

# Aspectos da fertilização assistida

*Erik Frederico Gramstrup*<sup>1</sup>  
Juiz federal

*Augusto Martinez Perez Filho*<sup>2</sup>  
Advogado

**Sumário:** Introdução. Bioética e Biodireito. Problemas no contexto da reprodução assistida. *Status* do embrião: embriões criopreservados como um complicador ético-jurídico adicional. Técnicas de reprodução assistida e a lei civil. Reprodução assistida na Resolução nº 2.121, do Conselho Federal de Medicina. Fertilização artificial *post mortem*. Gestação em útero alheio (*barriga de aluguel*). Responsabilidade médica na reprodução assistida. Conclusão.

## Introdução

O crescimento exponencial na utilização de técnicas de reprodução assistida – apenas no ano de 2015, mais de 35 mil procedimentos foram realizados, segundo o último relatório publicado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA<sup>3</sup> – tem impulsionado a comunidade jurídica a revisar conceitos tradicionalmente utilizados para outras espécies de bens da vida, de modo a proporcionar adequada proteção dos interesses das partes envolvidas nestes procedimentos de alta relevância emocional e profundo impacto ético.

Nesse contexto, há princípios que devem nortear a atividade de todos os atores envolvidos. Os limites éticos devem estar bem

---

<sup>1</sup> Doutor e Mestre em Direito. Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e da Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo – FADISP.

<sup>2</sup> Masters of Laws - LLM, pela Brigham Young University (EUA); Mestre em Direito pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” – UNESP; Doutorando em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito – FADISP.

<sup>3</sup> 9º Relatório do Sistema Nacional de Produção de Embriões – SisEmbrio, Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA (cf. <<http://portal.anvisa.gov.br/documents/33840/2817584/9%C2%BA+Relat%C3%B3rio+do+Sistema+Nacional+de+Produ%C3%A7%C3%A3o+de+Embri%C3%B5es++SisEmbrio/94d6467b-0a32-4277-8933-36c701900314>>, acesso em: 16 set. 2017).

delimitados e a responsabilização pelos eventuais desvios ou imperfeições na prestação dos serviços, devidamente caracterizada. Por outro lado, há muito espaço para discussão no que diz respeito ao direito à intimidade, o direito ao conhecimento da origem biológica, sucessão em casos de divórcio ou monoparentalidade; a possibilidade de utilização da técnica após a morte de uma das partes envolvidas; se o melhor é prestigiar a autorregulação do assunto ou editar leis que logo sofrerão de obsolescência.

O propósito deste trabalho foi refletir sobre alguns dos diversos aspectos éticos e jurídicos que permeiam a reprodução assistida. Para tanto, haverá incursão no campo do chamado Biodireito, a partir dos princípios e conceitos relacionados ao objeto de reflexão, seguida por alguns comentários acerca da normativa vigente e de aspectos sobre a responsabilidade médica.

### **Bioética e Biodireito**

Tem-se como Bioética o ramo da filosofia moral que estuda as consequências morais e sociais das técnicas surgidas com avanço das ciências biológicas e suas aplicações. Alternativamente, pode-se definir como o “estudo sistemático da conduta humana na área das ciências da vida e do cuidado da saúde, quando esta conduta se examina à luz dos valores e dos princípios morais”.<sup>4</sup> O interesse pela bioética tornou-se intenso nos Estados Unidos da América nos anos 1980 e, na Europa, na década de 1990, espalhando-se então para os países em desenvolvimento.

Antes de mais dada, deve-se lembrar que a matéria está submetida, com especial intensidade, ao princípio da dignidade humana, contido no texto constitucional<sup>5</sup>, e cujo alcance é:

[...] apontado pela doutrina como fonte primordial de todo o ordenamento jurídico, e, sobretudo, dos direitos e garantias fundamentais do homem, este princípio fundamental exige que o indivíduo seja tratado como um fim em si mesmo, que seja encarado como a razão de ser do próprio ordenamento,

<sup>4</sup> BARBOZA, Heloisa Helena. *Princípios da bioética e do biodireito*. Disponível em: <[www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/.../principios\\_da\\_bioetica\\_e\\_do\\_biodireito.pdf](http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/.../principios_da_bioetica_e_do_biodireito.pdf)>. Acesso em: 1 set. 2017.

<sup>5</sup> “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana; [...]”

impondo não só ao Estado, como também aos particulares, que o respeitem integralmente, evitando qualquer conduta que degrade sua condição humana. [...] Na excelente lição de Leo Van Holthe, “a proteção da dignidade da pessoa humana parte do pressuposto de que o homem, em virtude tão somente de sua condição humana e independentemente de qualquer outra circunstância, é titular de direitos que devem ser reconhecidos e respeitados por seus semelhantes e pelo Estado”. Logo em seguida afirma que, em razão deste princípio, “o ser humano jamais poderá ser tratado como ‘coisa’, objeto ou mero instrumento, de forma a negar sua condição humana”.<sup>6</sup>

Nesse sentido, deve ser garantido às partes e ao embrião todo cuidado inerente à própria condição humana, estabelecendo-se limites bem definidos, capazes de outorgar a segurança jurídica necessária aos experimentos, aplicações e diagnósticos realizados pelos profissionais da saúde. O Direito há de unir-se à Ética, pois respeitar o ser humano em sua integridade significa também lhe conferir adequada proteção à sua identidade genética.

Entre os princípios da bioética, sempre são lembrados os da beneficência, da autonomia e da justiça. Beneficência significa que os avanços da biotecnologia devem ser empregados para o bem do ser humano e nunca o contrário. De outro modo, pode ser definido como o princípio que apregoa a maximização dos benefícios e a minimização dos danos e prejuízos, quando inevitáveis. Autonomia refere-se ao paciente do emprego dessas técnicas; ele deve ser livre para dar a palavra final sobre sua adesão, como alvo de terapia ou de experimentação – é dizer, seu consentimento livre e informado é sempre exigível. Como extensão do princípio da autonomia, deve-se considerar com respeito as peculiaridades das pessoas que tenham autonomia reduzida. Finalmente, o princípio da justiça implica em que os benefícios da biotecnologia devem ser distribuídos de modo equânime e não se limitar a uma pequena elite.

A Bioética é uma disciplina interdisciplinar, alimentando-se das informações de diversas especialidades, mas sua coerência final é dada pela análise de padrão filosófico. Nesse sentido:

<sup>6</sup> DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 141.

[...] Identificar a bioética exclusivamente com o filosófico, sem mencionar as contribuições de outras disciplinas é inadequado. A filosofia por si não é suficiente para alimentar este discurso. O que mantém a bioética viva é o diálogo constante entre âmbitos diferentes. Mas a diversidade de perspectivas e sua interação, assim como o fato de que são muitos os interesses em jogo nesse tipo de discurso, instauram uma série de problemas que requerem a articulação cuidadosa e a atitude crítica e autocrítica típicas do enfoque filosófico. A interação entre as diferentes perspectivas sem a contribuição desse enfoque pode levar a um discurso sem rumo ou a um que, por atender às demandas de diversos grupos de pessoas termina justificando valores pressupostos e legitimando o *status quo*.<sup>7</sup>

Paralelamente à Bioética, matéria, como vimos, do ramo das ciências morais, surgiu o Biodireito, integrado pelos fatos (os avanços científicos a que fizemos referência), valores (estudados pela própria Bioética) e normas, conquanto esparsas. O Biodireito é, portanto, um dos ramos jurídicos mais recentes, destinado à regulação e sanção de condutas relacionadas com o emprego da biotecnologia. Como é costumeiro em se tratando de ramo novel, a disciplina legal dessa matéria não é sistemática e muito menos codificada. Muitas das normas de interesse sequer estão em leis em sentido formal, mas em regulamentos expedidos por órgãos de classe ou agências reguladoras do segmento. Encontram-se também princípios e regras em tratados internacionais, havendo relativamente poucas normas veiculadas por atos do Legislativo. Em suma, o Biodireito é integrado pelos fatos, valores e normas, reguladores da conduta humana face aos avanços da biotecnologia e da medicina.

Sobre as relações entre Bioética e Biodireito, vale citar:

O Direito e a bioética são sistemas sociais e comunicativos intrinsecamente diferentes. Cada qual constrói uma realidade social própria, comunica normas distintas e preenche função social diferente. Cada qual tem diferentes objetivos, métodos e epistemologias. Cada qual identifica e emprega conhecimento, presunções, valores e ônus da prova

<sup>7</sup> LUNA, Florencia. *Ensayos de bioetica – reflexiones desde el Sur*. México: Fontamara, 2001. p. 26.

de modos distintos, embora sejam profundamente interdependentes. Um acadêmico as caracterizou como “companheiros de leito estranhos”.<sup>8</sup>

Em síntese, se a Bioética pode ser compreendida como uma porção da filosofia que se preocupa com as dimensões morais e sociais das técnicas resultantes do avanço do conhecimento nas ciências biológicas, no âmbito jurídico, caberá ao Biodireito, como ramo do direito que se associa à bioética, a regulação dos avanços tecnológicos relacionados à medicina e à biotecnologia.

Integrado no Biodireito encontra-se o setor que nos interessa, o da reprodução assistida. Esse designativo abrange o conjunto de técnicas destinadas a auxiliar os que não podem procriar naturalmente, seja porque inférteis (incapacidade reprodutiva nata ou decorrente de doença), seja porque esterilizados (em decorrência de cirurgia ou de processo químico). A infertilidade é definida, em termos médicos, como incapacidade de conceber após certo tempo de intercurso – sendo ele de dois anos, em se tratando de casais jovens, ou menor, de seis meses, no caso de mulheres com mais de 35 anos. A fecundação artificial, por sua vez, é gênero de qual são espécies a inseminação artificial e a inseminação *in vitro*. É claro que o Biodireito não se limita a regular a reprodução assistida, sendo este apenas o recorte que nos ocupa para os fins deste texto.

Definido o objeto deste trabalho, resta evidente sua importância teórica e prática. A incapacidade reprodutiva decorrente de infertilidade ou de esterilização aflige um número não desprezível de pessoas (costuma-se mencionar 10 a 15% dos casais), que terão como opções para o projeto parental a adoção – ou a parentalidade socioafetiva – e a reprodução assistida, caso desejem o vínculo biológico com seus filhos. Mencionemos também, para além daquela estatística, as pessoas solteiras e os parceiros em uniões homoafetivas, estas equiparadas juridicamente às uniões tradicionais, de modo que não será pequeno o número de pessoas que recorrerão às técnicas de reprodução assistida. De fato, é reconhecido um direito fundamental de procriar, ligado ao planejamento familiar objeto de nossa Constituição, que se projeta não apenas para os estéreis, como também para os homossexuais e para as pessoas solteiras.

---

<sup>8</sup> SPIELMAN, Bethany J. *Bioethics in law*. Totowa: Humana Press, 2007. p. 1-2. Tradução livre: “Law and bioethics are inherently different social and communicative systems. Each constructs a social reality of its own, communicates distinctive norms, and fills a different social function. Each has different goals, methods, and epistemologies. Each identifies and uses expertise, presumptions, values, and burdens of proof in distinctive ways,<sup>3</sup> yet they are deeply dependent on each other. One scholar has characterized them as ‘strange bed fellows’.”

## Problemas no contexto da reprodução assistida

Como foi dito, reconhece-se a todos um direito fundamental de procriar, que também pode ser visto como um princípio<sup>9</sup>. Esse direito (e o respectivo princípio) estende-se às pessoas impossibilitadas, de qualquer das formas e razões já mencionadas, de procriar naturalmente. Como todo princípio, deve ser aplicado com ponderação, atento à razoabilidade e proporcionalidade. A ponderação tem em vista, evidentemente, outros princípios, quais sejam, o do melhor interesse da criança e o princípio da paternidade responsável. Eventual colisão – e a necessidade de o operador do direito exercer a operação intelectual da ponderação para resolvê-la – poderá dar-se entre o primeiro (direito a procriar) e estes dois últimos. Este, o aspecto jurídico de fundo da questão. Vejamos agora as pessoas envolvidas e os fatores que aglutinam e exacerbam tensões.

Os envolvidos na reprodução assistida, focando pelo lado subjetivo da questão, são o doador de material genético, a receptora, o embrião formado com aquele material, o profissional médico e o estabelecimento. Normalmente, são esses os personagens de eventuais conflitos envolvendo reprodução assistida.

Acrescente-se a esse cenário alguns complicadores. São eles: a) a complexidade das formas contemporâneas de perfilhação, que envolvem, além de fatores biológicos, a socioafetividade; b) o direito ao anonimato do doador de material genético, que pode entrar em conflito com o direito – do descendente biológico – à determinação da identidade genética; c) a possível contratação da gestação por outrem (vulgarmente, a “barriga de aluguel”); e d) as discussões envolvendo o *status* ético e jurídico dos embriões humanos. Esses complicadores fornecem o pano de fundo das situações a serem reguladas pelo Direito e enfrentadas por seus operadores.

### ***Status* do embrião: embriões criopreservados como um complicador ético-jurídico adicional**

O momento em que a vida se inicia e o sujeito passa a ser titular de direitos – o que lhe confere a respectiva proteção estatal, de modo

---

<sup>9</sup> Art. 226, § 7º da Constituição Federal: “Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.”

a garanti-los – pode ser explicado por intermédio de algumas teorias: a teoria da concepção, a teoria da personalidade condicional, a teoria da nidação, a teoria da formação dos rudimentos e a teoria natalista.

Para a teoria da concepção, também conhecida como teoria da fecundação, a vida tem início no momento da penetração do espermatozoide no óvulo feminino, dando, no exato momento, o início de nova vida. A teoria da personalidade condicional estabelece que há vida desde a concepção, mas o nascituro só tem personalidade após o nascimento com vida. Já a teoria da nidação – também denominada nidista ou nidológica – aduz que o óvulo fecundado se desloca até o útero materno para se aninhar e permanece ali até o nascimento. A vida existiria a partir do 14º dia a partir da fecundação, ou seja, no momento em que o óvulo é fixado na parede do útero. A teoria da formação dos rudimentos pugna pelo início da vida a partir de duas semanas da fecundação, período em que surgem os órgãos e desenvolve-se o sistema nervoso. Finalmente, a teoria natalista estabelece que a vida se inicia no exato momento do parto, desde que o nascituro respire, ainda que posteriormente venha a falecer. Também independe da interrupção do cordão umbilical.

A doutrina divide-se em relação a qual das teorias foi adotada pelo Código Civil brasileiro, ao prever, em seu art. 2º, que: “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. O texto é propositadamente ambíguo, mas não acreditamos que isso seja tão importante. Em todo caso, para a corrente majoritária, a teoria adotada foi a concepcionista, como ilustra o seguinte precedente:

O art. 2º do CC, ao afirmar que a “personalidade civil da pessoa começa com o nascimento”, logicamente abraça uma premissa insofismável: a de que “personalidade civil” e “pessoa” não caminham umbilicalmente juntas. Isso porque, pela construção legal, é apenas em um dado momento da existência da pessoa que se tem por iniciada sua personalidade jurídica, qual seja, o nascimento. Conclui-se, dessa maneira, que, antes disso, embora não se possa falar em personalidade jurídica – segundo o rigor da literalidade do preceito legal –, é possível, sim, falar-se em pessoa. Caso contrário, não se vislumbraria qualquer sentido lógico na fórmula “a personalidade civil da pessoa

começa”, se ambas – pessoa e personalidade civil – tivessem como começo o mesmo acontecimento. Com efeito, quando a lei pretendeu estabelecer a “existência da pessoa”, o fez expressamente. É o caso do art. 6º do CC, o qual afirma que a “existência da pessoa natural termina com a morte”, e do art. 45, *caput*, da mesma lei, segundo o qual “Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro”. Essa circunstância torna eloquente o silêncio da lei quanto à “existência da pessoa natural”. Se, por um lado, não há uma afirmação expressa sobre quando ela se inicia, por outro lado, não se pode considerá-la iniciada tão somente com o nascimento com vida. Ademais, do direito penal é que a condição de pessoa viva do nascituro – embora não nascida – é afirmada sem a menor cerimônia. É que o crime de aborto (arts. 124 a 127 do CP) sempre esteve alocado no título referente a “crimes contra a pessoa” e especificamente no capítulo “dos crimes contra a vida”. Assim, o ordenamento jurídico como um todo (e não apenas o CC) alinhou-se mais à teoria concepcionista – para a qual a personalidade jurídica se inicia com a concepção, muito embora alguns direitos só possam ser plenamente exercitáveis com o nascimento, haja vista que o nascituro é pessoa e, portanto, sujeito de direitos – para a construção da situação jurídica do nascituro, conclusão enfaticamente sufragada pela majoritária doutrina contemporânea. REsp 1.415.727-SC, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 4/9/2014.<sup>10</sup>

O conceito de embrião, por sua vez, pode ser explicado como estágio inicial de desenvolvimento do ser humano, com duração aproximada de oito semanas. Origina-se do embrioblasto, estrutura multicelular que, em conjunto com o trofoblasto (que é camada externa de células) e a blastocele formam o blastocisto (segundo estado de desenvolvimento do embrião), e que será fixado no útero materno. A partir deste momento, menciona-se a existência do feto. Essas designações,

<sup>10</sup> Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD=%270547%27>>. Acesso em: 21 set. 2017.



no entanto, não devem nos enganar: justificáveis tecnicamente, elas não resolvem por si o complicado problema ético de atribuição de valor e dignidade ao nascituro<sup>11</sup>.

Ao se adotar a teoria concepcionista, o ordenamento pátrio – ao menos alguns Tribunais e a maior parte da Academia – parece apontar para a proteção da vida a partir do momento em que se verifica a fecundação do óvulo, com a respectiva formação embrionária. Isto torna mais importante a definição de regras objetivas e claras a respeito da reprodução assistida, uma vez que estará, por conta do acima exposto, tratando com o bem maior da vida.

Mencionaremos como complicador adicional a necessidade de criopreservação de embriões humanos gerados por técnicas de reprodução assistida. O contrato de prestação de serviços à pessoa com incapacidade de gerar será, portanto, acompanhado de avença acessória de criopreservação de embriões. Será necessário, também, perquirir acerca do destino desses embriões quando excedentes ou supranumerários (ou, como se costuma dizer, “excedentários”).

Há várias possibilidades a cogitar: a implantação; a adoção; o descarte e a disposição para pesquisa. Naturalmente, do ponto de vista ético, essas alternativas não são equivalentes. Por implantação queremos dizer a que se proceda no corpo da mãe biológica, o que, automaticamente, faria com que o embrião deixasse de ser “excedentário”. Da adoção (por terceiros), a legislação não trata. Há constrangedor silêncio legal, mas pode-se cogitar de que seria possível com o consentimento dos pais biológicos e por via de sentença judicial. O descarte de embriões é moralmente muito problemático. Segundo a norma do Conselho Federal de Medicina, pode-se descartar embriões criopreservados há cinco anos, por manifestação de vontade do paciente<sup>12</sup>. Da disposição para fins de pesquisa – também um aspecto torturante, do ponto de vista moral – a lei de biossegurança tratou em seu art. 5º<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> Há quem prefira as designações: pré-embrião, embrião e feto. Reiteramos a respeito nossa observação que elas não devem nos enganar quanto ao aspecto filosófico e ético.

<sup>12</sup> Item V, n. 04, da Resolução CFM n. 2.121/2015: “Os embriões criopreservados com mais de cinco anos poderão ser descartados se esta for a vontade dos pacientes.”

<sup>13</sup> Importante trecho da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar – por maioria – improcedente a ADIN n. 3510/DF, repisando a constitucionalidade da Lei de Biossegurança. “A escolha feita pela Lei de Biossegurança não significou um desprezo ou desapeço pelo embrião “in vitro”, porém uma mais firme disposição para encurtar caminhos que possam levar à superação do infortúnio alheio. Isto no âmbito de um ordenamento constitucional que desde o seu preâmbulo qualifica “a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça” como valores supremos de uma sociedade mais que tudo “fraterna”. O que já significa incorporar o advento do constitucionalismo fraternal às relações humanas, a traduzir verdadeira

É possível a utilização de células-tronco embrionárias (o que implicará em destruição do embrião), para fins de pesquisa e terapia, quando sejam inviáveis ou, com permissão dos genitores, a hipótese do inc. II do art. 5º: “sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento”<sup>14</sup>.

Menciona-se por vezes a “doação” de embriões. Mas eles não são coisas. Então seria melhor falar em atos de disposição de embriões. Tal hipótese, porém, é redundante, porque o ato de disposição só poderia ser o descarte autorizado, a cessão para fins de pesquisa e terapia (obedecidas as restrições legais) e a permissão de adoção por terceiros. Apesar disso, a resolução pertinente do Conselho Federal de Medicina menciona a “doação” de embriões, como um dos destinos acerca dos quais os pacientes devem deliberar, por escrito, no momento da criopreservação<sup>15</sup>.

Quanto às perplexidades dos juristas acerca do *status* dos embriões extrauterinos (pois nossa legislação não se ocupava deles antes da lacônica lei de biossegurança<sup>16</sup>), estão bem resumidas no seguinte excerto:

Seja como for, como apontado na análise do início da vida (item acima), podemos resumir a situação da seguinte forma: a concepção pode ser realizada dentro ou fora do útero. Para o embrião introduzido no útero materno (nascituro), não há dúvidas a respeito de sua tutela dentro das normas atuais do

---

comunhão de vida ou vida social em clima de transbordante solidariedade em benefício da saúde e contra eventuais tramas do acaso e até dos golpes da própria natureza. Contexto de solidária, compassiva ou fraternal legalidade que, longe de traduzir desprezo ou desrespeito aos congelados embriões “in vitro”, significa apreço e reverência a criaturas humanas que sofrem e se desesperam. Inexistência de ofensas ao direito à vida e da dignidade da pessoa humana, pois a pesquisa com células-tronco embrionárias (inviáveis biologicamente ou para os fins a que se destinam) significa a celebração solidária da vida e alento aos que se acham à margem do exercício concreto e inalienável dos direitos à felicidade e do viver com dignidade.” Cf. em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000168856&base=baseAcordaos>>, acesso em: 22 set. 2017.

<sup>14</sup> Lei n. 11.105/2005.

<sup>15</sup> Item V, n. 03, da Resolução CFM n. 2.121/2015: “No momento da criopreservação, os pacientes devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino a ser dado aos embriões criopreservados em caso de divórcio, doenças graves ou falecimento, de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los.”

<sup>16</sup> A Lei n. 11.105/2005 (Lei de Biossegurança) regulou o artigo 225 da Constituição Federal, estabelecendo normas de segurança e fiscalização das atividades que envolvam organismos geneticamente modificados, inclusive em relação às células-tronco embrionárias. Nela consta que é permitida a pesquisa e terapia utilizando-se de células-tronco obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro e não utilizados no respectivo procedimento.

Código Civil, inclusive sendo detentor de personalidade jurídica, na medida em que o marco inicial do nosso sistema é a concepção. No entanto, em relação ao embrião fertilizado fora do útero materno, existe uma lacuna jurídica ainda sem resposta no ordenamento pátrio.

Não seria o caso de atribuir-lhe personalidade jurídica, não sendo merecedor da atribuição da categoria de pessoa, por falta de um tratamento legal adequado que regulamente a matéria. Por outro lado, também se revela inaplicável o marco da concepção (art. 2º do CC/2002) como fundamento para considerá-lo sujeito de direito, pois o referendo dispositivo foi introduzido quando a fertilização *in vitro* não era sequer debatida nos meios acadêmicos. Conclui-se, assim, que o embrião é vida humana em formação que ainda não adquiriu personalidade jurídica; esta, aliás, será alcançada com sua introdução do embrião no útero materno.<sup>17</sup>

Essas ponderações, ademais, prendem-se ao plano do legislado e por esta razão qualificam a personalidade como *jurídica*. Elas não resolvem as agoniantes dúvidas éticas e filosóficas a propósito do status do embrião, seja ele implantado (nascituro) ou extrauterino.

### Técnicas de reprodução assistida e a lei civil

As técnicas da reprodução assistida podem ser divididas entre técnicas que se aperfeiçoam no corpo feminino e as que se operam fora dele. Destacam-se entre as primeiras (no corpo): a inseminação intrauterina e a transferência intratubária de gametas (GIFT, na sigla inglesa). Entre as segundas (fora do corpo), destacamos a fertilização *in vitro* (FIV) e, no caso de baixo número de gametas masculinos, a injeção intracitoplasmática (ICSI).

Essas diversas técnicas de reprodução assistida apresentam diferentes níveis de complexidade. A mais conhecida é a inseminação artificial, consistente na separação do melhor espermatozoide e sua introdução no útero da mulher, durante o período de ovulação, geralmente utilizada

<sup>17</sup> RIZKALLAH, Ricardo José. Os direitos de personalidade e as situações jurídicas dos embriões e nascituro. *Revista de Direito Privado*, v. 74, ano 18, p. 61-91, fev. 2017.

quando as trompas das pacientes são propícias (isto é, sem nenhuma anormalidade). A chance de êxito desse tratamento é de cerca de 15%. Outra técnica, como dissemos, é a fertilização *in vitro*, tratamento no qual o óvulo é fertilizado fora do corpo da mulher, ou seja, o óvulo e o esperma são unidos no laboratório e formam o embrião pronto, que é colocado no útero da mulher na esperança de uma gravidez bem-sucedida. Nesse caso, a chance de êxito eleva-se para 35%, podendo chegar até 60%, quando realizada em pacientes jovens. Nesse modelo, o óvulo pode ser da mesma mulher ou doado, assim como o esperma.

Outra técnica que mencionamos acima é a Injeção Introcitoplasmática – ICSI. Trata-se de uma variação da técnica de fertilização *in vitro*, e será utilizada quando a situação do paciente é mais crítica, como no caso de homens com pouquíssimos espermatozoides. Nesse caso, utiliza-se de uma agulha de diâmetro milimétrico, que introduz o esperma diretamente no óvulo.<sup>18</sup>

É de se ressaltar que as técnicas de reprodução assistida têm sido utilizadas por pessoas solteiras que desejam ter filhos, bem como por casais homoafetivos, corolário do direito de planejamento familiar.

A lei civil, em contraste, ocupa-se de categorias diferentes daquelas acima mencionadas.

Em que pese o aspecto conservador do Código Civil de 2002, pelo menos um de seus dispositivos ocupou-se da reprodução assistida. Trata-se do art. 1.597, que distingue a reprodução assistida homóloga – aquela em que o gameta masculino é fornecido pelo cônjuge – e heteróloga – aquela em que o gameta masculino provém de terceiro, não integrante da união. Esse dispositivo já nasceu parcialmente senil, porque se ocupa também da velha presunção de paternidade dos filhos nascidos na constância do casamento, ou mais precisamente dentro dos intervalos de tempo conhecidos desde o Direito Romano. Essa presunção já foi de grande importância no passado, mas está em crescente desuso por conta: a) das técnicas contemporâneas de identificação da paternidade biológica, fundadas no exame do material genético (DNA); b) da aquisição de vínculo por socioafetividade, que muitas vezes chancela o que foi lançado no registro de nascimento, excluindo a alegação de erro.

De qualquer modo, não obstante o envelhecimento precoce do art. 1.597 em discussão, ele traz definições importantes em matéria

<sup>18</sup> Cf. <<http://vilamulher.uol.com.br/familia/planejamento/reproducao-assistida-entenda-quais-sao-tipos-de-tratamentos-8-1-52-77.html>>. Acesso em: 20 set. 2017.

de reprodução assistida, exigindo a autorização marital<sup>19</sup> para a inseminação heteróloga e esclarecendo que a fecundação artificial homóloga pode ser realizada depois de falecido o marido (que permitiu previamente a extração e guarda dos gametas). Podem, ainda, ser empregados embriões ditos “excedentários” (seria melhor: excedentes) decorrentes de inseminação artificial homóloga. Em todos esses casos, os filhos assim gerados terão vínculo com os pais, como se nascidos na constância do casamento fossem.

### **Reprodução assistida na Resolução nº 2.121 do Conselho Federal de Medicina**

Vejamos agora como se encontra regulada a reprodução assistida na norma expedida pelo conselho de fiscalização do exercício profissional, isto é, o CFM. Conquanto fundada, nossa Ordem Econômica e Social (Tít. VII da Constituição da República), na “livre-iniciativa” (art. 170), no papel preponderante do particular como exercente de atividade econômica (art. 173) e no “livre-exercício” desta (art. 170, par. único), a Carta não deixa de ressaltar importantes limitações a essas garantias, quais sejam: a) a necessidade de autorização dos “órgãos públicos”, nos casos previstos em lei (par. único do art. 170, *in fine*); b) o papel do Estado, como agente normativo e regulador, na forma da lei, incumbindo-lhe as funções de fiscalização, incentivo e planejamento (art. 174); e c) possibilidade de a lei fixar qualificações para o desempenho de trabalho, ofício ou profissão (art. 5º, inc. XIII).

Eis o supedâneo constitucional dos conselhos de fiscalização do exercício de profissões regulamentadas. Nas hipóteses que a lei regular, por ser de interesse público que a atividade seja disciplinada e controlada, pode o Estado sujeitá-la a certos requisitos, negar acesso regular ao mercado aos que os inobservarem, constringer à inscrição em órgão e impor reprimenda aos desobedientes. E pode fazê-lo por si ou por órgãos da Administração Descentralizada. Em síntese, os conselhos profissionais são entidades que, embora lembrem, quanto a certos aspectos, as associações civis, em realidade têm natureza de Autarquia, detendo o mister de registrar, regulamentar, fiscalizar e impor limites éticos e de qualidade aos exercentes de ofício balizado por lei.

---

<sup>19</sup> Norma regulamentar, de que voltaremos a tratar adiante, exigiu que esse consentimento constasse de instrumento público, forma esta não imposta pelo Código Civil. Ver, a respeito, o Provimento n. 52, de 2016, da Corregedoria-Geral do Conselho Nacional de Justiça, art. 2º.

Com espeque nessas características, o Conselho Federal de Medicina editou norma ético-profissional sobre o tema que nos ocupa – a Resolução n. 2.121 de 2015 – que passamos a analisar, exceto quanto aos pontos já abordados ao longo deste trabalho.

Segundo a teoria *Chenery*, já adotada pelo Superior Tribunal de Justiça (AgInt no AgInt na SLS 2.240-SP, Rel. Min. Laurita Vaz, DJ 07.06.2017)<sup>20</sup>, há certas questões cuja complexidade técnica alcança patamares tão elevados que as Cortes se tornam impedidas de adotar fundamentos diversos daqueles eleitos pelo órgão técnico de classe.

Como já vimos, as técnicas de reprodução assistida podem ser prestadas às pessoas que livremente optaram por elas, com o necessário esclarecimento (princípio da autonomia), inclusive os parceiros em relacionamentos homoafetivos e pessoas solteiras - nestes últimos casos, o médico, individualmente, pode apresentar objeção de consciência, mas em tese a assistência pode ser prestada. Isso põe a questão do deficiente mental, hoje considerado capaz pela legislação vigente. Para a lei de regência<sup>21</sup>, o deficiente só está sujeito à curatela (embora capaz!) para atos civis de natureza patrimonial. E assim mesmo, quando tal curatela for estritamente necessária. Afinal, a incapacidade do deficiente mental foi abolida. Os atos de conteúdo existencial, deduz-se disso, seriam franqueados ao deficiente mental, dentre eles o projeto parental. Se fosse possível tudo resolver por esses esquemas conceituais e oposições lógicas, então a conclusão seria a de que a mulher deficiente mental teria amplo acesso à reprodução assistida, até porque a norma ético-profissional só a veda para os formalmente incapazes. No entanto, resta um problema a superar. A depender do grau e da extensão da deficiência mental, a obrigação de conselho e esclarecimento do médico ao paciente será de difícil, senão de impossível cumprimento. E, sem consentimento esclarecido (não bastando o assentimento às escuras), não há que falar em dever de ministrar a terapia. Pelo contrário, o médico não deve ministrá-la a alguém impossibilitado de compreender suas consequências e riscos. Quer-nos parecer que, em tais casos, de deficiência mental aguda, obstando o consentimento esclarecido, a assistência não pode ser dispensada ou, no mínimo, ter-se-ia de conceder ao profissional o direito

<sup>20</sup> Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=73306230&num\\_registro=201700112085&data=20170620&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=73306230&num_registro=201700112085&data=20170620&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 22 set. 2017.

<sup>21</sup> Lei n. 13.146, de 06 de julho de 2015. "Art. 84. A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas. § 1º Quando necessário, a pessoa com deficiência será submetida à curatela, conforme a lei. [...]” "Art. 85. A curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial."

à objeção de consciência, tal como já se permite em outras hipóteses. Essa objeção, se oposta razoavelmente, jamais poderia ser qualificada como discriminatória, até porque não impediria o paciente de procurar outro profissional.

Os requisitos para o tratamento (o serviço de reprodução assistida) estão intimamente ligados aos princípios da bioética. É necessário que:

- a) não se revele prejudicial à saúde e haja probabilidade de êxito. Evidente, aqui, a influência do princípio da beneficência. As técnicas de reprodução assistida hão de propor-se à realização do projeto parental e não a produzir prejuízos e sofrimento. Se os prejuízos forem superiores ao bem que se pretende alcançar (ou simplesmente não houver bem nenhum a alcançar), o tratamento não pode ser dispensado;
- b) a candidata ao tratamento tenha idade inferior ou igual a 50 anos. Isso está relacionado, também, com o princípio da beneficência, por conta da dificuldade de gerar após aquela idade limite. Mas há uma importante exceção, desconhecida em nosso direito anterior: pode a candidata com idade superior à aconselhável submeter-se à terapia, desde que o médico responsável emita parecer favorável e informe a paciente dos riscos envolvidos;
- c) haja consentimento livre e informado. Faz-se presente, obviamente, o princípio da autonomia. Esse consentimento deve provir de todos os envolvidos e prestado por escrito. Ademais, será necessário relatório médico com o perfil psicológico, adequação clínica e emocional de todos os envolvidos, bem como termo de compromisso em que conste – expressamente – que a filiação da criança será dos pais biológicos (mais sobre isso adiante).

Os requisitos do tratamento são acompanhados de vedações e restrições importantes, a saber:

- a) vedação de escolha de características biológicas, tais como sexo ou quaisquer outras, como cor do cabelo, da pele ou dos olhos, que não estejam relacionadas com a prevenção de doenças. A intenção da norma é a de evitar a escolha frívola ou preconceituosa de características ou mesmo a eugenia<sup>22</sup>;

---

<sup>22</sup> GALTON, Francis. Hereditary talent and genius. *Macmillans Magazine*, p. 157-327, June 1865. Pregava a substituição das forças cegas da seleção natural pela seleção consciente de características, cunhando o termo eugenia.

- b) vedação de desvio de finalidade: não se podem fecundar oócitos (células germinativas femininas) com outro fim que não seja a procriação. Enfim, não se pode dar origem a embriões com outra finalidade a não ser a assistência médica à infertilidade;
- c) restrição do número de embriões e oócitos a serem transferidos: nunca superior a quatro, variando conforme a idade da receptora:
- [...] a) mulheres até 35 anos: até 2 embriões; b) mulheres entre 36 e 39 anos: até 3 embriões; c) mulheres com 40 anos ou mais: até 4 embriões; d) nas situações de doação de óvulos e embriões, considera-se a idade da doadora no momento da coleta dos óvulos<sup>23</sup>;
- d) vedação de procedimento de redução embrionária, em caso de gestação múltipla. A redução consistiria na eliminação de embriões com a finalidade de garantir a gestação de outro(s) - ou simplesmente para evitar gravidez múltipla. É precisamente por isso que se restringe o número de embriões e oócitos a serem transferidos.

A doação de gametas ou embriões é sempre gratuita, tal como ocorre com o sangue humano e partes do corpo, mas nestes últimos casos pode-se falar em *res extra commercium* em sentido fraco – no primeiro não, porque não podem ser tratados como coisas. Não basta a aparência de gratuidade e talvez seja esta a razão de enfatizar-se a proibição de “caráter lucrativo ou comercial”. Faz sentido, embora pareça redundante. Como se sabe, a pretensa gratuidade pode acobertar – em um sem-número de situações – a onerosidade dissimulada, de modo que a repetição presente na norma ética é útil, embora prejudique a elegância da formulação. Uma importante exceção, que causou certo impacto, consiste na chamada “doação compartilhada de oócitos”, uma denominação muito infeliz. Nesse caso, o material biológico é compartilhado por uma doadora com a receptora e esta, em contrapartida, custeia o procedimento. A partir dessa situação básica, podem-se imaginar outras combinações, como, por exemplo, o custeio parcial pela receptora de material biológico. Seja como for, é a única exceção ao princípio da gratuidade e não permite interpretação extensiva.

<sup>23</sup> Item I, n. 07, Resolução CFM n. 2.121/2015.



Doadores devem permanecer anônimos. Não podem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa. Advém como corolário um problema: se o material biológico do mesmo doador, necessariamente anônimo, desse origem a muitas gestações e nascimentos em uma área determinada, haveria o risco de futuras uniões incestuosas (sem o conhecimento dos parceiros dessas uniões, provenientes, eles, de reprodução assistida em que o genitor biológico é necessariamente desconhecido). Para obviar o problema, a norma ética restringe o número de gestações que possam originar-se de um(a) mesmo(a) doador(a): somente duas gestações, de crianças de sexos diferentes, por área de um milhão de habitantes.

Em que pese o anonimato regulamentar dos doadores, a doutrina já se tem manifestado favoravelmente à pesquisa da origem genética com fundamento em direito da personalidade, ainda que limitando a legitimidade ativa ao filho interessado na própria identidade e não reconhecendo efeitos patrimoniais da declaração de parentesco:

Busca-se, em *ultimaratio*, por meio do exercício de tal direito, a obtenção de tutela declaratória que apresente a verdade biológica, revelando a existência ou a inexistência de vínculo genético entre o titular do direito subjetivo e a parte investigada, modulando-se, a partir disso, os demais efeitos jurídicos decorrentes, como no caso de incidência dos direitos e deveres inerentes à paternidade em que o vínculo consanguíneo seja suficiente para a constituição da relação familiar.

Assim, nas hipóteses restritas da adoção legal e da concepção a partir de uma das técnicas de reprodução assistida heteróloga, embora subsistente o direito do adotado e do indivíduo concebido a partir da fecundação de material genético de doador anônimo de obter acesso a sua origem biológica, será possível somente a concessão de tutela meramente declaratória da existência do vínculo biológico, sem a irradiação dos efeitos inerentes à paternidade, seja por meio de acesso irrestrito ao processo em que a adoção legal se deu, seja por meio da quebra do sigilo da identidade civil do doador; e nos demais casos, existente ou não vínculo prévio de paternidade socioafetiva do interessado com terceiro, será garantido ao indivíduo o acesso à informação sobre a sua origem genética, com a irradiação de todos os

efeitos jurídicos inerentes à declaração do vínculo de consanguinidade com o pai biológico – como o direito ao nome de família, à sucessão legítima e, observada a real necessidade, a alimentos –, não se exigindo do indivíduo, no caso de concomitância de relação oriunda de vínculo socioafetivo e da paternidade biológica, que opte pela manutenção de uma ou outra relação, as quais coexistirão no plano jurídico e irradiarão os seus efeitos.<sup>24</sup>

O chamado direito à identidade genética ou direito à busca da origem biológica surgiu como problema legislativo ao inserir-se dispositivo no Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 48). Com a adoção, o inserido em família substituta perde o vínculo de parentesco com os membros da família de origem, admitindo-se que possa querer conhecê-los. Mas parcela da doutrina percebeu, com percuciência, que os pais consanguíneos (desligados pela adoção) assumiram, em um dado tempo, o risco da paternidade e da maternidade. Então não poderiam opor-se a serem “descobertos”. Já com respeito à doação de gametas na inseminação heteróloga, o(a) doador(a) não assumiu projeto parental e, por isso, deveria ter a sua intimidade – também esta direito constitucional – resguardada. Confira-se:

No caso da reprodução assistida heteróloga, o(a)(s) doador(a)(es) do material genético sabe que ele será usado para gerar um ser, nada obstante, não assume o risco de ser pai e/ou mãe, ao contrário, em nenhum momento estabeleceu vínculo com o ser gerado e, provavelmente, não saberá quem será a pessoa que receberá o espermatozoide ou o óvulo para a concepção, não tem e não deseja nenhum contato com essa pessoa, num primeiro momento. O risco de paternidade e/ou maternidade é de outrem, ou seja, quem recebe o material genético doado. Dessa maneira, o(a)(s) doador(a)(es) tem(têm) direito de ver resguardada sua intimidade, aliás, esta também um direito fundamental, segundo o art. 5º, X, da CF/1988.<sup>25</sup>

<sup>24</sup> SOUSA, Felipe Soares de. A extensão e os efeitos do reconhecimento do direito à identidade genética. *Revista de Direito Privado*, v. 74, p. 33-59, fev. 2017.

<sup>25</sup> NAMBA, Edison Tetsuzo. Direito à identidade genética ou direito ao reconhecimento das origens e a reprodução assistida heteróloga. *Revista dos Tribunais*, v. 905, p. 67-87, mar. 2011.

Dessarte, não há nenhum espaço para aplicação analógica do dispositivo estatutário no âmbito da reprodução assistida heteróloga. As hipóteses fáticas são demasiado diferentes.

O anonimato dos doadores foi posto em questão, ainda, pelo Provimento n. 52, de 14 de março de 2016, da Corregedoria do Conselho Nacional de Justiça. A intenção desse ato foi a de permitir, independentemente de autorização judicial prévia, o registro de nascimento dos filhos havidos por reprodução assistida. Pretendeu-se afastar as dúvidas dos oficiais responsáveis, admitindo-se a lavratura do assento de nascimento na presença dos pais genéticos ou mesmo de um deles, se casados ou companheiros – e também o registro em nome dos parceiros de união homoafetiva. Uma das aporias introduzidas pelo Provimento n. 52 está na documentação exigida para fins do assento, que inclui declaração pelo diretor do estabelecimento de reprodução humana, com os dados do doador ou da doadora de gametas. Essas pessoas deveriam permanecer no anonimato e, pior, a preservação desse anonimato compreende-se no dever de sigilo profissional do médico diretor do estabelecimento. Espera-se que esse equívoco seja corrigido com brevidade, porque cria para o profissional da área médica um conflito insuperável. Ademais, órgãos correccionais e de administração da Justiça não deveriam legislar, *ex novo*, sobre direito civil, nem sobre sigilo profissional.

### **Fertilização artificial *post mortem***

A possibilidade de fertilização artificial *post mortem* é decorrência direta do art. 1.597 do Código Civil já discutido. Pode-se cogitar de fertilização artificial na mulher viúva com autorização expressa do marido doador dos gametas, como se tratou em enunciado (n. 106) das “Jornadas de Direito Civil”, promovidas pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:

Art. 1.597, inc. III: para que seja presumida a paternidade do marido falecido, será obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja na condição de viúva, sendo obrigatório, ainda, que haja autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte.

Em sentido semelhante, o item VIII da Resolução n. 2.021, de 2015, do Conselho Federal de Medicina. A diferença está em que essa Resolução cogita da reprodução após a morte tanto do pai biológico quanto da mãe biológica (isto é, os doadores do material biológico). Reproduz-se o texto:

É permitida a reprodução assistida post-mortem desde que haja autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente.

O curioso é que a “legislação vigente” (é dizer, o Código Civil) menciona apenas a autorização do pai para uso post mortem de seu material genético; já a Resolução n. 2.021 vale-se da analogia para estender a regra para o uso de material genético materno, com autorização, por óbvio, da mulher – levando ao problema de que a gestação se daria em útero alheio.

Há então que discutir: e se tal autorização não existir? Nesse caso, a fertilização seria considerada como realizada com material genético de doador anônimo. Ou seja, não haveria reflexos sucessórios, em relação ao genitor biológico que não autorizou o emprego *post mortem* do material genético.

Entre os argumentos contrários à fertilização *post mortem* ressaltamos: a) a invocação dos princípios da igualdade entre os filhos, da paternidade responsável, da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da criança; b) os problemas psicológicos induzidos na criança cujo pai sequer conheceu (e, acrescentaríamos hoje, sem mãe genética!). Entre os argumentos favoráveis à fertilização *post mortem*, destacamos a previsão legal (art. 1.597, III e IV, do CC); a existência de famílias monoparentais (desse modo o gerado *post mortem* não seria um caso único) e o direito ao planejamento familiar (a pessoa falecida estabeleceu um projeto parental ainda quando vivia)<sup>26</sup>. Do nosso ponto de vista, pesa, sobretudo, o princípio do melhor interesse da criança: é certo que existem órfãos, mas seria antiético gerar deliberadamente uma pessoa órfã. Trata-se de prática desaconselhável, conquanto com previsão legal (previsão esta, vimos, estendida analogicamente pelo Conselho Federal de Medicina para a mãe).

<sup>26</sup> Vide, a propósito, Laura Affonso da Costa Levy, Inseminação artificial post mortem e a reflexão constitucional, *Revista Síntese Direito de Família*, n. 74, p. 92-118, out.-nov. 2012.

Em que pesem nossas objeções, o reconhecimento da viabilidade da reprodução assistida *post mortem* – autorizada pelo pai, no Código Civil e pela mãe, no regulamento ético-profissional – é um fato com consequências sérias no âmbito sucessório. Vamos destacar algumas delas.

Nosso Direito segue o princípio da *saisine*, o que significa que a posse e a propriedade da herança se transferem no momento da morte. Podem ser herdeiros as pessoas físicas que existam nesse momento ou que ao menos foram concebidas<sup>27</sup> até o instante da abertura (*dela-tiohereditatis*). Ora, o concebido em projeto parental *post mortem* não existia quando da delação da herança, de modo que este exclusivo paradigma o excluiria. Mas essa consequência parece muito dura; também parece ferir o princípio da igualdade entre os filhos e, por tabela, a dignidade do concepturo. Dentro desse raciocínio, estaríamos diante de uma exceção: alguém, sequer concebido à época da abertura da sucessão, seria excepcionalmente chamado a ser herdeiro, embora concebido ulteriormente àquele termo;

O eventual e único remédio de *lege lata* é conhecido no âmbito da sucessão testamentária. O testador pode beneficiar o concepturo, por meio de disposição cuja eficácia é limitada no tempo (dois anos após a abertura da sucessão)<sup>28</sup>. Verdade que essa regra foi originariamente prevista para benefício de concepturo alheio (!), mas nada obsta a analogia. Então se imaginaria, superficialmente, que o autor da herança poderia resolver o problema da participação de *seu próprio* concepturo fazendo testamento. Mas, a rigor, nem essa solução é infalível. Primeiramente, a disposição em favor do concepturo caduca no prazo máximo de dois anos – e, em tese, é possível a concepção decorrido esse intervalo. Em segundo, mas não menos importante, a superveniência de filho rompe o testamento<sup>29</sup> e, ironicamente, trata-se do próprio con-

<sup>27</sup> Art. 1.798, Código Civil: “Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.” A regra remonta a um tempo em que a concepção *post mortem* de descendente do autor da sucessão era inconcebível.

<sup>28</sup> Art. 1.799, Código Civil: “Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder: I – os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão; [...]”. A disposição é complementada pelo art. 1.800, *verbis*: “No caso do inciso I do artigo antecedente, os bens da herança serão confiados, após a liquidação ou partilha, a curador nomeado pelo juiz. [...] § 4º Se, decorridos dois anos após a abertura da sucessão, não for concebido o herdeiro esperado, os bens reservados, salvo disposição em contrário do testador, caberão aos herdeiros legítimos.”

<sup>29</sup> Art. 1.973, Código Civil: “Sobrevindo descendente sucessível ao testador, que não o tinha ou não o conhecia quando testou, rompe-se o testamento em todas as suas disposições, se esse descendente sobreviver ao testador.” A relevância dessa regra depende de nossa premissa, de que o concebido e nascido *post mortem* seria um “descendente sucessível”.

cepturo a quem se desejaria beneficiar. Sobretudo, essa solução seria exótica, pois o correto seria o concepturo ser incluído na linha de sucessão legítima (como legitimado a suceder), independentemente de o autor do projeto parental *post mortem* fazer ou não fazer testamento.

Por conta dessas dificuldades, tem-se sugerido, de lege ferenda, o rompimento da partilha feita com prejuízo ao filho concebido *post mortem*. Recomenda-se a renovação dessa partilha, incluindo-se agora o filho originado de reprodução assistida. Tecnicamente, seria hipótese de rescisão (e não de anulação) da partilha, como prevista no art. 658, inc. III, do Código de Processo Civil de 2015. As variedades de anulação abrangem a incapacidade e os vícios da vontade (defeitos do negócio) em partilha amigável<sup>30</sup>. Já a rescisão abrange, dentre outras, a hipótese do herdeiro preterido<sup>31</sup>. Por isso optamos pela rescisão. É claro que essa proposta depende de nossa premissa anterior, a de que o concepturo oriundo de técnica de reprodução assistida *post mortem*, no momento da abertura de sucessão legítima, seria legitimado a suceder.

### Gestação em útero alheio (barriga de aluguel)

Naturalmente, a regulamentação ético-profissional da reprodução assistida conduz ao problema da gestação por substituição, em útero alheio, popularmente chamada de “barriga de aluguel” e impropriamente batizada, na própria norma profissional, de “doação temporária de útero”. Nessa situação, o material biológico coletado dos pais genéticos é conduzido ao útero de uma receptora cujo organismo suportará a gestação.

Dizendo de modo mais adequado, não há que falar literalmente em “barriga de aluguel”, embora esta prática possa existir clandestinamente. A mesma imposição de gratuidade presente para a reprodução

<sup>30</sup> Art. 657, Código de Processo Civil: “A partilha amigável, lavrada em instrumento público, reduzida a termo nos autos do inventário ou constante de escrito particular homologado pelo juiz, pode ser anulada por dolo, coação, erro essencial ou intervenção de incapaz, observado o disposto no § 4º do art. 966. Parágrafo único. O direito à anulação de partilha amigável extingue-se em 1 (um) ano, contado esse prazo: I – no caso de coação, do dia em que ela cessou; II – no caso de erro ou dolo, do dia em que se realizou o ato; III – quanto ao incapaz, do dia em que cessar a incapacidade.” Como se vê, esses incisos dizem respeito a um ato negocial, defeituoso por vício de erro, dolo ou coação ou por incapacidade da parte.

<sup>31</sup> Art. 658, Código de Processo Civil: “É rescindível a partilha julgada por sentença: I – nos casos mencionados no art. 657; II – se feita com preterição de formalidades legais; III – se preteriu herdeiro ou incluiu quem não o seja.” Como resta claro, o dispositivo abrange a incapacidade, os vícios da vontade, a inobservância de formas legais e a preterição de herdeiro, sendo esta última a hipótese que nos interessa.

assistida em geral é aplicável à gestação por substituição. Como vimos, a única exceção compreende o procedimento designado (também impropriamente) como “doação compartilhada”, assim dito porque duas pacientes, ambas necessitando da assistência médica, compartilham material biológico e custos.

Fosse o caso de fazer esse tipo de comparação, a expressão seria “comodato de útero”, mas este não pode ser tratado como uma simples coisa, de modo que temos ojeriza até mesmo a esta adaptação da linguagem.

O requisito genérico é a indicação médica, ou seja: a doadora genética não pode, por problema de saúde, suportar a própria gestação ou há impossibilidade evidente em razão de união homoafetiva.

A norma ético-profissional chama à mulher receptora de “doadora temporária de útero”, estabelecendo – para evitar desvios de finalidade – que deva ser parente consanguínea, até o quarto grau, de um dos receptores, salvo autorização do Conselho Federal de Medicina. Essa ressalva era necessária, porque pode ocorrer que a paciente não tenha nenhuma irmã, mãe, avó, tia ou prima vivas ou dispostas. De qualquer modo, é de esperar-se que o Conselho seja contido ao dispensar autorizações *ad hoc*.

Os envolvidos devem firmar termo de consentimento livre e esclarecido, de novo uma consequência do princípio da autonomia. Mas a norma ética vai mais longe e exige um contrato entre os doadores do material biológico e a receptora temporária, chamado de “termo de compromisso”, detalhando a questão da filiação da criança gerada. Compreende-se por que o Conselho Profissional quis assim disciplinar – a atribuição de parentalidade não cabe ao médico, então se preferiu deixar a questão a cargo dos pacientes e da mulher que cede o útero. Olhando-se, porém, para um universo mais dilargado, essa regra nada resolve: o direito brasileiro conhece filiação decorrente da consanguinidade, da socioafetividade e da adoção (por sentença judicial), mas não a filiação decorrente de *contrato*! Acresce que se reconhece, hoje, a multiparentalidade e o emprego dos critérios admitidos (critério biológico e critério socioafetivo) conduz a esta solução: a criança terá mais de uma mãe, inclusive para fins de registro civil. O contrato entre as partes não terá como desviar-se disso, porque a autonomia privada está necessariamente subordinada à ordem pública e ao melhor interesse da criança. Já anotamos alhures as restrições e cuidados que temos com a noção de multiparentalidade<sup>32</sup>, mas, na medida em que

<sup>32</sup> DIAS, Paulo Ceza; GRAMSTRUP, Erik Frederico. Multiparentalidade forçada. *Revista de Direito de Família e Sucessões*, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 65- 80, jul.-dez. 2016.

seja aceita no cenário jurídico nacional, parece difícil desviar-se dessa solução na gestação por sub-rogação de útero. O único caso à parte seria o da avó que cede seu útero para gestação porque ela, não podendo adotar por força de norma cogente<sup>33</sup>, não poderia ser considerada mãe para fins de registro de maternidade socioafetiva.

O Provimento n. 52, de 14 de março de 2016, da Corregedoria do Conselho Nacional de Justiça, regulamentando o registro de filhos havidos por reprodução assistida veio em sentido contrário ao que preparamos acima. O ato refere-se à gestação por substituição, determinando que se exclua do registro o nome da parturiente, constante da declaração de nascido vivo (um dos documentos apresentados ao oficial de registro). Desse modo, esse Provimento n. 52, indiretamente, toma partido na discussão, excluindo, quando menos no instante do registro, a maternidade socioafetiva da mulher que cedeu o útero. Evidentemente, esse ato não põe fim ao problema, posto que não cabe a um órgão fracionário do Conselho legislar sobre direito civil.

### **Responsabilidade médica na reprodução assistida**

Em qualquer situação de responsabilidade médica, é comum lembrar-se que ela será predominantemente de meio (quer dizer, louvada no emprego correto da técnica e normas ético-profissionais) e, raramente, de resultado (em razão de um resultado específico prometido), pois o médico deve tratar zelosamente e pelos melhores meios disponíveis, mas não necessariamente obterá a cura. Também, em plano genérico, essa responsabilidade pode ser tanto negocial (contratual) quanto extranegocial (extracontratual). Na reprodução assistida, a responsabilidade predominante, assim como ocorre em geral, é de meio – o médico não necessariamente propiciará a procriação. Ela é medida pelo contrato de prestação de serviços e pela avença acessória de criopreservação de embriões, mas também pode decorrer de ato ilícito absoluto.

Enquanto fornecedor de serviços a destinatários finais, o médico submete-se, sim, ao Código do Consumidor. É que esse mesmo Código pautava sua responsabilidade pelo padrão da culpa, mas os demais parâmetros da legislação consumerista aplicam-se, tal como aquele que

<sup>33</sup> Art. 42, Lei n. 8.069/1990: “Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil. § 1º Não podem adotar os ascendentes e os irmãos do adotando. [...]”



permite a inversão do ônus da prova e a prescrição quinquenal por vício do serviço. Mesmo na responsabilidade contratual, é vedada a cláusula de não indenizar. Em contrapartida, é arguível a atenuação de responsabilidade por fato concorrente da vítima. Independentemente da inversão do ônus da prova, é de lembrar-se que hoje a distribuição dinâmica desse ônus pode recair sobre o médico, quanto aos fatos que tenha ele relativa facilidade de evidenciar, comparada com a dificuldade relativa da vítima.

No que se refere aos estabelecimentos – clínicas, hospitais, laboratórios e congêneres – a responsabilidade é objetiva. Ela abrange tanto fatos próprios como fato de terceiros, prepostos desses estabelecimentos. Já o médico que usa instalação alheia responde por fato próprio.

Entre os deveres do médico, cuja inobservância já importa em responsabilidade civil, encontram-se o de aconselhar; de obter o consentimento do paciente; de abster-se de abuso de poder e de manter sigilo.

Os danos atribuíveis ao médico podem ser classificados da seguinte maneira, quanto ao critério da gênese:

- a) danos decorrentes da falta de informação adequada: envolvem informações quanto ao diagnóstico, ao prognóstico e aos riscos e objetivos do tratamento;
- b) danos provenientes da falta de consentimento informado, lembrando que esse consentimento é revogável a qualquer momento;
- c) dano originado do erro médico *stricto sensu*, é dizer, o erro de diagnóstico, erro de tratamento ou da dosagem de medicamento;
- d) dano ao doador de material genético, particularmente pela violação de seu anonimato.

Especificamente, no emprego de técnicas de reprodução assistida, pode-se estabelecer a seguinte casuística de danos indenizáveis:

- a) falha no diagnóstico genético pré-implantatório;
- b) erros na triagem de gametas, que possam portar doença infecto-contagiosa - e, de um modo mais geral, inoculação de doença na receptora;
- c) violação do direito ao consentimento informado;
- d) mistura dos gametas de doadores diversos;
- e) desvelo da confidencialidade de doadores e receptores;

- f) descarte de embrião não implantado sem autorização dos genitores;
- g) dessemelhança fenotípica ou imunológica com a receptora do material genético;
- h) lesões ou diagnóstico equivocado que levem à perda da oportunidade de conceber naturalmente. Sobre a perda de oportunidade e a responsabilidade associada a ela, é elucidativa a síntese que segue:

A teoria da perda de uma chance é criação do direito francês, sendo acolhida pelo Recurso Especial nº 1.291.247-RJ, ao relativizar o princípio segundo o qual não há responsabilidade civil sem dano, o que se traduz na certeza do dano, exigindo-se que a lesão ao interesse da vítima seja real e efetiva, o que excluiria os danos hipotéticos. Eis que entre o dano certo e o dano hipotético há o dano pela perda de uma chance. Segundo o acórdão, não obstante a resistência da doutrina tradicional, representada por René Demogue, a doutrina francesa, representada por autores como Mazeaud e Mazeaud e Henri Lalou, assentou a reparação de um dano pela perda de uma chance, bastando, para tanto, a certeza da probabilidade. Eis o ponto essencial da teoria, “a chance é a possibilidade de um benefício provável”, cuja frustração caracteriza um dano certo e não hipotético.<sup>34</sup>

A contrario sensu, pode-se mencionar a seguinte pauta de isenções ou exclusões de responsabilidade, por falta de fato imputável:

- a) a anomalia ou problema é desconhecido no estágio atual da ciência e da técnica;
- b) o médico tomou todas as medidas dele esperadas, informou o paciente e não prometeu resultados;
- c) a anomalia surgiu da simples combinação dos gametas paterno e materno.

---

<sup>34</sup> PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Contrato e biotecnologia no Superior Tribunal de Justiça: a quebra do contrato de conservação de células-tronco e a perda de uma chance. *Revista de Direito Empresarial*, Belo Horizonte, ano 13, n. 2, p. 233-253, maio-ago. 2016.

## Conclusão

O Biodireito e a Bioética entrecruzam-se, mas possuem métodos, discurso e caminhos diversos. No entanto, nenhum vive sem o outro. Essa complementaridade e oposição, necessariamente, leva a que as respostas da disciplina jurídica não possam jamais se esgotar e aspirar à definitividade. Conquanto se apoiem em outras disciplinas, várias delas científicas ou técnicas, o fator unificador é o crítico-filosófico. A base da bioética será metafísica – sem nenhuma intenção pejorativa nessa palavra –, como também a do Direito serão os valores que iluminam a aplicação das normas.

A reprodução assistida, quando encarada sob a feição jurídica, é matéria fugidia, resistente à sistematização e desafiadora. Cada linha escrita a respeito corre o risco da obsolescência imediata. E, no entanto, é preciso conviver com esse inconveniente, já que é impossível superá-lo.

Entre os problemas postos pela reprodução assistida no presente, temos as questões ético-profissionais, a intervenção do órgão de controle externo do Poder Judiciário e dos cartórios extrajudiciais e a onnipresente pressão das novidades tecnológicas. Levando em conta todos esses fatores, tentamos realizar algumas reflexões sobre as técnicas empregadas na reprodução assistida; sobre o contraste entre a timidez da legislação civil e a ousadia dos regulamentos, estes mesmos antinômicos; sobre o problema da atribuição de filiação na gravidez por sub-rogação; e sobre a responsabilidade médica relacionada com a reprodução assistida.

## Referências bibliográficas

BARBOZA, Heloisa Helena Barboza. *Princípios da bioética e do biodireito*. Disponível em: <[www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/.../principios\\_da\\_bioetica\\_e\\_do\\_biodireito.pdf](http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/.../principios_da_bioetica_e_do_biodireito.pdf)>. Acesso em: 1 set. 2017.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2012.

DIAS, Paulo Cezar; GRAMSTRUP, Erik Frederico. Multiparentalidade forçada. *Revista de Direito de Família e Sucessões*, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 65-80, jul.-dez. 2016.

GALTON, Francis. Hereditary talent and genius. *Macmillans Magazine*, p. 157-327, June 1865.

LEVY, Laura Affonso da Costa. Inseminação artificial post mortem e a reflexão constitucional. *Revista Síntese Direito de Família*. n. 74, p. 92-118, out.-nov. 2012.

LUNA, Florencia. *Ensayos de bioetica – reflexiones desde el Sur*. México: Fontamara, 2001. p. 26.

NAMBA, Edison Tetsuzo. Direito à identidade genética ou direito ao reconhecimento das origens e a reprodução assistida heteróloga. *Revista dos Tribunais*, v. 905, p. 67-87, mar. 2011.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Contrato e biotecnologia no Superior Tribunal de Justiça: a quebra do contrato de conservação de células-tronco e a perda de uma chance. *Revista de Direito Empresarial*, Belo Horizonte, ano 13, n. 2, p. 233-253, maio-ago. 2016.

RIZKALLAH, Ricardo José. Os direitos de personalidade e as situações jurídicas dos embriões e nascituro. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 74, ano 18, p. 61-91, fev. 2017.

SOUSA, Felipe Soares de. A extensão e os efeitos do reconhecimento do direito à identidade genética. *Revista de Direito Privado*, v. 74, p. 33-59, fev. 2017.

SPIELMAN, Bethany J. *Bioethics in law*. Totowa: Humana Press, 2007. p. 1-2.