

RESPONSABILIDADE CIVIL PELA DESISTÊNCIA DO PROJETO PARENTAL APÓS A CRIOPRESERVAÇÃO DE EMBRIÕES: APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

CIVIL LIABILITY FOR GIVING UP THE PARENTAL PROJECT AFTER EMBRYO CRYOPRESERVATION: APPLYING THE THEORY OF LOSING A CHANCE

Maria Helena Marques Braceiro Daneluzziⁱ
Maria Carolina Nogueira Nomura Santiagoⁱⁱ

RESUMO: O presente artigo busca analisar a responsabilidade civil pela desistência do projeto parental oriundo de reprodução humana assistida homóloga, após a criopreservação de embriões, especialmente se um dos cônjuges/companheiro não tem mais a possibilidade de ter filhos biológicos. Trata ainda da aplicabilidade da teoria da perda de uma chance e da necessidade de as clínicas de reprodução assistida trabalharem melhor a questão do consentimento informado de seus pacientes, em casos de desistência do projeto parental. Foi utilizado o método dedutivo e pesquisa bibliográfica e jurisprudencial para a confecção do texto.

Palavras-chave: Projeto parental. Reprodução homóloga e heteróloga. Consentimento informado.

ABSTRACT: The article analyses the civil liability for the abandonment of the parental project arising from homologous assisted human reproduction, after embryo cryopreservation, especially if one of the partners no longer has the possibility of having biological children. It also deals with the applicability of the loss of a chance theory and the need for assisted reproduction clinics to work better on the issue of the informed consent of their patients, in cases of abandonment of the parental project. The deductive method and bibliographic and jurisprudential research were used to prepare the text.

Keywords: Parental project. Homologous and heterologous reproduction. Informed consent

SUMÁRIO: Introdução. 1. Projeto parental: reprodução homóloga e heteróloga. 2. Do consentimento informado. 3. Desistência do projeto parental e suas consequências jurídicas. 4. Aplicação da teoria da perda de uma chance pela revogação do consentimento. 5. Considerações finais. Referências.

ⁱ Doutora e Mestre em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP. Procuradora do Estado de São Paulo aposentada. Professora de Direito Civil nos Cursos de Graduação e Pós-Graduação na Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP. Coordenadora Acadêmica do Curso de Especialização em Direito de Família e Sucessões do COGEAE/PUCSP, São Paulo. Membro efetiva do Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP) e do Instituto Brasileiro de Responsabilidade Civil (IBERC). <https://orcid.org/0000-0003-4657-6577>.

ⁱⁱ Mestre em Direito Civil Comparado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP e em Direito Internacional pelo Instituto Ortega y Gasset, adscrito a Universidad Complutense de Madrid. Advogada e jornalista. Membro da Comissão de Estudos de Direito de Família do Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP), da Academia Iberoamericana de Derecho de Familia y de las Personas, da Associação de Direito de Família e das Sucessões (ADFAS) e do Instituto Brasileiro de Responsabilidade Civil (IBERC). <https://orcid.org/0000-0002-1698-3596>.

INTRODUÇÃO

A busca pelo tratamento de fertilização *in vitro* tem se popularizado nas últimas décadas. Não só pelo avanço da tecnologia da reprodução assistida, mas pela facilidade de acesso às clínicas de reprodução por casais homo ou heretoafetivos e mulheres solteiras. Em qualquer caso, a busca pela reprodução humana assistida está ancorada no direito fundamental ao planejamento familiar (art. 226, § 7º, Constituição Federal, replicado no artigo 1.565, § 2º do Código Civil).

Quando se trata de uma pessoa solteira, a concretização deste projeto parental depende unicamente dela própria. Se foi à clínica, é porque encontrou doador de material genético para a formação do embrião que, ao ser implantado e nascer com vida, será seu filho(a). Ao doador de material genético, que não tem qualquer direito/dever sobre a criança que advier desse procedimento, não é dada a oportunidade de consentir sobre a implantação deste embrião ou sobre seu destino, no caso de embriões excedentários. Seu consentimento para a implantação já foi dado no próprio ato de doação de seu material genético.

Entretanto, quando se trata de casais, a consecução do projeto parental depende da vontade de ambos. Isso porque existe a possibilidade de desistência do planejamento comum e sua consequente revogação de consentimento até o momento anterior à implantação do embrião no útero (seja da mãe biológica, seja de mãe substituta - quando aquela que gesta não é a mãe biológica). Se ambos estão de acordo sobre o fim do projeto parental, não há qualquer problema. A dificuldade surge quando apenas um dos cônjuges/companheiro abandona o plano familiar de reprodução humana assistida homóloga, eliminando do outro a sua possibilidade de ser pai/mãe. E é sobre esse tema que trata o presente artigo.

Será analisada a responsabilidade civil daquele que desistiu do projeto parental ante à impossibilidade do outro de não realizá-lo mais biologicamente, ou seja, se esta era sua última chance de ter filhos biológicos. Como não há legislação que regule a questão, o método utilizado será o dedutivo e com base em jurisprudência.

1. PROJETO PARENTAL: REPRODUÇÃO HOMÓLOGA E HETERÓLOGA

Em algum momento, o propósito da vida esbarra na questão de “ser ou não ser” pai/mãe. Antigamente, tratava-se de uma imposição social¹, religiosa² ou econômica, sendo os filhos

¹ “A sociedade - esta grande fixadora de papéis humanos - continua estabelecendo não só padrões de comportamentos, como posturas a serem vividas numa relação matrimonial. (...) As necessidades de natureza econômica e a consequente atividade profissional não anularam, porém a necessidade da filiação, mas, ao contrário, criaram um novo problema para a mulher: 'ou elas adiam a reprodução para satisfazer outras necessidades, principalmente materiais, ou elas se revoltam contra a tradição para apoiar uma diferente imagem de si mesmas, como iguais aos homens, o que mudará sua experiência de vida, assim como a de seus companheiros. Assim, suas necessidades básicas permanecem insatisfeitas e são frequentemente substituídos por manobras práticas e decisões racionais em completa contradição com seus desejos profundos”. LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações Artificiais e o Direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 22-23, citando CABAU, Anne e SENARCLENS, Myriam. Aspectos psicológicos da infertilidade. In: Inslar e Lunenfeld, p. 691.

² Os dizeres “Crescei e multiplicai” sempre foi a maneira encontrada de perpetuar a espécie humana. Durante muito tempo, ter muitos filhos era sinônimo de ter à disposição mais força de trabalho e, em casos de famílias

considerados uma força de trabalho. Hoje, a escolha da maternidade/paternidade está intrinsecamente ligada à autonomia da vontade e à própria dignidade humana. Tanto que o planejamento familiar é considerado um direito fundamental (artigo 226, § 7º, Constituição Federal e artigo 1.565, § 2º do Código Civil³), ao qual insere-se o direito à reprodução (assistida ou natural).

A reprodução humana assistida pode ser homóloga, quando o material genético utilizado é o do casal que busca esse tratamento; ou heteróloga, quando o material genético é diverso, podendo ser tanto o óvulo quanto o espermatozóide de terceiro.

Para a concretização da reprodução heteróloga é imperioso haver o consentimento do cônjuge/companheiro que não terá seu material genético no embrião a ser formado. Uma vez implantado esse embrião⁴, nascendo com vida, é considerado filho daqueles que o planejaram, nos termos do artigo 1.597 do Código Civil de 2002. A presunção de paternidade só poderá ser excepcionalmente desconstituída por iniciativa do marido (artigos 1.600 e 1.602 do Código Civil) até o momento da inseminação. Esta ocorrida, não poderá desconhecer a paternidade do filho⁵. Isso não significa que a mulher também não possa desistir do projeto parental. Nesse caso, como a implantação do embrião deveria ocorrer em seu útero, sua negativa é, além de um ato verbal ou escrito, um ato físico.

Caso haja desistência do projeto parental por aquele que não é o dono do material genético, aplicar-se-ia, a nosso ver, a mesma regra da monoparentalidade. Por exemplo, se o embrião é formado a partir do óvulo da mulher e esperma de doador, caso o (ex)marido desista do projeto parental e a mulher queira ainda assim implantar o embrião, poderá fazê-lo, desde que não impute a paternidade ao (ex)marido desistente, que deve ter expressamente revogado seu consentimento para a implantação deste embrião, eximindo-se, assim, da paternidade da criança gerada. No caso inverso, se é a (ex)mulher quem desiste da maternidade, sendo o embrião formado com óvulo de doadora e esperma do marido, o homem poderá implantá-lo em útero de substituição e levar a cabo seu projeto de parentalidade - o que é mais raro de ocorrer, mas não impossível.

abastadas, ter quem continuasse a expandir os negócios e, principalmente, que a herança se mantivesse com pessoas da mesma linhagem.

³ Há ainda a Lei 9.263/96 que reconhece o planejamento familiar como direito de todo cidadão, determinando que se garantam, em termos de regulação da fecundidade, direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole.

⁴ O embrião implantado, ou *in utero*, é chamado de nascituro. “Enquanto o embrião existe dentro do corpo da mãe, invoca-se a ideia de incolumidade e privacidade corporal. Enquanto fora do ventre, nada disso sucede, porque a integridade física da mulher permanece intacta até o momento da transferência embrionária”. RAPOSO, Vera Lúcia. *O direito à imortalidade: o exercício de direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto jurídico do embrião in vitro*. (Teses de doutoramento) Lisboa, Almedina, 2014, p. 424.

⁵ “Esta solução parece ser mais razoável e justa ante o princípio Diez-Picazo, que se baseia no princípio geral do direito fundado na boa-fé e da lealdade do comportamento. Se se impugnar fecundação heteróloga consentida, estar-se-á agindo deslealmente, uma vez que houve deliberação comum dos consortes, decidindo que o filho deveria nascer. Tal comportamento, apesar de eticamente repugnante, não é juridicamente ilícito, porque nenhum ato voluntário poderá sê-lo se não for expressamente proibido por lei; deverá prevalecer como princípios e segurança das relações jurídicas, incorporando compromisso vinculante entre cônjuges de assumir paternidade e maternidade, mesmo com componente genético estranho, dando-se prevalência ao elemento institucional e não ao biológico.” DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 693.

Em todos os casos, na reprodução heteróloga, o anonimato dos doadores de material genético é um ponto fundamental. De um lado, há o direito da preservação da identidade do doador e, de outro, o direito à identidade genética, princípio fundamental que se enquadra nos preceitos da dignidade humana, não só para que se conheça a origem biológica, mas também para que se evitem relações incestuosas. No Brasil, o Conselho Federal de Medicina prega pela manutenção do anonimato do doador (Resolução 2.168 de 2017), mas o Provimento n. 52 da Corregedoria do Conselho Nacional de Justiça, em 2016, determinou que a identidade dos doadores de material genético fosse aberta, atingindo situações passadas e futuras⁶.

Nos projetos de monoparentalidade, a reprodução será, necessariamente, heteróloga⁷. Aqui, não há que se falar em revogação de consentimento informado de marido/companheiro, posto que a vontade é unilateral, dependendo unicamente daquela que pretende ser mãe. Caso ela desista da maternidade antes da implantação do embrião formado com seu óvulo, não há que responder por esta atitude perante ninguém. Caso o homem queira levar a cabo seu projeto de parentalidade biológica dependerá, necessariamente, de uma maternidade de substituição.

Os problemas surgem quando, na reprodução homóloga - em que ambos são os donos do material genético que deu origem ao embrião - um dos cônjuges/companheiros desiste do plano familiar⁸. A desistência de um implica, necessariamente, na impossibilidade da realização do projeto do outro. E a extensão do dano causado àquele que perdeu a possibilidade da materialização de seu sonho deve ser analisada caso a caso. De maneira superficial, é possível verificar que o dano causado pela revogação do consentimento da implantação de um embrião pelo homem à uma mulher ainda fértil e com óvulos é bastante diverso do dano causado à mulher que tem, nesses embriões, sua última chance de ter filhos biológicos.

Caso emblemático que tomou manchetes de jornais do mundo inteiro foi a desistência do projeto parental pela atriz Sofia Vergara, quando noiva do empresário Nick Loeb, em 2015. O casal havia congelado embriões um ano antes, mas a atriz, ao romper o relacionamento, não quis

⁶ 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. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/parecer-iasp-reproducao-assistida.pdf>. Acesso em 10.jun.2020. Em abril de 2018, o Tribunal Constitucional de Portugal, o equivalente ao Supremo Tribunal Federal Brasileiro, colocou fim ao sigilo dos doares e da identidade das mulheres em gestação de substituição. Disponível em: <https://www.publico.pt/2018/04/26/sociedade/noticia/filhos-nascidos-da-procriacao-assistida-podem-saber-quem-sao-os-dadores-1811678>. Acesso em: 10 jun.2020.

⁷ Nesta senda, Guilherme Calmon Nogueira Gama bem pontua: "Há, de certo modo, uma assimilação às fontes da filiação adotiva naquilo em que ambas as filiações têm em comum - a origem não sangüínea - em uma das linhas - paterna ou materna - ou em ambas, em que o fator biológico é totalmente irrelevante e, nem por isso, a parentalidade-filiação deixa de ser estabelecida de maneira irrevogável na estrutura do direito brasileiro. Nesse sentido, é válido o recurso de indagação analógica da norma contida no art. 1.626, parágrafo único, do novo Código Civil, em relação à reprodução heteróloga unilateral, porquanto em se recorrendo à técnica reprodutiva consistente na inseminação artificial com a utilização de sêmen de doador, o que juridicamente ocorrerá será a vontade do marido - ou companheiro - de se tornar pai do filho de sua esposa, não lhe retirando o vínculo de maternidade-filiação que fica, portanto, preservado, bem como o parentesco existente com todos os parentes de sua mãe." GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 474.

⁸ NASCIMENTO, Fátima R. M. do; TÉRZIS, Antonios. Adiamento do projeto parental: um estudo psicanalítico com casais que enfrentam a esterilidade. *Psicol. rev.* (Belo Horizonte), Belo Horizonte, v. 16, n. 1, p. 103-124, abr. 2010. Disponível em http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1677-11682010000100008&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 23 jan.2021.

prosseguir com o projeto parental. No texto intitulado “Nossos embriões congelados têm direito à vida”, Loeb dizia sonhar em ser pai havia anos e que não queria que “duas vidas” criadas por eles “sejam destruídas ou permaneçam em um freezer até o fim dos tempos”⁹. A ação havia sido interposta na Califórnia, mas Loeb desistiu em 6 dezembro de 2016. No dia 7 de dezembro daquele mesmo ano, ele interpôs a mesma ação em Louisiana, Estado americano que, em 1986, criou uma lei que dá aos embriões não-nascidos o *status* de pessoa (*juridical person*)¹⁰. Contudo, o caso foi encerrado, porque Loeb não tinha legitimidade para ingressar com uma ação em Louisiana, mas a atriz foi condenada ao pagamento de custas e honorários advocatícios.

Entretanto, a questão que se coloca para o presente trabalho é: e se esta fosse a única possibilidade de Loeb ter um filho biológico? Qual teria sido a resposta da Corte americana, uma vez que nada havia sido pactuado entre as partes em caso de divórcio ou morte de um dos contraentes? Qual seria a responsabilidade civil daquele que desiste do projeto parental, e, com a desistência, impede que o outro também prossiga com seu propósito de vida? Antes de responder a esta questão, é preciso compreender o que é o consentimento informado e sua importância na reprodução humana assistida.

2. DO CONSENTIMENTO INFORMADO

Em termos gerais, o consentimento informado é o direito do paciente-consumidor de ser informado sobre todas as implicações médicas de seu tratamento. É, em resumo, nos termos do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), o direito à informação. Para que o paciente possa dar o consentimento de forma consciente, é necessário que tenha todas as informações necessárias ao procedimento a que será submetido para que possa escolher o que melhor lhe aprouver, exercitando, assim, sua verdadeira autonomia da vontade.

Asseveram Isadora Cé Pagliari e Débora Gozzo que, na hipótese em que as informações recebidas pelo paciente não sejam devidamente processadas e entendidas, ele poderá fundamentar sua decisão em fato incorreto, havendo, assim, anulabilidade da sua manifestação de vontade, compreendendo, portanto, sua autonomia e livre autodeterminação¹¹.

Nesta senda, atestam Maria Helena Marques Braceiro Daneluzzi e Maria Ligia Coelho Mathias que a vontade está no centro dos negócios jurídicos, sendo a concordância das partes para a realização do contrato, vital. “As vontades, além de coincidentes, deverão ser livremente manifestadas, destituídas de vícios, tais como erro, dolo, coação, lesão, estado de perigo,

⁹ O Globo, reportagem “Falta de lei em países cria lacunas sobre disputas por embriões congelados”, publicada em 1º de maio de 2015. Disponível em <http://oglobo.globo.com/sociedade/ciencia/falta-de-lei-em-paises-cria-lacunas-sobre-disputas-por-embrioes-congelados-16031546#ixzz3j5HdTXDa>. Acesso em 22.set.2020.

¹⁰ VERGARA EMBRYO SUIT INVOKES LOUISIANA'S ONE-OF-A-KIND PERSONHOOD LAW. Disponível em: <https://www.iflg.net/vergara-embryos-louisiana-personhood-law/>. Acesso em: 21 out. 2020.

¹¹ PAGLIARI, Isadora Cé; GOZZO, Débora. Responsabilidade Civil dos Médicos e as Clínicas de Reprodução Humana Assistida. In: KFOURI NETO, Miguel; NOGAROLI, Rafaella (Coord.). *Debates contemporâneos em direito médico e da saúde*. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. pp.123-143.

simulação e fraude contra credores.”¹² Destaca-se que as partes, quando firmam um contrato com a clínica de reprodução humana, também vinculam essa autonomia da vontade entre si, pactuando o destino dos embriões.

Frise-se que o contrato das partes com a clínica é um contrato de consumo. Entretanto, o contrato entre as partes, firmado a partir do contrato com a clínica, os enlaça em um contrato existencial, posto que em seu objeto está, necessariamente, um direito extrapatrimonial¹³.

Imperioso destacar que o termo de consentimento livre e esclarecido deve averter a possibilidade de os pacientes que se utilizarem da reprodução assistida poderem mudar sua conduta durante o tratamento, conforme lição de Genival Veloso França, estabelecendo de outro modo o destino a ser dado aos embriões excedentes e ao material genético colhido, e dispor sobre o destino dos embriões em casos de divórcio, separação, morte de um dos cônjuges/companheiros, além de fazer constar a possibilidade de revogação das premissas assumidas a qualquer tempo, sem ônus para os pacientes¹⁴.

O consentimento livre e esclarecido foi disciplinado no Código de Ética Médica por meio da Resolução do Conselho Federal de Medicina n. 1.246, em 1988, no qual vedava expressamente que o médico não poderia efetuar qualquer procedimento médico sem o esclarecimento e o consentimento prévios do paciente ou seu responsável legal, salvo iminente perigo de vida. No mesmo ano de 1988, a Constituição Federal enfatizou a necessidade de se respeitar a autonomia do paciente em atenção ao princípio da dignidade da pessoa humana (art 1º, III, e art. 5º, II, CF). E, em seguida, em 1990, o Código de Defesa do Consumidor concretizou o reconhecimento dos cidadãos sobre o recebimento da informação adequada¹⁵.

Destaca-se que a violação do dever de informar e esclarecer é fundamento de responsabilização civil, que pode ensejar outras consequências, como a invalidade da relação contratual, além da possibilidade de o médico ter de indenizar o paciente pelos preceitos da responsabilidade aquilina, em decorrência da prática de ato ilícito, ao praticar uma intervenção no corpo de uma pessoa sem sua autorização¹⁶.

¹² MATHIAS, Maria Lígia Coelho; DANELUZZI, Maria Helena Marques Braceiro. *Direito civil: contratos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 9.

¹³ Rafael Ferreira Bizelli destaca que nos contratos existenciais “ao menos em uma das partes de um contrato existencial, por conseguinte, o interesse envolvido estará diretamente relacionado com a dignidade e/ou à personalidade do contratante, visto que destinado à sua (sobre) vivência, de modo que são interesses, portanto, ditos extrapatrimoniais.” *Contratos Existenciais: Contextualização, Conceito E Interesses Extrapatrimoniais. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 6, out./dez. 2015.

¹⁴ FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito Médico*. 14a ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro, Forense, 2017, p. 339. *Apud*. PAGLIARI, Isadora Cé; GOZZO, Débora. Responsabilidade Civil dos Médicos e as Clínicas de Reprodução Humana Assistida. *In: KFOURI NETO, Miguel; NOGAROLI, Rafaela (Coord.). Debates contemporâneos em direito médico e da saúde*. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. pp.123-143.

¹⁵ Os autores afirmam que o consentimento informado assume diversas projeções: são elemento essencial na boa-fé objetiva, podendo ser, inclusive, um direito da personalidade, posto que, ao informar, protege sua liberdade e respeito à sua intimidade. GOZZO, Débora. LIGIERA, Wilson Ricardo. O Consentimento Informado como Direito da Personalidade. *In: GOZZO, Débora. LIGIERA, Wilson Ricardo (organizadores). Bioética e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 103.

¹⁶ NOMURA SANTIAGO, Maria Carolina. *Post Mortem: a questão sucessória dos embriões criopreservados*. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP, São Paulo, 2020.

A Resolução 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina explicitou a obrigatoriedade da existência do consentimento livre e esclarecido, em seu item 4, além do artigo 15 do Código de Ética Médica (Resolução 2.217/2018) o que demonstra a importância que este instituto tem não apenas na relação médico-paciente, mas, especialmente, no exercício da autonomia da pessoa, pautada em sua dignidade humana:

O consentimento livre e esclarecido será obrigatório para todos os pacientes submetidos às técnicas de RA. Os aspectos médicos envolvendo a totalidade das circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, bem como os resultados obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico e ético. O documento de consentimento livre e esclarecido será elaborado em formulário especial e estará completo com a concordância, por escrito, obtida a partir de discussão bilateral entre as pessoas envolvidas nas técnicas de reprodução assistida.¹⁷

Maria Helena Diniz afirma que o consentimento informado constitui, segundo o Comitê Nacional de Bioética na Itália, a legitimação e o fundamento do ato médico, sendo que a sua ausência constitui delito de negligência profissional, se ocasionada dolosamente (CP, art 146), e a informação deficiente por ele dada o tornaria responsável pelo resultado danoso oriundo de sua intervenção, ainda que a técnica empregada tenha sido a correta¹⁸.

Apesar de as clínicas de reprodução assistida disporem de um termo padrão, pesquisa publicada na Revista de Bioética do Conselho Federal de Medicina, em 2014, demonstra que a maioria das pacientes declaram que compreenderam bem um item do termo, sendo que o mesmo estava em linguagem extremamente técnica ou inteligível¹⁹. Uma das razões apontadas pelo estudo é o de que a ansiedade ou o desejo de gravidez são tão prementes, que não se dá a devida atenção para o que a própria medicina considera como “risco”, como é o caso da gestação gemelar.

No Reino Unido, o Código de Conduta na Reprodução Humana Assistida²⁰ determina que há a necessidade de aconselhamento jurídico para pessoas submetidas a tratamento e que o Centro de reprodução deve se certificar de que há a compreensão, por exemplo, da diferença entre responsabilidade parental e parentalidade legal, além das implicações jurídicas para eles próprios e para a criança nascida por meio desse método.

A informação precisa e compreendida pelo paciente submetido à Reprodução Assistida é essencial, portanto, não só para que possa encarar as dificuldades do tratamento médico propriamente dito e de seu custo físico e emocional, além dos riscos inerentes ao procedimento, mas, principalmente, para que sejam compreendidas as implicações jurídicas desse tratamento

¹⁷ Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>. Acesso em: 17 set. 2020.

¹⁸ DINIZ, Maria Helena. *O Estado Atual do Biodireito*. 9a. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 809.

¹⁹ BAZZACO, Amanda Albertoni Bazzaco; VALELONGO, Pamela Olivieri Valelongo; MIZIARA, Ivan Dieb Miziara; BARBOSA, Caio Parente. Entendimento do consentimento livremente esclarecido na reprodução assistida. *Revista Bioética*. (Impr.), v. 22, n. 1, p. 134-44, 2014. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/bioet/v22n1/a15v22n1.pdf>. Acesso em: 17 set. 2020.

²⁰ Code of Practice do Human Fertilisation and Embryology Authority: <https://portal.hfea.gov.uk/media/1605/2019-12-03-code-of-practice-december-2019.pdf>.

quando há o congelamento de embriões e qual será o seu destino em casos de separação, divórcio, morte de um dos cônjuges²¹ ou desistência do projeto parental, prevenindo-se²², assim, os litígios que por ventura possam ocorrer.

3. DESISTÊNCIA DO PROJETO PARENTAL E SUAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS

A falência da relação conjugal pressupõe que não há mais compatibilidade de vida em comum. Logo, perecem todos os projetos traçados d'antanho, inclusive a parentalidade. Para aquele que não quer ter filhos, pode ser um alívio não ter uma linhagem hereditária com o ex-parceiro. Porém, para aquele que sonhava em procriar, essa atitude pode ser a destruição completa de seu projeto de vida. São muitas as variáveis que podem ocorrer na reprodução assistida. Para este trabalho, selecionamos o caso em que a desistência do projeto parental por uma parte acarreta a impossibilidade da outra em ter filhos biológicos.

Na Inglaterra, em 2002, o caso de Natalie Evans e Howard Johnston²³ chegou à Corte Européia de Direitos Humanos, no qual, após a fertilização de embriões, o ex-marido desistiu do projeto parental e requereu a destruição dos mesmos. Para a ex-esposa, que havia removido os ovários, esta era a única chance de ter filhos biológicos. Um de seus argumentos foi o de que, caso ela revogasse o seu consentimento, para o homem seria muito mais fácil produzir esperma do que para a mulher produzir óvulos - procedimento que demanda intervenção médica. Por outro lado, o argumento utilizado para a não utilização dos embriões foi o de que, caso o homem tivesse ficado infértil e a mulher revogasse seu consentimento, não haveria lei que pudesse forçá-la a implantar esses embriões. A sentença inglesa considerou que a revogação do consentimento de Johnson era legítima e que o embrião não tinha o direito qualificado de viver.

Na Corte de apelação, duas juízas ponderaram que “a abordagem correta seria permitir que os interesses da parte que retira o consentimento e busca a destruição dos embriões prevaleçam de acordo com a legislação nacional ‘a menos que a outra parte (a) não tenha outros meios para ter um filho geneticamente relacionado ; e (b) não tem filhos; e (c) não pretende recorrer a uma mãe substituta no processo de implantação””. Outros juízes consideraram que a erradicação efetiva de qualquer possibilidade de ter um filho geneticamente relacionado era desproporcional em seu impacto sobre o requerente. Ao final, a Corte Europeia de Direitos Humanos considerou

²¹ A reprodução assistida *post mortem* não será tratada neste trabalho. Atualmente, o Conselho Federal de Medicina autoriza tanto a implantação de embrião já formado com sêmen de cônjuge falecido, quando a inseminação de seus gametas congelados. Pelo Código Civil, o art. 1.597, III, presume concebido na constância do casamento filho oriundo de inseminação artificial homóloga, mesmo que o marido doador do sêmen já tenha falecido, mas “entendemos que isso só seria possível se houver anuência escrita (Res. CFM n. 2.013/13) do marido nesse sentido em instrumento público ou testamento”. DINIZ, Maria Helena. *O Estado Atual do Biodireito*. 9a Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 688.

²² GONDIM, Glenda Gonçalves. *A reparação civil na teoria da perda de uma chance*. São Paulo: Ed. Clássica, 2013, p.23.

²³ THORNTON, Rosy. European Court of Human Rights: Consent to IVF treatment, *International Journal of Constitutional Law*, v. 6, n. 2, p. 317–330, abr. 2008. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/icon/mon001>. Acesso em: 18 set. 2020.

que não houve violação dos direitos humanos ao negar a possibilidade de Evans implantar os embriões.

Em 2015, caso semelhante chegou à Corte Superior da Califórnia nos Estados Unidos. Mimi Lee e Stephen Findley²⁴ haviam congelado embriões após ela ter sido diagnosticada com câncer de mama, em 2010. Depois de ter feito tratamento e ser curada, o casal se divorciou em 2013. Naquele ano, Mimi pediu a custódia dos embriões, argumentando que o contrato assinado não era vinculativo e que violava seu direito de procriar. Stephen, por sua vez, pediu a destruição dos embriões, porque esta era uma disposição contratual assinada por ambos. A corte americana determinou a destruição dos embriões. Segundo o mesmo contrato, em caso de morte, os embriões seriam doados ao cônjuge sobrevivente. Outro argumento utilizado por Findley foi o de que a idade de Mimi (46 anos à época da demanda) não era favorável à gestação. A juíza do caso ponderou ainda que Mimi, por ser médica, poderia ter congelado seus óvulos e não embriões.

Se, de um lado é analisado o direito da implantação de um embrião já formado, de outro é levado em conta que não há como revogar a paternidade biológica, que é um direito da criança que vai nascer. Segundo o artigo de Rosy Thornton²⁵, países da União Européia como Dinamarca, Grécia, Holanda, Suíça, Reino Unido, Bélgica, Finlândia e Islândia dão total possibilidade de revogação do consentimento do homem antes da implantação do embrião no útero da mulher. Na França o consentimento é automaticamente revogado quando há divórcio. Em países como Estônia e Áustria, a mulher tem um pouco mais de autonomia (na Áustria, um médico pode fertilizar óvulos suficientes para apenas um ciclo de tratamento; o armazenamento só é possível por até um ano; e os genitores têm o direito de recuperar os embriões armazenados apenas para o propósito de usá-los no tratamento com seus parceiros). Na Hungria, a mulher pode seguir com a gravidez mesmo sem o consentimento do homem, e, na Espanha, só se pode revogar o consentimento enquanto ainda estiver casado.

Já a Itália adotou uma nova legislação que rege a reprodução assistida em 2004, tornando-se um dos poucos países no qual a mulher pode prosseguir com a implantação sem o consentimento de seu parceiro. A legislação italiana prevê também que nenhuma das partes pode revogar o consentimento ao tratamento após a fertilização do óvulo; com efeito, assim que o embrião passa a existir, ambos os doadores de gametas estão comprometidos com seu futuro potencial. Em teoria, uma mulher poderia ser coagida a ter o óvulo fertilizado implantado nela contra sua vontade, sujeito apenas às circunstâncias limitadas previstas pela lei de aborto.

No Brasil, não há uma legislação específica que regulamente a reprodução humana assistida e, logo, sobre o excessivo número de embriões congelados (99.112, de acordo com o

²⁴ Divorced couple's frozen embryos must be 'thawed and discarded,' judge rules. Disponível em: <https://www.latimes.com/local/lanow/la-me-ln-frozen-embryos-20151118-story.html>. Acesso em 23.Jan.2021.

²⁵ O texto traz ainda considerações sobre como outros países da União Européia posicionam-se acerca da revogação do consentimento, o que demonstra que esta é uma matéria a qual não há qualquer consenso. THORNTON, Rosy. European Court of Human Rights: Consent to IVF treatment, *International Journal of Constitutional Law*, v. 6, n. 2, p. 317–330, abr. 2008. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/icon/mon001>. Acesso em: 18 set. 2020.

13o Relatório do SisEmbrio, 2020²⁶). É o Conselho Federal de Medicina, por meio de normas deontológicas, quem traz luz às questões obscuras oriundas das relações que se formam a partir das técnicas de reprodução assistida. Em 2018, o CREMESP (Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo) apresentou o seguinte parecer acerca da revogação do consentimento informado de um pai, após os embriões estarem formados:

Ementa: Deverá ser realizada uma ação judicial para que seja obtida a pretensão da mãe genética em dar seguimento à transferência do embrião criopreservado para seu útero, sem gerar consequência no estado de filiação do seu ex-marido. Com isso, poderá ser revogado o Termo de Consentimento realizado na época da fertilização.²⁷

O ideal seria que o consentimento pudesse ser revogado somente antes da formação do embrião *in vitro*, considerando-se que o procedimento é irreversível e após sua conclusão, não há mais material genético em separado, mas um embrião humano, cujo DNA é único e diferente do de seus genitores biológicos. Apesar desta ser a premissa de maior razoabilidade, não é o que ocorre na prática. Enunciado 107 da Jornada de Direito Civil aponta que “Finda a sociedade conjugal, na forma do artigo 1.597 deste Código, a regra do inciso IV somente poderá ser aplicada se houver autorização prévia, por escrito, dos ex-cônjuges, para a utilização dos embriões excedentários, só podendo ser revogada até o início do procedimento de implantação desses embriões”²⁸. Nota-se, aqui, que há uma prevalência da relação contratual entre as partes, pactuada no início do tratamento, na qual é obedecida a autonomia da vontade do momento da assinatura.

Apesar de a implantação do embrião à revelia de um dos contraentes não ser a medida adotada, cabe perquirir qual é a responsabilidade civil daquele que desiste do projeto parental. Seria possível considerar que essa desistência ensejaria a culpa pelo fim do casamento, e, portanto, o dever de reparação? Segundo Regina Beatriz Tavares da Silva, a lei estabelece deveres aos cônjuges, como a fidelidade, a mútua assistência, o respeito e consideração recíprocos (Código Civil, art. 1.566, I a V), e, desse modo, obriga-os à prática de certos atos e à abstenção de outros. “Uma vez violados esses deveres, com a ocorrência de danos, surge o direito do ofendido à reparação, em razão do preenchimento dos pressupostos da responsabilidade civil - ação, dano e nexa causal -, assim como ocorre diante da prática de ato ilícito em outras relações jurídicas”²⁹.

A nosso ver, todo dano comprovado, cujo nexa causal aponta para a conduta de um agente específico, deve ser reparado. Se a parte lesada apontar a desistência do projeto parental

²⁶ Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrljoiYmYxM2M1MTctNGE5ZC00ODdhLTk3ZTkYTBhMzBkMjhjYjM1liwidCI6ImI2N2FmMjNmLWZjZjMtNGQzNS04MGM3LWI3MDg1ZjVIZGQ4MSJ9>. Acesso em: 17 jan. 2021.

²⁷ Parecer 151584. Disponível em: <https://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Pareceres&dif=a&ficha=1&id=15437&tipo=PARECER&orgao=Conselho%20Regional%20de%20Medicina%20do%20Estado%20de%20S%C3%A3o%20Paulo&numero=151584&situacao=&data=19-09-2018>. Acesso em 17 set. 2020.

²⁸ Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/738>. Acesso em: 18 set. 2020.

²⁹ TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. *Divórcio e Separação após EC n. 66/2010*. 2a ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 79.

como a culpa pelo fim do casamento, deverá buscar a via própria de reparação, ainda que muitos doutrinadores, como Nelson Rosenthal e Cristiano Chaves de Farias, considerem que a culpa foi extinta do ordenamento com a entrada em vigor da Emenda Constitucional 66 em 201030.

Discussão de culpa pelo fim do casamento à parte, a responsabilidade civil está inserida na Parte Geral do Código Civil e é intrínseca a todas as relações de natureza civil, o que inclui as de família. Prega o artigo 186 do Código Civil que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imperícia, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. “Assim, as ações ilícitas praticadas por um dos cônjuges em descumprimento dos deveres conjugais, que acarretarem danos morais e/ou materiais ao outro cônjuge, por ocorrer o preenchimento dos pressupostos da aplicação dos princípios da responsabilidade civil - ação que viola dever/direito, nexos causal e dano - dão causa ao direito do cônjuge lesado à reparação”.³¹

É preciso, contudo, efetivamente, comprovar o dano. Não se trata aqui de mero aborrecimento pelo fim da relação conjugal, mas de analisar em que medida a desistência do projeto parental afeta aquele que queria continuar com o sonho de ser pai/mãe. Nessa linha, entra em cena a possibilidade de responsabilidade civil pela perda de uma chance.

4. APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE PELA REVOGAÇÃO DO CONSENTIMENTO

A responsabilidade civil pela perda de uma chance foi introduzida pelo Direito Francês e vem ganhando repercussão no Brasil. A teoria considera que, quem, de forma intencional ou não, retira de outra pessoa a oportunidade de um dado benefício, deve responder pelo fato. Para o ministro do Superior Tribunal de Justiça Luis Felipe Salomão, a perda de uma chance é técnica decisória criada para superar as insuficiências da responsabilidade civil diante de lesões a interesses aleatórios³².

Cristiano Chaves de Farias assevera que a perda de uma chance é uma nova concepção de dano indenizável, pelo qual se admite a reparabilidade, independentemente da certeza de um resultado final, da subtração de uma oportunidade futura. “O que se indeniza na perda de uma chance não é a vantagem esperada (que, sem dúvida, é dotada de incerteza), mas a frustração da oportunidade de obter a vantagem, no futuro, ou mesmo de evitar um prejuízo”³³.

Nas palavras de Igor de Lucena Mascarenhas e Adriano Marteleto Godinho, “a noção da Perda de uma Chance é caracterizada quando o lesado encontra-se em uma situação que lhe

³⁰ ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito das Famílias*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 820.

³¹ TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. *Op. Cit* p. 79.

³² Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/19012021-Entender-Direito-podcast-do-STJ-aborda-a-teoria-da-perda-de-uma-chance.aspx>. Acesso em 20.Jan.2021.

³³ FARIAS, Cristiano Chaves de. A teoria da perda de uma chance aplicada ao Direito de Família: utilizar com moderação. Disponível em: <https://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/182.pdf>. Acesso em 23.Jan.2021.

permite a possibilidade de alcançar determinada posição favorável e em virtude de comportamento de terceiro, observa-se a perda dessa chance”³⁴.

No caso da reprodução assistida, a revogação do consentimento para a implantação do embrião no útero estaria diretamente ligada à perda da chance de ser pai/mãe³⁵ daquele que não desistiu do projeto parental, ainda que, mesmo com a implantação do embrião, exista a possibilidade de o mesmo não vingar.

Todavia, mesmo que haja uma incerteza quanto ao resultado do processo, é preciso que estejam presentes aspectos da responsabilidade civil como a prova do dano e o nexos causal, sendo essencial a comprovação da perda da vantagem sofrida³⁶. A própria jurisprudência do STJ enfatiza que não se aplica a teoria na reparação de “danos fantasiosos”, e que a mesma não serve para acolher “meras expectativas” (REsp 1.540.153). É preciso que haja a possibilidade de um dano real³⁷, como pontuou o ministro Paulo de Tarso Sanseverino ao julgar a responsabilidade de uma empresa pela não coleta de células-tronco de um recém-nascido na hora do parto (REsp 1.291.247):

É possível que o dano final nunca venha a se implementar, bastando que a pessoa recém-nascida seja plenamente saudável, nunca desenvolvendo qualquer doença tratável com a utilização de células-tronco retiradas do cordão umbilical. O certo, porém, é que perdeu definitivamente a chance de prevenir o tratamento dessas patologias, sendo essa chance perdida o objeto da indenização.³⁸

Nesta senda, David Fischer aponta que a aplicação da teoria da perda de uma chance requer a probabilidade da existência do dano³⁹, ou seja, deve-se convencer o julgador de que há

³⁴ MASCARENHAS, Igor de Lucena; GODINHO, Adriano Marteleto. A utópica aplicação da teoria da perda de uma chance no âmbito do direito médico: uma análise da jurisprudência do TJRS, TJPR e TJPE. *Revista Direito e Liberdade* – RDL – ESMARN – v. 18, n. 3, p. 159-192, set./dez. 2016. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-Dir-e-Liberd_v.18_n.03.05.pdf. Acesso em 27 jan. 2021.

³⁵ Nesse sentido, Glenda Gonçalves Gondi assevera que: “A chance é um dano em si mesmo com caráter de certeza. Por isso, os demais pressupostos da responsabilidade civil serão analisados perante a chance perdida como um dano e não perante o resultado final, por isso não é necessária uma nova interpretação da causalidade”. GONDIM, Glenda Gonçalves. *A reparação civil na teoria da perda de uma chance*. São Paulo: Ed. Clássica, 2013, p. 70.

³⁶ Christiano Chaves de Farias acrescenta que: “Para o reconhecimento da perda de uma oportunidade em sede familiarista (como sói ocorrer noutros quadrantes), é mister sublinhar a obrigatoriedade de que estejam presentes os pressupostos comuns da responsabilidade civil (ou seja, conduta, culpa, dano e nexos de causalidade).” FARIAS, Christiano Chaves de. A teoria da perda de uma chance aplicada ao Direito de Família: utilizar com moderação. Disponível em: <https://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/182.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2021.

³⁷ Com base na teoria da perda de uma chance e da proteção da dignidade humana, os planos de saúde vem sendo impelidos a cobrir procedimentos não previstos em contrato, como, por exemplo, a retirada e congelamento de óvulos para mulher em tratamento de câncer e o custeio de fertilização *in vitro* para “irmão salvador”. Respectivamente: <https://migalhas.uol.com.br/quentes/327705/stj--plano-de-saude-deve-custear-criopreservacao-de-ovulos-ate-alta-de-quimioterapia-de-paciente> e <https://www.tjdft.jus.br/institucional/impressao/noticias/2020/outubro/plano-de-saude-devera-custear-fertilizacao-in-vitro-para-tratamento-de-crianca-da-familia>. Acesso em: 27 jan. 2021.

³⁸ Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/19012021-Entender-Direito-podcast-do-STJ-aborda-a-teoria-da-perda-de-uma-chance.aspx>. Acesso em: 20 jan. 2021.

³⁹ REsp 1.254.141/PR, a 3ª Turma do STJ decidiu que a teoria da perda de uma chance pode ser utilizada como critério para a apuração de responsabilidade civil, ocasionada por erro médico, na hipótese em que o erro tenha reduzido possibilidades concretas e reais de cura de paciente. Disponível em:

uma chance de mais de 50% de que a proposição feita seja verdadeira⁴⁰. Rafael Peteffi Silva acrescenta que a necessidade premente de que a chance subtraída seja séria e real, não podendo constituir-se em mera esperança ou expectativa remota⁴¹. No caso da reprodução assistida, se houver a desistência do projeto parental por parte do marido e a mulher, por exemplo, contar com mais de 50 anos de idade, a aplicação da teoria ficaria mitigada pela própria dificuldade de a mulher chegar a termo da gravidez, mesmo se implantados os embriões congelados, por conta de sua idade avançada. Dessa forma, a probabilidade do dano deve ser comprovada.

Em fevereiro de 2020, julgado de relatoria do Desembargador Marcos Henrique Caldeira Brant, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, condenou um homem ao pagamento de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) pela desistência do projeto parental, em arcar com o prejuízo material de pagamento à clínica. Apesar de não haver condenação por danos morais, houve reconhecimento do prejuízo causado à mulher que se submeteu ao tratamento⁴²:

A celebração do negócio jurídico relativo à realização da fertilização 'in vitro' e posterior implante do embrião no útero da Autora/Apelada é fato incontroverso, sendo evidente que o Réu/Apelante deu o seu consentimento na época para a realização do supracitado procedimento, mesmo que tal ajuste tenha sido verbal, conforme autoriza o art. 107 do Código Civil.

Nesse sentido, observa-se que não houve demonstração por parte do Réu/Apelante de que ele tenha concorrido para o pagamento de qualquer valor nesse sentido, de modo que havendo recusa - mesmo que legítima - de sua parte com relação à autorização para que a Autora/Apelada dê continuidade ao procedimento, *não se pode ignorar as consequências negativas desse ato, de cunho material, para a frustração do direito da Autora/Apelada*, não havendo dúvidas, portanto, quanto à sua responsabilidade em arcar com metade do custo do tratamento, que foi, ao que tudo indica, integralmente suportado pela Autora/Apelada, tal como decidido em sentença, com arrimo no art. 186 do Código Civil. (Destaque nossos)

Nada impede, no entanto, que haja a reparação do dano existente - no caso danos morais e materiais -, sem considerar a teoria da perda da chance - conforme já aventado. Estudo elaborado por Fátima do Nascimento e Antonio Terzis sobre o adiamento do projeto parental face à esterilidade do casal, publicado em 2010, constatou que as mulheres mostraram maior iniciativa e persistência em relação aos tratamentos, assim como maior desgaste físico e psicológico provocado pelos exames e procedimentos médicos, avaliados como invasivos e desconfortáveis.

<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/865276892/recurso-especial-resp-1254141-pr-2011-0078939-4/inteiro-teor-865276902?ref=juris-tabs>. Acesso em: 27 jan. 2021.

⁴⁰ FISCHER, David A. Tort Recovery for Loss of A Chance, 36 Wake Forest L. Rev. 605 (2001). Disponível em:

<https://scholarship.law.missouri.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1180&context=facpubs#:~:text=Under%20the%20loss%20of%20a,to%20protect%20the%20patient%20from>. Acesso em 23.Jan.2021.

⁴¹ Esclarece RAFAEL PETEFFI DA SILVA que “a seriedade e a realidade das chances perdidas é o critério mais utilizado pelos tribunais franceses para separar os danos potenciais e prováveis e, portanto, indenizáveis, dos danos puramente eventuais e hipotéticos, cuja reparação deve ser rechaçada”, cf. Responsabilidade civil pela perda de uma chance, cit., p. 134. *Apud.* FARIAS, Cristiano Chaves de. A teoria da perda de uma chance aplicada ao Direito de Família: utilizar com moderação. Disponível em: <https://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/182.pdf>. Acesso em 23.Jan.2021.

⁴² Acórdão disponível em: https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=D4ADBCF582FC77E839FDD881238D38EC.juri_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=5013081-60.2016.8.13.0024&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar. Acesso em: 27 jan. 2021.

Ao passo que as reações emocionais dos maridos frente ao diagnóstico e às propostas de tratamento contra a esterilidade foram marcadas por resistências, desconfianças, pelo uso predominante dos mecanismos da racionalização e deslocamento para evitar o contato com a dor pelo filho não concebido e o acréscimo de pressões ao vínculo conjugal⁴³. O estudo conclui que as mulheres submetidas ao tratamento de fertilização *in vitro* podem estar mais suscetíveis a reais danos emocionais, psicológicos e físicos por conta do procedimento de ovulação e extração desses óvulos a que são submetidas.

Portanto, havendo os pressupostos da aplicação da responsabilidade civil, quais sejam, ação/omissão, dano e nexo causal, é possível que haja a reparação do dano. Entretanto, no que tange à responsabilização civil pela desistência do projeto parental após a criopreservação de embriões, a aplicação da teoria da perda de uma chance parece ser a mais plausível, desde que preenchidos os requisitos para sua validade.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A desistência de um projeto parental, quando uma das partes ainda busca a concretização deste, pode ensejar a reparação civil com base na teoria da perda de uma chance. Para que a aplicação dessa teoria seja plausível, é preciso que o dano seja provável.

Isso significa que não basta a revogação pura e simples do consentimento da implantação do embrião congelado. É preciso que essa revogação, de fato, impeça a concretização do projeto parental da outra parte. Ou seja, caso a parte que se sinta lesada não puder, sob nenhum aspecto, levar adiante esse projeto - ainda que em carreira solo - por conta de sua idade, ou estado de saúde, não há que se falar em perda de uma chance.

Entretanto, ainda que não seja possível a aplicação da teoria da perda de uma chance, caso a desistência do projeto parental acarrete dano emocional e físico à outra parte, é possível buscar a reparação civil propriamente dita com base no prejuízo causado e o seu nexo causal, desde que comprovado o dano.

REFERÊNCIAS

BAZZACO, Amanda Albertoni Bazzaco; VALELONGO, Pamela Olivieri Valelongo; MIZIARA, Ivan Dieb Miziara; BARBOSA, Caio Parente. Entendimento do consentimento livremente esclarecido na reprodução assistida. *Revista Bioética*. (Impr.), v. 22, n. 1, p. 134-44, 2014. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/bioet/v22n1/a15v22n1.pdf>. Acesso em: 27 jan. 2021.

⁴³ O estudo traz reflexões importantes sobre como a maternidade/paternidade não deixa de ser uma "esperança" para a renovação dos vínculos afetivos e, porque não dizer, um resgate de si próprio: "O desejo de ter um filho biológico continha expectativas de renovação do contrato afetivo, respostas às questões edípicas e narcísicas e afirmação da identidade e papel feminino, além da preocupação em corresponder às pressões familiares e ao mandato sociocultural. NASCIMENTO, Fátima R. M. do; TÉRZIS, Antonios. Adiamento do projeto parental: um estudo psicanalítico com casais que enfrentam a esterilidade. *Psicol. rev.* (Belo Horizonte), Belo Horizonte, v. 16, n. 1, p. 103-124, abr. 2010. Disponível em http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1677-11682010000100008&lng=pt&nrm=iso.

BIZELLI, Rafael Ferreira. Contratos Existenciais: Contextualização, Conceito e Interesses Extrapatrimoniais. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 6, out./dez. 2015.

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FARIAS, Christiano Chaves de. A teoria da perda de uma chance aplicada ao Direito de Família: utilizar com moderação. Disponível em: <https://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/182.pdf>.

FISCHER, David A. Tort Recovery for Loss of A Chance, 36 *Wake Forest L. Rev.* 605 (2001). Disponível em: <https://scholarship.law.missouri.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1180&context=facpubs#:~:text=Under%20the%20loss%20of%20a,to%20protect%20the%20patient%20from>. Acesso em: 27 jan. 2021.

FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito Médico*. 14a ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro, Forense, 2017, p. 339. *Apud*. PAGLIARI, Isadora Cé; GOZZO, Débora. Responsabilidade Civil dos Médicos e as Clínicas de Reprodução Humana Assistida. *In*: KFOURI NETO, Miguel; NOGAROLI, Rafaella (Coord.). *Debates contemporâneos em direito médico e da saúde*. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GONDIM, Glenda Gonçalves. *A reparação civil na teoria da perda de uma chance*. São Paulo: Ed. Clássica, 2013.

GOZZO, Débora. LIGIERA, Wilson Ricardo (organizadores). *Bioética e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2012.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações Artificiais e o Direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

MASCARENHAS, Igor de Lucena; GODINHO, Adriano Marteleto. A utópica aplicação da teoria da perda de uma chance no âmbito do direito médico: uma análise da jurisprudência do TJRS, TJPR e TJPE. *Revista Direito e Liberdade – RDL – ESMARN* – v. 18, n. 3, p. 159-192, set./dez. 2016. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-Dir-e-Liberd_v.18_n.03.05.pdf. Acesso em: 27 jan. 2021.

MATHIAS, Maria Ligia Coelho; DANELUZZI, Maria Helena Marques Braceiro. *Direito civil: contratos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

NASCIMENTO, Fátima R. M. do; TÉRZIS, Antonios. Adiamento do projeto parental: um estudo psicanalítico com casais que enfrentam a esterilidade. *Psicol. rev.*, Belo Horizonte, v. 16, n. 1, p. 103-124, abr. 2010. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1677-11682010000100008&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 27 jan. 2021.

NOMURA SANTIAGO, Maria Carolina. *Post Mortem: a questão sucessória dos embriões criopreservados*. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP, São Paulo, 2020.

PAGLIARI, Isadora Cé; GOZZO, Débora. Responsabilidade Civil dos Médicos e as Clínicas de Reprodução Humana Assistida. *In*: KFOURI NETO, Miguel; NOGAROLI, Rafaella (Coord.). *Debates contemporâneos em direito médico e da saúde*. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.

RAPOSO, Vera Lúcia. *O direito à imortalidade: o exercício de direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto jurídico do embrião in vitro*. (Teses de Doutorado) Coimbra: Almedina, 2014.

ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito das Famílias*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

TAVARES da SILVA, Regina Beatriz. *Divórcio e Separação após EC n. 66/2010*. 2a ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

THORNTON, Rosy. European Court of Human Rights: Consent to IVF treatment, *International Journal of Constitutional Law*, v. 6, n. 2, p. 317–330, abr. 2008. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/icon/mon001>. Acesso em: 27 jan. 2021.

Recebido: 08.02.2021

Aprovado: 10.04.2021

Como citar: DANELUZZI, Maria Helena Marques Braceiro; SANTIAGO, Maria Carolina Nogueira Nomura. Responsabilidade civil pela desistência do projeto parental após a criopreservação de embriões: aplicação da teoria da perda de uma chance. **Revista IBERC**, Belo Horizonte, v. 4, n. 1, p. 103-118, jan./abr. 2021.

