

Inseminação artificial homóloga póstuma: análise bioética do planejamento familiar

Larissa Cristina Lourenço

Faculdade Milton Campos, Nova Lima/MG, Brasil.

Resumo

Este artigo trata de questões relacionadas à inseminação artificial homóloga *post mortem*. Tomando como referência normas éticas que asseguram a livre escolha do casal no planejamento familiar, objetivou-se descobrir de que forma tais regulamentações influenciariam na concretização desse projeto parental. A partir do método hipotético-dedutivo, realizou-se revisão de literatura em bioética e biodireito, além de pesquisa documental no sítio eletrônico do Conselho Federal de Medicina. Refletiu-se, então, sobre o princípio de autonomia dos pacientes submetidos às técnicas de reprodução assistida, levando em conta algumas das repercussões dessa técnica sobre o direito de família e sucessões. Por fim, descreveu-se o método de casuística clínica, utilizado pelas clínicas como parâmetro para tomar decisões e aconselhar o cônjuge sobrevivente acerca da problemática da concepção póstuma.

Palavras-chave: Inseminação artificial homóloga. Concepção póstuma. Bioética. Autonomia pessoal. Planejamento familiar.

Resumen

Inseminación artificial homóloga póstuma: un análisis bioético de la planificación familiar

Este artículo trata aspectos relacionados a la inseminación artificial homóloga *post mortem*. Con base en la normativa ética que garantiza la libre elección de la pareja en la planificación familiar, el objetivo fue identificar la influencia de la legislación en la realización de este proyecto parental. A partir del método hipotético-deductivo, se realizó una revisión bibliográfica sobre bioética y bioderecho, además de una búsqueda documental en el sitio web del Consejo Federal de Medicina. Con esto, se reflexionó sobre el principio de autonomía de los pacientes sometidos a técnicas de reproducción asistida, teniendo en cuenta algunas de las repercusiones de esta técnica en el derecho de familia y de sucesiones. Por último, se describió el método de la casuística clínica utilizado por las clínicas como parámetro en la toma de decisiones y asesoramiento al cónyuge sobreviviente en el tema de la concepción póstuma.

Palabras clave: Inseminación artificial homóloga. Concepción póstuma. Bioética. Autonomía personal. Planificación familiar.

Abstract

Posthumous homologous artificial insemination: a bioethical analysis of family planning

This article discusses issues related to *post mortem* homologous artificial insemination. Taking as reference ethical norms that ensure the couple's free choice in family planning, the objective was to understand how such regulations would influence the accomplishment of this parental project. Using the hypothetical-deductive method, a literature review on bioethics and biolaw was carried out, in addition to a documentary research on the website of the Federal Council of Medicine. Then, reflections on the principle of autonomy of patients undergoing assisted reproduction techniques were made, considering some of the repercussions of this technique on family and succession law. Finally, a description of the method of clinical casuistry is presented, being used by clinics as a parameter to make decisions and advise the surviving spouse about the problem of posthumous conception.

Keywords: Insemination, artificial, homologous. Posthumous conception. Bioethics. Personal autonomy. Family development planning.

Declara não haver conflito de interesse.

O avanço das ciências e tecnologias contribui cada vez mais para a expansão dos métodos relacionados à infertilidade. Nesse cenário, destacam-se as técnicas de reprodução assistida (TRA), que suscitam inúmeros debates éticos com desdobramentos jurídicos.

Este estudo trata da reprodução assistida (RA) homóloga *post mortem* a partir da seguinte questão: como as diretrizes bioéticas acerca da reprodução humana póstuma influenciam o planejamento familiar? Para responder à pergunta, realizou-se revisão de literatura em artigos científicos específicos de bioética e biodireito, ambos do campo de abrangência do direito médico, a partir do método de pesquisa hipotético-dedutivo.

Além disso, com o objetivo de descobrir de que forma as regulamentações éticas existentes no Brasil a respeito da matéria influenciariam na realização de um projeto parental, analisaram-se essas regulamentações e outros documentos relacionados à reprodução medicamente assistida no sítio eletrônico do Conselho Federal de Medicina (CFM).

O artigo divide-se em três partes:

1. Em primeiro lugar, abordou-se a forma de construção do princípio da autonomia privada dos pacientes submetidos à TRA em relação ao termo de consentimento livre e esclarecido (TCLE);
2. Posteriormente, tratou-se dos dilemas relacionados à inseminação artificial homóloga póstuma, especialmente o debate doutrinário dos efeitos da técnica sobre o planejamento familiar e os direitos sucessórios da futura criança;
3. Na sequência, analisaram-se as decisões das clínicas, centros ou serviços que aplicam técnicas de RA, assim como as do cônjuge sobrevivente em relação aos seus direitos fundamentais. Mediante o método de casuística clínica na esfera da bioética, o estudo investigou questões acerca da possibilidade de emprego ou não da técnica de RA *post mortem*. Por fim, delinearão-se as principais influências da bioética relacionadas à livre celebração do plano conjugal.

Autonomia e termo de consentimento livre e esclarecido na reprodução assistida

A tecnologia de RA é o conjunto de tratamentos ou procedimentos que possibilitam a reprodução humana assistida. Entre eles, inclui-se o manuseio de oócitos ou embriões humanos, que demanda diversos tipos de intervenções cada vez mais complexas, tais como estimulação ovariana, recuperação de óvulos, espermatozoides e fertilização *in vitro*¹.

Segundo Leite e Henriques², Trounson e Mohr realizam a primeira gestação por meio da criopreservação de embriões humanos em 1983. Mais tarde, a evolução dessa técnica, que consiste no congelamento de células e tecidos biológicos, viabilizou a chamada reprodução póstuma, isto é, a fecundação ou implantação do material genético criopreservado do homem ou mulher (após sua morte) no cônjuge sobrevivente.

Os autores afirmam que alguns países não dispõem de leis específicas sobre TRA, tais como Brasil, China, Egito e Índia, mas, em compensação, adotaram “guias de referência” sobre o tema por meio de resoluções ou recomendações administrativas. Contudo, embora a criopreservação do sêmen, embrião e oócito seja permitida em todos, a reprodução póstuma é proibida na China e no Egito².

Nos países em que há legislação específica, como a Espanha, permite-se da mesma forma a técnica de criopreservação. A Itália, por sua vez, proibiu o congelamento de embriões e a reprodução *post mortem*². Diante disso, portanto, ressalta-se a complexidade do tema, principalmente a questão em torno da legitimidade da vontade de gerar ou não descendente, expressa em vida, do cônjuge ou companheiro falecido.

Mas, afinal, quem ou o que pode determinar se alguém, mesmo já falecido, pode ou não ter filhos? É exatamente nesse ponto que ocorre a intersecção entre direito, medicina e bioética. Assim, antes de tratar da questão da vontade, é necessário compreender duas determinantes específicas: o sentido da autonomia humana e o meio para concretizá-la.

No que concerne à autonomia, existem referenciais essenciais previstos pela Constituição da República Federativa do Brasil (CF)³, de 1988, que,

por meio de seu artigo 5º, inciso X, consagra a intimidade e a vida privada como direitos fundamentais invioláveis. Este último, inclusive, é tipificado como direito de personalidade no artigo 21 do Código Civil (CC) brasileiro de 2002⁴.

O artigo 226, § 7º, da CF/1988³, permite a livre decisão do casal, assegurando o direito ao planejamento familiar, conceituado inicialmente no artigo 2º da Lei 9.263/1996⁵, como conjunto de ações de regulação da fecundidade que garante direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal. Essa proteção constitucional se fundamenta na própria dignidade da pessoa humana e no princípio da parentalidade responsável.

Trata-se, ainda, de princípio fundamental estipulado, no capítulo I, inciso XXI, do Código de Ética Médica (CEM)⁶, nestes termos: no processo de tomada de decisões profissionais, de acordo com seus ditames de consciência e as previsões legais, o médico aceitará as escolhas de seus pacientes relativas aos procedimentos diagnósticos e terapêuticos por eles expressos, desde que adequadas ao caso e cientificamente reconhecidas.

Note-se que não basta garantir a autonomia, é preciso assegurar o seu livre exercício, de forma voluntária, com base nas informações fornecidas pelos médicos. Tais profissionais não serão obrigados a prestar serviços que contrariem os ditames de sua consciência, salvo se inexistirem outras opções, isto é, na ausência de outro médico, em caso de urgência ou emergência, ou se a sua recusa trouxer danos à saúde do paciente, segundo Inciso VII, do mesmo dispositivo⁴.

Além disso, a autonomia é princípio geral consagrado no âmbito da bioética baseada em princípios pelo respeito à autodeterminação das pessoas, tendo em vista a livre capacidade para escolher entre as alternativas possíveis. Muñoz e Fortes⁷ lembram que não há que se falar em autonomia quando existe apenas uma alternativa, ou quando não há liberdade para agir conforme a opção pretendida.

O *Relatório Belmont*⁸, de 1978, primeiro documento dos estudos de bioética, elaborado pela National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research, denominou a autonomia como princípio do respeito às pessoas, que devem ser tratadas como

agentes autônomos. Esse documento estabeleceu que maturidade, capacidade cognitiva para compreensão do que está sendo tratado e um ambiente adequado – onde não existem situações de estresse, emergência ou urgência – são condicionantes ao pleno exercício da autonomia. Esse conjunto integra também o artigo 5º da *Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos*, de 2005⁹.

Contudo, frisa-se que a principal forma de materialização desses preceitos, principalmente para os fins deste estudo, se dá por meio do TCLE, conceituado no item 4 da Recomendação CFM 1/2016¹⁰ como ato de decisão, concordância e aprovação do paciente ou de seu representante legal, após necessária informação e explicação, sob responsabilidade do médico, a respeito dos procedimentos diagnósticos ou terapêuticos indicados.

A despeito disso, o TCLE não se restringe a prognósticos ou diagnósticos médicos e vai além dos procedimentos que envolvam riscos, pois é exigido como pré-requisito para realização de técnicas específicas relacionadas especialmente à livre manipulação do corpo, a fim de nortear situação eventual a partir da tomada de decisões prévias. Esse princípio deve ser observado em qualquer situação que envolva a relação médico-paciente, cujos reflexos no campo da realidade conjugal merecem ser considerados no momento da elaboração do plano familiar, tanto no casamento quanto na união estável.

Biodireito e reprodução assistida póstuma

As discussões contemporâneas acerca do planejamento familiar envolvem núcleos distintos e convicção íntima e coletiva em constante mutação diante do desenvolvimento das novas tecnologias a serviço da vida ou da saúde no decorrer do tempo. Por isso, o desejo de constituir família deve ser lembrado junto à questão das tecnologias reprodutivas, que logo suscitam uma série de facetas relacionadas à possibilidade ou não de ter filhos, adotá-los, ou não os ter, sempre marcadas pelo vazio jurídico proveniente da ausência de previsão legal.

De acordo com Pedrosa Neto e Franco, deve-se considerar, para a aplicação das técnicas de RA, *a estabilidade e a afetividade do casal, que será o suporte emocional que permitirá o crescimento saudável da criança, e não a formalidade dessa união*¹¹.

Todavia existe uma infinidade de fatores relacionados, por exemplo, à sucessão e partilha de bens do companheiro falecido ou ao planejamento familiar e até mesmo acerca da inexistência deste. Além disso, há diversos conceitos abertos relacionados à procriação humana, incluindo os mais variados entendimentos doutrinários no que diz respeito a configuração da união estável.

Diante disso, optou-se pelo aprofundamento apenas do plano conjugal na constância do casamento para concepção de filhos biológicos com a utilização das técnicas de RA homóloga, tendo em vista a presunção legal de filiação já estabelecida pelo artigo 1.597, III do CC/2002⁴. Para tanto, é preciso lembrar que a criopreservação de espermatozoides, oócitos, embriões e tecidos gonádicos é permitida no Brasil na forma da Resolução CFM 2.168/2017¹², que será mencionada constantemente adiante.

Segundo essa resolução, nesse momento, o casal *deve manifestar sua vontade, por escrito, quanto ao destino a ser dado aos embriões criopreservados em caso de divórcio ou dissolução de união estável, doenças graves ou falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los*¹². Ainda de acordo com a referida regulamentação, tais embriões serão criopreservados até três anos, do contrário, após esse período, *poderão ser descartados se esta for a vontade expressa dos pacientes*¹².

A questão é complexa, mas deve ser enfrentada com o TCLE específico, para atender a tal formalidade adequadamente, tendo em vista a própria natureza desse documento indispensável para realização de quaisquer TRA, segundo o capítulo I, item 4, da mencionada Resolução CFM 2.168/2017¹². Posteriormente, permite-se em seu Capítulo VIII a realização da RA *post mortem*, desde que haja autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente.

Com base nisso, caso o respectivo material genético (esperma ou óvulo) tenha sido criopreservado, discutem-se as possíveis interferências do uso da referida técnica sobre o planejamento familiar após a morte de um dos cônjuges a partir de dois aspectos cruciais distintos no que concerne: 1) à sucessão do futuro filho; 2) à tomada de decisão clínica sobre a realização da técnica conceptiva *post mortem*. Estes serão objetos de análise nos seguintes itens.

Efeitos sucessórios e inseminação póstuma

O artigo 1.798 do CC/2002¹³ legitimou como sucessores pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão, ou seja, quando ocorre o falecimento, não contemplando aquelas concebidas após a morte do autor da herança.

Não obstante, de acordo com o Enunciado 267 da III Jornada de Direito Civil, tal regra deve ser estendida aos embriões formados mediante o uso de TRA, abrangendo, assim, a vocação hereditária da pessoa humana a nascer, cujos efeitos patrimoniais se submetem às regras previstas para a petição da herança¹³.

Segundo Ribeiro, existem situações em que o falecimento do indivíduo não encerra a vontade expressada em vida, tal como ocorre com o testamento, que opera seus efeitos depois da morte. Portanto, é juridicamente possível admitir que uma dessas hipóteses seja a manifestação no sentido de continuidade do projeto parental, ainda que um dos pretensos genitores venha a óbito¹⁴.

Albuquerque Filho ensina que existem pelo menos três correntes doutrinárias distintas quanto aos efeitos dessa técnica: 1) excludente, que não reconhece nenhum direito ao filho concebido *post mortem* e recomenda a proibição da prática; 2) relativamente excludente, que reconhece direitos relacionados apenas à filiação e nenhum direito relacionado à herança do pré-morto; 3) inclusiva (defendida pelo autor), que reconhece os direitos de família, inclusive os sucessórios, pelas seguintes razões: *o material genético, sêmen e óvulo, é do par, casado ou em união estável, que pretende haver o filho assim engendrado. Biologicamente, portanto, não há qualquer dúvida sobre a paternidade e maternidade e, acaso exista, o laboratório ou médico que efetuou a técnica de inseminação post mortem terá plenas condições científicas de esclarecer, inclusive para o efeito de posterior registro da criança nascida*¹⁵.

Em consonância com os ensinamentos de Albuquerque Filho, defende-se aqui que a primeira e segunda posição não correspondem à convicção doutrinária adequada.

Adota-se, portanto, a partir de uma interpretação conforme a CF/1988, o entendimento de que o tratamento das relações familiares deve ser mais

humanizado. Devem-se respeitar os direitos fundamentais dos futuros pais sustentados pelos laços de afeto do casal e do sonho de criar um filho, que, desde a sua concepção deverá ter acesso ao direito à vida, à segurança, à integridade e à convivência familiar, a salvo de toda forma de discriminação.

Não se pode admitir a segregação dos institutos da filiação e da sucessão simplesmente para cercar direitos, pois, diante do princípio da igualdade de filiação, e uma vez reconhecida a condição de filho, todos os direitos lhe são devidos, tal como o direito ao nome e à herança⁴, sob pena de retrocesso.

Outra teoria é a de que uma eventual prole seria contemplada apenas por meio da sucessão testamentária, quer dizer, por meio de testamento, quando, em vez de contemplar a prole futura de pessoas alheias, beneficiaria seu próprio filho com o cônjuge sobrevivente, se concebido até dois anos após a morte, a partir de uma interpretação extensiva dos artigos 1.799, inciso I, e 1.800, § 4º do CC/2002¹⁶.

Para Madaleno, não se deve falar em sucessão legítima, isto é, aquela que se dá pela ordem da vocação hereditária estabelecida no CC/2002⁴, visto que a futura criança careceria de capacidade sucessória *porque teria de estar viva ou ter sido concebida na data da abertura da sucessão, pela exigência legal da coexistência temporal da morte do sucedido com a concepção ou nascimento com vida do herdeiro*¹⁷.

Dias¹⁸ adotou posição contrária ao defender, nesse caso, a possibilidade da sucessão legítima, sob o argumento de que, se a lei determinou a transmissão da herança aos herdeiros (CC 1.784), mesmo que não nascidos (CC 1.798), e até às pessoas ainda não concebidas (CC 1.799, I), nada justifica excluir o direito sucessório. Para a autora é descabido afastar da sucessão quem é filho.

Albuquerque Filho¹⁹ e Delfim²⁰ corroboram esse mesmo entendimento. Este último afirma que o *filho resultante da inseminação artificial homóloga post mortem deve ter exatamente os mesmos direitos que são assegurados ao seu irmão biológico concebido ou nascido antes da morte do pai*²⁰.

No entanto, eis que surge outro aspecto indubitavelmente controverso relacionado à indefinição do prazo para implantação *post mortem* do embrião ou do gameta masculino no útero materno, questão essa, mais uma vez, alvo de divergências doutrinárias, inclusive de omissão legislativa.

Nessa hipótese, Albuquerque Filho revela que *caberia ao autor da sucessão quando manifestou a sua vontade por documento autêntico ou por testamento fixar o prazo de espera do nascimento dos filhos, o qual não deve ultrapassar os dois anos previstos para concepção da prole eventual de terceiro, ou, não havendo prazo previamente estabelecido aplicar-se, por analogia, o prazo constante do art. 1.800, § 4º, do Código Civil, ou seja, de dois anos a contar da abertura da sucessão*²¹.

Diversos são os entendimentos em torno da existência ou não dos direitos sucessórios provenientes da inseminação artificial *post mortem*, mas essa discussão é precedida por outra. No âmbito das clínicas de RA, discute-se sobre realizar ou não o método, se, por qualquer motivo, não houver autorização do cônjuge falecido expressa especificamente para essa finalidade prevista no TCLE.

Isso porque, conforme se pode constatar, o capítulo VIII da Resolução CFM 2.168/2017¹² nada diz sobre a necessidade da autorização escrita do falecido para uso do material congelado. Porém, a I Jornada de Direito Civil, realizada pelo Conselho da Justiça Federal²², emitiu o Enunciado 106, entendendo-se pela sua obrigatoriedade. Desse modo, para que seja presumida a paternidade do marido falecido, é obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das TRA com o material genético do falecido, esteja na condição de viúva, sendo obrigatória, ainda, a autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte.

No entanto, questiona-se a produção de efeitos da primeira parte desse dispositivo, pois a presunção legal de paternidade já está prevista e assegurada pelo mencionado artigo 1.597, III, do CC/2002⁴, porém sem alguma disposição sobre o estado de viuvez do cônjuge sobrevivente. Para Madaleno, mesmo a *inseminação artificial autorizada pelo marido para depois de sua morte não irá mais se operar com a clareza da presunção legal, devendo o juiz afastá-la frente à nova união afetiva da viúva e buscar a verdade genética pelo exame de DNA*²³.

Já para o caso de falecimento do cônjuge feminino, o enunciado 633 da VIII Jornada de Direito Civil²⁴ reafirmou a possibilidade de realização da inseminação por meio da chamada gestação de substituição (cessão temporária gratuita do útero), ora regulada pela mesma Resolução CFM 2.168/2017¹², desde que a esposa ou companheira haja expressado consentimento em vida²⁴.

Nesse sentido, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) instituiu o provimento 63, de 14 de novembro de 2017²⁵, que dispõe sobre procedimentos específicos a serem adotados pelos escritórios de registro civil das pessoas naturais, inclusive aqueles relacionados ao nascimento decorrente da RA *post mortem*. Note-se o artigo 17, § 2º, segundo o qual deve ser apresentado termo de autorização prévia específica do falecido ou falecida para uso do material biológico preservado, lavrado por instrumento público ou particular com firma reconhecida²⁵.

Assim, a partir de interpretação sistêmica desses dispositivos, diante da natureza e forma do TCLE, até mesmo sob o viés prático para evitar potenciais litígios, reconhece-se, aqui, a necessidade da forma escrita dessa autorização. A inexistência de legislação sobre a temática é um problema incontestável que evidencia ainda mais o papel do Judiciário na resolução das demandas ajuizadas com o fim de autorizá-la.

A partir daí, surge a inquietação sobre o fato de que, a despeito dessa omissão no TCLE, ainda seria possível realizar o procedimento a partir do arcabouço probatório dos autos, pela comprovação da vontade expressa em outros documentos – e.g. cartas ou até mesmo legendas em fotografias, ou escritos. Isso ocorreria especialmente porque esse tipo de planejamento se dá em circunstâncias de maior privacidade, logrando, assim, êxito em demonstrar que o casal planejou ter filhos. Aqui, não se trata de uma presunção de vontade, mas sim comprovação fática.

Entretanto, a problematização sobre tal questão não é nova nem, tampouco, concentrada em apenas um país ou região. Shapiro e Sonnenblick, afirmam *que essas discussões receberam cada vez mais destaque a partir de 1984, após a morte do francês Alain Parpalaix aos 26 anos, dois dias após seu casamento com Corinne Parpalaix*²⁶. Alain, diagnosticado com câncer testicular, depositou seu sêmen em um banco de esperma, mas não indicou expressamente a destinação futura do material genético, razão pela qual o referido banco se negou a entregá-lo à sua esposa após a morte do marido²⁶.

Pela primeira vez na história, a temática teve de ser enfrentada pela Justiça francesa, que, com base no direito fundamental de procriar, entendeu que a ausência de declaração escrita de Alain não impedia por si só o cumprimento de sua vontade. Além disso, haja vista os testemunhos de sua esposa e de seus pais – estes estavam em melhor posição para

determinar “os desejos profundos de seu filho” – julgou-se pela devolução da totalidade do esperma para um médico escolhido pela viúva Corinne²⁶.

O primeiro registro de inseminação *post mortem* no Brasil de que se tem conhecimento recebeu notoriedade a partir de uma ação de retificação de certidão de óbito ajuizada por Camila Noronha Martins Custódio, representada por sua genitora Geralda Mônica de Cássia Noronha. Esta era casada com o genitor de Camila, Rui Manoel Martins, que, diagnosticado com leucemia mieloide, faleceu alguns meses depois de se casar com Geralda, em 1996. Em seguida, a esposa, atendendo à vontade do falecido, submeteu-se a inseminação artificial com sêmen anteriormente congelado e concebeu Camila, que nasceu em setembro de 1997.

Por essa razão, pugnou-se pela correção do registro de óbito do pai para que ali constasse a existência da filha do casal, o que foi indeferido em primeira instância e, posteriormente, em grau recursal, também pela Quarta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no julgamento da Apelação 166.180.4/7-00²⁷, sob o fundamento de que a alteração no assento de óbito seria inviável até que se realizasse a investigação de paternidade *post mortem*, para tanto, indispensável.

Em 2010, Roberto Jefferson Niels, à época casado com Katia Lenerneier, descobriu um câncer e entendeu por bem congelar o seu sêmen diante do risco de infertilidade ocasionado pela quimioterapia, porém faleceu antes que os embriões fossem implantados. A esposa, então, requereu junto à clínica a realização da inseminação *post mortem* com o sêmen do marido, entretanto teve seu pedido negado pelo laboratório, sob o argumento de que não havia autorização expressa nesse sentido. Após ajuizamento de uma ação perante a 13ª Vara Cível de Curitiba/PR, concedeu-se liminar para autorizar a execução do procedimento²⁸.

Situação semelhante voltou a ocorrer recentemente, quando Samille procurou a clínica de RA para o procedimento de implantação dos embriões congelados com material genético do marido falecido. A clínica negou a realização da técnica pelo mesmo motivo exposto no caso anterior. Em entrevista, a mulher afirma que não houve orientação da clínica para preenchimento do campo específico no TCLE sobre a destinação dos embriões no caso de morte de um ou de ambos²⁹.

Desse modo, o TCLE passa a receber um novo significado, englobando um caráter multidisciplinar que amplia ou restringe o prosseguimento do plano conjugal. Este jamais deve partir de simples seleções impressas em um formulário, mas sim de opções esclarecidas segundo a realidade conhecida apenas pelo próprio paciente submetido a quaisquer técnicas de RA.

Tomada de decisões em bioética

Clínica × cônjuge sobrevivente

Na seção anterior, foram apresentados os dilemas da fecundação póstuma no âmbito do direito das sucessões. Esta seção trata da tomada de decisões no âmbito das clínicas, centros ou serviços diretamente envolvidos com a realização desse procedimento.

Frisa-se que um dos efeitos da prática é a irreversibilidade, já que, depois de realizada a inseminação no cônjuge sobrevivente, não se pode, ao menos intencionalmente, retornar ao estado anterior. De outra parte, a demora na realização da prática pode resultar até mesmo na perda ou descarte do material criopreservado, a depender das disposições contratuais junto à clínica.

Ainda assim, pode-se deduzir que a maioria dos casais espera estar viva quando os materiais congelados de um deles ou de ambos forem usados e, logicamente, não se atentam ao que deverá ser feito na hipótese de ocorrência do “evento morte”. Daí a indagação: qual seria a sua real vontade?

Nessa seara, Strong, Gingrich e Kutteh lembraram muito bem que *em outras áreas da medicina nas quais as decisões devem ser tomadas na ausência de consentimento prévio explícito, tomar decisões com base no consentimento inferido do paciente é reconhecido como uma forma de respeitar a sua autonomia*³⁰. Isso ocorre, por exemplo, nos casos de definição sobre o fornecimento de tratamento para prolongar a vida de pacientes em estado vegetativo persistente que não têm diretrizes antecipadas de vontade.

Normalmente, os membros da família são questionados se os pacientes alguma vez expressaram seus desejos sobre o tratamento de suporte de vida em tais circunstâncias. Se as afirmações e valores anteriores do paciente confirmarem que ele gostaria que o tratamento fosse suspenso, então esse

consentimento inferido poderia ser parte importante de uma justificativa ética para negá-lo³⁰.

Quando não há consentimento prévio explícito registrado na clínica, mas o cônjuge sobrevivente e demais familiares próximos concordam que o pré-morto teria autorizado a realização da inseminação *post mortem*, ocorre um conflito de linguagens: uma emocional, proveniente dos laços familiares, outra técnica, da clínica médica ou serviço especializado com o dever de cumprir as limitações éticas. Nos dois casos, há insegurança. Não se pode, por isso, deixar de aplicar métodos específicos de tomada de decisão em bioética, inclusive como um meio de aconselhamento nas discussões com os cônjuges sobreviventes.

É preciso lembrar que atualmente existem diversas propostas metodológicas relacionadas ao processo de tomada de decisões nessa área. Essas propostas apresentam óticas de análise de dilemas morais constantemente colocados à prova pela complexidade das relações inseridas na prática assistencial.

Apesar disso, tais proposituras transitam de maneira comum sob o núcleo da atribuição de sentidos existenciais finalísticos, referentes à atuação de diferentes atores, notadamente, perante a condição clínica dos pacientes e a potencialidade de exercício autônomo de seus interesses. De outra parte, é necessária a indicação do responsável legítimo pelas escolhas valorativas que cada caso concreto proclamar.

Em linhas gerais, toma-se aqui como exemplo a utilização do método de casuística clínica proposto por Albert Jonsen e Stephen Toulmin. A casuística analisa problemas éticos *por meio de procedimentos de equacionamento baseados em paradigmas, analogias e opiniões de especialistas sobre a existência e rigor das obrigações morais, em situações particulares*³¹.

Tal ferramenta considera fases distintas de análise da situação conflituosa, pautadas em questionamentos que envolvem basicamente a parte técnica médica, a autonomia/qualidade de vida do paciente e aspectos conjunturais. Isso vai ao encontro da característica dos tipos de linguagens inseridas nas situações de inseminação *post mortem* descritas anteriormente.

Certamente não se objetiva aqui definir uma solução para o problema, mas apresentar uma orientação plausível para o tratamento da questão, considerando os questionamentos apresentados no Quadro 1.

Quadro 1. Questionamentos sobre indicações médicas, preferências do paciente e aspectos conjunturais para análise do caso

Indicações médicas	Preferências do paciente	Aspectos conjunturais
1. Qual é o problema do paciente? História? Diagnóstico? Prognóstico?	1. O que o paciente expressou sobre suas preferências no tratamento?	1. Há assuntos familiares influenciando indevidamente as decisões terapêuticas?
2. O problema é agudo? Crônico? Crítico? Emergencial? Reversível?	2. O paciente foi informado sobre benefícios e riscos? Compreendeu as informações? Deu seu consentimento?	2. Há problemas dos profissionais de saúde influenciando as decisões terapêuticas?
3. Quais são os objetivos do tratamento?	3. O paciente está mentalmente capaz? Tem competência legal? Há indícios de outro tipo que sugerem incapacidade para decidir?	3. Há interferência desmedida de fatores econômicos ou sociais?
4. Qual é a possibilidade de sucesso?	4. O paciente expressou antecipadamente suas preferências?	4. Há fatores religiosos ou culturais pesando nas escolhas?
5. Quais são os planos se a terapêutica falhar?	5. Quem é o representante do paciente se este estiver incapacitado para decidir? O representante segue regras apropriadas para a decisão substitutiva?	5. Há justificção para a violação do segredo médico?
6. Como o paciente se beneficiará dos cuidados prestados pela equipe?	6. O paciente reluta contra o tratamento? É incapaz de cooperar? Por quê?	6. Há problemas de alocação de recursos?
7. Como os danos podem ser evitados?	7. Respeitaram-se os direitos de escolha do paciente em sua extensão ética e legal?	7. Quais as implicações legais das decisões terapêuticas?
		8. O caso envolve pesquisa? Ensino?

Fonte: Elaborada pela autora com base nas tabelas desenvolvidas por Zoboli³¹

A importância desses questionamentos está pautada na construção de parâmetros de segregação de conceitos morais, normalmente amplos e carregados de subjetividade, os quais em geral tendem a ser ocultos ou até inconsistentes, segundo as experiências de vida de cada um dos envolvidos.

Desse modo, o método de aconselhamento que pode auxiliar na tomada de decisões clínicas deve ser prática comum em eventuais ações judiciais. Esse método forma uma tipologia de raciocínios para auxílio interpretativo da lacuna existente entre os critérios legais e a gama diversificada de casos e conceitos médicos e morais judicializados encontrados na prática. É o que se vê no caso em que inexistente a declaração de vontade escrita quanto ao uso *post mortem* do material genético anteriormente congelado.

Assim, a partir das reflexões pontuais em torno de um possível consentimento inferido, pergunta-se, por exemplo: qual é a possibilidade de sucesso? O paciente foi informado sobre benefícios e riscos? Compreendeu as informações? Deu seu consentimento? Expressou antecipadamente

suas preferências? Quem é o representante do paciente se este estiver incapacitado para decidir? O representante segue regras apropriadas para a decisão substitutiva? Respeitaram-se os direitos de escolha do paciente em sua extensão ética e legal? Há fatores religiosos ou culturais pesando nas escolhas?

Essas perguntas são importantes, pois a tomada de decisão do sobrevivente pode ser nublada pela dor causada pelo processo de luto³².

Considerações finais

Os avanços científicos e tecnológicos na medicina nunca estiveram tão relacionados ao planejamento familiar, seja como esperança na efetivação do direito de procriação humana, seja para trazer novas questões relacionadas à filiação e a estruturas familiares diversas, as quais, certamente, as disposições legislativas não conseguem acompanhar ou contemplar. Prova disso é a evolução da técnica de criopreservação de embriões e gametas femininos

ou masculinos, que, mais tarde, permitiu a realização da chamada inseminação artificial póstuma.

Essa questão faz parte do campo de estudo da bioética, que merece cada vez mais destaque diante da necessidade de intensificação das reflexões de diferentes naturezas – jurídica, social ou religiosa – com a difusão do uso de novas tecnologias de vida.

O efetivo respeito à autonomia do indivíduo deve orientar as questões acerca da RA, materializada por meio do TCLE, inclusive após a morte. Mas, alerta-se: como o próprio nome sugere, o documento deve ser escrito, a partir do livre preenchimento, pelo paciente, único conhecedor de sua própria realidade, desde que tenha sido orientado e esclarecido pelas clínicas especializadas com as devidas observações sobre as opções médicas relacionadas ao procedimento.

Além disso, é preciso ir em busca do conhecimento relacionado aos possíveis efeitos jurídicos resultantes da sua decisão, principalmente sobre

patrimônio, filiação e direitos sucessórios do futuro filho, do contrário não se pode falar em livre consentimento com informação clara, o que representaria verdadeira limitação à consecução do plano conjugal.

Por essa razão, é necessário estabelecer um diálogo mais aprofundado, que não se restrinja apenas a uma linguagem técnica das clínicas e serviços que aplicam técnicas de RA, restritas ao cumprimento efetivo das disposições atuais ou futuras nas resoluções emitidas pelo CFM relacionadas à temática.

Além do aconselhamento aos cônjuges sobreviventes em processo de luto, deve-se considerar também a linguagem emocional proveniente dos laços afetivos familiares, com base, por exemplo, na aplicação do método casuístico para tomada de decisões bioéticas. Esse método pode conduzir a questionamentos mais objetivos sobre as repercussões advindas da realização dessa técnica, conforme a complexidade de cada circunstância.

Referências

1. American Medical Association. Assisted reproductive technology [Internet]. 2021 [acesso 6 abr 2022]. Disponível: <https://bit.ly/3Qsrlx1>
2. Leite TH, Henriques RAH. Bioética em reprodução humana assistida: influência dos fatores sócio-econômico-culturais sobre a formulação das legislações e guias de referência no Brasil e em outras nações. *Physis* (Rio J.) [Internet]. 2014 [acesso 6 abr 2022];24:31-47. DOI: 10.1590/S0103-73312014000100003
3. Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da União [Internet]. Brasília, 5 out 1988 [acesso 6 abr 2022]. Disponível: <https://bit.ly/3Aregcx>
4. Brasil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União [Internet]. Brasília, 10 jan 2002. Disponível: <https://bit.ly/3QSh3Cu>
5. 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. Diário Oficial da União [Internet]. Brasília, 12 jan 1996. Disponível: <https://bit.ly/3Cy24cu>
6. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM nº 2.217, de 27 de setembro de 2018. Aprova o Código de Ética Médica. Diário Oficial da União [Internet]. Brasília, 2018 [acesso 6 abr 2022]. Disponível: <https://bit.ly/3paAbzv>
7. Muñoz DR, Fortes PAC. O princípio da autonomia e o consentimento livre e esclarecido. In: Costa SIF, Garrafa V, Oselka G, organizadores. *Iniciação à bioética* [Internet]. Brasília: CFM; 1998 [acesso 6 abr 2022]. p. 53-70. Disponível: <https://bit.ly/3TbWK4B>
8. National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research. Belmont report [Internet]. 1979 [acesso 6 abr 2022]. Disponível: <https://bit.ly/3Tha2N1>
9. Organização das Nações Unidas. Declaração universal sobre bioética e direitos humanos [Internet]. 2005 [acesso 6 abr 2022]. Disponível: <https://bit.ly/3QRZnqm>

10. Conselho Federal de Medicina. Recomendação CFM nº 1/2016. Dispõe sobre o processo de obtenção de consentimento livre e esclarecido na assistência médica [Internet]. 2016 [acesso 6 abr 2022]. Disponível: <https://bit.ly/3TkWmRo>
11. Pedrosa Neto AH, Franco GF Jr. Reprodução assistida. In: Costa SIF, Garrafa V, Volnei, Oselka G, organizadores. Iniciação à bioética [Internet]. Brasília: CFM; 1998 [acesso 6 abr 2022]. p. 111-24. p. 117. Disponível: <https://bit.ly/3TbWK4B>
12. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM nº 2.168/2017. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudam a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos, tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM nº 2.121. Diário Oficial da União [Internet]. Brasília, p. 117, 24 set 2015 [acesso 6 abr 2022]. Seção 1. Disponível: <https://bit.ly/3AKBWKc>
13. Aguiar RR Jr, coordenador. Jornadas de direito civil I, III, IV e V: enunciados aprovados [Internet]. Brasília: Centro de Estudos Judiciários; 2012 [acesso 6 abr 2022]. Disponível: <https://bit.ly/3AfiBzi>
14. Ribeiro RRB. Reprodução assistida post mortem no direito brasileiro. Revista de Biodireito e Direito dos Animais [Internet]. 2017 [acesso 6 abr 2022];3(1):36-56. Disponível: <https://bit.ly/3q3kVF3>
15. Albuquerque Filho CC. Fecundação artificial post mortem e o direito sucessório [Internet]. In: Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família; 29 out 2006; São Paulo. São Paulo: IOB Thompson; 2006 [acesso 6 abr 2022]. p. 12-21. p. 15. Disponível: <https://bit.ly/3pKHs9e>
16. Albuquerque Filho CC. Op. cit. p. 13.
17. Madaleno R. Direito de família. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense; 2017. p. 810.
18. Dias MB. Manual das sucessões. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; 2011. p. 123.
19. Albuquerque Filho CC. Op. cit. p. 20.
20. Delfim MR. As implicações jurídicas decorrentes da inseminação artificial homóloga post mortem. Revista Jus Navigandi [Internet]. 2009 [acesso 6 abr 2022];14(2186):207-20. Disponível: <https://bit.ly/3wvXJTD>
21. Albuquerque Filho CC. Op. cit. p. 21.
22. Brasil. Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº 106 [Internet]. 2006 [acesso 22 set 2022]. Disponível: <https://bit.ly/3BE4Dri>
23. Madaleno R. Op. cit. p. 809.
24. Brasil. Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº 633 [Internet]. 2018 [acesso 6 abr 2022]. Disponível: <https://bit.ly/3dZL9FH>
25. Brasil. Conselho Nacional de Justiça. Provimento nº 63, de 14 de novembro de 2017. Diário Oficial da União [Internet]. Brasília, 2017 [acesso 6 abr 2022]. Disponível: <https://bit.ly/3Cwb3Lf>
26. Shapiro ED, Sonnenblick B. Widow and the sperm: the law of post-mortem insemination. JL & Health [Internet]. 1985 [acesso 6 abr 2022];1:229. p. 232. Tradução nossa. Disponível: <https://bit.ly/3QSXFVK>
27. São Paulo. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 166.180.4/7-00. Óbito. Registro afirmando que o falecido não deixou filhos. Nascimento posterior em decorrência de fertilização "in vitro", com utilização de sêmen deixado pelo falecido. Pretendida retificação do óbito. Apelante: Camila Noronha Martins Custódio. Apelado: O Juízo. Relator: Desembargador Olavo Silveira [Internet]. 2000 [acesso 14 jan 2021]. Disponível: <https://bit.ly/3R6UJVM>
28. Araújo G. Justiça autoriza professora a usar sêmen de marido morto no Paraná. G1 [Internet]; 2010 [acesso 6 abr 2022]. Disponível: <http://glo.bo/3dQeeTH>
29. Viúva tem pedido negado para implantar embriões congelados dela e do marido. G1 [Internet]; 2019 [acesso 6 abr 2022]. Disponível: <http://glo.bo/3CWx1sD>
30. Strong C, Gingrich JR, Kutteh WH. Ethics of postmortem sperm retrieval: ethics of sperm retrieval after death or persistent vegetative state. Hum Reprod [Internet]. 2000 [acesso 6 abr 2022];15(4):739-45. p. 742. Tradução livre. DOI: 10.1093/humrep/15.4.739

31. Zoboli E. Tomada de decisão em bioética clínica: casuística e deliberação moral. Rev. bioét. (Impr.) [Internet]. 2013 [acesso 6 abr 2022];21(3):389-96. p. 390. Disponível: <https://bit.ly/3Km6wwH>
32. American Society for Reproductive Medicine. Posthumous retrieval and use of gametes or embryos: an Ethics Committee opinion [Internet]. 2018 [acesso 6 abr 2022];110(1):45-9. Disponível: <https://bit.ly/3ThQckD>

Larissa Cristina Lourenço – Mestre – larissac.lourenco@outlook.com

 0000-0002-3620-1619

Correspondência

Larissa Cristina Lourenço – Rua Felipe dos Santos, 117, Vila Gonçalves CEP 35452-242. Itabirito/MG, Brasil.

Recebido: 22.2.2021

Revisado: 10.8.2022

Aprovado: 16.8.2022