

A ATUAÇÃO DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA E O DESCARTE DE EMBRIÕES NA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA NO BRASIL

Por Paula Moura Francesconi Lemos Pereira E Vitor Almeida — 17/09/2021



Coordenação: Miguel Kfourri Neto e Rafaella Nogaroli

A reprodução humana assistida tem passado por grande processo de aprimoramento a partir de novas tecnologias, o que permite possibilidades antes impensáveis. Com isso, desafios de cunho ético, jurídico e filosófico descortinam profundos dilemas quanto aos limites do ciclo da vida até mesmo por permitir a separação entre sexualidade e procriação, bem como o surgimento de múltiplos arranjos familiares. Por outro lado, os céleres avanços tecnológicos não permitem um acompanhar legislativo adequado e os projetos de lei hoje em tramitação no Brasil acabam por restringir a liberdade reprodutiva, o livre planejamento familiar responsável, a solidariedade social, todos de índole constitucional, e que revelam uma atuação legislativa em descompasso com a legalidade pautada a partir da Lei Maior.^[1]

O silêncio legislativo, além de provocar insegurança jurídica em terreno sensível que envolve o uso de material genético, a crioconservação, a realização de diagnóstico genético pré-implantatório, a gestação por substituição, a reprodução póstuma, o descarte de embrião humano, permitiu a hipertrofia do Conselho Federal de Medicina (CFM) na regulamentação da temática. A Lei Civil apenas disciplinou acerca da reprodução humana assistida de forma superficial no art. 1.597, incisos III, IV e V, que trata da presunção de filiação decorrente da aplicação dessas técnicas, sem adentrar expressamente na forma como deve ocorrer o processo autorizatório.^[2] E, no que diz respeito à forma como ocorrem os registros de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos de técnica de reprodução, aplica-se o disposto no Provimento nº 63/2017 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), entre os arts. 16 a 19, que especifica a documentação necessária para o ato.

Desde 1992, convive-se com normas deontológicas editadas pelo Conselho Federal de Medicina e que, embora sem força de lei em sentido estrito, participam da tópica interpretativa e são utilizadas em diversas decisões judiciais à mingua de lei específica sobre o tema. Após a Resolução nº 1.358/1992 do CFM, que foi a pioneira e que permaneceu em vigência por quase duas décadas, desde 2010 assiste-se a edição de sucessivas resoluções sobre o assunto, o que demonstra a urgência e a velocidade com que tais técnicas necessitam de constante atualização diante da evolução não somente dos procedimentos em si, mas igualmente com aumento do interesse da própria sociedade e

da ampliação dos arranjos familiares e da fundamentalidade do direito à parentalidade. A edição de mais uma resolução – a quinta em 11 anos – descortina a precariedade de somente normas deontológicas regularem tal assunto, bem como revela a necessidade de discutir, uma vez mais, os limites da atuação do CFM e a constitucionalidade das normas de natureza ética como indispensável imperativo dos direitos fundamentais em jogo. Se, por um lado, é louvável o esforço do Conselho profissional de constantemente atualizar suas prescrições sobre o tema, visando balizar as atuações dos médicos de forma segura e dentro de parâmetros eticamente aceitáveis, em outro giro, ressentem-se de um debate amplo deliberativo sobre a disciplina da matéria em seus mais diferentes efeitos, o que afastaria o atual déficit democrático e resguardaria os múltiplos interesses existentes.

A atividade reprodutiva, a despeito da sua contribuição para efetivar o planejamento familiar diante dos problemas advindos por razões de saúde, como a infertilidade, ou outras, como pelo planejamento parental tardio, ou em decorrência de determinadas formas de constituição de entidades familiares que impedem a procriação natural (casais homoafetivos, transgêneros, famílias monoparentais), interfere de forma exponencial na vida humana, desde sua inicial potencialidade com a manipulação dos gametas, formação do embrião, a possibilidade de diagnósticos que viabilizam ajustes genéticos, seleção de sexo e características fenotípicas, até sua implantação no útero materno ou materno substitutivo – gestação por substituição – ou, quiçá um dia em útero artificial, e que poderá resultar no nascimento de uma criança. Todas essas situações não fogem à incidência da norma jurídica que evidencia a aplicação de toda a regulação referente aos direitos envolvidos, e a identificação dos bens jurídicos merecedores de tutela, com reflexo também no campo dos direitos da personalidade, da filiação e do direito sucessório.

É louvável e necessário que o CFM, autarquia federal a quem a Constituição Federal (art. 5º, XIII) e a legislação infraconstitucional (Lei nº 3.268/1957, regulada pelo Decreto nº 44.045/1958 e Lei nº 12.842/2013) atribuem o poder regulamentar, estabeleça normas para orientar a atividade médica e os profissionais a ele vinculados na seara reprodutiva, com diretrizes e preceitos de cunho deontológico, cuja inobservância acarretará em sanção ético-disciplinar, observado o devido processo legal (Decreto nº 44.045/1958 e Resolução nº 2145/2016 do CFM). No entanto, apesar da força normativa das resoluções do CFM, com ampla aplicação até mesmo pelos Tribunais inferiores e Superiores, essas não excluem a aplicação das normas jurídicas com toda sua coercibilidade impositiva, e que pode, inclusive, afastar a resolução em razão de sua inconstitucionalidade. Tal tarefa de compatibilização das prescrições deontológicas à luz da legalidade constitucional já vem sendo realizada pelos tribunais, haja vista as decisões que afastaram a aplicação da norma contida nas resoluções anteriores para permitir o exercício do planejamento familiar tardio com a participação de mulheres em técnicas de reprodução assistida acima dos cinquenta anos[3]. As resoluções do CFM não escapam da filtragem constitucional e não estão à margem dos valores democraticamente eleitos pelo constituinte, sobretudo em razão do déficit democrático já acima apontado.

O vácuo normativo no Brasil pela falta de lei específica sobre a reprodução humana não pode implicar na aplicação exclusiva das resoluções do CFM pelos operadores do direito. Ao revés, estas apenas servem como mais um elemento no processo hermenêutico construtivo das novas situações jurídicas de cunho existencial que se desenvolvem no âmbito da reprodução e que pode se definir como fatos biojurídicos. O ponto nodal é verificar em toda a normativa deontológica acerca da reprodução assistida até que ponto ela viola os direitos humanos fundamentais, em especial a liberdade reprodutiva, bem como protege a vida humana em todas as suas fases até mesmo para resguardar as gerações futuras.

A Resolução nº 2.294/2021 trouxe como principais mudanças, entre outras pontuais: (i) alteração do limite da idade e número de embriões a serem implantados na mulher e em casos de embriões euploides ao diagnóstico genético (item I.7); (ii) retirada da expressão “em que não exista infertilidade” na gestação compartilhada em uniões homoafetivas femininas (item II.3); (iii) possibilidade de doação de gametas para parentes até 4º grau, desde que não incorra em consanguinidade (item IV.2);[4] (iv) aumento da idade limite para mulher doar gameta (37 anos) e diminuição para o homem (45 anos) (item IV.3); (v) responsabilidade pela seleção dos doadores passa a ser exclusiva dos usuários quando da utilização de bancos de gametas ou embriões (item IV.10); (vi) na eventualidade de embriões formados de doadores distintos, a transferência embrionária deverá ser realizada com embriões de uma única origem para a segurança da prole e rastreabilidade (item IV.11); (vii) o número de embriões gerados em laboratório não poderá exceder o número de 8 (oito) (item V.2); (viii) supressão da obrigatoriedade de prever a destinação de embriões em caso de doenças graves (item V.3); (ix) o descarte de embriões após três anos ou mais dependerá de autorização judicial

(itens V. 4 e 5); (x) no caso de diagnóstico genético embrionário, no laudo da avaliação genética, só é permitido informar se o embrião é masculino ou feminino em casos de doenças ligadas ao sexo ou de aneuploidias de cromossomos sexuais (item VII.1)[5]; (xi) no caso de gestação de substituição a cedente temporária do útero deve ter ao menos um filho vivo (item VII.1); e, (xii) a vedação da intermediação da clínica de reprodução na escolha da cedente na gestação de substituição (item VII.2).

As referidas alterações, no que diz respeito à análise do ponto de vista jurídico, fruto de uma interpretação à luz dos princípios e valores constitucionais suscitam questões nebulosas e que geram intrincadas e polêmicas situações. Entre elas, a necessidade de autorização judicial para o descarte de embriões humanos crioconservados.[6]

A rigor, nos termos do art. 5º da Lei de Biossegurança e do próprio teor da decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510, de relatoria do então Ministro Carlos Ayres Brito, o mero descarte não seria possível à luz do nosso ordenamento, sendo apenas cabível como destinação aos embriões supranumerários a doação a outros casais ou pessoas solteiras e o uso para fins de pesquisa e terapia com células-tronco embrionárias. A Resolução anterior já tinha surpreendido ao prever a possibilidade de descarte do que se denominou “embriões abandonados” após três anos. De fato, a questão não é de fácil solução. Por um lado, impor o ônus às clínicas e hospitais de manutenção *ad infinitum* desses embriões crioconservados é demasiado e oneroso; por outro, o descarte de embriões envolve dilemas éticos sobre a sua própria natureza, além do direito dos titulares do material genético reivindicarem no futuro o embrião crioconservado, o que ganharia tons dramáticos se fosse a única possibilidade de concretizar o projeto parental com material genético biologicamente vinculado. O CFM percebeu que tal regra poderia gerar infundáveis discussões judiciais com a responsabilização da clínica ou hospital que descartou, ainda que previsto na Resolução ou no contrato entabulado entre as partes e termo de consentimento livre e informado. A solução encontrada, no entanto, ainda não é a ideal.

Essa previsão, no entanto, acarretará uma verdadeira corrida ao Judiciário e uma grande intervenção na liberdade de disposição corporal da pessoa, a despeito de questões processuais envolvidas quanto à medida cabível, o juízo competente, a necessidade de atuação do Ministério Público, a legitimidade ativa e passiva em razão das partes envolvidas, da possibilidade ou não de condenação das clínicas de reprodução e bancos de criopreservação nos ônus da sucumbência já que apenas observam as resoluções do Conselho sob pena de infração, bem como quais seriam os parâmetros legais para a análise do juiz. A obrigatoriedade de autorização judicial descortina vários dilemas, e muitos são os problemas levantados por tal norma, não sendo a judicialização o melhor caminho. Talvez uma comissão ética independente formada por profissionais de diferentes áreas e com competência para fiscalizar o descarte fosse melhor do que o recurso ao Poder Judiciário.

Tais questões já são visualizadas na realidade fática. Em recente decisão de primeiro grau da Comarca de Mata Grande, Vara do Juízo único, do Tribunal de Justiça de Alagoas[7], proferida após a vigência da Resolução nº 2.294/2021 do CFM, que processou e julgou ação de obrigação de fazer ajuizada por ex-cônjuges com pedido de alvará para descarte de embriões criopreservados há mais de três anos após fim da união conjugal. A decisão analisou primeiramente o interesse processual, ancorado no trinômio necessidade-utilidade-adequação, entendendo não haver pretensão resistida por parte da ré, o que de fato não ocorreu, pois a necessidade de autorização judicial para destruição do embrião decorre da resolução do CFM, pelo que a medida cabível é o alvará. No caso, entendeu-se que a clínica de fertilização não pode ser condenada nos ônus da sucumbência. Quanto ao mérito, a decisão ressalta que a Resolução nº 2.294/2021 viola o princípio da legalidade insculpido no art. 5º, inciso II, da Constituição Federal[8], não podendo o ato administrativo sobrepujar o regramento legal, pelo que considera a cláusula contratual com essa previsão abusiva por eternizar o vínculo obrigacional com pagamento de mensalidades contra a vontade do contratante (art. 51, da Lei n. 8.078/90). Nessa linha, por mais uma vez, o CFM ultrapassa os limites do seu poder regulatório.

Logo, os intérpretes do direito têm uma importante tarefa de frear a autorregulação dos conselhos profissionais no que ultrapassa sua competência, já que cabe ao legislador regular (art. 22, I da CF), e enquanto isso não ocorre de forma específica e direta, aplica-se de forma sistemática dentro da unicidade e completude do ordenamento jurídico, os princípios constitucionais, e as fontes normativas vigentes, como o Código Civil, a Lei de Biossegurança, entre outras, que disciplinam pontualmente a matéria. Os profissionais da saúde e as clínicas de reprodução deverão observar as normas éticas, adaptar seus instrumentos, como o termo de consentimento livre e esclarecido, e esclarecer os pacientes acerca dos novos limites e restrições, o que não afasta solicitar esclarecimentos aos conselhos em caso de dúvidas.

[1] Cf. DANTAS, Eduardo. Se não puder ajudar, atrapalhe: o importante é participar. A reprodução humana assistida e a “contribuição legislativa” do congresso nacional. Disponível em: <https://www.contraditor.com/reproducao-humana-assistida/>. Acesso em 07 set. 2021.

[2] “[...] contemplou a nova Lei Civil (Lei 10.406, de 10.01.2002) três hipóteses de procriação artificial, incluindo na presunção de paternidade resultante do casamento os filhos: a) havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; b) havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; e c) havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha havido prévia autorização do marido (art. 1.597, III, IV e V)”. BARBOZA, Heloisa Helena. Direito à procriação e às técnicas de reprodução assistida. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 153.

[3] “A flexibilização da rigidez objetiva e genérica da Resolução CFM 2.103/2013 tem por escopo possibilitar ao casal agravado a realização de acompanhamento médico especializado e a submissão a técnica de fertilização *in vitro* mediante ovo-doação, conforme sugestão médica. Tal medida não esvazia a competência fiscalizatória que compete, por força de lei, aos agravantes e ao CFM. Embora se deva afastar, *in casu*, a restrição etária para a reprodução assistida, a fiscalização das conclusões médicas decorrentes da avaliação clínica, da utilização da técnica e dos efeitos daí decorrentes – em relação à gestante e ao feto, se efetivamente concebido – permanecem na seara de atuação dos agravantes”. (TRF 1ª Região, Agravo de Instrumento N. 0055717-41.2014.4.01.0000/MG, Rel. Des. Maria do Carmo, Cardoso, julg. 09 dez. 2014). V., ainda, o verbete do enunciado nº 41 aprovado na I Jornada de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça, realizada em 15 de maio de 2014: “O estabelecimento da idade máxima de 50 anos, para que mulheres possam submeter-se ao tratamento e à gestação por reprodução assistida, afronta o direito constitucional à liberdade de planejamento familiar.”

[4] A [exposição de motivos da Resolução nº 2.294/2021 do CFM](#) atribui a alteração à existência de decisões judiciais no sentido de liberação de doação de gametas para parentes até 4º grau, valendo citar o seguinte julgado: TRF – 3ª Região, Apelação Cível nº 5000378-07.2018.4.03.6114, Rel. Des. Fed. Fábio Prieto, 6ª Turma, julg. 21 fev. 2020. Em sentido contrário: TRF – 5ª Região, Agravo de Instrumento n. 0814298-84.2020.4.05.0000, Rel. Des. Fernando Braga Damasceno, 3ª Turma, julg. 15 abr. 2021.

[5] O fundamento do CFM para essa restrição é evitar sexagem social.

[6] Questão relevante já enfrentada pelo Judiciário foi a implantação de embrião *post mortem*: STJ, REsp nº 1918421/SP, Quarta Turma, Rel. Min. Marcos Buzzi, julg. 08 jun. 2021.

[7] TJAL. Processo n.º 0700463-66.2021.8.02.0022, Juiz Thiago Augusto Lopes de Moraes, Comarca de Mata Grande, Vara Do Único Ofício, julg. 18 ago. 2021.

[8] Nesse mesmo sentido: TJSP; Apelação Cível 1002142-66.2017.8.26.0453, Rel. Des. Mauro Conti Machado, 16ª Câmara de Direito Privado, julg. 02 mai. 2021.

Autor



Paula Moura Francesconi Lemos Pereira e Vitor Almeida

Paula Moura Francesconi Lemos Pereira é Doutora e mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professora do Instituto de Direito da PUC-Rio.

Vitor Almeida é Doutor e mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor do Instituto de Direito da PUC-Rio.

