

**XXVII ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI SALVADOR – BA**

DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES I

ILTON GARCIA DA COSTA

JOSÉ SEBASTIÃO DE OLIVEIRA

VALÉRIA SILVA GALDINO CARDIN

CLÁUDIA MARA DE ALMEIDA RABELO VIEGAS

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito de família e das sucessões I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA

Coordenadores: José Sebastião de Oliveira; Cláudia Mara A. Rabelo Viegas; Ilton Garcia da Costa; Valéria Silva Galdino Cardin – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-653-6

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34



XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA

DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES I

Apresentação

A bela cidade de Salvador – BA, em uma aconchegante tarde de inverno ensolarada, sediou o XXVII Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI), entre os dias 13 a 15 de junho de 2018, ocasião em que foram apresentados ótimos trabalhos científicos de vários temas inéditos, o que demonstra a realização de uma investigação científica sólida na seara jurídica.

Nessa perspectiva, foram contemplados, sob a ótica do Direito das Famílias e Sucessões, temas referentes aos processos de adoção e tráfico infantil; crime de abandono; reprodução humana assistida; direitos da personalidade do idoso; abandono afetivo; guarda compartilhada; uniões poliafetivas; direitos do nascituro; multiparentalidade e outros temas de suma relevância não só para a comunidade científica, mas também para toda a sociedade de um modo geral.

Assim, a obra foi dividida em 27 capítulos, os quais buscarão proporcionar ao leitor uma visão mais moderna e humanizada acerca do direito de família, demonstrando as diversas transformações e modificações de comportamentos sofridos ao longo dos anos, sempre levando em consideração o princípio da dignidade humana.

Ressalte-se que o CONPEDI supera a cada ano os demais eventos da área jurídica, pois além de permitir discussões de elevado nível acadêmico entre graduandos, mestrandos, mestres, doutorandos e doutores, possibilita a apresentação dos resultados das pesquisas realizadas a nível de pós-graduação, de pôsteres que demonstram também o que tem sido realizado a nível de investigação científica nas academias, possibilitando assim uma intensa troca de experiências.

Deseja-se uma excelente leitura, e que o aproveitamento seja máximo das ideias propostas pelos diversos escritores deste livro, os quais buscam, na diversidade temática, subsídios para a construção da igualdade, bem como da dignidade da pessoa humana.

Salvador, 15 de Junho de 2018.

Profa. Dra. Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas – PUC/Minas

Prof. Dr. José Sebastião de Oliveira – UNICESUMAR

Profa. Dra. Valéria Silva Galdino Cardin – UEM / UNICESUMAR

Prof. Dr. Ilton Garcia Da Costa – UENP

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A PROIBIÇÃO DO COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO E REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

THE PROHIBITION OF CONTRADICTORY BEHAVIOR AND ASSISTED HUMAN REPRODUCTION

Simone Murta Cardoso do Nascimento ¹

Resumo

A partir da análise de casos reais, discute-se neste trabalho possível consequência jurídica quando não há consenso entre os envolvidos sobre a destinação de embriões criopreservados gerados com vistas ao implemento de um projeto parental com uso de técnica de reprodução assistida. Tem-se um estudo sobre a titularidade de embriões humanos criopreservados. Nos casos ora analisados, casais optaram pela técnica de reprodução assistida para implantação futura dos embriões, contudo, com o término do relacionamento afetivo um dos doadores desistiu do intento, decisão contra a qual se insurgiu o seu ex-parceiro. Aborda-se a possibilidade da aplicação da teoria dos atos próprios.

Palavras-chave: Projeto parental, Reprodução assistida, Embriões criopreservados, Teoria dos atos próprios

Abstract/Resumen/Résumé

From the analysis of real cases, this paper discusses possible legal consequences when there is no consensus among those involved with the destination of cryopreserved embryos, generated with the goal of implementing a parental project using assisted reproduction technique. Also shows a study on the ownership of cryopreserved human embryos. The cases that were analyzed consisted of couples who opted for the assisted reproduction technique for the future implantation of the embryos. With the end of the affective relationship one of them that donated donor of the gametes, gave up the attempt, a decision that the ex-partner rose contested.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Parental project, Assisted reproduction, Cryopreserved embryos, “actions themselves” theory

¹ Mestrado e graduação em Direito; pesquisadora do Centro de Estudos em Biodireito; especialista em Direito Civil e Processual Civil; Professora na Universidade Estadual de Minas Gerais. Psicóloga. Advogada.

INTRODUÇÃO

O noticiário apresenta algumas situações de extrema pertinência para o Direito envolvendo criopreservação de embriões. A questão faz despontar diversos questionamentos legais especialmente ancorados na definição da natureza jurídica dos embriões congelados, na legitimidade para medidas protetivas em relação a eles, no direito fundamental ao planejamento familiar, relações de parentesco e questões sucessórias, dentre outros. Contempla, ainda, o universo psíquico de cada envolvido, de onde surgem sonhos de desejos que se transmutam em expectativas e, por vezes, decepções. Envolve, ademais, questões éticas e humanitárias.

O presente trabalho pretende analisar alguns casos noticiados que versam sobre a opção por inseminação artificial e criopreservação de embriões e a posterior desistência, por parte de um dos envolvidos, de implantá-los e dar continuidade ao projeto parental. Ter-se-á como escopo a perspectiva do abuso de direito, configurada na teoria dos atos próprios.

A primeira notícia a dar subsídios à análise aqui pretendida é sobre um casal divorciado de San Francisco, Estados Unidos, que travou uma briga judicial para resolver o futuro de cinco embriões congelados. A esposa, que se tornou infértil após um tratamento contra o câncer de mama, quer usar os embriões, enquanto o ex-marido deseja destruí-los. Informa a imprensa que nas vésperas do casamento a mulher descobriu ter câncer de mama, de sorte que os recém-casados decidiram fazer fertilização *in vitro* e criopreservar os embriões. Finalizado o tratamento, o marido requereu o divórcio e não mais permitiu que a agora ex-esposa usasse os embriões e desse prosseguimento à gestação, insistindo no descarte dos embriões. Uma vez tendo se tornado infértil por causa do tratamento contra o câncer, os embriões congelados passaram a configurar a única esperança da mulher de se tornar mãe biológica. Do relato trazido ao público é o que de interesse tem para o presente trabalho.

Outra notícia, esta bastante comentada, traz que um casal de noivos optou pela a fertilização *in vitro* de embriões para futura gestação no útero de outra mulher que levaria a gestação a termo. O relacionamento afetivo chegou ao fim e o ex-noivo acionou a justiça americana com a intenção de dar uma destinação aos embriões através do prosseguimento da gestação. Neste caso, mulher, uma atriz de sucesso na televisão estadunidense, desistiu da implantação e da gestação dos embriões por uma outra mulher. O homem insiste no prosseguimento do uso dos embriões congelados e manifesta a intenção de arcar sozinho com os custos de gestar e criar os bebês e alegava razões morais para não permitir que os embriões sejam destruídos ou que permaneçam congelados indefinidamente e, para tanto, ajuizou ação neste sentido, que não teve prosseguimento. O casal, quando da fertilização, assinou um

documento que dispunha sobre o destino que seria dado aos embriões, no qual estava registrada a necessidade de consenso de ambos acerca da destinação dos embriões. O documento, contudo, não abordava a hipótese de rompimento do casal.

Em nova fase do caso, noticiou-se que a atriz estaria sendo processada novamente, agora por seus dois embriões representados pelo ex-noivo, sob o argumento de que os embriões estariam sendo privados de receberem a herança de um fundo criado para eles pelo fato de não terem nascido. O embasamento de ordem moral foi substituído por um de caráter patrimonial. A decisão foi favorável à mulher, não se permitindo a implantação dos embriões em útero de substituição.

Caso semelhante já foi apreciado pela justiça inglesa e reanalisado pelo Tribunal Europeu de Direitos do Homem. Em 2007, uma mulher portadora de câncer nos ovários, antes de se submeter ao agressivo tratamento, foi aconselhada a guardar seus próprios óvulos para gestação futura. Como havia aquiescência do marido, a técnica escolhida foi a fertilização e a preservação de embriões congelados, por ser mais segura e eficaz. Após a separação do casal, o marido retrocedeu e retirou a autorização para a implantação dos embriões. A mulher recorreu à justiça inglesa para ver resguardado seu direito de ser mãe, mas a decisão não lhe foi favorável sob o argumento de que a concordância do marido foi no sentido de uma procriação conjunta e não individual, empreendida apenas pela mulher (ALMEIDA, 2009, p. 102-105).

Nos casos aqui colacionados, o teor da discussão está pautado no direito de uma das partes de revogar a decisão concedida para prática médica de reprodução humana assistida e, por conseguinte, no impacto desta revogação no projeto parental do outro.

1. REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E EMBRIÕES CRIOPRESERVADOS

A evolução biotecnológica tornou possível a realização de projetos parentais de homens e mulheres que, por vias naturais, não conseguiriam ter filhos. As técnicas de reprodução humana assistida ajudam casais, heterossexuais ou homossexuais, ou mesmo pessoas a terem filhos sozinhas, sem necessariamente terem um parceiro. Se por um lado a técnica tornou possível a realização de sonhos, trouxe, a reboque, problemas como o abordado neste trabalho.

Reprodução humana assistida pode ser conceituada, em linhas gerais, como o conjunto de técnicas que favorecem a fecundação e o desenvolvimento da vida embrionária humana, a partir da manipulação de gametas e embriões.

Essa técnica dá abertura a situações no passado consideradas inusitadas e mesmo impensadas. É possível, por exemplo, um homem planejar ser pai de um filho, cujo material genético não é seu e que também não se conhece a origem (inseminação heteróloga). Há, ainda, a possibilidade da gestante não participar com material genético, no caso de útero de substituição. E, por fim, embora não regulamentado no Brasil, há a possibilidade do filho advir de material genético de três genitores: dois que participam com seus gametas (óvulo e espermatozoide) e outra mulher que doa seu DNA mitocondrial. Essa situação já é permitida no Reino Unido, desde 29 de outubro de 2015, quando entrou em vigor a emenda ao *UK Human Fertilisation and Embryology Act*, como forma de passar maior energia para a célula e minimizar o risco de transmitir mutações nocivas do DNA nas mitocôndrias (CASTRO, 2016).

Há vários métodos de reprodução assistida, sendo o mais conhecido é a fertilização *in vitro*. Nela, a fecundação se dá em laboratório. Ocorrida a fertilização, procede-se à transferência do embrião para o útero.

Não é despidendo lembrar que a inseminação heteróloga o material genético é doado por terceira pessoa e atende aos casos de esterilidade de um dos interessados ou para evitar problemas genéticos transmissíveis. Na inseminação homóloga, por sua vez, o material genético pertence ao casal interessado, sendo utilizada em situações em que o casal, apesar de fértil, não consegue a fecundação pelo ato sexual, caso de espermatozoides com pouca mobilidade. É usada também nos casos nos quais há a necessidade de postergar a gestação como, por exemplo, quando um dos envolvidos será submetido a tratamento médico que traga impacto para a fertilidade, como alguns tratamentos contra câncer, ou até mesmo por motivos profissionais quando a gestação é protelada para não atrapalhar a progressão de carreira.

Apesar dos inúmeros aspectos positivos, a prática da reprodução assistida, contudo, tem gerado questionamentos quanto ao destino dos embriões gerados para a inseminação e não utilizados, como nos casos abordados neste trabalho, que permanecem congelados à espera da decisão dos envolvidos.

No Brasil, não há lei que regule a técnica de reprodução humana assistida, embora haja projeto de lei em tramitação com vistas a regular a matéria, o Projeto de Lei 4892 de 2012. A regulamentação se dá por meio da Resolução 2.168 de 2017, do Conselho Federal de Medicina – CFM, que dita normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida. Apesar de ser uma normatização que visa regular a conduta médica, já que vem de um órgão de classe, por ausência de outra tem preenchido um campo que extrapola sua competência.

Essa Resolução foi expressa em estabelecer que: “No momento da criopreservação, os pacientes devem manifestar sua vontade, por escrito, quanto ao destino a ser dado aos

embriões criopreservados em caso de divórcio ou dissolução de união estável, doenças graves ou falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los.” Sendo que “Os embriões criopreservados com três anos ou mais poderão ser descartados se esta for a vontade expressa dos pacientes.” (CFM, 2017). Ou seja, todas as possibilidades devem ser previstas no momento da autorização para a criopreservação. Ocorre que a previsão da resolução é muito recente e nem sempre as possibilidades são previstas, o que leva a situação como as descritas neste trabalho. Nos casos aqui apontados não havia a previsão sobre a destinação a ser dada aos embriões no caso do término do relacionamento afetivo.

2. A “TITULARIDADE” DOS EMBRIÕES

A fertilização *in vitro* se dá a partir da junção de um óvulo, de titularidade exclusiva da mulher doadora, e o espermatozoide, de titularidade do homem doador. O congelamento de gametas é, neste aspecto, bastante simples. O que difere enormemente do caso dos embriões.

Nos casos citados, observou-se a expressa manifestação da vontade do casal, que legitimou a intervenção médica para a fertilização *in vitro*, visando a uma futura gestação, mas um dos envolvidos retrocedeu na decisão. Cabe verificar as consequências de tal decisão.

A par dos argumentos e da motivação subjacente às alterações na vontade daquele que inicialmente pretendeu a gestação, resta analisar se o descarte dos embriões pode ser compelido por uma das partes. Por outro lado, há que se considerar também que ninguém pode ser obrigado a ter filhos contra sua vontade, ainda que anteriormente se tenha manifestado neste sentido. Há, portanto, a colisão de direitos individuais, iguais e simétricos, de constituição familiar e planejamento de vida.

Ainda que um dos envolvidos se manifeste no sentido de manter a vontade de gestar e arcar com a criação da criança, mesmo sem vínculo com o outro, este será o pai ou a mãe biológica dela, e isso tem um peso, mesmo que psíquico. Não se pode impor a paternidade ou maternidade a quem quer que seja.

A titularidade do direito à livre procriação inerente ao projeto parental é individual, resultante da autodeterminação de se tornar pai ou mãe. Mas tornar-se pai ou mãe vai muito além de dar início a uma nova vida; as consequências são de ordem psíquica – cada um é chamado a desempenhar a função paterna e a materna em relação à criança – e de ordem jurídica – com o surgimento de deveres assistenciais e sucessórios, por exemplo.

O direito à procriação e de constituir família¹ pode ter caráter exclusivamente individualista e, neste caso, a titularidade do direito sendo individual, sua implementação só é possível enquanto perdurar a vontade do indivíduo neste sentido (ALMEIDA, 2009, p. 104). Contudo, como a lei prevê, a decisão é conjunta, sendo, então, pertinente aos cônjuges ou companheiros. Quando empreendido por um casal e as decisões que o envolvem se tornam intersubjetivas, portanto. Assim, os embriões criopreservados não podem ser considerados de um ou de outro, mas do casal, o responsável pela decisão sobre sua destinação.

6. POR UMA RESPOSTA JURÍDICA: RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DO ABUSO DE DIREITO

A expectativa de empreender um projeto parental é legítima e tutelada pelo sistema jurídico pátrio. Espera-se, então, que o mesmo sistema preveja respostas para eventuais ameaças ou violações deste direito.

Nos casos em análise, recorreu-se à Justiça com o objetivo de empreender um projeto parental que se viu frustrado pela desistência do outro. A questão que se vislumbra nos casos aqui tratados, e em outros, é a expectativa gerada no futuro pai ou mãe que se viu frustrada a partir da desistência do outro em dar continuidade ao projeto parental por meio de técnicas de reprodução assistida. Cabe ressaltar que projeto parental não depende nem se sustenta em um relacionamento afetivo, embora deste seja uma decorrência constante. O desejo de exercer a função e o papel de pai ou de mãe é individual e está relacionada com as vivências e o lugar que tal função ocupa no imaginário de cada um. Assim, o término de um relacionamento afetivo não implica, em princípio, no abandono do desejo de ser pai ou mãe.

Cabe ao Direito dirimir conflitos, ainda que em situações existenciais como as aqui apontadas. Em casos tais, há a necessidade de se decidir em favor de um ou de outro, sopesando direitos e, via de consequência, frustrando desejos. Para as situações apontadas alhures decidiu-se pela não implantação dos embriões, restando o questionamento sobre a situação da parte que intentava dar andamento à gestação. Seus desejos de empreender um projeto parental, o sonho de se tornar pai ou mãe, frustrados pela vontade do outro ficará sem resposta. Independente do motivo que levou à desistência de gestar aqueles embriões – o término do relacionamento

¹ Previsto na Constituição da República, art 226. § 7º, *in verbis*: “Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.” (BRASIL, 1988).

afetivo ou outro, uma legítima expectativa foi gerada no parceiro quando do congelamento dos embriões. E mais, em casos de tratamento médico que causa infertilidade aqueles embriões criopreservados podem configurar a única ou última chance de ser pai ou mãe.

Há uma possível consequência jurídica para o caso em pauta: a responsabilização civil daquele que gerou legítima expectativa no outro e, posteriormente, mudou de ideia.

A responsabilidade civil é o instituto jurídico segundo o qual aquele cuja conduta produz dano a outrem incorre na obrigação de repará-lo. A necessidade de reparação da conduta que acarreta um dano está assentada sobre o primado de que o agente causador do dano tem a obrigação de repor as coisas ao seu *status quo ante*, ou seja, nas mesmas condições em que estaria se não tivesse ocorrido o evento danoso. Trata-se do imperativo de cada qual tomar para si a responsabilidade por seus atos ou omissões (CARDOSO, 2013, p. 5-6). O dano pode ser de ordem patrimonial ou extrapatrimonial, comumente tratado como dano moral. É considerado ilícito, portanto, um ato que cause dano a outrem².

Cabe um breve excursus para ressaltar que no sistema jurídico pátrio não cabe mais a vinculação do dano moral à dor, ao sofrimento experimentado pela vítima em decorrência de algum evento causado por outrem. Dor, sentimentos negativos, frustrações são as consequências subjetivas vividas pela vítima, que variam de pessoa a pessoa. Hodiernamente, tem-se que o dano moral é a violação a direito da personalidade, de sorte que, mesmo não observados sentimentos negativos pela vítima, uma vez violado um seu direito da personalidade, configurado estaria o dano.

O sistema jurídico brasileiro também considera como ilícito o uso abusivo do direito próprio, como previsto no art. 187 do Código Civil³. Por certo, as pessoas podem rever decisões tomadas e mudar planos e projetos. Mas o Direito prevê que mesmo no exercício do seu direito, há limites que precisam ser respeitados. Trata-se da teoria do abuso do direito.

Assim, não constitui ato ilícito o exercício regular de um direito, desde que não sejam cometidos excessos que contrariem preceitos e condutas a ele vinculados. Mesmo agindo de acordo com seu direito, alguém pode ser responsabilizado por ter extrapolado os limites do que é socialmente aceito. O abuso do ato é caracterizado pela transposição dos limites do exercício do direito de cada um, violando, além dos fins econômicos e sociais, a boa-fé e os bons

² Conforme disposição do art. 186 do Código Civil: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (BRASIL, 2002).

³ Cujas transcrição é: “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes” (BRASIL, 2002).

costumes (CARDOSO, 2013, p. 32). De forma que “a caracterização do ato abusivo atrela-se, estreitamente, ao estabelecimento de limites para o exercício dos direitos, sujeitando aquele que ultrapassá-los a correspondentes sanções civis, por ingressar no plano da antijuridicidade”, pois “o abuso do direito é constatado no instante da violação axiológica da norma. Instala-se a contrariedade entre o comportamento comissivo ou omissivo do indivíduo e o fundamento valorativo-material do preceito independentemente do elemento anímico (culpa)” (FARIAS, 2015, p. 83-84).

Por abuso de direito, portanto, entende-se as várias hipóteses de exercício jurídico inadmissível, exacerbado, que configura uma ilicitude civil objetiva e que dá ensejo à eficácia indenizatória (MARTINS-COSTA, 2008, p. 58). Não há que se cogitar o elemento culpa; a responsabilidade, em se tratando de abuso de direito, é objetiva (TARTUCE, 2011, p.399).

É imperativo que qualquer ação humana seja praticada conforme o fim socioeconômico, a boa-fé e os bons costumes, de modo que, além do interesse do titular, os interesses da coletividade sejam respeitados em função do princípio da solidariedade social (CATALAN, 2009, p. 260). O modo como o titular exerce seus direitos, faculdades e poderes pode levar a uma contrariedade, não a uma norma determinada e expressa, mas ao ordenamento como um todo (MARTINS-COSTA, 2008, p. 70). Assim, observa-se a reconstrução do conceito da ilicitude civil que requer a tutela jurídica contra os atos atentatórios contra o direito em geral, cujas balizas são os bons costumes, a boa-fé e a finalidade econômica ou social do direito (MARTINS-COSTA, 2008, p. 76).

A possibilidade de responsabilização acontece, portanto, sempre que o titular do direito se desvia da sua finalidade social, tratando-se de um exercício egoísta e anormal do direito, com excessos dolosos ou involuntários, nocivos a outrem (GONÇALVES, 2008, p. 55).

O critério do abuso tem por base não a culpabilidade do agente, mas sim o desvio da sua finalidade, dispensando, portanto, o elemento subjetivo e prevalecendo a culpa social que consiste no comportamento excessivo (FARIAS, 2010, p. 202). A presença da culpa é meramente acidental, verificando o abuso em função da dissociação entre o exercício do direito e os valores tutelados pelo ordenamento.

Nos casos ora estudados, o abuso do direito se verifica na violação, por parte daquele que mudou de ideia, da boa-fé objetiva, esta vinculada à ética que se espera nas relações jurídicas de qualquer espécie, revelando a violação ao dever de agir de acordo com padrões de lealdade, consubstanciando a quebra de confiança e a frustração de legítimas expectativas (FARIAS, 2015, p. 84). Assim, poder-se-ia considerar que o parceiro desistente, agindo em consonância com seu direito de rever sua decisão, extrapolou este seu direito causando danos

ao outro, futuro pai ou mãe, ainda que exclusivamente morais, de ver seu projeto parental ceifado.

Ademais, a postura do genitor desistente da gestação dos embriões criopreservados fere o princípio da solidariedade que, nas relações afetivas tem peso ainda maior. Especialmente nas hipóteses em que a conservação dos embriões se dá em razão da impossibilidade futura de gestação por infertilidade superveniente a um tratamento médico esperar-se-ia uma postura solidária daquele que outrora dividiu anseios, desejos, planos e a vida.

A doutrina aponta diferentes categorias dentro da cláusula geral de abuso de direito. Dentre elas é possível citar a *supressio*, que consiste na perda do direito de ação em função da inércia do titular somado a indícios de que o direito não mais seria exercido, e a *surrectio* que configura a situação inversa, qual seja, o surgimento de vantagem para alguém em função do não exercício do direito. Ambas designam a inadmissibilidade do exercício de determinadas ações, ainda que legítimas, pelo decurso de lapso temporal suficiente para gerar a expectativa em outrem de que tais atos não mais seriam praticados. Sobre a questão:

A expressão *supressio* indica um duplo e correlato fenômeno, derivado de um mesmo fato e fundamentado num mesmo valor, a *confiança*: o passar do tempo pode, em certas situações, fazer desaparecer situações jurídicas ou direitos subjetivos que não foram exercidos durante um certo lapso por seu titular, desde que o não-exercício tenha causado, à contraparte, um benefício, em razão da confiança de que aquela situação ou direito não seria mais usado. [...] A *surrectio* é a mesma situação encarada sob o prisma da contraparte, considerada como a criação de um direito ao não-exercício de posição jurídica atribuída à parte adversa, nas condições acima mencionadas, a fim de proteger sua confiança. Para sua configuração há de se exigir não só o decurso considerável de tempo, que pode ser variável caso a caso, como também indícios objetivos de que o direito não seria exercido, sem contudo se cogitar intensões subjetivas (MARTINS-COSTA, 2008, p 84).

Poder-se-ia, para o andamento do estudo aqui em andamento, aventar a hipótese do casal que, embora tenha congelado material genético, deixa passar um longo período sem que um deles se manifeste no interesse de proceder a gestação, de sorte que o outro passasse a ter a expectativa de que o intento não mais aconteceria.

Há também, pertinente à teoria do abuso de direito, a categoria do dever de minimizar as perdas ou *duty to mitigate the loss*, que configura o dever de mitigar as próprias perdas, não agravando ainda mais a situação da outra parte (FARIAS, 2010, p. 207 e 210). Trata-se de um dever acessório, derivado do princípio da boa-fé objetiva de cunho cooperativo. O comportamento da parte que aumente o prejuízo da outra configura abuso de direito e deverá sofrer as consequências do ato ilícito.

Dentre as possibilidades de aplicação da responsabilidade civil por abuso de direito, cláusula geral de ato ilícito, encontra-se a que mais adequadamente se enquadra ao caso aqui

abordado. Trata-se do *venire contra factum proprium* ou proibição de comportamento contraditório, pertinente à teoria dos atos próprios, relacionado à violação do princípio da confiança que, por sua vez, decorre da boa-fé que deve permear toda e qualquer relação jurídica (FARIAS, 2015, p. 88)⁴. Diz respeito à proibição de conduta contraditória, ou seja, a vedação à prática de atos incoerentes com os anteriormente praticados pelo mesmo agente, em inesperada mudança de comportamento. São dois comportamentos imputáveis a uma mesma pessoa e diferidos no tempo que, embora lícitos em si, se analisados conjuntamente são contraditórios, tornando-se ilícitos por ferir os princípios da boa-fé objetiva e da confiança. O objeto de tutela do instituto é a proteção da confiança da contraparte em relação à constância dos comportamentos do titular do direito (GOMES, 2009, p. 153).

Assim, “a vedação ao comportamento contraditório obsta que alguém possa contradizer seu próprio comportamento, após ter produzido, em outra pessoa, uma determinada expectativa. É, pois, a proibição da inesperada mudança de comportamento (vedação da incoerência) contradizendo uma conduta anterior adotada pela mesma pessoa, frustrando as expectativas de terceiros” (FARIAS, 2015, p. 88).

Em linhas gerais, pode-se aduzir que “a expressão *venire contra factum proprium* designa o exercício do direito em contraposição ao comportamento anterior do titular, que deve ter sido apto a suscitar, na contraparte, confiança merecedora de tutela. Nessas circunstâncias, não se tolera aja o sujeito ao arrepio das expectativas alheias, sendo-lhes interdita, por esse motivo, tal atuação” (GOMES, 2009, p. 37).

A doutrina *nemo potest venire contra factum proprium* – a ninguém é permitido vir contra um fato que lhe é próprio, configura “um postulado geral e imanente da ordem jurídica que visa a coibir comportamentos contraditórios no direito” (SOUZA, 2009, p. 223). Ou seja, o exercício de uma posição jurídica em contradição com um comportamento prévio passa a ser tida como inadmissível pelo sistema jurídico (SOUZA, 2009, p. 223).

O *venire contra factum proprium*, portanto, se configura a partir da constatação de “dois comportamentos imputáveis a uma mesma pessoa e diferidos no tempo que, embora lícitos em si, se analisados conjuntamente são contraditórios, tornando-se ilícitos por ferir os princípios da boa-fé objetiva e da confiança” (CARDOSO, 2013, p. 35). Ou seja, a participação nos procedimentos de reprodução assistida e preservação dos embriões gerou expectativa no parceiro que foi posteriormente frustrada por novo comportamento.

⁴ Art. 422 do Código civil: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé” (BRASIL, 2002).

Segundo a doutrina dos atos próprios, “o primeiro comportamento (*factum proprium*) torna-se vinculante na medida em que desperta em terceiros a legítima expectativa de sua manutenção. O comportamento subsequente deve guardar uma relação de coerência com o primeiro, caso contrário, estar-se-ia diante de uma contradição inadmissível”, de modo que “embora lícito em si mesmo, o comportamento contraditório quando analisado conjuntamente com o comportamento vinculante revela-se ilícito por atentar contra os princípios da boa-fé objetiva e da confiança” (SOUZA, 2009, p. 224). Tem-se, pois, a proteção de uma parte que, confiando no comportamento assumido pela contraparte anteriormente, se vê surpreendida por uma conduta contraditória à expectativa criada. Houve, pois, uma confiança gerada pela outra parte, que é frustrada posteriormente.

Exige-se, assim, a presença de quatro requisitos para a configuração no *venire contra factum proprium*: a) um fato próprio, isto é, uma conduta inicial; b) a criação de uma expectativa ou legítima confiança; c) um comportamento contraditório à conduta inicial; d) um dano efetivo ou, ao menos, sua potencialidade. A ideia prevalecente quando se cogita a aplicação da teoria dos atos próprios é que se deva evitar o dano, paralisando o exercício exacerbado e, portanto, antijurídico do titular do direito, e se não for possível, indenizá-lo (GOMES, 2009, p.120).

Nos casos aqui tratados, os elementos estão presentes, pois (a) o projeto parental foi conjuntamente construído, embriões foram gerados e crioconservados; (b) criou-se uma expectativa legítima de que a gestação seria levada a termo; (c) houve um comportamento contrário à conduta inicial; (d) violou-se o direito de implementar o projeto parental.

Aquele que foi impedido de ver concluído seu projeto parental pode, ao menos em tese, se beneficiar das consequências advindas da responsabilidade civil por abuso de direito na modalidade *nemo potest venire contra factum proprium*, as quais não se restringem aos efeitos indenizatórios⁵, embora sejam os mais comuns, podendo levar ao reexame do negócio jurídico, no caso, um eventual contrato firmado entre as partes para a gestação dos embriões.

⁵ Os efeitos jurídicos da responsabilidade civil têm, com muita frequência, sido reduzidos ao dever de indenizar. Contudo, a doutrina aponta uma série de outras consequências decorrentes dos vários tipos de ilícitos civis:

“a) Ilícito indenizante: é todo ilícito cujo efeito é o dever de indenizar. Não importa o ato que está como pressuposto normativo. Se o efeito é reparar, *in natura* ou *in pecunia*, o ato ilícito praticado, estaremos diante de um ilícito indenizante.

b) Ilícito caducificante: é todo ilícito cujo efeito é a perda de um direito. Também aqui não importa os dados de fatos aos quais o legislador imputou eficácia. Importa, para os termos presentes, que se tenha a perda de um direito como efeito de um ato ilícito. Sendo assim, teremos um ilícito caducificante.

c) Ilícito invalidante: é todo ilícito cujo efeito é a invalidade. Se o ordenamento dispôs que a reação pelo ato ilícito se daria através da negação dos efeitos que o ato normalmente produziria, em virtude da invalidade, o ato é invalidante, que engloba tanto a nulidade quanto a anulabilidade.

d) Ilícito autorizante: é todo ilícito cujo efeito é uma autorização. Assim, em razão do ato ilícito, o sistema autoriza que a parte prejudicada pratique determinado ato, geralmente em detrimento do ofensor” (NAVES; SOUZA, 2012, p. 402-403).

No entanto, a inobservância da boa-fé com a quebra das legítimas expectativas geradas pela construção comum do projeto parental e a possibilidade de indenização não leva à conclusão de que os embriões devem ser entregues coercitivamente a uma das partes em detrimento da vontade do outro. Não há maternidade ou paternidade compulsória, ainda que apenas biológica. Envolver a gestação e criação de uma criança nessa discussão ultrapassa os limites dos direitos da personalidade e dos direitos de família, que, por serem direitos de cunho existencial, são intransmissíveis e não são passíveis de representação para serem exercidos.

Também não se pode pensar em medidas de seqüela, como se o embrião fosse direito real, sobre o qual se possa fazer busca e apreensão. Não há como se exigir execução *in natura* de uma suposta obrigação assumida, pois o projeto parental não produz um direito subjetivo à sua concretização, mesmo contra a vontade da outra parte. Há, no projeto parental, uma construção conjunta de elementos personalíssimos, que integram as partes envolvidas em uma expectativa de vida em comum. Contudo, há que se dar uma resposta àquele que se viu frustrado, ainda que sob a forma de compensação.

Ainda que se deva considerar que a paternidade ou maternidade não pode ser coercitivamente imposta ou que não seja possível o tratamento dos embriões congelados como um objeto que possa ser, por uma medida judicial, transferido de um para outro, há que considerar a situação daquele que se viu frustrado. Especialmente no caso em que não há mais possibilidade de gestação por causa de uma infertilidade superveniente, a postura antijurídica daquele que, embora tenha criado legítimas expectativas, age de forma diversa é por demais grave para que fique sem uma resposta.

Tem-se como foco atual da responsabilidade civil a observância da situação da vítima que sofre um dano, ainda que não se possa trazer ao *status quo ante*. A compensação financeira, mesmo para uma questão existencial, traz um alento, uma sensação de “justiça feita” àquele que viu suas expectativas frustradas. Ademais, a chamada função pedagógica da responsabilidade civil pode evitar que situações parecidas se repitam.

Duas situações foram apontadas neste trabalho: a opção pela reprodução assistida e desistência de implantação dos embriões pura e simplesmente, caso da atriz, e a situação das mulheres que submetidas a tratamento médico se viram inférteis. Estas têm, na visão da autora deste trabalho, uma reprovabilidade muito maior em relação ao comportamento daquele que se manifesta de maneira contraditória e impede a concretização do sonho de se realizar como mãe.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tratada sob a perspectiva do Direito a questão aqui trazida se reveste de uma frieza que não se harmoniza com os relacionamentos afetivos. Quando há sentimentos e emoções envolvidas a situação toma contornos próprios e, por vezes, mais graves. Mesmo quando o amor chegou ao fim e foi a partir dele que se erigiu um projeto parental, há que se resguardar a solidariedade, o cuidado com aquele que um dia lhe foi o centro de afeto. Tem-se por certo que, normalmente, um projeto parental nasce de uma relação de afeto entre duas pessoas que compartilham a vida e desejos e, também é exato, que a paternidade e a maternidade geram vínculos e consequências. A relação parental traz, com mencionado anteriormente, consequências jurídicas assistenciais e sucessórias, motivo pelo qual a decisão de empreender um projeto parental deve ser cuidadosamente sopesada. Mas traz ainda desejos de realização como pai ou mãe que podem ter um significado muito maior na vida das pessoas.

Como se pode inferir, a despeito das consequências jurídicas, outros aspectos permeiam tão peculiar situação. As questões éticas permanecem a rondar o problema e se referem basicamente ao conceito do início da vida e o descarte dos embriões. Há também questões psíquicas relacionadas à estrutura da família imaginária com o nascimento dessas crianças.

Pela análise de fatos da vida trazido à análise neste trabalho, observa-se que a ofensa ao direito ao projeto parental de um ou de outro é, assim, mais que uma questão jurídica. Trata-se da imposição de uma situação existencial: pode alguém ser compelido a ser pai ou mãe, ainda que estabeleça um vínculo meramente biológico com uma criança, fato que por si só traz consequências para o desenvolvimento de sua personalidade? Lado outro, não infringe o dever de solidariedade e a boa-fé aquele frustra o projeto parental do outros, especialmente se é sua única ou última oportunidade?

Entende-se que são duas situações distintas que devem ser consideradas. O caso da atriz abordado neste trabalho difere daqueles nos quais foi feita a preservação de embriões por determinação médica. Quando a preservação de embriões se dá por questões médicas, como um tratamento que impactará na capacidade reprodutiva de um ou outro, a criopreservação pode configurar a derradeira chance de empreender o projeto parental. Assim, poder-se-ia considerar com ainda mais reprovável a conduta daquele que impede o direito de procriar do outro e, no entender desta autora, o direito à implantação dos embriões pode ser garantido juridicamente. A mudança de comportamento e a desistência da implantação de embriões por pessoas que podem estabelecer novos relacionamentos e refazer planos é ainda passível de responsabilização, mas apresenta uma consequência menos grave.

O sonho de ser pai ou mãe importa em um reposicionamento de vida, com a assunção de posturas, responsabilidades e deveres, assim como garantias e direitos, especialmente resguardadas pelo Direito da família e das Sucessões. Há uma requalificação jurídica de alguém que se incumbe da paternidade ou maternidade.

Há, também, a reconstrução psíquica daquele que se assume como responsável na gestação, criação e formação da personalidade de outrem. Imbuir-se do papel materno ou paterno implica em uma reestruturação no psiquismo. Passa-se a uma nova função e, via de consequência, a uma nova qualificação imaginária. Processo com enorme repercussão na estrutura psíquica daquele que se propõe a tal feito.

A busca por técnicas de reprodução assistida, independente do motivo, desperta nos envolvidos expectativas e desejos que dão início à reestruturação psíquica que, uma vez frustrada, pode acarretar forte sofrimento. Foge ao escopo do Direito, por certo, tratar das frustrações de desejos, contudo, espera-se que o sistema jurídico possa dar uma resposta e promover alguma medida sancionatória àquele que, injustificadamente, provoca tal sofrimento.

A par das questões éticas e psíquicas envolvendo o descarte de embriões, o contexto desenhado pelas notícias permite supor o estabelecimento de vínculos subjetivos entre os envolvidos que tornam propício um cenário de disputa judicial, cujo conteúdo se manifesta através da existência dos embriões, mas nela não se esgotam. Mas o Direito não lida com suposições e deve se ater às questões fáticas. Muitas vezes, contudo, é chamado a dar uma resposta que, a priori, não existe. A cada caso se deve voltar o olhar e as matizes próprias devem ser consideradas.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Renata Barbosa de. Direito ao planejamento familiar e o choque de consentimentos sobre o uso de embriões: o caso *Evans versus Reino Unido* sob a égide do Direito Brasileiro. **Lex Medicinæ** – Revista Portuguesa de Direito da Saúde, a. 6, n° 12, jun/dez, 2009 – separata.

BRASIL. **Constituição da República**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso: 31 mar. 2018.

BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso: 31 mar. 2018.

CARDOSO, Simone Murta. **O dano moral entre casais**: responsabilidade civil nas relações afetivas. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

CASTRO, Rosa J. Mitochondrial replacement therapy: the UK and US regulatory landscapes. **Journal of Law and the Biosciences**, v. 3, i. 3, p. 726–735, 22 Nov. 2016. Disponível em: <<https://academic.oup.com/jlb/article-lookup/doi/10.1093/jlb/lsw051>>. Acesso: 6 mar. 2017.

CATALAN, Marcos. Primeiras reflexões sobre o abuso de direito nas relações familiares. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes e SIMÃO, José Fernando (Coord.) **Ensaio sobre responsabilidade civil na pós-modernidade**. Porto Alegre: Magister, 2009. P. 259 – 283.

CFM – Conselho Federal de Medicina. **Resolução 2.168**. Disponível em: <[https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168#search="reprodu%C3%A7%C3%A3o humana"](https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168#search=)> Acesso: 26 mar. 2018.

Casal separado briga na justiça dos EUA por embriões congelados. **G1**. 13/07/2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2015/07/casal-separado-briga-na-justica-dos-eua-por-embrioes-congelados.html>> Acesso: 26 mar. 2018.

FARIAS, Cristiano Chaves de. Variações do abuso de direito nas relações de família: o *venire contra factum proprium*, a *supressio/surrectio*, o *duty to mitigate the loss* e a violação positiva do contrato. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.), **Família e responsabilidade**. Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2010. P. 199 – 221.

_____. Latitudes e longitudes do *venire contra factum proprium* nas relações de família. In: MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo. **Responsabilidade civil no direito de família**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 82-101.

GOMES, Elena de Carvalho. **Entre o actus e o factum: os comportamentos contraditórios no direito privado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume IV**: responsabilidade civil – 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MARTINS-COSTA, Judith. Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé. . In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Direito civil contemporâneo**: novos problemas à luz da legalidade constitucional. São Paulo: Atlas, 2008. P. 57 – 95.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SOUZA, Iara Antunes de. Da afetividade à responsabilidade: o pretenso “princípio jurídico da afetividade” no Direito de Família frente ao princípio da reparação integral. **Pensar**, Fortaleza, v. 17, n. 2, p. 398-419, jul./dez. 2012. Disponível em: <<http://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/2324/pdf>>. Acesso: 6 mar. 2017.

SOUZA, Wagner Mota Alves de. Direito à procriação, técnicas de reprodução medicamente assistida e a proibição de *venire contra factum proprium* – a inseminação artificial heteróloga e o comportamento contraditório do cônjuge ou companheiro(a). In: FARIAS, Cristiano Chaves de. **Leituras complementares de direito civil – o direito civil-constitucional em concreto**. Salvador: Jus Podivm, 2009.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2011.