XXX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI FORTALEZA - CE

DIREITO E SAÚDE

JANAÍNA MACHADO STURZA

LITON LANES PILAU SOBRINHO

JURACI MOURÃO LOPES FILHO

Copyright © 2023 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU – São Paulo
Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte
Prof. Dr. Fernando Passos – UNIARA - São Paulo
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia
Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal
Comunicação:
Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão
Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM – São Paulo
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará
Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI – Santa Catarina
Eventos:
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo
Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina
Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP – Pernambuco

D597

Direito e saúde [Recurso eletrônico on-line] Organização CONPEDI

Coordenadores: Janaína Machado Sturza; Juraci Mourão Lopes Filho; Liton Lanes Pilau Sobrinho. – Florianópolis: CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-851-6
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Saúde: Acesso à justiça, Solução de litígios e Desenvolvimento

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito. 3. Saúde. XXX Congresso Nacional do CONPEDI Fortaleza - Ceará (3; 2023; Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

XXX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI FORTALEZA - CE

DIREITO E SAÚDE

Apresentação

Nos dias 15, 16 e 17 de novembro, aconteceu o XXX Congresso Nacional do CONPEDI, na cidade de Fortaleza, no Ceará, mais especificamente no Centro Universitário Christus – Unichristus.

No dia 17 aconteceu o GT Direito e Saúde, no qual foram apresentados trabalhos que versaram sobre diferentes perspectivas e possibilidades de diálogos com a saúde enquanto direito social, fundamental e humano, salientando-se pautas como estudos conceituais e/ou relatos de experiências no contexto brasileiro e/ ou internacional, focalizando a concretização da saúde e suas demandas, com alicerces na Constituição Federal. Foram abordados temas como a judicialização da saúde, especialmente no que refere-se a medicamentos, internações hospitalares e tratamentos de alto custo; a saúde digital e suas interlocuções com as tecnologias; questões de gênero vinculadas ao direito à saúde; medicamentos e experimentos em saúde; autonomia da vontade e prospecções da saúde com a bioética; entre outros.

Sem dúvida alguma foram belos e interessantes trabalhos que contribuíram não somente para amplas reflexões, mas também, e certamente, são grandes contribuições para a pesquisa jurídica e social na academia brasileira e internacional, notadamente com destaque ao direito à saúde.

Janaína Machado Sturza – UNIJUI

Liton Lanes Pilau Sobrinho – Universidade do Vale do Itajaí / UPF

Juraci Mourão Lopes Filho – Centro Universitário Christus

PROCRIAÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA: IMPLICAÇÕES LEGAIS EM PORTUGAL E NO BRASIL

MEDICALLY ASSISTED PROCREATION: LEGAL IMPLICATIONS IN PORTUGAL AND BRAZIL

Romulo Honorato Dias [1]
Maria Scarlet Lopes Vasconcelos [2]
Aline Maciel Lima Gomes [3]

Resumo

A pesquisa aborda as implicações legais das técnicas de Procriação Medicamente Assistidas (PMA) em Portugal e no Brasil, com ênfase na capacidade desses sistemas normativos em atender às demandas das pessoas que buscam essas soluções para realizar o sonho da concepção. Este artigo pretende avaliar a eficácia dos sistemas normativos em ambos os países, por meio de uma análise aprofundada e comparativa. Para isso, emprega uma metodologia dedutiva que abarca a revisão da literatura, análise minuciosa das legislações vigentes e a ponderação dos princípios constitucionais. Divide-se o presente artigo em quatro seções, onde a primeira é referente a introdução sobre o trabalho. Já em na segunda seção, remete-se a demonstração do sistema normativo português com referência a PMA. Em uma terceira seção foi realizado uma abordagem das legislação e normas no Brasil. Por último, na quarta seção, trabalhou-se um contraste, mostrando os pontos positivos dos dois sistemas. Ao final, esta pesquisa pretende oferecer reflexões fundamentais sobre a capacidade dos sistemas normativos de Portugal e do Brasil em atender às necessidades relacionadas à Procriação Medicamente Assistida (PMA), por meio de uma abordagem analítica e abrangente.

Palavras-chave: Procriação medicamente assistida, Regulamentação, Portugal, Brasil, Vazio normativo

Abstract/Resumen/Résumé

The research addresses the legal implications of Medically Assisted Procreation (PMA) techniques in Portugal and Brazil, with an emphasis on the capacity of these regulatory systems to meet the demands of people who seek these solutions to realize the dream of conception. This article aims to evaluate the effectiveness of regulatory systems in both

[1] Mestrando em Direito Privado na UNI7. Advogado. Graduado pelo Centro Universitário Estácio de Sá - E-mail: adv.romulohonorato@yahoo.com

[2] Mestranda em Direito Privado na UNI7. Bolsista Capes. Advogada. Graduada pela Universidade Estadual Vale do Acaraú - e-mail: scarletvasconcelos01@gmail.com

[3] Mestranda em Direito Privado na UNI7, Bolsista Capes. Advogada. Graduação em Direito pela UNIFOR. E-mail: alinemaciellima@hotmail.com

countries, through an in-depth and comparative analysis. To do this, it employs a deductive methodology that encompasses a literature review, a detailed analysis of current legislation and the consideration of constitutional principles. This article is divided into four sections, the first of which refers to the introduction to the work. In the second section, we refer to the demonstration of the Portuguese normative system with reference to the PMA. In a third section, an approach to legislation and standards in Brazil was carried out. Finally, in the fourth section, a contrast was worked on, showing the positive points of the two systems. In the end, this research aims to offer fundamental reflections on the capacity of the regulatory systems in Portugal and Brazil to meet the needs related to Medically Assisted Procreation (PMA), through an analytical and comprehensive approach.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Medically assisted procreation, Regulation, Portugal, Brazil, Normative gap

1. INTRODUÇÃO

As técnicas de Procriação Medicamente Assistidas (PMA) surgiram como uma resposta altamente promissora e eficaz para solucionar uma variada gama de dificuldades relacionadas à infertilidade, que podem ser enfrentadas não apenas por casais, mas também por indivíduos que se deparam com complexas questões nesse âmbito.

Com o avanço dessas técnicas e ainda o caminhar da ciência, e procedimentos médicos, surgem ainda implicações referente às questões legais, éticas e ainda religiosas, que passam a necessitar então da movimentação estatal na regulamentação dessas práticas.

O presente artigo tem o condão de buscar, através de uma abordagem dedutiva, analisar as implicações legais da PMA, tanto em Portugal, como no Brasil, a fim de buscar possíveis diferenças nos seus sistemas normativos.

A divisão da presente pesquisa se subdivide em quatro seções, em que a primeira retrata a presente introdução, fazendo um aparato geral do que será apresentado no presente artigo.

Na segunda seção, busca-se entender o sistema normativo português referente às normas de PMA, oferecendo uma visão detalhada das leis e regulamentações ali existentes, bem como abordando questões problemáticas naquele país, como a possibilidade de utilização das técnicas por casais do mesmo sexo ou por mulheres solteiras. Essa seção busca elucidar, como Portugal vem respondendo os desafios e oportunidades apresentadas pela PMA.

Em seguida, na terceira seção, busca-se explorar o sistema normativo ou as leis existentes, bem como resoluções sobre o tema no Brasil. Analisando, assim como em Portugal, o Brasil vem suprindo as necessidades dos agentes participantes em técnicas de procriação medicamente assistidas. Destacando ainda, a existência de leis próprias sobre o tema e trabalhando resoluções existentes.

Na quarta seção, serão abordadas as semelhanças e possíveis diferenças entre os sistemas nos países Brasil e Portugal, através de uma análise comparativa. Busca-se ainda destacar os pontos de convergência no tratamento da PMA.

Conclui-se então o presente artigo, propondo a responder a seguinte questão: Os sistemas normativos referentes ao uso de técnicas de Procriação Medicamente assistida, em

Portugal e no Brasil, têm sido eficazes para suprir a necessidade dos indivíduos que buscam esse tipo de solução para conseguirem a gestação de uma criança?

Para a avaliação proposta no presente artigo, buscou-se entender o estado regulatório atual, tanto no Brasil como em Portugal, examinando-se assim as legislações existentes e pertinentes a PMA.

Ao trata-se da regulamentação no Brasil, analisou-se a presença das resoluções do Conselho Federal de Medicina (CFM), inerentes a Regulamentação da PMA em seu território.

A metodologia da pesquisa envolveu uma revisão de literatura e documentos, considerando tanto leis ordinárias quanto diretrizes deontológicas. Utilizando o método dedutivo, refletiu-se sobre aspectos históricos da procriação em laboratório e novas diretrizes introduzidas pela regulamentação deontológica.

Essa análise dedutiva focou em entender as normas atuais para determinar se elas estão em conformidade ou violam os direitos dos indivíduos envolvidos, tendo como referência os princípios constitucionais.

Assim busca-se entender os pontos legais existentes nos dois países, e se são eficientes para atender as demandas existentes por meio da PMA, através de uma análise aprofundada e comparativa.

2. Quadro jurídico da Procriação Medicamente Assistida (PMA) em Portugal

A medicina avança com o desenvolvimento da tecnologia e da ciência. Nas palavras de Ana Thereza Meirelles Araújo:

> O avanço da medicina, em especial na área da genética, possibilitou a consolidação da medicina preditiva, que visa prever a possibilidade de manifestação de uma determinada patologia. O caminho em direção ao tratamento personalizado e à melhor previsão de respostas terapêuticas levou os cientistas a adotarem o termo medicina de precisão, capaz de promover, com ferramentas especializadas, uma avaliação de risco mais adequada, categorias de diagnósticos, teorias e estratégias terapêuticas pertinentes. (ARAUJO. 2023, p.12).

A necessidade de atualização de informações ocorre quase que instantaneamente. Sendo que, a atualização relativa as questões da PMA também correm em uma velocidade muito grande. A medicina então parte de uma visualização relativa a questões de necessidade do paciente, atualizando-se para as questões relativas ao querer do paciente.

Assim, a busca por informação, referente a questão genética mais precisamente passa a ser, a execução relacionada aos projetos parentais assistidos. O direito ao

conhecimento de suas origens genéticas tem, muito por base da tese de Wilhelm Kleineke, no direito alemão. (REIS, p. 37-47, 2008)

O direito passa a ser a busca por parte do paciente em ter o direito a saber suas origens genéticas, mas também em preservar doenças, como também em, se um dia quiser, poder realizar técnicas de PMA com base em sua base genética e dos escolhidos.

Trata-se, portanto, de um direito fundamental do paciente ter acesso a essas questões de relevância, voltadas para sua genética?

Podemos ver que o direito português preferiu diferentemente da constituição alemã, não trazer como um direito fundamental expresso em sua própria constituição.

Ressalva-se, contudo, que, no direito português, os direitos fundamentais possuem um rol meramente exemplificativo, conforme o que discrimina o artigo 16° de seu texto constitucional.[1]

Assim, tem-se, uma visão aberta à inclusão de novos direitos fundamental por parte do constituinte português o que vislumbra então a possibilidade de modificação dos direitos fundamentais diante da mudança na sociedade.

Faz-se, portanto, referência na obra de Reis muito instigante, uma vez que para ele "passou a considerar aspecto primordial do *direito ao conhecimento das origens genéticas* a possibilidade de eliminação dos registros de uma mentira biológica." (REIS, p.374, 2021)

Essa primordialidade é referente justamente a todas as questões tratadas, como a necessidade de o paciente ter acesso a seu histórico genético, o que pode preservar quanto a possibilidade de em eventual necessidade médica, saber todo seu mapa genético, com total respaldo para saber possíveis doenças ou complicações médicas que podem ocorrer, seja em procedimentos convencionais como em necessidade de utilização de técnicas de Procuração Medicamente Assistida.

Assim, a constituição alemã passou a ser um paradigma para a inclusão da necessidade de estabelecer-se a perspectiva voltada para uma proteção da estrutura biológica do ser humano. Contudo, ainda sobre essa imposição alemã, critica o autor a imposição de uma jurisdição voluntária para tratar sobre a temática (REIS, p.374, 2021).

---

[1] Artigo 16.º
Âmbito e sentido dos direitos fundamentais
1. Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional.

Isso retrataria uma espécie de retrocesso, uma vez que ao tratar-se sobre as questões genéticas com uma primícia de direito fundamental seria, portanto, impossível sua vinculação a uma jurisdição voluntária.

Canotilho (p. 365, 2007), tratando-se sobre os direitos fundamentais relata que, há de se observar os direitos fundamentais de forma aberta, uma vez que não haveria então uma situação de sobreposição de direitos fundamentais.

O direito português então promulgou então a Lei de Procriação Medicamente Assistida – LPMA, a lei n° 32/2006, que passou a expressar diretamente que as técnicas de procriação devem indubitavelmente respeitar a Dignidade da Pessoa Humana, em seu art. 3°.[2]

Assim, o direito fundamental relativo às questões genéticas se desenvolve em vários aspectos, sendo um deles o direito ao conhecimento das suas origens que é definido por Rafael Vale e Reis (2008) como uma possibilidade que todo ser humano deve possuir de que, sem nenhuma desculpa por parte de quem quer que seja, possa ter acesso à identidade de suas ligações biológicas, por meio do poder judiciário.

O direito fundamental então não se limita as questões básicas, mas também no interesse do ser humano em poder conhecer sua origem. Assim como qualquer ramo em que é interessante para o direito é essencial que haja uma regulamentação para que sejam realizadas todas as práticas ali existentes de forma efetiva e capaz de preservar os direitos fundamentais presentes.

Em caso importante chamado de *Case of Gaskin v. The United Kingdom*, o requerente Sr. Gaskin recorreu ao judiciário para que lhe fosse dado à oportunidade de ter acesso aos documentos de seu registro, junto ao antigo orfanato que cuidou de si na infância.

Inicialmente foi negado o direito ao requerente pelo orfanato de ter acesso a esses documentos, sendo que o Tribunal da União Europeu de Direitos Humanos ponderou que, a argumentação do orfanato não seria suficiente para lesar o direito à vida privada do requerente, concedendo assim acesso documentos. (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 1986)

---

[2] Artigo 3.º
Dignidade e não discriminação
As técnicas de PMA devem respeitar a dignidade humana, sendo proibida a discriminação com base no patrimônio genético ou no facto de se ter nascido em resultado da utilização de técnicas de PMA.

Assim, o surgimento das Técnicas de Reprodução Assistidas, apesar de seu contexto histórico, é hoje definido como um ato puramente médico, contudo depara-se de uma deficiência do aparelho reprodutor, seja por meio de qualquer um dos agentes do casal, o que impossibilita a procriação natural, passando a justificar a utilização da intervenção médica.

Questiona-se então que, se não for por tais motivos, a utilização desses métodos deveria ser rechaçada. (ASCENSÃO, 1991).

Ainda para Ascensão (1991), necessária seria a elevação do direito a felicidade por parte dos agentes da relação, mesmo este não sendo positivado no texto constitucional.

Os problemas relacionados em Portugal, com relação à lei de Procriação Medicamente Assistida estariam diretamente ligadas as questões referentes ao anonimato dos doadores de gametas.

Para Leonardo Castro de Bone (2023), as possibilidades de soluções estariam ligadas a pelo menos três blocos, sendo o primeiro voltado para os países que possuem políticas relacionadas ao anonimato de forma mais rígida, em um segundo, para países que seguem de forma menos restritivas, sendo que estes poderiam, de forma excepcional, passarem a reconhecer a identidade civil e por último os países que aceitaria todos os dados.

Portugal vem aderindo, assim como Suécia e Alemanha o bloco voltado para a liberalidade. Ressalta-se que, conforme nos preconiza Leonardo Castro de Bone (2023), apesar de Portugal atualmente ser vinculado ao sistema liberal, não o fazia anteriormente.

Seguindo inicialmente um regime fechado de puto anonimato do doador de gametas, sendo que permitia apenas a questões voltadas a relações matrimoniais.

Conforme art. 15. ° da Lei de Procriação Medicamente Assistida, que era bastante rígida quanto a divulgação de dados, só autorizaria a divulgação dos dados de identidade do doador em duas possibilidades, sendo a primeira em caso de autorização expressa do próprio titular dos dados a serem informados.

Em um segundo momento, somente em caso de haver razões ponderadas que deveriam passar pelo crivo do poder judiciário.[3] Tal determinação contida na Lei 32/2006,

---

[3]Artigo 15.º Confidencialidade
4 - Sem prejuízo do disposto nos números anteriores, podem ainda ser obtidas informações sobre a identidade do dador por razões ponderosas reconhecidas por sentença judicial.

veio a ser posteriormente declarado inconstitucional, por força da decisão do Tribunal Constitucional, proferida mediante acórdão 101/2009[4].

Conclui-se, portanto, ainda conforme Rafael Reis (2021), que a regulamentação da matéria envolvendo as técnicas de procriação medicamente assistidas tende a serem bastante problemáticas, tendo em vista a existência, muitas vezes do que é chamada de "slipperyslope", a intervenção normativa tem levado a uma postura defensiva ou a uma perspectiva quase maniqueísta de permitir ou proibir, ou, em outras palavras, a uma abordagem de "tudo ou nada".

3. Abordagem legal da Procriação Medicamente Assistida (PMA) no Brasil

Apesar da falta de regulamentação específica para a PMA, desde que a Portaria n. 3.149/2012,676 do Ministério da Saúde foi emitida, o Sistema Único de Saúde (SUS) tem disponibilizado financiamento para cobrir os gastos relacionados a procedimentos como fertilização in vitro, injeção intracitoplasmática de espermatozoides, indução de ovulação e inseminação artificial intrauterina em mulheres que sofrem com problemas de fertilidade.

Sabe-se que a Reprodução Assistida é uma prática antiga, onde era exigido o auxílio médico à reprodução, no âmbito da ginecologia, materializado com indicação de coito programado e tratamentos para endometriose.

Nos ensina Ascensão (2014) que a procriação assistida é fundamentalmente um procedimento médico e, do ponto de vista ético, é justificada quando há problemas reprodutivos em um ou ambos os parceiros. Se for usada por razões que não estejam relacionadas a deficiências reprodutivas, a validade e a ética dessa intervenção são questionadas.

O ponto inicial no Brasil, relativamente as questões de fertilização in vitro se deu no ano de 1984, no estado do Parana, onde houve vários avanços e melhoramentos das técnicas de PMA, sempre voltadas a solucionar dúvidas, principalmente quando direcionadas ao Direito.

O primeiro artigo a dispor sobre reprodução humana assistida no Brasil é o artigo 1.597 do atual Código Civil — Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002, a saber:

> Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: I — nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

[4] Acórdão de 2009, a Corte Constitucional. A Decisão se voltou a necessidade de ponderação entre direitos fundamentais, mediante choque do direito fundamental da pessoa nascida por técnicas de procriação medicamente assistida e o direito a constituir família.

> 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. (BRASIL, 2002)

Consequentemente, é possível observar claramente que a redação desse artigo enfrenta problemas desde o seu início, uma vez que não leva em consideração o status constitucional que tem sido atribuído às uniões estáveis desde a promulgação da Constituição Federal em 1988.

No entanto, direcionaremos nossa atenção para os três últimos parágrafos deste artigo, que discutem a presunção de filiação no Código Civil brasileiro, a fim de destacar algumas de suas inadequações. Em primeiro lugar, examinaremos as seguintes terminologias: "fecundação artificial homóloga" (inciso III), "embriões excedentários" (inciso IV) e "inseminação artificial heteróloga" (inciso V).

A expressão fecundação tem origem no latim *fecundatio*, que deriva do verbo *fecundare* que passa a significa a fase da reprodução consistente na fertilização do óvulo pelo espermatozóide.

A origem da palavra "inseminação" remonta ao verbo "*inseminare*", formado pela combinação de "*in*" (dentro) e "*sêmen*" (semente), significando, portanto, a técnica na qual o sêmen é inserido no corpo da mulher.

A expressão homóloga refere-se à abordagem em que se utilizam materiais genéticos do casal em questão, ao passo que a heteróloga envolve a utilização de material genético de, no mínimo, um indivíduo não relacionado.

Em última análise, embriões excedentes referem-se aos embriões remanescentes após a fertilização in vitro, ou seja, aqueles que ainda não foram inseridos no útero da mãe. Apesar dessas explicações iniciais sobre os termos usados pelo legislador, é evidente que ainda existem muitas incertezas para o intérprete e, consequentemente, para a sociedade.

No contexto da inseminação *post mortem*, conforme descrito no inciso III surge a questão sobre como seriam tratados os direitos de herança de um filho que viesse a nascer dessa maneira.

Além disso, é necessário considerar se é obrigatória a autorização do marido para o uso de seu material genético após sua morte. Outra preocupação que não foi abordada é a possibilidade de um filho de uma mulher falecida existir nesse contexto. Isso levanta a

questão se a prática conhecida como "barriga de aluguel" está implicitamente proibida dessa forma.

Carlos Roberto Gonçalves (2017) afirma que “enquanto não houver uma reforma legislativa, até mesmo para atender o princípio constitucional da não descriminação de filhos, caberá à doutrina e à jurisprudência fornecer subsídios para a solução dessa questão.”

Quanto ao inciso IV, surgem diversas dúvidas, incluindo a questão de se os embriões excedentes considerados para efeitos de presunção de filiação são exclusivamente aqueles provenientes da fertilização in vitro entre o casal. Caso existam embriões resultantes da técnica heteróloga, não poderiam ser igualmente considerados como filhos por presunção?

No que diz respeito ao inciso V, por outro lado, presume-se que sejam filhos do casal aqueles concebidos por inseminação artificial heteróloga, desde que haja prévia autorização do marido. Não seria igualmente necessária a autorização da esposa para a inserção do sêmen de terceiros em seu ventre, dado que se prevê nesta modalidade a inseminação?

É fundamental questionar se é adequado presumir que a utilização de óvulos doados não seja permitida, uma vez que o legislador, no inciso V, mencionou exclusivamente a inseminação como técnica para a fertilização heteróloga. Não teria como ser interpretado como uma forma de descriminação em face das mulheres que encontram-se enfrentando esses problemas relativos à infertilidade?

Até que todas as possíveis situações de filiação resultantes das novas técnicas sejam devidamente regulamentadas, concordamos que a sugestão da autora é a abordagem mais apropriada para uma interpretação precisa.

No entanto, é importante enfatizar que essa abordagem interpretativa temporária não exime o legislador da responsabilidade de atender às demandas da sociedade e criar uma legislação específica para tratar dessa questão, como defenderemos mais adiante.

4. Comparação e contraste das implicações legais

Conforme podemos observar no tópico primário do presente trabalho, Portugal, assim como a Alemanha tiveram um papel inicial muito importante relacionado as questões de regulamentação das atividades envolvendo a Procriação Medicamente

Assistida, sendo que no nosso país irmão, a lei 32/2006, tornou-se o marco inicial referente temática em matéria regulamentar.

Nas palavras de Rafael Reis (2021): “outra conclusão não menos assertiva se impõe: o Direito invadiu a PMA e não quer (nem o deixariam) sair desse domínio.”

Vemos, portanto, que, como trata-se de matéria importantíssima para a sociedade de forma geral, o direito mais uma vez toma a frente para deixa claro todas as possibilidades jurídicas permitidas, sendo necessário, aprofundar, tendo em vista a maleabilidade da matéria a regulamentação.

Ora, a necessidade de regulamentação de matéria tão importante e que desencadeia outros vários Direitos Fundamentais, não seria nem pouco, nem menos necessária, tendo em vista as diversas possibilidades emergidas pelas técnicas de procriação medicamente assistidas.

Ainda conforme nos ensina o autor, o Conselho Europeu, por meio de um relatório, definindo sobre Inseminação artificial humana, isso ainda no ano de 1981, determinou a necessidade de que fosse realizada a regulamentação da PMA, com base na primícia da infertilidade humana e ainda dos problemas relativos à burocracia que é tida nas questões de adoção entre outros. (REIS, 2021, p.37).

Portugal em 1986 por sua vez, já dava os primeiros passos a tentar regulamentar, mediante o poder legislativo o PMA, através do Despacho n°37/86, fora criado a comissão para o enquadramento legislativo das chamadas Novas Tecnologias.

Conforme Reis (2021, 38), “Só o contexto politicamente conturbado da época impediu que Portugal tivesse sido dos primeiros países do Mundo a contar com uma legislação completa e extensiva sobre os principais problemas em torno da PMA. (...)”

Assim, em 26 de julho do ano de 2006, fora instituído a Lei n° 32, sendo que, quase vinte anos após a primeira tentativa, Portugal então realizou sua regulamentação referente ao PMA.

No entendimento de Alcides Bulhões (2021), no território brasileiro a seu turno, com o pesar de não haver normas legais que venham a reger atualmente a Procriação Medicamente Assistida, nada impede sua execução por aqueles que venham a necessitar desses procedimentos.

Apesar da não haver as referidas normas, o texto constitucional brasileiro, a seu turno, é considerado uma constituição forjada na base principiológica, o que favorece essa possibilidade de haver a aplicação das técnicas no Brasil.

No que diz respeito ao ordenamento jurídico brasileiro não há previsão constitucional de um direito relativo à identidade pessoal. Tal fato não inviabiliza a proteção do património genético, que é de cada um e de todos. (AMARAL, 2016)

Vemos essa presença na forma determinada no texto constitucional, referindo-se aos direitos e deveres dos filhos, onde o mesmo refere-se à descendência como base e não mais na origem. (MAGALHÃES, VILAR, 2019).

Assim, o PMA encontra sua guarida na sociedade brasileira, principalmente com base nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e ainda relacionados ao princípio do Livre Planejamento Familiar. (BULHÕES, 2021)

A legislação infraconstitucional trás portanto, a base para a prática de PMA no Brasil, assim como citado no ponto três, através do art. 1597 do Código Civil. Nas palavras de Alcides Bulhões (2021): "Dentro dessa ordem de ponderações, cumpre destacar que, mesmo que timidamente, o Código Civil de 2002, ao regulamentar a presunção de filhos, expressamente reconhece os havidos de técnica de reprodução assistida(...)".

Contudo, o Brasil vem apresentando vários projetos de Leis, a fim de regulamentar as práticas voltadas para a PMA em seu território, contudo todos ainda em fase legislativa, não havendo promulgações.[5]

CONCLUSÃO

A procriação medicamente assistida, no decurso dos anos, vem se mostrando uma ferramenta essencial para resolução de problemas, tanto de casais como do individuo em si, que desejam passar a formar uma família através da gestação, contudo enfrentam as barreiras existenciais biológicas.

Infelizmente, tanto no Brasil quanto em muitos lugares do mundo, a Procriação Medicamente Assistida (PMA) permanece como um recurso inacessível para grande parte da população devido ao seu alto custo. Esse cenário revela uma disparidade preocupante no acesso a tratamentos de fertilidade, criando uma lacuna significativa entre aqueles que podem pagar por esses procedimentos e aqueles que não podem.

Apesar do crescente reconhecimento da importância da PMA como um meio legítimo de realizar o desejo da gestação, ainda falta uma legislação específica que trate de forma abrangente e atualizada sobre esses casos. A ausência de uma legislação clara e

[5] Os projetos citados encontram-se na Câmara de Deputados, sendo eles (Projeto de Lei 1.135/2003, Projeto de Lei 1.184/2003, Projeto de Lei 2.061/2003, Projeto de Lei 4.892/2012, Projeto de Lei115/2015).

abrangente deixa tanto os profissionais de saúde quanto os pacientes em um terreno jurídico incerto. Isso pode resultar em ambiguidades na interpretação de questões complexas, como direitos de filiação, consentimento informado e responsabilidades legais.

O aumento na demanda por tratamentos de PMA ressalta a necessidade urgente de estabelecer diretrizes legais abrangentes que não apenas regulamentem esses procedimentos, mas também abordem questões éticas, sociais e de equidade. Essa regulamentação não apenas protegeria os direitos dos envolvidos, mas também promoveria a acessibilidade a esses tratamentos, permitindo que um número maior de pessoas tenha a oportunidade de realizar o sonho da gestação, independentemente de sua condição socioeconômica. É essencial que a legislação avance para acompanhar o crescimento do uso desses métodos e garantir que todos os indivíduos e casais tenham acesso igualitário a esses recursos médicos.

Essas ferramentas, ou melhor, técnicas de reprodução vêm sendo um auxiliador na concepção de um novo filho, sendo ainda assistencial aos médicos e cientistas que trazem o potencial de gerar completude a diversas famílias.

Contudo, toda essa inovação tecnológica e cientifica que é trazida pelas técnicas de PMA, são responsáveis por diversos desafios, entre implicações legais e vieses de ética, que necessitam de uma abordagem cuidadosa por parte dos responsáveis por regulamentar essas técnicas através do sistema legislativo.

Uma regulamentação adequada, e capaz de abranger todas os pontos necessários dessas técnicas são importantíssimas a fim de coibir práticas irregulares e que englobem de forma a abranger todas as questões éticas.

As discussões jurídicas relacionadas à Procriação Medicamente Assistida (PMA) frequentemente resultam em insegurança jurídica, impactando o Brasil e outros países. Essas discussões muitas vezes envolvem a colisão de direitos, como o direito do doador do material genético ao anonimato e ao sigilo de sua identidade civil, que colidem implicitamente com o direito à origem genética da pessoa que nasce através da PMA heteróloga.

O vazio legislativo em relação a normas específicas não deve ser interpretado como uma negação de direitos, especialmente considerando que nossa Constituição contém garantias que protegem e asseguram esses direitos fundamentais.

O presente artigo buscou abranger e destacar que, tanto Portugal, como o Brasil, não vem medindo esforços para criar um sistema regulatório forte em torno da PMA.

Portugal com a concepção da Lei 32/2006 e suas alterações com a necessidade de adaptação da sociedade e o Brasil, através das Resoluções n.º 2.320/2022, veem demonstrando a necessidade de regulamentar a matéria, mediante legislação própria.

A comparação entre os dois sistemas normativos existentes, de Brasil e Portugal, revela a tentativa de equilibrar os direitos individuais, com as situações envolvendo as considerações éticas e médicas provenientes da PMA.

Apesar de Portugal e Alemanha, serem países precípuos nas situações envolvendo essas técnicas, tanto Brasil como Portugal se demonstra estar em um estado de aprendizagem e adaptação à medida que as novas tecnologias e técnicas se desenvolvem.

A comparação entre o ordenamento jurídico brasileiro e português evidencia notáveis discrepâncias no que tange ao reconhecimento e salvaguarda do direito à identidade pessoal, com especial atenção para a identidade genética.

No Brasil, embora a Constituição de 1988 não mencione explicitamente o direito à identidade pessoal, essa prerrogativa é inferida com base no princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, um dos pilares da República. Essa abordagem implica que a identidade genética, entendida como um elemento do desenvolvimento da personalidade, é implicitamente abarcada pelo ordenamento jurídico constitucional brasileiro. Ademais, a Carta Magna brasileira estabelece a garantia da identidade genética no contexto da preservação do patrimônio genético nacional, conforme estipulado no artigo 225, § 1º, inciso II.

Por contraste, Portugal adota uma abordagem mais explícita e abrangente no que diz respeito ao direito à identidade pessoal. Sua Constituição de 1976, no artigo 26º, nº 1º, reconhece explicitamente o direito à identidade pessoal para todos os cidadãos. Essa disposição não apenas enfatiza a dimensão individual desse direito, que representa a expressão da singularidade e irreplicabilidade de cada ser humano, mas também enfatiza sua dimensão relacional, incluindo o direito à historicidade pessoal. Isso implica que cada pessoa tem o direito de conhecer a forma como foi concebida e a identidade de seus progenitores. Além disso, a Constituição portuguesa estabelece garantias adicionais para a dignidade pessoal e a identidade genética no contexto das tecnologias de reprodução assistida e experimentação científica, proibindo práticas como a criação de seres híbridos ou a reprodução artificial do mesmo patrimônio genético.

Em resumo, enquanto o Brasil reconhece o direito à identidade pessoal e à identidade genética de maneira implícita, com base na dignidade da pessoa humana, Portugal adota uma abordagem mais explícita e abrangente, assegurando esses direitos de forma mais detalhada e específica em sua Constituição. Ambos os países buscam proteger a identidade pessoal e genética, mas a abordagem portuguesa se destaca por sua maior clareza e ênfase nos direitos relacionados à identidade pessoal e genética.

Ponto importante a ser levantado é justamente a questão envolvendo a perspectiva dos doadores e receptores, bem como das crianças nascidas por meio dessas técnicas. O direito de reconhecer as origens genéticas e ainda o direito ao anonimato dos doadores são um exemplo de aspecto crucial que precisa ser regulamentado com certa cautela e sensibilidade por parte do legislador.

Assim, o Brasil, mesmo não tendo legislação própria decorrente da Procriação Medicamente Assistida, está bastante arraigada nas normas existentes, tanto os Princípios Basilares da Constituição Federal, como o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, como do planejamento familiar, bem como da base dada pelo art. 1597 do Código Civil de 2002, devendo, portanto, aprimorar a sua regulamentação com uma legislação própria que venha a compreender as necessidades demonstradas atualmente pela sociedade.

A necessidade premente de aprimoramento regulatório na área da Procriação Medicamente Assistida (PMA) torna-se evidente, especialmente no âmbito legislativo. Em um cenário de avanços tecnológicos constantes, a PMA permanecerá como um tema central em inúmeras discussões judiciais. É crucial que tanto o poder legislativo quanto o jurídico acompanhem o ritmo dos avanços científicos na PMA, proporcionando um arcabouço legal sólido que ofereça segurança jurídica aos envolvidos e aborde de forma abrangente e ética as complexidades dessa área em constante evolução.

Com base em tudo o que foi exposto, constatou-se que, embora no Brasil a medicina esteja em constante evolução no que diz respeito às técnicas de reprodução humana assistida, o Direito, como uma ciência que acompanha os avanços da sociedade, ainda apresenta lacunas significativas na regulamentação de tais técnicas.

Diante desse vácuo legislativo, o Poder Judiciário de primeira e segunda instâncias tem desempenhado um papel fundamental como protagonista na busca por soluções nos casos envolvendo PMA, com o intuito de assegurar os direitos constitucionais e a resolução de questões relacionadas ao tema no contexto brasileiro.

Em resumo, a análise comparativa entre o ordenamento jurídico brasileiro e português no contexto da reprodução assistida revela abordagens distintas, cada uma com suas particularidades. Enquanto o Brasil se baseia principalmente na Resolução do Conselho Federal de Medicina e na interpretação do Código Civil, Portugal opta por uma legislação mais detalhada e explícita para lidar com questões complexas relacionadas à identidade genética, paternidade e confidencialidade.

No Brasil, o enfoque é mais direcionado para a ética médica e a preservação do sigilo dos doadores, com uma ênfase relativa na autorização prévia do marido em casos de inseminação heteróloga. Em contraste, Portugal estabelece um arcabouço legal mais amplo e cuidadoso, com diretrizes claras sobre a não atribuição de paternidade ao doador e uma abordagem cautelosa quanto ao acesso às informações genéticas, sempre preservando a identidade do doador, a menos que haja consentimento explícito ou uma decisão judicial que justifique a revelação da identidade.

Ambos os países compartilham o objetivo de equilibrar os direitos e interesses das partes envolvidas na reprodução assistida, incluindo doadores, receptores e crianças nascidas dessas técnicas. No entanto, a forma como alcançam esse equilíbrio difere, refletindo abordagens legais e éticas distintas. Essa análise destaca a complexidade das questões envolvidas na reprodução assistida e ressalta a importância de uma regulamentação cuidadosa e sensível às necessidades e direitos de todas as partes envolvidas.

Assim, a Procriação Medicamente Assistida é caracterizada por sua evolução rápida, exigindo uma regulamentação adaptativa. Ambos os países demonstram seu compromisso em enfrentar os desafios apresentados, buscando soluções que atendam às necessidades de todos os envolvidos, respeitando os direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles. O estado regulatório da reprodução humana assistida no Brasil: da ausência de legislação ordinária ao regulamento deontológico atual. **Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário**, v. 12, n. 1, p. 10-23, 2023.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito e bioética**. In: Direito da Saúde e Bioética, Lisboa: Lex Edições Jurídicas, 1991, p. 09- 38, p. 28.

ASCENSÃO, José de Oliveira. O início da vida. *In*: **Estudos de Direito da Bioética.** Coimbra: Almedina, 2014.

BONE. Leonardo Castro de. Comentários ao acórdão n.º 225/2018 do Tribunal Constitucional português e ao novo regime previsto na Lei de Procriação Medicamente Assistida (com alterações dadas pela Lei n.º 48/2019, de 8 de julho): uma análise crítica ao problema do anonimato do doado. **civilistica.com**, v. 12, n. 1, p. 1-24, 31 maio 2023.

BULHÕES, Alcides Emanoel Espíndola. Procriação medicamente assistida e estabelecimento da filiação post mortem: uma visão comparada entre a legislação do Brasil e de Portugal. **Dissertação (Mestrado),** Curso de Mestrado em Direito, Lisboa, 2022.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2022. Institui o Código Civil**. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2022.

CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital. **A constituição da república portuguesa anotada**, vol. 1, 4.ª ed. rev. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 365.

DO AMARAL, Karina Almeida. A identidade genética e a identidade pessoal do ser humano confrontadas com a procriação medicamente assistida (PMA) heteróloga: análise a partir dos ordenamentos jurídicos brasileiro e português. **Revista Contribuciones a las Ciencias Sociales**, p. 1-12, 2016.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Application n° 10454/83: **Graham Gaskin v/the United Kingdom**; Decision of 23 January 1986 on the admissibility of the application. Commission (Plenary). Decision date: 23 Jan. 1986. Available at: https://hudoc.echr.coe.int/tkp197/view.asp#{%22fulltext%22:[%22GASKIN%22],%22itemid%22:[%22001-72424%22]}.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito de família. São Paulo, 2017, p. 320.

MAGALHÃES, Carolina Moura. VILAR, Érika Cristhina Nobre. Inseminação Artificial Homóloga Post Mortem: A Promoção de Desigualdade do Inseminado no Campo Sucessório, **Âmbito Jurídico**, 2019. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/inseminacao-artificial-homologa-post-mortem-a-promocao-de-desigualdade-do-inseminado-no-campo-sucessorio/. Acessado em: 13. Set/2023

REIS, Rafael Vale e. O Direito ao conhecimento das origens genéticas. **Coimbra**: Coimbra Editora, 2008.

REIS, Rafael Vale e. Pessoa e domínio na procriação medicamente assistida. **Tese (Doutorado)**, Coimbra: Coimbra, 2021.