



Eixo 9 – Aborto, eutanásia, reprodução assistida, cuidados paliativos

Brasil, Portugal e a Reprodução Humana: de um obstáculo natural intransponível a uma “felicidade” garantida juridicamente.

Andressa Julyany Pasqualini Prado¹

RESUMO: O presente trabalho pretende demonstrar, em linhas gerais, como a infertilidade interfere na vida conjugal de forma tal que, associada aos Direitos Reprodutivos, a vontade em se reproduzir passa a receber a tutela jurisdicional. Esta visão contemporânea, somada aos avanços da Medicina, possibilitou falar em Reprodução Medicamente Assistida, surgindo, então, a necessidade de regulamentação das novas exigências sociais, agora voltadas à bioética. Para tornar este estudo possível foram analisadas diversas doutrinas, bem como revistas jurídicas e a própria legislação de ambos os países, viabilizando concluir que, enquanto Portugal conta com uma lei específica desde 2006, revista e atualizada ao longo dos anos conforme as demandas da coletividade, no Brasil, até a presente data, a criação de uma lei específica resta prejudicada em razão das inúmeras discussões e do grande dissenso, gerando um descompasso entre as evoluções no campo da ciência e os progressos jurídicos.

Palavras-chave: Direito Comparado. Bioética. Infertilidade. Direitos Reprodutivos. Reprodução Humana Assistida /PMA.

Introdução

Encontramo-nos em um mundo super globalizado, onde as evoluções das técnicas médicas se somam às crescentes necessidades da sociedade, nem sempre resultando em algo fácil ou simples de legislar (o que me faz questionar, algumas das vezes, se progresso é sempre sinônimo de evolução).

No decorrer do tempo, os seres humanos acabam se deparando com grandes questões relacionadas à bioética, frutos exatamente de progressos científicos. Por exemplo, ainda hoje se discute sobre o direito de morrer versus a dignidade humana, sobre pesquisas acerca do DNA, manipulações genéticas, experimentos com seres humanos, aborto, drogas ilícitas para uso medicinal (1)... Uma infinidade de “problemas” éticos que

¹ Centro de Direito Biomédico – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. E-mail: contato@andressapasqualini.com



nem sempre chegam a uma conclusão, geralmente por motivos sociais ou por imaturidade do próprio ordenamento.

Dentre estes pontos de conflito há a problemática da infertilidade que, desde a antiguidade assola a vida conjugal e impede a continuidade de determinadas famílias. Ademais, por ser um tema extremamente delicado, que adentra a vida pessoal de muitos, gera, no mundo todo, discordância quanto uma possível regulamentação e quais os parâmetros para tanto.

A infertilidade e a reprodução humana

Assim, a Reprodução Humana Assistida nasce como tábua de salvação para casais com problemas em se reproduzirem naturalmente. Segundo dados do Ministério da Saúde Português, atualmente a infertilidade é considerada um problema médico-social e representa a frustração em se reproduzir de 5% a 15% dos casais em idade fértil (2).

Este número é confirmado por médicos brasileiros que dizem ainda que, desse percentual, 30% são por problemas femininos, outros 30% resultam de problemas masculinos, mais 30% ocorrem por fatores relacionados a ambos e, por fim, 10% são por motivos não identificados (3).

Percebe-se, portanto, que, se antes a infertilidade era vista como um obstáculo intransponível entre o mesmo casal, desde o ano de 1978 com o nascimento do primeiro bebê de proveta do mundo, tornou-se um sofrimento com uma concreta e possível solução (4).

Desta forma, reproduzir-se passa de um mero desejo de ter filhos para configurar parte integrante dos Direitos Reprodutivos do ser humano e, portanto, passível da tutela jurisdicional (5).

Sobre este acesso às técnicas de reprodução assistida - TRA como partes integrantes dos Direitos Reprodutivos, importante dizer que estes asseguram tanto o direito à reprodução quanto o direito a não reprodução, pois ter filhos é mais que um desejo, é uma livre escolha (6).

Neste cenário, é completamente possível se dizer que, se a decisão por não ter filhos se estabelece a partir da liberdade de escolha associada à anticoncepção (seja por abstinência, cirurgias, meios químicos ou mesmo meios físicos), decidir por se reproduzir, da mesma maneira, configura-se como uma pretensão assegurada juridicamente (7).



Linear histórico: Portugal X Brasil

Sobre o assunto o Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida (CNECV), em 1993, fez o Parecer 3/CNE/93 (8), trazendo as alterações legais ocorridas em Portugal como a razão de ser, bem como de aceitação das técnicas de reprodução humana.

Nesta visão, com a autorização para o divórcio, em 1975, a sociedade teria condições de aceitar mais facilmente o fato de crianças serem criadas por apenas um dos pais ou até mesmo por responsáveis não biológicos (9).

Porém, até que Portugal conseguisse normatizar efetivamente a questão da Reprodução Humana, fosse por encontrar fortes barreiras éticas, fosse por falta de consenso parlamentar e social, muitos debates ocorreram e muitos projetos de lei e decretos foram criados, mas, em seguida, vetados (10).

Por fim, após um longo período, nasceu a Lei 32/2006, que podemos dizer ser inovadora especialmente na dimensão criminal, tipificando novos crimes com penas de prisão, de multa, penas acessórias e até mesmo sanções contra-ordenacionais (para delitos menos gravosos) (11).

Outro ponto interessante é também bem sutil. O texto da Lei fala em dignidade humana diferentemente de outras que falam em dignidade da pessoa humana. Ao não mencionar a palavra “pessoa” pode-se dizer que a terminologia leva em consideração o estatuto jurídico do embrião (12).

Composta por 48 artigos, a lei possui outras questões, para além destas, que são relevantes, porém, chama ainda mais a atenção a questão dos requisitos até então elencados para se tornar beneficiário. Este foi o principal motivo para levar a Lei nº 32/2006 a 3 alterações ao longo de 10 anos.

As atualizações da Lei ao longo de 2016, Lei nº 17/2016 e Lei nº 25/2016, foram as mais socialmente importantes, pois deram direitos a mulheres solteiras e dissertaram sobre a homossexualidade.

A primeira, Lei nº 17/2016, determinou que casais heterossexuais, casais de mulheres ou mesmo mulheres solteiras pudessem utilizar dos métodos; A segunda permitiu a aplicação da Lei em situações de gestação de substituição previstas no artigo 8º



e proibiu a discriminação com bases no patrimônio genético (13). Ou seja, ampliou-se o rol de beneficiários, conforme desejo social.

Já a situação brasileira se mostra parecida com o início do percurso vivido por Portugal, ou seja, muita discussão e pouca ação. Ademais há alguns Projetos de Lei – PL que tentam normatizar especificamente a questão, mas que não saem do papel e uma variedade de leis esparsas que tratam com superficialidade o tema (14).

Além dos inúmeros Projetos de Lei, o ordenamento brasileiro conta, ainda, com normas esparsas, como o artigo 226, §7º, da Constituição Federal, sobre planejamento familiar. Este é um direito universal fundamentado na regulação da fecundidade pelo Estado através de ações preventivas e educativas, objetivando-se, assim, garantir direitos igualitários na formação, aumento e, quando for o caso, limitação da prole por qualquer pessoa do casal ou por ambos (15).

Não obstante, temos o artigo 1597, III, do Código Civil, que entende como filho concebido na constância do casamento aquele que for fruto de fecundação artificial homóloga, ainda que falecido o marido, ou, na hipótese de inseminação heteróloga, devendo haver, a seu turno, autorização prévia do falecido (art.1597, V); em seguida vem o artigo 1799, I, do mesmo Diploma, asseverando que podem suceder por testamento a prole eventual das pessoas que forem indicadas naquele documento, desde que estas estejam vivas quando da abertura da sucessão (16).

Entretanto, por serem dispositivos superficiais, que pouco adentram o assunto, o Conselho da Justiça Federal tenta, por sua vez, preencher as lacunas existentes através de seus enunciados abaixo elencados.

O Enunciado nº 106 e nº 257, que se referem ao artigo 1597, III, do Código Civil, tentam minimizar e dar contornos mais firmes à Reprodução Humana, esclarecendo questões relativas à reprodução post mortem (17).

O Enunciado nº 40 trata do registro civil de crianças frutos de técnicas de reprodução medicamente assistida, afirmando, ainda, a possibilidade de se incluir pessoas do mesmo sexo como pais.

Por fim, o Enunciado nº 41, que tenta contornar uma desigualdade criada pela Resolução 2013/2013 do Conselho Federal de Medicina – CFM com relação às mulheres com mais de 50 anos e as técnicas de reprodução assistida. O Enunciado moderniza a



questão afirmando que estabelecer um máximo etário para mulheres significa afrontar o direito constitucional à liberdade do planejamento familiar (18).

Finalmente, têm-se as Resoluções do CFM, que oferecem um bom norte e uma boa base. As primeiras foram a Resolução 1358/92 – CFM e a Resolução 1958/92 (19). Após, veio a Resolução 1957/10 que revogou seu antecedente (20).

A mais recente é a Resolução nº 2121/2015 (21), que revogou a até então vigente, Resolução 2013/2013 – CFM. Aquela dispõe não apenas sobre as técnicas de reprodução humana, como também determina o aperfeiçoamento das suas práticas e, em especial, a observância dos princípios básicos da bioética como forma de se obter maior efetividade e maior segurança.

O grande problema permanece sendo a reprodução assistida post mortem, pois, nesta hipótese, deve-se recorrer ao judiciário para conseguir resolver a situação.

Assim, é claro haver um aumento da judicialização nesta seara esperando-se que o Judiciário passe a preencher, a sua maneira, as lacunas existentes (22). Entretanto, isso acaba levando à insegurança jurídica e a decisões desformes, motivo pelo qual uma regulamentação específica para o caso se faz urgente.

Conclusão

Pelo brevemente exposto, percebe-se que a Reprodução Humana é tema sensível e de grandes repercussões e, exatamente por isso, há um grande lapso temporal entre a produção de um Projeto de Lei e sua efetiva aprovação.

Enquanto há algum tempo a infertilidade causava transtornos na vida conjugal, hoje, com os avanços da medicina, é possível dizer que a felicidade de se poder concretizar o desejo da procriação é garantida juridicamente, ainda que se verifique certo descompasso entre a evolução de um campo e o progresso de outro, qual seja a ciência e o direito, respectivamente.

No caso português, demoraram-se décadas desde o nascimento do seu primeiro bebê de proveta e a aprovação da Lei 32/2006. Ainda assim, mesmo após anos de debates, a lei nasceu antiquada em relação ao cenário social e precisou ser diversas vezes atualizada.

Já no Brasil, nota-se que, embora não haja uma lei específica para o caso, o ordenamento tende a permitir a Reprodução Humana. O problema se encontra no fato de



precisar recorrer ao judiciário em alguns casos, como o post mortem, exatamente por não estar regulamentado. É tanta ausência de formalidade que o resultado é, especialmente, a insegurança jurídica e o aumento da judicialização da saúde.

Referências

1. RAPOSO, Vera Lúcia. Direitos Reprodutivos, Lex Medicinæ, n.º 3, 2005.
2. MINISTÉRIO DA SAÚDE (PORTUGUÊS). Despacho nº 14788/2008.
3. CAMBIAGHI, Arnaldo Schizzi. Ser ou não ser fértil/infértil? - eis as questões e as respostas. 2ª ed. São Paulo: LaVidapress, 2011.
4. WIKIPÉDIA. Bebê-proveta. Disponível em: <<https://pt.wikipedia.org/wiki/Beb%C3%A9-proveta>>.
5. RAPOSO, Vera Lúcia. Direitos Reprodutivos, Lex Medicinæ, n.º 3, 2005.
6. RAPOSO, Vera Lúcia. Direitos Reprodutivos, Lex Medicinæ, n.º 3, 2005.
7. RAPOSO, Vera Lúcia. Direitos Reprodutivos, Lex Medicinæ, n.º 3, 2005.
8. CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA. Relatório – Parecer Sobre Reprodução Medicamente Assistida (3/CNE/93).
9. CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA. Relatório – Parecer Sobre Reprodução Medicamente Assistida (3/CNE/93).
10. RAPOSO, Vera Lúcia. PEREIRA, André Dias. Primeiras Notas Sobre a Lei Portuguesa de Procriação Medicamente Assistida (Lei nº 32/2006, de 26 de julho). Lex Medicinæ, ano 3, n.º 6, 2006.
11. RAPOSO, Vera Lúcia. PEREIRA, André Dias. Primeiras Notas Sobre a Lei Portuguesa de Procriação Medicamente Assistida (Lei nº 32/2006, de 26 de julho). Lex Medicinæ, ano 3, n.º 6, 2006.
12. RAPOSO, Vera Lúcia. PEREIRA, André Dias. Primeiras Notas Sobre a Lei Portuguesa de Procriação Medicamente Assistida (Lei nº 32/2006, de 26 de julho). Lex Medicinæ, ano 3, n.º 6, 2006.
13. PGDL – Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=903&tabela=leis>.
14. CRUZ, Ivelise Fonseca da. Efeitos da Reprodução Humana Assistida. São Paulo: SRS Editora, 2008.
15. BRASIL. Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9263.htm>.
16. BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm >. 991



17. DANTAS, Eduardo Vasconcelos dos Santos. Direito Médico. 3ª ed. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2014.
18. DANTAS, Eduardo Vasconcelos dos Santos. Direito Médico. 3ª ed. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2014.
19. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Artigo sobre a Resolução nº 2121/2015. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=25753:2015-09-22-15-52-49&catid=3>.
20. RAPOSO, Vera Lúcia. DANTAS, Eduardo. Aspectos Jurídicos da Reprodução Post-Mortem, em Perspectiva Comparada Brasil-Portugal. Lex Medicinæ, ano 7, n.º 14, 2010.
21. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 2121/2015. Disponível em: <www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121_2015.pdf>.
22. DANTAS, Eduardo Vasconcelos dos Santos. Direito Médico. 3ª ed. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2014.