

ENTENDENDO A REPRODUÇÃO ASSISTIDA NO BRASIL: LIMITES E POSSIBILIDADES

UNDERSTANDING ASSISTED REPRODUCTION IN BRAZIL: LIMITS AND POSSIBILITIES

Adriano dos Santos*
Daniela Courtes Lutzky**

RESUMO

O presente estudo versa sobre um tema bastante atual que é reprodução assistida no Brasil no que tange ao seu entendimento, bem como seus limites e possibilidades. Para tanto, a metodologia utilizada é a análise dedutiva com amparo em pesquisa doutrinária e jurisprudencial. Foram objetos de estudo as formas de reprodução assistida com explicação acerca de sua utilização; a normativa que legisla tais técnicas, bem como a questão do direito fundamental ao acesso às técnicas de reprodução assistida. Dentro dos limites e possibilidades foram analisados pontos controversos, tais como: limitação da idade da gestante; o direito à identidade genética e o sigilo do doador; o descarte dos embriões excedentários; a doação compartilhada e a vedação à contraprestação pecuniária às doadoras; a reprodução assistida *post mortem* e, por fim, o ativismo judicial no âmbito da oferta da reprodução assistida pelo SUS.

Palavras-chave: Reprodução Humana Assistida; Direito Fundamental; Ativismo Judicial; Método Dedutivo.

ABSTRACT

The present study deals with a very current topic that is assisted reproduction in Brazil regarding its understanding, as well as its limits and possibilities. Therefore, the methodology used is deductive analysis supported by doctrinal and jurisprudential research. The objects of study were the forms of assisted reproduction with explanation about its use; the regulations that legislate such techniques, as well as the issue of the fundamental right to access assisted reproduction techniques. Within the limits and possibilities, controversial points were analyzed, such as: limitation of the pregnant woman's age; the right to genetic identity and donor confidentiality; the disposal of surplus embryos; shared donation and the prohibition of pecuniary consideration to donors; post-mortem assisted reproduction and, finally, judicial activism within the scope of the provision of assisted reproduction by the SUS.

Keywords: Assisted Human Reproduction; Fundamental Right; Judicial Activism; Deductive Method.

Artigo submetido em: 05 de novembro de 2022.

Artigo aprovado em: 22 de novembro de 2022.

* Administrador; Graduando do curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio grande do Sul. E-mail: as-adm@outlook.com.

** Orientadora: Professora Dra. em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. E-mail: daniela@jaegeradv.com.br

1. INTRODUÇÃO

O desejo de gestar com intuito de constituir família talvez seja, dentre todos os desígnios, o mais intenso, haja vista ser capaz de aflorar uma gama de sentimentos muitas vezes antagônicos, tais como: a esperança pelo resultado positivo ao frustrante e penoso negativo; a felicidade de sentir-se mãe ou pai à tristeza pela tentativa falha; a expectativa de um novo ciclo em contraponto ao diagnóstico de infertilidade.

Não muito antigamente, este diagnóstico de infertilidade era a decretação do fim do sonho de constituir família através da gestação; entretanto, graças à ciência e aos adventos da tecnologia culminaram por existir as técnicas de reprodução humana assistida (TRA's), que possibilitaram um novo rumo e esperança àqueles que sofriam do mal da infertilidade.

Nesse sentido, o presente estudo buscará fornecer melhor entendimento, sob o prisma jurídico, acerca das técnicas de reprodução assistida, suas peculiaridades, bem como os limites e as possibilidades inerentes ao tema. Para tanto, utilizar-se-á da metodologia de análise dedutiva, amparada com pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

No primeiro ponto do trabalho será apresentada síntese acerca da reprodução humana assistida, a infertilidade quanto aos efeitos psicológicos e sociais, bem como a importância que as técnicas de reprodução assistida trouxeram àqueles que sonham com a gestação.

Logo a seguir, serão apresentados conceitos em relação às principais técnicas de reprodução assistida, quais sejam: a Inseminação Artificial ou Intrauterina; a Fertilização *In Vitro* (FIV); a Injeção Intracitoplasmática de Espermatozoides (ICSI) e a Doação de Óvulos.

Procurar-se-á tratar, também, em item específico, acerca da legislação e a normatização do uso das técnicas de reprodução assistida no Brasil. Serão analisados nesse aspecto dispositivos constitucionais, mais precisamente o art. 226, §7º da Carta Magna, o artigo 1.597 do Código Civil pátrio, bem como a Lei de Biossegurança nº 11.105/2005. Além destes dispositivos o estudo cuidará de trazer à baila os projetos de lei que se encontram em discussão no legislativo, como também as normas deontológicas do Conselho Federal de Medicina, mais especificamente a Resolução nº 2.320/2022, que fornece parâmetros regulatórios para a utilização destas técnicas.

No item imediatamente posterior, a questão principal será a análise do acesso às técnicas de reprodução assistida como direito fundamental, para tal fim será utilizada a ferramenta de interpretação sistemática das leis, dos tratados com *status* normativo supralegal e das disposições constitucionais, todas com fulcro no princípio fundamento do direito, a dignidade da pessoa humana.

O presente estudo também não se furtará de dar ênfase à questões polêmicas no título que abordará os limites e possibilidades, como o limite etário da gestante que opta pela utilização das técnicas de reprodução assistida; a questão do conflito entre o sigilo do doador de material genético em contraponto ao direito ao conhecimento da origem genética, haja vista contrapor direitos fundamentais como direito a personalidade e o direito ao anonimato

com base na autonomia da vontade. Tal combate dar-se-á através de análise doutrinária e também jurisprudencial devido ao caráter controverso da questão.

Na mesma esteira, tema complexo terá palco no item que tratará do descarte dos embriões excedentários, com exame da existência ou não dos direitos destes, assim como o regramento para a prática do descarte. Discutir-se-á também a definição da origem da personalidade, onde correntes distintas pugnam para determinar o momento em que começa a vida, com o intuito de definir se os embriões possuem direitos que devem ser respeitados desde a concepção ou, se possuem mera expectativa de direitos que devem ser preservados até o nascimento para que de fato sejam seus.

A vedação a contraprestação pecuniária às doadoras de óvulos é tema que merece atenção e também será abordada no estudo, uma vez que, trazem questionamentos bioéticos e jurídicos, aqueles no que dizem respeito à contraprestação pecuniária servir de instrumento para propagar a eugenia e, estes no que tange a compreender se a doação de óvulos é um tipo de contrato e se encontra enquadramento no ordenamento jurídico pátrio.

Seguindo na esteira de temas controversos, será analisado, dentre outros, ponto que trata da reprodução assistida *post mortem* e suas complicações, como necessidade de autorização escrita ou não do *de cujus* para que seja permitida a utilização dos gametas criopreservados. Outro ponto a ser tratado será o caso do primeiro bebê nascido através de sêmen de pai morto no Brasil, o caso Kátia Adriana Lenerneier x Androlab Clínica e Laboratório de Reprodução Humana e Andrologia, assim como suas consequências jurídicas.

Ao final do estudo será posto em discussão tema referente ao ativismo judicial no âmbito da oferta de reprodução assistida pelo Sistema Único de Saúde, para tanto, o cerne da análise será acerca da (in)capacidade estatal de promover o acesso às técnicas de reprodução assistida sob o prisma da Teoria da Reserva do Possível e do Mínimo Existencial.

2. A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

Historicamente, a infertilidade é considerada um grande obstáculo àqueles que desejam constituir família, devastando seus sonhos e acarretando grande e inquietante frustração, causando não raras vezes diversos problemas psicológicos decorrentes desta impossibilidade de reproduzir. Neste tocante, de acordo com Eduardo de Oliveira Leite¹, a esterilidade atinge significativamente o casal, haja vista afetar a organização psíquica tanto do homem quanto da mulher, desta por sentir-se privada do sonho de ser mãe e daquele por não conseguir proporcionar à sua mulher o sonho da gravidez, bem como sentir-se frustrado em relação a sua virilidade.

Faz-se mister não olvidar que, além do abalo psíquico, grandes também são as consequências sociais para o casal, uma vez que, muito geralmente associava-se a esterilidade

¹ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito**. São Paulo: Revista dos tribunais, 1995, p. 17-18.

a um mal que suscitava grande desonra, causando comumente a desarmonia e desestruturação no seio familiar, como bem pondera Silvia da Cunha Fernandes²:

[...] a fecundidade confere ao homem a capacidade de se multiplicar, de se imortalizar através dos filhos, **a ausência destes, como decorrência da infertilidade, pode desestruturar o casamento, rompendo com a cadeia familiar, não permitindo a perpetuação da vida**, pois durante toda a existência, o homem espera continuar vivendo através dos filhos. (Grifou-se)

Percebe-se, analisando o pensamento da autora, que a infertilidade pode tornar-se uma grande ferida, capaz de causar males incomensuráveis tanto no aspecto psicoemocional, quanto no aspecto social daqueles que desejam ter filho e estabelecer uma família.

Felizmente, para estes afetados pela chaga da infertilidade, existem as técnicas de reprodução humana assistida, que são aquelas técnicas que compreendem a manipulação das células germinais, dos gametas, dos zigotos e também dos embriões, que visam obter como corolário a gravidez através de meios não naturais, ou, como bem define Martha Ramírez-Gálvez³:

A Reprodução Assistida (RA), termo sob o qual se designam uma série de métodos médico-tecnológicos que possibilitam a realização de gestações que não aconteceriam espontaneamente, isto é, que colocam a intervenção médico-tecnológica como condição para sua ocorrência, está configurando-se como uma alternativa cada vez mais frequente para resolver a ausência involuntária de filhos.

Convém pôr em relevo a importância que a autora, acertadamente, atribui às técnicas de reprodução assistida, uma vez que estas são capazes de possibilitar o que, num passado pouco distante, era praticamente impossível, a gestação para pais e mães que sofrem de infertilidade.

Nos próximos itens deste estudo, entender-se-á melhor como funcionam as técnicas de reprodução assistida e suas especificidades.

2.1 EXPLICANDO A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E SUAS FORMAS

Atualmente, diversas são as técnicas utilizadas a fim de obter a gestação, tais técnicas, chamadas de modo geral de técnicas de reprodução assistida (TRA), são utilizadas conforme a situação específica de infertilidade de cada paciente e devem ser empregadas com base no aconselhamento genético⁴, que são o conjunto de atos médicos pelo qual se tem a possibilidade de diagnosticar deficiências ou doenças genéticas que podem dificultar a

² FERNANDES, Silvia da Cunha. **As técnicas de reprodução humana assistida e a necessidade de sua regulamentação jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 25.

³ RAMÍREZ-GÁLVEZ, Martha. **Reprodução assistida, consumo de tecnologia, deslocamentos e exclusões**. *Cienc. Cult.*, São Paulo, v. 60, n. 1, 2008, p. 39-41. ISSN 2317-6660. Disponível em: <http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0009-67252008000100016>. Acesso em: 31 ago. 2022.

⁴ SOUZA, Iara Antunes de. **Aconselhamento genético e responsabilidade civil médica: Aplicabilidade das wrongful actions no Brasil**. São Paulo, 05 set. 2022. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-direito-medico-e-ioetica/372841/acoeselhamen-to-genetico-e-responsabilidade-civil-medica>. Acesso em: 10 set. 2022.

gestação, tendo como anseio minorar as probabilidades de insucesso no processo da reprodução assistida. Dentre as técnicas de reprodução assistida podemos destacar:

A Inseminação Artificial ou Intrauterina. Na inseminação artificial, apenas o gameta masculino é manipulado, isso a torna uma técnica de complexidade baixa, onde os espermatozoides são coletados e devidamente capacitados, a fim de separar os mais ativos e conseqüentemente aptos a fecundar o óvulo. Nesta técnica o sêmen é introduzido nos órgãos genitais da mulher, visando promover de forma facilitada o encontro dos gametas feminino e masculino, processo determinante para a fecundação, como bem ensina Ana Paula Guimarães⁵.

Na técnica de Inseminação artificial deve ocorrer a estimulação ovariana, através de hormônios específicos, com o intuito de desenvolver os folículos, os quais contém um óvulo cada em seu interior. Atingindo o tamanho ideal, outro hormônio é utilizado para liberar o óvulo, processo chamado de ovulação.

A Fertilização *In Vitro* (FIV). A técnica de fertilização *in vitro*, é uma metodologia que pode ser aplicada para tratar a infertilidade independentemente da causa, geralmente utilizada após o insucesso da inseminação artificial, através desta técnica, são recolhidos os óvulos e os espermatozoides, sendo realizada a fecundação em ambiente externo ao corpo humano, mídia de cultivo, por isso é considerada uma técnica extracorpórea, sendo a posteriori o óvulo fecundado inserido ao útero materno para continuar seu desenvolvimento conforme ensina Marise Cunha de Souza⁶.

Ainda, conforme leciona referida autora, a fertilização *in vitro* é uma técnica revolucionária, haja vista [...] permitir a fecundação fora do corpo da mulher, bem como a implantação do embrião no útero de outra mulher que não aquela que forneceu o óvulo [...], o que possibilita uma maior probabilidade de sucesso na gestação.

A Injeção Intracitoplasmática de Espermatozoides (ICSI). A injeção intracitoplasmática é uma técnica de reprodução assistida que se assemelha a Fertilização *in vitro*, diferenciando desta apenas na etapa final, onde o gameta masculino é inserido no interior do óvulo diretamente através nano manipuladores. Esta técnica é bastante utilizada quando há disfunções masculinas graves e tem como objetivo impulsionar o espermatozoide que carece força de locomoção.

A Doação de Óvulos. A Doação consiste na utilização de óvulos de outra mulher, seja devido à falta de óvulos ou a baixa quantidade destes, aliado a sua má qualidade. Ocorre por diversos fatores, sejam a menopausa precoce, idade avançada ou dificuldade na produção de óvulos saudáveis.

⁵ GUIMARÃES, Ana Paula. **Alguns problemas Jurídico-Criminais da Procriação Medicamente Assistida**. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 23.

⁶ SOUZA, Marise Cunha de. **As Técnicas de Reprodução Assistida. A Barriga de Aluguel. A Definição da Maternidade e da Paternidade. Bioética**. Revista da EMERJ, v.13, nº 50, 2010, pág. 351. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista50/Revista50_348.pdf. Acesso em 01/09/2022.

Mais oportunamente, e a fim de evitar tautologia, este tema será melhor desenvolvido neste estudo⁷.

Como se pode verificar, a tecnologia tornou-se aliada importante, graças às técnicas de reprodução assistida, àqueles que têm dificuldade de gestar naturalmente, possibilitando um meio bastante eficaz e seguro para a realização do sonho da gravidez e da constituição da família.

Ainda, por ser um advento bastante contemporâneo e com utilização de recursos altamente tecnológicos, diversos são os desafios que pairam sobre sua utilização, um desses grandes desafios é a normatização, assunto que será tratado no item a seguir.

2.2 A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E SUA NORMATIVA

Oportuno, antes de qualquer coisa, destacar que a Carta Magna de 1988 nada dispõe acerca do tema da reprodução humana assistida, tratando tão somente dos direitos reprodutivos, mais precisamente no que diz respeito ao planejamento familiar em seu artigo 226, § 7º nos seguintes termos:

[...] 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. (Grifou-se).

Tem-se, pois, devido à falta de dispositivo constitucional, que o Código Civil de 2002 deveria ser o diploma regulador das TRAs; todavia, timidamente este adota o tema no seu artigo 1.597 com a seguinte redação:

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

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.

Percebe-se que o citado artigo se preocupa, primordialmente, com a presunção da filiação quando da utilização de algumas técnicas de reprodução assistida, especificamente no que diz respeito à paternidade, deixando completamente de lado a regulação destas técnicas, criando uma lacuna importante num essencial campo do direito brasileiro.

No que tange à legislação em vigência, há apenas a Lei 11.105/2005⁸, Lei de Biossegurança, que estabelece em seu artigo 5º a permissão de utilização de células-tronco embrionárias para fins de pesquisa e terapia, desde que extraídas de embriões inviáveis ou que estejam armazenados em criopreservação há três anos ou mais, conforme redação a seguir:

⁷ Oportunamente a Doação de óvulos será tratada de forma mais abrangente no ponto 3.4 deste estudo.

⁸ BRASIL. **Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005**. Regulamenta os incisos II, IV e V do parágrafo 1º do art. 225 da Constituição Federal e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 28 mar. 2005. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm. Acesso em: 10 set. 2022.

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.

Cabe ressaltar, entretanto, que na redação do artigo da referida lei não há qualquer regulamentação quanto à utilização das técnicas de reprodução assistida, tal dispositivo tão somente dispõe sobre o uso dos embriões excedentes.

No âmbito de Projetos de Lei existem diversos dispositivos que poderiam tornar-se diplomas reguladores das técnicas de reprodução humana assistida, a saber,⁹ PL 5624/2005; PL 7701/2010; PL 3977/2012; PL 4892/2012; PL 115/2015; PL 2855/1997; PL 4665/2001; PL 4664/2001; PL 6296/2002; PL 1135/2003 e 120/2003. Todos estes; entretanto, foram apensados ao PL 1184/2003 que fora desengavetado em agosto do ano de 2021, e encontra-se em tramitação na Câmara dos Deputados, visando instituir normas para os processos de inseminação artificial e fertilização *in vitro*.

Não havendo, então, legislação específica relativa às técnicas de reprodução humana assistida no Brasil, a regulamentação destas se dá principalmente por resoluções do Conselho Federal de Medicina, mais precisamente a Resolução nº 2.320/22¹⁰ que edita as normas éticas e estabelece os princípios gerais para a utilização das técnicas de reprodução assistida (TRAs).

Imperioso destacar; entretanto, que as regulamentações do Conselho Federal de Medicina não são revestidas de poder legiferante, tão somente têm poder normativo para estabelecer regras nos seus respectivos setores de atuação, bem como fiscalizar as práticas médicas. Tão logo, pode-se inferir que se demonstra clara a necessidade de uma legislação infraconstitucional que estabeleça os critérios para utilização das TRA's no Brasil.

A seguir, o presente estudo irá tratar acerca da reprodução assistida como direito fundamental, se há oportunidade de tratá-lo como tal e como dá seu embasamento, haja vista inexistência de regramento legal, como já esclarecido.

2.3 DO DIREITO FUNDAMENTAL À REPRODUÇÃO ASSISTIDA

Conforme demonstrado no item anterior há carência de legislação específica em relação à regulamentação das técnicas de reprodução assistida no Brasil, algo que viceja

⁹ ALVARENGA, Raquel de Lima Leite Soares.; ZUCULO, Jaqueline Verceze Bortolheiro.; GUIMARÃES, Fernando Marques. **Doação de óvulos no Brasil: regulamentações e legislações**. Percurso Acadêmico, Belo Horizonte, v.8, nº.18, jan./jun.2018, p. 8.

¹⁰ BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução CFM nº 2.320**, de 1º de setembro de 2022. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida. Diário Oficial da República Federativa do Brasil/D.O.U., Ed. 179, Seção 1, pág. 107. Brasília, 20 set. 2022. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-cfm-n-2.320-de-1-de-setembro-de-2022-430447118>. Acesso em 21 set. 2022.

grande discussão. Contudo, no que diz respeito ao direito fundamental à utilização destas técnicas, podemos observar através de uma interpretação sistemática¹¹ de princípios constitucionais que a Carta Magna fornece respaldo a este direito, ainda que não o expresse diretamente.

Tal interpretação deve se pautar na redação do artigo 5º da CF que estabelece o direito à vida, à saúde e ao direito fundamental de constituir família, através do planejamento familiar disposto no artigo 226, §7º da CF combinado com o artigo 2º da Lei 9.263/96¹², todos estes amparados pelo princípio-fundamento da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana¹³. Corroborando este entendimento, Cristiano Chaves e Nelson Rosendal afirmam¹⁴:

A Carta Magna estabelece em seu preâmbulo que, instituído o Estado Democrático de Direito, este se destina a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, o bem-estar, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. **Fica claro, portanto, que a interpretação de todo texto constitucional deve ser fundada nos princípios da liberdade e igualdade e, despida de qualquer preconceito, porque tem como pano de fundo o macroprincípio da dignidade da pessoa humana, assegurado logo pelo art. 1º, III, com o princípio fundamental da República.** (Grifou-se).

Com muita propriedade, os autores demonstram que a interpretação sistemática, baseada nos princípios constitucionais, primordialmente o princípio da dignidade da pessoa humana, devem ser balizadores da leitura da Carta Magna e, qualquer exegese que desconsidere tais princípios é evitada de preconceitos, fere os direitos fundamentais da pessoa e os valores de uma sociedade justa e igualitária. Nesta sistemática de interpretação é onde justamente que se insere o direito fundamental à utilização das técnicas de reprodução assistida, obtendo como corolário a maior possibilidade de gerar filhos e constituir família.

¹¹ Nas palavras de Juarez Freitas, “a interpretação sistemática deve ser definida como uma operação que consiste em pretender atribuir a melhor significação, dentre várias possíveis, aos princípios, às normas e aos valores jurídicos, hierarquizando-os num todo aberto, fixando-lhes o alcance e superando antinomias, a partir da adequação teleológica, tendo em vista solucionar os casos concretos”. FREITAS, Juarez. **Interpretação Sistemática do Direito em Face das Antinomias Normativas, Axiológicas e Principiológicas**. Orientador: Prof. Dr. Leonel Severo Rocha. 1994. 234 f. Tese (Doutorado) - Curso de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. 10 mar. 1994, p. 53. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/106382/94485.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em: 22/09/2022.

¹² Art. 2º Para fins desta Lei, entende-se planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal. BRASIL. **Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996**.

¹³ De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet, a dignidade da pessoa humana pode ser definida como “a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida. SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9ª. ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 28.

¹⁴ CHAVES, Cristiano; Rosendal, Nelson. **Direito das famílias**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p.34.

Fazendo coro a este entendimento cabe ressaltar posicionamento do conspícuo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios¹⁵:

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. DIREITO À SAÚDE. PACIENTE. TRATAMENTO. REPRODUÇÃO ASSISTIDA. FERTILIZAÇÃO IN VITRO. NECESSIDADE. REALIZAÇÃO EM UNIDADE HOSPITALAR DA REDE PÚBLICA. REGULAÇÃO NORMATIVA PRÓPRIA. OBSERVÂNCIA. CRITÉRIOS E REQUISITOS. NÃO ATENDIMENTO. LISTA DE ESPERA. PRETERIÇÃO AOS DEMAIS INSCRITOS. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. VIOLAÇÃO. OBRIGAÇÃO COMINATÓRIA. IMPROCEDÊNCIA. LEGITIMIDADE. AGRAVO RETIDO. MATÉRIA DE FATO CONTROVERTIDA. ESCLARECIMENTO. PROVA ORAL. INADEQUAÇÃO E INOCUIDADE. JULGAMENTO ANTECIPADO. NECESSIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. SENTENÇA MANTIDA. [...] 2. A transcendência do direito à saúde, como expressão mais eloquente da evolução dos direitos básicos inerentes à pessoa humana e das liberdades e garantias individuais, impõe ao estado a implementação de ações positivas destinadas à materialização do almejado pelo constituinte, revestindo de eficácia plena a norma programática que está inserta no artigo 196 da Constituição Federal, que prescreve que o direito à saúde é direito de todos e dever do estado. 3. À paciente que, necessitando de fertilização *in vitro* como integrante do tratamento de reprodução assistida indispensável à consumação do desejo de ser mãe, não usufrui de recursos suficientes para custeá-lo, assiste o direito de, no exercício subjetivo público à saúde que lhe é resguardado, ser contemplada com o tratamento na rede hospitalar pública ou, subsidiariamente, na rede hospitalar privada a expensas do poder público, consoante, inclusive, apregoa o artigo 207, inciso XXVI, da Lei Orgânica do Distrito Federal, observados os parâmetros estabelecidos para o atendimento especializado que encerra [...]. (Grifou-se).

Para além da interpretação sistemática das leis e dos dispositivos constitucionais, o entendimento acerca da característica incontestada de direito fundamental às técnicas de reprodução assistida também deve basear-se numa análise mais ampla, que considere as demais realidades e fatores sociais. Sobre este entendimento mais dilatado que o Direito deve abraçar, feliz é a interpretação de Caroline Vaz¹⁶:

O Direito Civil (e o Direito, como um todo) não pode ser objeto de análise ‘estritamente jurídica’, alheio aos movimentos sociais, políticos, econômicos, culturais, sendo imprescindível sua atualidade de acordo com as novas realidades e clamores de determinado momento histórico, sob pena de se tornar ineficaz.

Com base no ensinamento da autora, impende afirmar-se que o desejo de constituir família, com o devido planejamento familiar, levando em consideração o contexto social e as necessidades do casal é fato justificável ao pretenso direito fundamental à utilização das

¹⁵ Agravo Retido e Apelação Cível Nº 20110112102917, 1ª turma, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Relator: Teófilo Caetano, Julgado em 28/05/2015.

¹⁶ VAZ, Caroline. **Revisitando a Responsabilidade Civil: aspectos relevantes da antiguidade à contemporaneidade pandêmica**. Revista do Ministério Público do RS. Porto Alegre, n. 87, jan. 2020 – jun. 2020. p. 130. Disponível em: <https://www.revistadomprs.org.br/index.php/amprs/article/view/190/80>. Acesso em: 17/09/2022.

técnicas de reprodução assistida, alicerçado na esteira dos direitos constitucionais e, não deve desta feita, o Estado ser ente complicador deste direito¹⁷.

Sendo compreendido que o Estado não deve apresentar resistência ao direito fundamental à utilização das técnicas de reprodução assistida temos, pois, que estes são direitos de primeira dimensão, ou seja, aqueles que requerem uma abstenção da ação do Estado, ou como bem alude Daniela Courtes Lutzky¹⁸:

Os direitos fundamentais de primeira dimensão dirigem-se a uma abstenção do Estado, ou seja, eles têm um aspecto negativo no sentido de resistência, de oposição perante o Estado. Cabe a este último, portanto, abster-se, não interferir, e isso ganha contornos no que se refere ao direito à vida, à propriedade, à liberdade, à igualdade perante a lei.

Cabe ressaltar a assertiva do entendimento da autora em relação a prevalecerem os direitos fundamentais sob qualquer tipo de coação ou intervenção estatal sob pena de ferir os princípios mais inerentes do indivíduo.

No que diz respeito a tratados internacionais acerca do planejamento familiar como direito fundamental, temos a Conferência Internacional de Direitos Humanos das Nações Unidas, ocorrida em abril e maio de 1968, em Teerã¹⁹ estabelecendo em seu item 16 que “[...] Os pais têm o direito humano fundamental de determinar livremente o número de filhos e seus intervalos de nascimento”. Tão logo, restou consagrado nesta conferência o reconhecimento internacional do planejamento familiar como um direito fundamental e, sendo o Brasil, signatário do tratado de Direitos Humanos das Nações Unidas, instituindo-o como norma suprallegal, clara demonstra-se a natureza fundamental do direito comentado.

Apoiada neste entendimento, Miriam Ventura, conceitua os direitos reprodutivos como sendo direitos subjetivos, nos quais à pessoa deve decidir livremente sobre quantos filhos deseja ter, os intervalos entre estes, bem como ter acesso a quaisquer meios necessários para o exercício de sua autodeterminação reprodutiva, livre de coerção, discriminação, violência ou restrição de qualquer natureza. Sendo estes constituídos pelos princípios e normas de direitos humanos fundamentais que garantem o exercício individual e soberano da sexualidade e reprodução humana²⁰.

Alinhados os entendimentos acerca dos itens tratados neste ponto, quais sejam: a reprodução assistida; suas normativas e o direito fundamental às técnicas de reprodução assistida. No próximo título, o presente estudo irá analisar sobre as limitações e possibilidades inerentes à utilização destas.

¹⁷ KRELL, Olga Jubert. **Reprodução humana assistida e filiação civil. Princípios éticos e jurídicos**. Curitiba: Juruá, 2007, p. 109.

¹⁸ LUTZKY, Daniela Courtes. **A reparação de danos imateriais como direito fundamental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 56.

¹⁹ Conferência Internacional de Direitos Humanos das Nações Unidas, 1968, Proclamação de Teerã, Teerã, 22 Abr – 13 Mai 1968.

²⁰ VENTURA, Miriam. **Direitos reprodutivos no Brasil**. 3. ed. Brasília: Edição do Autor, 2009, p. 19.

3. DOS LIMITES E POSSIBILIDADES

A contemporaneidade do tema em questão por si só traz óbices, sejam científicos, tecnológicos e também fisiológicos, isto devido ao enfrentamento da infertilidade ser algo que se busca após anos de tentativas frustradas ou por cada vez mais existir, por parte dos indivíduos que queiram ter filhos, uma protelação temporal, deixando este desejo para mais adiante, após já terem uma vida mais financeiramente estável ou uma relação mais consolidada. Entretanto, essa mesma contemporaneidade que detém óbices, pode ser grande aliada, haja vista os métodos científicos e tecnológicos apresentarem crescimento ímpar nos últimos anos, com metodologia cada vez mais segura e com chances maiores de sucesso na gestação para casos de infertilidade clínica ou temporal.

Em lógica decorrência dos fatos narrados, imperioso é tratar acerca dos limites e possibilidades que englobam tema tão fascinante. E, é justamente sob estes aspectos, que este estudo se debruçará doravante.

3.1 DA LIMITAÇÃO DA IDADE DA GESTANTE

De acordo com a Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.320/2022, tópico I, item 3.1 do anexo, um dos óbices à reprodução humana assistida é a idade máxima para as candidatas que é de 50 (cinquenta) anos de idade.

Este limite etário para uma candidata engravidar por técnicas de reprodução assistida fora estabelecido pelo Conselho Federal de Medicina devido aos riscos obstétricos que podem surgir, haja vista nesta faixa etária as chances da gestante contrair complicações como hipertensão arterial, diabetes e partos prematuros são muito maiores. Por isso, a limitação.

De outra banda, de acordo com item I, 3.2 do mesmo anexo, são permitidas algumas exceções fundadas em critérios técnicos e científicos, desde que o médico que fará o procedimento se responsabilize e que a paciente esteja em condições de saúde para uma gravidez saudável. Obviamente, que a peculiaridade do caso, portanto, restará analisada detidamente.

Contrariando o entendimento do CFM quanto a esta limitação, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) emitiu em 2013, um pacote com orientações para auxiliar o julgamento de ações sobre o tema²¹. Nestas orientações o CNJ diz que limitar a idade da mulher afronta o direito à liberdade fundamental de planejamento familiar, tornando-se assim inconstitucional tal limitação.

Em contrapartida, o CFM alegou que a idade limite leva em consideração levantamentos científicos internacionais que relatam grandes riscos para gestações tardias,

²¹ CRM/PR. **Para juízes, limite de idade para fertilização é inconstitucional**. Curitiba, 04 ago. 2014. Disponível em: <https://www.crmpr.org.br/Para-juizes-limite-de-idade-para-fertilizacao-e-inconstitucional-11-26129.shtml>. Acesso em: 17 set. 2022.

tanto para o desenvolvimento do feto quanto para a saúde da gestante. Esta é, pois, uma limitação temporal que, como já mencionado, pode ser relativizada.

A seguir será tratada outra limitação importante, que se refere ao sigilo do doador e suas nuances legais.

3.2 DO SIGILO DO DOADOR: CONFLITO ENTRE DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA X DIREITO AO SIGILO DO DOADOR DE GAMETAS

Uma das técnicas mais contemporâneas de reprodução humana assistida é a fertilização *in vitro* com a utilização de gametas doados, isto é, o embrião é formado com óvulo ou espermatozoide, ou até mesmo com ambos, advindos de um terceiro, técnica chamada de reprodução assistida heteróloga.

No Brasil a doação de gametas possui normativa criteriosa, determinando que a identidade dos doadores de gametas seja absolutamente anônima, conforme Item 2, tópico IV do anexo da Resolução nº 2.320/2022 do CFM²², sendo ressalvada nas hipóteses de doação de gametas para parentesco de até 4º grau.

Neste diapasão, surge uma enorme preocupação no âmbito jurídico sobre qual direito deverá prevalecer: o direito à identidade genética em contraposição ao direito do sigilo da identidade do doador.

Imperioso aqui destacar quais os princípios e direitos que envolvem o conflito relacionado, de um lado o princípio da personalidade, no que tange ao direito de conhecer sua origem genética e de outro lado o direito ao anonimato do doador, baseado na autonomia da vontade e sigilo quanto à intimidade, ambos com esteio no princípio da dignidade da pessoa humana. Percebe-se desta feita, a complexidade desta discussão por contrapor direitos ditos fundamentais.

Os argumentos desfavoráveis ao sigilo do doador são de cunho constitucional, apoiados no entendimento de que essa discricionariedade atenta contra a Lei fundamental, pois a obrigatoriedade do anonimato do doador de gametas afetará principalmente a criança que nascerá com a utilização do material recebido, contrariando o princípio-fundamento da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, oportuna é a transcrição de Leila Donizetti²³:

A dignidade da criança é lesionada quando é retirado o direito de ter acesso as suas origens, uma vez que ao privá-la desse conhecimento ela é quase que transportá-la para o mundo animal. Afinal, o que diferencia a reprodução dos seres humanos e dos animais é o conhecimento das origens e a vinculação que se estabelece com quem lhe concedeu.

²² O item 2 do tópico IV do anexo da Resolução CFM nº 2.320/2022 estabelece que: “Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa, exceto na doação de gametas para parentesco de até 4º (quarto) grau, de um dos receptores”. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-cfm-n-2.320-de-1-de-setembro-de-2022-430447118>. Acesso em 21 set. 2022.

²³ DONIZETTI, Leila. **Filiação socioafetiva e direito a identidade genética**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 120.

Verifica-se no pensamento da autora, severa diatribe em relação à obrigatoriedade do anonimato do doador por acreditar que tal impeditivo trará danos significativos aos mais preciosos e inerentes direitos da criança gerada com material do doador.

Ainda na esteira dos dispositivos legais, no ano de 1990 foi promulgada a Lei Federal nº 8.069, mais conhecido Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) que apresenta subsídios para compreensão e devida consideração do melhor interesse da criança, definindo especialmente em seus artigos 3º e 4º²⁴ que as crianças e adolescentes possuem condição especial e devem ter direitos individuais e coletivos garantidos que possam lhes permitir um melhor desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social adequados, tudo isso dentro de um ambiente de liberdade e dignidade, sendo dever de todos os entes políticos e sociais assegurar com absoluta prioridade a garantia destes direitos.

Destarte, a análise desse dispositivo pode servir como base normativa para garantir o acesso das crianças à sua origem genética e, para aqueles que defendem tal acesso, não deve o Estado impedir tal direito, uma vez que as normativas do CFM não podem ter prevalência sob a lei, por não legislarem e tão somente regulamentarem o tema.

Importante também destacar, que conhecer a origem genética não se confunde com a filiação, haja vista aquela ser um fato biológico, comprovado através de exame laboratorial, para confirmar um liame biológico entre duas pessoas, enquanto esta decorre muito mais do estabelecimento de laços construídos com o convívio diário e demonstrações de sentimentos que geram o fundamento essencial para atribuição de maternidade ou paternidade ou, como bem demonstra Maria Berenice Dias²⁵:

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. Seu exercício não significa inserção em relação de família. Uma coisa é vindicar a origem genética, outra a investigação de paternidade. A paternidade deriva do estado de filiação, independente da origem biológica. (Grifou-se).

Percebe-se claro o posicionamento da autora no que tange ao direito de conhecer a origem genética, ao mesmo ponto que segrega qualquer tipo de vínculo entre ter conhecimento de tal origem e o reconhecimento de filiação, tratando, pois, aquele direito como fundamental e inalienável.

²⁴ Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em 18 Set. 2022.

²⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5ª edição, revistas, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 330.

De outra banda há aqueles, como Maria Cláudia Crespo Brauner²⁶ que defendem o direito à intimidade e à privacidade do doador de material genético, balizados na autonomia da vontade e direito de autodeterminação. Para esta corrente, o anonimato se faz necessário a fim de evitar possíveis postulações de cunho patrimonial, parental ou ainda possíveis interferências na vida do doador de material genético²⁷.

Além disso, justifica-se o sigilo em razão do doador não querer compartilhar um projeto parental, mas tão somente fornecer condições para que outros possam efetivar tais projetos²⁸. Na mesma linha de pensamento, Antônio Chaves é contra a identificação do doador e aduz que os bancos de sêmen tem o dever de ocultar a identidade do doador a fim de que não ocorra a reivindicação de alimentos, paternidade e mesmo a herança²⁹.

Forçoso é ressaltar; entretanto, que o doador de material genético não assume o risco de ser pai ou mãe, pois na reprodução assistida heteróloga, o risco de parentalidade é daquele que, por meio do material do doador, realizou seu projeto parental. Tão logo, todos esses pontos devem ser levados em consideração numa eventual quebra de sigilo, para fins de conhecimento de ascendência biológica, visando ponderar os direitos fundamentais do doador e, principalmente, da criança, bem como as consequências de que tal ato trará como resultado.

Em que pese a dificuldade de encontrar decisões dos tribunais acerca do tema e, com intuito de permear os pontos conflitantes deste tópico, interessante trazer à baila julgado do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, no qual a discussão orbita em torno do registro de criança concebida por técnica de reprodução assistida de modalidade heteróloga. Coube aos Desembargadores na sua fundamentação tratar de pontos essenciais que estão sendo abordados nesse estudo, decidindo da seguinte forma³⁰:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PEDIDO DE REGISTRO DE NASCIMENTO DEDUZIDO POR CASAL HOMOAFETIVO, QUE CONCEBEU O BEBÊ POR MÉTODO DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA HETERÓLOGA, COM UTILIZAÇÃO DE GAMETA DE DOADOR ANÔNIMO. DECISÃO QUE ORDENOU A CITAÇÃO DO LABORATÓRIO RESPONSÁVEL PELA INSEMINAÇÃO E DÔ DOADOR ANÔNIMO, BEM COMO NOMEOU CURADOR ESPECIAL À INFANTE. DESNECESSÁRIO TUMULTO PROCESSUAL. INEXISTÊNCIA DE LIDE OU PRETENSÃO RESISTIDA. SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA QUE IMPÕE O REGISTRO PARA CONFERIR-LHE O STATUS QUE JÁ DESFRUTA DE FILHA DO CASAL

²⁶ Referida autora defende que a identidade do autor só pode ser revelada quando houver motivos médicos emergenciais ou utilização de gametas com carga genética defeituosa e, que a alegação de que a criança tem direito de conhecer sua origem genética, serviria apenas para realçar o conceito de paternidade biológica, sendo este conceito ultrapassado, em razão da valorização da paternidade afetiva. BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. *Direito, sexualidade e reprodução humana: conquistas médicas e o debate bioético*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 88.

²⁷ CAHALI, Yussef Said; CAHALI, Francisco José (Orgs.). **Família e Sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. I, p. 1327.

²⁸ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **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. p. 884.

²⁹ CHAVES, Antônio. **Direito à Vida e ao Próprio Corpo**. 2. ed. São Pulo: RT, 1994. P. 27.

³⁰ Agravo de Instrumento Nº **70052132370**, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 04/04/2013. Acesso em: 04 out. 2022.

AGRAVANTE, PODENDO OSTENTAR O NOME DA FAMÍLIA QUE LHE CONCEBEU. 1. Por tratar-se de um procedimento de jurisdição voluntária, onde sequer há lide, promover a citação do laboratório e do doador anônimo de sêmen, bem como nomear curador especial à menor, significaria gerar um desnecessário tumulto processual, por estabelecer um contencioso inexistente e absolutamente desarrazoado. 2. Quebrar o anonimato sobre a pessoa do doador anônimo, ao fim e ao cabo, inviabilizaria a utilização da própria técnica de inseminação, pela falta de interessados. É corolário lógico da doação anônima o fato de que quem doa não deseja ser identificado e nem deseja ser responsabilizado pela concepção havida a partir de seu gameta e pela criança gerada. Por outro lado, certo é que o desejo do doador anônimo de não ser identificado se contrapõe ao direito indisponível e imprescritível de reconhecimento do estado de filiação, previsto no art. 22 do ECA. Todavia, trata-se de direito personalíssimo, que somente pode ser exercido por quem pretende investigar sua ancestralidade - e não por terceiros ou por atuação judicial de ofício. 3. Sendo oportunizado à menor o exercício do seu direito personalíssimo de conhecer sua ancestralidade biológica mediante a manutenção das informações do doador junto à clínica responsável pela geração, por exigência de normas do Conselho Federal de Medicina e da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, não há motivos para determinar a citação do laboratório e do doador anônimo para integrar o feito, tampouco para nomear curador especial à menina no momento, pois somente a ela cabe a decisão de investigar sua paternidade. 4. O elemento social e afetivo da parentalidade sobressai-se em casos como o dos autos, em que o nascimento da menor decorreu de um projeto parental amplo, que teve início com uma motivação emocional do casal postulante e foi concretizado por meio de técnicas de reprodução assistida heteróloga. Nesse contexto, à luz do interesse superior da menor, princípio consagrado no art. 100, inciso IV, do ECA, impõe-se o registro de nascimento para conferir-lhe o reconhecimento jurídico do status que já desfruta de filha do casal agravante, podendo ostentar o nome da família que a concebeu. DERAM PROVIMENTO. UNÂNIME.

Analisando o julgado observa-se a preocupação com três pontos essenciais, quais sejam: a preservação do anonimato do doador de material genético; o direito da criança de obter conhecimento da sua origem genética e, o vínculo de filiação.

Acerca da quebra da preservação do anonimato do doador a decisão aduz que no caso não se faz necessária e poderia causar danos severos como inviabilizar a técnica de inseminação no que tange a estimular a falta de interessados.

No que diz respeito ao direito da criança de conhecer sua origem genética, o julgado condicionou tal hipótese a um direito personalíssimo, de cunho íntimo que não deve ser pleiteado por terceiros, mas sim pelo detentor do direito de fato, podendo *a posteriori* exercer tal direito mediante análise dos dados do doador junto à clínica que realizou o procedimento.

Por fim, o julgado baseou-se no princípio da afetividade e no melhor interesse da criança a fim de conceder ao casal o direito de registro da criança concebida, mantendo desta forma a inviolabilidade do seu mais caro princípio, o da dignidade da pessoa.

Já com luzes acerca do tema proposto neste ponto, o próximo item deste estudo cuidará de analisar outro ponto deveras essencial e controverso para a matéria, qual seja: o descarte dos embriões.

3.3 DO DESCARTE DOS EMBRIÕES

O descarte dos embriões criopreservados³¹ excedentes é palco atualmente de diversas discussões jurídicas e doutrinárias, sendo que o cerne da questão gira em torno do reconhecimento da existência ou não dos direitos do embrião ainda não transferido no útero materno. Importante explicar a origem desta celeuma para atingirmos, então, a melhor solução para tal.

Com o intuito de maximizar as chances de sucesso da fertilização *in vitro* utiliza-se usualmente o maior número de embriões possíveis para serem fertilizados e, a partir de uma seleção embrionária transferir a quantidade permitida pelo CFM de acordo com a idade da paciente.

Na maioria das vezes, em virtude do grande número de embriões fertilizados e da possibilidade reduzida para transferência uterina, obtém-se uma quantidade de embriões fertilizados que permanecerão criopreservados. Estes embriões excedentes criopreservados serão utilizados, futuramente, ou em uma nova fertilização *in vitro*, em caso de insucesso da primeira tentativa realizada, ou até mesmo, para realizar uma nova gravidez. Terão como vantagem a desnecessidade de nova captação de óvulos e de esperma, reduzindo, assim, a realização do ciclo completo para a fertilização *in vitro*, sendo, então, menos oneroso, mais rápido e prático para o paciente.

Em suma, os embriões excedentes criopreservados permanecerão em laboratório, com sua manutenção custeada³² pelo paciente. Diante; portanto, da fertilização desenfreada de embriões pelas clínicas de fertilização, o CFM na resolução 2.294/2021³³, estampou expressamente sua preocupação sobre a destinação destes embriões para as hipóteses nas quais o paciente não deseja mais utilizá-los, seja por que o indivíduo não deseja mais ter filhos, ou até mesmo por que já alcançou a gestação.

Surgiram, a partir daí, discussões de viés legal acerca da natureza jurídica destes embriões, bem como sobre quais direitos estão envolvidos no que concerne a estes embriões criopreservados.

Cabe aqui, entretanto, ressaltar que a novíssima Resolução 2.320/2022 do Conselho Federal de Medicina alterou o texto da resolução anterior, Resolução 2.294/2021³⁴, que

³¹ De acordo com Élio Estannislau Gasda, “o termo criopreservar se refere ao uso da criobiologia, ciência que permite conservar material reprodutivo para utilização posterior”. GASDA, Élio Estannislau. **Criopreservação de embriões humanos no contexto da saúde sexual e reprodutiva**. Revista Pistis & Praxis: Teologia e Pastoral, [S.L.], v. 7, n.º. 3, 13 set. 2015. p. 640. Disponível em: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=449748257005>. Acesso em: 04 out. 2022.

³² Valores para congelamento de embriões: R\$ 900,00 até 02 embriões e R\$ 400,00 a cada embrião excedente. Valores para manutenção dos embriões criopreservados: R\$ 550,00 anual ou, R\$ 300,00 Semestral. De acordo com orçamento fornecido pelo Centro de Medicina Reprodutiva FERTILITAT de Porto Alegre.

³³ BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução CFM nº 2.294**, de 27 de maio de 2021. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida. Diário Oficial da República Federativa do Brasil/D.O.U., Ed. 110, Seção 1, pág. 60. Brasília, 15 jun. 2021.

³⁴ O item 2 do tópico V da resolução 2.294/2021 estabelecia que “O número total de embriões gerados em laboratório não poderá exceder a 8 (oito). Será comunicado aos pacientes para que decidam quantos embriões

limitava ao número de 08 os embriões gerados em laboratório, agora não há esse limite quantitativo, bem como retirou a necessidade de autorização judicial para o descarte dos mesmos após 03 anos de criopreservação.

Outra mudança foi acerca da necessidade dos pacientes terem de expressar sua vontade, por escrito, antes da geração, quanto à destinação dos embriões que serão criopreservados em caso de divórcio, doenças graves ou falecimento de um ou de ambos, ou até mesmo quando desejam doá-los. No texto anterior tal vontade deveria ser expressa no momento da criopreservação.

Claro está, portanto, que a normativa anteriormente vigente proporcionava uma proteção maior aos embriões criopreservados, principalmente no que tange ao seu descarte, algo que restou silente na resolução atual.

Deve-se; entretanto, destacar que embora a resolução em vigência tenha sido omissa acerca do tema, é fundamental observar que há direitos envolvidos quanto a estes embriões e que devem ser respeitados. Acerca destes direitos, assim pondera Luciana Tramontin Bonho³⁵:

Na análise dos embriões excedentes da fertilização *in vitro* surgem questionamentos quanto ao direito dos mesmos à vida. Quem defende que o embrião é vida humana desde a concepção, conseqüentemente, entende que ele possui o direito à vida. Referente aos embriões congelados há quem advoga que, em decorrência dos mesmos viverem somente graças à ciência, devam ter protegido seu direito à vida, não podendo permanecer congelados para sempre, nem destruídos. Porém, para os que defendem que ele não é vida humana plena, mas somente em potencial, surge a dúvida de se mesmo assim os embriões *in vitro* teriam direito à vida, ou seja, direito de serem implantados no útero, ou senão, qual o melhor destino a se dar a eles.

Analisando a tese da autora é fácil perceber todas as nuances problemáticas que envolvem a questão, precipuamente, concluindo que a origem da resolução deste tema gira em torno da definição de personalidade civil; ou seja, da definição de a partir de quando inicia a vida humana.

Segundo o artigo 2º do Código Civil, “a personalidade civil começa do nascimento com vida”. O nascituro, isto é, aquele que está se desenvolvendo no útero materno, possui resguardado os seus direitos, desde a sua concepção. Resta saber se o embrião fertilizado em laboratório pode ser caracterizado como nascituro antes de ser transferido ao útero materno.

Dentre as correntes doutrinárias distintas, duas se destacam. A primeira defende³⁶ que o embrião não deve ser tratado como uma coisa, pois, ele é fruto da junção de gametas

serão transferidos a fresco, conforme determina esta Resolução. Os excedentes viáveis serão criopreservados. Como não há previsão de embriões viáveis ou quanto a sua qualidade, a decisão deverá ser tomada posteriormente a essa etapa”. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-cfm-n-2.294-de-27-de-maio-de-2021-325671317>. Acesso em: 19-09-2022.

³⁵ BONHO, Luciana Tramontin. **Aspectos Jurídico-Penais da Produção, Comercialização e Destruição de Embriões Excedentes da Fertilização *In Vitro***. Orientador: Prof. Dr. Paulo Vinícius Sporleder de Souza. 2009. 182 f. Dissertação (Mestrado) – Pós Graduação em Ciências Criminais, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 18 mar. 2009, p. 42.

³⁶ Autores como Silmara Juny de Abreu Chinellato e Almeida, Rubens Limongi França, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona defendem os direitos desde a concepção, teoria concepcionista. Este ponto mostra-se claro ao analisar

advindos de seres humanos e, por isso, deve ser respeitado a partir da concepção, com base no princípio da dignidade humana. Já outra corrente, ao contrário, define nascituro como fruto da concepção de um óvulo fertilizado desenvolvendo-se dentro do útero materno, não sendo então detentor de direitos de personalidade, mas sim como potencial detentor de direitos, desta feita, o ordenamento jurídico preserva seus interesses futuros, utilizando-se de medidas para salvaguardar os direitos que em breve serão seus. Diversos são os autores que se filiam a este pensamento, como bem alude Flávio Tartuce³⁷:

Como adeptos dessa corrente, da doutrina tradicional, podem ser citados Sílvio Rodrigues, Caio Mário da Silva Pereira e San Tiago Dantas. Na doutrina contemporânea, filia-se a essa corrente Sílvio de Salvo Venosa. Partem esses autores de uma interpretação literal e simplificada da lei, que dispõe que a personalidade jurídica começa com o nascimento com vida, o que traz a conclusão de que o nascituro não é pessoa, e ponto final.

É oportuno consignar a perceptível divergência doutrinária, arraigada com a carência legislativa acerca do tema. Entretanto, assertivamente, já se antevê uma preocupação ética a fim de coibir que os embriões em desenvolvimento ou criopreservados, sejam tratados como meros ‘objetos’.

A seguir, este estudo trará a baila entendimento acerca da doação compartilhada de óvulos e uma limitação importante: a vedação à contraprestação pecuniária as doadoras de óvulos no Brasil.

3.4 DA DOAÇÃO COMPARTILHADA E A VEDAÇÃO À CONTRAPRESTAÇÃO PECUNIÁRIA ÀS DOADORAS DE ÓVULOS NO BRASIL

A doação de óvulos é uma técnica de reprodução assistida indicada para aquela mulher que possui baixa reserva ovariana, idade avançada, falência ovariana precoce, dentre outras condições que impedem a fertilização com os óvulos próprios. Neste caso, esta mulher, chamada de ovoreceptora, receberá os óvulos, de forma anônima, de uma terceira mulher, esta chamada de ovodoadora.

A ovodoadora somente se torna apta para doar seus oócitos após uma ampla análise médica geral, inclusive análise psicológica, além de suprir todos os requisitos exigidos pelo Conselho Federal de Medicina e possuir boa reserva ovariana.

Procedimento similar ocorre para os casos de fertilização in vitro com espermatozoides de terceiro. Todavia, bem mais complexo é o processo de coleta de óvulos

o pensamento de Silmara Juny de Abreu Chinellato e Almeida: “**De grande relevância os direitos da personalidade do nascituro, abarcados pela previsão não taxativa do art. 2º.** Entre esses, avulta o direito à vida, a integridade física, à honra, à imagem, desenvolvendo-se cada vez mais a indenização de danos pré-natais, entre nós com impulso maior depois dos estudos de bioética”. (Grifou-se). ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinellato e. **A pessoa natural na quarta era dos direitos: O nascituro e o embrião pré-implantatório.** Revista Brasileira de Direito comparado, Rio de Janeiro, v. 49, nº 32, 2007, p 104.

³⁷ TARTUCE, Flávio. **Lei de Introdução e Parte Geral.** 9. ed. São Paulo: Método, 2013. p. 117.

femininos o que dificulta muito a doação espontânea de óvulos. Acerca disso, bem ponderam Marianna Gazal Passos e Livia Haygert Pithan³⁸:

No caso dos óvulos femininos, o processo para retirada dos mesmos é muito mais complicado do que a obtenção de gametas masculinos, exigindo injeções de hormônio e medicamentos, além da necessidade de uma punção (procedimento cirúrgico) para retirada dos ovócitos Neste viés, torna-se muito mais difícil a doação espontânea dos óvulos, fazendo com que se tenha uma demanda muito baixa de gametas femininos no mercado. **(Grifou-se).**

Diante do obstáculo para obtenção espontânea de óvulos doados, o CFM regulamentou a chamada doação compartilhada de óvulos³⁹, onde uma mulher com dificuldades de gestar devido à falta, ou má qualidade dos óvulos, procura uma clínica de fertilidade, enquanto outra procura ajuda clínica por problema em engravidar não relacionado a óvulos; entretanto, esta última não possui condições de arcar com os valores do tratamento. Acontece neste caso um compartilhamento de óvulos entre elas, onde, em troca de alguns óvulos saudáveis, a mulher com melhor condição financeira paga em parte ou todo o tratamento de fertilidade daquela que se dispôs a compartilhar parte de seus gametas, como conceitua Mariana Vieira Cherro⁴⁰:

La donación mixta supone que una mujer en tratamiento de reproducción asistida, pero que produce óvulos de buena calidad, done parte de sus óvulos para otra mujer que necesita este gameto para realizar su tratamiento a cambio de que esta última le costee parte de su intervención.

Pode-se notar, na definição da autora, que há semelhança da utilização da técnica no Brasil e em países da América Latina, Uruguai, neste caso, mudando apenas o termo doação “compartilhada” para doação “mista”.

Em que pese essa técnica de compartilhamento de óvulos representar grande avanço tecnológico e um alento para aqueles tentam engravidar, alguns questionamentos jurídicos recaem sobre tal procedimento, dentre eles a dúvida se a ovodoação seria um contrato no direito brasileiro, mais precisamente um contrato de doação.

Precipuamente, cabe entender acerca das espécies de doação, onde se destacam: a pura e a onerosa, sendo que a primeira o doador não impõe nenhum tipo de obrigação ao beneficiário, bastando a liberalidade e a consensualidade entre doador e donatário. Já na

³⁸ PASSOS, Marianna Gazal; PITAHN, Livia Haygert. **A doação compartilhada de óvulos no Brasil sob enfoque do Direito e da Bioética.** Revista da AMRIGS, Porto Alegre, 59 (1): 55-59, jan.-mar. 2015. p. 55. Disponível em: https://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/13015/2/A_doacao_compartilhada_de_ovulos_no_Brasil_sob_enfoque_do_Direito_e_da_Bioetica.pdf. Acesso em 02 out. 2022.

³⁹ O item 8 do tópico IV do anexo da Resolução CFM nº 2.320/2022 estabelece que: “É permitida a doação voluntária de gametas, bem como a situação identificada como doação compartilhada de oócitos em reprodução assistida, em que doadora e receptora compartilham tanto do material biológico quanto dos custos financeiros que envolvem o procedimento”. Disponível em <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-cfm-n-2.320-de-1-de-setembro-de-2022-430447118>. Acesso em 02 out. 2022.

⁴⁰ “A doação mista pressupõe que uma mulher em tratamento para reprodução assistida, mas que produz óvulos de boa qualidade doa parte de seus óvulos com outra mulher que precisa desse gameta para seu tratamento, em troca desta última pagar parte da sua intervenção”. CHERRO, Mariana Vieira. **Moralidades y Reproducción Asistida En El Rio de la Plata.** In: STRAW, Cecilia (Org.) et al. Reprodução assistida e relações de gênero na América Latina. Curitiba: CRV, 2016. p. 241.

segunda, a doação onerosa, há algum encargo, seja moral ou econômico imposto ao donatário, todavia a liberalidade também se faz necessária neste tipo de doação. Desta feita, analisando a prática da doação compartilhada, percebe-se que não há liberalidade, haja vista haver como contraprestação pelos óvulos doados o pagamento do tratamento da doadora, tornando impossível enquadrar a doação compartilhada como um contrato de doação⁴¹.

Concluindo-se, então, que a prática de doação compartilhada não detém as características legais inerentes do instituto da doação⁴², qual a intenção do CFM em classificar a técnica com tal denominação? Parece clara e insofismável que a intenção do órgão regulador foi evitar o comércio de gametas⁴³, haja vista tal prática gerar alguns problemas graves, dentre eles a desvirtuação destes procedimentos para fins eugênicos⁴⁴ e/ou puramente comerciais.

Transparece cabível a preocupação do órgão regulador. Todavia, não se pode olvidar que tais problemas decorrem principalmente devido à inexistência de leis que normatizem o tema, pois se houvessem normas claras que não deixassem restar dúvidas sobre a utilização da técnica para obstar tão somente possíveis más formações ou síndromes, ao invés de determinar características, certamente a prestação pecuniária ao doador de gametas poderia ser largamente utilizada com fins de auxiliar no projeto familiar.

Diferentemente do Brasil, em outros países, como os Estados Unidos, o doador de gametas recebe incentivo pecuniário, através da venda para um banco de gametas, tornando-se assim mais atrativo para aquele que doa, todavia ainda mantém um forte foco na eugenia,

⁴¹ PASSOS, Marianna Gazal; PITAHN, Livia Haygert. **A doação compartilhada de óvulos no Brasil sob enfoque do Direito e da Bioética**. Revista da AMRIGS, Porto Alegre, 59 (1): 55-59, jan.-mar. 2015. p. 58. Disponível em: https://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/13015/2/A_doacao_compartilhada_de_ovulos_no_Brasil_sob_enfoque_do_Direito_e_da_Bioetica.pdf. Acesso em 02 out. 2022.

⁴² No entendimento de Vanessa Audrey Alves Cardoso Santos: “A princípio, a doutrina majoritária fala em contrato de doação. Todavia, não estamos diante de um verdadeiro contrato de doação, tal como é tradicionalmente conhecido. O que acontece é uma aplicação análoga do regime civil que disciplina o contrato de doação típico, uma vez que se reconhece algumas semelhanças entre esses tipos contratuais”. SANTOS, Vanessa Audrey Alves Cardoso Santos. **Contrato de doação de gametas: um estudo sobre suas nuances contratuais e suas implicações nas relações jurídico-familiares de filiação**. *Civilistica.com*, v. 10, n. 1, p. 1-32, 02 mai. 2021. p. 8. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/480>. Acesso em: 09/10/2022.

⁴³ “Os óvulos produzidos pela mulher podem ser caracterizados, pelo Direito brasileiro, como bens *extra commercium*, pois não pode haver a comercialização dos mesmos, uma vez que consistem em parte do corpo que integra a personalidade humana”. PASSOS, Marianna Gazal; PITAHN, Livia Haygert. **A doação compartilhada de óvulos no Brasil sob enfoque do Direito e da Bioética**. Revista da AMRIGS, Porto Alegre, 59 (1): 55-59, jan.-mar. 2015. p. 58. Disponível em: https://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/13015/2/A_doacao_compartilhada_de_ovulos_no_Brasil_sob_enfoque_do_Direito_e_da_Bioetica.pdf. Acesso em 09 out. 2022.

⁴⁴ Termo “eugenia” tem origem no pensamento de Francis Galton (1822-1911), tratando-a como a ciência que visa aprimorar a evolução de determinada raça, no que tange a aspectos físicos e não físicos. Tal inspiração adveio da obra “A origem das Espécies” de seu primo Charles Darwin, onde a preocupação de Galton era interromper a degeneração da espécie humana, utilizando os pressupostos da seleção natural, descrita por Darwin para a natureza, aos seres humanos. TEIXEIRA, Izabel Mello; SILVA, Edson Pereira. **História da Eugenia e Ensino de Genética**. Revista História da Ciência e Ensino, Rio de Janeiro, v. 15, 05 mai. 2017. p. 64. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/hcensino/article/view/28063/22596>. Acesso em: 08/10/2022.

com fins de obter um bebê com determinadas características, como assevera Rosana Machin⁴⁵:

O crescimento dessa indústria nos Estados Unidos nas últimas duas décadas revela o lugar atribuído ao desejo de obter material genético visando uma filiação com determinadas características e a prevalência de hierarquias sociais específicas [...] Os bancos de sêmen trabalham com a demanda do consumidor e valorizam seu ‘potencial’ para agregar valor ao material que comercializam, criando todo um imaginário que articula as possibilidades da ciência em selecionar os provedores mais adequados para proporcionar o “melhor bebê”.

Conforme ensinamento da autora nota-se que em outras nações o comércio de gametas vem crescendo largamente como prática de mercado, visando, muito além do desejo de apenas gestar e realizar o projeto familiar, um desejo de gestar filhos com características físicas e intelectuais pré-determinadas.

Por não haver no Brasil a possibilidade de adquirir gametas a não ser através da doação, processo esse que muitas vezes demora, por questões de (in)compatibilidade genética, cada vez mais cresce o procedimento da importação de óvulos e espermatozoides de bancos internacionais, locais onde a doação pode ser remunerada para as doadoras. Contudo, este processo de importação de gametas deve acontecer em conformidade com o disposto no capítulo XXIII, Seções I e IV da RDC/ Anvisa nº 81, datada de 05 de novembro de 2008⁴⁶.

Atualmente o país que mais importa óvulos para o Brasil é a Espanha, onde a prática de remunerar a doação é regulamentada⁴⁷. Ademais, é disponibilizado ao receptor o conhecimento da ficha cadastral completa da doadora, inclusive, com fotografias atuais da mesma, o que confere maior segurança ao momento da escolha ao importador, sob a justificativa deste poder gestar filho com características mais parecidas com as suas. Em contrapartida tal prática faz erigir questionamentos éticos mais uma vez relacionados à prática da eugenia, com fins de aprimoramento da espécie.

Importante aqui destacar o caráter contraditório da prática e suas normativas no Brasil, haja vista não poder haver contraprestação pecuniária ao doador de gametas, mesmo este (a) tendo que passar por inúmeros processos clínicos, no caso da doadora de óvulos, como por exemplo, estimulação ovariana, medicação hormonal e punções cirúrgicas, sob a égide da não disponibilidade de comercializar bens que fazem parte do corpo. Em contrapartida é permitido

⁴⁵ MACHIN, Rosana. **Tecnologias reprodutivas e material genético de terceiros: reflexões em torno de regulação, mercado e iniquidades**. In: STRAW, Cecilia (Org.) et al. Reprodução assistida e relações de gênero na América Latina. Curitiba: CRV, 2016. p. 38.

⁴⁶ A Resolução da Diretoria Colegiada – RDC nº 81 da ANVISA, versa sobre os diversos procedimentos necessários para a importação de gametas e tecidos germinativos. BRASIL. ANVISA. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. **Resolução RDC nº 81, de 5 de novembro de 2008**. Dispõe sobre o Regulamento Técnico de Bens e Produtos Importados para fins de Vigilância Sanitária. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 06 nov. 2008. Disponível em: http://antigo.anvisa.gov.br/documents/10181/2718376/RDC_81_2008_COMP_.pdf/d031f6d6-3664-4d66-ae0b-d1d0ad106178. Acesso em: 09/10/2022.

⁴⁷ ALVARENGA, Raquel de Lima Leite Soares.; ZUCULO, Jaqueline Verceze Bortolheiro.; GUIMARÃES, Fernando Marques. **Doação de óvulos no Brasil: regulamentações e legislações**. Percurso Acadêmico, Belo Horizonte, v.8, nº.18, jan./jun.2018, p. 17.

importar gametas de países onde a obtenção destes foi através de contraprestação pecuniária, não havendo maiores óbices ou questionamentos éticos por parte de nosso ordenamento, demonstrando, desta feita, clara lacuna e incongruência no Direito pátrio.

Outro ponto importante e bastante controverso em relação ao uso das TRAs será tratado no próximo item, qual seja: a reprodução assistida *post mortem*.

3.5 DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA *POST MORTEM*

Este estudo não poderia se furtar de trazer à discussão conflituoso tema acerca da reprodução assistida *post mortem*⁴⁸, ou seja, utilização de material genético após falecimento de um dos cônjuges. Cabe, primeiramente, destacar que o Código Civil pátrio admite a filiação póstuma em seu artigo 1.597, III, determinando que “Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido”. Todavia, como tudo que diz respeito à reprodução assistida no Brasil, a lei deixa a desejar, não determinando os pressupostos e condicionantes para tal disposição, deixando novamente a cargo do órgão regulador as normativas que devem nortear a utilização da técnica. Coube então ao CFM no tópico VII⁴⁹ da sua resolução 2.320/2022 determinar, ainda que muito timidamente, os critérios para que seja permitida a utilização dos gametas feminino e masculino ou ainda dos embriões criopreservados do *de cujus* através da reprodução assistida.

O tópico VII da citada resolução estabelece a necessidade de haver autorização específica para utilização do material biológico; entretanto, o artigo 1.597 do Código Civil em seu inciso III, nada determina a respeito de autorização prévia. Tendo em vista tal conflito fora publicado o Enunciado nº 106 da I jornada Direito Civil, a fim de orientador os julgadores, tornando mais pacífica essa questão. Tal enunciado tem a seguinte disposição⁵⁰:

Para que seja presumida a paternidade do marido falecido, será obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja na condição de viúva, sendo obrigatório, ainda, que haja autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte.

O Enunciado nº106 demonstra claramente a necessidade de autorização prévia por escrito do marido para fins de presunção de paternidade. Mesmo referindo-se tão somente ao

⁴⁸ De acordo com Eduardo Alonso Serrano, o termo *post mortem* refere-se “a inseminação de uma mulher viúva com o sêmen do marido falecido, ou implantação do embrião fecundado com o sêmen deste”. SERRANO, Eduardo Alonso. **El depósito de esperma o de embriones congelados y los problemas de la fecundación post mortem**. In: II Congreso Mundial Vasco, La filiación a finales des siglo XX, Madri, 1988, p. 377.

⁴⁹ O tópico VII da Resolução 2.320/2022 do CFM estabelece que: “É permitida a reprodução assistida *post mortem*, desde que haja autorização específica para o uso do material biológico criopreservado em vida, de acordo com a legislação vigente”. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-cfm-n-2.320-de-1-de-setembro-de-2022-430447118>. Acesso em 12 out. 2022.

⁵⁰ CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Enunciados de Direito Civil. Enunciado nº 106 - Art. 1.597, inc. III**. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/737>>. Acesso em: 12/10/2022.

marido, por analogia pode-se utilizar tranquilamente o mesmo enunciado para determinar a necessidade de autorização prévia da mulher para utilização de óvulos ou embriões.

Indo nesta esteira de pensamento, Silmara Juny Chinalato aduz que há necessidade de autorização expressa do *de cuius* para que seja utilizada a fertilização *post mortem*, haja vista envolver direitos de personalidade do doador e sem tal autorização prévia, não há como presumir seu desígnio pela paternidade póstuma⁵¹. De outra banda, Maria Berenice Dias tece críticas a este entendimento e oferece o seguinte posicionamento⁵²:

O uso das técnicas de reprodução assistida é um direito fundamental [...]. Impensável cercear esse direito pelo advento da morte de quem manifestou a vontade de ter filhos ao se submeter a técnicas de reprodução assistida [...] não se pode simplesmente reconhecer que a morte opere a revogação do consentimento e impõe a destruição do material genético que se encontra armazenado. O projeto parental iniciou-se durante a vida, o que legaliza e legitima a inseminação *post mortem*.

Para a autora, o desejo de estabelecer o projeto parental se deu no momento da coleta das gametas, sendo desnecessário o consentimento expresso, dando-se este de forma tácita.

Perceptível a divergência doutrinária, mais uma vez devido à carência legislativa específica, o que muitas vezes impõe ao judiciário demandas que ensejam discussões jurídicas complexas, como no caso do primeiro bebê gerado através de sêmen de pai morto no Brasil, o caso de Kátia Adriana Lernerneier x Androlab Clínica e Laboratório de Reprodução Humana e Andrologia⁵³.

No aludido caso, Kátia Adriana Lernerneier e seu esposo Roberto Jefferson Niels, casados há algum tempo, decidiram engravidar; todavia, em virtude de insucesso nas tentativas, procuraram a clínica Androlab para realizar a inseminação artificial. Acontece que Roberto foi acometido por um melanoma e, com riscos de esterilidade devido ao tratamento, optou por congelar o sêmen para uso posterior. Infelizmente, Roberto sucumbiu ao câncer antes da possibilidade de realizar a inseminação e sem deixar termo de consentimento para realização da reprodução *post mortem*.

Sua esposa Kátia decidiu dar continuidade ao tratamento; entretanto, nem a clínica e nem o CFM autorizaram o procedimento devido à falta de termo de consentimento. Irresignada, Kátia ajuizou ação de obrigação de fazer na 13ª Vara Cível de Curitiba, obtendo liminarmente autorização para utilização do sêmen congelado e a devida inseminação

⁵¹ CHINELATO, Silmara Juny. **Questões controvertidas no Novo Código Civil**. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. *Questões controvertidas: parte geral do Código Civil*. vol. 6. São Paulo: Método, 2007. p. 69.

⁵² DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 122.

⁵³ OBRIGACAO DE FAZER - 0027862-73.2010.8.16.0001 - KATIA ADRIANA LENERNEIER x ANDROLAB CLINICA E LABORATORIO DE REPRODUCAO HUMANA E ANDROLOGIA - "(...) Diante do exposto, julgo parcialmente procedente o pedido para, confirmando, em termos, a decisão antecipatória, autorizar a ré ANDROLAB - Clínica e Laboratório de Reprodução Humana e Andrologia a realizar o procedimento de inseminação artificial em Katia Adriana Lernerneier com o sêmen de seu falecido esposo Roberto Jefferson Niels. Custas pela autora Publique-se. Registre-se. Intimem-se." Advs. DAYANA SANDRI DALLABRIDA, ADRIANA SZMULIK e RODRIGO HAUSER CENTA. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/36480459/djpr-26-04-2012-pg-679>. Acesso em: 12/10/2022.

artificial. Em sede de contestação, após ter cumprido a liminar, a clínica afirmou não ter se recusado a realizar o procedimento, mas não poderia disponibilizar o sêmen do falecido sem autorização judicial, sob pena de sofrer sanção ética.

Em 06 de março de 2012 adveio a sentença, mantendo a determinação da disponibilização do sêmen, entendendo a expressa manifestação de vontade de Roberto quanto à realização do projeto parental. A sentença também retificou a obrigação da ré em realizar a inseminação, haja vista tê-lo feita sob uma perspectiva errônea de recusa.

O caso de Kátia foi pioneiro no Brasil e culminou na possibilidade de utilização de material genético sem a expressa autorização do esposo falecido e a consequente gestação e nascimento do primeiro bebê através da técnica de reprodução *post mortem*, acelerando o debate jurídico e ético acerca da reprodução póstuma no Brasil.

No item derradeiro, a seguir, este estudo se aprofundará sobre a questão do ativismo judicial no que tange a oferta das técnicas de reprodução assistida pelo Sistema Único de Saúde (SUS).

3.6 DO ATIVISMO JUDICIAL NO ÂMBITO DA OFERTA DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA PELOS SUS

Conforme entendimento inculcado anteriormente neste estudo, mais precisamente no capítulo 2.3⁵⁴, restou incontestado que, através da interpretação sistemática da Carta Magna, bem como das leis infraconstitucionais, a reprodução assistida consagra-se como direito fundamental e, assim o sendo, é um dever do Estado. Tal entendimento encontra coro quando analisamos o conceito de Othoniel Pinheiro Neto⁵⁵ ao afirmar que: “[...] retumba plausível que o direito à saúde alberga o direito de acesso às técnicas de reprodução humana assistida, [...] constituindo um dever do Estado a sua promoção ante a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais”. Logo, presume-se que o Estado além de não obstar, deve também tutelar este direito, cumprindo com suas obrigações e disponibilizando tais técnicas para todos que delas queiram usufruir.

Acontece que na maioria das vezes isso não ocorre, seja pela corriqueira desídia do Estado para com seus cidadãos ou pela péssima infraestrutura que atinge a maioria dos hospitais e clínicas que atendem pelo Sistema Único de Saúde (SUS), consequentemente patrocinados pelo Estado.

Restando de sobejo comprovada a incapacidade estatal, muitos buscam socorrer-se do judiciário, pleiteando a garantia do direito tolhido, e é justamente neste momento que ocorre a judicialização, que nas palavras de Luís Roberto Barroso⁵⁶:

⁵⁴ Capítulo 2.3 DO DIREITO FUNDAMENTAL À REPRODUÇÃO ASSISTIDA.

⁵⁵ NETO, Othoniel Pinheiro. **O direito à reprodução humana assistida: da teoria à concretização judicial**. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2012. p. 53.

⁵⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Fortaleza, v. 5, n. 8, jan./dez. 2009. p. 3. Disponível em:

[...] significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo. [...] a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade.

Analisando o conceito do autor fica fácil perceber que a judicialização tem como ponto de partida uma falha, um lapso do ente político responsável pela sua prestação. Mesmo autor também fornece interessante conceito acerca do que entende por ativismo judicial, cerne deste ponto do estudo e que pode ser assim compreendido⁵⁷:

O ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.

Neste passo, percebe-se que o autor define o ativismo judicial como uma participação mais ampla e intensa do poder judiciário, causando uma maior interferência deste poder no campo de atuação dos outros poderes, legislativo e executivo.

Na seara da reprodução assistida, faz-se mister informar que nos últimos anos houve importante crescimento das demandas judiciais na busca da efetivação do direito gratuito às técnicas de reprodução assistida, utilizando-se como fundamentação para tais pedidos, o fato deste ser direito fundamental, como anteriormente mencionado.

Não raras vezes; entretanto, o judiciário acaba por negar este direito, baseando-se no Princípio ou Teoria da Reserva do Possível e do Mínimo Existencial, para afirmar que a não realização deste tratamento não acarreta ofensa à saúde ou à vida⁵⁸. Acerca da teoria da reserva do possível, oportuna é a transcrição de Ingo Wolfgang Sarlet⁵⁹:

A construção teórica da “reserva do possível” tem, ao que se sabe, origem na Alemanha, especialmente a partir do início dos anos de 1970. De acordo com a noção de reserva do possível, a efetividade dos direitos sociais a prestações materiais estaria sob a reserva das capacidades financeiras do Estado, uma vez que seriam direitos fundamentais dependentes de prestações financiadas pelos cofres públicos. A partir disso, a “reserva do possível” passou a traduzir a ideia de que os direitos sociais a prestações materiais dependem da real disponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado, disponibilidade esta que estaria localizada no campo

https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf. Acesso em 13/10/2022.

⁵⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Fortaleza, v. 5, n. 8, jan./dez. 2009. p. 6. Disponível em: https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf. Acesso em 13/10/2022.

⁵⁸ SOUZA, Rosilene Maria de. **Reprodução humana assistida como direito fundamental: a judicialização como consequência da ausência de lei regulamentadora**. Revista Âmbito Jurídico. v. 153. 01 out. 2016. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-153/reproducao-humana-assistida-como-direito-fundamental-a-judicializacao-como-consequencia-da-ausencia-de-lei-regulamentadora/>. Acesso em 17/10/2022.

⁵⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Figueiredo. Mariana Fichtner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações**. Publicado na Revista de Direitos Fundamentais e Justiça. Edição nº 1, datada de out./dez. 2007. P. 188 Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/590/73>. Acesso em: 17/10/2022.

discricionário das decisões governamentais e parlamentares, sintetizadas no orçamento público.

Demonstra-se claro no pensamento do autor, que a reserva do possível é a construção jurisprudencial a qual o judiciário, através da análise da razoabilidade da pretensão pleiteada, utiliza como embasamento para oferecer limites às prestações devidas pelo Estado, haja vista este possuir reservas limitadas e incapacidade de garantir as necessidades a toda sua população, sob pena de escassear seus recursos.

Sob o mesmo prisma, importante é consignar o entendimento acerca da expressão ‘Mínimo Existencial’, que aduz a ideia do mínimo dos direitos fundamentais necessários para a existência digna. Neste ponto, convêm pôr em relevo o conceito de Luiz Henrique Martim Herrera e Edinilson Donisete Machado⁶⁰:

O ‘mínimo existencial’ é um conjunto de direitos básicos que integram o núcleo da dignidade da pessoa humana, formado pela seleção dos direitos sociais, econômicos e culturais, e, por terem efetividade imediata, deveriam ser sempre garantidos pelo poder público, independentemente de recursos orçamentários (obstáculo financeiro relativizado). (Grifou-se).

Referidos autores demonstram, indubitavelmente, que o mínimo existencial está ligado à essência axiológica da dignidade da pessoa humana, não devendo tal teoria ser confundida com o ‘mínimo vital’, uma vez que tal termo sugere uma retração dos direitos mais básicos ao invés da ampliação, o que é, diga-se de passagem, núcleo capital do direito.

Cabe ressaltar; entretanto, que o Estado utiliza-se da teoria de forma minimalista ao atender tão somente o mínimo essencial tutelável, deixando os demais direitos sob a órbita da reserva do possível. Tal tendência estatal de inviabilizar os direitos fundamentais básicos já teve inclusive posicionamento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, em decisão do Ministro Celso de Mello na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45-9, conforme redação a seguir⁶¹:

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação

⁶⁰ HERRERA, Luiz Henrique Martim; MACHADO, Edinilson Donisete. **O mínimo existencial e a reserva do possível: ponderação hermenêutica reveladora de um substancialismo mitigado.** Trabalho publicado nos Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza - CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de Junho de 2010. p. 3293. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3480.pdf>. Acesso em: 17/10/2022.

⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 45-9.** Brasília, 29 de abril de 2004. Disponível em: <http://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivos/Upload/17657/material/ADPF%2045%20-%20D%20Sa%C3%BAde.pdf>. Acesso em: 18/10/2022.

de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. (Grifou-se).

Analisando a decisão do Ministro, bem como as demais considerações aduzidas neste capítulo, pode-se inferir que o Estado deve dispor aos cidadãos um padrão máximo de efetividade que possa cumprir e não apenas contentar-se em oferecer o mínimo essencial ou vital, pois se assim fosse, desnecessário seria constitucionalizar os direitos sociais, bastando tão somente reconhecer e tutelar o direito à vida. Sob este diapasão, mister é compreender que o acesso às técnicas de reprodução assistida deve, mesmo que dentro de uma ótica de ponderação obstaculizadora do ativismo judicial e da reserva do possível, ser fornecido pelo Estado devido a sua característica de direito fundamental.

Já com entendimento mais sólido sobre os itens tratados no decorrer deste estudo, este ponto buscou trazer luzes acerca do comportamento do Estado no que tange a (falta de) oferta aos procedimentos de reprodução assistida, bem como ao crescente ativismo do judiciário quando o direito a estas técnicas são judicialmente pleiteadas.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Durante o deslinde do presente estudo foram trazidos relevantes temas que norteiam as técnicas de reprodução assistida no Brasil, partindo do ponto nevrálgico do assunto, a infertilidade e suas consequências no âmbito psicológico e social, bem como foram explicadas as principais técnicas de reprodução assistida hodiernamente utilizadas.

Especial atenção mereceu o título que laborou acerca da normativa pátria em relação ao uso das técnicas de reprodução assistida, onde se pôde observar perplexamente a ausência de quaisquer leis no ordenamento pátrio que normatizem a utilização de tais técnicas, deixando por consectário, um lastro de questionamentos que só não causam mais transtornos jurídicos em virtude da utilização das normas deontológicas do Conselho Federal de Medicina, mais precisamente a Resolução 2.320/2022 que tão somente regula o tema.

Fora compreendido, em que pese não haver no Brasil legislação que normatize o uso das TRA's, que o reconhecimento ao acesso a estas técnicas como direito fundamental não sofre abalo, haja vista a Carta Magna, sob a ótica do direito à vida estabelecido no artigo 5º, do direito ao planejamento familiar pautado no art. 226, §7º também da CF combinado com o artigo 2º da Lei 9.263/96, quando interpretados de forma sistemática, fornecem amparo ao reconhecimento do direito fundamental de acesso as técnicas de reprodução assistida escudado pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

Tratou-se de limites importantes, como a limitação da idade da gestante, que de acordo com a resolução 2.320/2022 do CFM deve ser de 50 anos, podendo; todavia, esse limite ser superado quando o médico responsável atestar que a paciente esteja em condição de saúde desejável e que não forneça riscos à gestação.

Convém por em relevo item que abordou o conflito entre o direito à identidade genética em contraponto ao direito de sigilo do doador, ponto fundamental do estudo, que opôs o princípio da personalidade e o direito ao anonimato com base na autonomia da vontade, amparados pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Para tanto, o estudo trouxe visões antagônicas, a primeira defendeu que o direito ao anonimato do doador afeta principalmente a criança nascida com uso do material doado, ferindo de morte seus mais caros direitos fundamentais de personalidade, bem como trazendo danos irreparáveis ao seu desenvolvimento moral e social, por não atender o princípio básico do melhor interesse da criança. Ademais, discorreu tal corrente, que o conhecimento a origem genética não significa filiação, pois esta se trata de um estabelecimento de laços afetivos e demonstrações de sentimentos que culminam na atribuição da paternidade, enquanto a origem genética define apenas uma característica biológica, um liame que não denota a inserção numa relação de família.

Já outra corrente diametralmente oposta, defendeu o direito à intimidade e à privacidade do doador com argumentos balizados no direito da vontade e de autodeterminação, a fim de se evitar postulações patrimoniais ou até mesmo de parentalidade, o que se entende contrário ao desígnio do doador quando do ato benemerente ou pecuniário da doação de material genético. Coube; entretanto, a este estudo desmistificar este ponto de vista, posto que, o risco da parentalidade quando da utilização da técnica de reprodução heteróloga é daquele que realizou o projeto parental, excluindo assim o doador do dever do reconhecimento de filiação e em lógica decorrência, dos deveres patrimoniais.

Conclui-se, face aos pontos estudados, que o direito ao conhecimento da origem genética é direito personalíssimo, não devendo ser obstado, mas sim ponderado ao desejo da criança quando melhor lhe aprouver, ou, antes disso, quando da necessidade para fins de saúde e bem-estar.

Ao analisar o tema dos embriões excedentários, no que tange ao descarte dos mesmos, fora utilizado as normas da Resolução 2.294/2021 do CFM em contraposição à redação da Resolução 2.320/2022 também do CFM, aquela demonstrava preocupação sobre a destinação destes embriões, limitando a 08 o número de embriões gerados em laboratório e exigia necessidade de ordem judicial para o descarte daqueles embriões com mais de 03 anos em criopreservação, enquanto sua sucessora retirou o limite quantitativo de embriões gerados e também extinguiu a necessidade de autorização judicial para o descarte dos mesmos após 03 anos de criopreservação, mostrando-se clara a maior proteção fornecida pela normativa anterior.

Também, neste ponto, foi tese de debate a origem da personalidade civil, para definir a origem da vida e em consequência os direitos que lhe são inerentes. Partindo da redação do artigo 2º do Código Civil, defendendo que a personalidade civil começa do nascimento com vida e ao nascituro, aquele que está se desenvolvendo no útero materno, deve ter seus direitos

resguardados desde sua concepção, buscou-se saber se o embrião fertilizado em laboratório pode ser caracterizado como nascituro antes de ser transferido ao útero materno.

Dentre correntes analisadas, uma defendendo os direitos desde a concepção e outra ao nascimento com vida e a mera expectativa de direitos ao nascituro, este estudo filia-se indubitavelmente a primeira corrente, entendendo por analogia que a concepção realizada em ambiente externo (*in vitro*) deve ser considerada como se fosse fruto da concepção realizada no útero materno, e assim o sendo, amparada está pelo princípio da dignidade humana.

Outro ponto que teve atenção especial foi o que trouxe entendimento sobre a doação compartilhada de óvulos, técnica regulamentada pela Resolução 2.320/2022 do CFM que possibilita um compartilhamento de óvulos entre mulheres, desde que a doadora não possua problemas relacionados aos óvulos. Acontece neste caso, como contraprestação à doação, o pagamento do tratamento ou parte deste.

Fora analisado se esta técnica de compartilhamento seria um contrato de doação no ordenamento pátrio, o que foi devidamente rechaçado, haja vista o contrato de doação ter entre seus requisitos a liberalidade, algo ausente no contrato em questão. Da mesma forma demonstrou-se que a intenção da utilização do compartilhamento de óvulos no Brasil é para evitar o comércio de gametas, prática utilizada em diversos países, mas que acaba por criar um mercado largamente voltado para fins eugênicos, de aprimoramento físico e intelectual da espécie, algo que corretamente não deve ser incentivado pelo ordenamento pátrio.

A crítica neste item é cabível em relação à falta de legislação, o que mais uma vez causa danos e contradições, uma vez que não se pode “comprar” óvulos no Brasil, mas é permitido importar óvulos de países onde estes foram adquiridos através de contraprestação pecuniária, descambando desta forma para a gestação com fins eugênicos.

No que tange a utilização dos gametas de cônjuge falecido ou, reprodução *post mortem*, presente estudo destacou que o Código Civil permite tal reprodução reconhecendo a presunção de paternidade em seu artigo 1.597; todavia não carece de maiores condicionantes, deixando mais uma vez para as resoluções do CFM, estas por sua vez estabelecem a necessidade de autorização específica em vida para a utilização do material genético, sendo corroborado tal entendimento pelo Enunciado nº 106 da I Jornada Direito Civil, onde expressa claramente a necessidade de autorização prévia em caso de morte. Esta disposição rende críticas coerentes, uma vez que ao optar por utilizar as técnicas de reprodução assistida no início do desejo do projeto parental, já estaria tacitamente autorizado pelos cônjuges o uso do material em caso de morte.

No âmbito jurisprudencial, foi analisado o caso Kátia Adriana Lernerneier x Androlab Clínica e Laboratório de Reprodução Humana e Andrologia, onde a requerente buscava utilizar material genético do esposo falecido para obter gestação, sem a autorização por escrito deste. Com a decisão favorável a Kátia, o caso rompeu paradigma, acelerando o debate

ético e jurídico acerca da possibilidade de utilização do material genético sem a prévia autorização do cônjuge falecido.

Último ponto tratado neste estudo trouxe à baila questões relativas ao ativismo judicial no âmbito da oferta da reprodução assistida pelo Sistema Único de Saúde. Restando claro que o direito ao acesso às técnicas de reprodução assistida é um direito fundamental, seria totalmente despiciendas falar-se em negativa do Estado para seu fornecimento. Acontece que a carência de políticas públicas na área de reprodução assistida, traduzida como agressão substancial ao direito à dignidade da pessoa humana, continua a trazer reflexos extremamente negativos em decorrência da ofensa ao direito ao planejamento familiar que é garantido em nossa Carta Magna, não restando alternativa aos envolvidos a não ser socorrer-se do judiciário.

Sobrevém destacar, como visto neste estudo, que não é raro haver negativa do judiciário ao fornecimento deste direito, baseando-se na teoria da reserva do possível e do mínimo existencial, haja vista entender que sua negativa não traz ofensa à saúde ou a vida, configurando desta forma o ativismo judicial, pautado na análise da razoabilidade para não comprometer as capacidades financeiras do erário.

Insta ressaltar que esta interpretação minimalista é deveras perigosa, posto que, se tutelar apenas o básico e essencial, sob a alcunha obstaculizadora do ativismo judicial e da reserva do possível, tanto Estado quanto judiciário acabam por ferir e inviabilizar direitos fundamentais inerentes e inalienáveis da pessoa humana.

Mostrou-se claro durante a elaboração deste estudo, que a problemática gira totalmente em torno da ausência de dispositivos que cumpram função legiferante para o uso das técnicas de reprodução assistida, causa embaraço saber que o legislativo muitas vezes se preocupa com fatos estólios ao invés de pautar sua atuação nas questões preponderantes e essenciais para a coletividade. Certamente uma preocupação maior com a questão da reprodução assistida traria grande alento e maiores possibilidades para aqueles que dela necessitam.

De forma derradeira, imperioso é destacar que o presente trabalho não tem a pretensão de exaurir o assunto, tão somente visa prover maior esclarecimento a tema tão fascinante. Posto isto, a discussão está lançada para um debate que busque melhores soluções éticas, jurídicas e sociais que envolvam o uso das técnicas de reprodução humana assistida no Brasil.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinellato e. **A pessoa natural na quarta era dos direitos: O nascituro e o embrião pré-implantatório.** Revista Brasileira de Direito comparado, Rio de Janeiro, v. 49, nº 32, 2007, p 104.

ALVARENGA, Raquel de Lima Leite Soares.; ZUCULO, Jaqueline Verceze Bortolheiro.; GUIMARÃES, Fernando Marques. **Doação de óvulos no Brasil: regulamentações e legislações.** Percurso Acadêmico, Belo Horizonte, v.8, nº.18, jan./jun.2018.

Agravo Retido e Apelação Cível Nº **20110112102917**, 1ª turma, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Relator: Teófilo Caetano, Julgado em 28/05/2015.

Apelação Cível Nº **XXXXX20218260020 SP XXXXX-59.2021.8.26.0020**, 32ª Câmara de Direito Privado. Tribunal de Justiça de São Paulo. Relator: Kioitsi Chicuta. Julgado em 21/07/2022.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Fortaleza, v. 5, n. 8, jan./dez. 2009. Disponível em: https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf. Acesso em 13/10/2022.

BONHO, Luciana Tramontin. **Aspectos Jurídico-Penais da Produção, Comercialização e Destruição de Embriões Excedentes da Fertilização *In Vitro*.** Orientador: Prof. Dr. Paulo Vinícius Sporleder de Souza. 2009. 182 f. Dissertação (Mestrado) – Pós Graduação em Ciências Criminais, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 18 mar. 2009, p. 42.

BRASIL. ANVISA. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. **Resolução RDC nº 81, de 5 de novembro de 2008.** Dispõe sobre o Regulamento Técnico de Bens e Produtos Importados para fins de Vigilância Sanitária. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 06 nov. 2008. Disponível em: http://antigo.anvisa.gov.br/documents/10181/2718376/RDC_81_2008_COMP_.pdf/d031f6d6-3664-4d66-ae0b-d1d0ad106178. Acesso em: 09/10/2022.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução CFM nº 2.294**, de 27 de maio de 2021. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida. Diário Oficial da República Federativa do Brasil/D.O.U., Ed. 110, Seção 1, pág. 60. Brasília, 15 jun. 2021.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução CFM nº 2.320**, de 1º de setembro de 2022. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida. Diário Oficial da República Federativa do Brasil/D.O.U., Ed. 179, Seção 1, pág. 107. Brasília, 20 set. 2022. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-cfm-n-2.320-de-1-de-setembro-de-2022-430447118>. Acesso em 21 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em 18 Set. 2022.

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, estabelece penalidades e dá outras providências.

BRASIL. **Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005.** Regulamenta os incisos II, IV e V do parágrafo 1º do art. 225 da Constituição Federal e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 28 mar. 2005. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm. Acesso em: 10 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 45-9.** Brasília, 29 de abril de 2004. Disponível em: <http://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/17657/material/ADPF%2045%20-%20D%20Sa%C3%BAde.pdf>. Acesso em: 18/10/2022.

BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. **Direito, sexualidade e reprodução humana: conquistas médicas e o debate bioético.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 88.

CAHALI, Yussef Said; CAHALI, Francisco José (Orgs.). **Família e Sucessões.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. I, p. 1327.

CHAVES, Antônio. **Direito à Vida e ao Próprio Corpo.** 2. ed. São Pulo: RT, 1994. P. 27.

CHAVES, Cristiano; Rosenvald, Nelson. **Direito das famílias.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p.34.

CHINELATO, Silmara Juny. **Questões controvertidas no Novo Código Civil.** In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. Questões controvertidas: parte geral do Código Civil. vol. 6. São Paulo: Método, 2007. p. 69.

CHERRO, Mariana Vieira. **Moralidades y Reproducción Asistida En El Rio de la Plata.** In: STRAW, Cecilia (Org.) et al. Reprodução assistida e relações de gênero na América Latina. Curitiba: CRV, 2016. p. 241.

CIDHNU. Conferência Internacional de Direitos Humanos das Nações Unidas, 1968, Proclamação de Teerã, Teerã, 22 Abr – 13 Mai 1968.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Enunciados de Direito Civil. Enunciado nº 106 - Art. 1.597, inc. III.** Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/737>>. Acesso em: 12/10/2022.

CRM/PR. **Para juízes, limite de idade para fertilização é inconstitucional.** Curitiba, 04 ago. 2014. Disponível em: <https://www.crmpr.org.br/Para-juizes-limite-de-idade-para-fertilizacao-e-inconstitucional-11-26129.shtml>. Acesso em: 17 set. 2022.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 5ª edição, revistas, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 330.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 122.

DONIZETTI, Leila. **Filiação socioafetiva e direito a identidade genética**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 120.

FERNANDES, Silvia da Cunha. **As técnicas de reprodução humana assistida e a necessidade de sua regulamentação jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 25.

FREITAS, Juarez. **Interpretação Sistemática do Direito em Face das Antinomias Normativas, Axiológicas e Princiológicas**. Orientador: Prof. Dr. Leonel Severo Rocha. 1994. 234 f. Tese (Doutorado) - Curso de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. 10 mar. 1994, p. 53. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/106382/94485.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em: 22/09/2022.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **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. p. 884.

GASDA, Élio Estanislau. **Criopreservação de embriões humanos no contexto da saúde sexual e reprodutiva**. Revista Pistis & Praxis: Teologia e Pastoral, [S.L.], v. 7, nº. 3, 13 set. 2015. p. 640. Disponível em: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=449748257005>. Acesso em: 04 out. 2022.

GUIMARÃES, Ana Paula. **Alguns problemas Jurídico-Criminais da Procriação Medicamente Assistida**. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 23.

HERRERA, Luiz Henrique Martim; MACHADO, Edinilson Donisete. **O mínimo existencial e a reserva do possível: ponderação hermenêutica reveladora de um substancialismo mitigado**. Trabalho publicado nos Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza - CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de Junho de 2010. p. 3293. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3480.pdf>. Acesso em: 17/10/2022.

KRELL, Olga Jubert. **Reprodução humana assistida e filiação civil. Princípios éticos e jurídicos**. Curitiba: Juruá, 2007, p. 109.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito**. São Paulo: Revista dos tribunais, 1995, p. 17-18.

LUTZKY, Daniela Courtes. **A reparação de danos imateriais como direito fundamental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 56.

MACHIN, Rosana. **Tecnologias reprodutivas e material genético de terceiros: reflexões em torno de regulação, mercado e iniquidades**. In: STRAW, Cecilia (Org.) et al. Reprodução assistida e relações de gênero na América Latina. Curitiba: CRV, 2016. p. 38.
NETO, Othoniel Pinheiro. **O direito à reprodução humana assistida: da teoria à concretização judicial**. 1ªed. Curitiba: Juruá, 2012. p. 53.

OBRIGACAO DE FAZER - **0027862-73.2010.8.16.0001** – Kátia Adriana Lernerneier x Androlab Clínica e Laboratório de Reprodução Humana e Andrologia. Disponível em:

<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/36480459/djpr-26-04-2012-pg-679>. Acesso em: 12/10/2022.

PASSOS, Marianna Gazal; PITAHN, Livia Haygert. **A doação compartilhada de óvulos no Brasil sob enfoque do Direito e da Bioética**. Revista da AMRIGS, Porto Alegre, 59 (1): 55-59, jan.-mar. 2015. Disponível em: https://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/13015/2/A_doacao_compartilhada_de_ovulos_no_Brasil_sob_enfoque_do_Direito_e_da_Bioetica.pdf. Acesso em 02 out. 2022.

RAMIREZ-GALVEZ, Martha. **Reprodução assistida, consumo de tecnologia, deslocamentos e exclusões**. *Cienc. Cult.*, São Paulo, v. 60, n. 1, 2008, p. 39-41. ISSN 2317-6660. Disponível em: <http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0009-67252008000100016 > . Acesso em: 31 ago. 2022.

SANTOS, Vanessa Audrey Alves Cardoso Santos. **Contrato de doação de gametas: um estudo sobre suas nuances contratuais e suas implicações nas relações jurídico-familiares de filiação**. *Civilistica.com*, v. 10, n. 1, p. 1-32, 02 mai. 2021. p. 8. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/480>. Acesso em: 09/10/2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9ª. ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 28.

SARLET, Ingo Wolfgang. Figueiredo. Mariana Fichtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações**. Publicado na Revista de Direitos Fundamentais e Justiça. Edição nº 1, datada de out./dez. 2007. P. 188 Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/590/73>. Acesso em: 17/10/2022.

SERRANO, Eduardo Alonso. **El depósito de espermatozoides o de embriones congelados y los problemas de la fecundación post mortem**. In: II Congreso Mundial Vasco, La filiación a finales del siglo XX, Madrid, 1988, p. 377.

SOUZA, Iara Antunes de. **Aconselhamento genético e responsabilidade civil médica: Aplicabilidade das wrongful actions no Brasil**. São Paulo, 05 set. 2022. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-direito-medico-e-bioetica/372841/acoeselhamto-genetico-e-responsabilidade-civil-medica>. Acesso em: 10 set. 2022.

SOUZA, Marise Cunha de. **As Técnicas de Reprodução Assistida. A Barriga de Aluguel. A Definição da Maternidade e da Paternidade**. *Bioética*. Revista da EMERJ, v.13, nº 50, 2010, pág. 351. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista50/Revista50_348.pdf. Acesso em 01/09/2022.

SOUZA, Rosilene Maria de. **Reprodução humana assistida como direito fundamental: a judicialização como consequência da ausência de lei regulamentadora**. *Revista Âmbito Jurídico*. v. 153. 01 out. 2016. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-153/reproducao-humana-assistida-como-direito-fundamental-a-judicializacao-como-consequencia-da-ausencia-de-lei-regulamentadora/>. Acesso em 17/10/2022.

TEIXEIRA, Izabel Mello; SILVA, Edson Pereira. **História da Eugenia e Ensino de Genética**. *Revista História da Ciência e Ensino*, Rio de Janeiro, v. 15, 05 mai. 2017. p. 64.

Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/hcensino/article/view/28063/22596>. Acesso em: 08/10/2022.

TARTUCE, Flávio. **Lei de Introdução e Parte Geral**. 9. ed. São Paulo: Método, 2013. p. 117.

VAZ, Caroline. **Revisitando a Responsabilidade Civil: aspectos relevantes da antiguidade à contemporaneidade pandêmica**. Revista do Ministério Público do RS. Porto Alegre, n. 87, jan. 2020 – jun. 2020. p. 130. Disponível em: <https://www.revistadomprs.org.br/index.php/amprs/article/view/190/80>. Acesso em: 17/09/2022.

VENTURA, Miriam. **Direitos reprodutivos no Brasil**. 3. ed. Brasília: Edição do Autor, 2009, p. 19.