

Direito Médico e da Saúde

Coordenadoras: Alinne Arquette Leite Novais, Raquel Veggi Moreira, Hideliza Lacerda Tinoco Boechat Cabral

Adriana Ruffa
Aline Lima de Azevedo
Alinne Arquette Leite Novais
Álvaro Henrique Teixeira de Almeida
Amanda Souza Barbosa
Camila Rosa da Mata
Carolina Valdebenito
Carlos José de Castro Costa
Carlos Henrique Medeiros de Souza
Claudia Lima Marques
Débora Gozzo
Eduardo Dantas
Felipe Sardenberg Guimarães Trés Henriques
Fernanda Schaefer
Flaviana Rampazzo Soares
Francisco León

Frederico E. Z. Glitz
Gilberto Fachetti Silvestre
Graciela Soifer
Gricelda Moreira
Heloisa Helena Barboza
Hideliza Lacerda Tinoco Boechat Cabral
João Alexandre Silva Alves Guimarães
João Carlos de Aquino Almeida
José Luiz de Moura Faleiros Júnior
Karla de Mello Silva
Maria Carolina Nomura-Santiago
Moyana Mariano Robles-Lessa
Nilo Lima de Azevedo
Patricia Rizzo Tomé
Raquel Veggi Moreira
Vitor Almeida


ALMEDINA

DIREITO MÉDICO E DA SAÚDE

© Almedina, 2024

COORDENADORAS: Hildeliza Boechat Cabral, Alinne Arquette e Raquel Veggi Moreira

DIRETOR ALMEDINA BRASIL: Rodrigo Mentz

EDITORA-CHEFE: Manuella Santos de Castro

EDITOR PLENO: Aurélio Cesar Nogueira

PRODUTORA EDITORIAL: Erika Alonso

ASSISTENTES EDITORIAIS: Laura roberti, Tacila da Silva Souza e Patícia Romero

DIAGRAMAÇÃO: Almedina

DESIGN DE CAPA: FBA

ISBN: 9788584937011

Abril, 2024

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Direito médico e da saúde / coordenação Hildeliza Boechat Cabral,
Alinne Arquette, Raquel Veggi Moreira.
São Paulo : Almedina, 2024.

ISBN 978-85-8493-701-1

1. Direito médico 2. Proteção de dados – Leis e legislação
3. Reprodução humana assistida – Leis e legislação
4. Responsabilidade civil 5. Saúde – Aspectos éticos e morais
I. Cabral, Hildeliza Boechat. II. Arquette, Alinne.
III. Moreira, Raquel Veggi.

24-196716

CDU-34:351.77(81)

Índices para catálogo sistemático:

I. Brasil : Saúde : Direito 34:351.77(81)

Eliane de Freitas Leite – Bibliotecária – CRB 8/8415

Este livro segue as regras do novo Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa (1990).

Todos os direitos reservados. Nenhuma parte deste livro, protegido por copyright, pode ser reproduzida, armazenada ou transmitida de alguma forma ou por algum meio, seja eletrônico ou mecânico, inclusive fotocópia, gravação ou qualquer sistema de armazenagem de informações, sem a permissão expressa e por escrito da editora.

EDITORA: Almedina Brasil

Rua José Maria Lisboa, 860, Conj. 131 e 132, Jardim Paulista | 01423-001 São Paulo | Brasil

www.almedina.com.br

15. REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E A EXCESSIVA 'LIBERALIDADE' DO DOADOR DE MATERIAL GENÉTICO: NOTAS SOBRE O INADIMPLEMENTO CONTRATUAL E O DANO EXISTENCIAL

FERNANDA SCHAEFER

FREDERICO E. Z. GLITZ

1. Introdução

Neste introito, é pertinente imaginar esta situação: o indivíduo compra um teste de ancestralidade genética em uma farmácia¹, e o utiliza apenas por curiosidade. Ao receber o resultado, ele descobre que possui grau próximo de parentesco com diversas pessoas que sequer conhece ou teve contato anterior. A busca pela ancestralidade é imediatamente esquecida e tem início o longo e tortuoso caminho pela busca da real ascendência, partindo do pressuposto de que, talvez, diversos segredos familiares precisariam ser revelados².

¹ Esses kits de testes genéticos de ancestralidade são bastante populares nos Estados Unidos e recentemente chegaram às farmácias brasileiras, após aprovação da Anvisa. O consumidor adquire o kit, coleta o material, envia ao laboratório e recebe eletronicamente o resultado dos exames. Os sites oferecem, ainda, a possibilidade de que a pessoa insira seus dados genéticos em uma plataforma específica que indicará a existência de parentesco com outras pessoas que já usaram o serviço.

² Este até mesmo poderia vir a ser o enredo da trama envolvendo Beethoven, conforme atestam dados revelados por recente pesquisa genética que buscava identificar as razões do precário estado de saúde do compositor e que descobriram inesperada origem genética. Cf. a notícia: GIANNINI, Alessandro. Sexo, álcool e música clássica: os segredos revelados de Beethoven. Revista *Veja* [online]. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/ciencia/>

Eliminando a potencial e machadiana³ dúvida sobre a possibilidade de relacionamento extraconjugal da mãe do indivíduo, ele descobre que seus pais utilizaram os serviços de uma clínica de reprodução assistida, na época em que apenas os procedimentos de inseminação artificial eram realizados. Seus pais afirmam que contrataram procedimento homólogo, ou seja, deveriam ser utilizados os gametas dos próprios contratantes. No entanto, o teste genético revela não só parentesco com outras pessoas, como também que seu pai não é seu pai biológico.

Aprofundando a investigação, tentando entender o que aconteceu, o indivíduo acaba descobrindo que tem mais de uma centena de meios-irmãos. Parece ficção científica, mas não é apenas isso. Esse, também, é o enredo da série documental *Our Father* (Netflix, 2022) que conta a história real de um médico americano que nos anos 1970 e 1980 enganou centenas de pacientes, utilizando (sem consentimento) o próprio sêmen para os procedimentos de reprodução assistida. Para completar o drama, o médico não realizava nenhuma triagem do material e, por isso, várias crianças geradas herdaram doença autoimune da qual ele era sabidamente acometido. O Estado americano de Indiana, no entanto, inocentou o médico das acusações de estupro e de violência sexual e o condenou apenas por obstrução da justiça (por ter mentido sobre a utilização do próprio esperma), impondo uma multa de US\$ 500,00 (quinhentos dólares norte-americanos)⁴ e 1 ano de liberdade condicional. O caso americano não é isolado, no mundo vários outros se assemelham⁵.

sexo-alcool-e-musica-classica-os-segredos-revelados-de-beethoven/. Acesso em: 08 maio 2023.

³ Cf. "Dom Casmurro" de Machado de Assis e a eterna dúvida sobre a possível traição da personagem Capitu e a paternidade de Ezequiel. ASSIS, Machado de. *Dom Casmurro*. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1994.

⁴ O equivalente a R\$ 2.500,00 (Dois mil e quinhentos reais) segundo a cotação de 24 de maio de 2023 ou um pouco menos que dois salários-mínimos a partir de 1º de maio de 2023.

⁵ Na Holanda, 2022, investigação mostrou que um médico havia fertilizado (entre 1973 e 1998) pelo menos 49 pacientes com o seu próprio sêmen. Cf. DA REDAÇÃO. DNA prova que médico usou o próprio sêmen para gerar 49 crianças *Veja* [online]. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/mundo/dna-prova-que-medico-usou-o-proprio-semen-para-gerar-49-criancas>. Acesso em: 23 maio 2023. Em Ontário, no Canadá, 2016, médico foi acusado de usar o próprio sêmen em procedimentos realizados nos anos 90. Cf. BBC NEWS BRASIL. [online] Especialista em fertilização é acusado de usar próprio sêmen para engravidar

Mas não são apenas médicos que dolosamente usam seu próprio sêmen para fertilizar mulheres. Há também doadores⁶ que utilizam brechas legais e nos sistemas de fiscalização para realizar doações de esperma acima da quantidade permitida⁷, o que pode conduzir a situações incestuosas ou endogamia. Essa é a história recentemente anunciada por autoridades holandesas que identificaram um homem que teria gerado mais de 500 filhos⁸. Na Holanda, o número máximo de bebês por doador é de 25 para até 12 mulheres. Até o momento, o homem foi apenas proibido de fazer qualquer outra doação em clínicas do país. O descumprimento

paciente. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-37911213>. Acesso em: 23 maio 2023. Na Flórida, nos EUA, médico é condenado por realizar inseminação utilizando o próprio sêmen na década de 70. Cf. O TEMPO [online] Disponível em: <https://www.otempo.com.br/mundo/medico-e-condenado-a-pagar-indenizacao-apos-injetar-proprio-semen-em-paciente-1.2645326>. Acesso em: 23 maio 2023. No Texas, nos EUA, há casos relatados desde a década de 1980. Cf. BBC NEWS BRASIL. [online] A surpreendente revelação sobre os 3 homens que pensei serem meu pai. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/articles/cg3d9d90gg2o>. Acesso em: 23 maio 2023.

⁶ Também foi o enredo da questionável refilmagem da comédia que, no Brasil, recebeu o título de “De repente pai” (2014), em que a personagem principal seria o pai biológico de mais de cinco centenas de filhos, oriundos das excessivas ‘doações’ de esperma que realizou em sua juventude, que buscam conhecê-lo. Cf. DE REPENTE PAI. Direção: Ken Scott. EUA: Disney; Buena Vista, 2014. Duração: 1h 45 min. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=6ri5tfz7_xY>. Acesso em: 20 maio 2023.

⁷ A ausência de lei brasileira sobre reprodução humana assistida é preocupante, inclusive porque não há limites legais definidos para a quantidade de filhos a serem gerados de um único doador. No Brasil há apenas uma restrição ética, contida no Item IV, 6, da Resolução n. 2320/22, CFM, que dispõe que “na região de localização da unidade, o registro dos nascimentos evitará que um(a) doador(a) tenha produzido mais de 2 (dois) nascimentos de crianças de sexos diferentes em uma área de 1 (um) milhão de habitantes. Exceto quando uma mesma família receptora escolher um(a) mesmo(a) doador(a), que pode, então, contribuir com quantas gestações forem desejadas” (grifo nosso). A utilização do verbo ‘evitar’, pode, por exemplo, levar a concluir a inexistência de dever correlato. E no Item IV, 7, “não é permitido aos médicos, funcionários e demais integrantes da equipe multidisciplinar das clínicas, unidades ou serviços serem doadores nos programas de reprodução assistida”. Cf. BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução n. 2320/22. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2022/2320>. Acesso em: 20 maio 2023.

⁸ Cf. CNN BRASIL. [online] Homem que teria mais de 500 filhos é proibido de doar esperma. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/internacional/homem-que-teria-mais-de-500-filhos-e-proibido-de-doar-esperma/>. Acesso em: 20 maio 2023.

da proibição acarreta uma multa de € 100.000,00 (cem mil euros)⁹ por infração. O homem também deve comunicar a qualquer outra clínica estrangeira para qual tenha doado esperma, para que destruam o seu material, reservando-o apenas para aquelas situações em que já houver filhos gerados, conservando-se aos contratantes o direito de gerar outro filho com a mesma identidade genética.

Para além da evidente falha na fiscalização das condições das “doações”, que muitas vezes são remuneradas, e da possível não testagem prévia à utilização do material genético, este caso chama a atenção para a possibilidade de efeitos transnacionais do potencial ato ilícito civil¹⁰, para a dificuldade jurisdicional em tomar medidas para evitar futuros danos¹¹ e para a possível (in)eficácia da decisão tomada fora dos estreitos limites territoriais dos Países Baixos¹².

Os dois exemplos aqui narrados, para além de questões familiares importantes e da possibilidade de endogamia e de eventuais reflexos criminais, trazem à reflexão a fragilidade legal e fiscalizatória sobre os serviços de reprodução assistida e, mais, apontam para reflexos importantes do evidente inadimplemento contratual e dos possíveis e irreparáveis danos a projetos parentais.

2. O dano pela violação do projeto parental

O Conselho Federal de Medicina reconhece o papel das técnicas de reprodução assistida no auxílio a procriação (Resolução n. 2.320/22¹³, CFM).

⁹ Equivalente a R\$ 535.000,00 (Quinhentos e trinta e cinco mil reais) segundo a cotação de 24 de maio de 2023 ou um pouco mais que quatrocentos e cinco salários-mínimos a partir de 1º de maio de 2023.

¹⁰ Sua apuração dependerá do regime de direito conflitual adotado por cada Estado. No Brasil, por exemplo, o ilícito seria apurado com base no Direito local de onde é experimentado o dano.

¹¹ A sanção pecuniária pode ser alta o suficiente para ter caráter pedagógico, mas – igualmente – excessiva para não surtir nenhum efeito prático no caso específico em termos de responsabilização patrimonial. Isto é especialmente verdade em sistemas como o norte-americano que admitem a remuneração da “doação” de sêmen e que, por consequência, acabam incentivando que esta seja via para obtenção de recursos por aqueles que deles são desprovidos.

¹² Uma decisão de caráter mandamental como esta pode ter sua homologação questionada em países estrangeiros, justamente pela natureza impositiva da ordem.

¹³ BRASIL. Conselho Federal de Medicina. *Op. Cit.*

Quem procura pelo serviço está decido a realizar um projeto parental que seria impossível ou pouco provável sem o uso dos procedimentos de reprodução. As pressões sociais e pessoais para a realização desse projeto apresentam-se em graus diferentes, mas estão sempre presentes.

A contratação de serviços de reprodução humana assistida vem cercada de desgastes emocionais que iniciam com a constatação da própria infertilidade¹⁴, perpassando pela angústia de não poder gerar naturalmente um descendente biológico, percorrendo os desafios econômicos de acesso aos procedimentos que ainda são inviáveis para a maioria da população, e, por fim, as incertezas naturais da gestação. Todo o processo é "vivenciado com muita instabilidade emocional, marcado por sentimentos de esperança e desilusão, ansiedade e depressão"¹⁵. Aqueles que buscam um serviço de fertilização estão a desejar a realização de um projeto parental que pode envolver os gametas do casal contratante (fertilização homóloga) ou pode ainda depender da doação de gametas ou de embriões de terceiros (fertilização heteróloga).

Ao descobrir-se vítima de um médico que utiliza o próprio esperma sem consentimento ou de um doador que ultrapassa as quotas legais ou éticas de doação, aquele projeto parental é esfacelado, não só porque não se usou o material genético dos contratantes quando era possível (em descumprimento à decisão de fertilização homóloga), mas também porque os riscos de endogamia e relações incestuosas se apresentam com a conduta irresponsável do doador e da clínica que deixou de fazer o necessário controle/testagem do material biológico fornecido (em descumprimento ao mínimo aceitável para efetivação de fertilização heteróloga). Evidencia-se aqui, independentemente do fundamento da responsabilidade civil analisada, uma potencial questão de dano existencial ou de dano ao projeto de vida.

Ao descobrir-se enganado seja pelo uso indevido do material do próprio médico, seja por excesso de doações do doador, o projeto parental

¹⁴ "Segundo Trindade e Enumo a angústia decorrente do diagnóstico de infertilidade pode variar de acordo com a valorização atribuída à maternidade e à paternidade de cada cultura. Além do diagnóstico, o tratamento de reprodução assistida mobiliza fortes reações emocionais, podendo ser sentido como uma experiência devastadora. O medo, a ansiedade e as incertezas quanto aos desfechos dos tratamentos afetam diretamente o bem-estar desses pacientes" (MARCIANO, R. P.; AMARA, W. N. Aspectos emocionais em reprodução humana assistida: uma revisão integrativa da literatura. *Femina*, v. 46, n. 6, p. 379-384, 2021, p. 380).

¹⁵ *Ibidem*, p. 380.

é fatalmente atingido. Não apenas porque aquela pode ter sido a *única* chance daquela pessoa de ser pai ou mãe biológico(a), mas porque a verdade muitas vezes é revelada em grandes canais de comunicação que acabam por descortinar a privacidade familiar. Isso para não se mencionar o eventual contexto em que a revelação se dá: a necessidade de tratamento médico para uma inesperada doença congênita.

É nesse ambiente que se pode afirmar a existência de um dano ao projeto de vida. Todo o planejamento e sentimentos envolvendo o procedimento são violentamente atingidos por ato ilícito de terceiros, sob os quais se depositou confiança para a realização do projeto. A realização pessoal é interrompida de forma definitiva e irreversível. O dano, nessas situações, compromete a própria razão existencial dos genitores e da prole.

Pode-se afirmar que a filiação, seja sob o ponto de vista do livre planejamento familiar, seja pelo ponto de vista da identidade genética, é um daqueles interesses intimamente ligados à existência da pessoa e, por isso, fortemente vinculado aos direitos de personalidade¹⁶, cuja tutela “resulta a valorização de todas as atividades que a pessoa realiza, ou pode realizar, pois tais atividades são capazes de fazer com que o indivíduo atinja a felicidade, exercendo, plenamente, as suas faculdades físicas e psíquicas, e a felicidade é, em última análise, a razão de ser da existência humana”¹⁷. Ultrapassa-se, aqui, a mera função compensatória da responsabilidade civil, talvez suficiente para dar conta dos danos resultantes da conduta

¹⁶ Pode-se afirmar que os direitos de personalidade não só devem ser considerados com uma categoria autônoma de direitos subjetivos, mas, especialmente, que lhes sejam conferidos o *status* de direitos fundamentais, capazes de tutelar situações jurídicas existenciais. Situação jurídica subjetiva “caracteriza-se como a posição de um indivíduo frente ao direito, com a consequente atribuição de uma capacidade de ação (que pode exprimir-se através de várias formas como, por exemplo o direito subjetivo), depreende-se que a situação subjetiva existencial faz exigir uma especial proteção à personalidade do sujeito” Cf. CORTIANO JÚNIOR, Erourths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. In: FACHIN, Luiz Édson. *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 33. A ideia das situações jurídicas surge como contraponto à ideia dos direitos subjetivos vez que esta categoria é insuficiente para dar conta de todas as situações de tutela da personalidade porque pensada para garantia de interesses proprietários (ter) e não dando conta de situações existenciais (ser).

¹⁷ SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 37.

do doador ou da clínica, para se buscar a tutela ótima dos direitos de personalidade, visando-se a efetiva proteção de interesses existenciais.

Diferente do dano moral puro, que resulta de uma violação à personalidade cujas consequências deletérias se circunscrevem ao evento, o dano existencial encontra sua medida na permanência da eficácia danosa sobre a operosidade, dinamismo e qualidade de vida¹⁸.

O dano existencial diferencia-se do dano moral propriamente dito, porque esse é “essencialmente um sentir”, enquanto aquele é um “não mais poder fazer, um dever de agir de outra forma, um relacionar-se diversamente”, em que ocorre uma limitação do desenvolvimento normal da vida da pessoa¹⁹.

É o que se nota nos fatos aqui narrados, em que o equilíbrio familiar e a identidade pessoal são forte e irreversivelmente abalados. Pode-se até afirmar que há um dano ao projeto de vida, que impacta diretamente na personalidade, afetando a liberdade de definir o próprio projeto existencial. “O dano existencial não é propriamente a alteração negativa do ânimo (o moral), mas uma sequência de relações alterada, um ‘fazer’ ou um ‘dever fazer’ diferente, ou até mesmo o ‘não poder fazer’. O dano existencial implica ‘outro modo de reportar-se ao mundo exterior’”²⁰.

O reconhecimento de danos existenciais nas hipóteses aqui analisadas decorre da compreensão de que os elementos periféricos que se relacionam com a pessoa para garantir seu bem-estar e sua qualidade de vida também merecem ser tutelados, pois “representam a ação do ser humano, destinada a atingir a felicidade, a realização, a busca da razão de ser da existência”²¹.

A dor emocional e social podem perdurar para sempre porque afetam diretamente a forma como a pessoa se reconhece e como se identifica na família. Pode-se afirmar que o dano existencial se manifesta como uma afetação negativa na identidade pessoal²², repercutindo permanentemente

¹⁸ ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Novo tratado de responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2023.

¹⁹ SOARES, *op. cit.*, p. 46.

²⁰ *Ibidem*, p. 46.

²¹ *Ibidem*, p. 39.

²² Vale lembrar que a identidade pessoal representa o conjunto de atributos da pessoa, projetando-se em todas as suas manifestações existenciais. ALPA, Guido. *Responsabilità civile e danno*. Lineamenti e questioni. Bologna: Il Mulino, 1991.

sobre a existência da pessoa, muitas vezes afetando seu desenvolvimento pessoal e suas interações sociais, ao ponto em que Cendon e Ziviz²³ podem equipará-lo a “uma renúncia forçada às ocasiões felizes”.

O dano existencial pode ser observado a partir do seu caráter objetivo: prova de escolhas de vida que se evidenciam na contratação da fertilização e das alterações sofridas após a confirmação dos fatos. Trata-se de dano que repercute permanentemente na existência dos genitores e da prole, mundificando-lhes a vida e, potencialmente, estremecendo as próprias certezas identitárias e relações que mantêm entre si.

Note-se que não se está a afirmar que laços familiares serão obrigatoriamente rompidos, embora eventualmente isso possa acontecer, especialmente se revelado com pouco tempo de convivência com a criança gerada. E não há necessidade de rompimento para a caracterização do dano existencial, basta que se demonstre o comprometimento da própria identidade pessoal e familiar com a revelação dos fatos.

É, ainda, de se esperar o prolongar-se das consequências da revelação de: possíveis procedimentos judiciais de questionamento da paternidade e exoneração dos deveres correlatos; busca pela identificação do pai biológico; possíveis medidas de retificação documental e, até mesmo, de responsabilização pelos danos causados pela revelação. É, portanto, dano certo e juridicamente relevante que pode também assumir caráter de potencialidade que abrange além da convivência e do afeto familiar imediatos, atividades que essa mesma família poderia realizar conjuntamente no futuro, segundo as máximas da experiência social (e até religiosa). O drama pode ser acentuado se a gestação se deu para alguma finalidade terapêutica que envolveria fornecimento de material biológico da(o) filha(o) aos pais (seria o caso de perde de uma chance?).

Para além das relações familiares, é preciso compreender que a alteração da origem genética, doenças por essa origem trazidas ou restrições a relacionamentos com desconhecidos (para evitar relações incestuosas), também pode gerar forte impacto na forma como a pessoa se reconhece e se comporta socialmente e como os genitores se relacionam entre si

²³ CENDON, Paolo; ZIVIZ, Patrizia. *Il dano esistenziale. Una nuova categoria della responsabilità civile*. Milano: Guiffré, 2000.

e com a prole²⁴. Poderia até mesmo ocasionar eventual crise afetiva/religiosa/social para que pessoas que acabassem se descobrindo filhos do mesmo doador e estivessem envolvidas em algum relacionamento ou tivessem gerado prole²⁵. A identidade genética é, como se sabe, elemento conformador da identidade pessoal e instrumento realizador da própria identidade. Assim, a mera dúvida sobre a origem genética já poderia representar fortes consequências pessoais²⁶.

Vale lembrar, também, que as consequências desta revelação podem, ainda, perpetuar-se indefinidamente, atingindo terceiros que sequer são atualmente nascidos. Por isso, o uso de material genético do próprio médico sem consentimento ou o uso em excesso de material genético de um único doador afeta diretamente valores constitutivos da própria pessoalidade e da família e a forma como esses valores interagem para o desenvolvimento pessoal e social, afetando seu passado, presente e futuro.

Os sentimentos de incompletude, de não pertencimento, afloram-se e podem se aprofundar dependendo da forma como a pessoa e a família encaram os fatos. Vale aqui lembrar que

A liberdade de desenvolvimento da pessoa humana compreende-se, pois, com base numa concepção do 'indivíduo conformador de si próprio e da sua vida segundo o seu próprio projeto espiritual (*plastes et factor*). A forma de realização da personalidade humana não é algo pré-determinado, que se

²⁴ "O dano existencial pode atingir setores distintos: a) atividades biológicas de subsistência; b) relações afetivo-familiares; c) relações sociais; d) atividades culturais e religiosas; e) atividades recreativas e outras atividades realizadoras, porque qualquer pessoa tem o direito à serenidade familiar, à salubridade do ambiente, à tranquilidade no desenvolvimento das tarefas profissionais, ou de lazer, etc." (SOARES, *op. cit.*, p. 47).

²⁵ Ainda que não tenha sido causada por falha de serviço de inseminação artificial, o caso espanhol vale para a reflexão. Cf. FINOTTI, Ivan. Meios-irmãos apaixonados e com 2 filhos lutam por direito a casamento na Espanha. *Folha de São Paulo* [online]. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2023/04/meios-irmaos-apaixonados-e-com-2-filhos-lutam-por-direito-a-casamento-na-espanha.shtml>. Acesso em: 23 maio 2023.

²⁶ Ainda que em contexto ainda muito incerto e, potencializado pelo marketing de novo filme, pode-se citar o exemplo dos atores Woody Harrelson e Matthew McConaughey. Cf. G1. *Globo.com*. [online] Woody Harrelson revela nova prova de que Matthew McConaughey pode ser seu irmão. Disponível em: <https://revistamonet.globo.com/celebridades/noticia/2023/05/woody-harrelson-revela-nova-prova-de-que-matthew-mcconaughey-pode-ser-seu-irmao.gh.html>. Acesso em: 23 maio 2023.

receba por atribuição, herança, situação num dado momento ou classe, ou por imposição ou dádiva a partir de um determinado padrão ou modelo. Trata-se, antes, de algo que se auto-institui ou constrói, segundo o seu próprio projeto, determinado a partir da própria pessoa, como centro de determinação autônomo²⁷.

Reconhecer a subjetividade humana é o primeiro passo para compreender a necessidade de se tutelar a pessoa em todas as suas dimensões, protegendo-se, inclusive, seu projeto de vida e sua identidade pessoal. Assim, embora não seja possível aprioristicamente condicionar o dano existencial a formas de comportamento, porque decorrentes das necessidades individuais particulares, é possível afirmar que do comprometimento do projeto parental por conduta ilícita dos prestadores de serviços surgem necessariamente danos existenciais importantes.

Negar o direito à reparação dos danos existenciais ou ao projeto de vida seria autorizar a degradação dos titulares desses direitos, desconsiderando suas subjetividades e premiando condutas egoísticas e irresponsáveis. A proteção de desejos e aspirações pessoais, da forma como a pessoa se reconhece no mundo e no seio familiar, é forma de tutelar direitos de personalidade importantes para a realização da dignidade da pessoa humana.

Trata-se de reconhecer que direitos de personalidade não devem ser pensados apenas a partir da clássica moldura privada e individualista, mas sim como forma de promoção e proteção de valores existenciais. E é justamente aqui que se assentam as bases da responsabilidade civil por dano existencial: dignidade da pessoa humana; solidariedade (que pressupõe a mútua cooperação para a realização de um objetivo comum) e o clássico *neminem laedere* (não causar dano).

A formulação principiológica da dignidade da pessoa humana, embora não lhe determine um conceito, atribui-lhe a máxima relevância jurídica, considerando que

Corresponde à qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da

²⁷ MOTA PINTO, Paulo. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Portugal-Brasil, ano 2000, Coimbra, 1999, p. 149-246.

comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover a sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos²⁸.

Assegura-se, portanto, que a pessoa não pode ser objeto de ofensas (dimensão negativa), como também presume o pleno desenvolvimento e autodeterminação da pessoa (dimensão positiva). É, portanto, parâmetro objetivo que admite múltiplas interpretações, todas direcionadas a um só fim: tutela da pessoa em todas as duas dimensões²⁹, consideradas pautas valorativas essenciais ao livre desenvolvimento da personalidade.

A vagueza e generalidade do princípio permite sua concretização nas situações fáticas, inclusive naquelas decorrentes de danos existenciais. A força de sua dimensão intersubjetiva cria um dever geral de respeito de todos os seres humanos em relação a todos os indivíduos, isolada ou coletivamente, afetando a todos indistintamente e determinando, nas situações aqui expostas, a reparação por dano existencial.

Para que a análise proposta pelo presente ensaio seja viável, surge, então, a necessidade deste segundo recorte: para além da falha do serviço particular prestado pela clínica, é indispensável limitar sua abordagem para aqueles que contrataram o serviço, manifestando sua autonomia pessoal e existencial e estabelecendo, em primeiro lugar, os contornos do projeto de vida (parental, portanto) cuja violação seja o ato ilícito ensejador da reparação. Potenciais danos causados àqueles que não participam contratualmente da contratação original precisam, neste momento, ser pensados como danos causados a terceiros, que fugiriam, imediatamente, em razão da relatividade negocial, da abordagem que propusemos.

²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 2. ed. rev. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 60.

²⁹ Nesse sentido, lembra Dworkin que a dignidade da pessoa humana dispõe tanto de uma voz ativa quanto de uma voz passiva; e ambas encontram-se conectadas de maneira que é no valor intrínseco da vida humana, de todo e qualquer ser humano, que encontramos a explicação para o fato de que mesmo aquele que já perdeu a consciência da própria dignidade merece tê-la considerada e respeitada. (DWORKIN, Ronald. *El dominio de la vida*. Barcelona: Ariel, 1998. p. 307-309).

3. Do inadimplemento

Quando a frustração do projeto parental é imputável à conduta ilícita daquele que se colocou em condições de prestar o serviço que o viabilizaria, os danos, como já se afirmou, afetam diretamente a integridade psicossomática e existencial. Se já não fosse suficiente e absolutamente desgastante o processo de contratação, tratamento e gestação, o abalo na confiança e o uso de material genético em desconformidade com o contratado causa tristeza, angústia, ansiedade, raiva, depressão e até melancolia. Ainda que os vínculos familiares sejam fortes, o abalo provocado pelas condutas ilícitas gera reflexos indelévels.

Recortando-se os aspectos puramente contratuais, vemo-nos no desafio de analisar uma miríade de possibilidades de abordagem sobre o descumprimento das obrigações assumidas por meio do vínculo negocial estabelecido entre os pais e as clínicas, centros ou serviços que aplicam as técnicas de reprodução assistida. Outra advertência necessária é que qualquer análise precisa ser ancorada territorialmente, isto é, será obrigatório – diante da característica eminentemente nacional de identificação do ordenamento jurídico e inexistência de instrumentos normativos internacionais sobre o tema – filtrá-la pela estrita análise do Direito brasileiro.

Vamos partir, então, do caso holandês (mais recente) que ajuda a abrir este ensaio. Por se tratar, ainda, de mera notícia, sem maiores detalhamentos sobre as consequências negociais possíveis, o caso permitirá a ampliação do escopo da análise para hipóteses que, eventualmente, nem venham a ser confirmadas. Eis, então o desafio a que nos propomos.

Para que a análise faça sentido e tenha relevância para o leitor brasileiro, vamos imaginar a hipótese em que pais, domiciliados no Brasil, viessem a constatar que o procedimento de reprodução assistida a que se submeteram nos Países Baixos estivesse dentro do espectro de atuação do doador inconsequente.

Essas vítimas poderiam vir a demandar indenização pela violação de seu projeto existencial? Do ponto de vista estritamente processual (competência) a resposta seria afirmativa, se os efeitos do dano aqui fossem sentidos (art. 21, III³⁰, do Código de Processo Civil – CPC). A solução

³⁰ “Art. 21, CPC. Compete à autoridade judiciária brasileira processar e julgar as ações em que: [...] III – o fundamento seja fato ocorrido ou ato praticado no Brasil”. BRASIL. *Código de processo civil*: Lei n. 13.105, de março de 2015.

não seria diversa se fossemos além e admitíssemos que se tratasse de uma relação de consumo, ainda que, para tanto, fosse necessário dar um passo além no método conflitual e aceitar a aplicação da legislação brasileira ao caso concreto. Nesse caso, bastaria que as vítimas fossem domiciliadas no Brasil (nos termos do art. 22, II³¹ do CPC).

O problema da jurisdição impõe, ainda, alguns cuidados adicionais: (i) a análise da presença de eventual cláusula de eleição de foro; (ii) a análise da presença de eventual cláusula arbitral e (iii) a avaliação da estratégia processual a ser seguida. Explica-se:

- (i) A rigor, a existência de cláusula de eleição de foro exclusivo estrangeiro afastaria a possibilidade de julgamento da causa pelo juiz nacional, a teor do art. 25³² do CPC, (ii) o mesmo ocorrendo diante da existência de cláusula arbitral, desde que alegada como preliminar de defesa, a teor dos controversos parágrafos 5º e 6º, do art. 337³³ do CPC.
- (ii) Ocorre, contudo, que recentíssimo precedente do Superior Tribunal de Justiça (STJ)³⁴ considerou ser competente a jurisdição

³¹ "Art. 22, CPC. Compete, ainda, à autoridade judiciária brasileira processar e julgar as ações: [...] II – decorrentes de relações de consumo, quando o consumidor tiver domicílio ou residência no Brasil". *Ibidem*.

³² "Art. 25, CPC. Não compete à autoridade judiciária brasileira o processamento e o julgamento da ação quando houver cláusula de eleição de foro exclusivo estrangeiro em contrato internacional, arguida pelo réu na contestação". *Ibidem*.

³³ "Art. 337, CPC. Incumbe ao réu, antes de discutir o mérito, alegar: [...] X – convenção de arbitragem; [...] § 5º Excetuadas a convenção de arbitragem e a incompetência relativa, o juiz conhecerá de ofício das matérias enumeradas neste artigo. § 6º A ausência de alegação da existência de convenção de arbitragem, na forma prevista neste Capítulo, implica aceitação da jurisdição estatal e renúncia ao juízo arbitral." *Ibidem*.

³⁴ "RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS HOTELEIROS. PEDIDO DE RESCISÃO. NEGÓCIO. CELEBRAÇÃO NO EXTERIOR. PESSOAS FÍSICAS. DOMICÍLIO. BRASIL. RELAÇÃO DE CONSUMO. AUTORIDADE JUDICIÁRIA BRASILEIRA. COMPETÊNCIA. ART. 22, II, DO CPC/2015. CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO. ABUSIVIDADE. AFASTAMENTO. ARTS. 25, § 2º, E 63, § 3º, CPC/2015. RÉU. DOMICÍLIO NO BRASIL. GRUPO ECONÔMICO. TEORIA DA APARÊNCIA. SÚMULAS Nº 5 E 7/STJ. 1. A controvérsia resume-se a saber se a Justiça brasileira é competente para processar e julgar a ação de rescisão de contrato de negócio jurídico celebrado em território mexicano para ali produzir os seus efeitos, tendo como contratadas pessoas físicas domiciliadas no Brasil. 2. Compete à autoridade judiciária brasileira processar e julgar as ações

nacional para a resolução de contrato de consumo com cláusula de eleição de foro estrangeiro. No caso da cláusula arbitral, ainda que sem a particularidade de sua internacionalidade, o STJ tem se manifestado no sentido de que sua eficácia, nos contratos massificados de consumo, depende da anuência do consumidor no momento de instauração do litígio³⁵.

- (iii) Por fim, é oportuno lembrar que as demandas indenizatórias são, usualmente, submetidas ao regime da competência relativa, ou seja, não afastariam a jurisdição estrangeira. Isto quer dizer que as vítimas em questão poderiam avaliar a eventual competência brasileira, holandesa ou de terceiro país no momento de deduzir sua pretensão indenizatória. A decisão, neste contexto, é menos uma questão de preferência do advogado envolvido, mas uma

decorrentes de relações de consumo, quando o consumidor tiver domicílio ou residência no Brasil. 3. Em contratos decorrentes de relação de consumo firmados fora do território nacional, a justiça brasileira pode declarar nulo o foro de eleição diante do prejuízo e da dificuldade de o consumidor acionar a autoridade judiciária estrangeira para fazer valer o seu direito. [...] 6. Na hipótese, os autores pactuaram contrato de prestação de serviços hoteleiros com sociedade empresária domiciliada em território estrangeiro, para utilização de Clube/Resort sediado em Cancun, no México. Houve a celebração de contrato de adesão, sendo os aderentes consumidores finais, com residência e domicílio no Brasil, permitindo à autoridade judiciária brasileira processar e julgar a ação de rescisão contratual. [...]” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Terceira Turma, Recurso Especial nº 1.797.109/SP, Relator Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 21/03/2023).

³⁵ “AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO ORDINÁRIA. CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE ENERGIA ELÉTRICA. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. CONTRATO DE ADESÃO DE CONSUMO. AÇÃO JUDICIAL. DISCORDÂNCIA DO CONSUMIDOR QUANTO À ARBITRAGEM. INEFICÁCIA. CONSONÂNCIA DO ACÓRDÃO RECORRIDO COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. 1. Nos termos da jurisprudência firmada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a validade da cláusula compromissória, em contrato de adesão caracterizado por relação de consumo, está condicionada à efetiva concordância do consumidor no momento da instauração do litígio entre as partes, consolidando-se o entendimento de que o ajuizamento, por ele, de ação perante o Poder Judiciário caracteriza a sua discordância em submeter-se ao Juízo Arbitral, não podendo prevalecer a cláusula que impõe a sua utilização. [...]”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Quarta Turma, Agravo Interno nos Embargos de Declaração no Agravo em Recurso Especial nº 2.086.916/RS, Relator Min. Raul Araújo, julgado em 20/03/2023.

cuidadosa análise dos custos envolvidos, dificuldades e meios de produção de provas e, claro, do eventual Direito aplicável ao caso concreto. Além disso, em razão da ausência de litispendência (art. 24, do CPC), seria até mesmo possível imaginar a tramitação concomitante de mais de um pedido indenizatório, desde que processados em jurisdições distintas.

Superadas as complexidades da decisão acerca da jurisdição mais adequada, passariam as vítimas a avaliar o Direito aplicável ao seu caso em específico de inadimplemento contratual. Se admitido o cenário de jurisdição brasileira e presumindo que os danos são experimentados no Brasil, aplicar-se-ia ao caso a previsão conflitual do art. 9º, *caput*³⁶, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), ou seja, o caso seria julgado – pelo juiz brasileiro – de acordo a legislação civil brasileira. Assim, a existência, tipificação e quantificação dos danos, o tipo e os requisitos da responsabilidade civil envolvida seriam apreciados de acordo com o Direito nacional, ainda que eventuais provas se submetessem a outro regime³⁷ e o Direito aplicável ao contrato viesse a ser distinto (por aplicação do mesmo dispositivo conflitual).

Trata-se do fenômeno da *dépeçage*, que obriga o julgador a qualificar cada fato jurídico específico e a ele aplicar o Direito material correlato. Essa solução, como se vê, traz complexidade ao tema: o conteúdo obrigacional pode vir a ser definido pelo Direito neerlandês, enquanto a responsabilidade por sua violação, por Direito brasileiro.

Adicionalmente, devemos recordar que, embora se admita a aplicação do Direito material estrangeiro por juiz nacional, esta não ocorre sem limitações possíveis³⁸ e sem a necessidade de, eventualmente, adequação aos parâmetros jurídicos locais. Também se deve levar em consideração

³⁶ “Art. 9º, LINDB. Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem”. BRASIL. Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. *Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LIND)*. Redação dada pela Lei nº 12.376, de 2010.

³⁷ Art. 13, LINDB. “A prova dos fatos ocorridos em país estrangeiro rege-se pela lei que nele vigorar, quanto ao ônus e aos meios de produzir-se, não admitindo os tribunais brasileiros provas que a lei brasileira desconheça”. *Ibidem*.

³⁸ Cf., por exemplo, o art. 17 da LINDB: “As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes”. *Ibidem*.

que as Cortes brasileiras, nos poucos casos em que abordam a questão, deixam bastante espaço para construção³⁹.

Ultrapassada a identificação do Direito material aplicável, de seu conteúdo e adequada interpretação, precisaríamos avaliar em que medida teria havido o descumprimento do conteúdo obrigacional do contrato – a partir do Direito que lhe é aplicável – para, apenas depois disso, avaliarmos a existência ou não de dano – de acordo com o Direito do local em que seus efeitos seriam sentidos.

No caso selecionado para exame, tal como rotineiramente acontece em negócios massificados típicos de sociedades de consumo, parece bastante razoável supor que o eventual instrumento de contrato que foi celebrado pelas vítimas tenha sido prévia e unilateralmente elaborado pela clínica (prestadora do serviço), ou seja, trata-se de contrato de adesão. Possivelmente dele constam hipóteses de limitação de responsabilidade, quitações e declarações que assegurem ter havido a ampla informação e consentimento.

Como já demonstrado, a análise da legalidade e adequação do contrato dependeria – em princípio – da identificação e aplicação do direito neerlandês. Isto significa afirmar que o juiz do caso não poderia presumir a aplicação do Direito brasileiro, menos ainda a incidência da legislação protetiva de consumo⁴⁰. Isso, contudo, é o que se vê em muitos casos, que vão desde os julgados envolvendo indenizações por extravio de bagagem em viagens internacionais (em construção perante o Supremo Tribunal Federal⁴¹) até casos como aquele do precedente do STJ citado

³⁹ GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. Direito estrangeiro e juiz nacional: como as Cortes Superiores brasileiras aplicam o Direito estrangeiro? In: GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin (Org.). *Questões de Direito Internacional: pessoa, comércio e procedimento*. Curitiba: JML, 2017, p. 172-193.

⁴⁰ Isso eventualmente poderia servir de limitação à aplicação do Direito estrangeiro uma vez que fosse identificada com a Ordem Pública, por exemplo, prevista no art. 17 da LINDB. *Ibidem*.

⁴¹ A Corte teve oportunidade de fixar o Tema 210 por meio do qual entendeu que “Nos termos do art. 178 da Constituição da República, as normas e os tratados internacionais limitadores da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor.” Mais recentemente, contudo, o STF destacou que “Não se aplicam as Convenções de Varsóvia e Montreal às hipóteses de danos extrapatrimoniais decorrentes de contrato de transporte aéreo internacional” (tema 1240). BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula 456*.

anteriormente, envolvendo o *time-sharing* internacional. Há casos, por exemplo, em que a Corte apenas presume a identificação do conteúdo de ambos os Ordenamentos ou que a legislação brasileira é mais protetiva e, portanto, deve ser aplicada⁴². Este é, por exemplo, o resultado do famoso caso *Panasonic*⁴³, que tratava, justamente, do início das consequências da internacionalização do consumo envolvendo brasileiros.

Nesse ambiente jurisprudencial, portanto, seria bastante razoável também supor que o juiz competente, embora identificasse adequadamente o Direito material neerlandês como sendo aplicável ao caso, acabasse por preferir presumir a incidência da legislação de consumo brasileira ou acabasse por presumir a identificação de ambos os conteúdos normativos. Talvez, em o fazendo, até não estivesse tão longe dos termos preconizados pelo ordenamento holandês.

Se este fosse, então, em razão do cenário estabelecido, deveríamos raciocinar o descumprimento da obrigação – ensejadora de possível dano existencial – a partir da lógica dos deveres associados à boa-fé objetiva e que se encontram positivados pela Lei nº 8.078/1990 (CDC), em especial o dever de informação e cuidado⁴⁴. Também neste aspecto poderíamos nos valer da ilustração fornecida pela já mencionada Resolução CFM nº 2320/2022 em que estes deveres são instrumentalizados, por exemplo:

- 1) Pela obtenção do consentimento livre e esclarecido dos pacientes por meio da “discussão entre as partes envolvidas” envolvendo “a

Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=2805#:~:text=Nos%20termos%20do%20art.,definida%20no%20RE%20636.331%2Crel>. Acesso em: 22 maio 2023.

⁴² GLITZ. *Op. cit.*

⁴³ GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin; SCHAEFER, Fernanda. O caso *Panasonic* e as relações internacionais de consumo. In FERRARO, Angelo *et al.* (Coord.). *Derecho del consumo y normas antimonopolio*. Buenos Aires: La Ley, 2022, p. 36-51. Disponível em: <https://glitzgondim.adv.br/wp-content/uploads/2022/07/GLITZ-SCHAEFER-Caso-Panasonic-Derecho-del-consumo.pdf>. Acesso em: 20 maio 2023.

⁴⁴ “Art. 6º São direitos básicos do consumidor: I – a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos; [...] III – a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem”. BRASIL. *Código do Direito do Consumidor*. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

totalidade das circunstâncias de aplicação da técnica [...], bem como os resultados [...] [e] dados de caráter biológico jurídico e ético” (item I, 4).

- 2) Pela necessidade de constatação de adequação física e mental dos doadores (Item IV, 2.1 e 5) e, embora deva ser mantido em sigilo sua identidade, é necessário não apenas poder identificar o doador (Item IV, 4) como que haja algum nível de controle sobre a quantidade de doações realizadas pela mesma pessoa (Item IV, 6).

Ainda que estas previsões sirvam de orientação ética a uma categoria profissional (médicos), podem contribuir como elemento no processo hermenêutico construtivo das relações jurídicas como a ora analisada. Outro limitador é que tais regras se aplicam às doações realizadas no Brasil. Como destacado anteriormente, a legislação neerlandesa prevê, para a base nacional, um número máximo de doações. A brecha transnacional, como se percebe, acaba não sendo fechada completamente, como parece ter reconhecido – inicialmente – a autoridade jurisdicional local, já preocupada com os possíveis danos transfronteiriços causados.

Independentemente da previsão de um número máximo de doações, pode-se partir da já consagrada noção de que o contrato, como exemplo de relação jurídica obrigacional entendida como um processo⁴⁵ de cooperação, para se extrair que, em razão disso, há a imposição de modelo de conduta que serve não só para a interpretação do negócio, mas igualmente para a avaliação das obrigações que compõem conteúdo negocial e o tipo de inadimplemento que decorre de seu inadimplemento. E nesse contexto, o controle e fiscalização que impeçam a utilização de material obtido a partir de doação excessivamente liberal passa a ser apreciado não apenas como dever ético (como no Brasil), mas como obrigação associada ao contrato.

Seria possível então indagar: há violação do dever de informação – associado à conduta do fornecedor do serviço – que deixa de prestar o amplo acesso aos dados necessários para a decisão do paciente quando se sonega a informação de que não há certeza efetiva sobre a quantidade de material doado por aquele doador especificamente escolhido pelos pacientes da reprodução heteróloga? Note-se, que no Brasil, a mencionada Resolução

⁴⁵ COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2007. *Passim*.

o CFM, estranhamente exoneraria o prestador do serviço, atribuindo o vulnerável (que não tem conhecimento ou controle sobre o material usado) a responsabilidade exclusiva pela escolha realizada (Item IV, 10)⁴⁶.

Por sua vez, poderia haver violação do dever de segurança e de informação caso o mesmo fornecedor de serviço não pudesse garantir a origem genética pretendida para aquele embrião? Note-se que, neste aspecto, a Resolução apenas menciona a possibilidade de tal exame com objetivo reduzido ao diagnóstico de alterações genéticas causadoras de doenças (Item VI, 1).

A legislação de consumo brasileira associa o descumprimento desses deveres à violação da qualidade do serviço colocado no mercado. Assim, por exemplo, tais serviços não podem impor risco além daqueles considerados normais (art. 8º, CDC) e não podem ser colocados no mercado serviços nocivos ou perigosos sem ostensiva e adequada informação a respeito (art. 9º, CDC) sob pena de responsabilização civil por eventuais danos que venham a ser causados.

Nesse contexto, o descumprimento de obrigações que ensejassem o dano existencial já analisado, seriam tratados – em princípio – como hipóteses de “fatos do serviço”, ou seja, quando se coloca em risco saúde e segurança do consumidor. Trata-se, no Brasil, de hipótese de responsabilidade objetiva da clínica e do hospital (art. 14, CDC) em que são analisados o modo de fornecimento, os resultados esperados, a época em que é fornecido e a informação oferecida. Se, contudo, o viés de análise fosse a atuação do profissional médico, a responsabilização passaria a ser subjetiva (art. 14, §4º, CDC) ensejando discussão sobre o ônus probatório (e sua possível inversão) acerca da violação ou não da obrigação inadimplida.

A potencial defesa do fornecedor poderia ser a alegação e comprovação da culpa exclusiva de terceiro (art. 14, §º1, II, CDC), demonstrando, por exemplo, que adotou todas as medidas de controle previstas na regulamentação da época, indo além de seu dever, tomando cuidados adicionais,

⁴⁶ A Resolução utiliza o termo “usuário”. É a única oportunidade em que o faz. Poder-se-ia até imaginar que o tal usuário fosse aquele que se vale do banco de gametas e embriões para prestar o serviço. Contudo, a exposição de motivos logo dissipa esta conclusão ao afirmar: “Na utilização de bancos, a seleção de gametas ou embriões é de responsabilidade do usuário, em respeito à autonomia para formação da sua família.” BRASIL. Conselho Federal de Medicina. *Op. Cit.*

mas que, a despeito disso, este terceiro (o doador inconsequente) fugiria de todos os possíveis controles. Poder-se-ia, inclusive, ingressar na análise de medidas preventivas (verdadeiras hipóteses de tutela externa do crédito⁴⁷) por meio da qual – tomando ciência da possibilidade da excessiva liberalidade – teria o fornecedor adotado medidas que pudessem evitar o inadimplemento da relação mantida com os seus pacientes.

Deve-se destacar, ainda, que a legislação de consumo brasileira estende os efeitos da proteção para aqueles terceiros que eventualmente venham a ser atingidos pelos efeitos danosos do evento, ainda que – de fato – não tenham sido contratantes-consumidores deles (art. 17, CDC). É o caso dos filhos gerados nos exemplos aqui apresentados que poderiam invocar a tutela do CDC para reclamar dos danos sofridos.

Considerando, então, que não só a interpretação de tal negócio (a partir do modelo de conduta e dos deveres anexos associados), como o teor da legislação protetiva indicariam a existência de responsabilidade da clínica que não informasse sobre os riscos e não adotasse todos os meios disponíveis de fiscalização e controle de modo a se evitar a situação da pluripaternidade biológica daquele doador holandês.

Resposta diversa não seria alcançada se a análise fosse feita pela legislação civil. Eis que a teor do tratamento do inadimplemento, estar-se-ia diante de hipótese de culpa presumida (art. 389, do Código Civil) do devedor daquelas obrigações (a clínica). O mesmo cenário, já sob a hipótese mais uma vez da responsabilidade objetiva, adviria da percepção da atividade como sendo empresarial (art. 931, do Código Civil).

Parece-nos, então, plausível afirmar que o fornecedor do serviço de reprodução assistida é responsável – segundo a análise do Direito obrigacional brasileiro e levando-se em consideração o modelo de conduta e deveres anexos impostos pelo princípio da boa-fé objetiva – pela eventual falha na prestação da informação completa sobre os riscos do procedimentos (incluindo as dificuldades de eventual controle e fiscalização sobre

⁴⁷ Para detalhes do tratamento do tema no Brasil, sugere-se: PINHEIRO, R. F.; GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. A tutela externa do crédito e a função social do contrato: possibilidade do caso Zeca pagodinho. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. (Org.). *Diálogos sobre Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, v. II, p. 323-344. Disponível em: <https://glitzgondim.adv.br/wp-content/uploads/2018/05/2008-GLITZ-PINHEIRO-A-tutela-externa-do-credito-e-a-funcao-social-do-contrato-Renovar.pdf>

o número de doações realizadas pelo mesmo doador) e pela não adoção de todos os possíveis mecanismos existentes na época do serviço para o controle de conhecidos e possíveis danos (como a doação excessivamente liberal de material genético).

4. Considerações finais

Os procedimentos de reprodução humana assistida são acompanhados de alterações emocionais profundas de quem os procura para realizar o projeto parental. Quando esse projeto é realizado e depois diretamente afetado por condutas espúrias e mesquinhas de médicos e/ou doadores, para além da desestabilização familiar, a mistura de sentimentos se manifestará de forma acentuada.

Os avanços biotecnológicos e a ampliação do acesso a esses serviços – algumas ocasiões de forma transnacional⁴⁸ – exigem uma percepção mais afinada do papel de cada contratante e do grau de vulnerabilidade a que pacientes estão submetidos. Afinal, os contratos com clínicas de reprodução humana não podem ser vistos apenas como ferramenta típica de atividade econômica (embora essa função seja indissociável do contrato). Devem ser compreendidos também como instrumentos destinados à realização de direitos fundamentais e de personalidade, e entre eles está a realização do projeto parental.

As situações aqui narradas extrapolam os limites do inadimplemento contratual para também reverberarem importantes danos existenciais nos contratantes (consumidores destinatários finais) e nos filhos nascidos daqueles contratos (vítimas de acidente de consumo). A complexidade do tema e de suas repercussões exigem compreensão não apenas do ordenamento pátrio, como também exigirá, em diversas ocasiões, a análise de leis estrangeiras. Não há soluções rápidas ou prontas, mas quaisquer que sejam os resultados judiciais, devem eles se dar a partir da tutela da pessoa humana e dos projetos de vida que foram diretamente atingidos.

⁴⁸ Para aprofundamento sobre este tema, sugere-se a leitura de: RIVABEM, Fernanda Schaefer; GLITZ, Frederico E. Z. Bebê globalizado: a gestação de substituição e o direito internacional privado brasileiro. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, v. 23, n. 46, 2020, p. 249-270. Disponível em: <https://glitzgondim.adv.br/wp-content/uploads/2020/12/2020-SCHAEFER-GLITZ-Bebe-globalizado.pdf>.

Referências

- ALPA, Guido. *Responsabilità civile e danno*. Lineamenti e questioni. Bologna: Il Mulino, 1991.
- ASSIS, Machado de. *Dom Casmurro*. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1994.
- BBC NEWS BRASIL. [online] Especialista em fertilização é acusado de usar próprio sêmen para engravidar paciente. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-37911213>. Acesso em: 23 maio 2023
- Cf. BBC NEWS BRASIL. [online] A surpreendente revelação sobre os 3 homens que pensei serem meu pai. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/articles/cg3d9d90gg2o>. Acesso em: 23 maio 2023.
- BRASIL. *Código do Direito do Consumidor*. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.
- BRASIL. *Código de processo civil*: Lei n. 13.105, de março de 2015.
- BRASIL. Conselho Federal de Medicina. *Resolução n. 2320/22*. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2022/2320>. Acesso em: 20 maio 2023.
- BRASIL. Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. *Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LIND)*. Redação dada pela Lei nº 12.376, de 2010.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Terceira Turma, *Recurso Especial nº 1.797.109/SP*, Relator Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 21/03/2023.
- BRASIL. Superior Tribuna de Justiça, Quarta Turma, *Agravo Interno nos Embargos de Declaração no Agravo em Recurso Especial nº 2.086.916/RS*, Relator Min. Raul Araújo, julgado em 20/03/2023.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula 456*. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=2805#:~:text=Nos%20termos%20do%20art.,definida%20no%20RE%20636.331%2Crel.> Acesso em: 22 maio 2023.
- CENDON, Paolo; ZIVIZ, Patrizia. *Il dano esistenziale*. Una nuova categoria della responsabilità civile. Milano: Guiffré, 2000.
- CNN BRASIL. [online] Homem que teria mais de 500 filhos é proibido de doar espermatozoides. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/internacional/homem-que-teria-mais-de-500-filhos-e-proibido-de-doar-esperma/>. Acesso em: 20 maio 2023.
- CORTIANO JUNIOR, Erouths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. In: FACHIN, Luiz Édson. *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998
- COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2007.
- DA REDAÇÃO. DNA prova que médico usou o próprio sêmen para gerar 49 crianças *Veja* [online]. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/mundo/dna-prova-que-medico-usou-o-proprio-semen-para-gerar-49-criancas>. Acesso em: 23 maio 2023.
- DE REPENTE PAI. Direção: Ken Scott. EUA: Disney; Buena Vista, 2014. Duração:

- 1h 45 min. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=6ri5tfz7_xY>. Acesso em: 20 maio 2023.
- DWORKIN, Ronald. *El dominio de la vida*. Barcelona: Ariel, 1998.
- FINOTTI, Ivan. Meios-irmãos apaixonados e com 2 filhos lutam por direito a casamento na Espanha. *Folha de São Paulo* [online]. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2023/04/meios-irmaos-apaixonados-e-com-2-filhos-lutam-por-direito-a-casamento-na-espanha.shtml>. Acesso em: 23 maio 2023.
- G1. *Globo.com*. [online] Woody Harrelson revela nova prova de que Matthew McConaughey pode ser seu irmão. Disponível em: <https://revistamonet.globo.com/celebridades/noticia/2023/05/woody-harrelson-revela-nova-prova-de-que-matthew-mcconaughey-pode-ser-seu-irmao.ghtml>. Acesso em: 23 maio 2023.
- GIANNINI, Alessandro. Sexo, álcool e música clássica: os segredos revelados de Beethoven. *Revista Veja* [online]. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/ciencia/sexo-alcool-e-musica-classica-os-segredos-revelados-de-beethoven/>. Acesso em: 08 maio 2023.
- GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. Direito estrangeiro e juiz nacional: como as Cortes Superiores brasileiras aplicam o Direito estrangeiro? In: GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin (Org.). *Questões de Direito Internacional: pessoa, comércio e procedimento*. Curitiba: JML, 2017, p. 172-193. Disponível em: <https://glitzgondim.adv.br/wp-content/uploads/2018/05/2017-GLITZ-Direito-estrangeiro-e-o-juiz-nacional-como-as-Cortes-Superiores-brasileiras-aplicam-o-Direito-estrangeiro.pdf>. Acesso em: 20 maio 2023.
- GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin; SCHAEFER, Fernanda. O caso Panasonic e as relações internacionais de consumo. In FERRARO, Angelo *et al.* (Coord.). *Derecho del consumo y normas antimonopolio*. Buenos Aires: La Ley, 2022, p. 36-51. Disponível em: <https://glitzgondim.adv.br/wp-content/uploads/2022/07/GLITZ-SCHAEFER-Caso-Panasonic-Derecho-del-consumo.pdf>. Acesso em: 20 maio 2023.
- MARCIANO, R. P.; AMARA, W. N. Aspectos emocionais em reprodução humana assistida: uma revisão integrativa da literatura. *Femina*, v. 46, n. 6, p. 379-384, 2021.
- MOTA PINTO, Paulo. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Portuga-Brasil, ano 2000, Coimbra, 1999, p. 149-246.
- O TEMPO [online] Disponível em: <https://www.otempo.com.br/mundo/medico-e-condenado-a-pagar-indenizacao-apos-injetar-proprio-semen-em-paciente-1.2645326>. Acesso em: 23 maio 2023.
- PINHEIRO, R. F.; GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. A tutela externa do crédito e a função social do contrato: possibilidade do caso Zeca pagodinho. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. (Org.). *Diálogos sobre Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, v. II, p. 323-344. Disponível em: <https://glitzgondim.adv.br/>

wp-content/uploads/2018/05/2008-GLITZ-PINHEIRO-A-tutela-externa-do-credito-e-a-funcao-social-do-contrato-Renovar.pdf

RIVABEM, Fernanda Schaefer; GLITZ, Frederico E. Z. *Bebê Globalizado: a gestão de substituição e o direito internacional privado brasileiro*. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, v. 23, n. 46, 2020, p. 249-270. Disponível em: <https://glitzgondim.adv.br/wp-content/uploads/2020/12/2020-SCHAEFER-GLITZ-Bebe-globalizado.pdf>. Acesso em: 23 maio 2023.

ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Novo tratado de responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 2. ed. rev. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SOARES, Flavia Rampazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.