

IASP
INSTITUTO DOS ADVOGADOS DE SÃO PAULO

**COMISSÃO DE ESTUDOS DE DIREITO DE FAMÍLIA E DAS
SUCESSÕES**

PARECER

Provimento n° 52/2016, da Corregedoria do Conselho Nacional de Justiça que dispõe sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida.

I – Introdução

Por deliberação da Comissão de Estudos de Direito de Família e das Sucessões do Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP -, no dia 22 de junho do corrente, foi atribuída à subscritora a elaboração de Parecer Crítico ao Provimento n° 52/2016 da Corregedoria do CNJ. Este cuida de estabelecer normas para o registro civil de filhos nascidos por meio das técnicas de reprodução assistida, tendo por objetivo facilitá-las e unificá-las em todo território nacional.

O registro de nascimento de pessoas nascidas com o auxílio da biotecnologia, antes da entrada em vigor do Provimento no dia 15 de março de 2016, encontrava-se na dependência de autorização judicial, nos casos em que os interessados tivessem se valido de material genético doado por terceiros, material este obtido em clínicas de fertilização humana. Por não se tratar de filho biológico dos “pais” ou de um deles, para incluí-los no assento de nascimento da criança, imperiosa se fazia a mencionada autorização judicial. O Oficial do Cartório de Registro Civil, por certo, não poderia lavrar termo de nascimento, inserindo o nome dos interessados, sendo o genitor um doador, excetuando-se a hipótese em que tivesse uma autorização judicial para proceder desse modo. (Importante mencionar que o Código Civil vigente, no inciso V do art. 1.597, estabelece presumir-se a paternidade do marido, em relação ao filho havido por sua mulher, desde que ele tenha concordado com a utilização de

sêmen de terceiro, por ser estéril. Isto, enfim, para não mencionar os casos em que o casal – hetero ou homoafetivo -, se vale de *embrião* doado pela clínica - e não só de óvulo ou sêmen doados -, embrião este que seria gerado pela contratante).

Ressalve-se que entre as técnicas de reprodução assistida tem-se, ainda, a da chamada maternidade de substituição, mais conhecida pela expressão “barriga de aluguel”, termo equivocado, porquanto o Conselho Federal de Medicina, por meio da Resolução nº 2.121/2015, não prevê remuneração para a cessão de útero. Nestes casos, até a entrada em vigor do Provimento nº 52/2016, da Declaração de Nascido Vivo – DNV – constava o nome da parturiente e não o da contratante. Isto obrigava os interessados em ter um filho, mais uma vez, a recorrerem ao Judiciário, para provar-se que o material genético era deles, ou que foi usado óvulo ou sêmen de terceiro. Em todos os casos o projeto parental era deles.

Em algumas situações, vale a pena fazer referência, esses interessados já começavam a ir ao Judiciário antes mesmo do nascimento do filho, provando por meio da documentação clínica o uso de alguma das técnicas de reprodução humana, a fim de evitarem transtornos no momento da lavratura do Registro de Nascimento. O procedimento nem sempre era fácil e rápido.

Acresça-se, agora, que o Provimento que ora se examina não cuida só da facilitação do Registro de Nascimento. Suas normas acabaram por ingressar na seara do legislador, figura que até hoje se mantém inerte nesta questão, apesar das inúmeras tentativas para regulamentar a matéria. O fato é que o Provimento pôs fim ao anonimato do doador de forma abrupta, atingindo situações passadas e futuras. A despeito do objetivo nobre do Provimento, que é o de garantir ao filho assim nascido, a possibilidade de ter acesso à sua origem biológica, suas normas proíbem o estabelecimento de laços de parentesco entre doador e a criança assim nascida. Restam impedidos, portanto, por meio do Provimento, o exercício dos direitos aos alimentos bem como à sucessão, só para citar dois exemplos. Constatase, desse modo, que o pretendido foi mera e simplesmente garantir àquele nascido por alguma das técnicas de reprodução humana, envolvendo doação de material genético, o direito a conhecer sua origem biológica, propiciando a concretização do livre desenvolvimento de sua personalidade. Com isto garante-se proteção integral ao princípio da dignidade humana.

Cabe ainda mencionar que o Provimento “sub examen” prevê a necessidade da comprovação por escrito não só da autorização do doador em relação ao uso de seu material genético, como exige documento do qual conste a autorização do cônjuge/companheiro do doador.

Ao ter determinado o fim do anonimato do doador, no entanto, o Provimento feriu gravemente a já mencionada Resolução nº 2.121/2015, do Conselho Federal de Medicina. Este órgão de Classe publicou em 1992 sua primeira Resolução sobre o tema, suprimindo lacuna legal. Com ela, portanto, entraram em vigor as primeiras normas de cunho deontológico para o emprego das técnicas de reprodução humana, que “ab initio” previram o anonimato do doador. Além disso, sempre foi defeso ao médico revelar a identidade do doador, sob pena de sofrer sanções relativas ao exercício de sua profissão. Enfim, as várias Resoluções do Conselho Federal de Medicina sobre o tema, sempre autorizaram a revelação restrita, e somente para outro médico, da identidade do doador em casos excepcionalíssimos. Assim é que no nº 4, no item IV, que cuida da doação de gametas ou embriões, pode-se ler: “Será mantido, obrigatoriamente, o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e embriões, bem como dos receptores. Em situações especiais, informações sobre os doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do(a) doador(a).”¹ Já no item 2 do mesmo número IV, a Resolução afirma que os “doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa”.²

Esta a situação em território nacional, antes da entrada em vigor do Provimento da Corregedoria do CNJ.³

II - O Provimento nº 52/2016 do CNJ e os problemas com o fim do anonimato

O Provimento, em seu art. 2º, II⁴, estabelece que a doação de gametas não mais será feita pela forma do anonimato, devendo inclusive o cônjuge/companheiro anuir com a doação

¹ Disponível em: http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121_2015.pdf. Acesso em: 29 Ago 2016.

² Disponível em: http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121_2015.pdf. Acesso em: 29 Ago 2016.

³ Interessante neste aspecto o artigo de Jones Figueirêdo Alves sobre a questão do registro civil antes do Provimento ora em análise. Reprodução assistida e desjudicialização, in: *Revista Nacional de Direito das Famílias e Sucessões*. Porto Alegre: Magister, 2016, v. 9, p. 81-85.

⁴ **Art. 2º** É indispensável, para fins de registro e da emissão da certidão de nascimento, a apresentação dos seguintes documentos: (...);II – declaração, com firma reconhecida, do diretor técnico da clínica, centro ou

deste material genético. Entende-se, aliás, perfeitamente tal exigência, pois é direito do cônjuge/companheiro saber da existência de prole de seu parceiro. Apesar disso, a doação de material do corpo humano deveria ser decisão autônoma da pessoa envolvida, que deveria saber se com tal atitude atingiria ou não seu cônjuge/companheiro.

O cerne da problemática do Provimento não está contudo no que ele passa a prever para o futuro, mas sim no fato que seus efeitos estão abarcando situações passadas, além de ter atingido, como já feito referência, as normas deontológicas constantes da Resolução nº 2.121/2015 do CFM⁵, que preveem o anonimato do doador, sem exigência, inclusive da anuência do cônjuge ou do companheiro deste. Ora, nem mesmo a lei pode atingir situações passadas, a não ser no campo do direito penal, se for para favorecer o réu. Como aceitar que médicos estejam sendo chamados a declinar, em Juízo, a identidade do doador, se eles estão sujeitos às normas de seu órgão de Classe? O Conselho Nacional de Justiça, com base no art. 103-B da Constituição da República⁶, não tem competência para legislar sobre essa matéria⁷, ainda que o objetivo tenha sido nobre.

Além disso, *não é da competência* do CNJ determinar – ou teria sido *legislar* o que ele fez? - que não serão estabelecidos laços de parentesco entre o doador e a pessoa nascida com o emprego de seu material genético, impedindo-se que ambos possam ser titulares de um direito recíproco aos alimentos, no caso já da maioridade do filho, bem como de exercerem seu direito de herança, direito este considerado como fundamental pela Constituição da República (art. 5º, XXX).

A exclusão do anonimato do doador vem de encontro não só das normas do Conselho Federal de Medicina, mas também dos Projetos de Lei nº 4.892/2012 e nº 115/2015⁸, naquele

serviço de reprodução humana em que foi realizada a reprodução assistida, indicando a técnica adotada, o nome do doador ou da doadora, com registro de seus dados clínicos de caráter geral e características fenotípicas, assim como o nome dos seus beneficiários; (...).Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/6bd953c10912313a24633f1a1e6535e1.pdf>. Acesso em: 31 Ago 2016.

⁵ Disponível em: http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121_2015.pdf. Acesso em 31 Ago 2016.

⁶ Não consta de nenhum dos incisos do §4º do art. 103-B da Const., que disciplina sobre a competência do CNJ, que ele possa legislar sobre matéria afeita ao Direito Civil.

⁷ O art. 22, I da Constituição dispõe ser de competência da União legislar, entre outros, sobre o direito civil.

⁸ GOZZO, Débora. O registro de nascimento na reprodução artificial humana: Provimento nº 52/2015 do CNJ, in: *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre: Magister, 2016, vol. 72, p. 54.

apensado, mais conhecido por “Estatuto da Reprodução Humana”, que foi elaborado pela Comissão de Biotecnologia da OAB/SP, e que se aprovado *manterá o anonimato do doador*.

Mister ainda chamar a atenção para os casos em que a técnica da reprodução humana assistida foi realizada com material doado, antes da entrada do Provimento no dia 15 de março de 2016, ocorrendo o nascimento da criança depois desta data. A revelação da identidade do doador não deveria ser obrigatória, uma vez que ele estava sujeito única e exclusivamente às normas deontológicas da Resolução nº 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina, que prevê o anonimato. O que se está vendo é que os diretores das clínicas estão sendo chamados a abrir mão do sigilo a que estão sujeitos pelas normas de seu órgão de Classe, por um Provimento do CNJ, que não tem força de lei. Mudar as regras no meio do jogo é inadmissível.

A Inglaterra alterou sua legislação há alguns anos, para pôr fim ao anonimato do doador. Fez isto por meio de lei. No entanto, para evitar conflitos e abarcar todos os casos, a norma permitiu ao doador que, nos casos em que a reprodução já tivesse sido feita, ele pudesse optar pela revelação – ou não – de sua identidade. Esta teria sido uma boa alternativa também para o Brasil. E isto terá de ser levado em conta, no momento em que o legislador brasileiro vier, finalmente, a se dedicar a tema tão premente na sociedade.

Além do mais, parece ser descabido pedir a autorização do cônjuge/companheiro do doador anônimo nestas hipóteses, pois isto feriria o direito de personalidade deste, de dispor de seu próprio corpo, inclusive de seu material genético, conforme permitido pelo ordenamento. Afinal, não se trata de nada que poderá prejudicar sua integridade física.

III – Conclusões

Muito embora seja medida mais do que salutar a revelação da identidade do doador, a fim de que a pessoa tenha direito ao livre desenvolvimento de sua personalidade, garantindo-se, pois, integralmente a intangibilidade de sua dignidade, esta questão não pode ser objeto de um Provimento do Conselho Nacional de Justiça. Ele não tem competência para legislar sobre o assunto, como mencionado no item II, supra.

Conclui-se, pois, que urgente se faz a tomada de medidas para que a sociedade participe desse debate que tem a ver com o futuro da espécie humana, com o direito à reprodução sexual, com o planejamento familiar e com a constituição da própria família, por meio de seus representantes. O legislador, há tempos, precisa agir! Falta lei para disciplinar a matéria, mas Provimentos do CNJ não podem ter o condão de supri-la, estabelecendo o que é matéria de direito civil, como por exemplo as relações de parentesco entre pais e filhos. Da forma como está, nada impedirá o interessado a ingressar em juízo com ação de investigação de paternidade contra o pai/mãe biológico, cumulada com anulação de registro onde conste o erro ou a falsidade (CC, art. 1.604). O fim do anonimato será bem-vindo, por possibilitar ao filho o conhecimento de sua origem genética, mas isto não poderá acarretar ônus ao doador, que auxiliou, num ato de altruísmo, os interessados a ter o filho desejado. Note-se que o próprio ECA (Lei nº 8.069/90, art. 48), prevê a possibilidade de o adotado vir a tomar conhecimento de sua origem. Enfim, este aspecto precisa ser objeto de regulamentação legal, a fim de que os limites necessários para a manutenção da doação de sêmen, de óvulos e de embriões possa continuar sendo uma realidade.

Este o Parecer, s.m.j.

Professora Doutora Débora Gozzo, LLM(Münster/Alemanha); LLM (São Paulo)

Membro Efetivo do IASP e da Comissão de Estudos de Direito de Família e Sucessões.