

**XXVI CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI SÃO LUÍS – MA**

BIODIREITO E DIREITOS DOS ANIMAIS

ANA THEREZA MEIRELES ARAÚJO

CAIO AUGUSTO SOUZA LARA

VALMIR CÉSAR POZZETTI

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

B615

Biodireito e direito dos animais [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFPR

Coordenadores: Ana Thereza Meireles Araújo; Caio Augusto Souza Lara; Valmir César Pozzetti –Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-529-4

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

Tema: Direito, Democracia e Instituições do Sistema de Justiça

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Biodiversidade. 3. Avanços tecnológicos. XXVI Congresso Nacional do CONPEDI (27. : 2017 : Maranhão, Brasil).

CDU: 34



XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

BIODIREITO E DIREITOS DOS ANIMAIS

Apresentação

Os artigos contidos nesta publicação foram apresentados no Grupo de Trabalho Biodireito e Direito dos Animais, durante o XXVI Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito - CONPEDI, realizado em São Luís-MA, de 15 a 17 de novembro de 2017, sob o tema geral: “Direito, Democracia e Instituições do Sistema de Justiça”, em parceria com o Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Maranhão - UFMA e com a Universidade CEUMA.

A apresentação dos trabalhos abriu caminho para uma importante discussão, em que os pesquisadores do Direito puderam interagir em torno de questões teóricas e práticas, levando-se em consideração a temática central grupo. Essa temática traz consigo os desafios que as diversas linhas de pesquisa jurídica enfrentam no tocante ao estudo do Biodireito e do Direito dos Animais.

Na coletânea que agora vem a público, encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Pós-graduação em Direito, nos níveis de Mestrado e Doutorado, com artigos rigorosamente selecionados, por meio de dupla avaliação cega por pares. Dessa forma, os 18 (dezoito) artigos, ora publicados, guardam sintonia direta com este Grupo de Trabalho.

Os investigadores Evandro Luan de Mattos Alencar e Raimundo Wilson Gama Raiol, no artigo “A DISCUSSÃO DOS DIREITOS REPRODUTIVOS E AS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NA BIOÉTICA UTILITARISTA”, jogam luz num importante tema social brasileiro, qual seja, a discussão sobre direitos reprodutivos e as pessoas com deficiência na bioética utilitarista. O problema tratado consiste em desvendar como a tradição do utilitarismo, representada na contemporaneidade pelo filósofo Peter Singer, compreende a vida das pessoas com deficiência no contexto dos avanços científicos e biotecnológicos. O objetivo da pesquisa foi verificar o posicionamento do referido teórico e suas implicações na discussão bioética dos direitos reprodutivos, em relação à vida e à existência das pessoas com deficiência.

Ana Thereza Meireles Araújo, Professora da Universidade do Estado da Bahia, Universidade Católica do Salvador e Faculdade Baiana de Direito, na pesquisa denominada “A PROTEÇÃO À NATURALIDADE DO PATRIMÔNIO GENÉTICO FACE À PROPOSTA

DA EUGENIA LIBERAL: O FUTURO DA NATUREZA HUMANA EM JÜRGEN HABERMAS”, estuda as consequências decorrentes do acesso à informação genética a partir do entendimento de Jürgen Habermas. Analisou a intervenção no processo de constituição natural da vida e da necessária garantia de continuidade da proteção do patrimônio genético natural e buscou identificar a medida de justificação das intervenções diagnósticas que evidenciam uma eugenia de natureza liberal que se dividem em finalidades distintas: terapia e aperfeiçoamento. Discutiu-se também a problemática da demarcação de limites que conformam a eugenia em sua forma negativa e em sua forma positiva.

Carla de Abreu Medeiros e Rodrigo da Rocha Bezerra tiveram por objetivo de pesquisa apresentar reflexões sobre o futuro da natureza humana em Jürgen Habermas, que surge com uma análise das implicações do uso das novas tecnologias em intervenções terapêuticas em embriões humanos e uma possível eugenia liberal futura. Apontaram em “ALGUMAS PERSPECTIVAS PARA SUBJUGAR O DILEMA DA (NÃO) ATRIBUTIVIDADE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS AOS ANIMAIS EM DECORRÊNCIA DO PRINCÍPIO DA SENCIENTIA”, os questionamentos de Habermas à questão dos animais, que merecem o estabelecimento de direitos fundamentais. Tal ocorre por serem seres sencientes e considerando-se a premissa moral de se tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais para a busca de uma nova visão do respeito a natureza orientada pelo “bem viver”.

O professor da Universidade Federal do Amazonas e da Universidade do Estado do Amazonas, Valmir César Pozzetti, e o mestrando da UEA Fernando Figueiredo Preste, na investigação científica denominada “ALIMENTOS TRANSGÊNICOS : DA EMBALAGEM E ACONDICIONAMENTO, À SEGURANÇA ALIMENTAR”, estudaram a legislação brasileira para verificar se há mecanismos para a proteção do consumidor no tocante à produção, embalagem, acondicionamento e transporte de alimentos transgênicos, ou se é necessário criar legislação específica para a proteção da saúde do consumidor. Concluíram que as normas jurídicas já são suficientes para esta proteção, mas elas se mostram insuficientes no tocante ao aspecto “contaminação química por embalagens”.

Na investigação “BIODIREITO E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE: UMA ANÁLISE DO DIREITO AO CORPO VIVO E O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DO PACIENTE A PARTIR DE UMA PERSPECTIVA CIVIL-CONSTITUCIONAL”, Jaqueline Prazeres de Sena e Isadora Moraes Diniz defendem a relação entre o Biodireito e os direitos da personalidade num primeiro plano e realizam um estudo sobre o direito ao corpo vivo e o princípio da autonomia do paciente a partir de uma perspectiva civil-constitucional. Valeram-se do método explicativo, de modo a registrar a importância dos direitos da personalidade, o direito ao corpo vivo e o direito ao livre consentimento e novas interpretações desses valores.

No artigo “BIOTECNOLOGIA E O BEM JURÍDICO TUTELADO: A RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DA PESSOA JURÍDICA EM MATÉRIA AMBIENTAL”, os pesquisadores Ana Luiza Novais Cabral e Samuel Fernandes dos Santos abordam a responsabilização penal da Pessoa Jurídica em matéria ambiental, que sempre foi alvo de discussões por parte da doutrina. O trabalho enfatizou a correlação entre a biotecnologia e o bem jurídico tutelado pelos ilícitos descritos na Lei 11.105/2005, descrevendo a possibilidade da imputação criminal à Pessoa Jurídica quanto às questões ambientais. Os autores realizaram ponderações sobre o bem jurídico tutelado pela lei de Biossegurança em relação aos crimes nela descritos e explanaram sobre a responsabilização criminal da Pessoa Jurídica.

A pesquisa “DIREITO DE DECIDIR SOBRE O ABORTO: DESAFIOS ENTRE A AUTONOMIA PRIVADA E O DIREITO À VIDA NA PERSPECTIVA DE RONALD DWORKIN”, de Iara Antunes de Souza e Josiene Aparecida de Souza, analisa o direito ao aborto como um espaço de decisão da mulher em prosseguir ou não com a gravidez, sendo uma questão afeta à sua intimidade e à sua vida privada. As autoras, à luz do pensamento de Ronald Dworkin em “O Império do Direito”, investigaram a possibilidade de interpretar o direito ao aborto como um hard case em que se confrontam dois princípios: a autonomia privada e o direito à vida.

O pesquisador Luan Christ Rodrigues, em “O AVANÇO DAS NOVAS BIOTECNOLOGIAS NA COMPLEXIDADE DA SOCIEDADE ATUAL”, avalia a implementação de novas tecnologias em uma sociedade que se renova a cada dia em toda sua complexidade. Analisa também a possibilidade de sua aplicação, a partir de um horizonte transdisciplinar, do princípio da precaução na operacionalização do risco biotecnológico e de disciplinas como a Bioética e o Biodireito, permitindo tecer algumas considerações problemáticas e inclusivas à unidade do sistema jurídico brasileiro ante a indeterminação do crescimento tecnocientífico em escala exponencial.

Por sua vez, no trabalho “O CASO DA VAQUEJADA ENTRE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O PODER LEGISLATIVO: A QUEM CABE A ÚLTIMA PALAVRA?”, Márcia Haydée Porto de Carvalho e Rakel Dourado de Oliveira Murad exploram o tema teorias dos diálogos institucionais a partir do caso "Vaquejada", tendo marco inicial a Lei nº 15.299/2013 do Ceará, declarada inconstitucional em ADI 4983/CE, e edição da Emenda Constitucional nº 96/2017. Assim, questionaram a legitimidade do Poder Judiciário de ter a última palavra em interpretação constitucional.

Já no artigo “O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O DIREITO A UMA MORTE DIGNA”, os professores Claudine Rodembusch Rocha e Henrique Alexander Grazi Keske apontam, valendo-se de pesquisa bibliográfica, importantes elementos acerca da bioética e de seus princípios, direcionando-os à complexidade existencial da eutanásia enquanto prática extrema associada ao fim da vida humana. Para além do estudo legal do tema, teceram considerações acerca da vida digna e, logo, de uma morte digna. Para tanto, trouxeram discussão relativa ao princípio da dignidade da pessoa humana como fonte basilar e axiológica dos demais preceitos de nosso sistema jurídico pátrio, bem como aos princípios bioéticos, a partir do cuidado existencial, enquanto condição originária a guiar a vida humana.

Rodrigo Rodrigues Correia e Priscila Alves Patah, na pesquisa “OS DIREITOS DA PERSONALIDADE E O TESTAMENTO VITAL”, dissertam sobre a autonomia de pacientes terminais, por meio das diretivas antecipadas de vontade ou testamento vital (Resolução CFM 1995/2012). Recuperando a centralidade da pessoa humana como fim único a que deve servir o Direito, o trabalho analisa as características de direitos da personalidade, revelando a autonomia do titular para definir os melhores modos de seu exercício orientado ao pleno desenvolvimento da personalidade, dentro de limites jurídicos intrínsecos. Nesta abordagem, inserem-se as diretivas antecipadas da vontade, instrumento pelo qual o paciente exerce seus direitos à vida e integridade corporal, ressaltando-se a possibilidade da intervenção de notários.

Percorrendo, por intermédio da revisão bibliográfica, o conflito entre o princípio constitucional da liberdade religiosa, no que diz respeito à liberdade de culto e sacrifício de animais nas religiões de matrizes africanas, e a proteção ao animal, sob o enfoque da aplicação do princípio da proporcionalidade e da possível configuração de um assédio racial, Rejane Francisca Dos Santos Mota contribui com esta obra de maneira significativa com a pesquisa denominada “PROIBIÇÃO DO SACRIFÍCIO DE ANIMAIS NAS RELIGIÕES DE MATRIZ AFRICANA À LUZ DO ASSÉDIO RACIAL”.

Os pesquisadores da Escola Superior Dom Helder Câmara, em Minas Gerais, Igor Jotha Soares e Magno Federici Gomes lembraram em “PROPRIEDADE INTELECTUAL, BIODIVERSIDADE E BIOPIRATARIA: A PRESERVAÇÃO DO PATRIMÔNIO GENÉTICO AMBIENTAL BRASILEIRO REQUER REGULAÇÃO EFICAZ” que a preservação do meio ambiente é um dever constitucional, o que depende da proteção da biodiversidade. Na investigação proposta, dissertaram que a biopirataria coloca em xeque essa proteção, na medida em que a extração ilegal de recursos genéticos ambientais e seu consequente patenteamento evidencia imensurável prejuízo aos ecossistemas. Portanto, o trabalho averiguou a legislação sobre o tema e perquiriu se ela é eficaz para a adequada

proteção ambiental. Concluíram que a preservação da biodiversidade brasileira depende, entre outros aspectos, da ratificação do Protocolo de Nagoia.

Por sua vez, Delmo Mattos da Silva e Rossana Barros Pinheiro, ante o discurso de igualdade de gêneros presente no Direito contemporâneo, apresentaram que a Bioética é constantemente desafiada pela necessidade de incluir as variadas nuances dos processos culturais nos espaços de deliberação afetos ao aperfeiçoamento científico e seus dilemas. Assim, a consideração das diversidades é elemento imprescindível para embasar os direitos emergentes desses novos conflitos, condizentes com a complexidade relacional da modernidade. Nesse sentido, o estudo “RECONHECIMENTO E ALTERIDADE: PERCEPÇÃO BIOÉTICA DAS QUESTÕES DE GÊNERO NO MARCO DO DIREITO CONTEMPORÂNEO”, buscou embasar a percepção bioética diferenciações de gênero, abordagem apta a lidar com assimetrias relacionais e contribuir para o aperfeiçoamento ético das sociedades complexas contemporâneas, adotando-se, para tanto, revisão de literatura.

Com relação ao trabalho “REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA À LUZ DA TEORIA DO FATO JURÍDICO”, de Raphael Rego Borges Ribeiro, verifica-se importante reflexão sobre a reprodução assistida à luz da Teoria do Fato Jurídico. O marco teórico adotado foi a teoria de Marcos Bernardes de Mello e o pesquisador partiu da hipótese de que a procriação artificial é um ato jurídico stricto sensu. Elencando noções conceituais sobre a reprodução assistida e sobre a teoria do fato jurídico, chegou-se à conclusão pela confirmação da hipótese, na medida em que a procriação artificial exige, para sua realização em conformidade com o direito, conduta humana volitiva.

O pesquisador Tuiskon Bejarano Haab, em “REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA: POSSIBILIDADES E LIMITAÇÕES SEGUNDO OS DIREITOS HUMANOS E A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA”, apresentou as justificativas para o uso da reprodução humana assistida no âmbito dos Direitos Humanos e da Constituição Brasileira. No contexto constitucional, foram debatidos os preceitos que informam o emprego das técnicas de reprodução assistida, concluindo-se que a reprodução humana assistida deverá ser restringida Planejamento Familiar, Dignidade da Pessoa Humana, Paternidade Responsável e do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente.

Buscando verificar o desenvolvimento de novas técnicas e/ou metodologias para mitigar doenças e discutir o uso da técnica de Engenharia Genética “agrupamento de curtas repetições palindrômicas regularmente interespaçadas associadas ao sistema Cas” (CRISPR/Cas), Anderson Carlos Marçal e Laura Lúcia da Silva Amorim, produziram a investigação “TÉCNICA DE ENGENHARIA GENÉTICA “AGRUPAMENTO DE CURTAS

REPETIÇÕES PALINDRÔMICAS REGULARMENTE INTERESPAÇADAS ASSOCIADAS AO SISTEMA CAS” (CRISPR/CAS) E AS SUAS RELAÇÕES COM AS LEIS NACIONAIS E INTERNACIONAIS”. Tal trabalho foi realizado sob a ótica dos dispositivos legais elencados na Constituição Federal (1988), leis brasileiras, Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, normativas de órgãos de conselho e artigos científicos. Verificou-se que alguns dos dispositivos legais existentes não divisaram as repercussões do uso da técnica de edição de gene e seus efeitos sobre os seres humanos.

Por fim, com o tema “VIVISSECÇÃO: ASPECTOS MORAIS, FILOSÓFICOS E LEGAIS DA PRÁTICA DE EXPERIMENTAÇÃO ANIMAL”, os pesquisadores Carlos Alexandre Moraes e Marta Beatriz Tanaka Ferdinandi abordaram a prática da vivisseção, que enumera diversos métodos de experimentação animal. Traçaram um panorama histórico sobre a questão da utilização de animais em experimentos científicos, que se traduzem em procedimentos realizados em animais vivos, infligindo sofrimento e crueldade, através da descrição de alguns dos testes realizados. Em seguida, realizaram análise acerca da evolução filosófica e moral, chegando finalmente na questão dos direitos dos animais, em especial da denominação de dignidade animal comparada ao estado de senciência dos animais e homens.

Agradecemos a todos os pesquisadores pela sua inestimável colaboração e desejamos uma ótima e proveitosa leitura!

Coordenadores:

Profa. Dra. Ana Thereza Meireles Araújo - Universidade do Estado da Bahia/Universidade Católica do Salvador/Faculdade Baiana de Direito

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - Escola Superior Dom Helder Câmara

Prof. Dr. Valmir César Pozzetti - Universidade do Estado do Amazonas/Universidade Federal do Amazonas

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA À LUZ DA TEORIA DO FATO JURÍDICO

HUMAN ASSISTED REPRODUCTION IN THE LIGHT OF LEGAL FACT THEORY

Raphael Rego Borges Ribeiro

Resumo

O presente artigo analisou a reprodução assistida à luz da Teoria do Fato Jurídico. O marco teórico adotado foi a Teoria de Marcos Bernardes de Mello. Partiu-se da hipótese de que a procriação artificial é um ato jurídico stricto sensu. Elencaram-se noções conceituais sobre a reprodução assistida e sobre a teoria do fato jurídico. Concluiu-se pela confirmação da hipótese, na medida em que a procriação artificial exige, para sua realização em conformidade com o direito, conduta humana volitiva. Assim, analisou-se tal fato em relação a cada plano do mundo jurídico: existência, validade e eficácia.

Palavras-chave: Reprodução assistida, Teoria do fato jurídico, Existência, Validade, Eficácia

Abstract/Resumen/Résumé

The present article analyzed assisted reproduction in the light of Legal Fact Theory. The theoretical framework adopted was Marcos Bernardes de Mello's Theory. It was hypothesized that artificial procreation is a legal act stricto sensu. Conceptual notions on assisted reproduction and on the theory of the legal fact were set out. It was concluded by the confirmation of the hypothesis, inasmuch as artificial procreation requires, for its realization in accordance with the law, a volitional human conduct. Thus, this fact was analyzed in relation to each plan of the legal world: existence, validity and effectiveness.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Artificial reproduction, Legal fact theory, Existence, Validity, Effectiveness

1 INTRODUÇÃO

A presente investigação parte do seguinte problema: como, à luz da Teoria do Fato Jurídico, pode ser classificada a reprodução humana assistida, e qual a sua relação com os diversos planos do mundo jurídico?

Primeiramente, esclareça-se que, quando se fala em “reprodução assistida” no presente trabalho, a perspectiva adotada é a referente às pessoas envolvidas no procedimento – médicos e pretensos genitores. A análise da procriação artificial a partir da ótica da prole assim concebida foge ao objeto ora estudado.

A hipótese de trabalho que será testada é a de que a procriação artificial, ao contrário da concepção meramente natural, não se trata de fato jurídico *stricto sensu*, e sim de ato jurídico *lato sensu*. Isto porque a vontade humana, manifestada pelos envolvidos no procedimento, é imprescindível para que o mesmo se realize em conformidade com o ordenamento jurídico. Em razão dessa classificação, trata-se de ato que passa pelos planos da existência, da validade e da eficácia.

Os objetivos do trabalho, para teste da hipótese, são: traçar noções conceituais preliminares acerca da teoria do fato jurídico, inclusive a divisão do mundo jurídico em planos; definir elementos da reprodução humana assistida imprescindíveis para o presente exame; investigar o papel da vontade no ato de procriação artificial, como forma de qualificá-lo enquanto fato jurídico; analisar a entrada da reprodução humana assistida nos diversos planos do mundo jurídico.

O marco teórico utilizado é a Teoria do Fato Jurídico (Planos da Existência, da Validade e da Eficácia), de Marcos Bernardes de Mello.

Para alcançar os objetivos acima mencionados, a presente investigação se divide em 02 capítulos de desenvolvimento. No primeiro, examinar-se-á a reprodução humana assistida enquanto fato jurídico, abordando-se as noções conceituais elementares a respeito da Teoria de Marcos Bernardes de Mello, bem como da procriação artificial. No segundo capítulo do desenvolvimento, analisam-se os elementos constantes do suporte fático da reprodução assistida enquanto fato jurídico, tomando como parâmetro cada um dos planos em que o mundo do direito está dividido. Ao se tratar do plano da eficácia, abordar-se-ão aspectos das categorias eficaciais decorrentes do ato em questão.

Por fim, serão apresentadas as conclusões decorrentes desta pesquisa.

2 A REPRODUÇÃO ASSISTIDA COMO FATO JURÍDICO

A presente seção se divide em 03 partes. Primeiramente, serão expostas noções conceituais preliminares acerca da procriação artificial. Depois, será feita uma introdução às premissas teóricas da Teoria do Fato Jurídico, de Marcos Bernardes de Mello. Por fim, buscar-se-á classificar a reprodução humana assistida enquanto categoria de fato jurídico.

2.1 A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

Em apertada síntese, pode-se afirmar que as bases normativas para as técnicas de procriação artificial, enquanto instrumentos de exercício do planejamento familiar, encontram-se principalmente no artigo 226, §7º da Constituição Federal de 1988, na Lei 9.263/1996 e no artigo 1565, §2º Código Civil de 2002. Além disso, há regulamentação administrativa por meio da Resolução 2.121/2015, do Conselho Federal de Medicina (CFM).

Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf (2013, p.193) conceitua a reprodução assistida como a “intervenção do homem no processo de procriação natural, com o objetivo de possibilitar que pessoas com problemas de infertilidade e esterilidade satisfaçam o desejo de alcançar a maternidade ou a paternidade”.

Cardin e Rosa (2013, p.186) ensinam que as técnicas de reprodução assistida mais corriqueiras são a inseminação artificial, na qual o sêmen é introduzido no útero feminino, sem que haja relação sexual, e nele ocorre o encontro dos materiais genéticos; e a fertilização *in vitro*, na qual a concepção acontece em laboratório, sendo o embrião posteriormente transferido para o útero materno.

De acordo com Roxana Borges (2007, p.213), os mencionados procedimentos podem ser homólogos, quando o material genético for do próprio casal que busca o procedimento; ou heterólogos, quando houver material germinativo pertencente a outra pessoa que não as interessadas na reprodução.

2.2 CONCEITOS PRELIMINARES PARA A COMPREENSÃO DA TEORIA DO FATO JURÍDICO

A vida é uma sucessão de fatos. O mundo jurídico também. O universo jurídico é composto por fatos da vida, mas nem todos os fatos da vida são relevantes ao Direito.

Esses fatos da vida podem ser eventos ou condutas, cuja diferenciação reside nas respectivas origens. Com base nas lições de Lourival Vilanova, Marcos Bernardes de Mello (2011, p.38) leciona que

eventos são os puros fatos da natureza, aqueles que acontecem independentemente de atuação humana ou, quando há presença dessa atuação em sua concreção no mundo, essa resulta, exclusivamente, de sua condição natural, biológica (como na concepção, no nascimento, na morte de alguém, por exemplo). Condutas são os atos humanos volitivos ou mesmo avolitivos que não sejam decorrência exclusiva de sua natureza animal.

Os fatos – sejam eventos, sejam condutas – são valorados pela comunidade jurídica, que, através das normas jurídicas que adota, erige à categoria de fatos jurídicos aqueles considerados relevantes para as relações interpessoais (MELLO, 2011, p.38).

Os acontecimentos cuja ocorrência diz respeito aos valores básicos do ser humano e às relações intersubjetivas são previstos (não necessariamente de forma expressa) pelo ordenamento e recebem a incidência de normas jurídicas, constituindo-se fatos jurídicos (NADER, 2010, p.325).

Para que se compreenda a mencionada incidência de normas jurídicas sobre os fatos da vida, necessário se faz expor a “fenomenologia da juridicização”. A norma jurídica atua sobre aqueles fatos considerados relevantes pela comunidade jurídica, atribuindo a eles a função (e o potencial) de gerar efeitos jurídicos (MELLO, 2011, p.39).

De acordo com Pontes de Miranda (1954, p.77), fato jurídico é o fato (ou conjunto de fatos) sobre o qual a norma jurídica incidiu, e que por isso passa a ter potencial para produzir efeitos jurídicos. O mencionado autor (1954, p.184) conclui ainda que são fatos jurídicos quaisquer fatos que entram no mundo jurídico, inclusive aqueles que são contrários a direito.

A concepção de Pontes de Miranda é elogiada por Marcos Bernardes de Mello (2011, p.145), sendo a adotada por sua Teoria do Fato Jurídico.

Doutrinariamente, há uma miríade de classificações possíveis dos fatos jurídicos. Em

razão das limitações inerentes à presente pesquisa, não serão abordadas aqui as possibilidades classificatórias, focando-se na sugerida pela Teoria de Marcos Bernardes¹.

Mello (2011, p.155) defende que uma classificação rigorosamente científica deve ter como base de sua primeira grande divisão o elemento “conformidade ou não com o direito”. Sendo assim, há os fatos jurídicos conformes a direito (lícitos) e contrários a direito (ilícitos). Dentro de cada categoria, os fatos jurídicos devem ser classificados tomando como critério distintivo “a presença, ou não, de conduta humana volitiva à base do suporte fático”.

Assim, Mello entende que a divisão compreende: os fatos jurídicos *stricto sensu* (cuja existência prescinde de ato humano); e atos humanos.

Entre os atos humanos, Marcos Bernardes de Mello (2011, p.156) compreende que já alguns que, a despeito de a conduta humana lhes ser essencial, é juridicamente irrelevante a circunstância de ter havido, ou não, a vontade de praticá-la. São os atos-fatos jurídicos, a respeito dos quais o Direito se preocupa mais com o resultado fático do que com o ato em si.

Há outros atos humanos, porém, a respeito dos quais a norma jurídica não considera a vontade de praticá-los como meramente relevante; o elemento volitivo do agente constitui o cerne do suporte fático². Trata-se dos atos jurídicos *lato sensu* (MELLO, 2011, p.156).

Marcos Bernardes de Mello (2011, p.178) conceitua o ato jurídico em sentido amplo como “o fato jurídico cujo suporte fático prevê como seu cerne uma exteriorização consciente de vontade, que tenha por objeto obter um resultado juridicamente protegido ou não proibido e possível”. A partir desse conceito, o referido autor expõe que tal categoria é caracterizada pela presença de um ato humano volitivo, uma exteriorização consciente de vontade e de uma direção desse ato à obtenção de um resultado tutelado pelo ordenamento.

Os atos jurídicos *lato sensu* constituem gênero do qual há duas espécies: atos jurídicos em sentido estrito e negócios jurídicos.

Para Roberto de Ruggiero (1945, p.242-243), os fatos voluntários, ou atos jurídicos, se dividem em simples ações ou omissões humanas que geram modificações no mundo fático

1 Para o leitor interessado em desbravar as propostas de classificações dos fatos jurídicos, sugere-se a leitura de Roberto de Ruggiero (1935, p.240), Silvio Rodrigues (2000, p.160), Arnaldo Rizzardo (2011, p.362), Eduardo Espinola (1908, p.430) e Pontes de Miranda (1954a, p.184).

2 Cerne do suporte fático é aquele elemento descrito na estrutura normativa cuja verificação fática não apenas é essencial à incidência da norma jurídica, com a consequente transformação do fato em jurídico; mais do que isso, também determina a configuração final do suporte fático, fixando no tempo a sua concreção; a sua presença é pressuposta em todas as normas que integram determinada instituição jurídica (MELLO, 2011, p.85).

com repercussões no direito (atos jurídicos *stricto sensu*); ou declarações de vontade que se dirigem a fins que o ordenamento reconhece e protege (negócios jurídicos).

Marcos Bernardes de Mello (2011, p.190) aponta como traço diferencial entre o ato jurídico *stricto sensu* e o negócio jurídico o fato de que, neste, a escolha de categoria jurídica existe sempre (com amplitude variável), enquanto naquele tal poder é praticamente inexistente.

Vicente Ráo (1997, p.32) esclarece que, nos atos jurídicos em sentido estrito, a vontade se limita a ser requisito para a sua prática. Dessa forma, conforme expõe o referido jurista, o elemento volitivo é desprovido de força preceptiva e dispositiva. O agente pode visar ou não os efeitos jurídicos de seu fato; mas essa eficácia, se visada, só pode ser aquela determinada e disciplinada intransponivelmente pela norma jurídica.

De acordo com Marcos Bernardes de Mello (2011, p.199), no ato jurídico *stricto sensu*, “a vontade não tem escolha da categoria jurídica, razão pela qual a sua manifestação apenas produz efeitos necessários, ou seja, preestabelecidos pelas normas jurídicas respectivas inalteráveis pela vontade, e invariáveis”.

Por outro lado, nos negócios jurídicos, a vontade não é juridicamente relevante apenas para a escolha do agente entre os praticar ou não. O elemento volitivo tem importância maior, atuando também na escolha do conteúdo eficaz decorrente da conduta.

De acordo com Lodovico Barassi (1945, p.93), o negócio jurídico é expressão da autonomia da pessoa, a qual intenta atender às suas demandas provocando, com sua própria vontade, a criação, a modificação ou dissolução de efeitos jurídicos, que podem ser patrimoniais ou não.

O ordenamento permite que as pessoas, no exercício da sua autonomia, escolham o conteúdo (irradiação e intensidade) das relações jurídicas decorrentes da prática de determinado negócio jurídico (MELLO, 2011, p.217).

Por fim, expõe-se a divisão do mundo jurídico em planos como último conceito necessário para o desenvolvimento do presente estudo. Trata-se de sistematização dos elementos dos fatos jurídicos criada por Pontes de Miranda, motivo pelo qual a doutrina costuma denominá-la de “Escada Ponteana” (TARTUCE, 2015, p.196).

Pontes de Miranda propôs dividir o mundo jurídico em três planos: o da existência, o da validade e o da eficácia. Em tais planos, seria desenvolvida a vida dos fatos jurídicos

(MELLO, 2011, p.134).

O primeiro dos planos, o da existência, diz respeito à situação na qual ocorrem (se materializam, se concretizam), no mundo, os fatos descritos nos suportes fáticos hipotéticos. Diz-se, então, que o suporte fático se tornou suficiente. Quando isso ocorre, a norma jurídica incide, transportando aquela ocorrência fática para o mundo jurídico. Aqui, não há cogitação de invalidade ou eficácia; a única preocupação é com a constatação da ocorrência daquilo que estava descrito no suporte da norma (MELLO, 2011, p.134).

O segundo plano descrito por Pontes de Miranda é o da validade. Trata-se do plano em que o ordenamento jurídico preocupa-se com a correção, integridade, dos elementos descritos no suporte fático normativo e que se verificaram no mundo dos fatos. Quando os elementos estiverem perfeitos, o fato será válido; se houver vício, conseqüentemente haverá invalidade.

Não é todo fato jurídico existente que passa pelo plano da validade. Somente se faz essa análise de perfeição dos elementos que concretizaram o suporte fático naqueles fatos nos quais a vontade é elemento relevante - os atos jurídicos *lato sensu* (MELLO, 2015a, p.54).

O terceiro plano descrito por Pontes de Miranda é o da eficácia. Para Marcos Bernardes de Mello (2011, p.136), trata-se da “parte do mundo jurídico onde os fatos produzem os seus efeitos, criando as situações jurídicas, as relações jurídicas, com todo o seu conteúdo eficaz”.

“Denominam-se categorias eficaciais todas as espécies de efeitos jurídicos encontráveis no mundo do direito; desde as mais elementares situações jurídicas às mais complexas relações jurídicas, às sanções, às premiações e aos ônus” (MELLO, 2015b, p.48).

Por tudo quanto exposto, verifica-se que, de acordo com a “Escada Ponteana”, é essencial primeiramente verificar se o fato jurídico existe. A partir da existência, se se estiver tratando de atos jurídicos *lato sensu*, passa-se a analisar a perfeição dos seus elementos em relação às normas jurídicas, operação esta que se dá no plano da validade. Por fim, verifica-se se o fato jurídico *lato sensu* tem ou não a aptidão para irradiar seus efeitos próprios, que lhe são atribuídos pelo ordenamento.

2.3 CLASSIFICAÇÃO DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA ENQUANTO ESPÉCIE DE FATO JURÍDICO

A partir de agora, será feita a tentativa de classificação da reprodução humana assistida, tomando como parâmetro a Teoria do Fato Jurídico sugerida por Marcos Bernardes de Mello.

Em primeiro lugar, questiona-se se a reprodução humana assistida é um fato jurídico. A resposta deve ser positiva, na medida em que se trata de fato ao qual o ordenamento imputa o potencial de gerar efeitos jurídicos – dela decorrem, por exemplo, relações de filiação.

A próxima indagação a ser feita diz respeito à categoria de fato jurídico à qual pertence a reprodução humana assistida. Ressalte-se que serão exploradas apenas as espécies de fatos lícitos, na medida em que os fatos ilícitos fogem do objeto da presente pesquisa.

A primeira categoria, conforme divisão sugerida por Marcos Bernardes de Mello, é a dos fatos jurídicos *stricto sensu*, aqueles cujos suportes fáticos prescindem de conduta humana. Para Pontes de Miranda (1954, p.188), admite-se até que alguns deles sejam atos humanos; mas quando entram no mundo jurídico, abstrai-se a atividade humana que eventualmente esteve à sua origem.

Nesse sentido, esclarece Pontes de Miranda (1954, p.191) que a morte das pessoas é fato jurídico *stricto sensu*, ainda que tenha sido fruto de homicídio. No que diz a quem morre, o óbito é fato jurídico que prescinde de atividade humana, por isso é fato jurídico *stricto sensu*. Por outro lado, o ato de assassinar alguém, que se refere a quem mata, é ato ilícito *stricto sensu* – que, em sua composição, depende de ação humana para ingressar no mundo jurídico. Além da morte, Pontes de Miranda (1954, p.188) exemplifica como fatos jurídicos *stricto sensu* a concepção da pessoa, bem como o seu nascimento com vida.

Na realidade, o fato jurídico *stricto sensu* não é caracterizado pela ausência de participação humana para que se verifique. O que o distingue dos demais fatos jurídicos é que, no seu suporte fático, não há ato humano como elemento necessário – o que não impede que nele haja, eventualmente, conduta humana como elemento acidental (MELLO, 2011, p.165).

De modo geral, a doutrina expõe que o ato reprodutivo – consistente em uma relação sexual – é um fato jurídico *stricto sensu*. Nesse sentido, a título de exemplo, cite-se Pontes de Miranda (1954, p.188). Isso porque a concepção através do sexo pode ser considerada um evento, ou seja, aquele puro fato da natureza (vide conceito na seção 2.2). Em se tratando de reprodução humana, obviamente há atuação de um ser humano, todavia esta decorre de sua condição biológica, ou seja, de sua natureza animal.

Ocorre que não se pode concordar que a procriação humana assistida é fato jurídico

stricto sensu. Na realidade, as tecnologias conceptivas quebram as barreiras naturalmente impostas às pessoas, permitindo a reprodução sem sexo.

O uso de técnicas científicas no ato de se reproduzir faz com que já não se esteja falando de atuação humana decorrente exclusivamente de sua condição animal. Pelo contrário, decorre do uso de tecnologias médicas criadas pelo intelecto humano para vencer as impossibilidades naturais. Assim, a procriação artificial, enquanto fato, pode ser caracterizada como uma conduta, ou seja, um ato humano que não é fruto de sua natureza biológica.

Relembre-se que a perspectiva adotada na presente classificação é a dos envolvidos no ato procriativo (pretensos genitores e médicos), não da prole assim concebida. Assim, ainda que a concepção humana seja um fato jurídico *stricto sensu* do ponto de vista de quem é gerado, a reprodução assistida não o é, pelo menos não da ótica de quem se submete a ela. Trata-se da mesma lógica que distingue a classificação da morte causada por homicídio da perspectiva de quem morre (fato jurídico *stricto sensu*) e de quem mata (ato ilícito).

Percebe-se, assim, que a conduta humana é elemento de relevo na reprodução assistida, afastando-se a sua classificação como fato jurídico *stricto sensu*. Trata-se, portanto, de ato humano.

Conforme já explorado na seção 2.2, para a Teoria do Fato Jurídico, os atos humanos se dividem entre aqueles nos quais é juridicamente irrelevante a vontade envolvida em sua prática (os atos-fatos jurídicos) e aqueles atos nos quais o elemento anímico do agente constitui o cerne do suporte fático (os atos jurídicos *lato sensu*) (MELLO, 2011, p.156).

Para determinar se a procriação artificial é ato-fato ou ato jurídico *lato sensu*, pergunta-se se o ordenamento jurídico considera ou não relevante a vontade das pessoas envolvidas na prática da mencionada técnica conceptiva.

Em primeiro lugar, destaque-se que a atualmente vigente Resolução 2.121/2015, do Conselho Federal de Medicina (CFM), exige o consentimento livre e esclarecido de todos os pacientes submetidos à reprodução assistida. É imprescindível uma concordância escrita das pessoas envolvidas, obtida a partir de discussão bilateral e prestação de informações sobre os aspectos médicos envolvidos, além das circunstâncias de caráter biológico, jurídico e ético.

Em razão da mencionada norma (administrativa, é verdade, todavia com inegável caráter jurídico), percebe-se que, para o ordenamento brasileiro, é indispensável e relevante o consentimento das pessoas envolvidas na procriação artificial, motivo pelo qual tal fato não pode ser classificado como ato-fato jurídico.

Ressalte-se, todavia, que ainda que não houvesse a mencionada disposição do CFM, a conclusão inexoravelmente seria a mesma. Tal afirmação se baseia no fato de que repugnaria à consciência social, no panorama jurídico hodierno, a realização de procedimento de reprodução artificial sem autorização das pessoas a ela submetidas direta ou indiretamente, ou mesmo contra a sua vontade.

O ordenamento não se preocupa apenas com o resultado fático da concepção assistida, tutelando especialmente a vontade humana. O elemento volitivo é imprescindível no suporte fático da norma.

Pode-se dizer, então, que o consentimento é elemento de existência da procriação artificial enquanto fato jurídico. Por essa razão, conclui-se que a reprodução humana assistida é um ato jurídico *lato sensu*.

Destaque-se relevância de se reconhecer a importância do elemento “vontade” para o suporte fático da reprodução assistida, superando uma visão presa ao fator naturalístico, biológico, que relaciona a prole aos genitores. Trata-se de demonstração de que o Direito não se funda exclusivamente na biologia ou na genética. Para Roxana Borges (2002, p.332- 333),

a verdade biológica nem sempre é a verdade jurídica. O ser biológico não coincide necessariamente com o dever ser jurídico. O direito não está, de forma absoluta, total, vinculado à biologia. Se fosse assim, o direito seria desnecessário e a sociedade poderia ser regida pelas regras naturais. Como não é este o caso, convém refletir sobre um certo esquecimento dos princípios e dos critérios do mundo jurídico e sobre um certo encantamento pelas descobertas científicas.

Como já mencionado, “ato jurídico *lato sensu*” é gênero, do qual fazem parte duas espécies: atos jurídicos *stricto sensu* e negócios jurídicos. A distinção entre tais categorias reside na liberdade dada aos agentes em relação à escolha das categorias eficazes decorrentes da prática do ato.

Conforme já mencionado, em determinadas situações, o direito recebe a conduta humana em certo sentido, sem escolha de categoria jurídica e com efeitos preestabelecidos e inalteráveis pela vontade de quem a pratica; ou outorga liberdade (dentro de determinados limites) às pessoas para, no exercício de sua vontade, autorregurar os seus interesses e determinar o conteúdo eficaz do ato (MELLO, 2011, p.188-189). No primeiro caso, trata-se do ato jurídico em sentido estrito; no segundo, negócio jurídico.

Nesse sentido, percebe-se que a vontade manifestada para a realização da reprodução

assistida se direciona a aderir aos efeitos previstos em lei (sobre os quais a presente pesquisa se aprofundará na seção 3.3). As partes, quando consentem com a realização do procedimento, não têm liberdade ou autonomia para determinar a eficácia jurídica decorrente de seu ato. Não há escolha especialmente quanto à determinação de parentalidade, consequência que decorre necessariamente do consentimento. A anuência para a procriação artificial não é dada sob condição ou a termo, nem pode ser onerada por encargo.

Pelas razões expostas, depreende-se que a reprodução humana assistida se trata de ato jurídico *stricto sensu*, na medida em que se considera como elemento cerne do seu suporte fático a manifestação de vontade, todavia esta é direcionada a aderir a inalteráveis efeitos preestabelecidos pelo ordenamento jurídico. As partes consentem em se submeter ao procedimento, porém sua vontade não determina que consequências jurídicas daí decorrerão.

3 A REPRODUÇÃO ASSISTIDA E OS PLANOS DO MUNDO JURÍDICO

A investigação ora desenvolvida concluiu que a procriação artificial enquadra-se, enquanto fato jurídico, na categoria de ato jurídico *stricto sensu*. Há uma grande consequência para a conclusão de que é relevante o elemento volitivo para a concretização do suporte fático da reprodução assistida: esta se sujeita à análise de perfeição no plano da validade.

Assim, a partir de agora será feita a análise da reprodução humana assistida nos três planos do mundo jurídico.

3.1 PLANO DA EXISTÊNCIA

Por se tratar de ato jurídico *stricto sensu*, para o ingresso da reprodução assistida no plano da existência, fazem-se necessários os elementos: agentes, objeto e vontade (manifestada através de uma forma).

Os agentes são as partes envolvidas, inclusive o doador e o cônjuge ou companheiro da pessoa que está diretamente enfrentando o procedimento. O objeto é a técnica médica em si, nas suas mais variadas formas. O elemento subjetivo não é genérico; ao contrário, está cercado de circunstâncias especiais. Trata-se de um “consentimento prestado com o fim de

procriar”, o qual pode ser designado como “vontade procriacional” (AGUIAR, 2005, p.96).

A vontade procriacional deve ser manifestada pelas pessoas a quem se atribuirá a parentalidade em relação à prole artificialmente concebida, bem como pelo doador do material genético utilizado (seja membro do casal ou não). E isso gera importantes consequências práticas.

Um caso real, ocorrido em Chicago³, pode ilustrar as repercussões da teoria ora sustentada. Sharon Irons estava tendo um caso com Richard Phillips. Eles nunca tiveram relações sexuais pênis-vagina, contudo havia a prática de sexo oral. Numa dessas experiências, ele acabou ejaculando na boca da moça. Ela, então, decidiu armazenar o sêmen, que posteriormente foi utilizado em um procedimento de reprodução assistida.

Alguns anos depois, Irons ingressou com uma ação de reconhecimento de paternidade da criança em face de Phillips. Como o resultado de DNA foi positivo, ele foi condenado a prestar alimentos. A corte rejeitou a alegação de que o sêmen teria sido furtado, considerando que o material genético fruto da ejaculação seria um “presente”, um ato irrevogável de transferência de propriedade de um doador para um donatário. O vínculo de parentesco entre Phillips e sua prole biológica, artificialmente concebida sem o seu consentimento, foi reconhecido e mantido pelo Judiciário norte-americano.

As premissas adotadas pela presente investigação levam a conclusão distinta. Se a reprodução assistida se trata de ato jurídico – para o qual a vontade humana é elemento essencial, cerne do suporte fático -, conseqüentemente ela deve ser considerada inexistente em relação à esfera jurídica de quem com ela não assentiu.

Isso significa que, se se utiliza o material germinativo de alguém em uma procriação artificial sem o seu consentimento, tratar-se-á de ato totalmente estranho às relações jurídicas desta pessoa. Assim, não haveria o reconhecimento do vínculo de parentalidade. Relembre-se: o Direito não é determinado pela biologia. No campo da reprodução assistida, não basta a simples análise do DNA, devendo-se verificar a existência de manifestação de vontade procriacional.

3.2 PLANO DA VALIDADE

³ Para maiores informações, remete-se o leitor à reportagem constante no endereço eletrônico: <http://www.uptownmagazine.com/2014/02/woman-used-sperm-oral-sex-get-pregnant-get-child-support/>

Uma vez classificada a procriação artificial como ato jurídico em sentido estrito (espécie de ato jurídico *lato sensu*), necessária se faz sua passagem pelo plano da validade, para um juízo de conformidade com o ordenamento jurídico, na medida em que se trata de fato jurídico no qual a vontade humana é elemento essencial do suporte fático. À reprodução assistida se aplica, por analogia, a teoria das invalidades dos negócios jurídicos.

Para ingressar no plano da existência, a procriação artificial depende de agente, objeto e vontade, exteriorizada por uma forma. Para ela ser válida, entretanto, tais elementos devem ser dotados de determinadas qualidades.

Primeiramente, a reprodução assistida depende de agente capaz (art.104, I, do Código Civil de 2002). Aqui, agentes são todos aqueles que se submetem ao procedimento, de forma direta (por exemplo, a mulher na qual será implantado o material germinativo) ou indireta (v.g., o marido que fornece seus gametas para que se realize a inseminação *in vitro*). Qual seria a capacidade deles exigida?

A Resolução 2.121/2015 do CFM estabelece, em seu item II.1, que poderão ser receptores das técnicas de procriação artificial todas as pessoas capazes. Não se esclarece, todavia, de que capacidade se trata.

As regras de capacidade dos artigos 3º e 4º do Código Civil de 2002 são genéricas, havendo diversas capacidades específicas esparsas pelo ordenamento jurídico – a exemplo da capacidade para votar aos 16 anos (art.14, §1º, II, c, da Constituição Federal de 1988) e para consentir livremente para a prática da conjunção carnal ou de outro ato libidinoso aos 14 anos (art. 217-A do Código Penal).

A idade núbil – capacidade para contrair casamento - é alcançada aos 16 anos, dependendo-se, até a maioridade civil, de autorização dos pais ou representantes legais (art. 1517 do Código Civil). Em tese, seria a idade mínima considerada pelo legislador como adequada para que se inicie uma família.

Por outro lado, o Estatuto da Criança e do Adolescente determina que só podem adotar os maiores de 18 anos. Trata-se de norma destinada a preservar tanto os interesses dos adotados quanto dos adotantes, e sua *ratio* pode ser aplicada à procriação artificial.

Defende-se, conciliando a idade núbil com as regras da adoção, que a capacidade para se submeter às técnicas de reprodução assistida se inicia aos 16 anos, dependendo-se de

autorização dos pais ou representantes (além de garantias destes relativas ao sustento material e emocional da prole) enquanto não atingida a maioridade civil (18 anos) dos genitores.

Importante destacar que a capacidade em questão não está relacionada com o estado civil do paciente. Não se exige a condição de casado (ou convivente em união estável) para se submeter à reprodução assistida. Afinal, a já referida Lei 9263/96 assegura o planejamento familiar ao casal, mas também à mulher e ao homem separadamente. Do mesmo modo, aplique-se de forma análoga o Estatuto da Criança e do Adolescente, que garante o direito à adoção independentemente do estado civil do adotante.

Questiona-se se haveria cessação de capacidade, em razão da idade, para se submeter à reprodução assistida. Para os atos da vida civil em geral, velhice por si só não acarreta incapacidade; “a senilidade somente constitui motivo de interdição quando acarreta insanidade mental” (MELLO, 2015a, p.68).

Em se tratando de reprodução assistida, entretanto, a idade avançada da paciente mulher pode representar um risco para a prole. Por essa razão, a Resolução 2.121/2015 do CFM impõe um limite máximo de 50 anos para as candidatas à gestação por procriação artificial (dispositivo I.2). Pode-se dizer, então, que se trata de uma excepcional hipótese de cessação da capacidade (reprodutiva) por motivo exclusivo de idade. Entretanto, é possível haver exceções a tal limite, determinadas pelo médico responsável, com fundamentação técnica e científica, exigindo-se ainda esclarecimento dos pacientes quanto aos riscos envolvidos (I.3).

Por fim, destaque-se a plena capacidade dos portadores de doença ou deficiência, física ou mental, ainda que genética e transmissível, para se submeterem às técnicas de procriação artificial. Disposição em sentido contrário configuraria prática discriminatória e eugênica, sem respaldo no ordenamento jurídico brasileiro.

Para fins de assegurar a todos uma manifestação de vontade livre, esclarecida e consciente, contudo, deve-se dar ciência aos envolvidos no procedimento a eventual existência de alguma doença ou deficiência de algum dos participantes.

A validade dos atos jurídicos em geral exige ainda que o seu objeto seja lícito, possível e determinado ou, ao menos, determinável (Código Civil, artigo 104, II). Objeto é o conteúdo do ato jurídico; “é o que sujeitos estabelecem, as prestações ou o comportamento a que se obrigam” (AMARAL, 2008, p.419). Aqui, trata-se do procedimento médico, conceptivo, ao qual o casal ou a pessoa sozinha irá se submeter e para o qual deve consentir.

A licitude e a possibilidade jurídica do ato de consentir com a reprodução assistida, homóloga ou heteróloga, decorrem do acolhimento do referido procedimento pelo ordenamento jurídico brasileiro. A Constituição Federal reconhece o direito ao livre planejamento familiar, garantindo o acesso aos recursos científicos para a sua concretização.

Ocorre que essa licitude envolve conformidade à lei, à ordem pública e aos bons costumes (AMARAL, 2008, p.420). A reprodução assistida, para ser lícita, não pode envolver aspectos vedados pelo ordenamento jurídico, a exemplo de indevidas práticas eugênicas ou com finalidade distinta da procriação.

Por outro lado, para a reprodução artificial, não se aceita a mera determinabilidade do objeto, sendo imprescindível a determinação. Isso significa que, ao manifestar seu consentimento, o agente deverá especificar o procedimento com o qual está anuindo.

Na reprodução assistida homóloga, em se tratando do doador do material germinativo, não basta uma anuência genérica para utilização dos gametas. É necessário consentir expressamente no momento do procedimento. Em se tratando de procriação *post mortem*, exige-se a autorização expressa e específica nesse sentido, conforme Provimento 52/2016 da Corregedoria Nacional de Justiça.

Já na procriação heteróloga, o consentimento deve individualizar os detalhes do procedimento. Não basta uma anuência genérica do cônjuge ou companheiro para a utilização de qualquer material genético doado por terceiro; deve haver a maior determinação possível sobre o ato que está sendo autorizado.

A exceção a esta regra fica por parte do doador anônimo do material genético. Este simplesmente autorizará, de forma abstrata, a utilização, pela equipe médica, dos seus gametas para a reprodução assistida à qual se submeterão os receptores, sem maiores informações a respeito destes.

A validade dos atos jurídicos carece, do mesmo modo, de que a vontade seja perfeita, ou seja, íntegra e hígida (MELLO, 2015a, p.78).

A perfeição do elemento volitivo exige: que a vontade seja compatível com a realidade dos fatos a que se refere (a simulação enseja nulidade, enquanto o erro e o dolo são causas de anulabilidade); que a vontade seja livre e espontânea, ou seja, sem sofrer coação; inexistência de circunstâncias excepcionais que tornam o conteúdo inverídico (a manifestação seria distinta em outras circunstâncias, como nos casos da lesão e do estado de perigo). Ademais, a vontade não pode ser lesiva a terceiros (motivo pelo qual se proíbe a fraude contra credores)

e, igualmente, ser manifestada de boa-fé (MELLO, 2015a, p.60).

A vontade procriacional, da qual carece a reprodução assistida, deve atender aos requisitos gerais para a sua perfeição. Destarte, vício haverá se o agente que consentiu estava em erro ou sob coação, a título de exemplo. Poderá ser alegada a invalidade, desconstituindo o vínculo de parentesco em relação ao agente que teve seu elemento subjetivo viciado.

De acordo com o art.104, III do Código Civil, o elemento volitivo deve ser expresso em determinada forma, prescrita ou não defesa em lei. Forma é “o meio de expressão da vontade, o aspecto externo que a declaração assume” (AMARAL, 2008, p.422). Ressalte-se que aqui se refere a lei em sentido amplo, ou seja, pelo ordenamento jurídico de modo geral.

No caso da reprodução assistida, há uma norma administrativa regulando a formalidade exigida para manifestação do consentimento: trata-se da Resolução 2121 do CFM, especificamente seu dispositivo I.4.

Exige-se que a vontade procriacional seja manifestada por escrito, através de termo de consentimento livre e esclarecido, elaborado em formulário especial. Exige-se prévia discussão bilateral entre as pessoas envolvidas, com a exposição detalhada das circunstâncias de aplicação da técnica, bem como os resultados obtidos com o procedimento e os dados de caráter biológico, jurídico e ético envolvidos na questão.

O formalismo é uma garantia do direito. Com a exigência de forma, o ordenamento busca assegurar a autenticidade do ato, chamar a atenção dos agentes para a seriedade do que se está celebrando, bem como facilitar a prova e a publicidade (AMARAL, 2008, p.425).

No caso da procriação artificial, a exigência de manifestação da autorização em termo de consentimento livre e esclarecido é uma tentativa de resguardar os interesses de todos os envolvidos, em razão das consequências jurídicas advindas do ato – em especial, a atribuição de vínculo de parentalidade, com todos os efeitos patrimoniais e extrapatrimoniais daí decorrentes. Além disso, trata-se de meio de se evitar posterior alegação de vício da vontade.

O que ocorrerá caso haja desrespeito a essa prescrição? De forma mais precisa: e se um dos envolvidos tiver anuído oralmente, gestualmente, por escrito em documento que não seja formulário de termo de consentimento?

O Código Civil de 2002 (art. 166, IV) determina ser nulo o ato jurídico praticado em desrespeito à forma prevista em lei. Em havendo nulidade, não se faz possível a extinção da

invalidade por sanção ou convalidação⁴, conforme preceitua o *Codex* em seu artigo 169.

Assim, haverá nulidade caso a vontade procriacional tenha sido externada em discordância da forma exigida. O interessado deverá manifestá-la novamente. Não haverá prejuízos práticos em razão da imposição de novo consentimento, ainda que já iniciado o procedimento. Em primeiro lugar, porque a lei não impõe que o assentimento seja anterior à realização da reprodução assistida, quando esta for homóloga. Ademais, em se tratando de procriação heteróloga, deve-se permitir que o cônjuge ou companheiro manifeste sua vontade a qualquer tempo, com todos os efeitos daí decorrentes.

3.3 PLANO DA EFICÁCIA

O principal efeito jurídico decorrente da prática de reprodução assistida, atendendo-se devidamente aos requisitos de validade, consiste nas relações de parentesco daí decorrentes.

Conforme estabelece o Código Civil de 2002, nos incisos III, IV e V do seu artigo 1.597, presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Conforme já exposto, a reprodução assistida denomina-se homóloga quando se utiliza material germinativo pertencente a um dos membros do casal que se submete à referida técnica médica.

O art. 1597, III, estabelece que a prole fruto de reprodução assistida homóloga se presume concebida na constância do casamento. O principal efeito jurídico de tal presunção é a atribuição de paternidade ao marido da genitora que dá à luz os filhos artificialmente gerados. Tal eficácia é aplicável também aos companheiros e companheiras. Apesar de haver doutrinadores que consideram não ser possível haver uma presunção de paternidade sem previsão em lei (GAMA, 2003, p.701), prevalece o entendimento de que à união estável devem ser imputados, de modo geral, os mesmos efeitos do casamento, na medida em que não

⁴ Convalidação é a extinção da invalidade em razão do decurso do prazo para a sua alegação, sem que o interessado o tenha feito; sanção, por outro lado, é a extinção da invalidade decorrente de um ato de vontade relevante praticado com o fim de remover o efeito invalidadente (MELLO, 2015a, p.282).

há hierarquia entre as referidas entidades familiares (QUEIROZ, 2004, p.296).

De acordo com a literalidade da lei, em se tratando da reprodução assistida homóloga, haverá o efeito de atribuição da parentalidade ainda que o marido – que deixou o sêmen criopreservado – já tenha morrido no momento de realização do procedimento. Trata-se da procriação artificial *post mortem*.

Apesar de a norma tratar expressamente apenas da possibilidade de reprodução assistida homóloga póstuma no caso de falecimento do marido, deve ser admitida a incidência do dispositivo para aqueles casos em que a mulher morreu deixando óvulos criopreservados. Trata-se de uma aplicação analógica necessária para se respeitar a isonomia entre cônjuges, constitucionalmente assegurada (RIBEIRO, 2016, p.65). O Provimento nº 52/2016, da Corregedoria Nacional de Justiça, prevê tal possibilidade, reconhecendo a maternidade da prole à pessoa de que se retiraram os óvulos.

Em qualquer caso, a despeito de o Código Civil não exigir expressamente o consentimento dos membros do casal para a realização da reprodução assistida homóloga, relembre-se que o elemento subjetivo é da essência do procedimento enquanto fato jurídico, sendo, portanto, indispensável a manifestação de vontade de ambos.

Por outro lado, a procriação artificial será heteróloga quando gametas usados pertencerem a pessoa distinta daquelas que compõem o casal interessado no procedimento.

O Código Civil de 2002 estabelece que, havendo prévia autorização do marido, a prole concebida por procriação artificial heteróloga será presumida como concebida na constância do casamento. A eficácia jurídica de tal presunção é o estabelecimento do vínculo de filiação e parentalidade entre a criança assim gerada, de um lado, e, do outro, ambos os cônjuges – inclusive aquele que não tem laços biológicos com a prole.

A despeito de o *Codex* fazer referência à autorização “do marido”, deve-se entender que a sujeição à técnica é também possível nas uniões estáveis. Além disso, apesar de a criticável redação do Código Civil dar a entender que o referido procedimento é cabível apenas na hipótese de doação de material genético por parte de um doador homem, não se deve proceder a tal interpretação restritiva. Nada impede que uma mulher doe seus óvulos, que serão utilizados por um casal em face da infertilidade feminina. Nesse caso, a eficácia jurídica consistirá na atribuição de parentalidade à esposa que não é biologicamente genitora.

Ressalte-se que, uma vez iniciado ou realizado o procedimento heterólogo, o consentimento torna-se irrevogável, por qualquer das partes envolvidas. Consequentemente,

não será possível o recurso posterior à ação denegatória de paternidade (BORGES, 2002, p.320), sob pena de se violar a cláusula geral de proibição do comportamento contraditório.

Perceba-se que a norma civil explicitou a importância do consentimento como critério determinante da relação de parentesco na procriação artificial heteróloga. A vontade procriacional, nesse caso, é o fundamento da atribuição do estado jurídico de genitor (pai ou mãe). Conseqüentemente, se não houver o consentimento do cônjuge ou companheiro para a realização da reprodução assistida heteróloga, este não terá qualquer vínculo de parentalidade com os filhos decorrentes do procedimento. Afinal, não existirá nem vínculo biológico nem o decorrente da vontade procriacional.

Note-se que o referido dispositivo do Código Civil expressamente menciona que o consentimento do marido (leia-se: cônjuge ou companheiro) deve ser prévio. Em uma interpretação literal do art.1597, V, seria possível depreender que o vínculo de parentalidade, em relação a quem não é biologicamente genitor, somente existiria na procriação artificial heteróloga se o consentimento fosse prestado de forma anterior à realização da técnica. Não se trata, porém, da melhor conclusão.

Realizado o procedimento heterólogo sem o consentimento do cônjuge ou companheiro, nada impede que este dê posteriormente o seu assentimento. Se tal concordância for manifestada antes do nascimento ou do registro da prole, não haverá qualquer distinção prática para a hipótese de manifestação prévia de vontade.

Se a criança já tiver nascido e sido registrada, o cônjuge ou companheiro que não assentira poderá realizar a sua perfilhação, não incorrendo em “adoção à brasileira”⁵ em razão das circunstâncias especiais envolvidas na situação ora descrita.

Por outro lado, outro efeito jurídico da reprodução assistida heteróloga é a inexistência de relação de parentalidade entre a prole e o doador do material genético. Apesar de ligados por um vínculo biológico, inexistirá vinculação jurídica entre tais pessoas.

Na reprodução assistida heteróloga, tanto a vontade procriacional ser o critério definidor de parentalidade, bem como a impossibilidade de revogação do consentimento após a realização do procedimento quanto a inexistência de vínculo de parentalidade entre terceiro doador e prole são decorrências do reconhecimento de que o Direito não se funda exclusivamente na biologia ou na genética.

5 Expressão consagrada na doutrina e na jurisprudência brasileiras para os casos de reconhecimento voluntário de filho que a pessoa sabe não ser seu.

4 CONCLUSÃO

O presente trabalho chegou a diversas conclusões.

Entendeu-se que a procriação humana artificial não é um evento, e sim uma conduta, pois não decorre da natureza biológica, puramente animal, do ser humano. Ao contrário, envolve ação humana relacionada a aspectos tecnológicos e científicos, motivo pelo qual não pode ser classificado como fato jurídico *stricto sensu*.

Averiguou-se que a vontade dos envolvidos é elemento essencial para a reprodução humana assistida, motivo pelo qual se trata de ato jurídico *lato sensu*. Consequentemente, está sujeita à análise de perfeição, quanto aos seus elementos, no plano da validade. Como os pacientes não podem escolher os efeitos resultantes da prática do procedimento, trata-se de ato jurídico *stricto sensu*, e não negócio jurídico.

Concluiu-se, dessa forma, que podem ser aplicadas à reprodução humana assistida a teoria da inexistência e a teoria das invalidades dos atos jurídicos, afastando-se os seus efeitos típicos (notadamente o vínculo de parentalidade em relação à prole) em caso de ausência de consentimento ou vício invalidante.

Deduziu-se que o principal efeito decorrente da procriação artificial é o estabelecimento de vínculo de parentalidade entre aqueles pacientes (e seus cônjuges ou companheiros) que assentiram com o procedimento e a prole assim concebida.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Monica. **Direito à filiação e bioética**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução**. – 7. ed. rev. e aum. – Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARASSI, Lodovico. **Istituzioni di Diritto Civile**. 2.ed. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1945.

BORGES, Roxana. Autonomia privada e critério jurídico de paternidade na reprodução assistida. In: LOTUFO, Renan. (org) **Direito civil constitucional. Caderno 3**. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2007.

CARDIN, Valeria; ROSA, Letícia Carla Baptista Rosa. **Da vulnerabilidade do embrião oriundo da reprodução humana assistida e a ética da vida.** In: Revista Brasileira de Direito Animal, v.8, n.12, jan./abr. de 2013.

ESPINOLA, Eduardo. **Systema do direito civil brasileiro.** v.1. Salvador: Litho-Typ. e Encadernação Reis & C., 1908.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: o biodireito e as relações parentais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do fato jurídico: plano da existência.** – 17. ed. – São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Teoria do fato jurídico: plano da validade.** 14. ed. – São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia, 1ª parte.** 10. ed. – São Paulo: Saraiva, 2015.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil, parte geral.** Rio de Janeiro: Forense, 2010.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado.** t.2. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1954.

QUEIROZ, Juliane Fernandes. A disponibilidade do material genético – sêmen – após a morte do seu titular. CASABONA, Carlos María Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (coord.). In: **Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p.271 – 309

RÁO, Vicente. **Ato jurídico: noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais. O problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração.** 4. Ed., anotada, rev. e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

RIBEIRO, Raphael Rego Borges. **Reprodução assistida *post mortem*: a atribuição de direitos sucessórios aos filhos gerados após a morte de um dos genitores.** Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2016.

RIZZARDO, Arnaldo. **Parte geral do Código Civil.** 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil.** v.1. 31.ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de Direito Civil.** v.1. Tradução da 6ª edição italiana por Ary dos Santos. São Paulo: Saraiva, 1935.

TARTUCE, Flavio. **Manual de direito civil: volume único.** 5.ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015.