n. 3, p. 635-661, 2015.

KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004.

KRAJEWSKA, Atina. Review of “Reframing Rights: Bioconstitutionalism in the Genetic Age” by S. Jasanoff (ed.). Society and Policy, v. 9, n. 6, p. 1-8, 2013.

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

MACHADO, Maria Helena. Reprodução Humana Assistida: Aspectos Éticos e Jurídicos. Curitiba: Juruá, 2011.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. Curso de bioética e biodireito. 4. ed. São Paulo: Almedina, 2020.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus; MALUF, Carlos Alberto Dabus. Curso de direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2013.

MEIRELES, Jussara Maria Leal de. Reprodução Assistida e o Novo Código Civil Brasileiro. In: MEIRELES, J. M. L. (coord.). Estudos de Biodireito. Curitiba: Genesis, 2004.

MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional, tomo IV. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

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

MUÑOZ, Daniel Romero; FORTES, Paulo Antonio Carvalho. O Princípio da Autonomia e o Consentimento Livre e Esclarecido. In: COSTA, S. I. F. (org.). Iniciação à Bioética. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998.

PESSINI, Leo. Bioética: das origens à prospecção de alguns desafios contemporâneos. O mundo da saúde, São Paulo, v. 29, n. 3, p. 305-323, 2005.

PINTO, Carlos Alberto Ferreira. Reprodução Assistida: Inseminação Artificial Homóloga Post Mortem e o Direito Sucessório. In: Recanto das Letras. [S. l.], 28 fev. 2008. Disponível em: https://www.recantodasletras.com.br/textosjuridicos/879805. Acesso em: 10 dez. 2025.

RABENHORST, Eduardo Ramalho. Dignidade humana e moralidade democrática. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

RIZZARDO, Arnaldo. Direito de Família. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ROCHA, Renata da. Fundamentos de Biodireito. Salvador: JusPodivm, 2018.

ROTANIA, Ana Alejandra. Dossiê Reprodução Humana Assistida. [S. l.: s. n.], 2003. Disponível em: www.redesaude.org.br. Acesso em: jan. 2026.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. Bioética e Biodireito. 6. ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SOARES, André Marcelo M.; PIÑEIRO, Walter Esteves. Bioética e Biodireito uma introdução. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

SOUZA, Marise Cunha. As Técnicas de Reprodução Assistida. Revista Bioética, Rio de Janeiro, v. 13, n. 50, p. 348–367, 2010.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito civil: direito de família. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

XAVIER, Arlinda dos Santos; GONÇALVES, Jonas Rodrigo. O direito do filho concebido por reprodução artificial após a morte do genitor. Research, Society and Development, v. 11, n. 6, 2022. Disponível em: https://rsdjournal.org/index.php/rsd/article/view/28936. Acesso em: agosto/2025.