

**Colisão e ponderação de princípios fundamentais na inseminação artificial
póstuma: uma análise a partir das Teorias de Robert Alexy**

DOI: 10.31994/rvs.v12i2.705

Laís Botelho Oliveira Álvares¹

Larissa Gasparoni Gazolla de Siqueira²

RESUMO

Considerando-se que as inovações tecnológicas desafiam a habilidade do legislador em acompanhar a evolução da sociedade, o presente artigo buscou avaliar a celeuma criada pela possibilidade de se proceder com a inseminação artificial após a morte, através dos pilares do Biodireito, do Direito Civil e dos Direitos Fundamentais. Para cumprir tal desiderato, foi utilizada a metodologia da ponderação de princípios, do nosso marco teórico, o jusfilósofo Robert Alexy. Como conclusão, entendemos que é possível proceder com a fertilização *in vitro post mortem* quando houver prévia anuência por escrito do futuro pai.

PALAVRAS-CHAVE: BIODIREITO. DIREITOS FUNDAMENTAIS. INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL PÓSTUMA.

¹ Pós-graduada em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes (UCM), em Direito Civil pela Universidade Gama Filho (UGF) e em Direito Processual pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF). Graduada em Filosofia pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF). Mestranda em Direito e Inovação pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF), advogada e professora. E-mail: labotelhoadv@gmail.com. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-8144-6164>.

² Graduada em Direito (UNILASALLE-RJ), Advogada, Especialista em Direito Ambiental e alterações climáticas (Universidade NOVA - LISBOA/PT). Mestranda em Direito e Inovação pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF). E-mail: larissagasparoni@yahoo.com.br. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-4078-3719>.

Collision and balancing of fundamental principles in posthumous artificial insemination: an analysis based on Robert Alexy's Theories

ABSTRACT

Considering that technological innovations challenge the legislator's ability to follow the evolution of society, this article sought to evaluate the stir created by the possibility of proceeding with artificial insemination after death, through the pillars of Sanitation Law, Civil Law and Fundamental Rights. To fulfill this aim, we used the methodology of weighting principles, from our theoretical framework, the jusphilosophus Robert Alexy. In conclusion, we understand that it is possible to proceed with post-mortem in vitro fertilization when there is prior written consent from the future father.

KEY-WORDS: SANITATION LAW. FUNDAMENTAL RIGHTS. POSTHUMOUS ARTIFICIAL INSEMINATION.

INTRODUÇÃO

A sociedade contemporânea é marcada pelo avanço crescente da ciência e da tecnologia, no entanto, esses avanços nem sempre são vistos pelo ponto de vista positivo. Em inúmeras vezes, as inovações biotecnológicas chocam a sociedade e geram embates ético-jurídicos.

Isso ocorre devido ao fato de que nem a ciência, nem o direito são capazes de prever todos os resultados e impactos que suas técnicas trarão para a vida dos seres humanos e da sociedade em geral. Nessa toada, a Bioética surge como um campo do conhecimento da Ética aplicada que busca equilibrar as relações das

peças, dos animais e do meio ambiente com a ciência (BARBOZA; BARRETO, 2001).

A partir do momento em que percebemos que o princípio basilar da nossa Constituição Federal de 1988, o princípio da dignidade da pessoa humana, informa a todo o momento a ciência da Bioética, imprescindível se faz uma análise mais cuidadosa das técnicas de reprodução humana assistida (TRHA), das repercussões que elas podem causar na vida dos pacientes e seu impacto na sociedade.

O conflito entre o progresso da ciência e certos valores básicos da sociedade representa um conflito bioético, mas também de princípios constitucionais, a partir do momento em que o art. 5º da Carta Magna garante, dentre outros direitos, a livre expressão científica. À luz do princípio da dignidade da pessoa humana, na perspectiva constitucional, as normas civis devem sempre resguardar o mínimo necessário para que as pessoas tenham uma vida digna.

Dessa forma, o estudo da Bioética é extremamente necessário, pois seu interesse é regulamentar as condutas dos cientistas e pesquisadores a partir de seu ponto de vista moral, a fim de salvaguardar os direitos das pessoas e, acima de tudo, sua dignidade.

Ao lado da Bioética, temos o Biodireito, que busca encontrar formas de regulamentação dos procedimentos médicos através da sua técnica jurídica, trazendo à tona a força cogente que falta à Bioética. Uma dessas preocupações nasce com o surgimento de técnicas de reprodução humana assistida e as repercussões nos direitos de filiação da criança. É com base nessas premissas que o presente artigo buscou construir um entendimento sobre a fertilização *in vitro* após a morte do genitor e os impactos jurídicos no direito de filiação. Analisar-se-á, ao longo do presente trabalho, a reprodução humana assistida no Brasil, tendo em vista o desenvolvimento tecnológico que possibilitou a evolução das técnicas de reprodução humana assistida, com ênfase na bioética e no biodireito e com instrumentos garantidores da aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana.

Partindo-se do pressuposto de que existem duas correntes acerca da validade ética da inseminação homóloga artificial póstuma, busca-se solucionar a questão, que envolve a colisão entre direitos fundamentais à luz da Teoria dos Direitos Fundamentais do jusfilósofo Robert Alexy.

Para tanto, utilizar-se-á a metodologia da ponderação de princípios, em busca de se encontrar de qual lado reside a razoabilidade.

Assim sendo, o primeiro tópico se preocupou em delinear o conteúdo da Bioética, explicando o seu conceito e seu nascedouro, passando pelo estudo da Ética e da Moral, bem como pela sua colaboração para o surgimento da ciência do Biodireito.

No segundo tópico, foram analisadas as técnicas de reprodução humana assistida (TRHA) com ênfase na inseminação artificial homóloga, na qual um casal que não pode ter filhos através dos meios naturais estará apto a fazê-lo.

O terceiro tópico, por sua vez, busca trazer o fundamento axiológico que baseia a corrente defensora do uso da técnica, reforçando a necessidade do nosso país em editar leis que disciplinem da melhor maneira possível as TRHA.

Finalmente, no tópico quarto será feita a ponderação entre os princípios fundamentais do melhor interesse da criança e o direito à reprodução.

Assim, chega-se à conclusão de que não coaduna com a dignidade humana a vedação de tal procedimento, visto que os argumentos utilizados pela corrente contrária comumente são de ordem conservadora e preconceituosa.

1 ASPECTOS GERAIS DA BIOÉTICA E DO BIODIREITO

1.1 A moral, a ética e a Bioética

Para os filósofos gregos Sócrates, Platão e Aristóteles, a ética está ligada aos movimentos da razão humana. Segundo esses pensadores, a ética engloba todos os atos realizados à luz da razão. Sendo assim, toda a atitude dos indivíduos

pensantes deve ser pautada segundo a razão (BARCHIFONTAINE, PESSINI, ROVER, 1987). O ideal ético para os pensadores gregos estava na busca teórica e prática da ideia do bem, na qual as realidades do mundo participariam de alguma maneira, ou estava na felicidade, que era entendida como uma vida bem ordenada e virtuosa (BARCHIFONTAINE, PESSINI, ROVER, 1987).

O conceito de ética, de acordo com Barchifontaine, Pessini e Rover (1987, p. 60), é feito da seguinte forma:

Ética é a ciência dos costumes. Costumes são os hábitos de uma pessoa, um povo, de uma comunidade. Os costumes, de fato, são os comportamentos médios aceitos por uma comunidade. O afastamento dessa média gera surpresas, críticas e repreensões.

A ética profissional, por sua vez, é composta por normas e códigos, mas não se limita a eles. Procura-se a humanização do trabalho organizado, isto é, colocá-lo a serviço do indivíduo, da sua promoção, da finalidade social. Muito além do que formular normas e juntá-las em um código, é tarefa da ética profissional realizar uma reflexão crítica, questionadora, que tenha por finalidade salvar o ser humano (BARCHIFONTAINE, PESSINI, ROVER, 1987).

Na visão de Nicola Abbagnano (2000), a ética é, em geral, a ciência da conduta humana. De acordo com esse autor:

Existem duas concepções fundamentais dessa ciência: a primeira é que a considera como ciência o fim para o qual a conduta dos homens deve ser orientada e dos meios para atingir tal fim, deduzindo tanto o fim quanto os meios da natureza do homem; a segunda que considera como a ciência do móvel da conduta humana e procura determinar tal móvel com vistas a dirigir ou disciplinar essa conduta (ABBAGNANO, 2000, p. 380).

Em relação à moral, por sua vez, este autor a define da seguinte maneira:

Este adjetivo tem, em primeiro lugar, os dois significados correspondentes aos do substantivo moral: o primeiro atinente à doutrina ética e o segundo atinente à conduta e, portanto, suscetível de avaliação moral, especialmente avaliação moral positiva. Assim,

não só se fala em atitude moral para indicar uma atitude moralmente valorável, mas também coisas positivamente valoráveis, ou seja, boas.

(...)

Em inglês, francês e italiano, esse adjetivo depois passou a ter o significado genérico de “espiritual”, que ainda se conserva em certas expressões. Hegel lembrava este significado com referência ao francês, ele ainda persiste, por exemplo, na expressão “ciências morais”, que são as “ciências do espírito” (ABBAGNANO, 2000, p. 682).

O ser humano age no mundo através do que entende por valores. Isso significa dizer que as coisas e as ações que se realizam podem ser hierarquizadas de acordo com as noções de bem e de justo compartilhadas por um grupo de pessoas, em um determinado momento. O indivíduo é um ser que avalia suas condutas a partir de valores que considera morais (COTRIM, 2006).

Embora os termos ética e moral por vezes sejam utilizados como sinônimos, eles não se confundem, conforme pode ser observado:

A palavra moral vem do latim *mos mor*, “costumes”, e refere-se ao conjunto de normas que orientam o comportamento humano tendo como base os valores próprios a uma dada comunidade ou cultura. Como as comunidades humanas são distintas entre si, tanto no espaço quanto no tempo, os valores podem ser distintos de uma comunidade para outra, o que origina códigos morais diferentes. Pertencem ao vasto campo da moral a reflexão de fundamentos como: O que devo fazer para ser justo? Quais valores devo escolher para guiar a minha vida? Há uma hierarquia entre valores que deve ser seguida? A palavra ética, por sua vez, vem do grego *ethikos*, “modo de ser”, comportamento, e se aplica à disciplina filosófica que investiga os diversos sistemas morais elaborados pelos homens, buscando compreender a fundamentação das normas e proibições (interdições) próprias a cada um e explicitar seus pressupostos, ou seja, as concepções sobre o ser humano e a existência humana que os sustentam (COTRIM, 2006, p. 243).

Nesse sentido, a ética é uma disciplina teórica sobre uma prática humana, que é o comportamento moral. No entanto, as reflexões éticas não se restringem apenas às buscas de conhecimento teórico sobre os valores humanos, cuja origem e desenvolvimento levantam questões de caráter sociológico, antropológico, entre

outros. Isso quer dizer que a ética se preocupa também em unir o saber e o fazer, buscando, dessa forma, aplicar o conhecimento sobre o ser para construir o *dever ser*.

Podemos concluir, dessa forma, que a Ética não *cria* a Moral, mas dialoga com ela a todo momento. Por outro lado, a Bioética é relativamente recente em nossas sociedades. As suas raízes ideológicas surgiram nas ruínas da 2ª Guerra Mundial, quando se estimulou a consciência dos indivíduos a uma profunda reflexão, com o intuito de se estabelecer uma fronteira entre a ética e o comportamento. A partir desse marco, estimulou-se a exigência da ética no campo biomédico, fundamentada na razão e nos valores objetivos da vida e da pessoa.

Conceitua-se a bioética como sendo um ramo da ética aplicada, que representa um movimento intelectual que surgiu nos Estados Unidos e que realiza uma análise em relação aos avanços científicos e os possíveis conflitos que podem surgir quando contrapostos com questões morais, sociais e até mesmo jurídicos (BARBOZA; BARRETO, 2001).

O termo “Bioética” apareceu inicialmente na obra de Van Rensselaer Potter, “Bioethics: bridge to the future”, em 1971. A partir daí, a Bioética tornou-se cada vez mais expressiva, especialmente nas décadas de 80 e 90, com o advento do chamado “projeto genoma humano”, responsável pelo mapeamento genético do ser humano, com vistas a implementar estudos mais aprofundados na área (BARBOZA, 2012).

Para que os preceitos da Bioética sejam efetivamente aplicados, será necessário que o órgão regulamentador da profissão esteja sempre presente, tanto na edição de regras de conduta, quanto na fiscalização. Além disso, não podemos esquecer da importância das Agências Reguladoras, que exercem um importante papel de controle.

Porém, não restam dúvidas da extrema dificuldade de controle e fiscalização da ética médica e científica, principalmente quando se envolvem relações privadas e íntimas, como é o caso da reprodução humana assistida.

Atualmente, os CEP (Comitês de Ética e Pesquisa) atuam fazendo um importante trabalho de controle. Essas organizações são compostas por profissionais das mais variadas formações, geralmente especialistas, que se preocupam em regulamentar e controlar as práticas de pesquisas aplicadas aos seres humanos.

A Bioética, dessa forma, tenta conciliar a todo momento as inovações tecnológicas com as exigências morais e legais da nossa sociedade, visando solucionar conflitos advindos desses fenômenos. No Brasil, a Bioética não é apenas uma forma de consenso moral entre médicos e cientistas, tendo caráter cogente através das regulamentações de condutas forjadas pelo Conselho Federal de Medicina.

Sobre o assunto, o grande mestre Hely Lopes Meirelles (1989, p. 154) assevera que:

As referidas resoluções sobre regras éticas profissionais constituem atos administrativos normativos que veiculam as deliberações dos referidos órgãos colegiados. Uma resolução normalmente serve para expressar em minúcia o mandamento abstrato de uma lei parlamentar.

Por fim, cabe ressaltar mais uma vez a importância da criação de novas leis no sentido de regulamentar e limitar a atuação dos profissionais da ciência, da medicina e demais profissões que lidam com a saúde humana, principalmente quando se tratar de interferências invasivas na vida dos seres humanos.

Uma vez que o assunto envolve direitos fundamentais, o Estado deve se fazer presente e agir de forma ativa para tutelar os direitos dos particulares. Isso deve ocorrer através de processo legislativo regular, em que os parlamentares, eleitos pelo povo, decidirão quais limites deverão estar presentes para as formas de intervenção da ciência e da medicina na vida humana.

Em síntese, podemos definir que a Bioética se refere a um estudo sistemático da conduta humana examinada à luz dos valores e dos princípios morais. Trata-se, dessa forma, de um ramo da Ética Geral. Não cabe à bioética a tarefa de elaborar

novos princípios éticos gerais, mas sim aplicar esses princípios ao âmbito das ciências da vida e do cuidado da saúde, em especial aos novos problemas que estão surgindo.

1.2 Da Bioética ao Biodireito

O Biodireito pode ser definido como o ramo do Direito que trata da teoria, da legislação e da jurisprudência relativas às normas reguladoras da conduta humana em face da biotecnologia e da biomedicina e abrange o direito da reprodução humana assistida. Nessa toada, descobriu-se que existe uma necessidade iminente de se criar verdadeiras normas reguladoras de certos procedimentos médicos e científicos, possibilitando assim que a ciência evolua sem que cause detrimento do ser humano.

Sendo o Direito uma ciência social, cabe a ele acompanhar de perto essas inovações a fim de salvaguardar os direitos fundamentais e os valores presentes no nosso ordenamento jurídico. A Bioética e o Biodireito, dessa forma, são duas ciências que convivem entre si, em que se pese o Biodireito vir se firmando como ciência autônoma, na medida em que os jurisdicionados batem às portas do Poder Judiciário com questões que a bioética sozinha não seria capaz de resolver.

Por haver uma grande lacuna legislativa em matéria de Biodireito, é preciso que seja criada uma legislação sobre temas que atualmente são contemplados apenas pela bioética, para tornar regra aquelas condutas consideradas consenso no âmbito científico-social da matéria.

O objetivo do Biodireito não deve ser encontrar simplesmente um correspondente legal ou jurídico em relação à Bioética. É domínio do Biodireito proceder com o estabelecimento das normas jurídicas que deverão reger os fenômenos oriundos da biotecnologia e da biomedicina, também disciplinados pela Bioética. Não seria razoável que conflitos jurídicos fossem resolvidos apenas com princípios e regras da Bioética (BARBOZA; BARRETO, 2001). Sendo assim, o Biodireito e a Bioética devem andar juntos, principalmente pelo fato de que normas

relativas à Ética sempre carregam uma grande carga valorativa e por isso acabam auxiliando as normas do Biodireito a serem aceitas e entendidas pela sociedade.

Frise-se que existe uma interdisciplinaridade entre o Biodireito e a Bioética, que se comunicam entre si a fim de discutirem sobre os adventos da biotecnologia e a sua relação com a atuação dos profissionais da saúde. O Biodireito, além de disseminar as mais variadas discussões das consequências jurídicas impostas pela biociência, tem a missão de normatizar os fenômenos sociais derivados dos avanços tecnológicos envolvendo a vida (SILVA, 2008).

A Bioética é pilar do Biodireito, constituindo uma fonte essencial para ele a partir do momento em que as primeiras discussões sobre os procedimentos a serem adotados pelos cientistas e profissionais da saúde foram desenvolvidos pela Bioética, enquanto uma área aplicada à Ética. Ocorre que nem sempre as pessoas são guiadas por princípios éticos e morais e, por isso, cabe ao direito orientar certas condutas. Em um cenário de constante inovação, que gera a dificuldade do direito em acompanhar a fluidez da tecnologia, a utilização da técnica das cláusulas gerais pode ser uma saída viável para a solução de conflitos bioéticos (PERLINGIERI, 2007).

Em relação ao tema aqui tratado, qual seja a fertilização *in vitro post mortem*, não há nenhuma lei ou artigo de lei que regulamente o procedimento.

Vários temas relacionados às técnicas de reprodução humana assistida encontram-se imensamente carecedoras de um controle mais rígido, necessitando de que o Congresso Nacional produza rapidamente leis que os regulamentem. No entanto, sempre existirão situações específicas e de solução complexa que deverão ser encontradas em normas principiológicas, de caracteres flexíveis. Desse modo, será evitado um modelo prescritivo, rígido, que seria capaz de impedir a realização da justiça (PERLINGIERI, 2007).

2 A UTILIZAÇÃO DA TÉCNICA DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA NO BRASIL

Os métodos de reprodução humana assistida se dividem em dois grupos, os de baixa e os de alta complexidade. Temos como exemplo, para os casos de reprodução assistida de baixa complexidade, a inseminação artificial, e como exemplo para o grupo de alta complexidade a fertilização *in vitro* e o congelamento de gametas.

Essas técnicas são distintas. No caso da técnica de inseminação artificial, não é necessário se proceder com a retirada do óvulo da mulher, uma vez que, nesse caso, a reprodução ocorre dentro do organismo da paciente, ou seja, em outros termos, é realizada de maneira intracorpórea (BARBOZA, 1993).

No caso de reprodução por fecundação *in vitro*, ocorre a retirada de óvulos da mulher, para que a união com o espermatozoide seja feita em laboratório, ocorrendo de forma extracorpórea. Dessa forma, o já embrião é transferido para o útero da paciente (BARBOZA, 1993).

A inseminação artificial pode se dar em duas formas, de maneira homóloga e de maneira heteróloga. Na inseminação artificial pelo método homólogo, o sêmen e o óvulo utilizados correspondem aos materiais genéticos do pai e da mãe da criança. Na inseminação artificial pelo método heterólogo, por sua vez, o sêmen ou o óvulo advém de doadores. Nesses casos, o direito admite, por ficção jurídica, que os doadores não tenham nenhum tipo de obrigação ou vínculo de parentesco com a prole (BARBOZA, 1993).

Outra possibilidade de inseminação artificial é a polêmica inseminação artificial homóloga *post mortem*. Nesses casos, por um processo de congelamento do sêmen, é possível fecundar uma mulher com o gameta de um homem falecido.

Frise-se que existe a possibilidade de haver inseminação artificial heteróloga *post mortem* com casais do mesmo sexo.

Antes de se pensar na interferência da medicina e da tecnologia na concepção humana, as figuras do pai e da mãe estavam atreladas à existência de

conjunção carnal e o vínculo parentesco estava inexoravelmente ligado à origem biológica da criança, ressalvados, evidentemente, os casos de adoção. Entretanto, atualmente, a paternidade e a maternidade estão cada vez mais ligadas com o caráter socioafetivo e o conceito de família ganhou outro corpo com a Constituição de 1988, afastando-se a primazia do vínculo biológico.

Nesse sentido, o Código Civil (2002) contemplou timidamente os casos de utilização de técnicas de reprodução humana assistida, ao dispor, no artigo 1597:

Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento; 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.

As normas deontológicas a serem seguidas pelos médicos que realizarão o procedimento nos pacientes está prevista na Resolução nº 2168/2017 do Conselho Federal de Medicina.

A opção feita pelos futuros pais para a utilização de técnicas de reprodução assistida é uma situação complexa, que frequentemente envolve vários indivíduos, sendo necessário um acompanhamento dos profissionais da saúde que realizarão os procedimentos antes da adoção de qualquer procedimento.

3 A JUSTIFICATIVA AXIOLÓGICA PARA A FERTILIZAÇÃO *IN VITRO POST MORTEM*

A utilização do procedimento de fertilização *in vitro post mortem* não é assunto pacificado em nosso ordenamento jurídico, embora seja prática possível segundo o Conselho Federal de Medicina, que reconheceu em 2017 a possibilidade

da reprodução humana assistida post mortem na Resolução nº 2168, que diz: VIII- É permitida a reprodução assistida post-mortem desde que haja autorização prévia específica do (a) falecido (a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente (CFM, 2017).

As possibilidades acerca da técnica de reprodução assistida póstuma surgiram a partir do chamado Caso Parpalaix, que ocorreu na França, em 1984, quando Alian Parpalaix descobriu estar com câncer nos testículos e resolveu congelar seu material genético para que sua esposa procedesse com a inseminação após a cura da doença. Entretanto, veio a falecer. O banco de sêmen negou o material à esposa, que ingressou com ação perante o poder judiciário para que pudesse ser fertilizada. Após intensos debates, a viúva conseguiu acesso ao material, porém a inseminação não pôde ser realizada devido à morosidade dos trâmites (FREITAS, 2012).

A partir desse caso, a discussão tomou maiores proporções, inclusive no Brasil. Começaram a ser discutidos os direitos civis e sucessórios dos indivíduos concebidos através da utilização da técnica da fertilização *in vitro post mortem*, inclusive como argumento contrário à possibilidade desse tipo de inseminação artificial.

De todas as TRHA, a que apresenta o fundamento bioético mais fraco é a fecundação *post mortem*. Ao se permitir a criopreservação do esperma do marido para a fecundação da esposa ou parceira após a morte dele, não se está realizando o princípio da beneficência, visto que não há nenhuma indicação médica que assista à beneficiária. Esta técnica sempre corre o risco de degenerar para ser um mero instrumento econômico da viúva, que pode ser utilizado contra os filhos herdeiros do falecido (KRELL, 2009, p. 201).

Com a devida *vénia*, discordamos da opinião acima citada, pois essa doutrina parte do pressuposto que a potencial genitora teria apenas interesses patrimoniais, oriundos da fertilização *in vitro*, ignorando o fato de que o nosso ordenamento jurídico não aprova a presunção de má-fé, muito pelo contrário, a boa-fé é presumida pela lei civil (DINIZ, 2006).

Outros argumentos contrários ao direito de a mulher realizar o referido procedimento, ainda que com a autorização do pai, se dão no sentido de que tal técnica feriria o princípio da paternidade responsável, uma vez que o filho nasceria necessariamente sem pai. Esse argumento pode ser desconstruído a partir do momento em que é perfeitamente possível que a mulher faça inseminação artificial por si só e também é permitido que seja feita a inseminação artificial com casais homoafetivos, conforme disposto no inciso II, item 2 da Resolução 2168/2017 do Conselho Federal de Medicina.

Fazendo uma analogia, podemos chegar à conclusão de que não seria razoável que o ordenamento jurídico permitisse que uma mulher, através de material genético doado, possa realizar a inseminação artificial e criar um filho sozinha – como foi permitido desde a Resolução 2.013/2013 do CFM, ao passo que uma viúva ou ex-companheira não poderia engravidar do material genético do próprio marido ou companheiro, mesmo com expressa autorização. Tal interpretação causaria um desrespeito ao princípio da igualdade. Além disso, a própria Constituição Federal reconhece a *monoparentalidade* como forma de família, tendo, desse modo, igual dignidade ao modelo “convencional” de família.

Além disso, a Constituição Federal de 1988, na linha do inciso IX, art. 5º, trata o progresso científico em seu artigo 218, que dispõe:

O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas.
§1º. A pesquisa científica básica receberá tratamento prioritário do Estado, tendo em vista o bem público e o progresso das ciências.

A Carta Magna trata a liberdade de expressão científica em seu art. 5º, ou seja, trata-se de direito fundamental que não prescindirá necessariamente de lei infraconstitucional para ser exercido. Nessa situação, tal direito fundamental não pode ser diluído nem por legislação ordinária, visto que não há previsão de reserva de lei neste caso. Sendo assim, embates entre princípios fundamentais deverão ser solucionados via ponderação de princípios (KRELL, 2009).

Dessa forma, sendo de caráter constitucional a importância das investigações científicas e tecnológicas, elas devem seguir adiante, devendo ser limitadas apenas por razões e critérios fundados na razoabilidade.

Nessa toada, o Código Civil de 2002 trouxe uma pequena passagem em relação à filiação derivada das técnicas de reprodução humana assistida, determinando que se presume o pai, marido ou companheiro que consentir nessa forma de reprodução, fato que nos leva a concluir que o filho oriundo dessa técnica de reprodução assistida merece os mesmos direitos que um filho concebido de forma natural (DINIZ, 2010).

O artigo 1.593 do Código Civil de 2002 veio consagrar que a filiação não está ligada apenas a laços sanguíneos, fato que possibilita juridicamente que os filhos havidos por inseminação artificial heteróloga (aquela na qual o óvulo ou o espermatozoide não pertencem ao casal), gozem dos mesmos direitos que os filhos concebidos de forma natural. Esse dispositivo pode ser interpretado de forma evolutiva, para que possamos abarcar as novas formas de reprodução humana, inclusive o caso de fertilização *in vitro post mortem*. Sendo assim, partindo do pressuposto constitucional de igualdade entre os filhos, não é razoável, uma vez que não há nenhuma forma de vedação legal à técnica de fertilização *in vitro post mortem*, que haja discriminação ao não se reconhecer o caráter nobre da técnica.

A igualdade de filiação é respaldada não apenas em lei federal, como é o caso do Código Civil e do Estatuto da Criança e do Adolescente, mas também pela nossa Carta Magna de 1988, que proíbe a discriminação da criança em relação à sua origem.

Isso significa dizer que, quando a Constituição não traz expressamente a possibilidade da realização da reserva de lei, não poderá o legislador ordinário instituir restrições às liberdades insculpidas na Carta Magna. Sendo assim, qualquer movimento no sentido de se limitar direitos e garantias constitucionais, ou seja, qualquer movimento no sentido de se limitar o direito à liberdade científica, deverá ser pautado no princípio da razoabilidade e ponderado, juntamente com outros princípios constitucionais.

Há que se frisar aqui, que a liberdade de pesquisa não pode ter um caráter absoluto, ao bel prazer de cada pesquisador e cientista. A Administração Pública, juntamente com a sociedade, deve conhecer as ameaças advindas de experiências de desenvolvimento e utilização de novas tecnologias na área de manipulação genética.

A utilização das técnicas de reprodução humana assistida não está ligada somente ao livre exercício da liberdade científica que nossa Constituição prevê. Está ligada também a princípios como o da dignidade da pessoa humana e da beneficência, ao passo que a utilização de procedimentos científicos e tecnológicos pode ser questão de saúde pública, inclusive saúde psíquica dos cidadãos.

Além disso, podemos elencar de forma não exaustiva alguns princípios da Bioética, como o da liberdade científica, o da responsabilidade dos pesquisadores, o princípio da recusa de lucro, o princípio da autonomia, o princípio da beneficência e o princípio da justiça. Esses princípios compõem o conteúdo da Bioética e do Biodireito e devem ser levados em consideração para a solução da celeuma (BARBOZA, 2012).

Finalmente, ao lado do princípio da liberdade e do direito à reprodução, encontra-se o princípio da autonomia, que se torna relevantíssimo para o exame da inseminação artificial póstuma.

A autonomia é um princípio da Bioética e é corolário do direito fundamental à liberdade. Trata-se de reconhecer a capacidade que uma pessoa possui para decidir fazer ou buscar aquilo que julga ser o melhor para si mesma. Para que o indivíduo possa exercer essa autodeterminação, são necessárias duas condições fundamentais. A primeira condição é a capacidade que o indivíduo deve possuir para agir intencionalmente, o que pressupõe discernimento para decidir corretamente entre as alternativas que lhe são apresentadas. A segunda condição é a liberdade, no sentido de o sujeito estar livre de influências controladoras de sua decisão.

Desse modo, a autonomia significa a consciência do direito de a pessoa possuir um projeto de vida próprio, de ter seus pontos de vista e opiniões, de fazer escolhas autônomas e de agir segundo seus valores e convicções. O respeito pela

autonomia do outro é indispensável, desde que não resulte em dano aos demais indivíduos e na medida em que a pessoa a ser respeitada possua um razoável nível de maturidade.

Dessa forma, a Resolução 2168/2017 do Conselho Federal de Medicina disciplina que o consentimento livre e esclarecido é *conditio sine qua non* para que os pacientes sejam submetidos a qualquer TRHA.

Em relação ao princípio da beneficência, partindo da suposição de que “filho sem pai” significa promover a maleficência, no sentido de que a inseminação artificial, a gravidez e a vida da criança causam mais mal do que bem, fulmina-se, também, as possibilidades de adoção individual, adoção póstuma (artigo 42, § 5º do Estatuto da criança e do Adolescente), de utilização de TRHA por casais homoafetivos e pessoas solteiras, ferindo o princípio da igualdade. Além disso, reforça o estigma de que crianças que não possuem pai e mãe não possam ter dignidade.

4 COLISÃO ENTRE PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS: DIREITO À REPRODUÇÃO VERSUS PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

Para solucionar os embates contemporâneos entre princípios fundamentais que gozam do mesmo *status*, a teoria dos Princípios Fundamentais de Robert Alexy é a metodologia mais adequada para solucionar o caso.

Ronald Dworkin reconheceu a necessidade da abertura do sistema jurídico, que deveria dialogar com questões morais e éticas e não focar tão somente no caráter jurídico. Dworkin foi o primeiro a diferenciar princípios e regras e sua teoria foi aprofundada e difundida por Robert Alexy, o qual tem sua teoria da ponderação dos princípios largamente utilizada, principalmente no Supremo Tribunal Federal (DWORKIN, 1967).

Marcelo Novelino (2012, p. 127), utilizando as diferenças entre os princípios e as regras em Ronald Dworkin, preceitua que:

Segundo Dworkin, enquanto as regras impõem resultados, os princípios atuam na orientação do sentido de uma decisão. Quando se chega a um resultado contrário ao apontado pela regra é porque ela foi mudada ou abandonada; já os princípios, ainda que não prevaleçam, sobrevivem intactos. Um determinado princípio pode prevalecer em alguns casos e ser preterido em outros, o que não significa sua exclusão. Assim como os aplicadores do Direito devem seguir uma regra considerada obrigatória, também devem decidir conforme os princípios considerados de maior peso, ainda que existam outros, de peso menor, apontado em sentido contrário.

A partir do exposto, diferentemente das regras, que são aplicadas via subsunção e são excludentes quando se chocam, os princípios são mandados de otimização, admitindo graduação em sua aplicação. Havendo rota de colisão entre princípios, como ocorre entre o direito ao planejamento familiar e reprodutivo e o princípio do melhor interesse da criança, a prevalência de um sobre o outro é localizada sempre no caso concreto a partir da ponderação entre eles, de acordo com as peculiaridades da situação.

Nessa toada, mister salientar a diferenciação que Ana Paula de Barcellos, em sua obra “Normatividade dos princípios e princípio da dignidade da pessoa humana na constituição de 1988”, realiza a partir dos conceitos de Robert Alexy. Ela nos diz que as regras seriam comandos de definição, dessa forma ou são válidas e são aplicadas, ou não se aplicam por essa condição da invalidez. Já os princípios são aqueles que irão determinar que algo seja realizado na maior medida possível, conhecidos como comandos de otimização (BARCELLOS, 2000). Nesse sentido:

Aplicando a concepção descrita ao pensamento de Alexy, pode-se concluir que o efeito pretendido pelo princípio poderá ser coativamente imposto na medida em que isso seja possível física e juridicamente, na forma referida. Assim, examinando a questão sob o ângulo da estrutura do princípio - o de um comando de otimização - esse é o seu 'potencial' normativo (BARCELLOS, 2000, p. 172-173).

Paulo de Barros Carvalho (2011, p. 264) nos ensina que:

Princípio é palavra que frequenta com intensidade o discurso filosófico, expressando o “início”, o “ponto de origem”, o “ponto de partida”, a “hipótese-limite” escolhida como proposta de trabalho. Exprime também as formas de síntese com que se movimentam as meditações filosóficas (“ser”, “não-ser”, “vir-a-ser” e “dever-ser”), além do que tem presença obrigatória ali onde qualquer teoria nutrir pretensões científicas, pois toda ciência repousa em um ou mais axiomas (postulados). Cada “princípio”, seja ele um simples termo ou um enunciado mais complexo, é sempre susceptível de expressão em forma proposicional, descritiva ou prescritiva.

O direito não é composto apenas de leis escritas. Há que se considerar todo o sistema jurídico, que engloba o conjunto de princípios gerais de determinado ordenamento.

No caso da colisão entre dois princípios, sendo ambos do mesmo *status* e não sendo o caso da resolução do dilema por via das leis, o conflito poderá ser solucionado pela ponderação, que utilizará critérios de razão prática e das concepções gerais de justiça da coletividade (ALEXY, 2017). Nesse contexto, segue o resumo do pensamento de Raphael Peixoto de Paula Marques (2013, p. 326) sobre a questão:

Com efeito, para Alexy, embora a colisão de princípios se resolva mediante uma ponderação relacionada ao caso concreto, isso não quer dizer que a solução encontrada seja significativa só para esse caso. Ao contrário, tal solução irá estabelecer relações de prioridade que serão importantes para novos casos. Isso é importante para o que o autor alemão chama de Lei de Colisão. Dessa forma, as condições de prioridade estabelecidas ao longo do tempo proporcionam a informação sobre o peso relativo dos princípios, formando um sistema de condições de prioridade. Esse sistema, embora não tenha a capacidade de fornecer sempre a resposta correta para cada caso, vai instituir um sistema de prioridades *prima facie* que, ao estabelecer cargas de argumentação, cria certa ordem ou hierarquia no campo dos princípios. Por outro lado, isso não quer dizer que a prioridade *prima facie* de um princípio sobre outro acarrete uma determinação definitiva, pois toda colisão de princípios resolve-se mediante a ponderação.

Dessa forma, o caso concreto em que se levanta o questionamento a respeito da possibilidade ética de se tutelar a reprodução artificial *post mortem*, por não

decorrer logicamente das normas jurídicas e envolver a colisão entre princípios, necessita que o intérprete utilize a valoração como guia para orientar a tomada de decisão que, ao final, revelará qual princípio deverá prevalecer (ALEXY, 2017).

Tratando-se da problemática envolvendo a inseminação artificial após a morte, foi visto que embora não haja legislação específica sobre o tema, também não há legislação que a proíba. Além disso, foi visto também que inúmeros princípios constitucionais são aplicados ao caso. Não obstante, perante tudo o que foi exposto, dois princípios ganham protagonismo ao colidirem entre si: de um lado temos o direito à reprodução e de outro temos o princípio do melhor interesse da criança.

Embora esteja topograficamente situado no art. 227 da Carta Magna, o princípio do melhor interesse da criança tem *status* de um direito fundamental, haja vista que o art. 5º não é taxativo e existem direitos fundamentais implícitos, de acordo com a teoria defendida por Paulo Bonavides (DUARTE, 2011).

A corrente que advoga a tese contrária à possibilidade de se proceder com a inseminação artificial póstuma por vezes se vale do princípio fundamental do melhor interesse da criança, no sentido de que a criança nasceria necessariamente sem um de seus genitores e isso acarretaria danos à sua dignidade.

Por outro lado, a corrente que se fia no direito fundamental à reprodução visa a considerar também outros princípios fundamentais, como o da liberdade (art. 5, II) e do planejamento familiar (art. 226, § 2º). Além disso, sendo o Brasil um país que defende a família em todas as formas possíveis que possa assumir, por ordem constitucional, conferir dignidade apenas à família composta por pai, mãe e prole, configuraria um atentado à dignidade não só da criança, mas também dos pais.

CONCLUSÃO

Conforme podemos verificar ao longo do presente texto, as técnicas de reprodução humana assistida (TRHA) devem ser admitidas e, inclusive, fomentadas

pelo Estado, com vistas a assegurar o direito fundamental à saúde dos indivíduos da sociedade.

Entendemos que o campo de atuação de todas as modalidades de TRHA é, sobretudo, a vida privada dos indivíduos da sociedade, razão pela qual o princípio da autonomia deve estar presente na ponderação em busca da razoabilidade.

Sendo assim, não vislumbramos nenhum obstáculo à realização da fertilização *in vitro post mortem* quando o futuro pai, já falecido, tiver concordado com a realização desse procedimento por escrito, nos moldes da Resolução nº 2168/2017, do Conselho Federal de Medicina, em homenagem ao princípio fundamental da liberdade.

Tendo em vista que a noção de família não está mais atrelada àquela concepção obsoleta que reconhecia dignidade apenas aos arranjos familiares envolvendo as figuras do pai e da mãe e devido à Constituição Federal reconhecer em seu texto o pluralismo das entidades familiares, a liberdade para o planejamento familiar e o direito fundamental à reprodução, restringir a inseminação artificial em um cenário de planejamento do casal nesse sentido, ainda que a consumação venha a se concretizar após a morte de um dos genitores, uma vez que esteja presente a inequívoca manifestação de vontade de ambos, demonstra uma ingerência indevida do Estado na vida privada do particular e não se justifica constitucionalmente.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria da argumentação racional como teoria da fundamentação jurídica. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário da filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.



BARBOZA, Heloisa Helena; BARRETO, Vicente de Paulo. **Temas de biodireito e bioética**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARBOZA, Heloisa Helena. **A filiação**: Em face da inseminação artificial e da fertilização “*in vitro*”. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

BARBOZA, Heloisa Helena. Responsabilidade civil e bioética. In: **Temas de responsabilidade civil**. MARTINS, Guilherme Magalhães. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2012.

BARCELLOS, Ana Paula de. Normatividade dos princípios e o princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição de 1988. **Revista de Direito Administrativo**, [S.L.], v. 221, p. 159-188, 13 mar. 2015. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47588>. Acesso em: 01 jun. 2021.

BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de; PESSINI, Leocir; ROVER, Ademar. **Bioética e saúde**. São Paulo: Cedas, 1987.

BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 01 jun. 2021.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 01 jun. 2021.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário, Linguagem e Método**. 4. ed. São Paulo: Editora Noeses, 2011.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). Resolução nº 2168 de 21 de setembro de 2017. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>. Acesso em: 01 jun. 2021.



COTRIM, Gilberto. **Fundamentos da filosofia**: Histórias e grandes temas. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Código civil anotado**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2006.

DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades. **Possibilidades e limites do Controle Judicial sobre as Políticas Públicas da Saúde**: Um Contributo para a Dogmática do Direito à Saúde. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

DWORKIN, Ronald. The Model of Rules. **University of Chicago Law Review**, [S.L.], v. 35, n. 1, 1967. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol35/iss1/3/>. Acesso em: 01 jun. 2021.

FREITAS, Douglas Phillips. **Reprodução assistida após a morte e o direito de herança**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=110>. Acesso em: 01 jun. 2021.

KRELL, Olga Jubert. **Reprodução humana assistida e a filiação civil**: princípios éticos e jurídicos. Curitiba: Juruá: 2009.

MARQUES, Raphael Peixoto de Paula. Teoria dos Direitos Fundamentais e Argumentação Jurídica: reconstruindo o debate entre Jürgen Habermas e Robert Alexy. In: **Revista da AGU**: Advocacia-Geral da União. NEIVA, Juliana Sahione Mayrink. Brasília: Imprensa Nacional, 2013, p. 326.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Método, 2012.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**: Introdução ao Direito Civil Constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SILVA, Ivan de Oliveira. **Biodireito, Bioética e patrimônio genético brasileiro**. São Paulo: Pillares, 2008.



Recebido em 27/08/2020

Publicado em 03/09/2021