

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO PUC-SP**  
**DANIELLE BENISTE**

**A FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS NA**  
**REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA NO ÂMBITO**  
**JURIDICO BRASILEIRO**

**São Paulo,**  
**2019**

**DANIELLE BENISTE**

**A FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS NA  
REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA NO ÂMBITO  
JURIDICO BRASILEIRO**

Artigo científico apresentado a  
Pontifícia Universidade  
Católica de São Paulo Puc-Sp,  
como requisito para obtenção  
do grau de especialização em  
Direito Contratual, sob  
orientação da Prof. Luciana  
Chiavoloni de Andrade Jardim.

**São Paulo**

**2019**

## **FOLHA DE APROVAÇÃO**

**DANIELLE BENISTE**

### **A FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS NA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA NO ÂMBITO JURIDICO BRASILEIRO**

Artigo científico apresentado a Pontifícia Universidade Católica de São Paulo Puc-Sp, como requisito para obtenção do grau de especialização em Direito Contratual. Submetida a banca examinadora composta pelos membros:

---

Orientadora. Prof. Luciana Chiavoloni de Andrade Jardim.  
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo Puc-Sp

---

Prof.  
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo Puc-Sp

---

Prof.  
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo Puc-Sp

PARECER DA BANCA

( ) APROVADO

( ) REPROVADO

**São Paulo,**

**2019**

## RESUMO

O presente trabalho visa analisar a filiação decorrente da reprodução humana assistida, bem como a função social de seu respectivo contrato.

A importância do tema está na crescente influência da Biomedicina no Direito, principalmente, no Direito de Família e na falta de legislação extraordinária.

Para a compreensão do estudo, analisa-se as técnicas de reprodução assistida e a função do Conselho Federal de Medicina, como uma autarquia que possui atribuições legais de fiscalização e normatização da prática médica.

Além disso, estuda-se o princípio da função social do contrato de reprodução humana assistida, com ênfase no direito da personalidade e suas principais características.

Serão discutidos os direitos da mulher em ter filho, por meio das técnicas de reprodução assistida, o direito da criança em conviver com seus pais, o direito do doador em manter-se anônimo, e, o do médico de objetar.

Com relação a metodologia adotada, foi utilizada a pesquisa do tipo documental e bibliográfica.

Desse modo, o presente estudo foi baseado em livros, artigos científicos, dispositivos legais vigentes no ordenamento jurídico bem como decisões judiciais proferidas pelos nossos tribunais.

**Palavras-chave:** *Reprodução Humana Assistida, Função social do contrato, Falta de Legislação Extraordinária*

## ABSTRACT

The present work aims to analyze the affiliation resulting from assisted human reproduction, as well as the social function of its respective contract.

The importance of the theme is in the growing influence of biomedicine on law, especially in family law and in the absence of extraordinary legislation.

To understand the study, we analyze the techniques of assisted reproduction and the function of the Federal Council of Medicine, as an autarchy with legal attributions of supervision and standardization of medical practice.

In addition, the principle of social function of the assisted human reproduction contract is studied, with emphasis on personality law and its main characteristics.

It will be discussed the rights of the woman to have a child, through the techniques of assisted reproduction, the right of the child to live with her parents, the right of the donor to remain anonymous, and the physician's objectionary.

In relation to the methodology adopted, documental and bibliographic research was used.

Thus, the present study was based on books, scientific articles, legal provisions in force in the legal order and judicial decisions given by our courts.

**Keywords:** assisted human reproduction, social function of the contract, lack of extraordinary legislation

## **Sumário**

|      |                                                                      |    |
|------|----------------------------------------------------------------------|----|
| 1.   | INTRODUÇÃO .....                                                     | 1  |
| 2.   | DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA .....                                 | 3  |
| 2.1. | Conceitos e Espécies de Reprodução Humana Assistida.....             | 3  |
| 2.2. | A Reprodução Humana Assistida e o Ordenamento Jurídico Brasileiro .. | 6  |
| 2.3. | O Conselho Federal de Medicina e a Reprodução Humana Assistida ..... | 8  |
| 3.   | CONTRATOS.....                                                       | 10 |
| 3.1. | A Filiação: Conceito, Mudanças e o Princípio da Afetividade .....    | 10 |
| 3.2. | Contratos de Reprodução Humana Assistida .....                       | 11 |
| 3.3. | A Função Social dos Contratos na Reprodução Humana Assistida .....   | 14 |
| 4.   | DOS DIREITOS DAS PARTES DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA               | 16 |
| 4.1. | Direitos e Deveres do Doador do material genético.....               | 16 |
| 4.2. | Direito da Criança havida de Reprodução Humana Assistida .....       | 17 |
| 4.3. | Os Direitos e Deveres do Médico na Reprodução Humana Assistida ....  | 21 |
| 5.   | CONCLUSÃO .....                                                      | 24 |
| 6.   | REFERÊNCIAS.....                                                     | 26 |
| 7.   | ANEXO.....                                                           | 29 |

## 1. INTRODUÇÃO

O Direito e a Medicina possuem tempos diferentes, como apresenta Dantas (2015). Enquanto a medicina tem avançado muito rápido, os efeitos jurídicos desse avanço têm se mostrado lentos.

Esta alegação se encontra evidente na Reprodução Humana Assistida. O primeiro acontecimento de fertilização *in vitro* ocorreu no ano de 1978, na Inglaterra. No Brasil, só foi adotada essa técnica no ano de 1984. Apesar de já terem transcorridos vários anos, não há legislação específica que regulamenta esta técnica.

Dantas (2015) diz que o direito à saúde é dinâmico, modificável, e apresenta diversas divisões, mas entre eles o mais contestável é o da reprodução assistida:

*Suas potencialidades científicas, os dilemas éticos gerados a partir do frenético avanço das técnicas utilizadas na medicina reprodutiva, e a inexistência de parâmetros legais prévios para dirimir conflitos são alguns fatores que, aliados às mudanças no comportamento e no modo de pensar da sociedade, estão a criar um admirável mundo novo de possibilidades, escolhas e caminhos. (Dantas, 2015, p.289)*

Entretanto, vale a pena ressaltar, que estão em tramitação no Congresso inúmeros Projetos de Lei, sobre os efeitos civis da reprodução assistida, que datam desde 1997 até este ano, 2019.

No artigo 1.597, incisos III, IV e V, já é feita referência a reprodução humana. Entretanto, conforme Villas-Boas, ele não a normatiza, apenas apresenta um dos efeitos: a presunção de paternidade. Para Namba (2018) não incumbiria ao Código Civil regulamentar o tema. Na compreensão deste Doutrinador, o Conselho Federal de Medicina já regula a matéria.

Não obstante a opinião de Namba (2018), grande parte da doutrina, defende a suma relevância de um estatuto específico.

O presente artigo tem como função analisar a função social do contrato, como meio para expressar a vontade das partes, bem como discutir os direitos dos envolvidos na reprodução humana assistida.

Este trabalho foi dividido em três capítulos, com base nas doutrinas, nos projetos de lei, nos enunciados, nas Resoluções do Conselho Federal de Medicina e jurisprudências.

Para o desenvolvimento do tema proposto, no primeiro capítulo trataremos da reprodução humana assistida. Será analisado os conceitos, as características, as classificações conforme o Conselho Federal de Medicina e a doutrina. Seguidamente será confrontado a inexistência de lei específica com a normatização do Conselho Federal. Por último, será analisada as técnicas de reprodução humana assistida com sua transformação pelas normas do Conselho Federal.

No segundo capítulo, teremos como foco os contratos de Reprodução Humana Assistida. Será apresentado o conceito de filiação com suas principais mudanças, bem como a definição do princípio de afetividade. Adiante será apresentado a função social do contrato com as suas principais características.

No último capítulo, estudaremos, os direitos e deveres do anonimato do doador do material genético, os direitos dos filhos nascidos através da utilização da técnica, e os direitos e deveres dos médicos em manter sigilosa a identidade do receptor e doador.

## 2. DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

### 2.1. Conceitos e Espécies de Reprodução Humana Assistida

O desejo de procriação, ou seja, de se tornar pai ou mãe, nem sempre se concretiza pelas vias tradicionais, por haver fatores biológicos que transcendem ao anseio individual ou pela pretensão de constituir paternidade sem precisar de cônjuge/companheiro/parceiro. Tais vontades, segundo o Conselho Nacional de Justiça, no Enunciado 68 da I Jornada do Direito à Saúde<sup>1</sup>, se apresentam no rol de direitos fundamentais.

*“68 – BioDireito - Os direitos reprodutivos correspondem ao conjunto de direitos básicos relacionados com o livre exercício da sexualidade e da reprodução humana”.*

Na justificativa do Projeto de Lei 1.135 de 2003<sup>2</sup>, Maria Berenice Dias (2013), no seu livro Manual de Direito das Famílias, no capítulo da filiação, no subcapítulo chamado planejamento familiar, afirma que:

*O acesso aos modernos métodos de **reprodução assistida** é igualmente garantido em sede constitucional, pois planejamento familiar também significa a realização de projeto de parentalidade. O tema da inseminação artificial e da engenharia genética encontra embasamento neste preceito. Todas as pessoas têm direito fundamental à saúde sexual e reprodutiva. Assim, distúrbios da função reprodutora constituem problema de saúde pública, devendo o Estado garantir acesso a tratamento de esterilidade e reprodução. (DIAS, 2013, p. 366)*

Com o intuito de garantir a reprodução a indivíduos com limitações biológicas, a Biomedicina impulsionou as ciências a desenvolverem métodos e técnicas, objetivando solucionar a impossibilidade de algumas pessoas procriarem naturalmente. Dessa forma, foi criada a chamada Reprodução Humana Assistida.

A reprodução assistida consiste em um conjunto de técnicas médicas, onde especialistas concretizam a reprodução através de procedimentos em unidades hospitalares.

<sup>1</sup> <[http://www.cnj.jus.br/images/enunciados\\_aprovados\\_na\\_jornada\\_de\\_direito\\_da\\_saude\\_%20plenria\\_15\\_5\\_14\\_r.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/enunciados_aprovados_na_jornada_de_direito_da_saude_%20plenria_15_5_14_r.pdf)> acessado em 16.maio.2019 às 11:10

<sup>2</sup> < <http://www.camara.gov.br/> Acessado em 16. Maio .2019 às 14:40

Conforme, depreende-se do artigo 1 da Resolução 2168/2017 do Conselho Federal de Medicina<sup>3</sup> que segue transcrito:

*“1 - As técnicas de reprodução assistida (RA) têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de reprodução humana, facilitando o processo de procriação.”.*

O Doutrinador Gustavo Leite Ribeiro<sup>4</sup> em sua obra, define a reprodução assistida como:

*O conjunto de técnicas que favorecem a fecundação humana, a partir da manipulação de gametas e embriões, objetivando principalmente combater a infertilidade e propiciando nascimento de uma nova vida humana*

Assim, a reprodução assistida, é um conjunto de técnicas, utilizadas por médicos especializados, que tem por finalidade facilitar ou viabilizar a procriação por homens e mulheres estéreis ou inférteis

Como característica marcante da reprodução humana assistida, tem-se a substituição da situação fática da relação sexual pela vontade “*juridicamente qualificada de paternidade*”, conforme exposto no enunciado 103 da I Jornada de Direito Civil, do Conselho da Justiça Federal<sup>5</sup>. Dias (2018), enfatiza este entendimento, como comprova-se através da seguinte passagem:

*“(...)A partir do momento em que se tornou possível interferir na reprodução humana, por meio de técnicas laboratoriais, a procriação deixou de ser um fato natural para subjugar-se à vontade do homem”* (p.364).

A reprodução humana assistida é um gênero, que engloba diferentes técnicas laboratoriais, e como tal, pode ser dividida em diferentes espécies, sendo qualificada em relação ao procedimento, ao material utilizado e sendo classificada pelo Conselho Federal de Medicina, como será demonstrado a seguir.

A primeira distinção importante refere-se ao procedimento, se ele é *in vitro* ou *in vivo*. Nos termos da justificativa do Enunciado 105 da I Jornada de Direito Civil do Conselho

<sup>3</sup> <DINIZ, M. H. (2003). *Tratado Teórico e Prático dos Contratos*. São Paulo: ampl e atual.

<sup>4</sup> RIBEIRO, Gustavo Leite apud ORSELLI, Helena de Azeredo. A Reprodução Humana Medicamente Assistida e seus reflexos jurídicos na filiação. Revista Jurídica da Universidade Regional de São Paulo, n.13, jan/jun, 2017

<sup>5</sup> <<https://artigojuridico.com.br/2017/10/10/i-jornada-de-direito-civil/>> Acessado em 20 de maio de 2019 às 13:00

da Justiça Federal, *in vivo* é quando o procedimento ocorre dentro do organismo feminino e *in vitro*, fora dele.

Nesta mesma linha está o artigo do Dr. Joji Ueno<sup>6</sup>, a inseminação artificial *in vivo* é um procedimento mais simples e é realizado a partir da introdução do material masculino coletado, diretamente na cavidade feminina. Já a fertilização *in vitro* se concretiza com a coleta do material masculino e feminino e sua junção fora do corpo, este método é mais comumente conhecido como “bebê de proveta”.

Outra divisão está elencada na Resolução 2168/2017 do Conselho Federal de Medicina, qual seja a doação de gametas e embriões, a criopreservação dos gametas e embriões, gestação de substituição e reprodução *post-mortem*.

A reprodução *post-mortem* é, na definição de Pereira (2019), a técnica, pela qual, fecunda-se o sêmen ou gameta crio preservado do marido, após o seu falecimento. Esta forma de reprodução assistida é tratada no Código Civil no artigo 1.597, III, que deve ser interpretado a partir do Enunciado 106 da I Jornada de Direito Civil, ou seja, para que se presuma a paternidade é preciso que o falecido tenha autorizado por escrito a utilização do material após sua morte.

A gestação de substituição ou “a barriga de aluguel” ocorre quando a parente até 4º grau se oferece, gratuitamente, para carregar o filho de outrem, porque a mulher se encontra impossibilitada de engravidar por questões médicas, ou porque é um casal homo afetivo, conforme o item 1 e 2, do Capítulo VII da Resolução 2168/2017 do Conselho Federal de Medicina

A criopreservação consiste em armazenar os embriões e gametas excedentes, que podem ser usados por um período de 3 anos ou mais, e que poderão ser descartados pela vontade expressa dos pacientes, conforme o item 4 e 5, do Capítulo V da Resolução 2168/2017 do Conselho Federal de Medicina

A doação de gametas ou embriões é ato anônimo, não lucrativo. A inseminação artificial heteróloga depende da doação de gametas ou embriões para se concretizar.

---

<sup>6</sup> <http://www.minhavidade.com.br/familia/materias/17832-entenda-a-diferenca-entre-fertilizacao-in-vitro-e-inseminacao-artificial> > Acessado em 20 de maio de 2019 às 13:30

Importante frisar que os médicos e as equipes que realizam os procedimentos da reprodução humana estão vedados de participarem do programa como doadores.

O Projeto de Lei 2168/2017 elenca, as técnicas de reprodução humana assistida, quais sejam, inseminação artificial, fertilização *in vitro*, injeção intracitoplasmática de espermatozoide e transferência de embriões, gametas ou zigotos. O legislador deixa em aberto a possibilidade de outras técnicas, desde que essas não contrariem as diretrizes estabelecidas pelo Conselho Federal de Medicina.

Outra classificação diz respeito ao material genético utilizado. É chamada de homóloga, a reprodução assistida que utiliza o material genético do próprio casal, e heteróloga, quando o material genético é proveniente de doador externo à relação.

De acordo com a Resolução 2168/2017 do Conselho Federal de Medicina, podem ser pacientes da Reprodução Humana assistida, todas as pessoas capazes, que tenham solicitado o procedimento e cuja indicação não se afaste dos limites da resolução.

## **2.2. A Reprodução Humana Assistida e o Ordenamento Jurídico Brasileiro**

A Reprodução Humana Assistida é reconhecida e aplicada no Brasil desde 1984 e no mundo desde 1978. Apesar de já existir há trinta e cinco anos como situação fática, a legislação ainda é muito parca.

No Código Civil, esta técnica é abordada no artigo 1.597, incisos III, IV e V, que se referem à presunção de paternidade. De acordo com o artigo, presume-se a filiação quando o filho é havido por inseminação artificial homóloga, ou seja, com material do próprio casal, mesmo que falecido o marido, com sua autorização, ou quando havido por inseminação heteróloga com consentimento prévio do marido.

A ausência de regulação da reprodução humana assistida pelo Código Civil gera divisão doutrinária. Autores, como Renata M. Villas-Bôas (2017) e Eduardo Dantas (2018) criticam a regulamentação do Código Civil, haja vista que o Código não acompanhou as mudanças fáticas, tais como a reprodução humana, sendo o Código ultrapassado. Já para Namba (2018) foi acertado o Código Civil não ter trazido o tema, pois caberia à legislação específica normatizar as relações provenientes da reprodução humana, porém o Autor assume

que a redação do Código Civil, neste tocante, possivelmente dificultará a elaboração de lei específica.

Apesar, de ainda não haver lei especial que trate da reprodução assistida, tramitam na Câmara diversos Projetos de Lei, que objetivam regular o tema.

O Projeto de Lei mais antigo é o 2855 de 14 de março de 1997, proposto por Confúcio Moura. Desde sua proposição já ocorreram diversas mudanças tanto tecnológicas quanto no Direito de Família.

No entanto, entre este projeto de lei e outros mais recentes, mantiveram-se algumas proibições, características ou acrescentaram-se novas possibilidades. A título de exemplo, no projeto de lei de 1997, exige-se como requisitos para o uso das técnicas: a infertilidade, esterilidade e a ineficácia dos demais meios de reprodução. Em 2003, Projeto de Lei 1184, e em seu artigo 2º, além da infertilidade e esterilidade, acrescentou a possibilidade de uso das técnicas para prevenir as doenças genéticas ligadas ao sexo. No mais recente Projeto de Lei 2168/2017 atentou-se que:” *Todas as pessoas capazes, que tenham solicitado o procedimento e cuja indicação não se afaste dos limites desta resolução, podem ser receptoras das técnicas de RA, desde que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos, conforme legislação vigente*”.

Independentemente da falta de legislação, as pessoas recorrem às técnicas e ao judiciário para verem garantido seu direito à paternidade e maternidade. Eduardo Dantas (2018) relembra que a falta de legislação específica ou mesmo geral não exime o Judiciário de se manifestar sobre os conflitos que lhe aparecem, em razão do princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, previsto na Constituição Federal no artigo 5º, XXXV, o Judiciário não pode quedar inerte.

Além dos Enunciados elaborados pelos Conselhos da Justiça, existe o Conselho Federal de Medicina, que através de Resoluções orienta os médicos e hospitais na realização das técnicas da reprodução humana assistida.

### 2.3. O Conselho Federal de Medicina e a Reprodução Humana Assistida

Hodiernamente, a Reprodução Humana Assistida está normatizada, principalmente, pela Resolução nº 2168/2017 do Conselho Federal de Medicina.

O Conselho Federal da Medicina foi instituído pelo Decreto-Lei nº 7955 de 1945<sup>7</sup>, posteriormente revogado pela Lei nº 3.268 de 1957<sup>8</sup>, esta por sua vez teve alguns artigos alterados pela Lei 11.000 de 2004<sup>9</sup>. O Decreto nº 44.045 de 1958<sup>10</sup>, aprovou o regulamento interno do Conselho Federal de Medicina.

A Lei nº 3268 de 1957, em seus artigos 1º e 2º, define que o Conselho Federal de Medicina e os Conselhos Regionais de Medicina, conjuntamente, são autarquia, com autonomia administrativa e financeira e personalidade jurídica de direito público. Cabendo-lhes zelar pela ética e bom desempenho dos médicos e da medicina.

Em novembro de 1992 foi elaborada a primeira Resolução do Conselho Federal de Medicina, de número 1358<sup>11</sup>, que regulamentou a Reprodução Humana Assistida. Até 2015 a Resolução 2121 seguia vigente, porém, no ano de 2017, entrou em vigor a Resolução 2168<sup>12</sup>, que revogou a anterior.

Um assunto relevante quanto a resolução de nº 2.168/2017, é a possibilidade de cessão temporária do útero por familiares em grau de parentesco consanguíneo descendente, como filhas e sobrinhas, previsto no item 1, do Capítulo VII, desta mesma norma. Ainda de acordo com essa nova regra, homens e mulheres solteiros, também poderão se beneficiarem, já que o Conselho Federal de Medicina, vem se atualizando com as transformações da sociedade e com as decisões judiciais.

Pela Resolução 2121 de 2015, que foi revogada, somente mãe, avó, irmã, tia e prima podiam participar do processo de “barriga solidária

---

<sup>7</sup> < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1937-1946/Del7955.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del7955.htm) > Acessado em: 20.05.2019 às 16:58

<sup>8</sup> < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L3268.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3268.htm) > Acessado em: 20.05.2019 às 17:00

<sup>9</sup> < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2004/Lei/L11000.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L11000.htm) > Acessado em: 20.05.2019 às 17:05

<sup>10</sup> < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1950-1969/D44045.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D44045.htm) > Acessado em: 20.05.2019 às 17:08

<sup>11</sup> [http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/1992/1358\\_1992.pdf](http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/1992/1358_1992.pdf) > Acessado em: 20.05.2019 às 17:15

<sup>12</sup> <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168> > Acessado em: 20.05.2019 às 17:26

Outra mudança importante, foi quanto ao prazo para descarte de embriões. O período que anteriormente era de cinco anos, foi substituído para três anos. “<sup>13</sup>Este novo prazo foi adequado à Lei de Biossegurança, que permite a utilização para pesquisa de embriões congelados há três anos ou mais”.

Observa-se que, a idade máxima para a participação de doador em processos de Reprodução Humana Assistida continua o mesmo, ou seja, 35 (trinta e cinco) anos para mulheres e de 50 (cinquenta) anos para homens, na forma do item 3, Capítulo IV, da resolução atual.

Outra regra que continua vigente, faz referência ao número máximo de embriões que podem ser transferidos de acordo com a idade da mulher: até 35 (trinta e cinco) anos - no máximo dois, entre 36 e 39 (trinta e seis e trinta e nove) anos- até três, e com 40 (quarenta) anos ou mais- limite de quatro. O objetivo é evitar gravidez múltipla e os riscos dela decorrentes, tanto para a mãe quanto para os bebês. Essas determinações se encontram no item 7, Capítulo I, da resolução vigente.

Quanto a gestação após a morte do titular do material genético, a mesma, continua sendo permitida desde que haja autorização prévia feita ainda em vida, conforme Capítulo VIII, da resolução atual.

Em suma, a reprodução assistida compreende um agregado de técnicas executadas por médicos especialistas para garantir o direito das pessoas a se reproduzirem, quando estas não conseguem fazê-lo. As técnicas podem ser classificadas pelo doador do material utilizado, heterólogo ou homólogo, pelo tipo de procedimento, *in vitro* ou *in vivo*, pelo momento em que é realizado, *post mortem*, entre outras formas de divisão.

No polo legislativo, o Código Civil aborda o tema superficialmente, o que para Namba (2018) é o correto. Não havendo lei específica que normatize a reprodução humana assistida e suas consequências jurídicas. Contudo, tramitam numerosos projetos de lei no Plenário da Câmara dos Deputados, desde 1997.

No plano jurídico, em razão da demanda e do princípio da inafastabilidade da tutela jurídica, o Conselho da Justiça Federal e o Conselho Nacional de Justiça elaboraram Enunciados, com o fito de guiar os juízes nas decisões que envolvam a reprodução assistida.

---

<sup>13</sup> <http://www.cajesp.adv.br/mudancas-na-reproducao-assistida-resolucao-2168-2017/>> Acessado em 26.08.2019

### 3. CONTRATOS

#### 3.1. A Filiação: Conceito, Mudanças e o Princípio da Afetividade

Diniz (2010, p 287) define a filiação como “*vínculo existente entre pais e filho*”, vínculo este que nem sempre advém da relação sexual, como bem lembra a autora, há filiação no caso de inseminação artificial homóloga e heteróloga e na fertilização *in vitro*.

Pereira (2019, p 36) atenta para o conceito de filiação na vigência do Código Civil de 1916. Neste período, o ordenamento jurídico brasileiro e o Código supramencionado tratavam a filiação de modo desigual, significa dizer que havia discriminação entre os filhos, sendo estes categorizados como legítimos ou ilegítimos, que por sua vez podiam ser naturais ou espúrios.

Maria Berenice Dias, reforça o entendimento de Pereira ao elaborar o seguinte trecho: “(...) Assim, a situação conjugal do pai e da mãe refletia-se na identificação dos filhos: conferia-lhe ou subtraía-lhes não só o direito à identidade, mas também o direito à sobrevivência” (Dias, 2018, p. 361).

A Constituição de 1988 suscitou importantes transformações no ordenamento jurídico. A Carta Magna compõe-se de princípios como a liberdade, a igualdade, sendo o artigo 227, § 6º o mais importante para o tema, pelo modo como hoje é tratado, uma vez que ele veda a discriminação entre os filhos.

O Código Civil de 2002 e a Lei nº 8.069 de 1990 foram abertamente influenciados pela Constituição Federal. E expuseram a mesma proibição em seus artigos 1.596 e 20, respectivamente.

Gagliano e Pamplona (2014, p 98) em seu capítulo sobre filiação contemplam a magnitude da igualdade trazida com a Constituição de 1988. Os autores exultam essa vedação e defendem a não discriminação, pois ser filho não tem ligação com a situação fática da qual decorreu

No entanto, importante lembrar que o parentesco civil não decorre exclusivamente da adoção, expande-se o conceito deste parentesco para família socioafetiva e para filiação decorrente de reprodução assistida heteróloga.

Pereira(2019) conceitua a filiação socioafetiva como:

*(...)É a filiação decorrente do afeto, ou seja, aquela que não resulta necessariamente, do vínculo genético, mas principalmente de um forte vínculo afetivo. Pai é quem cria e não necessariamente quem procria. (...) Filiação, paternidade, maternidade, enfim, toda parentalidade, além de biológica pode ter também sua origem na socioafetividade, como já anunciado pela doutrina e jurisprudência, pelos princípios constitucionais e pela regra do art. 1593 do CCB (ps. 337-338)*

No entanto, cumpre esclarecer que a afetividade pode se ver mitigada, no caso em que a perfilhação foi gerada em erro, ou seja, quando o consentimento estiver viciado, pode ocorrer o desfazimento da filiação.

Na concepção de Diniz (2010), se a inseminação heteróloga foi feita sem consentimento prévio ou com vício, ela gera causa de separação judicial, já que a paternidade forçada atinge a honra e a moral do marido

### **3.2. Contratos de Reprodução Humana Assistida**

Contrato é uma relação jurídica entre dois ou mais indivíduos, ou seja, é um acordo de vontade entre as partes na qual se baseiam através da legislação vigente para adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial.

O vínculo que une o médico e paciente é contratual, pois de um lado temos uma pessoa (paciente) que procura serviços especializados de um profissional para atender seu

problema de saúde e de outro temos o profissional detentor de conhecimento especializado para ajudar na cura de seu paciente.<sup>14</sup>

Antes de adentrarmos no mérito do subcapítulo, faz necessário entendermos os métodos de realização dessa técnica com a sua classificação, a fim de que o contratante possa escolher o procedimento que pretende adotar.

A reprodução humana assistida pode ser dividida em duas categorias: a) ZIFT ((Zibot Intra Fallopiab Transfer): A ectogênese, ou fertilização in vitro, concretiza-se pelo método ZIFT, em que o óvulo da mulher é retirado e fecundado, sendo o embrião posteriormente introduzido no útero;<sup>15</sup> b) GIFT (Gametha Intra Fallopian Transfer): também funciona como mecanismo auxiliar dos genitores no processo reprodutivo dificultoso. Segundo Ferraz (2018), através de laparoscopia, óvulos da mulher são recolhidos, bem como o esperma, sendo colocados ambos numa cânula especial, preparados conforme o protocolo médico, sendo que tal junção é introduzida em cada uma das trompas de Falópio, onde a fertilização passa a ocorrer naturalmente.

A grande diferença da ZIFT em relação a GIFT é que, na primeira, a fecundação se realiza fora do corpo da mulher, enquanto, na segunda, o encontro do óvulo com o espermatozoide, formando o embrião, ocorre nas trompas.<sup>16</sup>

Quanto a origem do material reproduzido, as técnicas podem ser classificadas de duas formas: a) reprodução assistida homóloga, é usado somente o material genético e biológico dos pais; b) reprodução assistida heteróloga, se concebe por meio de uma doação de materiais genéticos de terceiros ou através de doação desses materiais de forma anônima.

Para tanto, valer-nos-emos dos ensinamentos de Lídia Elizabeth P. J. Gama:

*A inseminação artificial homóloga (IAC – Inseminação Artificial Conjugal) é realizada com o óvulo da mulher e o espermatozoide do marido, não trazendo este tipo de reprodução maiores controvérsias jurídicas, já que se estabelece o vínculo sanguíneo entre pais e filhos. [...] A inseminação artificial heteróloga (IAD – Inseminação Artificial com Doador) é realizada com a*

<sup>14</sup> FERNANDES, Silva da Cunha. As técnicas de Reprodução Humana Assistida e a Necessidade de sua Regulamentação Jurídica, Rio de Janeiro, Renovar, 2005, p. 133.

<sup>15</sup> DINIZ, Maria Helena. O estado atual do biodireito. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 569

<sup>16</sup> PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. Op.cit. p. 218.

*contribuição genética de um doador que não faz parte do casal, sempre e quando haja autorização prévia.*<sup>17</sup>

O acordo realizado entre a clínica de reprodução humana assistida e a parte interessada, para realização do respectivo procedimento, deve levar em consideração o método e a origem do material reproduzido. Contudo, o contrato de assistência médica é o mais utilizado entre as partes, ele deve ser bem elaborado e ter o consentimento do paciente.

O consentimento expresso irá reconhecer a utilização dos procedimentos que serão empregados durante a reprodução.

Assim, o contrato assinado, transfere a clínica contratada, atribuição para escolher o material genético adequado para a execução do procedimento.

O contrato de assistência médica pode abranger tanto o contrato médico quanto o contrato de assistência médico-hospitalar. No contrato de assistência médica é pactuada a prestação de serviços profissionais desta espécie a um cliente; já o contrato de assistência médico-hospitalar inclui, além da prestação objeto do contrato de assistência médica, também a internação em clínica ou hospital e alimentação, inclusos ou não em plano de saúde (DINIZ, 2003, p. 590).

Maria Helena Diniz, demonstra em seu livro, que os contratos de assistência médica para serem válidos, devem cumprir alguns requisitos, como:

*Subjetivo, pois ambos os contratantes precisarão ser capazes. A contratada, organização médico-hospitalar, que prestará os serviços, será pessoa jurídica, devidamente registrada e representada, e o contratante [...] deverá estar habilitado, quite com seus deveres, para que possa receber os tratamentos necessários especificados contratualmente, tendo, se internado, direito ao fornecimento de alimentação e aos demais serviços hospitalares. b) Objetivo, o objeto desse contrato é a prestação de serviços médicos, cirúrgicos ou não, de atendimento e fornecimento de alimentos, se houver internação do paciente. c) Formal, em regra, deverá ser feito por escrito, sendo contrato por adesão, já impresso, sendo suas cláusulas submetidas à aprovação do sócio contratante (DINIZ, 2003, p. 590).*

Sendo o contrato um negócio jurídico, pressupõe agentes capazes, que é aquela pessoa que pode exercer seus direitos e responder por suas obrigações. Esse primeiro requisito é verificado no momento em que as partes entregam os documentos. Dos pacientes ocorre

---

<sup>17</sup> GAMA, Lúcia Elizabeth P. J. A inseminação artificial heteróloga. Revista Jurídica Consulex, ano VIII, n. 168, jan./2019, p. 44.

com a entrega do documento pessoal, demonstrando a sua capacidade e da clínica, se forem pessoa jurídica, através do documento que comprove o efetivo registro na Junta Comercial.

Quando aos requisitos objetivos, é levando em consideração o conteúdo do próprio instrumento contratual, sendo de extrema relevância as obrigações pactuadas entre as partes.

Em relação aos aspectos formais, os contratos para terem validade, devem ser escritos.

A maioria dos contratos de assistência médica, são contratos de adesão, que são aqueles apresentados prontos para o aceite, anteriormente preparados e até mesmo impressos por uma das partes. Dessa forma, os pacientes (contratados) não possuem oportunidade de discutirem ou modificarem os conteúdos das cláusulas contratuais, pois, ao assinarem, aderem todas condições que foram apresentadas.

Diante da relação jurídica da clínica e do contratado, verificamos que existe uma relação de consumo entre as partes, e por esta razão, deve ser aplicada as regras do Código de Defesa do Consumidor.

A relação de consumo se configura quando há um consumidor, um fornecedor e um produto que relacione um ao outro. Verifique-se que para indicar relação de consumo obrigatoriamente tem que existir os três elementos.

Nessa perspectiva a reprodução se conecta com o consumo fornecendo um quadro que permite explorar necessidades, desejos, ideais culturais a partir da aquisição de serviços e bens para viabilizar a sua reprodução (FLERCHER, 2006)

### **3.3. A Função Social dos Contratos na Reprodução Humana Assistida**

“A função social nos contratos de Reprodução Humana Assistida, é a possibilidade da utilização desta técnica para a concretização do projeto parental, e também de formar uma família considerada “completa”<sup>18</sup>.

---

<sup>18</sup> <https://www.adlogados.com/artigos/visualizar/a-funcao-social-da-reproducao-assistida14> >Acessado em 26.08.2019, as 10:56.

A infertilidade e a esterilidade são problemas que afetam alguns indivíduos, inclusive são causas de diversos divórcios até hoje. Esses problemas impulsionaram a solução para essas questões através das técnicas de reproduções humanas assistidas.

“Hoje mulheres que não ovulam mais, podem engravidar por meio de óvulos que são doados, homens que não produzem espermatozoides maduros, podem se sujeitar a uma técnica onde permite a retirada das células pré-espermatozoides e amadurecê-las para que futuramente sejam utilizadas na fertilização in vitro. Essas técnicas de reprodução assistida possibilitam a filiação para quem não pode ter filhos pelos métodos convencionais”<sup>19</sup>

A adesão das referidas técnicas, é uma decisão do casal, na qual, diante de diversos problemas, como, infertilidade e a esterilidade, possam ter filhos e construir um núcleo familiar

Conforme Roveratti (2007, p. 125/126): As pessoas que enfrentam dificuldades para engravidar devem passar por uma avaliação médica, para possibilitar um diagnóstico preciso e definir uma alternativa de tratamento. O diagnóstico da infertilidade é conjugal, e não somente do homem ou da mulher.

A Organização Mundial de Saúde (OMS) <sup>20</sup>tem conceituado a infertilidade pela ausência de concepção depois de dois anos de relações sexuais não protegidos.

A Resolução 2.013/2013 afirma que “As técnicas de reprodução assistida (RA) têm o papel de auxiliar a resolução dos problemas de reprodução humana, facilitando o processo de procriação. As técnicas de RA podem ser utilizadas desde que exista probabilidade efetiva de sucesso e não se incorra em risco grave de saúde para a paciente ou o possível descendente, e a idade máxima das candidatas à gestação de RA é de 50 anos”

Com o avanço da Biomedicina, tornou-se mais fácil a realização do desejo do casal de ter seus próprios filhos e construir a sua família.

---

<sup>19</sup>< <https://cepein.femanet.com.br/BDigital/arqTccs/1111401424.pdf>>, acesso em 23/05/2019, as 11:44

<sup>20</sup> Disponível em: [http://biologia-rma.blogspot.com.br/2007/12/blog-post\\_5274.html](http://biologia-rma.blogspot.com.br/2007/12/blog-post_5274.html) Acessado em 23/05/2019, às 12:34.

## 4. DOS DIREITOS DAS PARTES DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

### 4.1. Direitos e Deveres do Doador do material genético

O direito do doador do material genético é permanecer anônimo e não ter sobre a criança nenhuma responsabilidade. Este direito permaneceu inalterado ao longo das Resoluções do Conselho Federal de Medicina, nos Projetos de Lei e na doutrina.

Nas Resoluções 1.358 de 1992 e 1.957 de 2010 do Conselho Federal de Medicina, ele está previsto no capítulo IV, 2 e 3, e nas 2.013/2013 e 2.168/2017, no capítulo IV, 2 e 4:

*“2- Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa.”*

*“4 - Obrigatoriamente será mantido o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e embriões, bem como dos receptores. Em situações especiais, as informações sobre doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do doador.”*

O Projeto de Lei nº 2.855 de 1997, prevê o sigilo na identidade do doador, sendo infração passível de reclusão de 1 à 3 anos e multa, caso haja a quebra. Salvo, quando a quebra é permitida, por motivações médicas, previsto no artigo 9º, parágrafo único. Importante frisar, o fato de revelar o doador por questões médicas, não significa permitir reconhecimento de paternidade:

*“Art. 21. A revelação da identidade do doador, no caso previsto no parágrafo único do artigo 9º, parágrafo único, desta lei, não será motivo para determinação de nova filiação.”*

*“Art. 22. É vedado o reconhecimento da paternidade, ou qualquer relação jurídica, no caso de morte de esposo ou companheiro anterior à utilização médica de alguma técnica de RHA, ressalvados os casos de manifestação prévia e expressa do casal.”*

O Projeto de Lei nº 1.184 de 2003, normatiza o sigilo no artigo 8º, com a ressalva do artigo 9º, nas quais permite-se acesso do receptor ou do filho, aos dados do doador, por motivo de saúde ou por autorização judicial, sempre prezando pelo anonimato. Também

prevendo como crime a divulgação desautorizada, no artigo 19, V, com a mesma pena do Projeto de Lei de 1997.

A Resolução 2.168/2017, no Capítulo IV, número 4, se manifesta sobre o anonimato e sigilo dos doadores.

*4. Será mantido, obrigatoriamente, sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e embriões, bem como dos receptores. Em situações especiais, informações sobre os doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do(a) doador(a).*

A partir da leitura dos Projetos de Lei e das Resoluções do Conselho Federal de Medicina, seria possível concluir que o direito ao anonimato, é, na verdade, direito-dever? Por um lado, o doador está protegido de possível responsabilidade ou ação de investigação de paternidade, mas, ele próprio está vetado de buscar essa paternidade. Caso a deseje, ele, também, está proibido de ter contato com os receptores. Por outro lado, surge para o médico o dever de manter sigilo, salvo as exceções previstas, caso o médico quebre este sigilo, sofrerá penalidades.

*“(...)Importante, também, que se proteja com o anonimato o doador do sêmen, que deverá abrir mão de qualquer reivindicação de paternidade e também não poderá ser demandado a esse respeito”. (Venosa, 2003, p.281).*

Barbosa e Barreto (2001) enfatizam que o doador tem o direito constitucional de sua privacidade, previsto no artigo 5º, X, da Carta Magna, e que o médico ao quebrar o sigilo, estará violando este direito, mas, há casos em que se pondera a necessidade de quebra do sigilo.

#### **4.2. Direito da Criança havida de Reprodução Humana Assistida**

A condição de filho independe da sua concepção, como vimos, não necessariamente a filiação se dá pelos fatores biológicos. O reconhecimento do filho, a sua gestação e criação suscitam para o gestado - a criança-, direitos inerentes à sua condição.

As formas de conceber podem gerar diferentes direitos para a criança. O filho havido na constância do casamento tem direitos em relação a ambos os pais, já na

inseminação artificial heteróloga de mulher solteira, o poder familiar e os direitos de filho se limitam à mãe, não havendo a criança direitos em relação ao doador do material genético.

O filho, pela sua condição, tem direito à paternidade/maternidade responsável, que não está ligada, necessariamente, ao fator biológico, mas sim ao afeto, apreço e cuidado que os pais têm de dispensar aos filhos, são os direitos e deveres, que aqueles têm com esses.

O Código Civil no artigo 1.597, III, trata da reprodução assistida homóloga, e da possibilidade de inseminação *post-mortem*. Namba (2018) mantém coerência com sua linha de raciocínio ao tecer críticas à expressão “*mesmo que falecido ao marido*”, haja vista os princípios da paternidade responsável e dignidade da pessoa humana, não é cabível uma criança nascer já sem pai.

Nesta linha de pensamento, não seria viável, então, alargar os participantes da reprodução assistida para pessoas solteiras, porque já nasceram sem pai ou mãe, a depender da espécie da técnica e do receptor, justamente, porque não se estabelece o vínculo de paternidade entre doador e a criança.

O Estatuto da Criança e do Adolescente no artigo 48, possibilita ao adotado conhecer os pais biológicos se assim o quiser, quando completar 18 anos de idade. Esta permissão do estatuto é conhecida como direito à identidade genética. Para maior parte da doutrina este direito não abraça a reprodução assistida heteróloga.

O conhecimento da origem genética é um dos direitos inerentes da personalidade, não tem rol taxativo e encontram-se previstos nos artigos 11 ao 21 do Código Civil. De acordo com o teor do artigo 11, eles são direitos irrenunciáveis e intransmissíveis, salvo os casos previstos em lei. Pereira (2019), elenca os direitos da personalidade nos ramos pertinentes a este estudo:

*No Direito de Família e Sucessões, eles se exemplificam tais como o direito à identidade e ao nome, à paternidade ou apenas ao conhecimento da origem genética, à paternidade/maternidade socioafetiva, o direito de suceder do nascituro e do filho gerado por inseminação post-mortem, etc. (p. 533).*

Cumprе diferenciар o direito a ter a paternidade reconhecida, que é o ponto acima apresentado, e o direito de conhecer a origem genética. Neste segundo caso, tem-se a previsão, inclusive, na Resolução 2.168/2017 do Conselho Federal , refere-se ao direito da

criança de tomar ciência de características do doador, para fins de histórico de doenças. Maria Berenice Dias (2018), atenta para o tema:

*“(...)O direito de conhecer a origem genética, a própria ascendência familiar, é um preceito fundamental, um **direito da personalidade**: direito individual, personalíssimo, que é necessariamente o direito à filiação.” (Dias, 2013, p.370)*

Ainda que a criança conheça o doador, sob esta finalidade, ela não tem o direito de reclamar a paternidade. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul se manifestou no sentido de reconhecer a paternidade, mas não gerar nenhum direito sucessório ou decorrente da filiação.

<sup>21</sup>TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nº 70053501920 (Nº CNJ: 0074817-74.2018.8.21.7000)

2018/Cível

**APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. RECONHECIMENTO TÃO SOMENTE DA PATERNIDADE BIOLÓGICA EM RAZÃO DA EXISTÊNCIA DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA COM O PAI REGISTRAL.**

*O reconhecimento do estado de filiação é um direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, de sorte que até a pessoa adotada tem o direito constitucional de investigar sua filiação biológica (CE, § 6º do art.227), sem que a decisão final passe necessariamente pela nulidade do registro, que se sobrepõe à paternidade biológica quando caracterizada a existência do vínculo afetivo.*

*Caso em que apenas se reconhece o vínculo biológico entre a apelante e o investigado, sem qualquer outra consequência jurídica.*

**DERAM PARCIAL PROVIMENTO.**

(...)

*No caso dos autos, estão em jogo os interesses de menor. Logo, a melhor solução é manter o pai registral como sendo o pai da autora, pois está demonstra a paternidade socioafetiva, a qual se sobrepõe à paternidade biológica.*

*Logo, assegura-se à autora o direito de ver declarada sua origem genética, apenas.*

*Por tais razões, pequena correção deve ser feita na sentença, tão somente para declarar a paternidade biológica do réu em relação à autora, sem qualquer efeito jurídico, nem mesmo de ordem patrimonial.*

*ISSO POSTO, o Parecer é pelo parcial provimento do recurso interposto, apenas para declarar a paternidade biológica do réu em relação à autora, sem qualquer efeito jurídico, nem mesmo de ordem patrimonial.”*

*ANTE O EXPOSTO, dou parcial provimento à apelação, apenas para declarar a paternidade biológica entre a apelante e Alexandre, sem qualquer outra consequência jurídica. Viável a averbação dessa informação, à margem do registro de nascimento da autora, caso seja do seu interesse.*

*Sem alteração da sucumbência.*

<sup>21</sup> Acessado em 03/06/2019, as 15:41

**Des. Alzir Felipe Schmitz (REVISOR)** - De acordo com o (a) Relator (a).  
**Des. Ricardo Moreira Lins Pastl** - De acordo com o (a) Relator (a).  
**DES. RUI PORTANOVA** - Presidente - Apelação Cível nº 70053501920, Comarca de Alegrete: "DERAM PARCIAL PROVIMENTO. UNÂNIME."

Quanto aos direitos do nascituro, Namba (2018) debate se caberia estender este direito aos embriões, apresentando pontos doutrinários distintos.

Na visão de Eduardo de Oliveira Leite, independentemente da fase em que se encontra o embrião ou forma de concepção, ele é sujeito de direito e deve ser protegido; com ele concordam Reinaldo Pereira e Silva e o italiano Eduardo Poeta.

Para Jussara M. L. Meirelles (2000) o embrião é ser humano, de forma que devem ser reconhecidos para ele todos os direitos intrínsecos e respeito à sua dignidade.

Depois de gerada, em relação ao parente que cria, não há discussão, a criança tem os mesmos direitos previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente, na Constituição Federal e no Código Civil, tais como o direito ao desenvolvimento físico, mental e moral (artigo 2º da Lei 8.069 de 1990), à prioridade, à proteção, à liberdade, ao respeito. A Constituição elenca os direitos da criança e adolescente:

*Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)*

Dentre os direitos previstos na Constituição, no Estatuto da Criança e do Adolescente e no Código Civil, um tem especial importância, que é o direito da convivência familiar, ou direito de visitas – como chama o Código Civil.

No Código Civil, trata-se os direitos de visita como, primariamente, dos pais, que não detém a guarda. No entanto, o detentor do direito à convivência é, também, a criança ou adolescente. Dias (2018) explicita, que a não convivência entre filhos e pais, afeta os dois:

*“(…) Tanto sofre o dano o filho que não conheceu o pai, como este que, por não saber da existência do filho, ou ter sido dele afastado de forma a não conseguir conviver com ele.” (Dias, 2018, p. 471).*

### 4.3. Os Direitos e Deveres do Médico na Reprodução Humana Assistida

A paternidade e maternidade, nos casos de técnica de reprodução, envolvem terceiros alheios à relação. Não se refere aqui, somente, a inseminação artificial heteróloga, mas as técnicas, em geral, haja vista, que a equipe médica passa a integrar essa relação.

No momento em que o médico interfere na reprodução, surgem para ele direitos e deveres.

Antes de adentrarmos, nos direitos e deveres dos médicos, faz necessário, conceituarmos a distinção entre obrigações de meio e de resultado.

Segundo Rafael Aguiar-Guevara, as obrigações de meio são aquelas em que o caráter aleatório do resultado perseguido, especialmente na medicina, impede que se exija um desfecho específico a ser alcançado; cabe ao devedor empregar a diligência, a perícia e prudência necessária a execução da obrigação. Por sua vez, as obrigações de resultado são aquelas nas quais a prestação assumida pelo devedor é precisa, determinada, é um fim em si mesma, e a não consecução do resultado é prova suficiente do inadimplemento do devedor.<sup>22</sup>

As obrigações assumidas pelos médicos são, em regra, conforme a doutrina<sup>23</sup> e jurisprudências majoritárias, de meio. “O médico, em geral, sobretudo quanto aos cuidados profissionais- atividade central- contrai uma obrigação de meio, posto que só promete a realização de um comportamento diligente para alcançar um resultado não garantido por ser aleatório.”<sup>24</sup>

Porém, há situações em que o médico assume obrigações de resultado. É o que ocorre, em geral, nas hipóteses dos exames laboratoriais que não oferecem riscos, intervenções cirúrgicas de notória simplicidade ou de cirurgia estética<sup>25</sup>

---

<sup>22</sup> Rafael Aguiar Guevara, Tratado de derecho médico, cit, p.141

<sup>23</sup> Alberto J Bueres, Responsabilid civil de los médicos, cit, p 489-509; Amélia do Rosário Motta de Pádua, Responsabilidade civil na reprodução humana Assistida, cit, p149; Edmilson de Almeida Barros Júnior, A responsabilidade civil do médico, uma abordagem constitucional, cit, p 116.

<sup>24</sup> Alberto J Bueres, Responsabilid civil de los médicos, cit, p 469, Amélia do Rosario Motta de Pádua

<sup>25</sup> Rafael Aguiar Guevara, Tratado de derecho médico, cit, p.187.

A regra como visto, é que as obrigações assumidas pelo médico são de meio e não de resultado. E quanto aos contratos de reprodução humana assistida?

Amélia do Rosário Motta de Pádua<sup>26</sup>, entende que o objeto desses contratos é a utilização de meios técnicos científicos para a compensação de infertilidade, não a sua cura.

Neste mesmo entendimento, João Álvaro Dias<sup>27</sup>, afirma que a orientação conformadora do regime jurídico das técnicas de reprodução humana assistida, vai no sentido de considerar que o médico está apenas vinculado por uma obrigação de meio.

Já os serviços complementares, como exames laboratoriais (testes hormonais, espermogramas, etc.) e especializados (raio x, ultrassonografia, etc.), bem como o uso de serviços hospitalares (pequenas internações, salas de cirurgias), encerram obrigações de resultados, que geram responsabilidades objetivas<sup>28</sup>.

Os deveres do médico podem ser positivos, como ser ético e atender as exigências e diretrizes previstas nas Resoluções do Conselho Federal de Medicina, escolher o material genético de doador com fenótipo mais próximo do doador, ou de manter em sigilo a identidade do receptor e do doador, ou podem ser negativos, como por exemplo, não usar o mesmo material genético em número acima do estipulado no mesmo estado. Caso o médico rompa com este dever e divulgue a identidade do doador, sem autorização, ele será responsabilizado:

*Do mesmo modo, outra possibilidade não há senão a responsabilização do médico que infringe o dever do sigilo, revelando os nomes das partes envolvidas. Também, neste aspecto, sua obrigação é de resultado, pois não sofre, a princípio, influência de nenhuma circunstância exterior que pudesse justificar a quebra (Barbosa e Barreto, 2001, p.140)*

O Conselho Federal de Medicina, na Resolução 2.168/2017, no II refere-se aos pacientes das técnicas de Reprodução Assistida, como dito anteriormente, possibilitou para pessoas solteiras e homoafetivas se reproduzirem por meio das técnicas, mas assegurou ao médico o direito de objetar, conforme:

---

<sup>26</sup> Amélia do Rosario Motta de Pádua, Responsabilidade Civil na Reprodução Humana Assistida, cit, p 203

<sup>27</sup> João Alvaro Dias, Procriação Assistida e responsabilidade médica, cit, p 256.

<sup>28</sup> Amélia do Rosario Motta de Pádua, Responsabilidade Civil na Reprodução Humana Assistida, cit, p 204

*“2 - É permitido o uso das técnicas de RA para relacionamentos homoafetivos e pessoas solteiras, **respeitado o direito a objeção de consciência por parte do médico.**”*

Entretanto, o que significa o direito de objetar, com base na sua consciência? Este direito é subjetivo? Diz respeito a liberdade do médico de negar às pessoas acima descritas, o uso das técnicas, em razão da sua crença pessoal?

A Constituição Federal em seu artigo 5º, VI torna inviolável o direito à liberdade de consciência e de crença. Deste modo, é garantia constitucional do médico a sua liberdade de oposição à reprodução de mães e pais solteiros ou homoafetivos.

Namba (2018) ao comentar sobre o direito de objeção do médico, sopesa o direito das pessoas que desejam se reproduzir e o direito de consciência do médico, conforme segue transcrito:

*(...) Se, de um lado, deve-se respeitar a individualidade de quem quer ter a prole, de outro, pode ser que o médico não se sinta confortável em auxiliar todo e qualquer indivíduo nesse desiderato e ele não pode ser sancionado por suas convicções expressas, não expressas (Namba, 2015, p. 133).*

Recapitulando, a reprodução assistida tem como parte a mãe/pai solteiro – ou casal -, o doador - ou doadora do material genético - e a equipe médica. Essas partes têm direitos e deveres entre si.

O doador tem o direito de se manter anônimo e não ser responsabilizado pela formação da criança. No entanto, tem o dever de permanecer anônimo e não buscar o reconhecimento de paternidade.

A criança tem direito a desenvolvimento afetivo, e de ser provido o necessário para uma vida digna, tem direito à paternidade responsável, tem direito de ter seus pais em sua companhia, tem direito à origem genética.

Por fim, o médico tem o dever de manter o sigilo entre doador e receptora, dever de selecionar material genético similar, de ter controle sobre o material genético utilizado. E tem o direito à consciência; e, crença e com base nesses direitos, o médico pode se objetar em realizar a reprodução assistida.

## 5. CONCLUSÃO

A partir das análises compreende-se que o direito à reprodução faz parte do conjunto de direitos do planejamento familiar, sendo estes direitos básicos, que devem ser garantidos, pelo Estado, aos indivíduos.

Com a finalidade de garantir a execução desses direitos para os que se encontram impossibilitados de realiza-los, pela infertilidade ou pelo desejo de se reproduzir sem parceiro, criaram-se as técnicas de reprodução humana assistida.

A reprodução assistida engloba diferentes técnicas, que são regulamentadas, atualmente, pelo Conselho Federal de Medicina, sendo prevista na Lei de Planejamento Familiar e, brevemente, citada no Código Civil, na parte de presunção de paternidade.

A maioria da doutrina, e alguns legisladores, reconhecem a necessidade de lei específica que trate do tema, haja vista sua grande influência no Direito, em específico no Direito de Família.

O uso das técnicas, especialmente, quando envolve material de terceiros, gera no nosso ordenamento jurídico diversos questionamentos. Caso, a inseminação seja realizada por um casal, mesmo usando material de terceiros, se o marido consentiu previamente, e não havendo vício no consentimento, ele se torna o pai da criança e passa a ter com ela obrigações.

. O princípio da afetividade é o principal vetor, nas relações de parentesco, os pais não são aqueles que doaram o material genético, e, sim, aqueles que criam a criança e participam ativa e afetuosamente do desenvolvimento desta

Nos procedimentos de reprodução assistida, todos os envolvidos têm direitos e deveres mútuos, que são conflitantes ou complementares.

O primeiro conflito refere-se ao direito da mulher em decidir como quer constituir sua família, com ou sem marido/companheiro/parceiro ou com marido mas com ou sem

filhos. Se encontra previsto na Constituição e na Lei de Planejamento familiar. O desejo da mulher de procriar sozinha, também, já está permitido pela Resolução 2.168/2017.

Outro direito da receptora é não ser demandada pelo doador do material genético, o que significa que este não pode exigir daquela o reconhecimento à paternidade. Porém, este direito implica em um dever para a receptora, qual seja, não demandar do doador reconhecimento da paternidade do filho gerado.

O médico também tem o dever de manter sigilosa a identidade da receptora e do doador do material. Mas, este dever pode ser mitigado no direito da criança de conhecer sua origem genética, conforme o seguinte parágrafo:

*Um dos exemplos é o que envolve a questão da confidencialidade e anonimato, especialmente aqueles que protegem a identidade do doador do material genético. Se por um lado o doador tem direito de permanecer anônimo, a criança gerada por métodos de reprodução assistida heteróloga pode pleitear o direito ao conhecimento de sua origem genética, seja para fins de preenchimento de sua história pessoal, seja para atender a uma necessidade psicológica, de saúde ou tratamento que prescindia de informações de caráter biológico. (Dantas, 2015, ps.322-323)*

Diante do exposto, nota-se que os direitos da receptora complementam o do doador, de não participação deste na vida criança e, em consequência, a impossibilidade de ser responsabilizado por ela. Em razão destes direitos, surgem deveres para a receptora de não demandar do doador a paternidade, e o doador não exigir o reconhecimento de sua paternidade para a receptora, e o dever do médico de manter o sigilo. Entretanto, conflita com o direito da criança em ter, na sua convivência, os pais.

A paternidade incerta, não será, necessariamente, um problema, se a criança está se desenvolvendo com afeto, amor e dignidade, na companhia do pai ou da mãe que desejou gera-lo.

Concluindo, faz-se mister uma lei específica que trate da reprodução humana assistida e seus efeitos no mundo jurídico, tendo em mente, o princípio do afeto, o direito ao planejamento familiar, e os direitos da criança em ter paternidade responsável.

## 6. REFERÊNCIAS

BRASIL, Jornada do Direito à saúde do Conselho Nacional de Justiça de 15 de maio de 2014. Disponível >[http://www.cnj.jus.br/images/enunciados\\_aprovados\\_na\\_jornada\\_de\\_direito\\_da\\_saude\\_%20plenria\\_15\\_5\\_14\\_r.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/enunciados_aprovados_na_jornada_de_direito_da_saude_%20plenria_15_5_14_r.pdf)> acessado em 16.maio.2019 às 11:10

BRASIL, Projeto de Lei nº 4665 de 16 de maio de 2001. *Dispõe sobre a autorização da fertilização humana "in vitro" para os casais comprovadamente incapazes de gerar filhos pelo processo natural de fertilização e dá outras providências.* <Disponível em: <http://www.camara.gov.br/> > Acesso em: 16 de maio de 2019 as 14:40.

BRASIL, Artigo Jurídico de 10 de outubro de 2017. Disponível em <https://artigojuridico.com.br/2017/10/10/i-jornada-de-direito-civil/>. Acesso em 20 de maio de 2019, as 13:00.

BRASIL, DECRETO Nº 7.955 de 13 de setembro de 1945. Revogada pela Lei 3.268 de 1957. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1937-1946/Del7955.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del7955.htm). Acesso em 20 de maio de 2019 as 16:58

BRASIL, LEI Nº 3.268 de 30 de setembro de 1957. *Dispõe sobre os Conselhos de Medicina, e dá outras providências.* Disponível: <<http://www.planalto.gov> >Acesso em: 20.05.2019 as 17:00

BRASIL, LEI Nº 11.000 de 13 de setembro de 2004. *Altera dispositivos da Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957, que dispõe sobre os Conselhos de Medicina, e dá outras providências.* Disponível: <<http://www.planalto.gov> >Acesso em: 20.05.2019 as 17:05

BRASIL, Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1358 de 11 de novembro de 1992. *Adota as Normas Éticas para a Utilização das Técnicas de Reprodução Assistida, anexas à presente Resolução como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos.* Disponível em: < <http://www.portalmedico.org.br/>>. Acesso em 20.105.2019, as 17:15

BRASIL, Projeto de Lei nº 2168 de 2017. *Institui o Estatuto da Reprodução Assistida, para regular a aplicação e utilização das técnicas de reprodução humana assistida e seus efeitos*

*no âmbito das relações civis sociais.* <Disponível em: <http://www.camara.gov.br>> Acesso em: 20.05.2019, as 17:26

BARBOSA, Heloisa Helena e BARRETO, Vincente de Paulo. *Temas de biodireito e bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001

DANTAS, Eduardo. *Direito médico*. 3ª ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2015.

DANTAS, Eduardo. *Direito médico*. 3ª ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2018.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*, volume 2. 5. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2003.

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010

FERNANDES, Silva da Cunha. *As técnicas de Reprodução Humana Assistida e a Necessidade de sua Regulamentação Jurídica*, Rio de Janeiro, Renovar, 2005.

FERRAZ, A. C. B. B. C. *Reprodução Humana Assistida e suas Consequências nas Relações de Família*. Curitiba: Juruá, 2018.

FLETCHER, Ruth. *Reproductive consumption*. *Feminist Theory*, Vol 7, Issue 1, Autumn 2006, London

GAMA, Lídia Elizabeth P. J. *A inseminação artificial heteróloga*. *Revista Jurídica Consulex*, ano VIII, nº 168, jan./2019.

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: direito de família - as famílias em perspectiva constitucional*. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2014.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias monoparentais: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

LOREANNE, Manuelle de Castro França e Rita De Cássia, *Da inserção de cláusulas de não indenização nos contratos de Reprodução Humana assistida*, Disponível em

<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=7c220a2091c26a7f>, Acesso em 24.05.2019, as 13:00

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. *A vida humana embrionária e sua proteção jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000

RIBEIRO, Gustavo Leite apud ORSELLI, Helena de Azeredo. A Reprodução Humana Medicamente Assistida e seus reflexos jurídicos na filiação. *Revista Jurídica da Universidade Regional de São Paulo*, n.13, jan/jun, 2017

NAMBA, Edison Tetsuzo. *Manual de Bioética e biodireito*. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2018

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Dicionário de Direito de Família e Sucessões*. São Paulo, Saraiva, 2019

PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Problemas Atuais de Bioética*. Edições Loyola, São Paulo, 2018.

ROVERATTI, Dagmar Santos. *Guia da sexualidade*. 2ª Ed. 2007 São Caetano do Sul.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: direito de família*. 3ª ed, São Paulo: Atlas, 2003.

UENO, Joji. *Entenda a diferença entre fertilização in vitro e inseminação artificial: Ambos são tratamentos para infertilidade, mas tem indicações e graus de complexidade diferentes*. Minha vida, agosto 2014. Disponível em: <<http://www.minhavidade.com.br/familia/materias/17832-entenda-a-diferenca-entre-fertilizacao-in-vitro-e-inseminacao-artificial>> Acessado em 20.05.2019, as 13:30

VILAS-BÔAS, Renata Malta. *Inseminação Artificial no Ordenamento Jurídico Brasileiro: A omissão presente no Código Civil e a busca por uma legislação específica*. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 90, jul 2018. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br/>>. Acesso em 20.05.2019.

## 7. ANEXO

### **ANEXO A MODELO DE INFORME DE CONSENTIMENTO PARA TÉCNICAS DE FERTILIZAÇÃO ASSISTIDA<sup>29</sup>**

Nome da mulher, data de nascimento, profissão, nacionalidade, RG, emitido em, CPF, estado civil (se casada, colocar o regime de bens), residente e domiciliada à Rua, nº, apt., bairro, cidade, estado, CEP, telefone e Nome do homem, data de nascimento, profissão, nacionalidade, RG, emitido em, CPF, estado civil (se casada, colocar o regime de bens), residente e domiciliada à Rua, nº, apt., bairro, cidade, estado, CEP, telefone, ambos maiores de idade, procuraram voluntariamente a Clínica de Reprodução Humana X, com a finalidade de obter uma gestação ortópica pelas técnicas de reprodução assistida, seja por fertilização in vitro (FIV), injeção intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI) e/ou transferência intratubária de gametas (GIFT) e/ou transferência intratubária de ovócitos pró-nucleados ou pré-embriões (PROST/ZIFT), que deverá ocorrer mediante tratamento médico clínico e cirúrgico, assim descrito sinteticamente:

A paciente receberá medicamentos para aumentar a capacidade dos ovários em produzir folículos e, com isto, obter uma quantidade maior de ovócitos. Os efeitos dessa medicação serão avaliados, periodicamente, por intermédio de controle clínico, ultrassonográfico e laboratorial, que orientam a equipe médica a prever, com maior precisão, o aumento da ovulação e antecipar-se a ela entre aproximadamente uma a duas horas para iniciar a colheita dos ovócitos.

A segunda etapa do citado tratamento consistirá na recuperação dos ovócitos, que se dará de acordo com os casos individuais, por meio de ultrassonografia. A recuperação ultrassonográfica dos ovócitos é, geralmente, realizada por via transvaginal, podendo-se empregar anestesia geral, peridural ou local segundo as circunstâncias. Tal técnica, consistente em puncionar os folículos com agulhas especiais sob controle contínuo de aparelhos ultrassonográficos de alta resolução, apresenta riscos como: infecção abdominal por punção de vísceras ocas; sangramentos intra-abdominais; hematomas vaginais; e complicações anestésicas, todos com baixa frequência.

<sup>29</sup> Este modelo de contrato se encontra no site <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=7c220a2091c26a7f>> acessado dia 05/06/2019, as 10:00.

Em casos excepcionais poderá efetuar-se uma intervenção cirúrgica para controlar possíveis complicações, como, por exemplo, eventuais hemorragias intra-abdominais ou lesões de outras vísceras.

Na hipótese de GIFT, os ovócitos serão transferidos para as trompas, após terem sido identificados no laboratório, junto com os espermatozoides do marido, ou companheiro, por laparoscopia, que é um procedimento cirúrgico realizado sempre sob anestesia geral, acarretando riscos inerentes à praticada em cirurgias de médio porte (duração aproximada de 45 a 90 minutos). Para ser realizada, insufla-se gás no abdome (pneumo-peritônio) e, por meio de dias ou três incisões de 7 a 9 mm na região umbilical e fossas ilíacas, colocar-se-á instrumental especializado, pelo qual o cirurgião observará o interior da pelve e puncionará os folículos ovarianos extraíndo os ovócitos. Os riscos potenciais são os mesmos da punção ultrassonográfica, somando-se as complicações do pneumo-peritônio.

Nos casos de FIV/ICSI/PROST, a terceira etapa será realizada no laboratório. Aqui se completará a maturação dos ovócitos, após o que serão inseminados ou injetados com espermatozoides do marido, ou companheiro, previamente incubados em um meio de cultura adequado para preservar e aumentar sua capacidade de fertilização.

Se houve opção pela FIV, excepcionalmente, pode suceder que ao ter realizada a contagem dos espermatozoides, o número resultante não seja suficiente para fertilizar os ovócitos obtidos, ou que, embora se consiga número suficiente, não ocorra a fertilização; nestes casos, mudar-se-á o procedimento para ICSI, injetando os espermatozoides obtidos. Quando não existirem espermatozoides do marido, ou companheiro, e o casal não optar por uso de sêmen de doador anônimo ou pela doação de ovócitos, estes últimos poderão ser descartados ou criopreservados.

Ocorrendo fertilização dos gametas-embriões, realizar-se-á a quarta etapa, consistente na transferência dos pré-embriões sob as mais estritas normas de assepsia. Nos casos de FIV ou ICSI, colocar-se-á o pré-embrião no interior do útero por meio de uma cânula especial sem anestesia, por se tratar de procedimento indolor. Essa transferência oferece um risco limitado de infecção, menor ainda que o existente na inserção de um dispositivo intrauterino (DIU).

A transferência embrionária será efetuada entre 48 (quarenta e oito) e 144 (cento e quarenta e quatro) horas a partir da inseminação dos ovócitos; ou no caso de congelamento

para preservação de pré-embriões, a transferência só poderá ocorrer com a nova autorização de ambas as partes interessadas. O ovo humano, em desenvolvimento, será introduzido no útero materno, aproximadamente entre o estado de pró-núcleo e o de pré-embrião em fase de blastocisto, o que ocorre entre o segundo e o sexto dia, a partir do momento da captação do ovócito.

Nos casos de PROST/ZIFT, a transferência dos ovócitos pró-nucleados, ou dos pré-embriões, realizar-se-á pela colocação destes nas trompas mediante laparoscopia realizada de 24 (vinte e quatro) a 48 (quarenta e oito) horas após a recuperação dos ovócitos.

Os riscos já identificados pela ciência médica inerentes ao procedimento de FIV/ICSI e/ou GIFT e/ou PROST são: complicações resultantes de obtenção dos ovócitos, infecções posteriores à cirurgia, gravidez ectópica, abortamento e os associados a amniocentese e controles fetais. Todavia, podem ocorrer riscos ainda não identificados. Consoante a experiência mundial, os riscos do desenvolvimento de um feto anormal são os mesmos de qualquer gestação iniciada por concepção natural no ventre materno.

As possibilidades de se obter uma gravidez clínica são geralmente entre 15 a 25%; dessa forma, a clínica assume uma obrigação de meios e não de resultados. A clínica compromete a realizar os serviços médicos do programa de fertilização assistida com prudência e diligência segundo a ética médica, oferecendo todas as alternativas admissíveis cientificamente e mais adequadas para cada caso em particular.

Havendo urgência neste ínterim serão realizados estudos e intervenções que sejam necessárias, ainda que sem consentimento expresso.

Pelo presente, consciente e livremente, autorizamos em forma irrevogável esta clínica a realizar o programa de FIV/ICSI/GIFT/ZIFT/PROST com ovócitos e espermatozoides dos subscritos. Decidimos, de comum acordo e por vontade própria, pela técnica de fertilização assistida, que será realizada pela clínica com o único e exclusivo propósito de superar os obstáculos que existem para que os subscritos obtenham uma gravidez por concepção natural e após efetuar diversos tratamentos segundo as particularidades de cada caso.

Além disso, estamos cientes e concordes acerca das taxas hospitalares decorrentes deste tratamento, e dessa forma subscritamos o presente documento nesta data.

Confirmamos que nesta data tivemos a chance de esclarecer com o Dr. Todas as nossas dúvidas e questões em relação aos procedimentos aqui descritos.

Local, data.

Assinatura do homem.

Assinatura da mulher.

Assinatura da testemunha 1.

Assinatura da testemunha 2.

Certifico que expliquei ao casal acima identificado detalhadamente o procedimento, seus benefícios, riscos e suas alternativas. Respondi de maneira satisfatória a todas as perguntas de ambos e acredito que compreenderam tudo o que expliquei.

Assinatura do médico.

CRM