

Data de Aprovação: __08__ / __12__ / 2021__

ANÁLISE DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELA UTILIZAÇÃO DE TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E A CARÊNCIA DE LEGISLAÇÃO VIGENTE SOBRE O TEMA EM NOSSO PAÍS

Ana Clarisse L. P. Estrela de Melo¹

Walber Cunha Lima²

RESUMO

O presente trabalho tem como tema as técnicas de Reprodução Humana Assistida, analisando a responsabilidade civil frente às lacunas do ordenamento jurídico brasileiro e tem por objetivo principal promover reflexões sobre os problemas bioéticos e jurídicos proveniente de tão controverso tema.

A problemática se verifica principalmente na concepção do filho através das técnicas de reprodução humana assistida, levando em consideração o direito ao planejamento familiar previsto na Constituição e a carência de legislação que regulamente tais procedimentos de forma ética e juridicamente corretas. Assim, a presente pesquisa se justifica por tratar de problemática relacionada a uma das esferas mais importantes do ser humano, o direito à vida e conseqüentemente a procriação. Por conseguinte, é necessário que os operadores do Direito conheçam os tipos de técnicas de Reprodução Humana Assistida, bem como sua classificação no mundo científico, para que possam conduzir e litigar de forma justa e sempre relacionada à bioética.

Na abordagem do tema proposto, serão observadas e conceituadas as técnicas de reprodução humana assistida, de forma que se esclareça e não deixe

¹ Autora

² Professor Orientador

dúvidas sobre tais procedimentos. Apresentaremos ainda, os princípios norteadores do direito relacionados ao planejamento familiar em uma análise conceitual e interdisciplinar do assunto, para tentar minimizar os questionamentos relacionados ao tema.

Palavras-chave: Genética. Dignidade da pessoa humana. Responsabilidade civil. Planejamento Familiar. Reprodução Humana Assistida.

ABSTRACT

The present work has as its theme the techniques of Assisted Human Reproduction, analyzing civil liability in the face of gaps in the Brazilian legal system and has as main objective to promote reflections on bioethical and legal problems arising from such a controversial theme.

The problem occurs mainly in the conception of the child through the techniques of assisted human reproduction, taking into account the right to family planning provided for in the Constitution and the lack of legislation that regulates such procedures ethically and legally correctly. Thus, this research is justified by dealing with a problem related to one of the most important spheres of the human being, the right to life and consequently procreation. It is therefore necessary that law operators know the types of assisted human reproduction techniques, as well as their classification in the scientific world, so that they can conduct and litigate fairly and always related to bioethics.

In the approach to the proposed theme, assisted human reproduction techniques will be observed and conceptualized, so that it is clarified and does not leave doubts about such procedures. We will also present the guiding principles of the law related to family planning in a conceptual and interdisciplinary analysis of the subject, to try to minimize the questions related to the subject.

Key-words: Science. Genetics. Dignity of the Human Person. Civil Responsibility. Family Planning. Assisted Human Reproduction.

1 INTRODUÇÃO

A humanidade tem avançado em vários setores de maneira rápida, levando a possibilidade de superação e resolução de inúmeros problemas que atormentavam à sociedade. Dentre os campos que avançam rapidamente, a partir do século XX, está a medicina, que em conjunto com a engenharia genética, a biotecnologia e a evolução das técnicas de reprodução humana assistida, trouxeram a possibilidade de realização do projeto parental para pacientes com problemas de fertilidade, incluindo todos os tipos de família, desde a casais heteros, homoafetivos ou pessoas solteiras.

A Constituição Federal de 1988, consagrou o direito ao planejamento familiar de maneira livre, possibilitando, através das técnicas de reprodução assistida a concretização do projeto parental, almejado por inúmeras pessoas com problemas relacionados a infertilidade. No entanto, apesar deste direito está previsto na CF/88, ainda existe uma carência no nosso ordenamento jurídico de leis ou normas, que regulamentem essas técnicas, gerando assim uma “liberdade” que pode trazer inúmeros danos a sociedade. Este livre direito ao planejamento familiar, deve está fundamentado nos princípios da dignidade da pessoa humana, gerando assim, uma parentalidade responsável, para o melhor interesse da criança, do adolescente, do jovem, da sociedade de maneira geral.

Devemos levar em consideração, de maneira enfática, que as técnicas de reprodução assistida, não se limitam apenas a facilitar a gestação, mas abarcam de maneira grandiosa e perigosa a manipulação genética.

A análise da problemática em questão, fará com que seja questionado o avanço da ciência genética, no campo da reprodução humana, levando em conta a avaliação e debate de diferentes profissionais e áreas do conhecimento humano, lembrando que tais procedimentos ligados a reprodução humana assistida atuam sobre a própria vida humana procurando sanar os problemas da infertilidade de pessoas que buscam, através dela, a realização do sonho de ter um filho.

Surge a partir da aplicação dessas técnicas, o interesse do direito, com o respeito à vida e à dignidade da pessoa humana, exigindo uma reconsideração do instituto da responsabilização da pessoa humana em seus respectivos campos de atuação, em especial aquela que alicerça a relação médico-paciente. A preocupação,

no campo da reprodução humana assistida, com a carga de responsabilidade civil do médico que realiza esses procedimentos, é analisada em face da lei, para assegurar, ao paciente que procura por esses serviços, ampla e irrestrita tutela dos seus direitos, bem como das clínicas e hospitais que executam tais procedimentos.

2 DA BIOÉTICA AO DIREITO: QUESTÕES JURIDICAMENTE RELEVANTES

A evolução da biociência e da biotecnologia fez com que o sonho da parentalidade, diante da infertilidade, se tornasse realidade e o mundo se tornasse um enorme laboratório provido de uma capacidade ilimitada de pesquisas e descobertas e é a partir deste contexto que a bioética promove uma acentuada reflexão acerca da própria natureza humana, sendo uma ligação entre a Ética e o Direito.

Para que se chegue à compreensão sobre a relação entre bioética, planejamento familiar, técnicas de reprodução assistida e o direito, devemos primeiro entender o que é a bioética e o que ela engloba, para a partir daí compará-la a outros campos.

Segundo Karla Ferreira de Camargo Fischer ressalta em sua obra:

A bioética se mostra um instrumento capaz de “mediar” a incessante discussão acerca da interação entre desenvolvimento tecnológico, direito e ética, principalmente no que tange as questões relacionadas à biomedicina, visto que são de grande relevância por terem como propósito pesquisas atinentes a vida humana. (FISCHER. 2017, p.5)

Considerando assim, que a bioética tende a levar-nos a debater sobre os limites e os parâmetros éticos e morais envoltos no avanço das pesquisas científicas. Assim, entende-se que a Bioética é a ciência destinada ao estudo do “comportamento moral do homem em relação às ciências da vida” (CONTI, 2004. p. 5).

O papel da bioética em síntese, seria solucionar ou pelo menos tentar solucionar dilemas a partir de princípios, sabendo que não há somente uma resposta a ser julgada correta, mas uma busca de um equilíbrio entre a ciência e o respeito à vida, levando em consideração os benefícios que os avanços científicos e biológicos

acarretam, permanecendo alerta para os riscos que eles representam para a sociedade e para o meio onde vivemos.

2.1 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO DAS FAMÍLIAS

A Constituição Federal, continuou colocando a família como base da sociedade e que conta com proteção do estado, porém ao contrário das Constituições anteriores, preocupou-se mais com o social e coletivo, do que o individual, trazendo grandes mudanças relacionadas ao Direito Civil e ao Direito de Família.

O constituinte reconheceu não apenas a necessidade da proteção da dignidade da pessoa humana, mas a igualdade entre os membros familiares, ou seja, o Estado passou a tutelar não só as relações familiares, mas a proteção da pessoa, enfatizando que a família é responsável pelo início da formação do indivíduo, por isso a grande importância dada a instituição familiar, não importando ela qual seja.

Dentre as muitas transformações trazidas pela Constituição de 1988 , estão a igualdade entre o homem e a mulher na administração familiar; o planejamento familiar e a paternidade responsável; a família homoafetiva teve seus direitos reconhecidos; acabou com a diferença entre filho oriundo ou não de casamento; o reconhecimento da paternidade homoafetiva e socioafetiva em igualdade com a paternidade biológica; assistência à família e a criação de medidas para coibir a violência familiar, dentre outros, levando sempre para o lado de um novo conceito familiar baseado em valores que objetivam uma vida saudável e feliz.

2.2 PLANEJAMENTO FAMILIAR E AS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

O planejamento familiar é um propósito pela qual todo cidadão brasileiro sem interferência do Estado, tem direito, visto que a família é considerada a base da sociedade e é protegida pela Constituição Federal vigente, como consta no Art. 226.³

³ A Lei do Planejamento Familiar, Lei 9.263/96, regula o dispositivo constitucional do artigo 226, § 7º, da Constituição Federal de 1988, a qual promove a saúde reprodutiva.

No ordenamento jurídico brasileiro, a livre decisão sobre o planejamento familiar é defendida como direito fundamental, enfatizada pelo princípio da dignidade da pessoa humana, previstos na Constituição Federal de 1988 (art. 226, §7º), e no Código Civil de 2002 (art. 1565, §2º). Assim, o planejamento familiar é uma decisão livre para o casal, baseando-se sempre nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, sendo função do Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. (Brasil, 1988)

Visto que, segundo Karla Ferreira de Camargo Fischer ⁴cita em seu artigo, “no presente estudo, não se tem como objetivo desvendar o princípio da dignidade do ser humano em todas as suas facetas ou, o que é mais difícil (para não dizer impossível), realizar um completo delineamento de seu conteúdo. Sabe-se que a dignidade do ser humano, enquanto direito fundamental, pode ser tomado em seus aspectos (a) negativo e positivo e (b) subjetivo e objetivo. Sabe-se, também, que, por ser o fundamento por excelência do ordenamento jurídico, não há setor ou ramo deste no qual o princípio da dignidade do ser humano não se faça presente, em maior ou menor medida. É o que se verifica quando o assunto em pauta trata de biotecnologia, mais especificamente da reprodução humana assistida, não se admitindo a utilização destas técnicas com o propósito de ofender a dignidade do ser humano.”

Neste sentido, INGO WOLFGANG SARLET traz a ideia de que o princípio da dignidade da pessoa humana, além de ser um elemento de proteção dos direitos fundamentais, “... serve como justificativa para a imposição de restrições a direitos fundamentais, acabando, neste sentido, por atuar como elemento limitador destes”. Nesse quadrante, pode-se dizer que esse princípio funciona como um limite do direito fundamental de livre iniciativa.⁵

No mundo contemporâneo, experimentamos uma reformulação do que era considerado modelo de família tradicional, sendo substituído por uma definição moderna, acompanhando a evolução e a obtenção de valores introduzidos na

⁴ FISCHER, Karla Ferreira de Camargo. 2017.

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. 2002.

sociedade. Tendo em vista as diversas formas de filiação, o conceito clássico de família vem sendo modificado, a reprodução das espécies que, até bem pouco tempo, dependia da conjunção carnal entre homem e mulher, passou a ser possível através de métodos artificiais, ampliando, assim, a variedade da constituição familiar, advindas da reprodução humana assistida, apresentada pela evolução na biomedicina.

Observa-se a partir dessa evolução, que a sociedade moderna passa por uma revisão do conceito de família e princípios tradicionais, principalmente com relação ao direito de família, que são analisados a partir de fatos e acontecimentos polêmicos decorrentes da reprodução humana assistida, proporcionando assim, avistarmos os caminhos que vêm sendo tomados pela doutrina, jurisprudências e legislações brasileiras.

Segundo Janice Bonfiglio Santos Souza (2002):

O antigo modelo patriarcal e hierarquizado, centrado no casamento, evoluiu para um modelo de família moderno, onde a liberdade de escolha fica evidente, já que lhes é permitido o planejamento familiar. Muitas vezes este projeto não pode ser realizado, pois o filho tão esperado não vem, restando à busca em uma forma alternativa de procriação, a artificial. (SOUZA, 2012, p.29).

Destarte, é possível observar que as técnicas de Reprodução Humana Assistida auxiliam de forma eficaz e rápida muitas famílias brasileiras no planejamento familiar, como uma alternativa de procriação, tornando-se, portanto, necessário e de extrema importância, expor sobre o significado e diferenças de tais técnicas, bem como suas possíveis consequências no mundo jurídico.

3 A CLASSIFICAÇÃO CIENTÍFICA DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E SUAS IMPLICAÇÕES JURÍDICAS

3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A doutrina coloca para nós, alguns conceitos de reprodução humana assistida, entre eles “o conjunto de técnicas que favorecem a fecundação humana, a partir da manipulação de gametas e embriões, objetivando principalmente combater a

infertilidade e propiciando o nascimento de uma nova vida humana”, que pode ser tratada como concepção artificial, fertilização artificial ou fecundação assistida.⁶

É possível afirmar que a reprodução humana assistida ocorre por meio das técnicas artificiais, que utilizam gametas masculinos e femininos, com o intuito de ajudar quem tem algum problema de infertilidade ou mesmo é estéril, para realização do projeto parental. As opções são: inseminação artificial homóloga ou heteróloga; fecundação in vitro, inseminação post mortem, maternidade por substituição, entre outras.⁷

No entender de Andrea Aldrovandi e Danielle Galvão de França, trata-se da:

“(...) intervenção do homem no processo de procriação natural, com o objetivo de possibilitar que as pessoas com problema de infertilidade e esterilidade satisfaçam o desejo de alcançar a maternidade a paternidade”.⁸

Em termos simples, compreende-se como Reprodução Humana Assistida o auxílio à fertilização humana, pois leva os espermatozóides aos óvulos, favorecendo a procriação. Importante mencionar que o termo “reprodução assistida” é adotada pelo Conselho Federal de Medicina, portanto, a terminologia utilizada é baseada conforme dispõe do referido órgão, elencada na Resolução 1.358/92.

O atual Código Civil não conseguiu acompanhar as diversas mudanças da sociedade contemporânea, sendo previstas algumas hipóteses em caso de reprodução assistida, como podemos verificar no artigo Art. 1.597.⁹

⁶ RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson Rodrigues; BORGES, Janice Silveira. In: TEXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coord.). 2008.p.228.

⁷ LEITE, Eduardo de Oliveira. p.26

⁸ ALDROVANDI, Andrea; FRANÇA, Danielle Galvão de.2002.

⁹ Art.1.597- Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

I – nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II – nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

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

3.2. A TÉCNICA DE INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL

A inseminação artificial é um procedimento mais simples do que a Fertilização in Vitro e consiste em diminuir o caminho percorrido pelo espermatozóide até o óvulo, para que haja maior probabilidade de uma fecundação.

Essa técnica é eficiente no tocante a diversos casos, como quando o homem possui alterações leves no sêmen ou se a mulher apresenta um muco no colo uterino que impede a subida dos espermatozoides, além dos casos em que a mulher não ovula adequadamente.

Acerca sobre o conceito de inseminação artificial, Reinaldo Pereira e Silva (2002) entende como:

A inseminação artificial consiste em técnica de procriação assistida mediante a qual se deposita o material genético masculino diretamente na cavidade uterina da mulher, não através de um ato sexual normal, mas de maneira artificial. Trata-se de técnica indicada ao casal fértil com dificuldade de fecundar naturalmente, quer em razão de deficiências físicas (impotentia coeundi, ou seja, incapacidade de depositar o sêmen, por meio do ato sexual, no interior da vagina da mulher; má-formação congênita do aparelho genital externo, masculino ou feminino; ou diminuição do volume de espermatozóides [oligoespermia], ou de sua mobilidade [astenospermia], dentre outras), quer por força de perturbações psíquicas (infertilidade de origem psicogênica). (SILVA, 2002, p.40.

Na técnica de Reprodução Humana Assistida designada inseminação artificial, o sêmen é depositado diretamente na cavidade do útero durante a ovulação da mulher, para ser fecundado. Lembrando que para realização deste procedimento, o sêmen é coletado por intermédio da masturbação do homem e separado em

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.

onde apenas irá ocorrer a implantação dos embriões já fecundados. A inseminação artificial e a fertilização in vitro (FIV) são devidamente realizadas com acompanhamento médico, e existe diferença entre as duas, o que poderá ser observado de forma detalhada a seguir.”

laboratório, com o intuito de selecionar os espermatozoides com maior potencial, para que haja assim, maior chance de fecundação.

Atualmente sêmen e óvulos podem ser congelados por até 20 anos sem que suas características se percam e essa prática ocorre normalmente quando o paciente irá passar por tratamentos médicos que podem causar esterilidade, como tratamentos oncológicos.

A técnica de inseminação artificial pode ser realizada de duas formas: pela inseminação homóloga e pela inseminação heteróloga.

3.3 A TÉCNICA DE FERTILIZAÇÃO IN VITRO (FIV)

A fertilização in vitro consiste em um tratamento mais complexo, realizado totalmente em laboratório, onde o óvulo é retirado do ovário através de uma punção por via transvaginal e é fecundado pelo espermatozóide no laboratório, fora do corpo da mulher e após um período de desenvolvimento o embrião no laboratório é transferido para o útero, que foi previamente preparado, através de estímulos hormonais para aceitar o embrião.

Essa técnica de fecundação é extracorpórea, na qual o óvulo e os espermatozoides são previamente retirados de seus doadores e são unidos em um meio de cultura artificial localizado em meio especial.

A fertilização in vitro está indicada para casais em que a mulher apresenta esterilidade de origem tubária, homens com alterações importantes no sêmen, como baixa concentração de espermatozoides ou baixa motilidade, em casais homoafetivos, dentre outras situações. No entanto, apesar de ser uma técnica de reprodução humana que auxilia muitas famílias em seus planejamentos familiares, é necessário ressaltar que esta técnica apresenta questões éticas e jurídicas que o ordenamento jurídico brasileiro não está apto a resolver como:

Uma grande polêmica que se cria a partir da Fecundação In Vitro, diz respeito ao destino dos embriões formados e que não foram utilizados para a concepção. Como sabemos, em um programa que utilize essa técnica de reprodução assistida, muitas vezes o médico cria vários embriões do casal

para suprir em eventual problema que ocorra com o embrião selecionado para o processo ou mesmo para ser utilizado em futuras concepções. (FRAZÃO, 2002).

E acrescenta que:

Contudo, tal fato pode acarretar problemas jurídicos incríveis. Supondo que o casal resolva congelar embriões para um futuro uso e que, repentinamente, os membros do casal se divorciem, quem terá a "tutela" dos embriões? Será que a mãe tem direito de implantar alguma de suas reservas sem o consentimento do marido, ou será que este, caso não permita o referido implante, tem o direito de ver os embriões destruídos? (FRAZÃO, 2002)

Diante de tamanha polêmica, é imperioso ressaltar que as técnicas de reprodução assistida produzem litígios inesperados para o Código Civil, bem como para todo o ordenamento pátrio, uma vez que se observa e já citamos no decorrer do artigo, que os diplomas legais brasileiros, não acompanharam as aceleradas mudanças e evolução das famílias, da sociedade e da medicina contemporânea.

“As técnicas de reprodução assistida, em especial a Fertilização In Vitro, são de utilização bastante recente no cenário nacional. Isso posto, não há lei específica que regule por completo todas as implicações que estas técnicas podem acarretar. Contudo, dada a importância da matéria, existem algumas disposições normativas que tentam, dentro de seus limites, controlar as práticas médicas relacionadas ao tema. Tais disposições encontram-se reunidas basicamente em três diplomas: o Código de Ética Médica, a resolução do Conselho Federal de Medicina CFM nº 1.358/92 e a lei 8.974/95 que disciplina os processos de manipulação genética. (FRAZÃO, 2002).”

É possível observar que o Código de Ética Médica de 1988 apenas disciplina vagamente a questão relacionada ao tema.¹⁰

¹⁰ Art. 42. "É vedado ao médico praticar ou indicar atos médicos desnecessários ou proibidos pela legislação";

Art. 43. "É vedado ao médico descumprir legislação específica nos casos de transplantes de órgãos e tecidos, esterilização, fecundação artificial ou abortamento";

Neste viés, ainda abordaremos detalhadamente a falta de legislação vigente sobre o assunto.

3.4 GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO OU “BARRIGA DE ALUGUEL

A gestação de substituição ou maternidade substitutiva, ou ainda como é conhecida, barriga de aluguel, ocorre quando uma mulher possibilita que o filho de outro casal seja gerado pelo seu ventre, sendo o material fornecido pelo próprio casal ou por terceiros ou pela própria mulher que cedeu o seu útero para gerar as crianças.¹¹

Não se trata de opção ou comodidade, entretanto, mas sim da única forma de realização do projeto parenteral, pois para se chegar a essa decisão, a mulher certamente não tem como gerar uma criança no próprio útero e várias podem ser as causas: o fato de não ter útero, anomalias uterinas, alterações morfológicas que impedem a gravidez, doenças graves com alto risco de morte da gestante (doenças cardíacas, pulmonares e renais) ou situações que provoquem o aborto natural.¹²

Essa técnica garante a realização do casal ou da pessoa de ter um filho, todavia a gestação ocorre no útero de uma terceira pessoa. Letícia Carla Baptista Rosa destaca que a técnica pode ocorrer de duas formas: gestacional ou tradicional. Na primeira, não existem laços consanguíneos entre a mãe substitutiva e a criança, pois o embrião é formado com o óvulo da mãe biológica, que por algum motivo não pode engravidar, e o sêmen do pai. Na segunda a mãe/barriga de aluguel será a mãe genética da criança, pois seu óvulo foi extraído e fecundado com o espermatozoide do pai.¹³

Maria Helena Diniz vai além e sustenta que a criança poderá ter até (...) três pais e três mães, ou melhor, mãe e pai genéticos (os doadores do óvulo e do sêmen), mãe e pai biológicos (a que gestou em seu ventre e

Art. 68. "É vedado ao médico praticar fecundação artificial sem que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecido sobre o problema"

¹¹ FERRAZ, Sérgio. Manipulações biológicas e princípios constitucionais: uma introdução. Porto Alegre: Editora Sete Mares, 1991. P.57.

¹² MORAES, Carlos Alexandre.2019.

¹³ ROSA, Letícia Carla Baptista.

seu marido) e mãe e pai institucionais (os que encomendaram a clínica) (...) ¹⁴.

O Conselho Federal de Medicina através da Resolução 2.121/2015 editou as algumas normas para a gestação de substituição:

‘As clínicas, centros ou serviços de reprodução assistida podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética, em união homoafetiva ou pessoa solteira’.

A cedente temporária do útero deve pertencer à família de um dos parceiros; A cessão temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial; Nas clínicas de reprodução assistida, os seguintes documentos e observações deverão constar no prontuário da paciente, dentre outras exigências previstas na Resolução do Conselho Federal de Medicina.

Devemos destacar que o Código Civil de 2002, sobre o direito de família nada dispõe no tocante à maternidade, nem muito menos o Estatuto da Criança e do Adolescente possui dispositivos sobre referida matéria. Presume-se de que quem dá à luz é a mãe, apesar da ausência de um dispositivo que determine expressamente esta regra ¹⁵. Enfatizando ainda o inciso II, em que se exige o registro do recém-nascido e de sua mãe (aqui só podendo ser interpretado como aquela que dá à luz) no momento do parto, inclusive para evitar que os bebês sejam trocados e outros problemas de identificação. Todavia, não há nenhuma preocupação com a possibilidade de que a parturiente não seja a mãe genética da criança e de que tenha havido um consentimento antecipado desta, em razão de uma gestação de substituição.

¹⁴ DINIZ, Maria Helena.2001.

¹⁵ Art. 10. Os hospitais e demais estabelecimentos de atenção à saúde de gestantes, públicos e particulares, são obrigados a: I – manter registro das atividades desenvolvidas, através de prontuários individuais, pelo prazo de dezoito anos; II – identificar o recém-nascido mediante o registro de sua impressão plantar e digital e da impressão digital da mãe, sem prejuízo de outras formas normatizadas pela autoridade administrativa competente; III – proceder a exames visando ao diagnóstico e terapêutica de anormalidades no metabolismo do recém-nascido, bem como prestar orientação aos pais; IV – fornecer declaração de nascimento onde constem necessariamente as intercorrências do parto e do desenvolvimento do neonato; V – manter alojamento conjunto, possibilitando ao neonato a permanência junto à mãe.

O Código Civil de 2002, cuidou apenas da determinação da paternidade, possuindo apenas artigo específico para casos em que a criança nasce a partir de técnicas de reprodução assistida, mas somente no que diz respeito a quem é o pai, nada relacionado com a maternidade¹⁶.

3.5 FERTILIZAÇÃO POST MORTEM

A reprodução assistida *post mortem* será homóloga quando é utilizado o sêmen do próprio marido ou companheiro, e heteróloga se o material genético for de terceiro doador.

Segundo Carlos Alexandre Moraes, “A inseminação *in vitro post mortem homóloga* pode ocorrer de duas formas: quando se utiliza o sêmen do marido ou companheiro falecido para a concretização do projeto parental e quando a implantação de embriões que foram produzidos em laboratório com o sêmen criopreservado para esse fim é colhido antes da morte do marido ou companheiro. Quanto aos óvulos da mulher, o sistema é o mesmo: eles podem ser retirados e preservados antes do óbito, ou o embrião pode ser formado com material genético de ambos falecidos. O mais comum é a inseminação *post mortem* relacionada ao pai.”¹⁷

Ocorre também omissão do legislador, quando se trata de fertilização *in vitro post mortem*, pois o concebido após a morte de seu genitor só é amparado pelo Código Civil na matéria de Direito das Famílias. Não existe nenhuma lei específica que trate dessa matéria tão relevante. Afirma assim Silvio de Salvo Venosa¹⁸:

“O Código Civil não autoriza e nem regulamenta a reprodução assistida, mas apenas constata a existência da problemática e procura dar solução exclusivamente

¹⁶ Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: I – nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; II – nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento; III – havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; IV – havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; V – havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido

¹⁷ MORAES, Carlos Alexandre. 2019.

¹⁸ VENOSA, Silvio de Salvo. 2011.

ao aspecto da paternidade. Toda essa matéria, que é cada vez mais ampla e complexa, deve ser regulada por lei específica, por opção do legislador.

A fertilização *in vitro post mortem* está sobre bastante influência ao estudo de direitos sucessórios. Pois a criança ao nascer não tem direito à herança do seu pai por ter nascido de forma não natural e após a morte de seu genitor.”

Uma das correntes doutrinárias quanto a inseminação *post mortem* no Brasil, entende ser esta permitida, uma vez que a legislação não a proíbe, além de existir liberdade para a procriação¹⁹. O planejamento familiar é realizado quando seus idealizadores estão vivos, sendo que seus efeitos podem ser produzidos mesmo com a morte de um ou de ambos. Os revezes da vida não podem ser obstáculos para um projeto exequível, tornando-o impossível por circunstâncias inevitáveis, já que a biomedicina possibilita a realização do projeto parental mesmo após a morte de seus idealizadores²⁰

Fica evidente que o uso dessa técnica de inseminação gera conflito de princípios, pois se de um lado tem-se o princípio do planejamento familiar, segundo o qual a pessoa pode usar das técnicas de reprodução humana para realizar o projeto parental, do outro estão os princípios da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da criança, do adolescente e do jovem. Assim, as decisões envolvendo menores de idade devem ser tomadas considerando o que for melhor para criança e evitando colocar em risco o seu desenvolvimento.

3.6 EMBRIÕES EXCEDENTÁRIOS

Maria Helena Diniz entende que o embrião possui personalidade jurídica formal, concernente aos direitos da personalidade, adquirindo personalidade jurídica material apenas se nascer com vida, passando a ser titular de direitos patrimoniais²¹.

¹⁹ REZENDE, Danúbia Ferreira Coelho de. 2012.

²⁰ ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. 2005.

²¹ DINIZ, Maria Helena. 2002.

É de conhecimento que pela técnica de reprodução humana assistida na modalidade fertilização in vitro, regra geral, vários óvulos são fecundados com o intuito de gerar o máximo possível de embriões, para posteriormente ser escolhido aquele ou aqueles que serão transferidos para o útero. Nem todos os embriões produzidos são considerados viáveis, e a legislação brasileira permite a transferência de no máximo quatro embriões, para evitar a gestação múltipla e, conseqüentemente, a redução embrionária ou o aborto, além de outras complicações possíveis. Os embriões excedentários são, portanto, embriões considerados perfeitos e viáveis para serem transferidos para o útero e que por algum motivo não foram utilizados²².

A possibilidade de doação desses embriões excedentários, se torna uma ação solidária, já que pode ajudar outras pessoas a realizar seu projeto parental e ainda como a própria Lei nº 11.105/05 (Lei de Biossegurança) autoriza, em seu artigo 5º a utilização de células-tronco excedentárias para fins de pesquisa e terapia.

Todavia, nota-se que o assunto é polêmico de ser tratado, e o ordenamento jurídico, como estamos visualizando no decorrer deste artigo, deixou diversas lacunas quando trata de fertilização humana.

4 RESPONSABILIDADE CIVIL

4.1 RESPOSABILIDADE CIVIL DO PROFISSIONAL MÉDICO E ESTABELECIMENTOS DE SAÚDE

Como o serviço de Reprodução Humana Assistida oferecido pelos profissionais médicos e estabelecimentos, é bastante personalizado, pessoal e para pessoas determinadas, isto é, dependendo de casal para casal, de pessoa para pessoa, não devendo ser determinado por contrato de adesão, pelo contrário, devem ser serviços negociados e individualizados, de acordo com a necessidade específica e da verificação da causa da infertilidade, visando a melhor via de tratamento para cada caso específico.

²² MORAES, Carlos Alexandre. Responsabilidade Civil dos pais na Reprodução Humana Assistida. São Paulo: Editora Método, 2019. P.88.

A responsabilidade civil do médico, como profissional liberal que aparece elencada no código de defesa do consumidor em seu artigo 14, parágrafo quarto, “A responsabilidade dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”., entendendo que, embora também sejam prestadores de serviços, não seria razoável que a responsabilidade subjetiva desses profissionais, seja a mesma a que são submetidos os estabelecimentos prestadores de serviço em massa e que trabalham mediante fornecimento em série de tais serviços, quase nunca considerando de forma específica e pessoal o destinatário do serviço.

Uma outra análise importante se refere à verificação de que o médico diante dos pacientes/clientes que o procuram para realizar seu projeto parental através da reprodução humana assistida, assume uma obrigação de meio e não de resultado, para que então seja possível a análise da culpa.

Segundo Cavaliere Filho, trata-se de obrigação de resultado “*aquela em que o profissional liberal assume a obrigação de conseguir um resultado certo e determinado, sem o que haverá inadimplemento*”²³. Esta se diferencia da atividade meio, ainda segundo o renomado autor, devido ao fato de que na obrigação de meio o profissional liberal apenas se obriga a colocar sua técnica, de maneira prudente e diligente, ou seja, seus conhecimentos adquiridos no estudo de sua profissão médica, e realizados com o devido cuidado, à disposição do paciente, visando um resultado, que seria a efetividade do tratamento e, no caso, a gravidez do casal, sem, entretanto, obrigar-se a tal resultado.

Levando em consideração que a justiça comum não pode, apreciar a questão de mérito ético-disciplinar que, legalmente, é da competência exclusiva dos Conselhos de Medicina segundo o artigo segundo, da lei 3.268/57:

“O Conselho Federal e os Conselhos Regionais de Medicina são os órgãos supervisores da ética profissional em toda a República, e, ao mesmo tempo, julgadores e disciplinadores da classe médica, cabendo-lhes zelar e trabalhar por todos os meios ao seu alcance, pelo perfeito desempenho ético da medicina e pelo prestígio e bom conceito da profissão e dos que a exerçam legalmente.”

²³ CAVALIERI FILHO, Sergio.2011.

As penalidades éticas são diferentes das penalidades civis, e que são distintas para os médicos que atuam como pessoa física daqueles que constituem pessoa jurídica, visto que os primeiros não estão sujeitos às disposições do Código de Defesa do Consumidor, como explicaremos melhor a seguir.

4.2. A RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Para que as atividades humanas sejam englobadas pelo CDC, faz-se necessária a existência de uma relação consumerista, ponto de partida para que se aplique a lei. 8.078/90.²⁴

A vida e a saúde, em si, não são bens de consumo, posto que não podem ser comparadas a nenhum produto que se possa adquirir em mercado de consumo, caracterizando-se por bens inalienáveis. De acordo com o entendimento de Felipe Braga Neto, ao declarar que “os profissionais liberais são fornecedores de serviços, sujeitos, portanto, à disciplina do CDC”²⁵.

Assim, o médico seria o fornecedor e o paciente consumidor, conforme o Código de Defesa do Consumidor:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

Se mostra então relevante a aplicação do CDC diante da relação contratual existente no caso da reprodução assistida, na proteção da parte hipossuficiente, que seria no caso o paciente, diante de médicos e estabelecimentos de saúde.

Lembrando que devemos aplicar o Código de Defesa do Consumidor sem, no entanto, excluir as outras fontes de direito, fazendo-se imprescindível um diálogo entre elas, de maneira harmônica.

²⁴ BRASIL. Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. m

²⁵ BRAGA NETO, Felipe Peixoto. 2011.

5 CONCLUSÃO

O presente artigo objetivou gerar reflexões sobre os problemas jurídicos provenientes das questões ligadas às técnicas de Reprodução Humana Assistida no ordenamento jurídico brasileiro, com ênfase nas lacunas deixadas pela legislação vigente. A problemática se verificou principalmente na concepção do filho por fertilização *in vitro*, inseminação artificial, fertilização *post mortem*, embriões excedentários, geração de substituição, frente à falta de leis específicas que tratam sobre as técnicas e procedimentos relacionados a estes métodos de Reprodução Humana Assistida.

Foi possível observar que o ordenamento jurídico brasileiro, principalmente o Código Civil, não acompanhou as aceleradas transformações da família brasileira no tocante ao planejamento familiar, principalmente no que tange às novas técnicas de reprodução humana assistida, havendo assim, somente resoluções do Conselho Federal de Medicina, sem força de lei, incompletas e cheias de lacunas.

Observamos que é de extrema importância que o princípio da dignidade da pessoa humana ampare os ajuizamentos com relação às novas técnicas de Reprodução Humana Assistida utilizadas pela sociedade, fazendo-se necessário que o Estado, frente à falta de leis, a lacuna, a incompletude das fontes existentes sobre o tema e as consequência disto, avoque para si o papel institucional que lhe compete e sistematize o tratamento jurídico relacionado às técnicas de Reprodução Humana assistida no direito contemporâneo.

Entendemos que os desafios projetados para os juristas, no campo do desenvolvimento científico é enorme e que essencial encontrar critérios de responsabilização que reflitam princípios racionais de proteção à pessoa humana, sem, contudo, acompanhar o desenvolvimento da pesquisa científica e do progresso.

Assim, embora não exista Lei específica que trate sobre os métodos de reprodução assistida, as disposições genéricas do Código Civil Brasileiro e do Código de Defesa do Consumidor devem ser aplicadas visando coibir não só as práticas de condutas irregulares e ilícitas dos prestadores de serviço, mas também, evitar o enriquecimento sem causa dos pacientes que, muitas vezes frustrados pelo insucesso da gestação, veem no Poder Judiciário uma alternativa hábil a minimizar o seu “dano”.

Depreende-se que o Código de Ética Médica e as Resoluções CFM, estabelecem uma normatização deontológica razoável, porém incompleta e cheia de lacunas com relação à novas biotecnologias, impedindo que os operadores do direito possam litigar de maneira correta e tragam segurança jurídica aos cidadãos de direito.

É de extrema importância, que haja políticas institucionais e regulamentação legal para disciplinar e permitir o uso de técnicas de reprodução humana assistida, de forma que tais procedimentos usando embriões, sirvam de maneira correta tanto para um planejamento familiar, como para uso em células tronco no combate às doenças, visando sempre a dignidade da pessoa humana, previsto na Constituição Federal.

Em síntese, entendemos que os médicos e os profissionais da área da saúde que lidam com tais técnicas de Reprodução Humana Assistida, frente à falta de leis específicas que abordem o tema, devem basear-se no senso ético e profissional para que não sejam alvejados por lides judiciais e responsabilizados na esfera cível e ainda neste viés, os profissionais do Direito devem partir dos princípios constitucionais básicos de respeito à dignidade da pessoa humana para gerar enfim segurança jurídica.

6 BIBLIOGRAFIA

BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. CÓDIGO CIVIL.

BRASIL, de 05 de outubro de 1988. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

BRASIL, Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995. Regulamenta os incisos II e V do artigo 225 da Constituição Federal, estabelece normas para uso das técnicas de engenharia genética (...) prov. Diário Oficial da União, Brasília, p. 337, 6 jan.1995.Col.1.

BRASIL. Resolução nº 1.358/92, de 11 de novembro de 1992. Adotar as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, n. 16053, p. 17, 12 nov. 1999. Seção I.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito de Família. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 5: Direito de Família. 30 ed. São Paulo. Saraiva, 2015, p. 38.

FISCHER, Karla Ferreira de Camargo. Inseminação Artificial post mortem e seus reflexos no Direito de família e no Direito Sucessório. 2017.

FRAZÃO, Alexandre Gonçalves. A fertilização in vitro: uma nova problemática jurídica. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 42, jun. 2000.

LEITE, Eduardo de Oliveira. Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
LÔBO, Paulo. Direito Civil: Famílias. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, Reinaldo Pereira e. Os direitos humanos do concebido. Análise biojurídicas das técnicas de reprodução assistida. Porto Alegre:

SOUZA, Janice Bonfiglio Santos et al. A reprodução humana assistida frente ao direito de família e sucessão. 2012

VENOSA, Silvio de Salvo. *Apud DELFIM, As implicações jurídicas decorrentes da inseminação artificial homóloga post mortem*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 08.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, volume 1: teoria geral do direito civil. 28. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL, RESOLUÇÃO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA Nº 2.013/2013. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, anexas à presente resolução, como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos e revoga a Resolução CFM nº 1.957/10. Publicada no D.O.U., Seção I, p. 119, 09/05/2013.

BRASIL, MINISTÉRIO DA SAÚDE, Portaria Nº 426/GM, Institui, no âmbito do SUS, a Política Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida e dá outras providências. Publicada em 22/03/2005. Disponível em: < http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/portaria_426_ac.htm>. Acesso em:01/03/2014.

BRASIL, MINISTÉRIO DA SAÚDE, Portaria Nº 388. Publicada em 06/07/2005. Disponível em: < http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/portaria_426_ac.htm>.

FILHO, Sérgio Cavalieri. Programa de Direito do Consumidor. 10ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

FILHO, Sérgio Cavalieri. Programa de Responsabilidade Civil. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

BRAGA NETO, Felipe Peixoto. Manual de direito do consumidor; à luz da jurisprudência do STJ. 7. Ed: Juspodivm, 2011, P. 85.