

# **APLICABILIDADE DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA DIRECIONADAS A PORTADORES DO VÍRUS HIV – AIDS NO ÂMBITO BRASILEIRO**

*Carolina Altoé Velasco\**

**SUMÁRIO:** Introdução. 2. Reprodução assistida: aspectos gerais. 2.1. “Contrato” de inseminação artificial heteróloga. 2.2. “Contrato” de criopreservação de embriões. 3. Regulamentação do uso das técnicas de reprodução. 4.4. Panorama da proposta de parceria público-privada e o Sistema Único de Saúde (SUS). Conclusão. Referências.

## **INTRODUÇÃO**

Ano 2008. Vinte anos da Constituição da República Federativa do Brasil. Vinte anos do Sistema Único de Saúde (SUS). No primeiro caso evidencia-se a comemoração da transição de um Estado autoritário e intolerante para o Estado democrático de direito. No segundo vislumbra-se inevitável a percepção de conquistas no âmbito do acesso universal à saúde. Embora haja motivos para esse momento de celebração, ambos os instrumentos de efetivação de valores relacionados ao ser humano merecem ajustes e acréscimos quanto à irradiação concreta de seus efeitos na sociedade.

No plano dos direitos fundamentais, a Constituição foi responsável pela consolidação de valores imprescindíveis ao bem-estar individual e social. A importância do valor “dignidade da pessoa humana” obteve o merecido destaque e alcançou novos matizes. Foi capaz, assim, de permear institutos antes impensáveis.

Apesar do avanço proporcionado em aspectos particularizados no campo da saúde e educação, por exemplo, há incontáveis débitos. Subsiste um abismo de desigualdade no que tange à distribuição de renda, acesso *universal* aos serviços de saúde com qualidade, dentre outros.

---

\* Mestre em Direito pela Faculdade de Direito de Campos (FDC-RJ) na área de concentração Relações Privadas e Constituição. Especialista em Direito Privado pela Universidade Candido Mendes-Rio. Professora de Biodireito da graduação da Universidade Candido Mendes-Rio (Campus Tijuca); da pós-graduação da Universidade Candido Mendes-Rio e do Curso de Extensão em Biodireito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Membro da Comissão de Bioética e Biodireito da OAB-RJ. E-mail: carolinaltoe@yahoo.com.br

Mais do que outrora, vislumbra-se a emergente importância conferida às questões de saúde pública. Para tanto, imprescindível o desenvolvimento de políticas públicas que visem a melhoria da qualidade de vida da sociedade de modo equânime.

A discussão acerca do papel do Estado no fornecimento de serviços de saúde deve ser enfrentada de forma séria, já que, por exemplo, o número de pessoas infectadas por doenças sexualmente transmissíveis cresce vertiginosamente, não obstante o conhecimento social de que a cura – até o momento – inexistente.

Apesar do conhecimento de deficiências em inúmeros setores que envolvem a saúde no país, o tema que se passa a descortinar adquire importância em virtude da preocupação com o direito à saúde – direito constitucionalmente assegurado a todo cidadão – e das irradiações financeiras que o mesmo acarreta ao Estado.

Desnecessário enfatizar que os recursos destinados à saúde são escassos e por isso mesmo devem ser distribuídos com razoabilidade, seriedade e equidade<sup>1</sup> em um país de dimensões continentais.

A complexidade e seriedade do tema são decorrentes da interdisciplinariedade necessária para melhor ponderação dos produtos resultantes do debate.

As parcerias público-privadas são mecanismos de contratação muito utilizados no direito comparado, especialmente na Inglaterra, Estados, Portugal e Espanha, dentre outros. O objetivo principal para a adoção desse modelo de contratação é atrair os setores privados para investirem em projetos de interesse comum. Em outros termos, significa aproximar a iniciativa privada a fim de que seja fornecido o seu expertise para a construção de obras ou a prestação de serviços de interesse público e, em contrapartida, receber a remuneração devida pela execução e/ou gestão do objeto do contrato. No Brasil, as parcerias público-privadas foram introduzidas pela Lei 11.079/04 no âmbito Federal, mas há diversas leis estaduais e municipais que regulam a matéria em seus respectivos âmbitos de competência.

Assim, o objetivo desse trabalho é propor a implementação das denominadas parcerias público-privadas nas relações que tenham por atores o Sistema Único de

---

<sup>1</sup> O termo “equidade” é aqui empregado no sentido de ser a base ética capaz de guiar o processo decisório de alocação de recursos. Nos dizeres de Volnei Garrafa, Gabriel Oselka e Débora Diniz, “é somente através deste princípio [equidade], associado aos princípios da responsabilidade (individual e pública) e da justiça, que conseguiremos fazer valer o valor do direito à saúde. A equidade, ou seja, o reconhecimento de necessidades diferentes, de sujeitos também diferentes, para atingir direitos iguais, é o caminho da ética em face da realização dos direitos humanos universais, entre eles o do direito à vida representado, neste debate, pela possibilidade de acesso à saúde”. Cf. GARRAFA, Volnei; OSELKA, Gabriel; DINIZ, Débora. *Saúde Pública, Bioética e Equidade*. Disponível em <<http://www.portalmedico.org.br>>. Acesso em 25 fev. 2009.

Saúde (SUS) e portadores do vírus HIV-AIDS, principalmente para possibilitar seu acesso à reprodução assistida.

Sob esse matiz, desenvolvem-se os aspectos pertinentes ao tema proposto.

## **2. REPRODUÇÃO ASSISTIDA: ASPECTOS GERAIS**

O termo reprodução humana assistida indica o conjunto heterogêneo de técnicas que auxiliam o processo de reprodução humana no campo da concepção, no caso de esterilidade feminina e/ou masculina. A reprodução humana assistida pode ser classificada em métodos de baixa e de alta complexidade. Nas técnicas de baixa complexidade incluem-se o coito programado e a inseminação intra-uterina (IIU), enquanto nas de alta complexidade, a fertilização *in vitro* (FIV) convencional e a injeção intracitoplasmática de espermatozóide (ICSI).

As técnicas consideradas de baixa complexidade são a inseminação artificial homóloga intra-uterina, realizada com espermatozóide do parceiro, ou a heteróloga, com espermatozóide de doador.

Fruto da biotecnologia, a técnica de fertilização *in vitro*<sup>2</sup> é uma esperança para aquelas pessoas que desejam realizar o projeto parental.

Na prática, retiram-se diversos óvulos para serem fecundados simultaneamente a evitar que a paciente seja submetida a sucessivos procedimentos de estimulação da ovulação e aspiração folicular a cada tentativa de fecundação e desenvolvimento do embrião. Para o sucesso da técnica e bem-estar psicofísico da paciente – tendo por referência a evolução da medicina brasileira – ainda se faz necessária a coleta de óvulo em número superior a um, pois quanto maior o número de embriões formados e transferidos, maior será a probabilidade de sucesso.<sup>3</sup>

De acordo com a Resolução nº 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina, publicada no Diário Oficial da União em 19 de novembro de 1992, o número ideal de

---

<sup>2</sup> O primeiro “bebê de profeta” do mundo nasceu em 05 de julho de 1978 – Louise Joy Brown – concretizando a possibilidade da concepção de um ser humano *in vitro*. Cf. Heloisa Helena Barboza. Proteção jurídica do embrião humano. In: ROMEO CASABONA, Carlos María e QUEIROZ, Juliane Fernández (coords.). *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*, 2005, p. 248.

<sup>3</sup> Cf. Heloisa Helena Barboza, *A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização “in vitro”*, p. 75, “é relevante a determinação do número de embriões a serem transferidos: quanto maior o número, maior será a probabilidade de obtenção da gestação e de nascimentos com vida”.

embriões a serem transferidos era de, no máximo, quatro (inciso I, 6).<sup>4</sup> Outrossim, com a evolução das pesquisas esse número de embriões transferidos tende a diminuir, sem comprometimento da técnica. Tanto é verdade que contemporaneamente recomenda-se a transferência de dois embriões<sup>5</sup>, justamente para que se limite o risco da ocorrência de gravidez múltipla.<sup>6</sup>

Jean Bernard<sup>7</sup> adverte que as indicações para o uso da técnica de fertilização devem ser cuidadosamente estudadas e estritamente limitadas, por acarretar embriões excedentários.<sup>8</sup>

## 2.1 “Contrato” de inseminação artificial heteróloga

Para a realização da técnica, faz-se necessária a harmonização de interesses entre a instituição médica escolhida e a paciente. Essa terapia é recomendada para casais em que a impossibilidade de gerar descendentes, pelo método natural, resulta da

---

<sup>4</sup> De acordo com a resolução, “o número ideal de óocitos e pré-embriões\* a serem transferidos para a receptora não deve ser superior a quatro, com o intuito de não aumentar os riscos já existentes de multiplicidade”.

\* Quanto ao termo *pré-embrião*, traz-se à colação lição de Luís Roberto Barroso sobre a expressão. “A embriologia tem, por vezes, caracterizado esse estágio de desenvolvimento com a expressão ‘pré-embrião’. Cuida-se de termo cunhado em meados dos anos 1980 para designar o período que compreende as etapas estabelecidas entre a fecundação e os 14 (quatorze) primeiros dias de gestação. O que leva a que não se use a palavra ‘embrião’? Enumeram-se quatro razões para isso: (i) durante esse período, o ser não é capaz de sentir prazer ou dor, devido ao fato de não se ter formado, ainda, o sistema nervoso central; (ii) é altíssimo o número de insucessos no desenvolvimento embrionário, normalmente pela dificuldade de fixação no útero; (iii) até os 14 (quatorze) dias ainda é possível que se dividam as células em dois grupos, formando gêmeos – uma identidade de embrião, portanto, como algo único e singular só poderia ser afirmada depois desse período; (iv) a implantação do embrião no útero somente se completa por volta do 13º dia de gestação, quando, então, passa a possuir o potencial de se tornar uma pessoa”. (SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (Coords.). *Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 253-254). Para Herman Nys, “o termo pré-embrião, que se usou também para se referir ao zigoto, foi uma fonte de controvérsia, pois houve quem pensasse que diminuía a condição humana dessa entidade em desenvolvimento”. E acrescenta, informando que apenas a legislação espanhola se refere à pré-embrião. (NYS, Herman, Experimentações com embrião. In: ROMEO CASABONA, Carlos María (Org). *Biotecnologia, direito e bioética*. Belo Horizonte: PUC-MINAS e Del Rey, 2002, p. 178).

<sup>5</sup> Já em 1993 vislumbrava-se a necessidade em se realizar a transferência da menor quantidade possível de embriões no organismo materno, sem precisar recorrer à técnica da crioconservação dos mesmos. Nesse sentido é a citação de BARBOZA, Heloisa Helena, *A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização “in vitro”*, p. 75, onde expõe sua preocupação: “felizmente, o desenvolvimento da técnica evolui no sentido de somente se transferir um embrião por vez, posto que a gravidez múltipla não é o único ‘inconveniente’. Na realidade a existência de mais de um embrião, que por enquanto não pode ser afastada, é o problema crucial da fertilização *in vitro*”.

<sup>6</sup> BARROSO, Luís Roberto. Gestação de fetos anencefálicos e pesquisas com células-tronco: dois temas acerca da vida e da dignidade na Constituição. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Coords). *Direitos Fundamentais: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 674.

<sup>7</sup> Cf. Jean Bernard, *A Bioética*, Tradução de Paulo Goya. São Paulo: Ática, 1998, p. 37.

<sup>8</sup> Ou ainda, supranumerários, remanescentes, excedentes.

infertilidade do marido ou companheiro, ou, ainda, para as mulheres que anseiam a concretização da maternidade sem o seu compartilhamento com companheiro (vulgarmente denominada “produção independente”). Os fundamentos que alicerçam os objetivos normativos para o acesso às técnicas de reprodução assistida são os numerosos problemas relacionados à infertilidade humana.

Até o momento é permitida a terapia em mulheres solteiras (apesar da divergência existente), uma vez que a Resolução nº 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina não faz qualquer restrição quanto ao tipo de entidade familiar beneficiada pela prática. Apesar de a resolução possuir caráter deontológico, expressa ser possível a utilização das técnicas de reprodução assistida por *toda mulher*, independentemente da existência de vínculo matrimonial ou companheirismo:

#### II – USUÁRIOS DAS TÉCNICAS DE R.A.

1 – Toda mulher, capaz nos termos da lei, que tenha solicitado e cuja indicação não se afaste dos limites desta Resolução, pode ser receptora das técnicas de R.A., desde que tenha concordado de maneira livre e consciente em documento de consentimento informado.

2 – Estando casada ou em união estável, será necessária a aprovação do cônjuge ou companheiro, após processo semelhante de consentimento informado.

Como visto, o acesso é irrestrito – no que tange às mulheres – pois exige somente o consentimento informado (do cônjuge ou companheiro) na hipótese de casamento ou união estável. Assim, ao se interpretar a norma de forma extensiva, caso a mulher esteja solteira, a decisão é tomada individualmente. As críticas direcionadas ao fator da maternidade independente trazem como justificativa a necessidade da presença da identidade paterna para uma completa formação (psicológica e afetiva) da criança, por entender que a mesma deveria ter – como direito assegurado – uma família constituída pelos pais. Entretanto, antes de tender para um posicionamento ou outro, é importante que se realize a ponderação dos diversos fatores que se apresentam nesta realidade fática. Certo individualismo é característica das relações sociais travadas na atualidade. Outro fator a ser mencionado é o crescente número de casais separados em que as crianças são criadas por apenas um dos pais ou por parentes.

Em decorrência das modificações ocorridas na realidade sociológica, construiu-se um conceito plural de família, consagrado pela Constituição brasileira de 1988. Em seu artigo 226, houve reconhecimento das novas entidades familiares, dentre as quais se evidencia a constituída por *qualquer um dos pais e seus descendentes*

(monoparental). A dúvida surge quando se refere à caracterização dessa nova classificação familiar.

A Constituição brasileira, do mesmo modo que reconheceu o surgimento de novos conceitos familiares, estabeleceu o princípio da liberdade de planejamento familiar e da paternidade responsável como norma regulamentadora das relações do Estado com os indivíduos, que se traduz na impossibilidade de ingerência do poder público na formação do núcleo familiar.

De forma semelhante com a que ocorre na adoção, não se vislumbra óbice na criação e educação de uma criança apenas pela figura materna no caso da reprodução medicamente assistida. Fator preponderante que deve permear todas as entidades familiares é o afeto e não meramente o vínculo biológico. Guilherme Calmon Nogueira da Gama identifica que diante da viabilidade de *adoção* por apenas uma pessoa, não há razoabilidade em negá-la acesso às técnicas de reprodução humana assistida, o que demonstra a inexistência de elemento discriminador razoável a justificar tal proibição.<sup>9</sup> Gustavo Tepedino informa, de modo semelhante, que houve deslocamento da proteção primordial do Estado, antes dirigida à família-instituição, para a família-instrumento de proteção e desenvolvimento da personalidade de seus componentes.<sup>10</sup>

A imagem da “família-instituição”, sendo delineada, dá lugar à família funcionalizada à formação e ao desenvolvimento da personalidade de seus componentes, nuclear, democrática, protegida na medida em que cumpra o seu papel educacional, e na qual o vínculo biológico e a unicidade patrimonial são aspectos secundários.<sup>11</sup>

Sobre o tema, Eduardo de Oliveira Leite expõe que a adoção unilateral é aceita por sua natureza de ordem filantrópica e social. Se uma mulher sem parceiro, submetida à reprodução assistida na forma heteróloga, tivesse um filho, daria à luz um órfão de pai, “cujo parentesco ficaria reduzido a uma só linha”.<sup>12</sup> Segundo sua ótica, a formação da família monoparental em geral não é voluntária: seria consequência do final de um

---

<sup>9</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Filiação e reprodução assistida: introdução ao tema sob a perspectiva civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 538.

<sup>10</sup> TEPEDINO, Gustavo. A disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo. (coord). *Temas de Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 450-478.

<sup>11</sup> TEPEDINO, Gustavo. A disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil-constitucional, p. 450-478.

<sup>12</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 152.

relacionamento afetivo, ou seja, decorrência do rompimento de uma união estável, ou de um namoro, ou da dissolução de um casamento.<sup>13</sup>

Outro fator desfavorável à aplicação das técnicas por mulheres solteiras é o estabelecimento do anonimato em relação ao doador do material genético. Suécia e Áustria não estabeleceram o anonimato como regra, o que permite que a criança gerada a partir de material genético doado possa obter, a partir dos dezesseis anos, conhecimento da sua origem genética, porém, sem o estabelecimento de qualquer vínculo jurídico entre eles.<sup>14</sup> A França trava discussão acerca do anonimato em relação ao doador do material genético: se seria este total ou se seria permitido o conhecimento da identidade do doador e conseqüente vínculo jurídico entre eles a ensejar a produção de todos os seus efeitos; ou se, apenas em casos específicos como doenças de origem genética, podem ser fornecidas informações acerca do doador. Entretanto, na maioria dos países em que há legislação pertinente às técnicas de reprodução assistida, a regra é o sigilo em relação à identidade do doador.<sup>15</sup>

No âmbito nacional, a Resolução nº 1.358/1992 do CFM estabelece que os doadores de gametas ou embriões não devem conhecer a identidade dos receptores, nem esses daqueles, mas permite que, em situações especiais, por motivos médicos, informações sobre o doador sejam repassadas exclusivamente aos médicos, preservando-se a identidade civil do doador (seção IV, itens 2 e 3).

O projeto de lei nº 1.184/2003 estabelece no artigo 8º que as instituições que praticam a técnica de reprodução assistida estarão obrigadas a zelar pelo sigilo da doação dos gametas e a impedir que doadores e beneficiários venham a conhecer reciprocamente suas identidades. Deve zelar, ainda, pelo sigilo absoluto das informações acerca da pessoa nascida por processo de reprodução assistida. Mas comporta exceções. Conforme seu artigo 9º, o sigilo exigido no artigo 8º do mesmo diploma poderá ser rompido nas seguintes hipóteses elencadas: (i) caso a pessoa concebida pela técnica manifeste vontade em conhecer o processo que o gerou e, inclusive, a identidade civil do doador do material genético; (ii) quando o motivo seja justificado por razões médicas ou jurídicas.

---

<sup>13</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias monoparentais: a situação jurídica de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 29, é praticamente impossível indicar todas as situações que originam a monoparentalidade.

<sup>14</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Filiação e reprodução assistida: introdução ao tema sob a perspectiva civil-constitucional*, p. 535.

<sup>15</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Filiação e reprodução assistida: introdução ao tema sob a perspectiva do direito comparado*. In: *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 2, n. 5, abr./jun. 2000, p. 21-22.

Ponto importante destacado no capítulo VI do projeto de lei nº 1.184/2003 é o que versa sobre a filiação da criança gerada: será atribuída a quem solicitou o emprego da técnica de reprodução assistida (à mulher, individualmente, ou ao casal). A estes, portanto, será concedida a maternidade e paternidade de forma irrevogável, de forma semelhante a que se vislumbra na adoção. Exclui-se, ainda, a hipótese de restabelecimento deste tipo de vínculo com o doador, independentemente do falecimento dos pais legais. Fica ressalvado apenas o acesso a informações médicas para fins de transplantes de órgãos ou tecidos e os impedimentos matrimoniais.

As regras pertinentes ao sigilo nas doações de material genético se justificam a fim de evitar problemas ou “importunações” futuras: tentativa de estabelecimento do vínculo jurídico paterno-filial entre o doador do material genético e a criança nascida da utilização desse material, a fim de buscar benefício econômico.

Todavia, em razão do grande desenvolvimento da teoria acerca dos direitos personalíssimos na atualidade e em face do princípio constitucional da igualdade entre filhos, tem-se defendido que toda pessoa, inclusive a concebida de forma artificial com utilização de material genético de doador, possui direito de informação sobre seus ascendentes biológicos. O direito ao conhecimento da ascendência é direito personalíssimo, portanto, indisponível. Tal direito consiste no fornecimento de informação acerca do material genético utilizado em sua concepção, quer dizer: quem são seus antepassados, no conhecimento de seu histórico familiar e até mesmo no diagnóstico de doenças genéticas graves.

Esse direito ao conhecimento da ascendência não significa que seja necessário o estabelecimento da relação de paternidade entre o doador do material genético e a pessoa concebida, a partir desse material. Consiste apenas no direito de saber quem são seus ascendentes, sem a possibilidade de se estabelecer o vínculo jurídico paterno-filial, de modo que não envolveria direito a alimentos, direito ao uso do nome, nem direitos sucessórios.

Reconhecendo-se ou não o direito ao conhecimento da ascendência ao nascido da utilização de técnicas heterólogas de reprodução assistida, uma coisa é certa: a relação entre a pessoa assim nascida e o fornecedor do material genético que lhe deu vida não é a mesma relação que existe entre aquela e um estranho. Há entre eles alguns impedimentos, tais quais existem igualmente na relação entre pessoas que mantêm o vínculo de adoção (por exemplo, o impedimento matrimonial, elencado no artigo 1.521, I do Código Civil). Por isso Guilherme Calmon identifica o estabelecimento de vínculos



negativos entre o doador de material genético e a pessoa concebida pelas técnicas artificiais: impossibilidade de reconhecimento de paternidade da pessoa gerada; impossibilidade de adoção pelo doador; impossibilidade de casamento entre o doador e a pessoa gerada ou entre esta e parentes próximos do doador.<sup>16</sup>

Entende-se psicologicamente saudável a curiosidade e posterior descoberta da origem genética pelo ser humano, mas, ao se colocar no lugar da pessoa do doador, não se pode obrigá-lo a reconhecer o vínculo paterno originário de uma doação, que a princípio, seria anônima. Admite-se igualmente o direito da pessoa gerada pela técnica, mas os valores emersos devem ser ponderados.

Hodiernamente vê-se reconhecido o direito à investigação de paternidade, nesses casos, alcançada a maioridade civil.

É importante lembrar que para que seja possível esse reconhecimento da identidade genética após a maioridade da pessoa gerada pelas técnicas de reprodução assistida heteróloga, é necessário que os laboratórios guardem as informações relativas aos doadores. Esta, inclusive é a determinação do artigo 5º, III do projeto de lei nº 1.184/2003, em que os serviços de saúde (compreendidos aqui os bancos de células e tecidos germinativos – BCTG) que realizam a reprodução assistida são responsáveis pelo registro e armazenamento de todas as informações relativas aos doadores e aos casos em que foi utilizada a terapia, pelo prazo de cinquenta anos.

A família monoparental, compreendida neste caso como aquela formada pela maternidade independente, é objeto de discussão pela ruptura promovida pelas técnicas de reprodução assistida entre os tradicionais conceitos de maternidade e sexualidade. Acredita-se que esse tipo de família reflete as escolhas dos membros da sociedade hodierna. Devido à influência direta das tecnologias reprodutivas, principalmente no cotidiano feminino, houve, por parte das mulheres, clara separação entre a maternidade e a constituição tradicional de família (aquela compreendida pelos pais e seus filhos). Presencia-se, a cada dia, um número maior de mulheres fazendo opção pela maternidade independente.

Com base nas inovações tecnológicas observa-se a formação dessa entidade familiar por *eleição*. Sempre se constatou a existência desse tipo de família (seja pela morte de um dos cônjuges, pela dissolução do vínculo matrimonial ou do companheirismo, pelo abandono do lar), com o diferencial de não ter recebido um

---

<sup>16</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Filiação e reprodução assistida: introdução ao tema sob a perspectiva civil-constitucional*, p. 534.

tratamento específico, até porque a monoparentalidade era caracteristicamente transitória, ou seja, tendia, quase sempre, para uma nova união.

O atual panorama é a constituição de um lar por mulheres que optam pela monoparentalidade. Essa característica efêmera é posta de lado, já que não se almeja a formação de uma relação biparental posterior. E o que permite a adoção por pessoas maiores e capazes, independentemente do estado civil ou de manterem ou não uma relação de casal, é a lei 8.069/90. É deste instituto que se depreende o reconhecimento pela legislação brasileira da paternidade e maternidade socioafetivas.

O antigo projeto de lei do Senado nº 90/99 (atual projeto de lei nº 1.184/03) estabelecia, em seu substitutivo, a vedação da “produção independente” ao restringir a utilização desta intervenção médica aos casos de indicação terapêutica, esgotadas as demais possibilidades, com o requisito de ser a paciente casada ou encontrar-se em união estável (artigo 1º, parágrafo único, I). E mais, tipificava como crime a utilização da técnica em mulheres solteiras ou que não vivessem em união estável (artigo 37).

Hodiernamente, vislumbra-se a possibilidade do tratamento de reprodução assistida por mulheres solteiras tanto pela já mencionada resolução do Conselho Federal de Medicina, quanto pelo projeto de lei nº 1.184/03 – dispositivo atual que faz alusão à reprodução assistida:

Art. 1º Esta lei regulamenta o uso das técnicas de reprodução assistida (RA) para a implantação artificial de gametas ou embriões humanos, fertilizados *in vitro*, no organismo de mulheres receptoras.

Parágrafo único – Para os efeitos desta lei, atribui-se a denominação de:

[...]

II – beneficiários: às mulheres ou aos casais que tenham solicitado o emprego da reprodução assistida.<sup>17</sup>

Como mencionado anteriormente, o Código Civil tratou superficialmente da inseminação artificial. O único dispositivo, no capítulo sobre Direito de Família, referente à utilização da técnica é o artigo 1.597. Este estabelece a presunção da paternidade do marido em relação aos filhos concebidos por sua esposa que sejam advindos da fecundação artificial homóloga ou heteróloga, desde que autorizada por ele, ainda que já tenha falecido. Desse modo, o estatuto civil autoriza a realização da terapia em mulheres casadas ou viúvas – compreendidas, estas últimas, como únicas “mulheres sozinhas” autorizadas, *expressamente*, a fazer uso da técnica.

---

<sup>17</sup> Projeto de lei nº 1.184/03 disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/137589.pdf>

A título exemplificativo é relevante recordar os ensinamentos de Miguel Reale, quando da criação da Teoria Tridimensional do Direito. Enfatiza que esta nada mais é do que a confluência de três fatores: fato, valor e norma. Estabelecidas as bases dessa teoria, o direito decorre da realidade fática, a qual deve ser atribuída um valor, para somente então surgir norma capaz de regulamentar a situação fática criada. Ao que parece, alguns doutrinadores têm demonstrado apego exacerbado às normas pré-existentes. Cumpre ao direito a regulamentação dos fatos e não sua adaptação ao direito, o que poderia gerar não a obstrução da evolução da sociedade, mas o crescimento de realidades fáticas à margem do sistema. Deste modo, a afirmação de que determinado fato não possui regulamentação ou mesmo proteção por parte do direito leva a crer a premente necessidade de revisão dos conceitos e realidades já estabelecidos.

Contrários à idéia de aplicação das técnicas por mulheres solteiras podem ser citados alguns países da Europa, a exemplo da Suécia, Portugal, Alemanha e Itália. Na América, os Estados Unidos. Em todos os países mencionados, o acesso às técnicas é permitido apenas a casais que estejam em união estável ou unidos pelo matrimônio. Nos Estados Unidos, todas as disposições legais limitam o emprego das técnicas de reprodução assistida *heteróloga* a pessoas casadas.<sup>18</sup>

Vale lembrar que no Brasil se houver aprovação do projeto de lei nº 1.184/03, que trata simplesmente por *mulheres* as beneficiárias da técnica (além do casal), a restrição quanto ao seu uso poderá se converter em discriminação em detrimento do modelo tradicional de família. A norma poderia ser considerada inconstitucional em vista da previsão expressa da monoparentalidade pela Constituição brasileira.

A responsável pela escolha dos doadores de gametas, por seu turno, é geralmente uma terceira instituição (laboratório especializado) que não a clínica de fertilização. O comumente denominado “banco de sêmen” costuma ser responsável pelo material genético a ser inseminado, enquanto a clínica exerce o papel de intermediária e responsável pelo procedimento de inseminação e demais cuidados médicos. Aos bancos de sêmen, às clínicas e serviços de saúde são aplicadas as regras atinentes à responsabilidade por fato de terceiro. Na responsabilidade por fato de terceiro, também conhecida por *indireta* ou *reflexa*, responsabilizam-se os imputados por fato praticado por pessoa a eles ligadas. Nestes casos, as entidades supracitadas são responsáveis pelos

---

<sup>18</sup> ORSELLI, Helena de Azeredo. *O sigilo do doador do material genético nas técnicas de reprodução assistida e os interesses da criança gerada*. Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil. Porto Alegre: Síntese, v. 8, n. 48, jul/ago, 2007, p. 141.

médicos, enfermeiras, auxiliares e demais funcionários que tenham ligação com o paciente. Conforme exposto, tais entidades são responsáveis pelos danos ocorridos aos seus usuários em decorrência de conduta culposa ou dolosa desses profissionais.<sup>19</sup>

O laboratório seleciona os doadores entre os voluntários que se apresentam através de exames médicos, cataloga seus perfis com informações médicas, biológicas, psicológicas e civis – com a ressalva de permanência de sigilo quanto à sua identidade – e mantém criopreservado o material coletado. Ao contrário do que se possa imaginar, não é permitida a comercialização de material biológico em nosso ordenamento – compreendido: sangue, espermatozoides, óvulo, órgãos.<sup>20</sup> A remuneração percebida pelos doadores costuma ser mascarada sob a forma de “compensação pelo inconveniente e tempo perdido”. De forma semelhante, a quantia paga ao banco de sêmen pela clínica que faz a intermediação se refere aos serviços de conservação e informação, jamais sob o título de pagamento.<sup>21</sup>

A comercialização de óvulos e embriões encontra-se regulamentada em alguns países, mas vedada em outros. A vedação é apontada como remédio para a mercancia clandestina, fomentada pelo tráfico de material biológico de países pobres para os considerados desenvolvidos.

A divulgação de um leilão de óvulos nos Estados Unidos, em um sítio da *internet*<sup>22</sup>, deixou a sociedade mundial perplexa. O “arremate” era feito por um simples “clique” após a análise das seis modelos disponibilizadas pela agência – reduzidas à categoria de reles matrizes genéticas. Apesar da aparência desrespeitosa, certamente sob a ótica de considerável parcela da sociedade brasileira, anúncios dessa ordem são possíveis em virtude da permissão de comercialização de espermatozoides e óvulos por leis americanas. São eles, inclusive, os maiores exportadores de material genético para a Alemanha, que permite pesquisa com embriões estrangeiros.

De modo geral, a clínica fica responsável pelo processo de inseminação, por todo o acompanhamento médico da paciente, a incluir os exames, tratamento ambulatorial e demais procedimentos necessários para o deslinde da gravidez.

---

<sup>19</sup> SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. Responsabilidade civil do médico na inseminação artificial. In: BITTAR, Carlos Alberto (coord.). *Responsabilidade civil médica, odontológica e hospitalar*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 48.

<sup>20</sup> Sobre a proibição, consultar artigo 199, § 4º da CF/88; resolução do CFM nº 1.358/1992 (item IV-1) e projeto de lei nº 1.184/03 (*caput* do artigo 7º).

<sup>21</sup> KONDER, Carlos Nelson. *Op. cit.*, p. 251.

<sup>22</sup> O leilão foi divulgado, no ano de 1999, no sítio eletrônico <http://www.rosangels.com>

Entretanto, é preciso compreender o papel das clínicas especializadas em medicina reprodutiva de forma ampla. Sua missão não consiste simplesmente em unir o espermatozoide ao ovo e realizar a terapia na mulher, ou retirar óvulos, realizar a fertilização *in vitro* e transferir os embriões para o útero de sua paciente. Como a própria expressão *reprodução assistida* sugere, a incumbência deste setor da medicina é prestar toda e qualquer assistência necessária às pessoas que apresentam dificuldade em gerar filhos.

Dispõe a Resolução nº 1.358/1992 que “as clínicas, centros ou serviços que aplicam técnicas de RA são responsáveis pelo controle de doenças infecto-contagiosas, coleta, manuseio, conservação, distribuição e transferência de material biológico humano” (Seção III). Essa, inclusive, é a intenção apresentada na redação do artigo 5º do projeto de lei nº 1.184/2003, que adverte sobre a responsabilidade dos serviços de saúde que realizam a técnica. Ficariam encarregados pelo recebimento das doações (espermatozoide, óvulos, embriões e tecidos) e pelas fases de coleta, manuseio, controle infecto-contagioso, conservação, distribuição e transferência do material biológico humano utilizado na reprodução assistida. Fica vedada a transferência de sêmen doado a fresco.

Ocorre que os contratos de inseminação artificial heteróloga exibem cláusulas em que convencionam que “os pacientes reconhecem o risco intrínseco, independente dos exames realizados, de transmissão de doenças sexualmente transmissíveis” e que “estão cientes da impossibilidade de previsão de características físicas e mentais da criança, sabendo que aproximadamente 4% nascem com defeitos físicos e mentais de ocorrência fora de controle médico”.<sup>23</sup> Com base no conteúdo da cláusula contratual supramencionada é cristalina a intenção do centro médico em se esquivar de qualquer responsabilidade decorrente de sua atividade.

Por não se tratar de direitos disponíveis é, portanto, inválida a cláusula de não indenizar. Ressalte-se que o não atendimento à diligência necessária com que deve proceder todo médico em seus atos profissionais, acarreta responsabilidade pelos danos causados a que der causa por negligência, imprudência e imperícia, conforme artigo 951 do diploma civil. Caso o médico não haja com zelo profissional, responderá mediante apuração de culpa (artigo 14, § 4º do Código de Defesa do Consumidor). Poderá o juiz, mediante prova da hipossuficiência técnica do paciente, inverter (alguns doutrinadores preferem a expressão *isenção*) o ônus da prova (artigo 6º, VIII do CDC). Verificado,

---

<sup>23</sup> KONDER, Carlos Nelson. *Op. cit.*, p. 253.

pois, que o problema ocorrido à criança poderia ter sido evitado por exame necessário (de acordo com a prática médica) que era de responsabilidade da clínica, ou mesmo quando for o médico integrante de seu corpo de funcionários, responderá a própria clínica, objetivamente (artigo 14 do CDC).

Nesse caso, não se considera o vício no “produto” (compreendido aqui o material biológico), mas na obrigação médica da prestação de serviços. Teria a paciente direito de ação em face da clínica, que é diretamente a prestadora de serviços médicos e, assegurada a esta o direito de regresso quanto ao médico responsável mediante apuração de culpa e ao banco de sêmen conforme o pactuado no contrato entre estes. É importante destacar a complexidade da questão da responsabilidade médica. A doutrina não é pacífica sobre a possibilidade de inversão do ônus da prova contra profissionais liberais e nem sobre quando a responsabilidade será do médico e quando será da clínica (neste caso, objetiva).<sup>24</sup>

Também poderá ser exigida responsabilização quando a clínica não zelar, dentro do possível, para que o “doador tenha a maior semelhança fenotípica e imunológica e máxima possibilidade de compatibilidade com a receptora”, de acordo com o disposto na seção IV, item 6 da Resolução nº 1.358/1992 do CFM. Diante da existência de norma deontológica a vincular a conduta médica, seu desrespeito já caracteriza falta médica capaz de gerar direito a ressarcimento pelo dano moral causado. O artigo 10 do projeto de lei nº 1.184/2003 não menciona a exigência da semelhança fenotípica. Estabelece apenas que “a escolha dos doadores será de responsabilidade do serviço de saúde que pratica a reprodução assistida e deverá assegurar a compatibilidade imunológica entre doador e receptor”.

## **2.2 “Contrato” de criopreservação de embriões**

Após a descrição do contrato de inseminação heteróloga tratado no subitem anterior, o contrato que passa a ser analisado a partir de agora apresenta outras inúmeras controvérsias.

---

<sup>24</sup> TEPEDINO, Gustavo José Mendes. *A responsabilidade civil médica na experiência brasileira contemporânea*. Revista Trimestral de Direito Civil, v. 2, Rio de Janeiro: Padma, 2000, p. 54. Sobre o tema, consultar LEWICK, Bruno. O homem construtível: responsabilidade e reprodução assistida. In: BARBOZA, Heloisa Helena; BARRETTO, Vicente (orgs.). *Temas de biodireito e bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 99-154.

As inquietações quanto ao tema têm início com sua nomenclatura: as clínicas não são uníssonas na denominação de “contrato” para a relação existente entre os médicos, a instituição de saúde e os pacientes. A esse conjunto de atividades vinculadas à execução da prática médica na reprodução assistida conferem o nome de “termo de consentimento”.

Declarações internacionais, códigos de ética, resoluções e leis específicas recomendam o emprego de “termos de consentimento” na prática cotidiana em saúde e na realização de pesquisas que envolvem a participação de seres humanos. Seu uso é recomendado em situações que envolvem o emprego de tecnologias avançadas, como é o caso da reprodução humana assistida.<sup>25</sup> A importância é constatada pela função primordial de informação aos pacientes. Contêm de forma detalhada os procedimentos, riscos e benefícios da terapia fornecida ao paciente durante o processo de informação, que deve ser preliminar à assinatura do termo. Porém, sua mera assinatura não é suficientemente capaz de dirimir as dúvidas pertinentes à prática no caso concreto. Para tanto, faz-se necessária a comunicação dos aspectos que pertinentes à atividade com o uso de linguagem informativa capaz de dirimir possíveis dúvidas.

O termo de consentimento baseia-se essencialmente na autonomia dos participantes a fim de resguardar os profissionais e demais integrantes da relação decorrente da aplicação dos métodos conceptivos artificiais, na tentativa de antever todos os seus possíveis resultados.

Apesar das críticas que a Resolução nº 1.358/1992 do CFM suscita por estar obsoleta em alguns pontos e por não ter força de lei, é o único documento específico que rege as práticas da reprodução assistida, e que menciona a obrigatoriedade da utilização do consentimento informado.<sup>26</sup> Ocorre que a formulação do termo de consentimento informado na reprodução assistida fica a cargo dos centros de saúde especializados. É certo que os termos devem seguir as orientações e regulamentações regionais ou nacionais editadas pelos conselhos pertinentes. No entanto, não se verifica

---

<sup>25</sup> MENEGON, Vera Mincoff. Consentindo ambigüidades: uma análise documental dos termos de consentimento informado, utilizados em clínicas de reprodução humana assistida. In: *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, maio/jun. 2004, p. 845.

<sup>26</sup> Conforme seção I, item 3 da Resolução nº 1.358/1992 do CFM: “O consentimento informado será obrigatório e extensivo aos pacientes inférteis e doadores. Os aspectos médicos envolvendo todas as circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, assim como os resultados já obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico, ético e econômico. O documento de consentimento informado será em formulário especial, e estará completo com a concordância, por escrito, da paciente ou do casal infértil”.

um modelo unificado a fim de ser adotado pelas clínicas.<sup>27</sup> A edição de normas e modelos padronizados, por conselho técnico específico, configuraria alternativa razoável para a questão. Ficaria a cargo desse conselho a análise e o estudo das experiências e necessidades listadas por quem realiza contato direto com os pacientes. Se se pode ter a opção de disponibilizar *modelos momentaneamente completos*<sup>28</sup> às clínicas e centros de saúde, por que não fazê-lo? Hodiernamente não se vislumbra por justificativa razoável a alegação da dificuldade em contactar as entidades promotoras de técnicas reprodutivas. Em razão da implantação do processo de cadastramento nacional dos Bancos de Células e Tecidos Germinativos (BCTG), aprovado pela Resolução ANVISA nº 29/08, a interface com esses centros tende a fluir de modo mais fácil e direto. Sendo assim, sugestões poderiam ser feitas diretamente ao órgão consultivo.

Em que pese haver determinação pertinente à regulamentação padronizada para as clínicas e serviços de saúde que trabalham com essas técnicas, constata-se que cada uma é responsável pela formulação de seus termos e condições, o que resulta na variabilidade de forma e conteúdo. Aspecto interessante nos textos e pesquisas encontrados sobre o assunto é a nomenclatura disforme que o “contrato de criopreservação de embriões” recebe. Realidade que não difere muito da dos “contratos de inseminação artificial” abordados no item anterior.

No estudo realizado por Vera Mincoff Menegon constata-se que algumas clínicas confeccionam formulário único para o termo de consentimento na reprodução assistida, enquanto outras organizam formulários individualizados para cada técnica realizada. Observa que para uma melhor compreensão dos termos de consentimento coletados foi preciso fazer a seguinte divisão: (i) grupo de técnicas principais<sup>29</sup> – que agregam técnicas de alta e baixa complexidade, destinadas à fertilização propriamente dita; (ii) grupo de técnicas auxiliares, subdividido em: (iia) consentimentos para adoção e recepção de material genético e biológico, (iib) consentimentos para criopreservação

---

<sup>27</sup> MENEGON, Vera Mincoff. *Entre a linguagem dos direitos e a linguagem dos riscos: os consentimentos informados na reprodução humana assistida*. 2003. 285 f. Tese (Doutorado em Psicologia Social) – Instituto de Psicologia, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2003, p. 188.

<sup>28</sup> Digo *modelos momentaneamente completos* em face da constante mudança refletida diretamente na tecnologia que é aplicada nas técnicas de fertilização. Seria preciso que o órgão realizasse revisões periódicas nos termos, a cargo da necessidade constatada em cada caso.

<sup>29</sup> O grupo de técnicas principais engloba as entendidas como de alta complexidade, como fertilização *in vitro*; injeção intracitoplasmática de espermatozoides; transferência intratubária de gametas, oócitos. Já o de baixa complexidade compreende a inseminação intra-uterina e o coito programado.



de material genético (congelamento e descongelamento) e (iic) consentimentos para testes.<sup>30</sup>

A eficácia do termo de consentimento em uma medicina cada dia mais multifacetada<sup>31</sup> requer a observância de alguns itens compreendidos indispensáveis. Assim, um termo de consentimento adequado e eficaz deve compreender alguns itens considerados indispensáveis: informações técnicas compreensíveis (caso necessitem de maiores esclarecimentos, os mesmos devem ser prontamente prestados); informação quanto ao sucesso e insucesso do procedimento; riscos do procedimento; custos das técnicas e dos medicamentos; riscos associados ao uso de qualquer medicamento; possíveis implicações psicológicas.

Anuncia-se a técnica da *criopreservação embrionária* capaz de solucionar o dilema dos embriões excedentários quanto à sua destinação, ainda que momentânea, e também: auxílio na redução da incidência de gravidez múltipla; garantia que os embriões obtidos com os procedimentos, se congelados, possam ser utilizados em uma próxima tentativa caso a anterior não resulte em gravidez ou em uma segunda gestação. Paralelamente dever-se-ia informar a porcentagem de sucesso obtido no descongelamento dos embriões. Ao que parece, o desafio não está no congelamento – prática dominada pela medicina contemporânea –, mas na conservação do embrião e na preservação de sua qualidade genética durante o descongelamento, oportunidade em que será submetido a uma drástica alteração térmica.

Carlos Konder afirma que o “contrato de preservação criogênica de embriões” configura *contrato acessório* ao contrato de prestação de serviços médicos de fecundação *in vitro*. Decerto que ao mencioná-lo como contrato acessório, subentende-se que sua aplicação possui repercussão graças ao surgimento dos embriões excedentários, que deverão ser transferidos a fresco – em número que apresente margem de segurança para a saúde da gestante e do(s) futuro(s) bebê(s) – ou imediatamente criopreservados. É, pois, neste contrato acessório que uma série de implicações devem ser observadas por influírem diretamente no objeto do contrato. Por exemplo, qual a natureza jurídica do embrião excedentário: sujeito ou objeto de direito? A jurisprudência norte-americana, por estar ligada a uma perspectiva liberal, trata os

---

<sup>30</sup> MENEGON, Vera Mincoff, *Op. cit.* p. 197. Ressalva a autora que as técnicas contempladas nos formulários constam do material fornecido pelas clínicas. Isso não quer dizer que existam somente as técnicas elencadas, pelo contrário, o universo das intervenções é bem maior do que o apresentado.

<sup>31</sup> O estabelecimento das tradicionais relações díades – médico e paciente – tornam-se cada dia mais raras em face da complexa e pluralizada teia de relações firmadas.

embriões excedentes e suas conseqüentes relações pela ótica das relações patrimoniais. Em vários julgados as cortes firmaram entendimento no sentido de serem os embriões propriedade daqueles que os geram. Conseqüentemente, possuiriam livre disponibilidade para realizar contrato com esse objeto.<sup>32</sup> Jessica L. Lambert afirma que “some commentators have suggested that frozen embryos should be treated as the property of the couple who created them”.<sup>33</sup> Demonstra, ainda que, para os adeptos dessa corrente de pensamento, “under a traditional analysis of property rights, the biological creators of embryos would have the same rights over the embryos as any other property, including the rights to own, sell, bequeath, and destroy them”.<sup>34</sup>

Dois exemplos clássicos de aplicação da ótica patrimonialista no direito estadunidense são o caso *York v. Jones* e *Davis v. Davis*, ambos ocorridos em 1989. No primeiro exemplo, “the Federal District Court for the Eastern District of Virginia implicitly adopted this approach by relying on property law principles to decide a case between a couple and a fertility clinic over control of disputed embryos”.<sup>35</sup>

Episódios comuns nos Estados Unidos fazem referência a casos de separação de casais que possuem embriões criopreservados. No contexto brasileiro não se constata preferência na aplicação de uma determinada solução. O que se tem é norma inserta na Resolução do CFM recomendando que no momento da criopreservação o casal expresse sua vontade, por escrito, quanto ao destino a ser conferido a esses embriões em caso de divórcio, doenças graves, falecimento de um ou de ambos os cônjuges, e no caso de manifesta vontade pela doação, quando desejam fazê-la. No caso da ausência de estipulação, fica suspenso o questionamento de quem seria a guarda ou custódia dos embriões excedentários criopreservados.

Portanto, contrariamente ao posicionamento estadunidense, observa-se que o direcionamento conferido pela doutrina brasileira aos embriões é semelhante ao

---

<sup>32</sup> ALBANO, Suzana Stoffel Martins. Reprodução assistida: os direitos dos embriões congelados e daqueles que os geram. In: *Revista Brasileira de Direito de Família*, v. 7, n. 34, Porto Alegre: SÍNTESE, IBDFAM, fev./mar., 2006, p. 82.

<sup>33</sup> LAMBERT, Jessica L. *Op. cit.*, p. 538. Alguns analistas propuseram que os embriões congelados deveriam ser tratados como propriedade do casal que os criaram. (Tradução livre).

<sup>34</sup> LAMBERT, Jessica L. *Op. cit.*, p. 538. Sob uma análise tradicional dos direitos de propriedade, os pais biológicos dos embriões congelados teriam os mesmos direitos sobre os embriões como em qualquer outra propriedade, incluindo direitos de propriedade, venda, sucessório e destruição dos mesmos. (Tradução livre).

<sup>35</sup> LAMBERT, Jessica L. *Op. cit.*, p. 538-539. A Corte do Distrito Federal para o Distrito da Virgínia do Leste adotou implicitamente esta aproximação por confiar nos princípios jurídicos de propriedade para decidir um caso entre um casal e uma clínica de fertilidade sobre o controle dos embriões envolvidos na controvérsia. (Tradução livre).

europeu.<sup>36</sup> Vislumbra-se que o tratamento legal do embrião deve ser analisado pelo ordenamento jurídico em conformidade com os princípios constitucionais, os quais, no Brasil, privilegiam a extrapatrimonialidade.

Posição interessante foi adotada pela Alemanha a fim de evitar maiores discussões quanto à criopreservação. Baseando-se na corrente personalista, que considera o embrião pessoa, sujeito de direitos e hipossuficiente a ser protegido pelo ordenamento jurídico, a lei restringe a produção de embriões àqueles que serão efetivamente implantados e considera, conseqüentemente, ilícito o contrato de criopreservação.<sup>37</sup> A prática germânica efetivamente impressiona pela preocupação em não aumentar as conseqüências oriundas das inovações biotecnológicas, sem cerceamento da sociedade a seus métodos reprodutivos. Entretanto, a mesma Alemanha que se preocupa com uma postura condizente com a dignidade humana, consagrada no artigo 1º da Constituição germânica, é capaz de permitir a experimentação com embriões adquiridos de países que realizam sua mercancia.

Com relação aos contratos que dizem respeito à prática médica reprodutiva, o que mais chama a atenção são as expressões consagradas nos contratos. Quer seja no termo de consentimento para criopreservação de embriões, quer seja no termo de consentimento para prática da inseminação artificial, os termos recaem no gênero contratual e suas variações: contrato, requerimento, autorização e declaração.<sup>38</sup> Vera Menegon apresenta com detalhes as conclusões a que pôde chegar com base nos documentos disponibilizados para pesquisa. Alguns mencionam que os submetidos às práticas reprodutivas artificiais procuram o serviço de forma espontânea; outros fazem constar que a assinatura do(s) termo(s) somente se concretiza após longo processo de informação sobre as etapas e procedimentos.

### **3. REGULAMENTAÇÃO DO USO DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO**

O nascimento do primeiro bebê de proveta brasileiro é datado de 1984.<sup>39</sup> Decorridas mais de duas décadas, ainda não houve regulamentação (no plano brasileiro)

---

<sup>36</sup> ALBANO, Suzana Stoffel Martins. *Op. cit.*, p. 85.

<sup>37</sup> ANDORNO, Roberto. *Bioética y dignidad de la persona*. Madrid: Tecnos, 1998, p. 119.

<sup>38</sup> MENEGON, Vera Mincoff. *Op. cit.* p. 203.

<sup>39</sup> Segundo informam CORRÊA, Marilena e LOYOLA, Maria Andréa, “o primeiro bebê de proveta brasileiro nasceu em 1984, mas que, desde o início da década de 1980, são publicadas comunicações científicas sobre tentativas de FIV sem sucesso”. In CORRÊA, Marilena C. D. V.; LOYOLA, Maria

das técnicas artificiais de reprodução assistida. Profissionais atuantes na área – na ausência de normas específicas – vêm-se obrigados a pautar suas ações pelas normas éticas inscritas na Resolução n.º 1.358/1992 do Conselho Federal de Medicina<sup>40</sup> (CFM). Essa resolução, elaborada oito anos após o nascimento do bebê, é, ainda hoje, o único documento específico orientador das práticas no campo da reprodução assistida.

A resolução, ao reconhecer a legitimidade do anseio de superar a “infertilidade humana, problema de saúde com implicações médicas e psicológicas”, reafirma os princípios gerais da inviolabilidade e da não comercialização do corpo humano, da gratuidade do dom e do anonimato da doação. Indica a necessidade de observação do consentimento formal dos participantes de programas de fertilização *in vitro* e estabelece regras para diminuir a possibilidade de incesto inadvertido. Aceita que mulheres solteiras tenham acesso às técnicas e à prática da gestação de substituição (doação temporária do útero). Quanto à prática desta última, recomenda que as doadoras temporárias sejam parentes da doadora genética até segundo grau. Os demais casos ficam sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina.

Há dúvida quando a resolução trata do acesso à técnica. Estabelece que “toda mulher, capaz nos termos da lei, que tenha solicitado e cuja indicação não se afaste dos limites desta Resolução, pode ser receptora das técnicas de RA, desde que tenha concordado de maneira livre e consciente em documento de consentimento informado”.<sup>41</sup> Marilena Corrêa e Maria Andréa Loyola defendem que a resolução, ao deixar de mencionar a sexualidade, aceita que mulheres solteiras possam ter acesso às técnicas de reprodução assistida e à doação temporária do útero – práticas que possibilitariam o acesso de homossexuais às novas tecnologias reprodutivas.<sup>42</sup> Nesse sentido, verifica-se, contemporaneamente, o acesso de casais portadores do vírus HIV-AIDS às técnicas<sup>43</sup>. Ao visar a diminuição ou, até mesmo, a eliminação da transmissão

---

Andréa. *Reprodução e bioética. A regulação da reprodução assistida no Brasil*. Caderno CRH, Salvador, vol. 18, n. 43, jan./abr. 2005, p. 106.

<sup>40</sup> Resolução encontrada no sítio [http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1992/1358\\_1992.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1992/1358_1992.htm)

<sup>41</sup> Resolução do Conselho Federal de Medicina n.º 1.358/1992. Disponível em [http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1992/1358\\_1992.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1992/1358_1992.htm)

<sup>42</sup> CORRÊA, Marilena C. D. V.; LOYOLA, Maria Andréa. *Reprodução e bioética. A regulação da reprodução assistida no Brasil*, p. 106.

<sup>43</sup> Estudo realizado na Europa demonstra que a concepção assistida para casais discordantes para o HIV é eticamente aceitável. Em países desenvolvidos, as técnicas de reprodução assistida são oferecidas a casais sorodiscordantes por um dos seguintes motivos: para reduzir o risco de transmissão de HIV ao outro parceiro e/ou à criança, ou como opção oferecida a todos os casais inférteis. As considerações éticas envolvidas no oferecimento desse tipo de assistência apontam para o conflito entre dois princípios éticos: o respeito pela autonomia dos indivíduos soropositivos para o HIV em decidir sobre sua reprodução *versus* o princípio de beneficência expresso pela preocupação com o bem-estar da criança. Nos países

vertical (transmissão do vírus, durante a gestação, da mãe para o filho), implementam-se, no país, políticas públicas de saúde, em que esses casais podem conceber seus filhos com maior segurança e tranquilidade. Na hipótese de a mulher ser soropositiva<sup>44</sup> e o homem soronegativo, a melhor alternativa é a inseminação artificial. Quando a questão se apresenta de forma inversa – mulher soronegativa e homem soropositivo – mais recomendável que se faça uso da fertilização *in vitro*.

No ano de 2005 houve proposta do governo federal em que o SUS (Sistema Único de Saúde) ofereceria tratamento de reprodução assistida na rede pública de saúde a casais soropositivos e sorodiscordantes.<sup>45</sup> Muita polêmica foi criada sobre a viabilidade e do custo que esse serviço geraria ao sistema público de saúde.

De acordo com Ricardo Pio Marins – então diretor adjunto do Programa Nacional de DST-AIDS do Ministério da Saúde – a iniciativa do governo federal em estender o tratamento de reprodução assistida não inviabiliza outras ações de prevenção e tratamento da AIDS. Constata que com a maior qualidade de vida (e, portanto, longevidade) oferecida pelos medicamentos anti-AIDS, nada mais natural que aflore o desejo pela constituição de uma família.<sup>46</sup>

Um aspecto importante do programa nacional de atenção à reprodução humana é o acréscimo feito ao rol dos beneficiários quanto ao acesso a tais técnicas. Portanto, além dos que sofrem de infertilidade e esterilidade, foram incluídos no tratamento pessoas portadoras de HIV. Fato é que a inserção de “pessoas” portadoras de HIV e não “casais” amplia a noção primeira de beneficiários decorrente do Projeto de Lei nº 1.184/2003 e da Resolução 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina.

A resolução refuta, ainda, a possibilidade de criação de embriões humanos para pesquisa, já que as técnicas de reprodução assistida foram desenvolvidas e

desenvolvidos, a transmissão vertical do HIV de uma mãe soropositiva é menor do que 2%, e o uso de esperma lavado ou de injeção de esperma intracitoplasmático nos casos de um pai soropositivo significam que a probabilidade de infectar a criança é bem menor do que antes. Assim, se certas precauções forem seguidas, a assistência médica para a concepção entre pessoas com HIV é eticamente aceitável.

<sup>44</sup> BORGES, Edson, especialista em reprodução assistida afirma que nos casos em que a mulher é soropositiva, não existe técnica totalmente segura. Segundo ele, durante a gravidez há comunicação entre a placenta e o feto, situação que favorece a contaminação. Nesses casos, a solução seria uma inseminação (espermatozoides, depois de selecionados, são colocados no útero) seguida de procedimentos que já ocorrem em casos de gravidez natural de soropositivas, como a administração de coquetel anti-retroviral, dose adicional de AZT durante o parto e nas primeiras semanas de vida do bebê e o não-aleitamento. Com isso, o risco de a criança se tornar soropositiva é de 2%. In COLLUCCI, Cláudia. *SUS vai oferecer fertilização a soropositivos*. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u106327.shtml>

<sup>45</sup> COLLUCCI, Cláudia. *SUS vai oferecer fertilização a soropositivos*. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u106327.shtml>

<sup>46</sup> DIREITO Legítimo. Disponível em: <http://www.giv.org.br/noticia.php?codigo=1053>

implementadas para uso meramente reprodutivo. Fica, portanto, expressamente proibida a fecundação de embriões com finalidade distinta à procriação humana.

Com relação aos embriões excedentes, fica estabelecido que as clínicas, centros ou serviços podem criopreservá-los.<sup>47</sup> Dentre as opções oferecidas no contrato de reprodução humana, caberá aos envolvidos manifestar sua intenção quanto ao destino dos excedentários – no caso de divórcio, doença grave, falecimento de um cônjuge ou de ambos, e doação.<sup>48</sup> Entretanto, é vedado o descarte – destruição – desse material biológico.<sup>49</sup>

Uma vez que o aborto é considerado crime no Brasil – com exceção das duas hipóteses previstas expressamente no Código Penal<sup>50</sup>, até o momento –, a resolução não aceita a prática da redução embrionária – em casos de gestação com múltiplos fetos, embora admita a transferência de até quatro embriões por tentativa. Em razão do avanço da técnica, esse item da resolução tornou-se obsoleto. Aconselha-se, agora, a transferência de dois embriões, a depender do caso. Ao avaliar o ano de publicação da resolução, compreender-se-á que, para a época, a qualidade e o nível de desenvolvimento da técnica permitiam que fossem implantados até quatro embriões. Como mencionado anteriormente, o desenvolvimento da terapia na área permitiu que o número de embriões implantados pudesse ser reduzido. Recomenda-se, contemporaneamente, a transferência de até dois embriões. É evidente que se deve levar em consideração a interferência de alguns fatores, como a condição hormonal da paciente, sua idade, a causa da infertilidade, etc., oportunidade em que o número pode chegar, quando muito, a três.

A regulamentação brasileira quanto às técnicas de reprodução assistida se restringe à Resolução nº 1.358/1992 do Conselho Federal de Medicina e, recentemente,

---

<sup>47</sup> “As clínicas, centros ou serviços podem criopreservar espermatozóides, óvulos e pré-embriões”. In Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.358/1992. Disponível em [http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/1992/1358\\_1992.htm](http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/1992/1358_1992.htm)

<sup>48</sup> “No momento da criopreservação, os cônjuges ou companheiros devem expressar sua vontade, por escrito, quando ao destino que será dado aos pré-embriões criopreservados, em caso de divórcio, doenças graves ou de falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los”. In: Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.358/1992. Disponível em [http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/1992/1358\\_1992.htm](http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/1992/1358_1992.htm)

<sup>49</sup> “O número total de pré-embriões produzidos em laboratório será comunicado aos pacientes, para que se decida quantos pré-embriões serão transferidos a fresco, devendo o excedente ser criopreservado, não podendo ser descartado ou destruído. In: Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.358/1992. Disponível em [http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/1992/1358\\_1992.htm](http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/1992/1358_1992.htm)

<sup>50</sup> Art. 128 – Não se pune o aborto praticado por médico:

I – se não há outro meio de salvar a vida da gestante (aborto necessário);

II – se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal (aborto sentimental).

à Resolução nº 29/2008 da ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária) – que cria o Sistema Nacional de Produção de Embriões (SisEmbrio).<sup>51</sup> O sistema objetiva cadastrar os bancos de células e tecidos germinativos no país e informar a produção de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* anualmente, e não utilizados no procedimento. Além disso, permite estabelecer o número de embriões possíveis de utilização em pesquisa e terapia, além de instituir maior controle sobre as atividades das clínicas de reprodução assistida existentes no Brasil. Estima-se que uma média de cento e vinte clínicas em todo o território nacional.

Com relação aos projetos de lei, diversas propostas tramitam na Câmara e no Senado, sem alcançar, entretanto, o patamar de lei federal.

O Projeto de Lei nº 1.184/2003<sup>52</sup>, em tramitação na Câmara Federal, indica a utilização das técnicas de reprodução assistida para os casos de infertilidade e para a prevenção de doenças genéticas ligadas ao sexo. Em seu artigo 3º, veda a gestação de substituição, bem como prevê a punição do profissional que participar do procedimento na condição de beneficiário, intermediário ou executor da técnica (artigo 19, inciso III).

De acordo com o texto, poderão ser produzidos e transferidos até dois embriões, respeitada a vontade da receptora, a cada ciclo reprodutivo (artigo 13 do PL nº 1.184/2003). Se o intuito deste artigo do projeto foi conferir proteção às mulheres receptoras e aos futuros bebês de múltiplas gestações, pode ser considerado um avanço. Mas se, por outro lado, visou apenas impedir o congelamento dos embriões – como medida eficaz para estagnação da criopreservação – deveria ser repensado, sob pena de cometer um retrocesso, vez que implica, conseqüentemente, em uma multi-estimulação ovariana. Ou seja, far-se-ia necessário o induzimento da ovulação por mais vezes, até que se chegasse, enfim, a uma gravidez. Deve-se ponderar se essa medida realmente é diligente em todos os ângulos, e não apenas pela visão econômica – já que a criopreservação gera um custo anual para aquela entidade familiar e mais, o seu compromisso com o material genético excedente. Define, dentre outras hipóteses, como crime, a implantação de mais de dois embriões na mulher receptora, a produção de embriões além da quantidade permitida e a prática da redução embrionária, com ou sem

---

<sup>51</sup> A Resolução nº 29/2008 da ANVISA foi publicada no Diário Oficial da União no dia 13 de maio de 2008. Disponível em: <http://www.notadez.com.br/content/normas.asp?id=63074>

<sup>52</sup> O atual Projeto de Lei nº 1.184/03 tramitou como Projeto de Lei nº 90/99 e teve como relatores Roberto Requião e Tião Viana. A ele foram apensados os seguintes Projetos de Lei: 2.855/97; 4.665/01; 120/03; 1.135/03 e 2.061/03. Assim, o PL 1.184/03 é o que versa, atualmente, sobre reprodução assistida. Informações e acompanhamento dos projetos estão disponíveis no sítio da Câmara e do Senado Federal.

o consentimento da gestante, salvo nos casos em que houver risco de vida para a mesma (artigos 19, incisos VII e IX e 20, incisos IV e V).

Na tentativa de contribuir para o deslinde da questão sobre a natureza jurídica do embrião *in vitro*, o § 2º do artigo 13 do PL estabeleceu que “os embriões originados *in vitro*, anteriormente à sua implantação no organismo da receptora, não são dotados de personalidade civil”.<sup>53</sup> Sob essa ótica, Silmara Juny Chinelato e Almeida propõe reflexão sobre tema bastante controverso: personalidade. Discorre contrariamente da idéia trazida pelo § 2º do artigo 13 do PL ao alegar que a afirmação de direitos implica no reconhecimento da personalidade. Ser pessoa e ter personalidade é um binômio indissociável. Em sua concepção, não se avalia a existência de uma personalidade parcial. Mede-se ou quantifica-se a capacidade, não a personalidade. Assim, esta é integral ou não existe. Por isso a assertiva de que a capacidade é a medida da personalidade.<sup>54</sup>

Importante salientar que o referido projeto admite a seleção sexual nos casos clínicos que apresentarem risco genético de doenças relacionadas ao sexo (artigo 15 do PL).

Em referência aos embriões criopreservados, o projeto de lei prevê que poderão ser doados exclusivamente para fins reprodutivos, mas fica vedada sua utilização para qualquer outro fim (artigo 23). O parágrafo único presume autorizada a doação dos embriões criopreservados caso não haja manifestação contrária ao ato, no prazo de sessenta dias, dos beneficiários.

De acordo com a redação do artigo 23 do PL, verifica-se a abertura de precedente para o emprego das técnicas terapêuticas em pessoas inférteis ou não e em casais ou pessoas solteiras: “o Poder Público promoverá campanhas de incentivo à utilização, por pessoas inférteis ou não, dos embriões preservados e armazenados até a data de publicação desta Lei, preferencialmente ao seu descarte”. Este artigo contém alguns dados que merecem apreciação criteriosa. Em primeiro lugar, o artigo menciona a palavra *pessoas*. Portanto, não se refere ao gênero masculino ou feminino. Sendo assim, e atendendo a vedação quanto à gestação de substituição, uma mulher poderia conceber um bebê e constituir uma família monoparental – que possui previsão

---

<sup>53</sup> Projeto de Lei nº 1.184/2003. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/137589.pdf>

<sup>54</sup> CHINELATO E ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu. *Reprodução humana assistida: análise do Projeto de Lei nº 90/99, do senador Lúcio Alcântara*. Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro: Padma, vol. 15, p. 251, jul/set 2003.



constitucional e *status* de entidade familiar. O reconhecimento da igualdade entre as pessoas impõe a conclusão da não admissão em se negar a uma mulher o uso das técnicas de reprodução assistida somente pelo fato de ser solteira. Porém, há que se interpretar o mesmo princípio de igualdade ao levar em consideração o direito do indivíduo gerado em conhecer sua origem e identidade biológicas.

Outro ponto questionável é o uso da terapia reprodutiva por pessoas férteis, o que contraria o exposto no artigo 2º, *caput*, do mesmo projeto de lei: “a utilização das técnicas de Reprodução Assistida será permitida, na forma autorizada nesta Lei e em seus regulamentos, nos casos em que se verifique *infertilidade* e para a prevenção de doenças genéticas ligadas ao sexo [...]”. E, por último, contesta-se se o descarte embrionário é realmente permitido ou não. Quando o artigo 19 do PL tipifica como crime – punido com reclusão de um a três anos e multa – o descarte de embrião antes da implantação no organismo materno, entende-se que esteja a tratar de todo e qualquer tipo de embrião, tenha sido o mesmo formado antes ou depois da publicação deste projeto de lei. Controversa é, pois, a posição do legislador ao estabelecer a existência de tutelas diferenciadas para avaliar a mesma entidade genética.

Com relação a este artigo, destaca-se, ainda, a possibilidade da “adoção” dos embriões armazenados.

De fato, é possível interpretar que um dos objetivos principais desse projeto de lei é abolir o surgimento de novos embriões excedentes e os já criopreservados e, por essa via, a possibilidade de pesquisa com os mesmos.

No que tange à Lei 8.974/1995<sup>55</sup> – que pode ser considerada a primeira lei de biossegurança –, o artigo 13 definia ser crime a produção, armazenamento ou manipulação de embriões humanos destinados a servirem de material biológico disponível para a pesquisa; proibia experiências com embriões, células reprodutivas e material genético.

Posteriormente, no ano de 2005, adveio a Lei 11.105 (Lei de Biossegurança). Esta modificou sensivelmente a lei anterior quanto à fertilização *in vitro* porque tornou possível a captação de embriões oriundos das clínicas para pesquisa, em especial para terapia com células-tronco embrionárias. Entretanto, críticas acirradas foram feitas à lei em razão da confusão de matérias: foram estabelecidas normas relativas a organismos

---

<sup>55</sup> Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8974.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8974.htm). Esta lei foi revogada pela Lei de Biossegurança (Lei 11.105/2005).

geneticamente modificados (OGM) e pesquisa e terapia com células-tronco embrionárias.

Como dito anteriormente, as técnicas de reprodução assistida no país não têm, até o momento, regulamentação legal. O Código Civil, embora faça menção a diversas hipóteses de reprodução assistida (artigo 1.597, III, IV e V), limitou-se a estabelecer a presunção de paternidade para os filhos assim havidos pela mulher casada:

Artigo 1.597 – Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

[...]

III – havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV – havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V – havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Ao presumir concebidos na constância do casamento os filhos havidos por fecundação artificial homóloga ou heteróloga admitiu o código, implicitamente, a existência de uma nova ordem de direitos oriundos da manipulação genética. Entretanto, deixa de dispor sobre a natureza personalíssima dos direitos dos detentores do material genético manipulado.

Questão tormentosa é que versa sobre a presunção de paternidade dos incisos III e IV do artigo 1.597 do código. Os filhos nascidos na forma destes incisos, após a morte do pai, serão convocados como herdeiros, ao considerar a identificação dos herdeiros do *de cuius* na data da abertura da sucessão? Se for o caso de sucessão testamentária, o próprio código estabelece que poderão ser chamados a suceder os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas quando da abertura da sucessão. Para tanto, estipula o lapso temporal de dois anos após a abertura da sucessão. Se o herdeiro esperado não for concebido (neste prazo), os bens reservados – salvo disposição em contrário do testador – caberão aos herdeiros legítimos (artigos 1.799, I e 1.800, § 4º). E caso não haja testamento, como lidar com a lacuna surgida? Constata-se, assim, que a lei civil vigente não regulamenta a matéria e gera inúmeros questionamentos.

Se não fossem suficientes as dúvidas elencadas, o que dizer quanto à presunção de maternidade? Por exemplo: se uma avó gesta um embrião resultante da fecundação em laboratório do óvulo extraído de sua nora e do esperma de seu filho (técnica conhecida como útero de substituição), o que dizer da maternidade dessa

criança? Esse fato, ocorrido em Minas Gerais, suscitou dúvida sobre maternidade da criança. Após o nascimento, o tabelião do cartório de registro civil negou-se a registrar a criança em nome da mãe biológica, tendo em vista que da declaração de “nascido vivo”, fornecida pela maternidade, cuja apresentação é obrigatória para o registro, constava o nome da avó como sendo a mãe da criança. Suscitada dúvida perante o judiciário e, após realização do exame de DNA – requerido pelo Ministério Público –, que comprovou a maternidade da criança, foi a mesma julgada improcedente. Na decisão, o magistrado destacou a falta de amparo legal para a solução da questão. Sustentou que apesar do Código Civil vigente listar apenas a presunção de paternidade, vez que a maternidade era reconhecida como certa, valeu-se do bom senso e do desenvolvimento na área científica e autorizou que fosse efetuado o registro da criança em nome da mãe biológica. Observou o juiz, embora o Código Civil não tenha regulamentado a matéria, havia conhecimento da Resolução nº 1.358/92 do CFM que permite a ocorrência da gestação de substituição.<sup>56</sup>

#### **4. PANORAMA DA PROPOSTA DE PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA E O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS)**

Graças ao desenvolvimento das pesquisas no que tange à elaboração de medicação antiviral, a partir de 1996, a AIDS deixa de ser considerada doença mortal e passa a ser considerada doença crônica, com longa sobrevivência para os portadores.

A partir do ano de 2005 houve veiculação por parte dos meios de comunicação e, em destaque, pelo sítio eletrônico do governo federal<sup>57</sup> do Programa Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida, no qual casais soropositivos poderiam realizar seus projetos parentais por meio de técnicas de reprodução assistida. Isso somente se tornou possível graças ao avanço alcançado pela biotecnologia na área de reprodução humana. A idéia é oportuna, uma vez que confere oportunidade de constituição familiar de forma planejada e segura, o que de outro modo seria impensável para os portadores de doenças genéticas e infecto-contagiosas. É importante destacar, ainda, que o programa respeita a autonomia dos portadores de HIV, bem como os

---

<sup>56</sup> WEINERT, Iduna E. *Direitos genéticos como direitos da personalidade*. Revista de Informação Legislativa, n. 42, p. 269-270, out./dez. 2005.

<sup>57</sup> Sítio eletrônico do Programa Nacional de DSTs/Aids (<http://www.aids.gov.br>).

interesses essenciais da criança, dentre os quais o de não nascer infectada pelo mesmo vírus.<sup>58</sup>

A Política Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida<sup>59</sup>, lançada em março de 2005 (mas somente implementada no segundo semestre do mesmo ano) prevê o apoio do SUS para o tratamento da *infertilidade*. Percebe-se que o objetivo do programa é bem amplo. Alcança, portanto, pessoas que sofrem de infertilidade, esterilidade<sup>60</sup> e inclui a realização das técnicas de reprodução assistida a portadores de doenças genéticas e infecto-contagiosas a fim de que não transmitam esses fatores aos parceiros e filhos.

A proposta do programa, a princípio, era atender de forma gradativa a todos os estados da federação. Tem-se notícia de que os Estados de *São Paulo*, *Brasília* e *Rio Grande do Sul* já utilizam alguns serviços prestados, mas ao que parece, o atendimento das atividades indicadas por essa política nacional está longe de se tornar efetiva. Inúmeros fatores concorrem para que o desenvolvimento do programa seja vagaroso, como, por exemplo, o levantamento e diagnóstico correto dos problemas enfrentados por cada pessoa (isso porque a mesma doença, vírus ou causa determinante pode se manifestar de forma diversa em cada organismo), o alto custo dos medicamentos, exames, técnicas e a capacitação profissional adequada para o bom deslinde e resultado das atividades.

Por outro lado, antes mesmo da implementação do programa, severas críticas foram direcionadas aos objetivos perseguidos pelo mesmo. Em decorrência dos elevados custos, há receio de que esse projeto inviabilize outras ações de prevenção e

---

<sup>58</sup> “Milhões de adultos jovens, em idade reprodutiva, estão angustiados com o vírus HIV. Com o progresso das opções de tratamento dos pacientes com HIV e do aumento da expectativa de sua vida, não é surpresa que muitos deles desejem ter filhos. As tecnologias da reprodução assistida podem assistir aos casais sorodiscordantes a alcançar a gravidez enquanto que, ao mesmo tempo, minimizam o risco da transmissão do HIV ao parceiro não infectado. Diversas clínicas européias de fertilidade possuem uma grande experiência em fornecer tanto inseminações intra-uterinas, quanto fertilização *in vitro* aos casais sorodiscordantes sem soroconversão das parceiras não infectadas. Esta é tanto uma questão médica quanto ética. As diretrizes relacionadas a este tema têm mudado no decorrer dos anos como resultado das mudanças do prognóstico da doença como das tecnologias reprodutivas. (In: ANKIER, Cila. *Aspectos éticos na reprodução assistida de casais hetero e homossexuais HIV positivos*. Disponível em <[http://www.arquivoshelli.com.br/revista/02\\_021105/021105\\_ahellis\\_01.pdf](http://www.arquivoshelli.com.br/revista/02_021105/021105_ahellis_01.pdf)> Acesso em 18 jul 2008).

<sup>59</sup> Política instituída através da Portaria nº 426/GM em 22 de março de 2005. Disponível em <<http://dtr2001.saude.gov.br/sas/PORTARIAS/Port2005/GM/GM-426.htm>>

<sup>60</sup> Para ALVARENGA, Raquel de Lima Leite Soares. Considerações sobre o congelamento de embriões, in CASABONA, Carlos María Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (coords.). *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 229, “a infertilidade é a incapacidade, de um ou mais cônjuges, de gerar gravidez por um período conjugal de, no mínimo, dois anos, sem o uso de contraceptivo e com vida sexual normal, quer por causas funcionais ou orgânicas. A esterilidade acontece quando os recursos terapêuticos disponíveis não proporcionam cura”.

tratamento da AIDS<sup>61</sup> ou mesmo programas básicos de saúde. A título exemplificativo, a técnica de reprodução utilizada em *homens soropositivos*<sup>62</sup> que desejam a paternidade é a mais cara dentre as técnicas de reprodução assistida. Em clínicas particulares, cada tentativa de inseminação artificial pode custar R\$ 18 mil (o que equivaleria quatro vezes mais do que a mesma terapia em condições normais). Para mulheres soropositivas, entretanto, não há técnica totalmente segura, uma vez que durante a gestação há comunicação direta entre placenta e feto, o que favorece a contaminação. O mais indicado, nesses casos, seria a realização da inseminação artificial, administração de coquetel anti-retroviral, dose adicional de AZT durante o parto e nas primeiras semanas de vida do bebê e o não-aleitamento. Com esses cuidados, o risco da criança se tornar soropositiva é de até 2%.<sup>63</sup>

Conforme o artigo 2º da Portaria nº 426/GM (de 22 de março de 2005), a política nacional seria instituída entre o *Ministério da Saúde*, as *Secretarias de Estado de Saúde* e as *Secretarias Municipais de Saúde*. É evidente que assumir o controle de um programa de alcance nacional é árduo e dispendioso. Crê-se que o gasto efetivo com políticas públicas em saúde deveria ser encarado como *investimento*, já que a Carta Magna segue o modelo de atenção universalista em saúde pública. É responsabilidade do Estado a promoção de programas voltados ao acesso, proteção e recuperação da saúde através de ações e serviços públicos de caráter universal.

Diante dos aspectos expostos, propõe-se, portanto, a aplicação das parcerias público-privadas no âmbito da saúde. O Estado aliado à iniciativa privada apresentaria

---

<sup>61</sup> Ricardo Pio Marins adverte que em decorrência da longevidade e qualidade de vida dos portadores do vírus HIV, o desejo de constituição familiar torna-se natural. E mais, a reprodução assistida seria uma forma de evitar que mais pessoas sejam contaminadas por meio de relações sexuais desprotegidas com o objetivo de gravidez ou durante a gestação. (In: DIREITO Legítimo. Disponível em <http://www.giv.org.br/noticias/noticia.php?codigo=1053>. Acesso em 05 ago 2007).

<sup>62</sup> “Para casais em que o homem é portador do vírus HIV e a mulher é soronegativa existe a possibilidade de concepção de um bebê totalmente livre de doença. Trata-se do beneficiamento do sêmen, técnica viável por meio da fertilização *in vitro*. O método que se resume numa filtragem seminal se deu por meio da combinação de técnicas relativamente simples e conhecidas de preparação seminal, que consistem em ‘lavar’ o espermatozóide. Introduzida no Brasil pelo especialista em reprodução assistida Edson Borges Jr., a técnica aperfeiçoada pelo médico, até hoje, tem garantido que nenhum bebê ou mãe seja infectado pelo vírus HIV. Segundo Borges, a nova técnica é realizada por meio de cultivos especiais e centrifugação em partículas muito pequenas (percoll). Dessa forma é possível separar o espermatozóide do plasma seminal, o que permite o recolhimento de células livres do vírus. ‘Após o procedimento, tanto é possível realizar a inseminação artificial como a fertilização *in vitro*’. [...] ‘Os tratamentos que envolvem as técnicas da medicina reprodutiva requerem um investimento alto para a maioria desses casais e o sistema de saúde pública não oferece este tipo de tratamento’, salienta Borges. (In: TÉCNICAS de reprodução assistida podem ajudar o homem HIV-positivo a conceber um filho livre da infecção do vírus. Disponível em <http://www.gestospe.org.br>. Acesso em 09 ago 2007).

<sup>63</sup> COLLUCCI, Cláudia. *SUS vai oferecer fertilização a soropositivos*. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u106327.shtml>. Acesso em 14 ago 2007.

melhores condições de prestação de serviços adequados, de forma *efetivamente universal* e de abrangência nacional em menor lapso temporal. Desde o ano de 2005 até dezembro de 2008 apenas três estados da federação foram contemplados com essa política pública. Vale frisar que São Paulo, Brasília e Rio Grande do Sul dispõem de uma atividade ainda tímida nessa área. E quanto aos outros estados? Ficarão à margem desse desenvolvimento fundamental à manutenção da saúde social por quanto tempo mais? Ao contrário do que muitos doutrinadores ponderam, as parcerias público-privadas devem ser consideradas instrumentos de inclusão social.

De forma ampla, a parceria público-privada pode ser considerada um ajuste entre a Administração Pública e o particular com fim de viabilizar a realização de empreendimentos vinculados ao desenvolvimento socioeconômico do país e ao bem-estar da sociedade. Seria um acordo bilateral firmado entre o setor público e o setor privado. Ente as partes, portanto, é firmado contrato que contém obrigações e direitos de cada envolvido.

Com base na Lei Federal nº 11.079/2004, define-se parceria público-privada por (i) contrato administrativo de concessão por prazo certo e compatível com o retorno do investimento privado; (ii) celebrado entre a Administração Pública e certa entidade particular; (iii) possibilidade de remuneração do parceiro privado conforme a modalidade de parceria firmada; (iv) destinada a regular a prestação de serviços públicos ou a execução de serviços precedidos de obras públicas ou, ainda, a prestação de serviços em que a Administração Pública é usuária direta ou indireta, respeitando sempre o risco assumido.

Sob a perspectiva que visa a diminuição da transmissão vertical e/ou horizontal de doenças infecto-contagiosas e genéticas e estabilização da margem de segurança nos procedimentos que envolvam a possível transmissão de riscos à saúde das pessoas é que se adota a tendência global de atração da iniciativa privada para a concretização de serviços públicos, aptos a estabelecer relações de complementaridade na repartição dos investimentos, riscos, responsabilidades e ganhos nas atividades desenvolvidas.

Em que pese a Constituição brasileira mencionar o *direito à saúde*<sup>64</sup> de forma universal, esse mesmo direito esbarra na escassez de recursos e na escolha de

---

<sup>64</sup> Sobre direito à saúde, Miriam Ventura assevera que “el derecho a la salud contempla tanto el derecho a la autonomía y la libertad, como el derecho al acceso a los servicios públicos de salud. El derecho a la autonomía y la libertad comprende el derecho de la persona de tener el control sobre su cuerpo y su salud, incluyendo la libertad sexual y reproductiva, así como el derecho a no ser sometido a interferencias indebidas, a la tortura, a tratamientos y experimentos médicos no consentidos o no suficientemente

prioridades do administrador público. Ademais, o artigo 6º da Constituição brasileira refere-se, de modo expresso, que o direito à saúde é um direito social, assim como o direito à educação. Sua implementação, portanto, deve ser um dever do Estado.

Ademais, expresso está na Carta Magna (artigo 196) que as ações e serviços de saúde são de relevância pública, cabendo ao Poder Público dispor sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita *diretamente* ou *através de terceiros* e, também, por pessoa física ou jurídica de *direito privado*. Aqui está, portanto, o elemento que justifica e possibilita a realização de parcerias público-privadas no âmbito da saúde no Brasil.

No Estado do Rio de Janeiro houve a edição da Lei nº 5.068, de 10 de julho de 2007. Tal norma institui o programa estadual de parcerias público-privadas (PROPAR), destinado a promover a realização de PPPs no âmbito da Administração Pública do Estado do Rio de Janeiro, observadas as normas gerais estabelecidas pela Lei Federal nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004.

De acordo com a legislação estadual, dentre as inúmeras áreas de incidência das PPPs, vislumbra-se expressamente sua aplicação na área da saúde. Entretanto, para que sejam implementados projetos nas áreas<sup>65</sup> pretendidas, é condição que fique demonstrado (i) o fundamental interesse público, considerando a natureza, relevância e valor de seu objeto; (ii) a vantagem econômica e operacional da proposta e a melhoria da eficiência no emprego dos recursos públicos; (iii) as metas e os resultados a serem atingidos, as formas e os prazos de execução e de amortização do capital investido, bem como a indicação dos critérios de avaliação ou desempenho a serem utilizados; (iv) a efetividade dos indicadores de resultado a serem adotados; (v) a viabilidade de obtenção pelo ente privado, na exploração do serviço, de ganhos econômicos e financeiros suficientes para cobrir seus custos; (vi) a forma e os prazos de amortização do capital a

---

seguros. Por su parte, el derecho al acceso a los servicios de salud, a ser prestados como un deber del Estado, representa el derecho a un sistema de salud universal y de buena calidad que contemple la igualdad de oportunidades para que todos gocen del más elevado modelo de salud". (In: VENTURA, Míriam (Org.). *Derechos sexuales y derechos reproductivos em la perspectiva de los derechos humanos: síntesis para gestores, legisladores y operadores del derecho*. Traducción de Osvaldo Vergili y Martha Selhay de Vergili. Rio de Janeiro: ADVOCACI, 2003, p. 65).

<sup>65</sup> De acordo com o art. 4º da Lei Estadual nº 5.068/2007, o PROPAR poderá ser aplicado nas seguintes áreas: (i) educação, cultura, saúde e assistência social; (ii) transportes públicos; (iii) rodovias, pontes, viadutos e túneis; (iv) porto e aeroportos; (v) terminais de passageiros e plataformas logísticas; (vi) saneamento básico; (vii) destino final do lixo (Centro de Tratamento de Resíduos); (viii) dutos comuns; (ix) sistema penitenciário, defesa e justiça; (x) ciência, pesquisa e tecnologia; (xi) agronegócios e agroindústria; (xii) energia; (xiii) habitação; (xiv) urbanização e meio ambiente; (xv) esporte, lazer e turismo; (xvi) infra-estrutura de acesso às redes de utilidade pública; (xvii) infra-estrutura destinada à utilização pela Administração Pública; (xviii) incubadora de empresas; (xix) desenvolvimento de atividades e projetos voltados para a área de pessoas com deficiência.

ser investido pelo contratado; (vii) o cumprimento dos requisitos fiscais e orçamentários previstos no art. 11 da Lei Federal nº 11.079/2004.

Ainda sobre a matéria de PPP na saúde, interessante ressaltar a iniciativa do governo federal, no que tange à produção nacional de medicamentos. Foi anunciado (em abril/2009) pelo atual Ministro da Saúde, José Gomes Temporão, a articulação de nove parcerias público-privadas entre sete laboratórios oficiais e dez empresas privadas na produção de medicamentos utilizados pelos pacientes do Sistema Único de Saúde (SUS). Assim, estima-se uma economia de R\$ 160 milhões nos gastos do Ministério da Saúde com a aquisição dos fármacos<sup>66</sup>.

Com essa política pretende-se fortalecer a indústria fármaco-químico brasileira, economizar recursos com gastos na compra de medicamentos e geração de empregos. Na lista dos fármacos<sup>67</sup> estão incluídos os para asma, tuberculose, hemofilia, transplantes, redução de colesterol, antipsicóticos e anticoncepcionais de última geração. Há ainda planos para a produção do Tenofovir<sup>68</sup>, usado por pacientes portadores do vírus HIV.

Nas últimas décadas muitos países têm recorrido a modelos de parceria público-privada para o desenvolvimento de projetos de investimento de interesse público com dois objetivos principais: (i) atração de capitais privados para o financiamento de despesas de investimento público e (ii) aproveitamento das capacidades técnicas e especializadas de entidades privadas na construção e/ou na gestão de serviços destinados a satisfazer necessidades coletivas, num contexto de equilíbrio dos riscos associados às atividades.

A nível mundial, as experiências de parcerias com o setor privado no âmbito dos sistemas públicos de saúde têm sido ampliadas. Durante a década de 1990 emergiram basicamente três modelos diferenciados em condições distintas (grau de envolvimento do setor privado, grau de transferência de risco para o operador privado, amplitude do objeto contratual, mecanismos de pagamento e mecânica de funcionamento da parceria

---

<sup>66</sup> PARCERIAS público-privadas viabilizam produção nacional de 24 fármacos. Disponível em <http://www.fiocruz.br/ccs/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infol=2456&sid=9>. Acesso em 1º ago 2009.

<sup>67</sup> Os fármacos incluídos nas parcerias público-privadas estão na lista dos produtos prioritários para o SUS, definidos na Portaria nº 978, publicada em maio de 2008.

<sup>68</sup> Tenofovir é um dos medicamentos usados para o tratamento anti-retroviral. Também conhecido por bis-POC PMPA ou Viread, o tenofovir é patenteado pela Gilead. Além de combater o vírus HIV, o tenofovir ajuda no controle do vírus da hepatite B. (Informações disponíveis no sítio eletrônico da Associação Brasileira Interdisciplinar de AIDS, <http://www.abiaids.org.br>). Saliente-se que atualmente o Tenofovir é utilizado por cerca de 40 mil pacientes como alternativa à zidovudina (AZT).



e do contrato): (i) o modelo do **Reino Unido**<sup>69</sup>, baseado na prestação, por parte do operador privado, de um pacote de serviços que compreende os serviços de infraestrutura e os serviços de *hard*<sup>70</sup> e *soft*<sup>71</sup> *facillity management*. Nesse modelo o operador privado não é responsável pela prestação de cuidados de saúde, pela gestão hospitalar e clínica. Esse contrato tem duração de 25 ou 30 anos. (ii) O modelo do estado de Vitória, na **Austrália**, que envolve a contratação dos serviços clínicos e o desenvolvimento das infra-estruturas hospitalares pelo operador privado, mas sem prever a sua reversibilidade para o setor público no termo do contrato. A duração dos contratos é de 15 a 20 anos e a forma de pagamento é baseada no sistema de financiamento por GDHs (grupos de diagnósticos homogêneos) e no *case mix* (conjunto de casos tratados). (iii) Na **Espanha** o modelo é o de concessão administrativa, que abrange a concepção, construção, financiamento da nova unidade hospitalar e a prestação dos serviços clínicos por um período de 10 anos (renováveis por até 15 anos) e prevê a transferência da unidade hospitalar para o setor público no termo do contrato.<sup>72</sup>

Com base nos três modelos apresentados (Reino Unido, Austrália e Espanha), **Portugal** aparece como um quarto modelo, que se baseia em um contrato de gestão cujo objeto envolve atividades de construção, financiamento, conservação e exploração dos ativos infra-estruturais e gestão geral do hospital, a incluir a prestação de serviços clínicos.

Nesta pesquisa houve a opção pelo exame da PPP adotada na saúde em Portugal, vez que seu Tribunal de Contas emitiu (em abril de 2009) relatório da auditoria feita ao Programa de Parcerias Público Privadas na Saúde (Relatório nº 15/2009 AUDIT)<sup>73</sup>. No entanto, o resultado final da auditoria não foi positivo. Esse foi o motivo da escolha para destaque nessa pesquisa: apresentar os aspectos e elementos negativos do projeto em Portugal para que o Brasil não incorra em erros semelhantes quando da implementação das PPPs na saúde em território nacional.

---

<sup>69</sup> Tem-se notícia de que no Reino Unido, até o ano de 2003, foram assinados 25 contratos relativos a projetos hospitalares, dos quais 19 já estão em fase operacional e 39 novos projetos em pleno processo concursal.

<sup>70</sup> Os serviços de *hard facilities* compreendem, por exemplo, o estacionamento, a jardinagem e manutenção de espaços verdes, manutenção do edifício.

<sup>71</sup> Já os de *soft facilities* compreendem a higiene, limpeza, lavanderia, alimentação, segurança de pessoas e bens.

<sup>72</sup> SIMÕES, Jorge Abreu. As parcerias público-privadas no sector da saúde em Portugal. In: *Revista Portuguesa de Saúde Pública*, v. temático, nº 4, Lisboa: ENSP, 2004, p. 84-85.

<sup>73</sup> O relatório pode ser encontrado no sítio eletrônico do próprio Tribunal de Contas de Portugal (<http://www.tcontas.pt>)

O quadro jurídico das PPPs em Portugal é recente e contempla os contratos com as entidades privadas, designadas por parceiros privados, os quais se obrigam perante um parceiro público a assegurar o desenvolvimento de uma atividade que atenda a necessidade coletiva.

Em Portugal, a legislação nacional<sup>74</sup> sobre a matéria define parcerias público-privadas por “contrato ou a união de contratos, por via dos quais entidades privadas, designadas por parceiros privados, se obrigam, de forma duradoura, perante um parceiro público, a assegurar o desenvolvimento de uma actividade tendente à satisfação de uma necessidade colectiva, e em que o financiamento e a responsabilidade pelo investimento e pela exploração incumbem, no todo ou em parte, ao parceiro privado”.

Os primeiros projetos de PPPs na área da saúde foram lançados e aprovados ao abrigo do Decreto-lei nº 185/2002, de 20 de agosto, que estabelece por objeto a associação duradoura de entidades dos setores privado e público à realização direta de prestações de saúde, ao nível dos cuidados de saúde primários, diferenciados e continuados, ou ao apoio direto ou indireto à sua realização no âmbito do serviço público de saúde assegurado pelo Serviço Nacional de Saúde (SNS). Esses projetos foram (i) o do Centro de Atendimento do SNS (com duração contratual de 4 anos) e (ii) do Centro de Medicina e Reabilitação Física do Sul (com duração contratual de 7 anos)<sup>75</sup>.

Posteriormente, com o Decreto-lei nº 86/2003, de 26 de abril, foram aprovados e lançados projetos de PPPs de quatro hospitais, que previam duração de 30 anos para a parte infra-estrutural (construção, gestão e manutenção do edifício hospitalar) e de 10 anos para o suporte clínico (que seria a prestação de cuidados hospitalares). Em apertada síntese, o programa visa (i) a melhoria geral do acesso aos cuidados básicos e especializados de saúde por parte das populações das áreas beneficiadas; (ii) a melhoria da qualidade dos serviços prestados, em termos de padrões de atendimento, acolhimento e humanização; (iii) a construção de modernas unidades hospitalares, de acordo com uma lógica de investimento mais racional e capaz de introduzir inovações infra-estruturais e técnicas suscetíveis de favorecerem a prestação dos serviços de saúde na ótica do usuário; (iv) a adoção de um modelo de gestão de natureza empresarial,

---

<sup>74</sup> Decreto-lei nº 86/2003, de 26 de Abril, artigo 2º, nº 1 (Diploma que estabeleceu as características e as regras a que devem obedecer o lançamento das PPPs em Portugal). Posteriormente foi alterado pelo Decreto-lei nº 141/2006.

<sup>75</sup> Tribunal de Contas de Portugal. IV ASSEMBLEIA GERAL DA ORGANIZAÇÃO DAS ISC DA CPLP. Maputo, 19-21 Julho 2006-06-14. Disponível em <<http://www.tcontas.pt>> Acesso em 1º de agosto de 2009.

globalmente mais econômico e eficiente, baseado na transferência de riscos para os operadores privados.<sup>76</sup>

A auditoria realizada pelo Tribunal de Contas para apurar a origem dos “atrasos” na contratação das parcerias público-privadas da saúde concluiu que o Estado foi ineficaz nesse processo. Os trabalhos de auditoria ocorreram no período de 11 de abril a 16 outubro de 2008, cuja análise foi realizada com fundamento nas informações disponíveis até esta data.

Nesse ponto serão tomadas por base as conclusões gerais expostas pelo Tribunal de Contas português. (i) Após 7 anos da criação da Estrutura de Missão Parcerias em Saúde e 5 anos depois do lançamento do primeiro concurso não houve implementação definitiva de qualquer processo de contratação completo; (ii) de acordo com as impressões das entidades privadas interessadas, as expectativas iniciais transmitidas pelo Estado à sociedade não se concretizaram; (iii) segundo as entidades privadas, que cumpriram as condições acertadas, o Estado não realizou com disciplina a gestão dos processos concursais; (iv) o Estado, que não possuía experiência prévia em PPP, optou pela implementação de um modelo de parceria complexo e sem paralelo no campo internacional; (v) não foi utilizado um projeto-piloto que possibilitasse testar não só o modelo e o desempenho dos procedimentos de contratação, mas também a capacidade de gestão do próprio Estado; (vi) na fase de avaliação de propostas houve grande incidência de atrasos (entre 13 e 23 meses, enquanto a meta inicial era de 5 meses); (vii) na fase de avaliação de propostas verificou-se falta de clareza das peças concursais e a inexplicável ótica subjacente aos cadernos de encargos, muito próxima de uma contratação tradicional; (viii) em função das fragilidades destacadas, foram feitas alterações aos procedimentos, não apenas em grande parte dos concursos que ainda não ocorreram, como nos da segunda vaga de PPPs hospitalares; (ix) diante de tantas alterações, o próprio modelo de PPP inicial foi modificado, vez que a segunda vaga de PPP deixará de incluir no objeto de concurso a gestão clínica. Houve, portanto, alteração no modelo de PPP – inicialmente definido – sem que tenha sido executado. Isso é afirmado com clareza uma vez que quando se procedeu à sua alteração, não existia contrato algum em execução; (x) nenhum dos objetivos de contratação inicialmente definidos foi, até o momento, atingido – por ineficácia por parte do Estado.

---

<sup>76</sup> SIMÕES, Jorge Abreu. As parcerias público-privadas no sector da saúde em Portugal. In: *Revista Portuguesa de Saúde Pública*, v. temático, nº 4, Lisboa: ENSP, 2004, p. 81-82.

Portanto, a fim de que se obtenha uma melhor visualização da síntese das conclusões e dos pontos positivos e negativos da experiência portuguesa na primeira vaga de PPP, seguem dois esquemas:

- Síntese das conclusões:

<p><b>Avaliação prévia de capacidades</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>✘ Inexistência de experiência em PPP no Ministério da Saúde;</li> <li>✘ Falta de adequados padrões de referência e de sistematização de informação, nomeadamente da referente aos requisitos de serviço;</li> <li>✘ Ausência de um prévio auto-diagnóstico de capacidades;</li> <li>✘ Ausência de planeamento e de controlo adequados no tocante à intervenção das entidades públicas competentes.</li> </ul>
<p><b>Coerência Pública</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>✘ Ausência de uma estratégia coerente do Estado;</li> <li>✘ Opção pelo experimentalismo para implementar o processo.</li> </ul>
<p><b>Modelo</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>✘ Opção por um modelo complexo e desconhecido;</li> <li>✘ Não consideração de experiências internacionais comparáveis.</li> </ul>
<p><b>Fluxo de projectos (<i>project pipeline</i>)</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>✘ Ausência de um projecto-piloto previamente testado;</li> <li>✘ Lançamento de PPP em vaga sem conhecimento prévio dos resultados;</li> <li>✘ Deficiente gestão do fluxo de projectos.</li> </ul>
<p><b>Peças concursais</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>✘ Falta de clareza das peças concursais;</li> <li>✘ Rigidez dos cadernos de encargos;</li> <li>✘ Deficiente definição dos parâmetros de avaliação de propostas.</li> </ul>

Fonte: Auditoria ao Programa de Parcerias Público Privadas da Saúde: primeira vaga de hospitais. Relatório nº 15/2009 AUDIT. Disponível em <<http://www.tcontas.pt>>

**Desenho dos procedimentos**

- ✘ Procedimentos repetitivos e burocráticos, nomeadamente pela inexistência de uma pré-qualificação global dos concorrentes;
- ✘ Exigência de detalhe excessivo na fase de apresentação de propostas;
- ✘ Complexidade da fase de negociação final, nomeadamente, pela inclusão na mesma da aprovação dos projectos de execução.

**Avaliação de Propostas**

- ✘ Deficiente controlo dos trabalhos das Comissões de Avaliação de Propostas;
- ✘ Actuação das Comissões de Avaliação de Propostas limitada à aprovação dos trabalhos desenvolvidos pelos consultores externos;
- ✘ Convergência, na avaliação de propostas, da maioria das fragilidades dos processos de concurso apontadas ao longo deste relatório.

**Recursos**

- ✘ Desadequada gestão do recurso aos consultores;
- ✘ Desadequada afectação de recursos internos.

**Capacidade de resposta da gestão pública**

- ✘ Acumulação de transacções e incapacidade de resposta por parte do Estado;
- ✘ Lentidão na assimilação e no aproveitamento da experiência obtida.

Fonte: Auditoria ao Programa de Parcerias Público Privadas da Saúde: primeira vaga de hospitais. Relatório nº 15/2009 AUDIT. Disponível em <<http://www.tcontas.pt>>

- Consequências positivas e negativas:

<p><b>Descontinuidade do modelo - Positivo</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>✘ Alteração do modelo, para a segunda vaga de PPP.</li> </ul>
<p><b>Experiência adquirida - Positivo</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>✘ Experiência sectorial adquirida nos processos de contratação, em resultado das dificuldades ocorridas.</li> </ul>
<p><b>Alteração de procedimentos - Positivo</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>✘ Conjunto de medidas tomadas, sobretudo com impacto na segunda vaga de PPP<sup>19</sup>.</li> </ul>
<p><b>Falta de cumprimento dos objectivos de contratação - Negativo</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>✘ Falta de cumprimento dos objectivos anunciados relativamente à quantidade de PPP a lançar;</li> <li>✘ Falta de cumprimento do ritmo de lançamento anunciado;</li> <li>✘ Falta de cumprimento dos objectivos relativos às etapas processuais.</li> </ul>
<p><b>Falta de eficácia do Programa – 1.ª vaga de unidades hospitalares - Negativo</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>✘ Nenhum processo de contratação estava ainda terminado à data do final dos trabalhos de auditoria, ou seja em Outubro de 2008<sup>20</sup>;</li> <li>✘ Início da construção do primeiro hospital só em 2008;</li> <li>✘ Apenas um concurso tinha a fase de negociação terminada, à data do final dos trabalhos de auditoria, isto é em Outubro de 2008;</li> <li>✘ Cancelamento de um concurso;</li> <li>✘ Extinção de um concurso e repetição do mesmo com menor potencial competitivo.</li> </ul>
<p><b>Impacto no mercado - Negativo</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>✘ Criação de falsas expectativas, pelo Estado, aos parceiros privados;</li> <li>✘ Custos excessivos incorridos pelo sector privado (em estruturas criadas e na elaboração de propostas).</li> </ul>

Fonte dos esquemas: Auditoria ao Programa de Parcerias Público Privadas da Saúde: primeira vaga de hospitais. Relatório nº 15/2009 AUDIT. Disponível em <<http://www.tcontas.pt>>

Em última análise, após essa breve reflexão proposta, julga-se pertinente salientar que o acesso às técnicas de reprodução assistida<sup>77</sup> nos casos ventilados é devido de modo irrestrito, pois configura direito à saúde, regido pelo princípio do acesso universal igualitário (CRFB/1988, artigo 196<sup>78</sup>). Tal princípio implica respeito e

<sup>77</sup> As técnicas mencionadas não foram citadas aleatoriamente, mas pelo fato de se enquadrarem às hipóteses elencadas no estudo. Portanto, para os portadores de doenças genéticas e do vírus HIV devem ser empregadas as técnicas de inseminação artificial homóloga ou heteróloga e, ainda, a utilização de “contrato” de criopreservação de embriões (termo que foi empregado no texto de forma ampla).

<sup>78</sup> Com relação ao acesso universal à saúde, transcreve-se posicionamento do Supremo Tribunal Federal: “O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à

observância às diferentes situações vividas pelos portadores do vírus HIV – AIDS quando do desenvolvimento das políticas públicas. O comprometimento em propiciar acesso à saúde de forma universal e igualitária significa, na medida do possível, considerar a diversidade cultural, social e econômica presente nos indivíduos e grupos sociais, tornando o sistema de fornecimento de serviços de saúde capaz de atendê-los dignamente.

## CONCLUSÃO

As parcerias público-privadas aplicadas especificamente às técnicas de reprodução assistida, ainda que não encontrem amparo legal na lei 11.079/2004, podem ser utilizadas no sentido de parcerias amplas entre o setor público e o setor privado cujo objeto poderia ser aperfeiçoado por meio de futura legislação. As legislações estaduais que regulamentam as parcerias público-privadas já preveem a aplicabilidade destas modalidades de delegação a diversas áreas de interesse do Estado, a exemplo de educação, administração de presídios, esporte, cultura, dentre outras.

As técnicas de reprodução assistida, que são ainda inacessíveis às populações excluídas social e economicamente, podem ser viabilizadas mediante a celebração de parcerias público-privadas em que hospitais e clínicas privados poderiam celebrar com o Estado contratos para a universalização das técnicas acima referidas, o que

---

generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular — e implementar — políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. O direito à saúde — além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas — representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inseqüente. O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política — que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro — não pode converter-se em promessa constitucional inseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. (...) O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF.” (RE 271.286-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 12-9-00, DJ de 24-11-00). No mesmo sentido: RE 393.175-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 12-12-06, DJ de 2-2-07. (Disponível em <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em 05 ago 2009).

possibilitaria aos cidadãos despossuídos economicamente a concretização o planejamento familiar de forma segura e digna.

A suposta objeção de que os cidadãos portadores do vírus HIV – AIDS não teriam condições (referidas aqui no contexto de saúde) de gerar filhos sem vestígio de sua carga viral e, portanto, não teriam o direito à filiação, constitui verdadeira afronta ao direito constitucional ao planejamento familiar, além de violar o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Finalmente expõe-se uma síntese das idéias expostas no artigo:

1. A Constituição brasileira, do mesmo modo que reconheceu o surgimento de novos conceitos familiares, estabeleceu o princípio da liberdade de planejamento familiar e da paternidade responsável como vertentes das relações do Estado com os indivíduos que, por sua vez, traduz-se na impossibilidade de ingerência do poder público na formação do núcleo familiar.

2. As técnicas de reprodução assistida são uma esperança para aqueles indivíduos que desejam realizar o projeto parental com segurança.

3. No ano de 2005 foi criado o Programa Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida, no qual casais soropositivos poderiam realizar seus projetos parentais por meio de técnicas de reprodução assistida. Isso somente se tornou possível graças ao avanço alcançado pela biotecnociência na área de reprodução humana.

4. O programa respeita a autonomia dos portadores do vírus HIV e os interesses essenciais da criança, dentre os quais o de nascer saudável.

5. A proposta do governo federal na qual o Sistema Único de Saúde ofereceria técnicas de reprodução assistida a casais soropositivos e sorodiscordantes infelizmente não obteve o resultado pretendido. Crê-se que inúmeros fatores tenham concorrido para que o lento deslinde do programa, como por exemplo, o levantamento e diagnóstico correto dos problemas enfrentados por cada indivíduo (uma vez que a mesma patologia pode se manifestar de forma diversa em cada organismo); o alto custo dos medicamentos, exames, técnicas e capacitação profissional adequada para o bom desempenho das atividades.

6. É certo que se deve preocupar e direcionar recursos públicos para as situações emergentes em saúde (contaminação pelo vírus H1N1; dengue, dentre outros), mas sem se descuidar das situações persistentes (como por exemplo: exclusão e discriminação social; pobreza; justiça na distribuição de recursos na área da saúde; aborto).



7. Em sede nacional, a parceria público-privada pode ser considerada um ajuste entre a Administração Pública e o particular com o fim de viabilizar a realização de empreendimentos vinculados ao desenvolvimento socioeconômico do país e ao bem-estar da sociedade.

8. Portanto, sob a perspectiva que visa a diminuição da transmissão vertical e/ou horizontal de doenças infecto-contagiosas e genéticas e estabilização da margem de segurança nos procedimentos que envolvam a possível transmissão de riscos à saúde das pessoas é que se adota a tendência global de atração da iniciativa privada para a concretização de serviços públicos, aptos a estabelecer relações de complementaridade na repartição dos investimentos, riscos, responsabilidades e ganhos nas atividades desenvolvidas.

9. A exemplo de Portugal é preciso avaliar a diversidade das PPPs selecionadas segundo o tipo de projeto, necessidade e setor, em que a mesma deve ser utilizada somente quando apropriado e nas opções em que oferecer claramente vantagens e benefícios.

10. Embora apresentem vantagens, deve-se ter em vista que demandam projetos, implementação e administração complexos.

11. As PPPs devem ser encaradas por uma opção entre uma série de alternativas possíveis, quando a situação e as características dos projetos forem viáveis e onde fiquem demonstrados benefícios e vantagens efetivas.

## REFERÊNCIAS

ALBANO, Suzana Stoffel Martins. Reprodução assistida: os direitos dos embriões congelados e daqueles que os geram. In: *Revista Brasileira de Direito de Família*, v. 7, n. 34, Porto Alegre: SÍNTESE, IBDFAM, fev./mar., 2006.

ANDORNO, Roberto. *Bioética y dignidad de la persona*. Madrid: Tecnos, 1998.

ANKIER, Cila. *Aspectos éticos na reprodução assistida de casais hetero e homossexuais HIV positivos*. Disponível em <[http://www.arquivoshelli.com.br/revista/02\\_021105/021105\\_ahellis\\_01.pdf](http://www.arquivoshelli.com.br/revista/02_021105/021105_ahellis_01.pdf)> Acesso em 18 jul 2008.

AUDITORIA ao Programa de Parcerias Público Privadas da Saúde: primeira vaga de hospitais. Relatório nº 15/2009 AUDIT. Disponível em <<http://www.tcontas.pt>>

BARBOZA, Heloisa Helena. Proteção jurídica do embrião humano. In: ROMEO CASABONA, Carlos María e QUEIROZ, Juliane Fernández (Coords.). *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

\_\_\_\_\_. *A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização 'in vitro'*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

BARROSO, Luís Roberto. Gestação de fetos anencefálicos e pesquisas com células-tronco: dois temas acerca da vida e da dignidade na Constituição. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Coords.). *Direitos Fundamentais: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BERNARD, Jean. *A Bioética*. Tradução de Paulo Goya. São Paulo: Ática, 1998.

CHINELATO E ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu. Reprodução humana assistida: análise do Projeto de Lei nº 90/99, do senador Lúcio Alcântara. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Padma, vol. 15, p. 251, jul/set 2003.

COLLUCCI, Cláudia. *SUS vai oferecer fertilização a soropositivos*. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u106327.shtml>. Acesso em 14 ago 2007.

CORRÊA, Marilena C. D. V.; LOYOLA, Maria Andréa. *Reprodução e bioética. A regulação da reprodução assistida no Brasil*. Caderno CRH, Salvador, vol. 18, n. 43, jan./abr. 2005.

DIREITO Legítimo. Disponível em <<http://www.giv.org.br/noticia.php?codigo=1053>>

GARRAFA, Volnei; OSELKA, Gabriel; DINIZ, Débora. *Saúde Pública, Bioética e Equidade*. Disponível em <http://www.portalmedico.org.br>. Acesso em 25 fev. 2009.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Filiação e reprodução assistida: introdução ao tema sob a perspectiva civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

\_\_\_\_\_. Filiação e reprodução assistida: introdução ao tema sob a perspectiva do direito comparado. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 2, n. 5, abr./jun. 2000.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

\_\_\_\_\_. *Famílias monoparentais: a situação jurídica de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LAMBERT, Jessica L. Developing a legal framework for resolving disputes between “adoptive parents” of frozen embryos: a comparison to resolutions of divorce disputes between progenitors. *Boston College Law Review*, vol. 49:529, 2008. Disponível em <[http://www.bc.edu/schools/law/lawreviews/bclawreview/meta-elements/pdf/49\\_2/05\\_lambert.pdf](http://www.bc.edu/schools/law/lawreviews/bclawreview/meta-elements/pdf/49_2/05_lambert.pdf)> Acesso em 10 de junho de 2008.

LEWICK, Bruno. O homem construível: responsabilidade e reprodução assistida. In: BARBOZA, Heloisa Helena; BARRETTO, Vicente (Orgs.). *Temas de biodireito e bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MENEGON, Vera Mincoff. Consentindo ambigüidades: uma análise documental dos termos de consentimento informado, utilizados em clínicas de reprodução humana assistida. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, maio/jun. 2004.

\_\_\_\_\_. *Entre a linguagem dos direitos e a linguagem dos riscos: os consentimentos informados na reprodução humana assistida*. 2003. 285 f. Tese (Doutorado em Psicologia Social) – Instituto de Psicologia, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2003.

NYS, Herman, Experimentações com embrião. In: ROMEO CASABONA, Carlos María (Org.). *Biotecnologia, direito e bioética*. Belo Horizonte: PUC-MINAS e Del Rey, 2002.

ORSELLI, Helena de Azeredo. *O sigilo do doador do material genético nas técnicas de reprodução assistida e os interesses da criança gerada*. Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil. Porto Alegre: Síntese, v. 8, n. 48, jul/ago, 2007.

PARCERIAS público-privadas viabilizam produção nacional de 24 fármacos. Disponível em <http://www.fiocruz.br/ccs/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infoid=2456&sid=9> Acesso em 1º ago 2009.

SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. Responsabilidade civil do médico na inseminação artificial. In: BITTAR, Carlos Alberto (Coord.). *Responsabilidade civil médica, odontológica e hospitalar*. São Paulo: Saraiva, 1991.

SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (Coords). *Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SIMÕES, Jorge Abreu. As parcerias público-privadas no sector da saúde em Portugal. In: *Revista Portuguesa de Saúde Pública*, v. temático, nº 4, Lisboa: ENSP, 2004.

TAVALLERA, Glauber Moreno. O novo perfil da sociedade conjugal contemporânea. In: VIANA, Rui Geraldo Camargo; NERY, Rosa Maria de Andrade (Orgs.). *Temas atuais de direito civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

TEPEDINO, Gustavo. A disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo. (Coord). *Temas de Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

\_\_\_\_\_. A responsabilidade civil médica na experiência brasileira contemporânea. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 2, Rio de Janeiro: Padma, 2000.

Tribunal de Contas de Portugal. IV ASSEMBLEIA GERAL DA ORGANIZAÇÃO DAS ISC DA CPLP. Maputo, 19-21 Julho 2006-06-14. Disponível em <<http://www.tcontas.pt>> Acesso em 1º de agosto de 2009.

VENTURA, Miriam (Org.). *Derechos sexuales y derechos reproductivos em la perspectiva de los derechos humanos: síntesis para gestores, legisladores y operadores del derecho*. Traducción de Osvaldo Vergili y Martha Selhay de Vergili. Rio de Janeiro: ADVOCACI, 2003.

VIANA, Marco Aurélio da Silva. *Curso de Direito Civil: Direito de Família*. 2. ed. v. 2 Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

WEINERT, Iduna E. Direitos genéticos como direitos da personalidade. *Revista de Informação Legislativa*, n. 42, p. 269-270, out./dez. 2005.