

Responsabilidade Civil dos Pais na Reprodução Humana Assistida



O GEN | Grupo Editorial Nacional – maior plataforma editorial brasileira no segmento científico, técnico e profissional – publica conteúdos nas áreas de concursos, ciências jurídicas, humanas, exatas, da saúde e sociais aplicadas, além de prover serviços direcionados à educação continuada.

As editoras que integram o GEN, das mais respeitadas no mercado editorial, construíram catálogos inigualáveis, com obras decisivas para a formação acadêmica e o aperfeiçoamento de várias gerações de profissionais e estudantes, tendo se tornado sinônimo de qualidade e seriedade.

A missão do GEN e dos núcleos de conteúdo que o compõem é prover a melhor informação científica e distribuí-la de maneira flexível e conveniente, a preços justos, gerando benefícios e servindo a autores, docentes, livreiros, funcionários, colaboradores e acionistas.

Nosso comportamento ético incondicional e nossa responsabilidade social e ambiental são reforçados pela natureza educacional de nossa atividade e dão sustentabilidade ao crescimento contínuo e à rentabilidade do grupo.

Carlos Alexandre Moraes

Responsabilidade Civil dos Pais na Reprodução Humana Assistida

Prefácio

Flávio Tartuce



- A EDITORA FORENSE se responsabiliza pelos vícios do produto no que concerne à sua edição (impressão e apresentação a fim de possibilitar ao consumidor bem manuseá-lo e lê-lo). Nem a editora nem o autor assumem qualquer responsabilidade por eventuais danos ou perdas a pessoa ou bens, decorrentes do uso da presente obra.

Todos os direitos reservados. Nos termos da Lei que resguarda os direitos autorais, é proibida a reprodução total ou parcial de qualquer forma ou por qualquer meio, eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, fotocópia e gravação, sem permissão por escrito do autor e do editor.

Impresso no Brasil – *Printed in Brazil*

- Direitos exclusivos para o Brasil na língua portuguesa
Copyright © 2019 by

EDITORA FORENSE LTDA.

Uma editora integrante do GEN | Grupo Editorial Nacional

Rua Conselheiro Nébias, 1384 – Campos Elíseos – 01203-904 – São Paulo – SP

Tel.: (11) 5080-0770 / (21) 3543-0770

faleconosco@grupogen.com.br / www.grupogen.com.br

- O titular cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada poderá requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da divulgação, sem prejuízo da indenização cabível (art. 102 da Lei n. 9.610, de 19.02.1998). Quem vender, expuser à venda, ocultar, adquirir, distribuir, tiver em depósito ou utilizar obra ou fonograma reproduzidos com fraude, com a finalidade de vender, obter ganho, vantagem, proveito, lucro direto ou indireto, para si ou para outrem, será solidariamente responsável com o contrafator, nos termos dos artigos precedentes, respondendo como contrafatores o importador e o distribuidor em caso de reprodução no exterior (art. 104 da Lei n. 9.610/98).

- Capa: Fabricio Vale

- Fechamento desta edição: 28.09.2018

■ **CIP – BRASIL. CATALOGAÇÃO NA FONTE.
SINDICATO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS, RJ.**

M819r

Moraes, Carlos Alexandre

Responsabilidade Civil dos Pais na Reprodução Humana Assistida / Carlos Alexandre Moraes; coordenação Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Flávio Tartuce. – 1. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019.

Inclui bibliografia

ISBN 978-85-309-8292-8

1. Direito civil – Brasil. 2. Responsabilidade (Direito) – Brasil. 3. Direito comparado. 4. Tecnologia da reprodução humana – Legislação – Brasil. 5. Responsabilidade dos pais – Aspectos morais e éticos – Brasil. I. Hironaka, Giselda Maria Fernandes Novaes. II. Tartuce, Flávio. III. Título. IV. Série.

18-52630

CDU: 347.5(81)

Vanessa Mafra Xavier Salgado – Bibliotecária – CRB-7/6644



Coordenação

Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka
Flávio Tartuce

Títulos

- **Responsabilidade civil dos pais na reprodução humana assistida**
Carlos Alexandre Moraes
- **Direito sucessório do cônjuge e do companheiro**
Inacio de Carvalho Neto
- **Função social dos contratos – do CDC ao Código Civil de 2002**
Flávio Tartuce
- **Revisão judicial dos contratos – do CDC ao Código Civil de 2002**
Wladimir Alcibiades Marinho Falcão Cunha
- **Danos morais e a pessoa jurídica**
Pablo Malheiros da Cunha Frota
- **Direito contratual contemporâneo – a liberdade contratual e sua fragmentação**
Cristiano de Sousa Zanetti
- **Direitos da personalidade e clonagem humana**
Rita Kelch
- **Responsabilidade civil objetiva pelo risco da atividade – uma perspectiva civil-constitucional**
Ney Stany Moraes Maranhão
- **Regime de bens e pacto antenupcial**
Fabiana Domingues Cardoso
- **Obrigações de meios e de resultado – análise crítica**
Pablo Rentería
- **Responsabilidade civil objetiva e risco – a teoria do risco concorrente**
Flávio Tartuce
- **Da responsabilidade civil do condutor de veículo automotor – uma abordagem sob as perspectivas da teoria do risco**
Marcelo Marques Cabral
- **Responsabilidade civil dos prestadores de serviços no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor**
Silvano Andrade do Bomfim
- **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: a álea e a técnica**
Daniel Amaral Carnáuba
- **Negócio fundacional: criação de fundações privadas**
Daniel Pires Novais Dias

“A justiça humana não pode tolerar que as ofensas fiquem sem reparação”. (Giorgio Giorgi. *Teoria delle obbligazioni*. 5. ed. Florença: Casa Editrice, 1990. v. 5, p. 1.989)

Dedico este trabalho à minha linda esposa, **Lilian Rosana dos Santos Moraes**, pela sua presença constante em minha vida, com amor, sem o qual seria impossível a realização desta empreitada e o que tem me ajudado a transformar sonhos em realidade.

À **Isabela dos Santos Moraes**, que, durante este trabalho, deu-me o privilégio de ficar uma semana comigo em São Paulo. Ela é um pedaço do meu coração, me ensina o sentido da palavra amor e, quando sorri, consegue me fazer o homem mais feliz do mundo. Certamente, um presente de Deus.

Vocês duas são a razão da minha existência e por vocês é que luto e estudo diariamente.

À minha mãe, **Telma de Oliveira Kendrick**, que, com amor, humildade e simplicidade, abdicou muitas vezes de condições melhores de vida para me proporcionar códigos, livros e cursos, apoiando-me sempre para a concretização dos meus sonhos. Na falta da presença do meu pai, se multiplicou para amenizar as consequências da ausência dele na minha vida.

À minha avó materna, **Débora de Oliveira Kendrick**, a pessoa que mais me influenciou a continuar os estudos e a mudar o meu destino.

AGRADECIMENTOS

Fazer o bem a algumas pessoas é uma expressão de nobreza de caráter. Contudo, ser agradecido e externar a gratidão é o dever de todo ser humano sadio e lúcido.

Quero registrar aqui os meus sinceros agradecimentos a várias pessoas que, de uma maneira ou de outra, me ajudaram na elaboração deste trabalho.

A Deus, por permanecer constantemente ao nosso lado, guiando nossos passos, concedendo-nos saúde e disposição para caminhar.

Ao meu orientador, **Professor Doutor Flávio Tartuce**, faço um especial agradecimento por ter tido a honra de ser seu orientando. Para mim é um privilégio, pois já o admirava muito tempo antes de o conhecer pessoalmente. Acreditou em meu potencial e me guiou da melhor maneira. Tive a oportunidade de ser seu aluno em duas disciplinas e aprendi muito com seus ensinamentos. Hoje, além de meu orientador, tornou-se meu amigo. Minha eterna gratidão.

À Professora Doutora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, pela capacidade e competência como gestora do Programa de Pós-graduação *stricto sensu* da Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo – Fadisp.

Ao meu irmão, Fábio Moraes, que não se limitou a ser apenas meu irmão, foi muito além. Considero-o meu amigo, sempre estando ao meu lado em todas as situações, independentemente de eu estar certo ou errado. Foi com ele que dividi meus primeiros abraços de tristeza e alegria.

Ao grande amigo Professor Doutor Fabio Ricardo Rodrigues Brasilino, que muito me auxiliou durante o doutorado, e a essa amizade, iniciada no primeiro dia de seleção de ingresso na Fadisp. Vibramos juntos com nossa aprovação, juntos fizemos todas as disciplinas e pudemos compartilhar todas as dificuldades em conciliar estudo, trabalho e viagens de ônibus até São Paulo. Juntos, nesse período, publicamos artigos e capítulos de livros. Sem dúvida, uma amizade para a vida toda.

À amiga Professora Doutora Marta Beatriz Tanaka Ferdinandi, pelos inúmeros artigos que publicamos em coautoria, um dos requisitos para a obtenção do título de Doutor.

Aos Professores Doutora Debora Vanessa Caús Brandão, Doutora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Doutor João Aguirre e Doutor Mário Luiz Delgado, que realizaram competente análise da tese e ofereceram preciosas sugestões e correções para esta publicação.

Ao tio Francisco Carlos Barbosa, que supriu a ausência de meu pai, mesmo não tendo sido essa a sua intenção.

Aos meus professores, que me proporcionaram muito aprendizado. Agradeço aos Professores Doutor Georges Abboud, Doutor Henrique Garbellini Carnio, Doutor José Fernando Simão, Doutor Mário Luiz Delgado, Doutor Ricardo Castilho e Doutor Rui Piva.

Ao Centro Universitário Cesumar – UniCesumar, nas pessoas do reitor, Professor Mestre Wilson de Matos Silva, do vice-reitor, Professor Mestre Wilson de Matos Silva Filho, e do presidente da Mantenedora, Professor Mestre Cláudio Ferdinandi, pelo constante incentivo aos estudos e pelo apoio financeiro.

À Professora Mestra Ludhiana Ethel Kendrick de Matos Silva, diretora de pesquisa do UniCesumar, que, por meio do “Programa de Apoio ao Desenvolvimento Profissional: Capacitação Docente e Técnica”, financiou as mensalidades deste curso de doutorado.

Aos alunos e às alunas de ontem e de hoje do UniCesumar e da Fatecie, com os quais tenho desfrutado a imensa alegria da convivência diária.

Ao amigo Professor Doutor Ricardo Daher Oliveira, pela sua fundamental participação em meu ingresso no doutorado.

À secretária Jéssica Franciele Fidélis da Silva, pela dedicação e eficiência com que desempenha suas funções junto à Secretaria dos Cursos de Mestrado e Doutorado da Fadisp.

Aos professores da Escola Estadual Santa Maria Goretti, na cidade de Maringá-PR, que tanto se esforçaram para que eu estudasse. Acredito que esse esforço não foi em vão.

A “Dada” (*in memoriam*), que foi minha companhia em um momento muito difícil da minha vida – o qual coincidiu com a produção desta tese – e acompanhou minha dor em silêncio, contudo, ao meu lado.

HOMENAGEM PÓSTUMA

Ao grande amigo, Ezaquel Elpidio dos Santos. Foi um ser humano e profissional extraordinário que deixou contundentes lições de coragem e exemplos de luta pelo direito, trabalhando sempre de forma ética e responsável.

NOTA DOS COORDENADORES

De nossa parte, temos a ponderar que, considerados especialmente os termos do preceito em vigor sobre a matéria [...], a tese positivista não encontra nenhum alicerce. Na verdade, o nosso legislador, invocando os Princípios Gerais do Direito, quando a lei for omissa, está em tudo e por tudo confessando a omissão, isto é, a imprecisão, a insuficiência da Lei. Como, pois, apelar para a mesma Lei, na pesquisa dos princípios em apreço?

Por outro lado, a atitude positivista implica uma orientação reacionária, pois, se aplicada – e, na verdade, povo culto nenhum jamais a aplicou restritivamente –, tolheria a natural evolução do Direito, gradativamente levada a cabo pela Doutrina e pela Jurisprudência, no seu cotidiano afã de adaptar as normas gerais do Sistema à multifária casuística das relações da vida (LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Princípios gerais do direito*. 2. ed. São Paulo: RT, p. 160).

A crítica formulada por Rubens Limongi França ao positivismo, no texto acima, reflete o tom crítico e a inegável atualidade de suas obras.

Limongi França foi um revolucionário e estaria muito feliz se estivesse entre nós, vivificando a verdadeira revolução pela qual passa o Direito Civil brasileiro. Estaria feliz com o surgimento do sistema de cláusulas gerais, que confere maior efetividade ao sistema jurídico. Estaria feliz com o diálogo interdisciplinar, com o diálogo das fontes, com a análise do Direito Privado a partir da Constituição Federal. Estaria feliz com esse Direito Civil que mais se preocupa com a pessoa humana, relegando o aspecto patrimonial das relações a um posterior plano.

Como Limongi França infelizmente não está mais entre nós, coube a esses coordenadores, e ao selo Método, a ideia de lançar uma série editorial

monográfica com o seu nome, trazendo trabalhos e estudos de novos e já consagrados juristas sobre esta nova face do Direito Privado.

Muito nos honra esta coordenação, e trabalharemos no sentido e em razão de honrar o nome desse grande jurista, para que se perpetue ainda mais no meio jurídico nacional.

Assim, esperamos, e desejamos, que a presente coleção reflita, consagre e encaminhe para o futuro toda a magnitude da obra de Limongi França, bem como todo o anseio pela mudança e pelo avanço que eram difundidos e esperados pelo saudoso Mestre.

Boa leitura a todos.

São Paulo, dezembro de 2006.

PREFÁCIO

Tenho a grande honra de prefaciara presente obra do Professor Carlos Alexandre Moraes, intitulada *Responsabilidade Civil dos Pais na Reprodução Humana Assistida*, fruto de sua belíssima tese de doutorado defendida na Faculdade Autônoma de Direito no ano de 2017, sob a minha orientação.

O trabalho foi escolhido como melhor tese da Fadisp naquele ano e indicada para concorrer ao Prêmio Capes 2018. Participaram da banca, além de mim, os Professores Giselda Hironaka (USP e Fadisp, coordenadora do programa), Mario Luiz Delgado (Fadisp), Débora Brandão (Faculdade de Direito de São Bernardo) e João Aguirre (Mackenzie).

Essa menção honrosa já demonstra a magnitude do trabalho, um dos melhores que pude orientar até o presente momento da minha trajetória acadêmica. Trata-se, sem dúvida, de uma verdadeira *tese*, inovadora e profunda, que procura resolver alguns dos graves problemas práticos decorrentes da reprodução assistida. A obra está dividida em três capítulos, assim como a tese original.

No primeiro deles, o autor analisa o direito ao planejamento familiar e o exercício da parentalidade responsável. São abordados os fenômenos da *Constitucionalização do Direito Privado* – seguindo uma das linhas de pesquisa do nosso programa de doutorado –, os princípios constitucionais e infraconstitucionais aplicados à família e o tema que dá título a esta primeira seção.

No segundo capítulo, o autor estuda a reprodução assistida como instrumento legítimo para a realização do projeto parental, com um *mergulho doutrinário* nas principais técnicas e dos problemas que delas derivam, caso da inseminação artificial homóloga, da inseminação artificial heteróloga, da fertilização *in vitro* (FIV), da gestação de substituição,

da inseminação *post mortem*, da doação de embriões excedentários e das correspondentes regulamentações no Brasil e em outros países.

O terceiro e último capítulo traz o *coração da tese*, com os seguintes subitens a respeito da responsabilidade civil dos pais em decorrência da reprodução humana assistida, entre outros: *a)* abandono do embrião; *b)* comercialização de embriões; *c)* coisificação do embrião (doação de embriões excedentários); *d)* congelamento de embriões; *e)* diagnóstico genético pré-implantatório; *f)* utilização do embrião para experiências científicas; *g)* responsabilidade civil da mãe diante de questões nutricionais durante a gravidez; *h)* redução embrionária; *i)* uso de embriões em pesquisas e terapias específicas; *j)* abandono do nascituro; *k)* comercialização de material residual para a fabricação de sabão e cosméticos; *l)* condutas inapropriadas da gestante; *m)* consumo de bebidas alcoólicas, cigarro, drogas ilegais e legais pela gestante; *n)* infecções e doenças maternas; *o)* negligência dos genitores durante a gestação, inclusive quanto à vacinação; *p)* recusa da gestante em ingerir medicamentos ou de se submeter a tratamentos cirúrgicos ou médicos em benefício do nascituro; *q)* submissão a tratamentos à base de radiações durante a gestação; *r)* coisificação da pessoa no “bebê medicamento”; *s)* contaminação pelo vírus HIV; *t)* filho indesejado; *u)* parto prematuro; *v)* ato de gerar filhos premeditadamente e com deficiências; *w)* impossibilidade de se conhecer e de se conviver com os pais biológicos, nas hipóteses de reprodução assistida *post mortem*; *x)* impossibilidade de ser herdeiro legítimo, em decorrência da técnica; *y)* danos em decorrência do fato de ter sido gerado em laboratório e *z)* questões nutricionais da lactante, após o nascimento. Os temas, como se pode perceber, preenchem um alfabeto inteiro, o que evidencia toda a riqueza do trabalho.

O autor se revela um defensor da teoria concepcionista, propondo uma interpretação restritiva do uso das técnicas de reprodução assistida, diante dos graves danos que elas podem gerar, repercutindo para o âmbito da responsabilidade civil.

Além dessa descrição do trabalho, não poderia deixar de destacar que o Professor Carlos Moraes é uma liderança e referência docente no norte do Paraná, tendo sido coordenador do curso de Direito da Unicesumar, em Maringá, onde inicia o seu estágio pós-doutoral. Hoje coordena o novo curso de Direito da UniFatecie (Faculdade de Tecnologia e Ciências do Norte do Paraná), em Paranavaí, procurando sempre incrementar o desenvolvimento acadêmico da região.

Espero que o autor continue se destacando entre os civilistas do seu Estado e que atinja projeções para além do Paraná. Que esta obra ganhe

o destaque que merece ter, pelas grandes contribuições que traz para um dos temas mais desafiadores do Direito Privado contemporâneo.

Aclimação, São Paulo, setembro de 2018.

Flávio Tartuce.

Doutor em Direito Civil pela USP. Professor Titular permanente do programa de mestrado e doutorado da Fadisp. Coordenador e professor dos cursos de pós-graduação *lato sensu* da Escola Paulista de Direito. Advogado e consultor jurídico. Autor de obras jurídicas pelo Grupo GEN.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
1 DO DIREITO AO PLANEJAMENTO FAMILIAR E DO EXERCÍCIO DA PARENTALIDADE RESPONSÁVEL	5
1.1 Considerações iniciais	5
1.2 Da constitucionalização do direito das famílias.....	9
1.3 Dos princípios constitucionais e infraconstitucionais aplicados à família	16
1.3.1 Princípio de proteção da dignidade da pessoa humana ...	18
1.3.2 Princípio da solidariedade familiar	24
1.3.3 Princípio da igualdade entre filhos.....	26
1.3.4 Princípio da igualdade entre cônjuges e companheiros ...	28
1.3.5 Princípio da não intervenção ou da liberdade	30
1.3.6 Princípio do melhor interesse da criança, do adolescente e do jovem.....	31
1.3.7 Princípio da afetividade	35
1.3.8 Princípio da função social da família	45
1.3.9 Princípio da proteção ao idoso.....	47
1.3.10 Princípio da pluralidade familiar.....	48
1.3.11 Princípio do planejamento familiar e da responsabilidade parental.....	50
1.4 Do direito ao planejamento familiar e do exercício da parentalidade responsável	54

2	DA UTILIZAÇÃO DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA PARA A REALIZAÇÃO DO PROJETO PARENTAL	63
2.1	Considerações iniciais	63
2.2	Do conceito de reprodução humana assistida	66
2.3	Das técnicas de reprodução humana assistida para a realização do projeto parental	68
2.3.1	Da inseminação artificial	70
2.3.1.1	Da inseminação artificial homóloga.....	71
2.3.1.2	Da inseminação artificial heteróloga.....	72
2.3.2	Da fertilização <i>in vitro</i> (FIV) ou “bebê de proveta”	75
2.3.2.1	Da fertilização <i>in vitro</i> homóloga.....	76
2.3.2.2	Da fertilização <i>in vitro</i> heteróloga.....	77
2.3.3	Da gestação de substituição ou “barriga de aluguel”	78
2.3.4	Da inseminação <i>post mortem</i>	84
2.3.5	Da doação de embriões excedentários	88
2.3.6	Da regulamentação das técnicas de reprodução humana assistida na legislação brasileira	89
2.3.7	Da regulamentação das técnicas de reprodução humana assistida na legislação comparada.....	108
3	DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS NA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA.....	119
3.1	Considerações iniciais	119
3.2	Das hipóteses que podem ensejar danos em decorrência da parentalidade irresponsável na reprodução humana assistida.....	123
3.3	Das possíveis causas de danos produzidos no embrião	130
3.3.1	Abandono do embrião	135
3.3.2	Comercialização de embriões	138
3.3.3	Coisificação do embrião – doação de embriões excedentários.....	139
3.3.4	Congelamento dos embriões.....	143
3.3.5	Diagnóstico genético pré-implantatório.....	145
3.3.6	Objeto de experiências científicas	148
3.3.7	Questões nutricionais da mulher e a saúde do embrião... ..	151

3.3.8	Redução embrionária	152
3.3.9	Uso de embriões em pesquisas e terapias específicas.....	156
3.4	Das possíveis causas de danos produzidos no nascituro.....	160
3.4.1	Considerações iniciais	160
3.4.2	Abandono do nascituro – dano moral em ricochete	164
3.4.3	Comercialização para a fabricação de sabão e cosméticos ...	165
3.4.4	Condutas inapropriadas para gestantes	168
3.4.5	Consumo de bebidas alcoólicas	171
3.4.6	Consumo de cigarro	175
3.4.7	Consumo de drogas ilegais	181
3.4.8	Consumo de drogas legais (medicamentos).....	182
3.4.9	Durante o diagnóstico pré-natal	188
3.4.10	Infecções e das doenças maternas.....	190
3.4.11	Negligência dos genitores – cirurgia fetal.....	193
3.4.12	Negligência na vacinação.....	194
3.4.13	Questões nutricionais da gestante – parentalidade irresponsável	195
3.4.14	Recusa da gestante em ingerir medicamentos ou de se submeter a tratamentos cirúrgicos ou médicos em benefício do nascituro	198
3.4.15	Terapias à base de radiações	199
3.4.16	Uso em pesquisas e das intervenções cirúrgicas.....	202
3.5	Das possíveis causas de danos produzidos no filho	204
3.5.1	Considerações iniciais	204
3.5.2	Coisificação da pessoa no “bebê medicamento”	207
3.5.3	Contaminação do vírus HIV	213
3.5.4	Filho indesejado	215
3.5.5	Parto prematuro	218
3.5.6	Gerar filhos premeditadamente com deficiências.....	219
3.5.7	Impossibilidade de conhecer os pais biológicos	222
3.5.8	Impossibilidade de conhecer e conviver com os pais (inseminação homóloga <i>post mortem</i> , produção independente heterossexual e homossexual).....	228

3.5.9	Impossibilidade de ser herdeiro legítimo – inseminação homóloga <i>post mortem</i>	248
3.5.10	Ser gerado em laboratório.....	251
3.5.11	Questões nutricionais da lactante – parentalidade irresponsável	254
3.5.12	Uso de remédios durante a amamentação.....	255
	CONCLUSÃO	258
	REFERÊNCIAS	271