

# RTDC

REVISTA TRIMESTRAL DE DIREITO CIVIL

Ana Paula de Barcellos

Antonio Junqueira de Azevedo

Antônio Pinto Monteiro

Carlos Nelson Konder

Cláudia Lima Marques

Elza A. Pereira Cunha Boiteux

Fernando Netto Boiteux

Gustavo Tepedino

Humberto Theodoro Júnior

Leonardo Mattiello

Luís Roberto Barroso

Marco Bona

Pier Giuseppe Monateri

Roberta Mauro

Umberto Oliva

Vera Maria Jacob de Fradeto

ENTREVISTA COM:

Nelson Saldanha



**PADMA**  
editora

ENSAIOS  
JURISPRUD  
PARECERES  
ATUALI  
DOUTRINA  
ATUALIDADE  
JURISPRUD  
ENSAIOS PAREC  
ATUALIDADE

ANO 2  
VOL. 7  
JUL/SET  
2001

# RTDC

REVISTA TRIMESTRAL DE DIREITO CIVIL

## SUMÁRIO

<b>Doutrina</b> .....	<b>1</b>
Contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais: problemas e soluções - <i>António Pinto Monteiro</i> .....	3
As instalações de alta tensão e a radiação eletromagnética: proteção aplicável - <i>Fernando Netto Boiteux e Elza Antonia Pereira Cunha Boiteux</i> .....	33
Arbitragem e terceiros — Litisconsórcio fora do pacto arbitral — Outras intervenções de terceiros - <i>Humberto Theodoro Júnior</i> .....	53
Regime jurídico da participação de crianças e adolescentes em programas de televisão - <i>Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos</i> .....	89
<i>O mobbing como legal framework: a nova abordagem italiana ao assédio moral no trabalho - Pier Giuseppe Monateri, Marco Bona e Umberto Oliva</i> .....	127
<b>Jurisprudência</b> .....	<b>153</b>
STJ - Recurso Especial nº 270.730 - Rio de Janeiro (2000/0078399-4).....	155
TAPR - Apelação Cível nº 161.367-4 - Relator: Juiz Jurandyr Souza Jr. (2ª Câmara Cível).....	167
<b>Observador Legislativo</b> .....	<b>179</b>
Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001.....	181

ISSN 1518-2010

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte  
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

Revista trimestral de direito civil. — v.7 (julho/setembro 2001)

. — Rio de Janeiro: Padma, 2000-.

v.

Gustavo Tepedino

Trimestral

1. Direito — Periódicos brasileiros.

95-1227.

CDU — 34(07)

Mensagem nº 730, de 10 de julho de 2001.....	196
Decreto nº 3.871, de 18 de julho de 2001.....	201
<b>Resenha Bibliográfica</b> .....	<b>199</b>
<i>O novo direito de família</i> , de Arnaldo Wald - Gustavo Tepedino.....	229
Direito Civil: alguns aspectos da sua evolução, de Caio Mário da Silva Pereira - Leonardo Mattietto.....	233
Direitos reais e autonomia da vontade (O princípio da tipicidade dos direitos reais), de André Pinto da Rocha Osório Gondinho - Roberta Mauro.....	237
<b>Atualidades</b> .....	<b>211</b>
Elementos de uma interpretação constitucional dos contratos de reprodução assistida - Carlos Nelson Konder.....	247
A teoria contratual no código de defesa do consumidor - Cláudia Lima Marques.....	269
Resumos de Teses e Dissertações	
Teses de Doutorado.....	279
Dissertações de mestrado.....	279
Notícias	
Dez Decisões do Superior Tribunal de Justiça.....	281
Supremo: Modo de geração da criança não justifica benefício.....	288
Procriar ou não procriar.....	288
Uma nova existência.....	289
Um símbolo é para ser usado.....	289
Entre a cruz e a penhora.....	290
<b>Diálogos com a Doutrina</b> .....	<b>291</b>
Entrevista com o Professor Nelson Saldanha.....	293

Contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais: problemas e soluções - António Pinto Monteiro, 3

As instalações de alta tensão e a radiação eletromagnética: proteção aplicável - Fernando Netto Boiteux e Elza Antonia Pereira Cunha Boiteux, 33

Arbitragem e terceiros — Litisconsórcio fora do pacto arbitral — Outras intervenções de terceiros - Humberto Theodoro Júnior, 53

Regime jurídico da participação de crianças e adolescentes em programas de televisão - Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos, 89

*O mobbing como legal framework*: a nova abordagem italiana ao assédio moral no trabalho - Pier Giuseppe Monateri, Marco Bona e Umberto Oliva, 127

**DOCTRINA**

"Law is interpretation."  
Ronald Dworkin

1. Introdução. 2. O contrato de inseminação artificial heteróloga. 3. O contrato de preservação criogênica de embriões. 4. O contrato de gestação substituta. 5. Consentimento informado — o princípio da boa-fé objetiva nos contratos médicos. 6. Conclusão.

## 1. INTRODUÇÃO

O conceito de contrato — apesar de grandes alterações na interpretação de seus princípios, na definição de seu conceito e em sua classificação — permanece, como há quinze séculos, sendo um dos principais pilares teóricos do Direito Civil. Também se pode afirmar que, até o início do século XX, seus principais tipos em pouco haviam se alterado<sup>1</sup>; compra e venda, doação, comodato, mútuo, depósito, locação e as demais espécies enumeradas pelo Código de 1916 não diferem em muito de suas formas originais do direito romano.

Contudo, as drásticas mudanças sociais e culturais que presenciamos neste século parecem ter transformado a tipologia contratual de maneira nunca antes vista. O dinamismo do mundo contemporâneo e a transformação das relações sociais implicaram maior maleabilidade dos tipos contratuais clássicos. A proliferação e diversificação das relações mercantis deram origem a novas espécies contratuais, não redutíveis aos tipos previstos no Código Civil ou no Código Comercial, como o *leasing* (arrendamento mercantil), o *franchising* e a alienação fiduciária.

A rigidez e o formalismo de outrora se viram abalados pelas inovações tecnológicas, especialmente desde o advento da Internet. A possibilidade de realização de operações

comerciais através da rede — o chamado “contrato eletrônico” — questionou os modelos antigos de formalização e classificação dos contratos<sup>2</sup>.

Entretanto, a mudança essencial se deu na própria leitura do conceito de contrato. Esta figura surgida e desenvolvida no seio do individualismo liberal<sup>3</sup>, regida pelo princípio da autonomia de vontades racionais contratarem, fazendo o contrato lei entre as partes (a velha parêmia *pacta sunt servanda*), foi relativizada diante da constatação das graves conseqüências deste tipo de interpretação onde prevalece a desigualdade econômica entre os contratantes. O antigo contexto histórico que deu origem à leitura do contrato como o espaço da livre e soberana manifestação de vontade dos indivíduos, consubstanciando uma mera troca de prestações patrimoniais, não mais subsiste.

Na sociedade industrializada, a massificação do consumo conduz necessariamente a um instrumento jurídico de prisma mais social, limitado em nome de condições mais eqüitativas<sup>4</sup>. O Código de Defesa do Consumidor é conseqüência deste movimento de garantir através da lei a eqüidade e o equilíbrio contratual, em nome do interesse social, da boa-fé e das legítimas expectativas dos contratantes<sup>5</sup>. De fato, a positivação do princípio da boa-fé objetiva<sup>6</sup> e a teoria da onerosidade excessiva são alguns exemplos deste “sopro de renovação”<sup>7</sup> na leitura do contrato.

No Brasil, esta nova atitude diante do contrato sofre ainda hoje resistência de posições mais conservadoras. Mas torna-se patente o equívoco destas ao transferirmos nossa análise do exame incidental e casuístico da legislação inferior à promulgação da Constituição, em 1988, marco transformador de nosso ordenamento jurídico.

2 Sobre isto, vale o panorama introdutório dado por Patrícia Regina Pinheiro Sampaio e Carlos Affonso Pereira de Souza no artigo “Contratos eletrônicos — um novo direito para a sociedade digital?”, publicado na *Revista Electrónica de Derecho Informático*, n. 21, abril de 2000. Na internet: [http://publicaciones.derecho.org/redi/No.\\_21\\_-\\_Abril\\_del\\_2000/7](http://publicaciones.derecho.org/redi/No._21_-_Abril_del_2000/7).

3 Caio Mário da Silva Pereira, *op. cit.*, p. 375.

4 Cf. Cláudia Lima Marques, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1992, p. 16.

5 *Idem*, p. 51.

6 Sobre a boa fé neste contexto veja-se Teresa Negreiros, *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*, Rio de Janeiro, Renovar, 1998, *passim*; e Bruno Lewicki, “Panorama da boa-fé objetiva”, in Gustavo Tepedino (Coord.), *Problemas de direito civil-constitucional*, Rio de Janeiro, Renovar, 2000, pp. 55-75.

7 Orlando Gomes, *Contratos*, 9ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1983, p. XI.

A Constituição converteu a dignidade da pessoa humana em “mandamento nuclear”<sup>8</sup> de nosso sistema através de sua positivação como princípio fundamental da República, constituída em Estado Democrático de Direito. Os princípios não são subsidiários ou suplementares na atividade hermenêutica; são, assim como as demais regras, igualmente normas, com força efetiva na aplicação-realização do direito<sup>9</sup>. Assim, tais valores tornaram-se critérios inafastáveis à interpretação e aplicação das demais normas constitucionais e inferiores.

Os princípios têm então, de fato, eficácia e conteúdo normativos; uma vez estabelecidos pela soberana assembléia constituinte, se irradiam por toda a atividade legislativa e judiciária e imantam o ordenamento jurídico, provendo unidade, coerência e sistematicidade<sup>10</sup>. Traçam ainda um crivo de constitucionalidade, revogando toda e qualquer norma anterior que a eles se contraponha.

Diante disso, mesmo a mais insignificante cláusula contratual deve ser lida e interpretada de acordo com as normas constitucionais<sup>11</sup>. Transfere-se o paradigma contratual da tutela da autonomia individual para a proteção da dignidade da pessoa humana, inscrita nesta nova ética da responsabilidade e solidariedade<sup>12</sup>. Desse modo, é forçoso reler os dispositivos referentes aos contratos do Código Civil de 1916 — pré-industrial e patrimonialista — à luz da tábua axiológica consagrada na Constituição de 1988<sup>13</sup>.

É neste contexto que se deve inserir uma análise dos contratos de reprodução assistida. Ao ter por objeto gametas, embriões ou fetos, assim como a saúde dos pais, tais tipos

8 Celso Antonio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, 4ª ed., São Paulo, Malheiros, 1992, pp. 408-409.

9 Na impossibilidade de desenvolver este extenso tema, remete-se aqui para Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993; e Ronald Dworkin, *A matter of principle*, Cambridge, Harvard University Press, 1985, e *Taking rights seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1985. Na doutrina nacional, Paulo Bonavides, *Curso de direito constitucional*, 9ª ed., São Paulo, Malheiros, 2000, pp.247-254; e, especialmente, a análise da questão por Marcelo Campos Gallupo, “Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação”, in *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 36, n. 143, jul./set. 1999, pp. 191-208.

10 Celso Antonio Bandeira de Mello, *op. cit.*, pp. 408-409.

11 Cf. Maria Celina Bodin de Moraes, “A caminho de um direito civil constitucional”, in *Direito, Estado e Sociedade* — Revista do Departamento de Direito da PUC-Rio. n.º 1, julho/dezembro de 1991, 2ª ed., p. 68.

12 Cf. Maria Celina Bodin de Moraes, “Constituição e direito civil: tendências”, in *Direito, Estado e Sociedade* — Revista do Departamento de Direito da PUC-Rio. n.º 15, agosto/dezembro de 1999, p. 106.

13 Cf. Gustavo Tepedino, *Temas de direito civil*, Rio de Janeiro, Renovar, 1999, pp. 1-22, *passim*.

contratuais tratam de valores como vida, integridade física, privacidade, família e dignidade humana. Por isso, deve ser previamente afastada qualquer análise redutora à mera perspectiva patrimonialista, privilegiando-se uma interpretação constitucional destes contratos.

Efetivamente, é sob esse prisma que serão aqui analisadas questões referentes aos três principais exemplos de contratos de prestação de serviços médicos desta natureza, além do instrumento que lhes é característico. Cabe ressaltar que existe norma específica regendo as práticas de reprodução assistida, embora, além de meramente deontológica, seja claramente insuficiente: trata-se da Resolução n. 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina (CFM). Tramita no Senado o projeto de lei n.º 90 (PLS 90/99), que dispõe sobre o tema<sup>14</sup>. Seu atual substitutivo, mais judicioso e menos polêmico que o inicial, optou pela denominação “procriação medicamente assistida”<sup>15</sup>.

## 2. O CONTRATO DE INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HETERÓLOGA

Neste tipo de contrato, pactua-se com a instituição médica que sêmen de terceiro pré-selecionado será utilizado para fecundar a paciente. Recorre-se a este procedimento principalmente quando a impossibilidade do casal ter filhos resulta exclusivamente de infertilidade do marido ou no caso de mulheres que desejam ser mães solteiras (a também denominada “produção independente”). O projeto de lei do Senado n.º 90, no substitutivo, veda este último caso ao restringir a utilização desta intervenção médica aos casos de

indicação terapêutica, esgotadas as demais possibilidades, com o requisito de ser a paciente casada ou encontrar-se em união estável (art. 2.º § 1.º)<sup>16</sup>.

Geralmente, o responsável pela seleção dos doadores, assim como pela conservação do sêmen e pelos exames a serem realizados (para atestar a qualidade do material), é uma terceira instituição que não a clínica. Comumente chamado “banco de sêmen”, este costuma ser o verdadeiro responsável pelo material a ser inseminado, funcionando a clínica como intermediária e responsável pelo procedimento de inseminação e demais cuidados médicos.

O banco de sêmen seleciona os doadores entre os voluntários que se apresentam através de exames médicos; cataloga os perfis destes, que contêm tanto informações médicas e biológicas como psicológicas e civis (mas a identidade do doador permanece em sigilo), e armazena congelado o material colhido. Não sendo permitida em nosso ordenamento a comercialização de material biológico (sangue, esperma, órgãos)<sup>17</sup>, a remuneração concedida aos doadores costuma ser disfarçada sob a forma de “compensação pelo inconveniente e tempo perdido”<sup>18</sup>. Do mesmo modo, a quantia paga ao banco de sêmen pela clínica que faz a intermediação se refere, supostamente, aos serviços de conservação e informação, nunca ao material biológico.

A clínica propriamente dita fica encarregada não só do processo de inseminação, como também de todo o acompanhamento médico da paciente, incluindo exames, tratamento ambulatorial e demais procedimentos.

Um primeiro problema é apontando por bioeticistas mais conservadores que, sob a égide da posição da Igreja Católica<sup>19</sup>, sustentam a ilicitude do objeto deste contrato. Acreditam

14 A promulgação de legislação referente a este tema nos últimos dez anos em diversos países é atribuída ao impacto internacional de uma série de casos polêmicos, a começar pelo caso Jacobson. Dr. Cecil Jacobson, médico em Washington, pioneiro no ramo da reprodução assistida, foi condenado em 1992 a cinco anos de prisão e a pagar, a título de indenização, um montante de US\$ 116.000,00 por, além de diversos erros em diagnóstico, não avisar a suas pacientes que as fecundara com seu próprio sêmen — foram concebidas cerca de 75 crianças. Cf. Gregory E. Pence, *Classic cases in medical ethics*, 2ª ed. McGrawHill Inc., 1995.

15 Optou-se aqui pela denominação generalizada pelo uso, de origem americana, mas o substitutivo adotou a doutrina de origem francesa, que utiliza procriação quando humana em oposição a reprodução, animal, salientando o surgimento de uma pessoa, um indivíduo único que é fim em si, a partir de um laço dos pais (pro-criação). Ver Roberto Andorno, *Bioética y dignidad de la persona*, Ed. Tecnos, 1998, Madrid, p. 109.

16 O projeto inclusive tipifica como crime a utilização da técnica em mulheres solteiras ou que não vivam em união estável (art. 37). Vale apenas lembrar aqui a extensa polêmica já suscitada sobre este tipo de critério quando da adoção. Ao se apegar ao modelo tradicional de família, argumentando o melhor interesse da criança, o ordenamento discrimina os que dele se afastam, como os casais homossexuais e as famílias monoparentais, sem evidências concretas de que estes são prejudiciais ao pleno desenvolvimento da criança. Cf. Jacqueline Costa-Lascoux, “Procriação e bioética”, in *História das Mulheres no Ocidente*, Ed. Afrontamento, Porto, 1991, p. 648. A resolução n.º 1.358/92 do CFM, sensatamente, se limita a exigir o consentimento do marido quando a paciente for casada (item II.2).

17 CF, art. 199 § 4.º, *in fine*.

18 A resolução n.º 1.358/92 do CFM é expressa ao vedar “caráter lucrativo ou comercial” (item IV-1). O projeto de lei, buscando reprimir a fraude, é ainda mais explícito, proibindo “a remuneração e a cobrança por este material, a qualquer título” (art. 8.º do substitutivo, art. 6.º no inicial).

19 “A Instrução ‘Donum Vitae’ condena o recurso à IAE [inseminação artificial heteróloga] ‘que é

que a institucionalização de um mecanismo médico de concepção extramatrimonial é contrária à moral e aos bons costumes<sup>20</sup>. Sem entrar aqui no julgamento moral-religioso deste procedimento, não traz ele indícios de antijuridicidade. Tendo nosso ordenamento reconhecido a igualdade entre os filhos havidos dentro e fora do casamento e equiparado a companheira estável à esposa, não há espaço diante da Constituição para se justificar a utilização da força coercitiva estatal contra este exercício de liberdade individual sob o pretexto de não se coadunar ele com o modelo regular do matrimônio<sup>21</sup>.

Um segundo problema surge quando se identifica na criança, ou mesmo ainda no feto, deficiência ou patologia congênita de origem paterna, ou seja, proveniente do sêmen fornecido. Claramente, seria absurdo querer aplicar o disposto no Código de Defesa do Consumidor quanto a vício oculto do produto e responsabilidade do fornecedor, ou pior, o disposto sobre vício redibitório no Código Civil, especialmente no sentido de rescisão do contrato e retorno das partes ao *status quo ante*. Neste aspecto, tender para uma visão da criança por nascer como um “produto fabricado sob medida” que não deve apresentar “defeitos” é coisificar a vida humana, com fortes tendências eugenistas<sup>22</sup>. Mas então, quando não é boa a “qualidade do sêmen”, quem é o responsável e quais são os direitos da paciente?

Dispõe a Resolução nº 1.358/92 que “as clínicas, centros ou serviços que aplicam técnicas de RA são responsáveis pelo controle de doenças infectocontagiosas, coleta, manuseio,

conservação, distribuição e transferência de material biológico humano” (item III)<sup>23</sup>. Mas os contratos de inseminação artificial heteróloga trazem cláusulas estipulando que “os pacientes reconhecem o risco intrínseco, independente dos exames realizados, de transmissão de doenças sexualmente transmissíveis” e que “estão cientes da impossibilidade de previsão de características físicas e mentais da criança, sabendo que aproximadamente 4% nascem com defeitos físicos e mentais de ocorrência fora de controle médico”.

Não se tratando de direitos disponíveis, sendo inválida então eventual cláusula de não indenizar, cabe lembrar que, não atendendo à diligência necessária que deve ter o médico em seus atos profissionais, responderá pelos danos a que der causa por negligência, imprudência ou imperícia (CC, art. 1.545). Assim, não tendo o médico agido com o zelo profissional necessário, responderá mediante apuração de culpa (CDC, art. 14 § 4º), podendo o juiz diante da hipossuficiência técnica da paciente inverter o ônus da prova (CDC, art. 6º, VIII). Verificado entretanto que o problema ocorrido à criança poderia ter sido prevenido por exame necessário (de acordo com os costumes médicos) que era de responsabilidade da clínica, ou mesmo quando for o médico integrante de seu corpo de funcionários, responderá a própria clínica, objetivamente (CDC, art. 14)<sup>24</sup>.

Assim, considera-se o vício não em produto, mas na obrigação médica de prestação de serviços. A paciente teria neste caso ação em face da clínica, que é diretamente a prestadora de serviços médicos, cabendo a esta direito de regresso quanto ao médico responsável mediante apuração de culpa e ao banco de sêmen conforme o estipulado no contrato entre estes.

23 O substitutivo do projeto 90 traz redação semelhante: “art. 6º Clínicas, centros, serviços e demais estabelecimentos que realizam a Procriação Medicamente Assistida são responsáveis: (...) II — pelo recebimento de doações e pelas fases de coleta, manuseio, controle de doenças infectocontagiosas, conservação, distribuição e transferência do material biológico humano utilizado na Procriação Medicamente Assistida, vedando-se a transferência de material a fresco doado;”.

24 Neste aspecto a questão da responsabilidade médica é bastante complexa. A doutrina não é pacífica sobre a possibilidade de inversão do *onus probandi* contra profissionais liberais e nem sobre quando a responsabilidade será do médico e quando será da clínica (neste caso, objetiva). Cf. Gustavo Tepedino, “A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea”, in *Revista Trimestral de Direito Civil — RTDC*, v. 2, Rio de Janeiro, Padma, 2000, p. 54. Sobre os demais aspectos da responsabilidade civil na reprodução assistida, veja-se Bruno Lewicki, “O homem construtível: responsabilidade e reprodução assistida”, in Heloisa Helena Barboza, Vicente Barretto (Orgs.), *Temas de biodireito e bioética*, Renovar, Rio de Janeiro, 2001, pp. 99-154.

contrária à unidade do matrimônio, à dignidade dos esposos, à vocação própria dos pais e ao direito do filho de ser concebido e dado à luz no matrimônio e fruto do matrimônio”. In *Congregazione per la Dottrina della Fede, Instruzione su “Il rispetto della vita umana nascente e la dignità della procreazione”*, apud Elio Sgreccia, *Manual de Bioética*, v.1. trad. Orlando Soares Moreira, Ed. Loyola, São Paulo, 1996, p. 412.

20 “Não há dúvidas sobre a *ilicitude* da retirada do sêmen de um doador. As razões dizem respeito à unidade do casal e à indissolubilidade do matrimônio”. In. Elio Sgreccia, *op.cit.*, p. 415.

21 Ainda mais fora de contexto é a alegação de ilicitude da Igreja Católica contra todo procedimento de inseminação (inclusive o homólogo, com sêmen do marido) que se utilize de masturbação como meio de coleta do material (Cf. Elio Sgreccia, *op. cit.*, pp. 413-414). Cabe lembrar que à religião é permitida a imposição de sanções internas aos fiéis que desonrarem os preceitos de sua crença. Mas a separação secular entre Direito e Religião não permite que se universalize a coerção estatal em nome de um determinado preceito religioso, violentando o pluralismo ético a ser respeitado pelo Estado Democrático de Direito, laico por natureza.

22 “Es que, cuando se aplica a la procreación humana la lógica propia de la actividad industrial, nos vemos conducidos subrepticamente a ver al niño como ‘obligado’ a no presentar ningún defecto, o más aún, a poseer las características que se esperan de él.” Cf. Roberto Andorno, *op. cit.*, pp. 78-79.

Também poderá existir este tipo de responsabilidade médica quando a clínica não zelar, dentro do possível, para que “o doador tenha a maior semelhança fenotípica com a receptora”, conforme disposto no item IV-7 da Resolução nº 1.358/92 do CFM. Diante da existência de norma deontológica vinculando a conduta médica, seu desrespeito já caracteriza a falta médica, ocasionando o direito a ressarcimento pelo dano moral causado. O artigo 11 do projeto 90 (substitutivo) dispõe da mesma maneira que a Resolução<sup>25</sup>.

Entretanto, a questão mais polêmica neste tipo de contrato se refere à relação da criança com o doador anônimo. Sendo este pai biológico daquela, existe aí relação de parentesco, ou mesmo paternidade? Terá a criança direito a conhecer o doador, especialmente no caso de morte dos pais?

A Resolução nº 1.358/92 do CFM é clara ao vedar o conhecimento mútuo de doadores e receptores e obrigar o sigilo sobre a identidade dos doadores, ressalvadas informações médicas para fins de transplante (item IV-2 e 3). Esta disposição é reforçada nos contratos através de cláusula em que os contratantes se comprometem a nunca procurar identificar o doador, assim como a clínica nunca deverá revelar suas identidades.

O projeto de lei nº 90 gerou polêmica ao prever não só o direito da criança de conhecer o doador quando atingir a maioridade ou quando da morte dos pais (art. 12, *caput*), mas também, no caso de não haver registro civil do “pai legal” (contratante), a prerrogativa da criança ou do doador de obter o reconhecimento de paternidade na forma da lei (art. 12, § 1º).

O legislador, ao estipular tal norma, certamente visava ao melhor interesse da criança, prevendo soluções — talvez desarrazoadas — para as recorrentes situações de “criança sem pai” (morte ou ausência legal) e “criança com dois pais” (conflitos entre o pai legal e o pai biológico). Neste último caso é pacífico o entendimento de prevalecer o pai legal<sup>26</sup>. Já no

primeiro, não cabe impor tal solução, no mínimo extraordinária, de sujeitar o terceiro desconhecido (doador) à paternidade. Falecidos os pais, inexistente motivo para não vigor o instituto da tutela (CC, art. 406).

O substitutivo, sensatamente, reconheceu que o desencorajamento ao uso irresponsável da técnica não deve ser feito mediante tal tratamento jurídico. Foi trilhado então o caminho oposto ao do projeto inicial: atribuiu-se a paternidade aos pais legais da criança, irrevogável desde a origem do embrião (arts. 18 e 20) e excluiu-se qualquer direito ou vínculo deste tipo do doador (art. 19), independentemente da morte dos pais legais (art. 21). Ficaram ressalvados apenas o acesso a informações médicas para fins de transplantes e os impedimentos matrimoniais.

Ao que tudo indica, o ordenamento brasileiro adotará posição idêntica às leis de Espanha, França e Inglaterra<sup>27</sup>. Todavia, a tendência no direito comparado parece ser a de garantir à criança o direito de conhecer seu pai biológico, assumindo esta posição Suécia, Áustria, Alemanha, Austrália e Suíça<sup>28</sup>. Justifica-se este direito à ascendência como elemento necessário à integridade da construção da identidade da criança<sup>29</sup>.

Contudo, vale lembrar que, além de diminuir consideravelmente o número de doadores, o fim do sigilo tem graves conseqüências psicológicas, sociais e familiares. O simples fato de identificar o pai biológico não satisfaz as necessidades da criança, que desejará maiores informações e contato mais estreito, ensejando até obrigações morais daquele. Ao mesmo tempo, diminui e corrói a posição do pai civil na família e sua relação com o filho. A mera identificação termina por criar mais fardos e conflitos do que benefícios. Se na adoção — onde o vínculo pessoal da criança com os pais biológicos é mais concreto — nosso ordenamento já enuncia que o sigilo é a regra, *a fortiori*, não há que se indagar da questão na reprodução assistida.

impedir o “não reconhecimento da paternidade relativamente à criança nascida de fecundação artificial heteróloga com o consentimento do marido” (*Revista Trimestral de Direito Civil — RTDC*, v. 1, trad. Flora Simonetti Coelho, Rio de Janeiro, Padma, 2000, pp. 135-144) por Heloisa Helena Barboza (*idem*, pp. 145-161) e por Giovanni Sciancalepore (*Revista Trimestral de Direito Civil — RTDC*, v. 3, Rio de Janeiro, Padma, 2000, pp. 139-155).

27 Cf. Roberto Andorno, *Bioética y dignidad de la persona*. Madrid, Ed. Tecnos, 1998. p. 128.

28 *Idem*, *ibidem*.

29 Alegando junto a isso o princípio jurídico *favor veritatis*, argumenta contra o anonimato Pietro Perlingieri, “L’Inseminazione artificiale tra principi costituzionali e riforme legislative” in Gilda Ferrando (coord.), *La procreazione artificiale tra etica e diritto*. Padova, 1989. p. 151.

25 “Art. 11 — A escolha dos doadores será responsabilidade do estabelecimento que pratica a Procriação Medicamente Assistida e deverá garantir, tanto quanto possível, semelhança fenotípica e compatibilidade imunológica entre doador e receptor.”

26 Em alguns ordenamentos já existem decisões jurisprudenciais que, no intuito de proteger a criança, têm inclusive proibido ao pai legal, uma vez tendo consentido no procedimento heterólogo, negar a paternidade da criança com base na demonstração de incompatibilidade genética. Cf. Paolo Vercellone, “As novas famílias”, in *Revista dos Tribunais*, n. 651, janeiro de 1990, pp. 226-235, especialmente p. 228; e Julia Tate, *Artificial insemination and legal reality*, American Bar Association, 1992, p. 7-25, assim como os comentários sobre a decisão da corte de cassação italiana (sentença 2.315/99) no sentido de



Coerente com sua tradição liberal, diversos estados norte-americanos não enunciam norma de ordem pública sobre o tema, deixando à liberdade dos contratantes a decisão sobre o sigilo. Cabe ao doador declarar, quando catalogado no banco de sêmen, se permite sua futura identificação. Vale salientar que cerca de 80% das pacientes optam pelos doadores que se manifestam positivamente quanto a isto.

### 3. O CONTRATO DE PRESERVAÇÃO CRIOGÊNICA DE EMBRIÕES

Este contrato é, via de regra, acessório a um contrato de prestação de serviços médicos de fecundação *in vitro* (FIV). Na FIV, diferentemente da inseminação artificial, não só o sêmen é coletado como também o óvulo é retirado da paciente e a fusão destes ocorre extracorporalmente, em uma proveta de laboratório. Os embriões resultantes são então implantados no útero da paciente, normalmente em um máximo de três (quantidade calculada para aumentar as chances de sucesso sem que também cresça a possibilidade de uma gravidez múltipla)<sup>30</sup>. Costuma ser utilizada quando a impossibilidade de concepção decorre de problema de origem tubária, o qual impede o encontro de óvulo e espermatozóide na tuba uterina e, após a fecundação, o deslocamento do embrião para o útero para fixação na parede endometrial (nidação).

A taxa de sucesso deste procedimento é extremamente baixa (cerca de 15% na primeira tentativa)<sup>31</sup> e a sua fase mais custosa (quanto ao desgaste da paciente e também em termos financeiros) é a inicial: injeção de hormônios para permitir a superovulação, retirada dos óvulos por punção folicular através da inserção de uma agulha de aço orientada pela imagem ultrassonográfica e a fecundação no meio de cultura<sup>32</sup>. Por isso costuma-se gerar diversos embriões de uma só vez, sendo os não implantados congelados em nitrogênio líquido para serem utilizados em uma nova tentativa no caso de fracasso da primeira. Sobre a preservação criogênica destes embriões dispõe o contrato que aqui será discutido.

30 A ainda vigente resolução do CFM permite a implantação de até quatro embriões, mas o projeto, acompanhando a tendência internacional diante das estatísticas, já reduziu este limite para três embriões.

31 Cf. Gregory E. Pence, *Classic cases in medical ethics*, 2<sup>nd</sup> ed. McGrawHill Inc., New York, 1995, p. 117, e, sobre a polêmica nestas estatísticas, *Harvard Law Review*, v.109, n. 8, jun./96, pp. 2.102-2.109.

32 Jacques Testart, *A fertilização artificial*, São Paulo, Ática, 1998, pp. 40 e ss.

Nos alicerces deste contrato se encontra *vexata questio* cuja falta de solução importa em uma série de complicações subseqüentes: qual a natureza jurídica do embrião? Sujeito ou objeto de direito? Entre os que tomam o embrião por coisa, muitos não obstam a sua livre disposição pelos pais ("proprietários"), incluindo sua implantação, destruição, doação ou cessão para pesquisa científica<sup>33</sup>. Não traçam grandes diferenças entre o contrato de preservação criogênica e o depósito<sup>34</sup>.

As divergências dentro desta corrente surgem sobre quando o embrião se torna pessoa, sendo antes disso geralmente denominado pré-embrião<sup>35</sup>. Para determinar esta passagem, utilizam-se normalmente marcos biológicos que vão desde o início da constituição do sistema nervoso à capacidade de auto-reconhecimento moral<sup>36</sup>. Contudo, as posições mais razoáveis sustentam que, ainda que não seja pessoa<sup>37</sup>, o embrião não é um bem comum<sup>38</sup>. Uma série de restrições o protege como pessoa em potencial, proporcionalmente à sua viabilidade. Esta tem sido a posição assumida pela maioria dos ordenamentos jurídicos, embora não tenha sido capaz de solucionar uma série de problemas.

33 O principal defensor desta posição é H. Tristram Engelhardt Jr. que defende que, em uma moral secular "o que distingue as pessoas é sua capacidade de autoconsciência, racionalidade e preocupação com o merecimento de acusação e elogio. Os fetos, os bebês, os deficientes mentais e aqueles que se encontram em coma, sem possibilidade de recuperação, são humanos, mas não são pessoas". *In Fundamentos da Bioética*, São Paulo, Loyola, 1998, p. 174.

34 V. g. o caso *York vs. Jones* em que foi resolvida "a dispute between gamete donors and the clinic that created and stored their cryopreserved embryos in terms of 'a bailor-bailee relationship'". Cf. *Harvard Law Review*, op. cit., p. 2.092, nota de rodapé 3.

35 Cf. Jorge Más Diaz *et alii*, "Aspectos éticos y legales de la reproducción asistida" *in Desafios éticos*, Brasília, Conselho Federal de Medicina, 1993, pp. 146-171.

36 Cf. Roberto Andorno, op. cit., p. 101.

37 O novo governo norte-americano, sob a presidência do republicano George W. Bush, alterou a postura mais liberal que os Estados Unidos vinham adotando sobre o tema. Recentemente, logo após a retirada do apoio financeiro que o governo anterior concedia a grupos de suporte ao aborto, foi aprovado o "Unborn Victims of Violence Act", que define que fetos, como pertencentes à espécie *homo sapiens*, são pessoas, a serem igualmente protegidas pelo Estado. Na internet, em 30/04/2001, em [http://daily-news.yahoo.com/h/nm/20010426/ts/congress\\_abortion\\_dc.html](http://daily-news.yahoo.com/h/nm/20010426/ts/congress_abortion_dc.html).

38 "although a preembryo may not be a person, neither is it just an object, like a pebble". Cf. David Ozar, "The case for not unthawing frozen embryos", *HCR*, v.15, n.4, pp. 7-12, *apud* Gregory E. Pence, op. cit., p. 113.

No caso do divórcio do casal, de quem será a guarda/custódia/propriedade dos embriões congelados? Esta questão foi colocada aos tribunais norte-americanos no caso *Davis vs. Davis*, em 1989. Mary Sue Davis ganhou na primeira instância o direito a implantar os embriões contra a vontade do pai, Junior Davis. O juiz argumentou que os embriões eram sujeitos de direito, e que então vigorava o princípio *parens patriae*, característico dos países da *common law*: o Estado deve velar pelos interesses dos incapazes de se defenderem<sup>39</sup>.

Apesar da participação do pai no processo biológico de geração da criança já estar concluída (argumento utilizado à época), nem por isso tem ele situação juridicamente inferior em face do embrião comparativamente à mãe. Toda decisão sobre o embrião cabe aos pais igualmente. O recurso do pai à Suprema Corte do Tennessee foi acolhido, tendo em 1992 lhe sido garantido o direito a não se tornar pai contra a sua vontade<sup>40</sup>.

Todavia, o argumento também vale no outro sentido. A doação compulsória dos embriões a um outro casal infértil sem a autorização da mãe é visivelmente antijurídica. Ainda mais extrema sua destruição, que em si suscita ainda diversos questionamentos morais.

A situação não se torna mais simples no caso de morte dos pais. Esta outra questão surgiu na Austrália em 1981, quando o casal Mario e Elsa Rios faleceu em um desastre de avião deixando dois embriões congelados, ambos fertilizados com sêmen de doador anônimo. Na polêmica diante do destino da vasta herança do casal — que não possuía herdeiros necessários — cogitou-se até a consulta da vontade do terceiro, doador. Apesar do parecer do comitê *ad hoc* constituído para o caso ter sido favorável à destruição dos embriões, o parlamento decidiu que estes seriam preservados até serem “adotados”, o que até hoje não ocorreu<sup>41</sup>.

Ao que tudo indica, a única situação em que a jurisprudência parece pacífica é na responsabilização da clínica quando esta dispõe dos embriões sem a autorização dos pais. Contudo alguns contratos persistem estipulando cláusulas que transferem a propriedade dos embriões para a clínica no caso de inadimplemento das prestações pecuniárias referentes à manutenção criogênica daqueles.

Diante da proliferação destes *hard cases*, a legislação da maioria dos estados norte-americanos tem obrigado as clínicas a preverem no contrato qual será o destino dos embriões em

caso de falecimento de um ou de ambos os cônjuges e em caso de divórcio: doação para outros casais inférteis, cessão para pesquisa científica ou a destruição dos mesmos.

A posição tomada pela lei alemã de proteção ao embrião foi distinta. Com o apoio da corrente personalista, que considera o embrião pessoa, sujeito de direitos e hipossuficiente a ser protegido pelo ordenamento jurídico, a lei restringe a produção de embriões aos que serão efetivamente implantados e considera ilícito o contrato de preservação criogênica<sup>42</sup>, assumindo que só esta postura é condizente com o princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado no art. 1º da Constituição germânica.

As leis francesa e inglesa permitem este tipo de contrato mas limitado a um determinado número de anos. Passado este período os embriões deverão ser descongelados e destruídos<sup>43</sup>. A Inglaterra recentemente autorizou que os embriões a serem destruídos por expiração do prazo legal poderão ser cedidos à pesquisa científica<sup>44</sup>. Os Estados Unidos, onde a partir de 1994 a pesquisa passara a ser admitida, mas somente quando autorizada pelo Congresso, seguiram este exemplo<sup>45</sup>.

Como exposto, este contrato tem trazido graves implicações sociais e polêmicos litígios. O congelamento de um embrião implica a transferência de uma vida (ao menos em potencial) para a atemporalidade<sup>46</sup>. É tal retirada do fator tempo, fundamental ao nosso modelo de pensamento do direito, que traz todas estas dificuldades. Colocar o desenvolvimento de uma vida humana sob condição ou termo de cláusula contratual, colocar em disponibilidade se e quando esta vida seguirá seu curso natural, não parece compatível com sua dignidade.

Do mesmo modo, ainda que a pesquisa científica nas células do embrião anuncie uma série de avanços na medicina<sup>47</sup>, as promessas desta técnica — assim como as das demais técnicas — devem ser enxergadas sob o cuidadoso olhar dos valores. Deve o direito interferir

42 Cf. Roberto Andorno, op. cit., p. 119.

43 *Idem, Ibidem.*

44 Ainda mais recentemente (20/12/2000), a Inglaterra autorizou a clonagem das células embrionárias para fins de pesquisa e tratamento terapêutico.

45 Cf. Gregory E. Pence, op. cit., pp. 114-115.

46 Cf. Roberto Andorno, op. cit., p. 118.

47 As células embrionárias ainda não passaram pelo processo de diferenciação que impede as células adultas de realizarem outras funções que não aquelas para as quais estão especializadas, daí esta pesquisa apontar promissoras perspectivas, especialmente no tratamento de doenças como leucemia, Mal de Parkinson e Mal de Alzheimer.

39 Cf. Roberto Andorno, op. cit., pp. 45-46.

40 Cf. Gregory E. Pence, op. cit., p. 118.

41 Cf. Gregory E. Pence, op. cit., pp. 112-113.

para garantir que a técnica se desenvolva visando ampliar a dignidade humana, não mediante seu sacrifício. Neste sentido, em nosso ordenamento a Lei nº 8.974/95 tipificou como crime a manipulação e o armazenamento de embriões para pesquisa, assim como a manipulação genética de células germinais (art. 13, III e I, respectivamente)<sup>48</sup>, tornando inválida qualquer disposição contratual que ceda embriões congelados para a pesquisa genética.

Diante desta dúvida sobre a natureza do embrião — e de todas suas graves conseqüências —, há de se optar pela sua maior proteção, i. e., excluir a possibilidade de congelamento<sup>49</sup>. Assim se posicionou o projeto de lei do Senado nº 90 (substitutivo) ao obrigar a transferência a fresco de todos os embriões obtidos (art. 14 § 2º)<sup>50</sup>. A Resolução nº 1.358/92 do CFM, ainda vigente, dispõe como a legislação norte-americana, somente vinculando os contratantes a exprimir no contrato sua vontade quanto ao destino dos embriões nos casos de divórcio, doenças graves e falecimento de um ou de ambos (item V-3).

#### 4. O CONTRATO DE GESTAÇÃO SUBSTITUTA

Pelo contrato de gestação substituta, a paciente, biologicamente impossibilitada de levar a gravidez ao seu termo, contrata terceira para gestar o embrião resultante da fecundação de seu óvulo com o espermatozóide de seu parceiro. Há que se diferenciar este caso, especificado em comumente por gestação substituta propriamente dita, da chamada “ma-

ternidade substituta”, em que o óvulo também é da gestante, consistindo na verdade na mera inseminação artificial desta pelo sêmen do marido da paciente, a qual não tem qualquer participação médica no processo.

Parece claro que neste último caso a mãe é aquela que gestou a criança a partir de seu óvulo, não podendo se cogitar de eventual direito daquela cuja participação se resumiu a fazer a “encomenda”<sup>51</sup>. Portanto, não há que se considerar lícito o contrato que tenha por objeto compelir a mãe a entregar a outrem seu filho, ainda que esta seja a esposa do pai.

Foi assim que entendeu a Suprema Corte de New Jersey no *leading case* que trouxe esta questão ao debate internacional: o caso *Baby M*. Praticamente todos os problemas imagináveis no contrato de maternidade substituta remunerada se tornaram reais quando o casal Elizabeth e William Stern contratou Mary Beth Whitehead para que esta, fecundada pelo sêmen daquele, entregasse a criança ao casal após seu nascimento<sup>52</sup>.

A opção pelo procedimento aqui, ao que tudo indica, esteve mais ligada a uma decisão de Elizabeth Stern de não levar a cargo uma gravidez que a prejudicaria profissionalmente do que à real impossibilidade médica de fazê-lo. De outro lado, a situação financeira de Mary Beth a impeliu a aceitar os dez mil dólares pagos pelo procedimento. Nascida a criança, ela se recusou a entregá-la, dizendo que quando fez o contrato não era capaz de prever o vínculo afetivo que com ela teria<sup>53</sup>. Em desespero, fugiu então com a criança, fazendo ameaças aos Stern caso não retirassem o processo que iniciaram contra ela.

O julgamento se deu sobre dois objetos: a legalidade do contrato e a custódia da criança. Na primeira instância o Juiz Sorkow decidiu que o contrato de maternidade substituta remunerada era legal e deu a custódia permanente da criança aos Stern. Considerou extinta a relação de Mary Beth com a criança, proibindo seu direito de visita, e ordenou a alteração dos registros, com a adoção por Elizabeth Stern.

51 “Nestes casos trata-se, simplesmente, de casais estéreis que, de encomenda, fazem uma outra mulher ter um filho”. Cf. Paolo Vercellone, op. cit., p. 229.

52 Cf. Gregory E. Pence, op. cit., pp. 121-132. Apesar de discordar das posições do autor, todo o resumo deste caso que aqui é feito baseia-se em seu cuidadoso relato, com uma minudenciada lista de suas diversas conseqüências.

53 Em depoimento para um programa de televisão sobre o tema, Mary Beth declarou: “Your eyes are not open until you hold that baby in your arms and she becomes real”. In Gregory E. Pence, op. cit., p. 132.

48 Dispositivo reiterado pelo art. 2º da instrução normativa nº 8 da CTN-Bio (Comissão Técnica Nacional de Biossegurança).

49 Os recentes avanços tecnológicos obtidos no sentido do congelamento de óvulos (atualmente só sêmen e embriões podem ser criopreservados) e na transferência de núcleo celular para clonagem apontam caminhos para se evitar os graves dilemas éticos aqui apresentados, pois possibilitariam o congelamento de óvulo e sêmen em separado e a pesquisa em células totipotentes (sem especialização) sem utilização de embriões.

50 Entretanto, no § 2º do mesmo artigo, o projeto não estendeu aos embriões antes da implantação os direitos garantidos ao nascituro. Tal interpretação levaria à consideração do embrião como sujeito de direitos. Esta é a posição de Silmara J. A. Chinelato e Almeida (“Direito do nascituro a alimentos: do direito romano ao direito civil”, in *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, v. 34, dez./90, pp. 169-185, e “O nascituro no Código Civil e no direito constituído do Brasil”, in *Revista de Informação Legislativa*, a. 25, n. 97, Brasília, jan./mar./88, pp. 180-190) para quem, apesar da redação do artigo 4º do CC, uma interpretação sistemática e histórica leva a considerar o nascituro sujeito de direitos.

A Suprema Corte de New Jersey reverteu a decisão, considerando ilegal a remuneração neste contrato. Garantiu ainda, na maternidade substituta voluntária, o direito da gestante de, a qualquer momento, mudar de idéia e manter o seu filho, já que seria igualmente vedada cláusula contratual que entregue a custódia da criança ao pai em detrimento da vontade da mãe.

Quanto ao caso *Baby M*, foi proibida a adoção da criança por Elizabeth Stern, embora se tenha decidido que a criança permaneceria com os Stern, que possuíam um lar mais adequado ao seu melhor interesse<sup>54</sup>. Posteriormente, os direitos de visita da mãe, Mary Beth, foram ampliados, ficando com a menina alternadamente, como nos casos de pais separados<sup>55</sup>.

O caso teve impacto em diversas áreas<sup>56</sup>, mas cabe ressaltar aqui que, apesar dos protestos das agências intermediárias destas práticas<sup>57</sup>, serviu para consagrar internacionalmente a repulsa ao caráter lucrativo ou comercial da gestação de substituição. Mesmo nos países mais liberais, foi vedada, ou ao menos desencorajada, esta prática de comercialização do corpo, que ficou conhecida como “barriga de aluguel”.

Entretanto, a gratuidade do contrato tem outros efeitos jurídicos. No nosso ordenamento, não podendo a gestante ser considerada prestadora de serviços, não responderá por negligência durante a gravidez, mas somente por dolo<sup>58</sup>. Daí a proliferação das cláusulas contratuais que explicitamente vedam à gestante fumar, consumir drogas ou bebidas alcoólicas e demais atividades que coloquem em risco a saúde do feto.

54 “because their home life was more ‘secure’ and ‘nurturing’”. *Idem*, p. 130.

55 “Melissa’s best interest will be served by unsupervised, uninterrupted liberal visitation by her mother () to develop their own special relationship”. *Idem*, p. 131.

56 Vale ressaltar aqui o impacto no movimento feminista americano. De um lado, contra a proibição da comercialização, argumentava-se que violava o direito das mulheres sobre suas capacidades reprodutivas. Christiane Sistare, se referindo às mulheres que gestaram e entregaram os filhos sem resistência, indagou “are all such women monsters?”. De outro lado, a favor de Mary Beth, outras feministas argumentavam que as mulheres tem biológica e hormonalmente sentimentos sobre o bebê que estão além da ética machista da análise e do contrato. *Idem*, pp. 136-137.

57 Representantes das agências argumentavam que centenas de bebês nasceram por maternidade substituta e só quatro casos geraram este tipo de disputa. *Idem*, p. 132.

58 “Nos contratos unilaterais, responde por simples culpa o contraente, a quem o contrato aproveite, e só por dolo, aquele a quem não favoreça” (CC, art. 1.057).

No Brasil, a proibição ao caráter lucrativo está consolidada no item VII-2 da Resolução nº 1.358/92 do CFM e igualmente prevista no substitutivo do projeto de lei nº 90 do Senado (art. 3º, parágrafo único)<sup>59</sup>. Impõem igualmente como restrição a existência de parentesco de até segundo grau entre as “mães” (item VII-2 da resolução e art. 3º do projeto). No entanto, a resolução, ao se referir a “doadora de útero” e “doadora genética” implicitamente exclui a maternidade substitutiva, enquanto o PLS 90 sequer se refere a esta distinção. Esta grave omissão, tratando genericamente da gestação de substituição, pode ensejar a interpretação que torne lícita a maternidade substitutiva. Cabe, contudo, sob o prisma constitucional, excluir desde já esta leitura por limitar a maternidade à condição resolutive de cláusula contratual.

No caso da gestação por transferência de embrião, a situação é mais complexa. Se quando o conflito se dá entre a mera contratante e a mãe biológica a repulsa à força vinculante de uma cláusula contratual para separar mãe e filho é imediata, como resolver o embate entre a mãe genética e a mãe gestante?

Não cabe o argumento de que o direito enxerga como mãe aquela que dá a luz, pois este princípio clássico foi forjado em épocas em que era inimaginável no processo de procriação a cisão da maternidade em duas etapas<sup>60</sup>. Do mesmo modo, a rejeição deste tipo de contrato junto com a maternidade substituta desconsidera que, uma vez desprovido de comercialidade, traduz um gesto altruísta e de solidariedade e que, no mais das vezes, não traz graves conseqüências<sup>61</sup>.

Contudo, os casos de conflito existem e permanecerão existindo ainda que — duvidosamente — seja eficaz a prevenção através da obrigatoriedade do parentesco. Considerando inicialmente que a aparência da criança e suas raízes genéticas estabelecem um forte vínculo de maternidade com a mãe genética e que, especialmente, esta mulher, diante da impossibilidade de gestar a criança, confiou de boa fé seu óvulo àquela que voluntariamente se ofereceu, não nos parece que, por mais fortes que sejam os vínculos afetivos construídos ao longo do processo de gravidez, seja a gestante quem deva incorporar a maternidade da criança.

59 O PLS 90 inclusive tipifica como crime “participar da prática de útero ou barriga de aluguel” (art. 26), cominando pena de um a três anos de reclusão, e multa. Infelizmente, na prática, tanto no Brasil como nos demais países, esta prática ainda sobrevive ilegalmente.

60 Cf. Paolo Vercellone, op. cit., p. 228.

61 Cf. Gregory Pence, op. cit., p. 132.

Contudo, há que se examinar sempre as circunstâncias que ensejaram o conflito. Talvez, melhor que a relação de parentesco, a restrição mais adequada fosse a de a gestante já ter filhos seus. Assim estará ela mais próxima de um consentimento informado, por já ter vivido a experiência da gestação, e se estará excluindo mulheres que estejam pela primeira vez vivendo o impacto da experiência de dar à luz uma criança.

## 5. CONSENTIMENTO INFORMADO — O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA NOS CONTRATOS MÉDICOS

Uma vez analisadas as limitações substantivas à autonomia que tanto o prestador de serviços médicos como o paciente sofrem, em nome da dignidade humana, nos contratos de reprodução assistida, faz-se necessário perceber também como a manifestação individual de assentimento neste tipo de contrato requer forma específica, qual seja, o consentimento informado.

Este instrumento foi forjado no contexto da repulsa às atrocidades cometidas durante o holocausto nazista na Segunda Guerra<sup>62</sup>, mas teve ainda grande evolução nos últimos cinqüenta anos<sup>63</sup>. Uma série de eventos violadores da dignidade, ocorridos no âmbito da experimentação com seres humanos<sup>64</sup>, ensejaram maior efetividade e especificação dos requisitos necessários ao também chamado, significativamente, consentimento livre e esclarecido<sup>65</sup>.

<sup>62</sup> “Indeed, medicine in Nazi Germany has come to be almost synonymous with evil-doing in the name of science”. Cf. Gregory E. Pence, op. cit., p. 226.

<sup>63</sup> Cf. Jonathan D. Moreno, “The dilemmas of experimenting on people”, na internet, em 23/09/1999, em <http://www.techreview.com/articles/july97/moreno.html>.

<sup>64</sup> Podemos destacar aqui o escândalo Tuskegee, em Macon County, Alabama, onde, durante quarenta anos (1932-1972), 399 homens negros portadores de sífilis não foram informados sobre sua moléstia e não receberam tratamento, com o objetivo de verificar os estágios e efeitos do desenvolvimento natural da doença, apesar de já comprovada a eficácia do tratamento por penicilina. Em 1995, o presidente Bill Clinton pediu desculpas à nação americana pelo incidente. Cf. Jonathan D. Moreno, op. cit.; Gregory E. Pence, op. cit., pp. 231-240; Fábio Konder Comparato, *A afirmação histórica dos direitos humanos*, São Paulo, Saraiva, 1999, pp. 267-268.

<sup>65</sup> Novamente optou-se aqui pelo termo já consagrado historicamente (consentimento informado), em detrimento da mais recente (e talvez mais precisa) denominação de consentimento livre e esclarecido. Alguns autores referem-se igualmente a consentimento pós-informação.

Do âmbito da experimentação e pesquisa, o consentimento informado se generalizou, sendo requisitado hoje para qualquer intervenção médica invasiva ou extraordinária, incluindo especialmente os procedimentos de reprodução assistida<sup>66</sup>. Esta combinação do respeito à autonomia com a dignidade humana, concretizada em um requisito procedimental, pode ser considerada a maior contribuição do campo da bioética para a proteção dos direitos humanos, no sentido de garantir que os interesses do indivíduo prevaleçam sobre os interesses da ciência<sup>67</sup>.

Podemos, finalmente, conceituá-lo como a anuência, livre de vícios, do paciente, após explicação completa e pormenorizada sobre a intervenção médica, incluindo sua natureza, objetivos, métodos, duração, justificativa, possíveis males, riscos e benefícios, métodos alternativos existentes e nível de confidencialidade dos dados, assim como de sua liberdade total para recusar ou interromper o procedimento em qualquer momento; tendo o profissional a obrigação de informá-lo em linguagem adequada (não técnica) para que ele a compreenda<sup>68</sup>.

Como se observa, há aqui uma mudança qualitativa com relação ao consentimento contratual. O respeito ao hipossuficiente<sup>69</sup> impõe ao prestador de serviços médicos uma postura ativa e mesmo interrogativa, no sentido de adequar sua linguagem e verificar o perfeito entendimento do paciente.

Apesar da sua especificidade, o consentimento informado nada mais é que uma projeção do princípio da boa-fé, em sua concepção objetiva, no campo dos contratos referentes à

<sup>66</sup> Cf. Joaquim Clotet, “O consentimento informado nos comitês de ética em pesquisa e na prática médica: conceituação, origens e atualidade”, in *Revista Bioética*, v. 3, n. 1, 1995, p.5, (Na internet, a revista pode ser lida em [www.cfm.org.br](http://www.cfm.org.br)).

<sup>67</sup> “Os interesses do indivíduo devem prevalecer sobre os interesses da ciência e da sociedade.” Item I-V da Declaração de Helsínque da Associação Médica Mundial.

<sup>68</sup> Estão reunidos aqui elementos de diversas definições, com proeminência de Joaquim Clotet, op. cit., e José Roberto Goldim, “Consentimento Informado”, na internet, em 15/06/2000, em <http://www.hcpa.ufrgs.br/gppg/bioetica.htm>. São basicamente os mesmos requisitos colocados no PLS 90 (substitutivo), art. 4º, assim como a Resolução nº 196/96 do CFM sobre pesquisa em seres humanos, nos itens II-11 e IV, que traz a herança das declarações internacionais como a Declaração de Helsínque, o Código de Nuremberg e as Diretivas do Council for International Organizations of Medical Sciences (CIOMS), em colaboração com a Organização Mundial da Saúde (OMS).

<sup>69</sup> No paciente médico, além de comumente presentes outras modalidades, sempre existe a hipossuficiência técnica (o “não possuir aquele saber específico”), especialmente no nosso modelo de medicina, em que persiste historicamente impregnado o paternalismo médico.

atividade médica. Este princípio, que, especialmente no âmbito contratual, impõe às partes envolvidas não só uma perspectiva de confiança como uma obrigação de lealdade recíproca<sup>70</sup>, se faz ainda mais presente na prestação de serviços médicos, em que o paciente entrega seu bem-estar, saúde e mesmo vida aos cuidados de um profissional. Em especial, o princípio gera o dever de informar<sup>71</sup> — substituindo o modelo de sujeitos antagônicos do sinalagma contratual (liberal) por um dever de cooperação mútua<sup>72</sup> —, o qual, no contexto dos contratos médicos, se corporifica no instrumento do consentimento informado.

Assim como o princípio da boa-fé objetiva encontra sede na Constituição, na medida em que substitui o paradigma do indivíduo em sua autonomia privada pelo dever de solidariedade contratual<sup>73</sup>, igualmente o consentimento informado, no campo específico dos contratos de prestação de serviços médicos, aponta idêntica direção ao garantir o respeito à pessoa do paciente, impondo-se contra a conversão do exercício da medicina em execução utilitária de contratos de cunho meramente patrimonialista.

Nos contratos de reprodução assistida o consentimento informado ganha maior importância, mas igualmente enfrenta maiores dificuldades, devido às dificuldades de se fornecer informação completa e pormenorizada sobre os efeitos dos tratamentos. A título de exemplo, fica patente a complexidade da tarefa ao se retornar à questão do quão livre e esclarecido será o consentimento da mulher que se oferece para gestar uma criança e entregá-la após o nascimento<sup>74</sup>.

Entretanto, tal dificuldade não isenta o médico. Ao contrário, lhe impõe maior esforço no sentido de esclarecer aos pacientes todos os aspectos e efeitos do procedimento, assim como verificar sua completa compreensão. Levando-se em conta que o resultado de tal tipo

70 "A boa-fé objetiva, como regra de conduta, constitui-se em um dever de agir conforme determinados padrões de honestidade, para não frustrar a confiança legítima da outra parte." Cf. Agathe E. Schmidt da Silva, "Cláusula geral de boa-fé nos contratos de consumo", in *Revista de Direito do Consumidor*, n. 17, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1996, p. 155. Ou ainda: "Para a aplicação da cláusula de boa-fé, o juiz parte do princípio de que toda 'a inter-relação humana deve pautar-se por um padrão ético de confiança e liberdade (...)'" . In Ruy Rosado de Aguiar Júnior, "A boa-fé na relação de consumo" in *Revista de Direito do Consumidor*, n. 14, São Paulo, Revista dos Tribunais 1995, p. 25.

71 Cf. Teresa Negreiros, op. cit., pp. 237-238.

72 *Idem*, p. 260.

73 *Idem*, p. 252.

74 Cf. Gregory E. Pence, op. cit., p. 141.

de procedimento é o nascimento de uma criança, o consentimento informado é necessário inclusive no sentido de assegurar a observância do seu melhor interesse.

## 6. CONCLUSÃO

Diversas questões éticas e jurídicas surgidas a partir do emprego das técnicas de reprodução assistida não foram incluídas nesta breve análise, como, por exemplo, o aspecto eugênico dos bancos de sêmen e do diagnóstico pré-implantatório de embriões<sup>75</sup>, seu impacto nos direitos de família e sucessório<sup>76</sup> e a banalização da técnica, com a conseqüente perda de seu caráter substitutivo<sup>77</sup>. Tais questões não são de menor relevância. Porém, optou-se aqui por estender a preciosa análise do impacto da Constituição na teoria contratual<sup>78</sup> ao específico campo das técnicas de assistência médica à reprodução.

Diante das complicações expostas, da tendência à violação de direitos fundamentais que estas práticas podem eventualmente apontar e do modelo específico de consentimento que é requerido, limitado pelo viés da proteção à pessoa tanto na sua forma como em seu conteúdo<sup>79</sup>, é inevitável concluir-se, neste âmbito, pela insuficiência do recurso impensado ao instituto do contrato — ao menos em sua perspectiva clássica individualista e patrimonialista.

A análise das questões jurídicas referentes à reprodução assistida, especialmente diante dos valores existenciais envolvidos, implica necessariamente o prisma constitucional. A interpretação e a aplicação legal desta espécie de contratos de prestação de serviços médicos não

75 V. Roberto Andorno, "El derecho frente a la nueva eugenesia: la selección de embriones *in vitro*", na internet, em 10/12/2000, em <http://www.bioetica.org/andorno.htm>.

76 V. Heloisa Helena Barboza, *A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização in vitro*, Rio de Janeiro, Renovar, 1993, *passim*.

77 V. Bruno Lewicki, "O homem construtível...", op. cit., *passim*.

78 A este respeito, V. Leonardo Mattietto, "O direito civil constitucional e a nova teoria dos contratos" in Gustavo Tepedino (Coord.) *Problemas de direito civil-constitucional*, cit., pp. 163-182.

79 Em sentido contrário, aparentemente ainda vinculada ao paradigma clássico da autonomia irrestrita do indivíduo e entendendo que o consentimento informado corresponde a uma garantia ilimitada da autonomia da pessoa, V. Rachel Sztajn, "Consentimento informado e o projeto de código civil" in *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo. v.36. n.109. p.93-7. jan./mar. 1998, pp. 93-97.

pode se reger pelo paradigma contratual clássico, uma vez que a constituição elegeu a proteção da pessoa humana em sua dignidade como princípio.

Neste sentido, é exatamente na proteção da pessoa, priorizando o respeito aos valores existenciais em oposição aos materiais, que a bioética encontra sua intersecção fundamental com o direito. É com base na dignidade da pessoa humana que se encaminha a construção de um biodireito<sup>80</sup>.

**CARLOS NELSON KONDER**

Bolsista do Programa Especial de Treinamento em Direito da Pontifícia  
Universidade Católica do Rio de Janeiro (PET-Jur / PUC-Rio).

80 Cf. Judith Martins-Costa, "Bioética e dignidade da pessoa humana: rumo à construção do Biodireito", in *RTDC — Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 3, jul.-set. 2000, p. 65; e Maria Helena Diniz, *O estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 17.