

AS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA NA RESOLUÇÃO Nº 2.121/15 DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA – PRINCIPAIS ASPECTOS

Assisted reproduction techniques based on Medicine
Federal Council Resolution number 2.121/15 –
Its main aspects

Daniela Braga Paiano

Professora Universitária na Universidade Estadual de Londrina – UEL. Mestre em Direito pela UNIMAR. Doutora em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. E-mail: danielapaiano@hotmail.com.

Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador

Professora Universitária na Universidade Estadual de Londrina – UEL. Mestre em Direito pela UEL. Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. E-mail: rita.tarifa@gmail.com.

Resumo: O presente artigo tem por finalidade demonstrar que o tema sobre as técnicas de reprodução assistida não foi devidamente regulamentado pelo Código Civil. Por conta disso, o Conselho Federal de Medicina vem editando resoluções que cuidam do assunto, sendo que a mais recente é a Resolução nº 2.121/2015. Será aqui demonstrada a importância desse avanço na medicina, contribuindo para o projeto parental de casais que possuem alguma dificuldade em ter filhos. Utilizar-se-á a resolução como base para apresentar algumas lacunas existentes no ordenamento e as soluções apontadas por ela. Será enfatizada a importância do esclarecimento concernente à utilização de tais métodos, para então, finalmente, analisar o problema de se ter embriões congelados, em especial ao que se refere ao seu destino quando da sua não utilização.

Palavras-chave: Reprodução assistida. Termo de consentimento informado. Embriões.

Abstract: This article has the aim to demonstrate that the theme 'assisted reproductive techniques' was not properly regulated by the Civil Code. Because of this, the Federal Council of Medicine has edited resolutions that take care of the issue, and the most recent is the Resolution No. 2.121/2015. It demonstrates the importance of this advance in medicine, contributing to the parental project of couples who have some difficulty having children. It will use the resolution as a basis to show some gaps in the law and which were the solutions suggested by it. It will be emphasized the importance of the clarification concerning the use of such methods, and then finally analyzing the problem of having frozen embryos, in particular with regard to its destination when it is not used.

Keywords: Assisted reproduction. Informed consent. Embryos.

Sumário: Introdução – **1** Da finalidade da utilização das técnicas de reprodução assistida e aspectos gerais da Resolução – **2** Da importância do termo de consentimento informado para a utilização das técnicas de reprodução assistida – **3** Dos embriões criopreservados – uma questão que necessita de melhor regulamentação – **4** Conclusão

Introdução

Inicialmente cumpre destacar que não importa qual seja a origem da filiação, o tratamento dado aos filhos, uma vez reconhecidos, é de plena igualdade entre eles, sendo vedado, tanto pela Constituição Federal quanto por normas infraconstitucionais, quaisquer designações que sejam discriminatórias, de modo que existe uma dissociação entre o estado de filiação com o estado civil dos pais.

Todavia, percebe-se pela leitura do Código Civil, nas regras referentes às técnicas de reprodução assistida, uma falta de normatividade apropriada com relação às espécies das técnicas e se são igualmente aplicáveis (concernente às presunções), tanto para o casamento quanto para a união estável.

Deste modo, o art. 1597, ao mencionar algumas técnicas de reprodução assistida, não disciplinou todas as modalidades (como, por exemplo, a cessão de útero) e não incluiu a presunção da filiação para a união estável.

Por conta disso, tem-se utilizado a última resolução sobre o assunto do Conselho Federal de Medicina, a de nº 2.121/2015, que disciplina o tema das técnicas de reprodução assistida. Porém, sabe-se que sua natureza é de cunho deontológico, para resolver questões afetas aos princípios éticos e bioéticos, mas serve como parâmetro para os especialistas do Direito quando se deparam com temas por ela regulamentados.

Sendo assim, o objetivo do presente artigo é mostrar algumas inadequações legislativas que carecem de regulamentação, bem como trazer à discussão os principais aspectos da mencionada resolução.

1 Da finalidade da utilização das técnicas de reprodução assistida e aspectos gerais da resolução

Por um longo tempo, o ato de se ter filho só era viável pela relação sexual. Recentemente, o projeto parental se socorre das técnicas de reprodução assistida, ajudando casais que tenham alguma dificuldade no ato de procriação. Conforme

afirma Zeno Veloso “a filiação é um fenômeno muito abrangente e complexo, que não se afirma, somente, pelos laços genéticos”.¹ Para destacar a importância da garantia do direito de ter filhos, aponta Maria Christina de Almeida que a própria Constituição Federal, em seu art. 226, §7º, garante aos casais o projeto de parentalidade como de sua livre decisão.²

A fim de mostrar essa nova realidade, José Carlos Teixeira Giorgis explica que o progresso científico e a evolução dos costumes mudaram os paradigmas da filiação, de modo que hoje não é necessário ter relação sexual para se gerar um filho, a gestação pode ser realizada por outro útero, enfim, são diversas as formas que esse avanço tecnológico acarretou no modo de se ter filhos.³

Assim, inseminação artificial, definida pela doutrina argentina, é um “(...) método pelo qual uma mulher pode ser fecundada sem mediar o ato sexual. Com a prévia extração do sêmen, este é introduzido na vagina e no colo do útero (inseminação intracervical) ou diretamente no interior do útero (inseminação intrauterina)”.⁴ No mesmo sentido, explica Zeno Veloso:

A inseminação artificial é o processo de reprodução humana pelo qual se introduz o sêmen no óvulo, podendo o encontro ser produzido diretamente no órgão genital feminino, ou a fecundação ser realizada em laboratório – *in vitro*, colocando-se o embrião, posteriormente, no útero.⁵

O Código Civil, ao disciplinar as técnicas de reprodução assistida, traz duas modalidades, a homóloga (em que se utiliza material genético do próprio casal) e a heteróloga (com uso de material de um terceiro doador – masculino, segundo o Código Civil), e não regulamenta, por sua vez, a gestação de substituição (doação temporária do útero), sendo esta disciplinada pela resolução em comento. Neste sentido, lamenta Zeno Veloso a inércia do legislador brasileiro, que deixa de editar normas que atualizem o Código Civil, em especial com as transformações advindas da Constituição Federal de 1988.⁶

¹ VELOSO, Zeno. A dessacralização do DNA. In: A Família na Travessia do Milênio, *Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família*, IBDFAM, Belo Horizonte, 2000, p. 197.

² ALMEIDA, Maria Christina de. Filhos da reprodução assistida. In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). *Direito de família e psicanálise: rumo a uma nova epistemologia*. Rio de Janeiro: Imago, 2003, p. 278.

³ GIORGIS, José Carlos Teixeira. *A paternidade fragmentada*. Disponível em: <http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Jose_Carlos_Teixeira_Giorgis/paternidade.pdf>. Acesso em: 17 out. 2016.

⁴ BOSSERT, Gustavo A; ZANNONI, Eduardo A. *Manual de derecho de familia*. 5. ed., atual. e ampl., 3. reimpr. Buenos Aires: Astrea, 2001, p. 468.

⁵ VELOSO, Zeno. *Direito de filiação e paternidade*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 150.

⁶ VELOSO, Zeno. A dessacralização do DNA. In: A Família na Travessia do Milênio, *Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família*, cit., p. 191.

Com relação à inseminação artificial, Eduardo Oliveira Leite aponta que ela desencadeia reações para as quais o homem não estava preparado, nem material nem espiritualmente falando.⁷ A doutrina, desde tempos remotos, já demonstrava a necessidade de a legislação brasileira ter “(...) um estudo mais decisivo sobre o tema”.⁸

As técnicas de reprodução assistida podem ser utilizadas por pessoas que tenham problemas relacionados à infertilidade, com o escopo de superar essa dificuldade e realizar o projeto parental. Diante disso e também da evolução vivida pela própria sociedade, e com a possibilidade da união de pessoas do mesmo sexo, é que a referida resolução traz alguns parâmetros na tentativa de harmonizar as técnicas, trazendo um balizamento para sua utilização, de acordo com o que dizem os princípios da ética médica. Não se trata de um instrumento de cunho jurídico, mas os estudiosos do Direito acabam se utilizando dela para suprir as lacunas do ordenamento.

Diante desse despreparo do próprio homem em lidar com tal novidade, o reflexo disso na sociedade ou no próprio ordenamento jurídico também demonstra uma insuficiência. Como afirma Paulo Otero: “Em termos jurídicos, por sua vez, as novas problemáticas que se levantam na sequência da procriação artificial e, em geral, sobre o domínio da genética também não são simples”.⁹ O que dizer, por exemplo, da possibilidade de inseminação artificial após a morte do pai, com utilização de embriões congelados? Ou, então, da falta de previsão legal sobre a cessão do útero? Tanto a sociedade quanto o próprio ordenamento jurídico não conseguem acompanhar a evolução ocorrida no campo científico.

Em decorrência da falta de disciplina no ordenamento jurídico pátrio, o Conselho Federal de Medicina editou a Resolução nº 2.121/15, que trata das técnicas de reprodução assistida. É importante mencionar, conforme aponta a exposição de motivos da resolução, que ela foi elaborada com o intuito de colaborar e elucidar questões relacionadas à infertilidade humana, tendo por base o avanço científico que permite solucionar vários problemas dessa natureza, bem como o posicionamento do Supremo Tribunal Federal em reconhecer a união de pessoas do mesmo sexo como entidade familiar e, finalmente, harmonizar o uso dessas técnicas com os princípios da ética médica.¹⁰

⁷ LEITE, Eduardo de Oliveira. Procriações artificiais: bioética e biodireito. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.) *Repensando o direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 146.

⁸ VIANA, Marco Aurélio S. Viana. Da inseminação artificial. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 27, n. 21, p. 238, 1979.

⁹ OTERO, Paulo. *Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do Ser Humano: Um perfil constitucional da bioética*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 18.

¹⁰ Resolução nº 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121_2015.pdf>. Acesso em: 26 jul. 2016.

Um primeiro balizador trazido pela resolução refere-se à questão etária, estabelecendo como limite a idade máxima de 50 anos para candidatas à gestação. O motivo desse limite é proteger a própria saúde da mulher que, com idade mais avançada, poderá ter complicações em sua gestação, tanto para ela quanto para seu filho.¹¹

Porém, mesmo na vigência da resolução anterior (nº 2.013/13), já havia uma decisão (TRF 1ª Região) que entendeu ser tal imposição indevida, permitindo que uma mulher com 53 anos (com parecer médico favorável), em Minas Gerais, se utilizasse do procedimento. A decisão teve por base a liberdade constitucional de planejamento familiar.¹² Com isso, a nova resolução avançou, trazendo a possibilidade de pessoas acima dessa faixa etária se utilizarem das técnicas de reprodução assistida, desde que sejam esclarecidas e informadas pelo médico, conforme descreve o item I, 3.¹³

Já na resolução passada (Resolução nº 2.013/13), com o reconhecimento jurídico da formação de família por casais homoafetivos, houve a permissão de utilização da técnica por esses casais, bem como por pessoas solteiras, respeitando o direito da objeção de consciência do médico, o que foi mantido no item II, 2 da resolução atual.¹⁴ A nova resolução avançou, uma vez que inseriu em seu item II, 3 a possibilidade de gestação compartilhada, em casos de união homoafetiva feminina, em que não exista infertilidade.¹⁵ Ou seja, pode o casal de mulheres utilizar óvulos de ambas para serem inseminados com a escolha de uma delas para gerar o filho, mantendo a maternidade com as duas.

Entre os temas abordados na atual resolução estão: princípios gerais, pacientes envolvidos na utilização das técnicas, clínicas ou centros que prestam o serviço de reprodução assistida, doação de gametas ou embriões, criopreservação dos gametas e embriões, diagnóstico genético, pré-implantação de embriões, gestação de substituição e reprodução assistida *post mortem*.¹⁶

Um dos princípios que merece destaque é o da obrigatoriedade do consentimento informado (que será posteriormente abordado) de quem vai se submeter ao procedimento. Além dele, a proibição da escolha do sexo é algo imposto pela

¹¹ Resolução nº 2.121/15 do Conselho Federal de Medicina, cit.

¹² TRF 1ª Região, 8ª Turma, Agravo de Instrumento nº 0055717-41.2014.4.01.0000/MG, Processo Orig.: 0023725-02.2014.4.01.3803, Relator(a) Desembargador(a) Maria do Carmo Cardoso, data do julgamento 01.12.2014. Disponível em: <<http://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp?p1=00557174120144010000&pA=&pN=557174120144010000>>. Acesso em: 11 jan. 2015.

¹³ Resolução nº 2.121/15 do Conselho Federal de Medicina, cit.

¹⁴ Resolução nº 2.121/15 do Conselho Federal de Medicina, cit.

¹⁵ Resolução nº 2.121/15 do Conselho Federal de Medicina, cit.

¹⁶ Resolução nº 2.121/15 do Conselho Federal de Medicina, cit.

resolução (exceto para evitar doenças que o filho possa ter), bem como a proibição da utilização da técnica para outro fim que não seja a procriação humana.

Sobre a escolha do sexo da descendência, esclarece Maria de Fátima Freire de Sá que existe uma discussão desse assunto nas relações familiares atuais, com o escopo da realização de projetos parentais.¹⁷ Indaga se esse desejo seria algo legítimo e esclarece que a aceitação da seleção de sexo através da manipulação do genoma humano importaria na violação da construção pessoal de cada um.¹⁸ Ademais, a seleção embrionária também não é permitida, uma vez que, entre outros motivos, existe o receio quanto à desproporção na distribuição de ambos os sexos na sociedade.¹⁹

A resolução estabelece o número máximo de embriões a serem implantados (até dois embriões em mulheres de até 35 anos de idade, até três embriões em mulheres entre 36 e 39 anos e no máximo quatro embriões em mulheres com mais de 40 anos). Finalmente, proíbe a utilização de técnica que tenha por objetivo reduzir o número de embriões já inseridos.²⁰

Enquanto em alguns países é permitida a cobrança, por exemplo, da cessão de útero, no Brasil é vedada qualquer finalidade lucrativa ou comercial, devendo o intuito ser meramente altruístico. Assim, com relação à doação de gametas ou embriões, não se pode cobrar nenhum valor por tal doação e as partes envolvidas não podem conhecer a identidade uma da outra, assegurando-se o anonimato do doador com a finalidade de não gerar problemas com relação a vínculos de afeto entre as partes e a criança que poderá nascer. O limite etário aqui é de 35 anos para a mulher e de 50 anos para o homem.²¹

O sigilo assegurado ao doador só poderá ser quebrado em situações excepcionais, por motivação médica, podendo ser fornecidas informações apenas para médicos. Deve-se assegurar uma semelhança fenotípica entre as partes envolvidas e a máxima compatibilidade com a receptora, sendo que a escolha dos doadores, com a nova resolução, passa a ser de responsabilidade do médico assistente (e não mais da unidade).²²

Sobre a localização da unidade, a resolução também tem o cuidado de exigir restrições para se evitar que a doação de gametas possa, eventualmente, gerar relacionamentos de pessoas com vínculos consanguíneos. Para que isso não

¹⁷ SÁ, Maria de Fátima Freire de. Bioética: impacto do projeto parental na escolha do filho. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/33.pdf>. Acesso em: 18 out. 2016.

¹⁸ SÁ, Maria de Fátima Freire de, cit.

¹⁹ SÁ, Maria de Fátima Freire de, cit.

²⁰ Resolução nº 2.121/15 do Conselho Federal de Medicina, cit.

²¹ Resolução nº 2.121/15 do Conselho Federal de Medicina, cit.

²² Resolução nº 2.121/15 do Conselho Federal de Medicina, cit.

ocorra, é que a resolução coloca a restrição de que um doador não produza mais que duas gestações de crianças de sexo diferente, em uma área de um milhão de habitantes.²³

Sobre essa restrição, explica Kristine Barci Gugliotti que a intenção da norma é louvável, porém, o termo ‘evitar’ não é impeditivo de que ocorra, na prática, um casamento incestuoso; mesmo que de forma remota, essa chance existe.²⁴

Quanto ao sigilo do doador e receptor previsto na resolução, isso entra em conflito com a possibilidade de o filho investigar sua origem genética – direito da personalidade trazido no art. 48 do Estatuto da Criança e do Adolescente.²⁵ Parte da doutrina entende ser possível tal investigação de origem genética, inclusive nas reproduções assistidas, sem gerar vínculo de filiação, mas apenas o direito de se conhecer a ancestralidade.

Esclarece Zeno Veloso que o princípio de não poder haver vínculo de filiação entre o doador do material genético e a criança fruto desse procedimento representa uma exceção ao princípio do biologismo, aos vínculos de sangue, dando lugar a uma filiação voluntária, socioafetiva.²⁶

Com o intuito de se elucidar o conflito do sigilo do doador e a possibilidade de investigar a ancestralidade, é pertinente mencionar uma decisão do Superior Tribunal de Justiça da Alemanha, que reconheceu direito à identificação do doador de sêmen. A decisão foi proferida em 28 de janeiro de 2015, no 12º Senado Cível, em autos oriundos do Tribunal de Hannover, que “(...) reconheceu, em tese, a possibilidade do indivíduo concebido por reprodução heteróloga, na qual o material genético não provém – total ou parcialmente – dos pais, mas de terceiro doador anônimo, conhecer a identidade civil (não apenas genética) de seu genitor”.²⁷ O caso é de duas crianças, uma nascida em 1997 e outra em 2002, cujos pais realizaram a reprodução heteróloga. Os filhos, representados por seus pais, processaram a clínica de reprodução assistida para saber a identidade do pai biológico. A clínica, por sua vez, negou-se a revelar, preservando o direito ao anonimato do doador de sêmen, e afirmou, ainda, que na época da inseminação seus pais haviam renunciado, expressamente, por meio de declaração escrita

²³ Resolução nº 2.121/15 do Conselho Federal de Medicina, cit.

²⁴ GUGLIOTTI, Kristine Barci. *Reprodução artificial: limites necessários*. 2014. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-08122014-094802/es.php>>. Acesso em: 19 fev. 2015, p. 34.

²⁵ Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei nº 8.069 de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>, Acesso em: 26 jul. 2016.

²⁶ VELOSO, Zeno. *Direito de filiação e paternidade*, cit., p. 152.

²⁷ FRITZ, Karina Nunes. Tribunal alemão reconhece direito à identificação do doador de sêmen. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-16/direito-civil-atual-tribunal-alemao-reconhece-identificacao-doador-semen?imprimir=1>>. Acesso em: 16 mar. 2015.

registrada em cartório, à revelação da identidade do doador. Em primeira instância o caso foi julgado improcedente, afirmando que os menores só poderiam exercer o direito de conhecimento da ancestralidade aos 16 anos de idade. As partes apelaram para o Tribunal de Hannover, que por sua vez aplicou, por analogia, a lei sobre a origem pessoal aplicável à adoção. Ato contínuo, os menores recorreram ao Tribunal Superior pedindo a revisão do caso e afirmando que “(...) o direito ao conhecimento da própria origem consiste em um dos direitos fundamentais da personalidade, decorrência imediata da dignidade humana e, portanto, protegido pelos arts. 1º e 2º da Lei Fundamental (*Grundgesetz*)”.²⁸

Segundo as partes, esse direito é essencial ao pleno desenvolvimento de suas personalidades e tal fato não diz respeito apenas ao conhecimento de informações do doador, mas de suas próprias identidades civis. A situação se torna mais problemática na Alemanha, por serem tais aspectos considerados com relação aos impactos que isso acarretará na vida do doador.²⁹ Também foi destacado que a renúncia dos pais com relação ao conhecimento da identidade do doador em nada afeta o direito da criança, considerando-se tal cláusula como nula. Uma das críticas feitas pela doutrina é que crianças nascidas desse tipo de procedimento, na maioria dos países europeus, não têm o direito de impugnar a paternidade legal (o que seria mais benéfico ao sistema).³⁰ Mesmo diante da paternidade biológica permite-se ao filho requerer a desconstituição da paternidade afetiva (registral/legal) e a constituição da paternidade biológica. O Tribunal buscou no Código Civil alemão uma justificativa para o caso, qual seja, o direito à informação, calcado na boa-fé objetiva.

A Lei nº 32/2006 de Portugal que rege a Procriação Medicamente Assistida, em seu art. 6º, ao mencionar os beneficiários, dispõe que a técnica só pode ser usada por pessoas casadas e de sexo diferente, ou que vivam em união estável há pelo menos dois anos.³¹ Ou seja, a legislação portuguesa não permite a utilização da técnica para solteiros, nem casais do mesmo sexo. Todavia, em 13 de maio de 2016, o país regulamentou a gestação em barriga solidária, de modo que atualmente mulheres em qualquer estado civil ou orientação sexual podem ter acesso à fertilização *in vitro*, não podendo ser remunerada. Nessa alteração, também foi aprovada a adoção por casais homoafetivos.³²

²⁸ Resolução nº 2.121/15 do Conselho Federal de Medicina, cit.

²⁹ FRITZ, Karina Nunes, cit.

³⁰ FRITZ, Karina Nunes, cit.

³¹ CURADO, Manuel. *Direito biomédico: colectânea de legislação e outros documentos*. Lisboa: Quid Juris, 2008, p. 258.

³² FOLHA DE SÃO PAULO. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2016/05/1770968-parlamento-de-portugal-permite-a-lesbicas-e-solteiras-fertilizacao-in-vitro.shtml>>. Acesso em: 26 jul. 2016.

A Lei italiana nº 40, de 19 de fevereiro de 2004, por seu turno, proíbe a inseminação heteróloga,³³ a utilização da inseminação por pessoas do mesmo sexo³⁴ e, ainda, a seleção de embriões.³⁵ Todavia, muitos pontos dessa lei foram alterados pelo Tribunal Constitucional da Itália. Em maio de 2015, o Tribunal derubou a proibição legislativa de que os casais férteis, mas com alguma doença genética, não poderiam recorrer à reprodução assistida e à seleção de embriões saudáveis. Já que na Itália o aborto é permitido, proibir a seleção de embriões saudáveis seria um contrassenso.³⁶ Em 2014, a justiça italiana também autorizou a possibilidade de doação de espermatozoides e óvulos, de modo que, aos poucos, essa lei, tida como uma das mais conservadoras do continente europeu, vai se adequando às demais normas de outros países.³⁷

Sobre a possibilidade de utilização da técnica por casais homoafetivos, tendo em vista os princípios protetivos do direito de família, as modalidades de entidades familiares e, em especial, a questão a sua possibilidade de casamento, é que se pode afirmar que eles possuem o direito de ter filhos, quer por meio de adoção ou, agora, como regulamentado pela resolução, por meio da utilização das técnicas de reprodução assistida. Diante da omissão legislativa do Código Civil de 2002 – que tem um conteúdo aberto e calcado na operabilidade, socialidade e eticidade –, a Resolução nº 2.121/15, na tentativa de ampliar alguns conceitos e regulamentar o procedimento técnico para as inseminações, manteve a possibilidade de se utilizar tais procedimentos por casais homoafetivos (o que já havia sido permitido pela Resolução de 2013).

Assim, após tal análise, pode-se afirmar que casais homossexuais podem ter filhos pela via da socioafetividade, seja ela pela adoção (singular, unilateral)³⁸

³³ “Art. 4. 3. È vietato il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo”. Legge n. 40 de 19 de febbraio de 2004. Norme in materia di procreazione medicalmente assistita. Disponível: <<http://www.camera.it/parlam/leggi/04040l.htm>>. Acesso em: 16 fev. 2016.

³⁴ “Art. 5. 1. Fermo restando quanto stabilito dall'articolo 4, comma 1, possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi”. Legge n. 40 de 19 de febbraio de 2004, cit.

³⁵ “Art. 13. 3. 3. Sono, comunque, vietati: (...) b: ogni forma di selezione a scopo eugenetico degli embrioni e dei gameti ovvero interventi, attraverso tecniche di selezione, di manipolazione o comunque tramite procedimento artificiali, siano diretti ad alterare il patrimonio genetico dell'embrione o del gamete ovvero a predeterminare le caratteristiche genetiche, ad eccezione degli interventi a finalità diagnostiche e terapeutiche, di cui al comma 2 del presente articolo;”. Legge n. 40 de 19 de febbraio de 2004, cit.

³⁶ IBDFAM. Tribunal italiano autoriza seleção de embriões saudáveis em fertilização *in vitro*. 27.05.2015. Disponível em: <<http://ibdfam.org.br/noticias/5649/Tribunal+italiano+autoriza+sele%C3%A7%C3%A3o+de+embri%C3%B5es+saud%C3%A1veis+em+fertiliza%C3%A7%C3%A3o+in+vitro>>. Acesso em: 28.5.2015.

³⁷ IBDFAM. Tribunal italiano autoriza seleção de embriões saudáveis em fertilização *in vitro*, cit.

³⁸ STJ, 3ª T., REsp n. 1.281.093/SP, Relatora Ministra Nancy Andrighi, j. 18.12.2012, publ. 04.2.2013: “CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. UNIÃO HOMOAFETIVA. PEDIDO DE ADOÇÃO UNILATERAL. POSSIBILIDADE. ANÁLISE SOBRE A EXISTÊNCIA DE VANTAGENS PARA A ADOTANDA. (...) III. A plena equiparação das uniões estáveis homoafetivas, às uniões estáveis heteroafetivas, afirmada pelo STF (ADI

e conjunta), pela cessão gratuita de útero ou qualquer outra forma de reprodução assistida, de modo que o afeto como valor jurídico atua como uma quebra de paradigma da parentalidade biológica, fortalecendo os direitos de famílias formadas por uniões homoafetivas.³⁹

Percebe-se do que foi aqui exposto que o atual Código Civil poderia ter avançado um pouco mais no assunto, regulamentando, por exemplo, a cessão de útero, mas não o fez. Destarte, faz-se necessário um avanço legislativo para o tema em estudo, a fim de que o Direito possa melhorar a temática e gerar uma maior segurança jurídica para as partes envolvidas.

2 Da importância do termo de consentimento informado para a utilização das técnicas de reprodução assistida

Adriano de Cupis, ao tratar do tema consentimento, afirma que o legislador admite, dentro de certo limite, a disposição do direito à integridade física mediante consentimento.⁴⁰ O Código Civil, no art. 15, afirma: “Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”.⁴¹

O Termo de Consentimento Livre e Esclarecido – TCLE é um documento em que se colhe o consentimento livre e esclarecido do participante, de forma escrita, contendo todas as informações necessárias, em linguagem clara e objetiva, de fácil entendimento, para que quem vai se submeter ao procedimento seja informado e esclarecido sobre o procedimento a que se propõe.⁴²

A pessoa pode se recusar ao tratamento médico que venha a violar sua integridade física ou que coloque em risco sua vida. Mesmo em caso de consentimento do paciente, por exemplo no caso de transplantes e doação de órgãos, segundo Antônio Chaves, em havendo dano sofrido pelo paciente, não se libera o médico

4277/DF, Rel. Min. Ayres Britto), trouxe como corolário, a extensão automática àquelas, das prerrogativas já outorgadas aos companheiros dentro de uma união estável tradicional, o que torna o pedido de adoção por casal homoafetivo, legalmente viável. (...)”. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp#DOC1>>. Acesso em: 03 nov. 2013.

³⁹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. O Código Civil de 2002 e a Constituição Federal: 5 anos e 20 anos. In: MORAES, Alexandre de. *Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 506.

⁴⁰ CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade* (trad. Afonso Celso Furtado Rezende). São Paulo: Quorum, 2008, p. 77.

⁴¹ BRASIL. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 09 set. 2014.

⁴² Resolução nº 466 do Conselho Nacional da Saúde, de 12 de dezembro de 2012. Disponível em: <<http://www.uel.br/comites/cepes/pages/arquivos/Resolucao%20CNS%20466-2012.pdf>>. Acesso: 12 set. 2016.

do dever de ressarcir o dano sofrido pelo receptor ou pelo doador, quer seja pela aplicação apressada de um recurso ou tratamento arbitrário desenvolvido.⁴³

Márcia A. S. Freitas explica a existência de duas espécies de consentimento: o simples, como uma mera autorização, e o informado, fruto de um processo decisório para tomada de decisões compartilhadas, de modo que quem decide o que é o valor para si é o próprio sujeito e não uma imposição do médico. Existe um envolvimento efetivo das partes na tomada de decisão.⁴⁴ Afirma que é uma faculdade do paciente participar ou não, se quer ou não receber informações.⁴⁵

Com relação ao significado do termo consentir, explica Gilberto Bergstein que seria a possibilidade de manifestação livre, de forma esclarecida pela informação, tanto pela aceitação do tratamento quanto pela recusa.⁴⁶ Esse consentimento ao direito à informação se subdivide tanto na possibilidade que o paciente possui de ser informado quanto ao direito de não ser informado.⁴⁷

A geneticista Mayana Zatz indaga sobre o direito à informação ou não informação quando “existe o alto risco de sério dano para os familiares e a informação pode ser utilizada para evitar esse dano”,⁴⁸ ou seja, será que o médico tem o dever/direito de intervir no caso de o paciente não querer receber informações sobre sua doença, mesmo que o dano possa ser evitado para ele ou para outras pessoas de sua família? São indagações em aberto sob as quais pairam dúvidas de como se deve proceder.

Esse dever de informação que o médico deve prestar ao paciente sobre seu verdadeiro quadro clínico pode implicar, em casos de omissões ou informação prestada de forma deficiente, em responsabilização do médico tanto por danos patrimoniais quanto morais.⁴⁹

Sobre o consentimento do paciente em se submeter ou não a certos tratamentos e intervenções médicas, explica Maria Helena Diniz que este é fruto do direito de autodeterminação do paciente, que dá origem ao dever *erga omnes* de

⁴³ CHAVES, Antônio. *Direito à vida e ao próprio corpo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 46.

⁴⁴ FREITAS, Márcia Araújo Sabino de. *Capacidade, transtorno mental e consentimento: as novas fronteiras do discurso médico-jurídico*. Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012, p. 165 e 170.

⁴⁵ FREITAS, Márcia Araújo Sabino de, cit., p. 171.

⁴⁶ BERGSTEIN, Gilberto. *As limitações do dever de informação na relação médico-paciente e sua prova*. Tese de doutorado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012, p. 181.

⁴⁷ PATIÑO, Ana Paula Corrêa. *Limitações ao direito de recusar tratamento médico ou intervenção cirúrgica*. Dissertação de mestrado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2005, p. 69 e 77.

⁴⁸ ZATZ, Mayana. *Genética: escolhas que nossos avós não faziam*. São Paulo: Globo, 2011, p. 31.

⁴⁹ PASZCZUK, José. Responsabilidade civil médica e hospitalar nos casos de transplante. In: CARDIN, Valéria Silva Galdino (Coord.) *Novos rumos dos direitos especiais da personalidade e seus aspectos controvertidos*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 152.

respeitá-lo. O consentimento livre e esclarecido, vindo de uma decisão voluntária, com base nas informações médicas, deve ser expresso de forma clara, simples, de modo que o paciente realmente possa entender a decisão que está tomando.⁵⁰ Carlos Alberto Mota Pinto esclarece:

A autonomia privada é um princípio fundamental de direito civil. É ela que corresponde a uma ordenação espontânea (não autoritária) dos interesses das pessoas, consideradas como iguais, na sua vida de convivência – ordenação autoformulada, que é a zona reservada ao direito privado. Em medida maior ou menor, está presente em todos os domínios em que o direito civil se propõe – uma função modeladora da vida social.⁵¹

Trazendo o tema consentimento para as técnicas de reprodução assistida, deve-se mencionar aos envolvidos quais riscos essa gestação pode gerar, eventuais casos de insucesso, a possibilidade de uma gestação em que mais de um embrião tenha sucesso (ocasionando uma gravidez múltipla). Deve ainda ser lembrada a responsabilidade dos envolvidos no projeto parental, a fim de que não se fira o princípio do melhor interesse da criança, em uma eventual separação do casal que tenha buscado o procedimento, a possibilidade de a criança nascer com algum problema genético, devendo ser aceita da mesma forma pelos seus pais, o dever da mãe gestacional de entregar a criança quando do seu nascimento, em casos de cessão de útero. Enfim, diversos pontos devem ser esclarecidos não apenas quanto ao procedimento da utilização das técnicas de reprodução assistida em si, mas também com relação à responsabilidade que este projeto parental traz aos participantes.

3 Dos embriões criopreservados – uma questão que necessita de melhor regulamentação

Durante o processo de inseminação artificial homóloga pode ocorrer de não serem implantados todos os embriões frutos desse processo, de modo que ficarão congelados. São os denominados embriões excedentários. Esses embriões excedentários podem ser utilizados na inseminação homóloga, conforme dispõe o inciso IV do art. 1597 do Código Civil.⁵²

⁵⁰ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 578 e 579.

⁵¹ PINTO, Carlos Alberto Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 103.

⁵² BRASIL. Código Civil. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 04 fev. 2015.

O destino dos embriões congelados não utilizados na inseminação também é algo polêmico, sendo regulamentado pela Lei nº 11.105 de 2005 (Lei de Biossegurança), que permite a utilização para fins de pesquisa com células-tronco embrionárias, quando inviáveis para a reprodução ou congelados há mais de três anos.⁵³

Já a Resolução nº 2.121/15 menciona que o prazo para descarte desses embriões seria de cinco anos. Pode-se perceber, dessa forma, que existe uma diferença de prazos quanto ao destino desses embriões criopreservados e inviáveis para a reprodução assistida.

Um caso inusitado ocorreu nos Estados Unidos, envolvendo a atriz Sofia Vergara e seu ex-noivo Nick Loeb. Em abril de 2015, Nick escreveu um polêmico artigo para o jornal *The New York Times* argumentando que os embriões congelados do casal tinham o direito de viver.⁵⁴ Os noivos tinham embriões congelados e, com o rompimento do noivado, Nick entraria na justiça para tentar conseguir utilizar esses embriões para inseminação em outra mulher. É uma situação complicada porque Sofia está viva, agora casada com outra pessoa e, caso ele consiga, ela terá um filho que biologicamente é seu, sendo gerado por outrem.

O estudo dos embriões congelados não utilizados pelo casal no procedimento de reprodução assistida carece de uma discussão mais aprofundada, a fim de que se possa ter uma tutela jurídica mais adequada – se eles têm ou não o mesmo tratamento jurídico do nascituro e qual seria realmente o prazo a partir do qual se tornam inviáveis para a vida humana.

4 Conclusão

O Código Civil é omissivo nas questões atinentes às técnicas de reprodução assistida humana. Tal fato implica a necessidade de análise e discussão acerca dos reflexos jurídicos advindos dos procedimentos biotecnológicos contemporâneos. A hermenêutica, neste contexto, faz-se imprescindível e, ante o vazio jurídico verificado, os juristas recorrem às resoluções do Conselho Federal de Medicina, em especial a mais recente, Resolução nº 2.121/15.

Referida resolução traz regramentos de quem pode se submeter ao procedimento, faixa etária, número de embriões a serem implantados, proibição de

⁵³ BRASIL. Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005. Lei de Biossegurança. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11105.htm>. Acesso em: 10 fev. 2015.

⁵⁴ The New York Times. Sofia Vergara's Ex-Fiancé: Our Frozen Embryos Have a Right to Live. Disponível em: <http://www.nytimes.com/2015/04/30/opinion/sofiavergaras-ex-fiance-our-frozen-embryos-have-a-right-to-live.html?_r=0>. Acesso em: 04 maio 2015.

escolha de sexo, anonimato de doadores, proibição de finalidade lucrativa. Muito embora esta seja um parâmetro para os juristas trabalharem com a omissão legislativa, pode-se perceber sua fragilidade como referência jurídica. Em muitos aspectos, se confronta com o próprio ordenamento, por exemplo, ao limitar a idade da mulher que se submeterá ao procedimento, ressaltando a possibilidade, pela via excepcional, de uma decisão compartilhada e esclarecida entre a paciente e o médico.

É importante salientar que as resoluções do mencionado órgão de classe têm-se revelado extremamente importantes, bem estruturadas e redigidas, auxiliando sobremaneira a solução de questões envolvendo as técnicas reprodutivas humanas. No entanto, diante de alguns vácuos normativos, algumas críticas se impõem, como as expostas neste ensaio.

Neste contexto, demonstrou-se a necessidade de enfrentamento da falta de norma jurídica para que se avance nos critérios atinentes à procriação medicamente assistida e para que se possa ter maior segurança jurídica quanto à utilização das técnicas. Isto porque questões desta natureza demandam um olhar apurado do julgador, porquanto versam acerca da vida humana, objeto de incontestável proteção pelo sistema jurídico pátrio.

Ainda sobre a temática, no que tange ao termo de consentimento informado, livre e esclarecido, devem as partes saber exatamente dos riscos a que são submetidas e quais as consequências que podem advir da utilização desse tipo de procedimento. Cite-se, como exemplo, a questão do avanço da faixa etária para a mulher se submeter ao procedimento, advindo de uma decisão apoiada em um parecer médico. Devem ser esclarecidas, também, quanto ao projeto parental como um todo, suas responsabilidades e deveres na qualidade de pais.

Finalmente, sobre o destino dos embriões congelados, deve haver uma uniformização sobre o prazo para eventual descarte e uma tutela jurídica mais adequada.

Entende-se que a simples propositura de nova normatização não seria a solução para todos os problemas no que se refere à reprodução assistida humana. No entanto, uma interpretação sistemática, valendo-se das normas deontológicas conjugadas com regras jurídicas mais objetivas e específicas, possivelmente estaria apta a trazer a tão esperada segurança jurídica, sempre alicerçada nos fundamentos constitucionais, como a dignidade da pessoa.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

PAIANO, Daniela Braga; ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa. As técnicas de reprodução assistida na Resolução nº 2.121/15 do Conselho Federal de Medicina – principais aspectos. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, vol. 11, p. 57-71, jan./mar. 2017.

Recebido em 12.09.2016
1º parecer em 27.09.2016
2º parecer em 17.10.2016