

AUTONOMIA E REPRODUÇÃO ASSISTIDA: O PROBLEMA DO CONSENTIMENTO E DA ELEGIBILIDADE INDIVIDUAL

AUTONOMY AND ASSISTED REPRODUCTION: THE PROBLEM OF THE CONSENT AND THE INDIVIDUAL ELEGIBILITY

**Raul Murad Ribeiro de Castro
Vitor de Azevedo Almeida Junior**

RESUMO

Resumo: A análise dos contornos da autonomia privada frente aos desafios da regulamentação e das práticas de reprodução assistida permite o adensamento crítico sobre seu conteúdo, repercutindo nas reflexões clássicas próprias do direito civil tradicional. Princípio e ética são pilares do biodireito contemporâneo e não podem ser afastados, sob pena de esvaziamento da legitimidade de suas normas. A partir destes pressupostos são construídas as análises elaboradas nesta pesquisa, que enfrenta questões sobre o conteúdo constitucional da autonomia reprodutiva e a validade jurídica dos termos de consentimento informado, em busca de conclusões sobre o conteúdo da autonomia privada na reprodução assistida. A análise é resultado de pesquisa inédita financiada pela agência de fomento FENORTE/TECNORTE e utiliza elementos teóricos e factuais para fundamentar suas conclusões. Os resultados permitem concluir pela dupla feição da autonomia na reprodução assistida, pois, de um lado, identifica-se o inegável direito à autonomia reprodutiva e parentalidade, individual ou não, e, de outro lado, a restrição à autonomia negocial quando de sua expressão nos termos de consentimento informado utilizados pelas clínicas de reprodução assistida, ambos em razão da especificidade e pessoalidade dos bens em foco.

PALAVRAS-CHAVES: PALAVRAS-CHAVE: REPRODUÇÃO ASSISTIDA; AUTONOMIA; ELEGIBILIDADE REPRODUTIVA; CONSENTIMENTO.

ABSTRACT

Abstract: The analysis of the scope of private autonomy in face of the challenges of regulation and practice of assisted reproduction enables the critical densification of its contents, affecting the classical thinking of the civil law tradition. Principlism and ethics are pillars of contemporary biolaw and can not be removed for fear of loss of legitimacy of its norms. On these assumptions are built the analysis developed in this research, which faces questions about the constitutional content of reproductive autonomy and the legal validity of the terms of informed consent, in search of conclusions on the content of private autonomy in assisted reproduction. The analysis is the result of research funded by the agency FENORTE/TECNORTE and uses theoretical and factual evidence to substantiate its conclusions. The results allow for the conclusion of the double feature of autonomy in assisted reproduction, because, on the

one hand, it identifies the undeniable right to reproductive autonomy and parenthood, single or not, and, in addition, the restriction of the autonomy when negotiating the terms of informed consent for clinical use of assisted reproduction, both because of the specific and personal nature of the object under analysis.

KEYWORDS: KEYWORDS: ASSISTED REPRODUCTION; AUTONOMY; REPRODUCTIVE ELIGIBILITY; CONSENT.

Introdução

O princípio ético da autonomia reprodutiva sempre foi um dos eixos fundamentais da construção da bioética sob a perspectiva da teoria principialista. Contudo, em que pese a interação entre os domínios da bioética e do biodireito, o reconhecimento e efetivação deste princípio na esfera jurídica ainda carece e exige, por vezes, complexas ponderações frente aos demais valores constitucionais postos em jogo, visto que nem sempre sua incidência tem sido observada no encaminhamento de diversas questões ainda pendentes de regulamentação no Brasil, além de permanecerem nebulosos seus fundamentos, extensão e limites.

No entanto, a despeito da intensa resistência em reconhecer sua introdução no ordenamento brasileiro e persistência em relegá-lo à posição desprivilegiada na colisão com os demais princípios fundamentais constitucionais, crescente é a doutrina jurídica responsável pela construção do entendimento da autonomia reprodutiva, notadamente com o movimento pela legalização do aborto e a recente afirmação histórica dos direitos sexuais e reprodutivos como direito humanos.

No campo jurídico, já alertou Heloisa Helena Barboza que “a autonomia ainda necessita de melhor apreciação”, desvinculando sua compreensão do mero conteúdo patrimonial. Hoje, a autonomia individual integra as relações de caráter negocial e existencial, com conteúdo patrimonial ou extrapatrimonial, exercidos de modo concorrente ou não, encontrando, contudo, seu fundamento e limitação na “realização de um valor constitucional”. Entretanto, embora tais mudanças respalde a introdução da autonomia reprodutiva no meio jurídico, tradicionalmente com assento bioético, não é a atual compreensão da dogmática civilista responsável direta pelo ingresso – embora contribua e legitime seu exercício, inclusive com tónus constitucional.

De princípio ético à jurídico, o respeito a autonomia reprodutiva tem sido alocado como um dos fundamentos cruciais em alguns difíceis debates, sendo utilizado tanto em seu aspecto contraceptivo - como no caso do aborto - quanto extensivo ao seu caráter conceutivo - a exemplo da elegibilidade e lavratura de termos de consentimento informado para o acesso às técnicas de reprodução assistida – e tendo feição moldável aos diversos conflitos bioéticos ainda latentes na realidade brasileira.

Neste contexto, o fenômeno da reprodução assistida inscreve-se como um campo emblemático para a discussão da extensão e limites da autonomia reprodutiva, manifestamente no tocante à elegibilidade e consentimento direcionados à utilização das técnicas de procriação artificial. São estes os problemas desenvolvidos neste estudo.

1. Autonomia: transformações

Há tempos que a determinação dos limites e extensão da autonomia representa uma empreitada tormentosa no campo doutrinário, com constantes variações carreadas primordialmente por mudanças nas conjunturas cultural, antropológica e ideológica, que são recepcionadas pela sistemática jurídica de uma determinada sociedade.

A origem do conceito de autonomia é historicamente verificada na filosofia política grega, assumindo, porém, uma significância coletiva, representativa de um poder autárquico, semelhante ao conteúdo de soberania dos Estados modernos, derivando dela a capacidade de as cidades-estados se auto-legislarem.

Neste primeiro sentido ela não possuía uma relação propriamente dita com os indivíduos, o que somente passa a ocorrer com o individualismo humanista da Idade Moderna, em meio ao contexto de valorização daqueles, sendo a formulação de seu novo conteúdo estabelecido por Kant na qual o homem “se torna um autêntico sujeito moral, titular de direitos e deveres correspondentes, e capaz de querer o Bem voluntária e racionalmente”.

Não obstante, identifica-se que, hodiernamente, a sua forma pura e abstrata não mais é considerada como digna de proteção pelo ordenamento jurídico. Embora seja reconhecida como meio de regulamentação autônoma realizada pelos sujeitos de uma relação; há que ser ela direcionada a um escopo, o qual deve coadunar-se também com a consciência social, sendo a chancela jurídica dependente do atendimento a típica função econômico-social.

Dessa forma, observa-se que o entendimento acerca da natureza do que se entende por autonomia sofre mutações constantes, distanciando-se primeiramente do ideal grego de poder autárquico, referente ao comando da coletividade; e direcionando-se em sentido diametralmente oposto com a teorização kantiana que, influenciada pelo Iluminismo, atrela-o ao próprio indivíduo, cuja autonomia se refletiria não só na ausência de limites externos, mas na capacidade de escolher livremente seus princípios morais; passando pela sua vinculação ao caractere de utilidade com o fim único de gerar o bem-estar social, idealizada por Stuart Mill; até culminar na retomada à subjetividade do ser humano pela corrente personalista.

No entanto, em que pese a contribuição dos filósofos e pensadores ao longo dos anos para a conformação conceitual deste valor, verifica-se que, na conjuntura jurídica pátria, somente na atualidade vislumbram-se acenos no sentido de efetuar uma mudança qualitativa do conteúdo da autonomia privada, impulsionada pela conjunção de uma série de fatores, representados pela promulgação da Constituição da República de 1988

e a consagração nesta do princípio da dignidade da pessoa humana, assim como os de justiça social e igualdade material, como fundamentos do Estado Democrático de Direito; e, o conseqüente movimento de reinterpretção dogmática do Direito, deslocando-se o núcleo da seara privada do Código Civil para a *lex matter*.

Diante desse panorama, em que o ser humano é tido como o centro do ordenamento, salvaguardada a sua personalidade pelo princípio da dignidade da pessoa humana, mediante uma cláusula geral de caráter constitucional garantidora de direito e limitadora de interpretações contrárias a seu conteúdo mínimo, faz-se extremamente necessária a releitura da autonomia.

Não mais se apresentava suficiente a noção de “inteligente egoísmo”, prevista nos diplomas civis, na qual os indivíduos, por serem todos formalmente iguais, eram livres para gerir seus negócios e propriedades como lhes melhor aproovessem, assumindo quaisquer responsabilidades na intensidade que fosse, mesmo que, ao olhos do bom senso, parecessem injustas.

Tornou-se patente, em um primeiro momento, a necessidade de limitação da autonomia, antes desempenhada sem precedentes, pelo Estado com a efetivação da igualdade material, de modo que sem o atendimento às necessidades básicas da pessoa humana, seria impossível o exercício integral de sua personalidade.

E, nessa linha, deixou-se de tutelar somente a expressão individual fundada no “ter”, ou melhor, no reducionismo da era liberal, no qual os conteúdos dos institutos civis pessoa e personalidade estavam essencialmente atrelados à assunção de obrigações, ao exercício do direito de propriedade, para protegê-la também sob a ótica do “ser”, em respeito à aceitação – sociológica, cultural e jurídica – de que a partir da personalidade, consubstanciada na dignidade inerente ao homem, defluem inúmeras situações existenciais merecedoras de atenção, até mesmo talvez em maior escala que as anteriores.

Sob essa via, é possível observar que diante da multiplicidade dos valores fundamentais albergados pelo texto normativo conjuntural, ressaltando-se a Constituição, o exercício da liberdade, utilizada aqui na acepção de autonomia, não poderá se restringir apenas à noção de auto-regulamentação patrimonial.

Com efeito, sobreleva-se na doutrina e, timidamente, na jurisprudência, a preocupação com as questões existenciais do indivíduo, visto que para a plena concretização de suas potencialidades além da liberdade para contratar, é preciso que se possibilite um espaço de atuação em uma “perspectiva de privacidade, de intimidade, de livre exercício da vida privada”, podendo “realizar, sem interferências de qualquer gênero, as próprias escolhas individuais, mais, o próprio projeto de vida, exercendo-o como melhor lhe convier”.

No entanto, ocorre que, a despeito de certa uniformidade doutrinária acerca da necessidade de tratamento jurídico da autodeterminação individual em situações existenciais, vê-se claramente o contrário quanto à configuração e tutela da mesma, com a comum ocorrência de seu atrelamento a institutos clássicos do direito civil, o que acarreta em provável incerteza referente às interações com as liberdades de cunho

patrimonial, visto que tratada sob aquela óptica a liberdade existencial individual se expressaria apenas de forma subsidiária à outra.

Segundo Pietro Perlingieri, ambas estariam contidas na noção de autonomia negocial, visto que esta não só englobaria questões de apreciação econômica, mas também aquelas de caráter não patrimonial, sendo nada mais do que a expressão do indivíduo em todas suas espécies de relacionamento social. Neste ínterim, não haveria porque perquirir o fundamento de cada interesse e, assim, o seu grau de intensidade, visto que, tanto um, quanto o outro, derivariam da própria Constituição, sofrendo um juízo de “merecimento de tutela” e funcionalidade social.

Ainda, pautado na caracterização e apreensão do Direito como um fenômeno normativo-cultural, chama-se a atenção para opção dos ordenamentos modernos para a superação do individualismo e da patrimonialidade como um todo, o que, conseqüentemente, promove não o expurgo da apreensão econômica das normas jurídicas, e sim provoca a necessária valoração de tal óptica por meio da tutela da pessoa humana. Desse modo, além do mesmo fundamento normativo, também não se justificaria a diferenciação entre a autonomia exercida em situações existenciais e patrimoniais, pelo fato de que estas estariam, como requisito para sua própria validade, intrinsecamente preenchidas pelo conteúdo daquelas.

Em sentido diverso, porém, verifica-se o tratamento desta temática por parte da doutrina brasileira. De acordo com Daniel Sarmento, o caráter de negociabilidade da autonomia estaria intimamente vinculado à apreensão econômica, de modo que a liberdade existencial estaria, assim, dissociada da negocial, sendo que as duas preencheriam o conteúdo do conceito de autonomia privada. Não obstante isso, apesar de partir basicamente das mesmas premissas que o autor italiano, assumindo a proteção e fundamento constitucional das duas formas de expressão, bem como o condicionamento da liberdade patrimonial – com lastro no princípio da livre iniciativa – à igualdade material, solidariedade, proteção da dignidade da pessoa humana e da justiça social; o autor mantém-se apegado à idéia pragmática de que desde o início, em abstrato, a tutela é heterogênea, com maior preponderância onde se expresse a existencial.

Tal debate ultrapassa questionamentos meramente didáticos para atingir diretamente o substrato social, posto que a cada momento são estabelecidas relações *inter privatos* que simultaneamente apresentam caracteres de ambas facetas da autonomia, de modo que o entrelaçamento entre a disponibilidade de bens patrimoniais e da personalidade impossibilita discernir a espécie de liberdade que sobressai, muitas vezes, nas situações concretas

Diante desta verificação, aliado a fatores sociológicos – cuja interferência é patente na seara jurídica – como a aceitação do indivíduo como ser livre e centro do ordenamento, o reconhecimento do pluralismo moral em nível social e a modificação da relação de confiança entre médico e paciente, apregoa-se a necessidade de verificação da aplicação do princípio da autonomia, particularmente na prática biomédica, sob regramento do biodireito, visto que nestas relações entrelaça-se o exercício da disponibilidade sobre bens pessoais e materiais, máxime da autonomia reprodutiva, que com as práticas de reprodução assistida, além de genitores disporem sobre seus corpos, a expressão de suas vontades também direciona-se ao embrião humano.

2. Autonomia reprodutiva: aspectos bioéticos e jurídicos

A despeito da historicidade do conceito de autonomia, geralmente, ao arbítrio das contextualizações culturais e tradições filosóficas adotadas, deve-se considerar que na contemporaneidade os efeitos da biotecnociência tornam sua concepção mais ampla e complexa, exigindo, cada vez mais, de estudiosos de diversas áreas uma atenção especial no que concerne aos seus atuais contornos e sentidos emprestados ao termo, que ambíguos por natureza, foram, no entanto, potencializados diante dos avanços plenamente em curso da biotecnologia e biomedicina, os quais “interferem nos processos de criação, preservação e extinção da vida humana, colocando em xeque o poder de decisão dos indivíduos sobre sua própria existência”.

A noção de autonomia nunca foi exclusiva da área jurídica, muito pelo contrário, é possível sustentar que, muitas vezes, esta sofre influxos de outros campos do conhecimento. Se o discurso jurídico somente agora reconstrói os fundamentos da autonomia privada, antes limitada aos atos negociais, na seara bioética desde sua afirmação acadêmica que há uma sobrevalorização do princípio da autonomia, “tão caro a tradição filosófica anglo-saxã”.

Segundo Debora Diniz e Dirce Guilhem, “ao final da década de 1970 estava demarcado o campo da bioética”, que desde seu início esteve fortemente vinculada à teoria principialista, devendo a esta, inclusive, a consolidação de sua força teórica. No entanto, a valorização dos princípios éticos, como ferramenta para a mediação dos conflitos morais, acabou por gerar a confusão comum da “disciplina com uma de suas correntes teóricas”, de modo que “na verdade, o que se pode verificar nesses vinte anos de hegemonia da teoria principialista na bioética é um predomínio do princípio da autonomia sobre os outros três”.

Não demorou muito para que a esfera de respeito à autodeterminação das pessoas alcançasse a vida reprodutiva, o que ganhou impulso do movimento feminista e das tecnologias reprodutivas. Desse modo, a despeito das reivindicações feministas em torno da questão reprodutiva remontar a década de sessenta do século passado, esclarece Maria Betânia de Melo Ávila que “[...] a formalização da idéia em termos de direitos reprodutivos é bastante recente”, em razão do discurso feminista ter privilegiado, ao menos, num primeiro momento, “[...] a luta pela descriminalização do aborto e o acesso à contracepção”, não abarcando à época a atual abrangência do tema dos direitos reprodutivos.

Sem embargos, embora não se confundam, o desenvolvimento dos direitos ligados à sexualidade e reprodução humanas preenche e fortalece o conteúdo da autonomia reprodutiva, o que é igualmente verificado com o direito ao planejamento familiar, sobretudo este por ser o único termo expresso na Constituição da República de 1988, tem sido utilizado como fundamento normativo e axiológico dos outros dois, ainda que de modo reflexo.

Reconhece Flavia Piovesan que “a emergência dos direitos reprodutivos como direitos humanos é um fenômeno contemporâneo”, consolidados somente com a edição dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos nos anos noventa do século passado, em especial pela Declaração e o Programa de Ação sobre população e Desenvolvimento do Cairo de 1994 e pela Declaração e o Programa de Ação de Pequim de 1995. Informa Leila Linhares que esses documentos básicos, que mesmo não sendo textos legais, pelo menos no sentido estrito comumente empregado, por inferência de seus princípios basilares, “aprovados por consenso pelos Estados-membros das Nações Unidas”, configuram-se “como fonte do direito que devem ser incorporadas na sua interpretação e aplicação”.

O Programa de Ação da Conferência Internacional do Cairo sobre População e Desenvolvimento relaciona o conceito de direitos reprodutivos com a definição de saúde reprodutiva, em observância dos preceitos emitidos pela Organização Mundial de Saúde, assegurando que “[...] saúde reprodutiva pressupõe a capacidade de desfrutar de uma vida sexual segura e satisfatória e de reproduzir-se, contando com a liberdade de fazê-lo ou não, quando e com que frequência”, encontrando-se implícito “[...] o direito de homens e mulheres à obtenção de informação e a ter acesso a métodos de planejamento familiar de sua escolha que sejam seguros, efetivos, disponíveis e aceitáveis, bem como a outros métodos de regulação da fertilidade de sua escolha não contrários à lei”.

No ordenamento pátrio, embora o termo “direitos reprodutivos” ainda não tenha adquirido assento legal, a Constituição da República de 1988, em seu art. 226, parágrafo 7º, ao dispor sobre o direito ao planejamento familiar, fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, permitiu a introdução, ainda que de modo indireto, da autonomia reprodutiva no sistema jurídico-constitucional brasileiro, complementado pela Lei nº. 9.263, de 12 de janeiro de 1996.

Conforme Daniel Sarmiento o fundamento da autonomia reprodutiva pode ser extraído da “própria ideia de dignidade humana da mulher (art. 1º, III, CF), bem como nos direitos fundamentais à liberdade e à privacidade (art. 5º, caput e inciso X, CF)”, sendo dotada, portanto, “de inequívoco fundamento constitucional”.

Porém, impulsos a parte da despatrimonialização do conteúdo da autonomia privada carreados pela constitucionalização do direito civil, anterior tem sido a afirmação da autonomia reprodutiva pelo discurso bioético, a qual teve de ser angariada pelo direito em virtude da crescente demanda de processos que procuram dirimir conflitos no âmbito da engenharia genética. Assim, afora as discussões de cunho doutrinário, no plano jurisprudencial, o ajuizamento de ações constitucionais, como a ADPF nº. 54 e a ADIn nº. 3.510, bem como de *habeas corpus* que versam sobre o direito da gestante de interromper a gravidez de feto anencéfalo, incrementaram e fortaleceram o princípio da autonomia reprodutiva no país, a partir do momento em que julgadores tiveram de se posicionar sobretudo sobre pautas antigas, mas que retornam com força, a exemplo do aborto, e as tecnologias reprodutivas, como no caso da utilização para fins científicos ou terapêuticos de células-tronco de embriões humanos obtidas por meio de fertilização *in vitro*, todos remetendo às liberdades e capacidades ligadas à reprodução humana, seja em seu aspecto contraceptivo, mais comum, ou referente aos emergentes temas vinculados à concepção.

Superados os debates acerca da importância do reconhecimento e respeito ao exercício da autonomia reprodutiva, atualmente, o discurso bioético enfrenta o problema sobre a “imposição ou não de limites ao exercício da autonomia reprodutiva“, em virtude, principalmente, da fragilidade do “idealismo universalizante” dos princípios éticos gerais universais capazes, supostamente, de mediar grande parte dos conflitos morais típicos da cartilha bioética, evidenciando a “falência universalista da teoria principialista”.

Desse modo, vê-se que enquanto na seara jurídica o princípio da autonomia reprodutiva vem ganhando cada vez mais projeção e vitalidade, quer no seu reconhecimento pelo direito, quer na viabilidade constitucional e efetividade quanto à sua aplicabilidade, no campo bioético seu caráter absoluto tem cedido espaço às confrontações com os interesses dos futuros filhos, sem, contudo, perder sua força e centralidade tão caras a este domínio. Assim, embora caminhem em sentidos opostos - o direito na busca pelo seu definitivo reconhecimento, enquanto a bioética recepciona a relativização da soberania da autonomia reprodutiva das pessoas, vislumbra-se a possibilidade de confluências entre os fundamentos e limitações em ambas as áreas, rumo a um ponto de harmonização entre as diferentes perspectivas possíveis, facilitando a consolidação e promoção do princípio da autonomia reprodutiva, sem que com isso se dê prevalência ao exercício ilimitado, característico do discurso bioético primitivo, ou descarte-se sua influência em prol dos direitos dos futuros filhos, como se habituou o direito.

3. Reprodução assistida e sua regulamentação jurídica

Há décadas que juristas e cientistas sociais debruçam-se na busca pela compreensão do fenômeno da reprodução humana assistida. O constante desenvolvimento das técnicas e as repercussões jurídicas e sociais sobre uma infindável gama de questões moralmente delicadas e de complicado consenso político-legislativo, que se estendem desde os (re)arranjos familiares às celebrações de termos de consentimento informado, alimentam a dificuldade em encontrar soluções para os múltiplos problemas que deste fenômeno se originam, uma vez que há novos elementos - tecnológicos, sociais e normativos - inseridos freqüentemente, obstaculizando a superação de controvérsias pré-existentes e criando outras tantas nesse domínio.

Observa-se, contudo, que embora haja uma profusão de estudos dedicados ao tema, desde os domínios da bioética aos do biodireito, dissensos se aglomeram em relação a todas as etapas integrantes da concretização do desejo parental via concepção artificial. Desde a segunda metade da década de 1970, e depois com a popularização dos métodos conceptivos artificiais, reinam as incertezas e a falta de consenso político, e mesmo, em que pese à imanência da pluralidade moral neste campo, o encaminhamento legislativo está distante de um fim, ainda que provisório em razão do contínuo avanço da biociência e do posicionamento social mutante.

Intensos foram os debates acerca dos efeitos da reprodução assistida sobre o campo da filiação, da inseminação *post mortem*, e, mais recentemente, da

destinação dos embriões excedentes. A despeito dos tímidos avanços em algumas dessas questões, outras se qualificam e exigem do direito novas respostas à evolução do contexto social e jurídico que, juntos, descortinam o problema da elegibilidade individual às técnicas de reprodução assistida e a validade jurídica dos termos de consentimento informado, ambos expressões do exercício da autonomia no campo reprodutivo.

Desse modo, observa-se que a insegurança jurídica acarretada pela carência legislativa e o longo monopólio dos serviços de saúde privados na oferta dessas técnicas, bem como a fragilidade dos dados – realidade na qual se assenta o campo da reprodução assistida no Brasil, somente colaboram para a obscuridade e incerteza que circundam o acesso e a celebração dos termos de consentimento informado nas clínicas especializadas em todo o país.

3.1. Reprodução assistida, elegibilidade e monoparentalidade: alguns questionamentos

Durante longo período as atenções dos juristas estavam voltadas ao estabelecimento da paternidade e maternidade, institutos fortemente atingidos com o fenômeno da reprodução artificial, pouco se debatia sobre as formas de constituição familiar que essas técnicas proporcionavam às pessoas, em conjugalidade ou individualmente, heterossexuais ou homossexuais, e que o nascimento desse novo ser acarretaria na formação de uma nova família. Embora, em princípio, destinadas a casais heterossexuais inférteis, não tardou que grupos sociais não contemplados inicialmente pelo discurso biomédico se aproveitassem dessas técnicas como meio de constituir uma família, demonstrando a imprevisibilidade na delimitação ou restrições quanto à sua utilização pela sociedade.

Ao descortinar possibilidades de intervenção médica na própria forma de reprodução humana, que de biológica passa a poder ser também através de concepção artificial, com potencial de transformar a organização da família, a filiação e o parentesco, o fenômeno da reprodução assistida surpreendeu ao servir como “um poderoso instrumento de reforço da moral heterossexual e de padrões de constituição de famílias assentados em premissas naturalistas do feminino e do masculino”.

A moralização do debate bioético mudou os possíveis rumos previstos para o campo das tecnologias reprodutivas, com realce para a restrição aos usos dessas técnicas por pessoas ou casais não enquadrados dentro do clássico modelo matrimonial entre homem e mulher, na contramão, inexplicavelmente, das profundas transformações operadas no seio da plural família contemporânea. O debate ético e legislativo sobre a reprodução assistida, não raras vezes, passa à margem da nova concepção de família, filiação e parentesco.

Assim, ao invés da opção pelo debate, se legítimo ou não o emprego dessas técnicas como via de formação de uma família, garantido através do direito à procriação - que até pouco tempo atrás sempre fora visto como mera faculdade,

preferiu-se a restrição imediata, calcada na suposta proteção do bem-estar da criança a ser gerada, a exemplo da Europa, em oposição ao amplo reconhecimento do direito de ter filhos, com base na proteção da privacidade, inexistindo, portanto, distinção se por meio de relação sexual ou tecnologias conceptivas, como é o caso dos Estados Unidos. No entanto, em que pese a formação dessas duas linhas de entendimento, na América Latina, optou-se, ao menos, num primeiro momento, pelo ocultamento dessas questões, sendo que o tardio debate legislativo brasileiro tem-se inclinado ao entendimento adotado em alguns países europeus.

Se, por um lado, os avanços da biotecnociência foram responsáveis por profundas alterações nas relações familiares contemporâneas, por outro, seria excessivo lhes imputar todas as modificações sofridas pela família moderna, como o divórcio, as uniões homoafetivas e a monoparentalidade. Ao contrário, o surgimento da reprodução assistida que, num primeiro momento, seria capaz de ampliar os meios de constituição da família monoparental, antes restritos às vicissitudes da vida, parece não ter surtido impacto social relevante. Assim, a possibilidade de constituição de famílias monoparentais através da utilização individual das técnicas de reprodução assistida não foi imediatamente acatada pela sociedade, o que, por sua vez, refletiu na frenagem pelo direito no uso dessas tecnologias para esses fins.

A despeito das pretensões de limitações de uso, altamente discutidas no meio acadêmico e legislativo, é indiscutível o velamento das práticas de reprodução assistida no Brasil, o que propicia um campo aberto à consecução de interesses individuais ou de casais que desejam ter filhos, fruto da inexistência de regulamentação jurídica e da concentração dos centros especializados no setor de saúde privado. Certo é, que nessa área, há uma dissociação entre a pretensão regulamentar, as poucas regras existentes sobre o assunto e as práticas diárias verificadas nas clínicas especializadas.

Contudo, é a própria atividade de (re)interpretação do tecido normativo que tem permitido o retorno das discussões sobre o tema, que, se não fosse a inexistência de regulamentação, pareciam solucionados, ao menos do ponto de vista de moral cristã, que não admite a utilização dessas tecnologias por casais homoafetivos e pessoas solteiras com *animus* de constituir família, ainda que monoparental. Desse modo, infere-se do próprio texto da Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996, que regulamentou o art. 226, parágrafo 7º da Constituição de 1988, a ampliação e o novo entendimento do direito ao planejamento familiar no país. Ademais, ao incluir “a assistência à concepção e contracepção”, devendo, para tanto, serem oferecidos “todos os métodos e técnicas [...] cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção”, nos respectivos artigos 3º, parágrafo único, I e 9º, permitiu que se incluíssem as novas tecnologias reprodutivas como possíveis recursos à concepção.

No entanto cabe perquirir ainda se é possível aplicar tais dispositivos em relação à todas as pessoas, independentemente de pertencerem as entidades familiares mencionadas no art. 226 do CRFB/1988 ou se é dispensável a previsão na *lex matter*, adotando-se a exemplificatividade do rol, e, por fim, qual deve ser o entendimento dado ao termo “casal” presente no artigo 226, parágrafo 7º, visto que a partir dessa interpretação, literal ou sistêmica, os efeitos e conseqüências daí advindos serão espraiados em toda a análise da matéria. Vale lembrar, entretanto, que o artigo 1º da Lei complementar sobre planejamento familiar declara expressamente ser direito de todo

cidadão, não permitindo, portanto, fazer ressalvas acerca das pessoas elegíveis às técnicas de reprodução assistida, mesmo que individualmente consideradas e com fins à instituição da monoparentalidade, de forma planejada e consciente, entendimento não comungado, contudo, com grande parte da doutrina pátria.

No Brasil, o reconhecimento social e jurídico da família monoparental foi contemporâneo à disseminação das técnicas de reprodução assistida. Contudo, indiferentes à possibilidade de planejamento da monoparentalidade, alguns autores argumentam que permitir sua constituição artificialmente, ou seja, por opção livre e consciente do genitor individual, seria uma forma de estimular à sua formação, o que defendem não ser o objetivo do dispositivo constitucional. Até hoje poucos são os autores que incluem dentre o rol de causas constitutivas da monoparentalidade, a pessoa solteira que faz uso da procriação artificial, sendo comum encontrar resistência ainda maior quando se trata do homem solteiro elegível, em razão da necessidade do recurso à “barriga de aluguel”, assunto ainda longe de consenso político-social e já fortemente restringido pela resolução n. 1.358, de 11 de novembro de 1992, do Conselho Federal de Medicina.

Além disso, ponto nodal na restrição à elegibilidade de homens e mulheres solteiras encontrada no encaminhamento político dado aos projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional, é a controversa existência do direito da futura criança à biparentalidade, baseada na doutrina do melhor interesse da criança.

Sob outra via, diante da tutela da autonomia reprodutiva, assentada na recente afirmação histórica dos direitos reprodutivos e sexuais no campo dos direitos humanos fundamentais, e da ampliação do alcance do direito ao planejamento familiar ao aspecto conceutivo, deve-se indagar até que ponto é possível limitar estes direitos em confronto com o direito à biparentalidade? E se este não decorre do princípio do melhor interesse da criança, existe fundamento legal, e quais são estes, para a exigência da figura materna e paterna para a utilização de técnicas de reprodução assistida, especialmente face à inexigibilidade nos casos de adoção? Resta ainda saber se as causas de constituição da família monoparental somente podem ser derivadas de infortúnios da vida e não de uma decisão autônoma e consciente do eventual genitor.

A afirmação da autonomia reprodutiva dentro do ordenamento jurídico nacional, mesmo que por via oblíqua, e o reconhecimento do aspecto conceutivo (ou positivo) do direito ao planejamento familiar embasam a existência de um direito à procriação, que embora ainda questionável seu *status* jurídico dentro do ordenamento pátrio, se mera faculdade, direito subjetivo ou direito fundamental, tendenciosa tem sido a doutrina em acatar o último enquadramento. O que, em princípio, poderia aparentar um *locus* normativo condizente com a tutela da reprodução humana pretendida, e, conseqüentemente, traduzir-se em proteção adequada, não tem alterado substancialmente os limites jurídicos do exercício desse direito, eis que o colocam dentre os direitos humanos fundamentais mais relativizados frente à colisão com os demais, restando-lhe posição desprivilegiada na ponderação destes, em que pese a sua consideração como uma das manifestações dos direitos fundamentais.

Diante deste contexto, as possibilidades e alternativas geradas pelas técnicas de reprodução assistida criaram as mais profundas inquietações éticas e jurídicas, a partir do momento que se artificializou o ato de procriar, mas, sobretudo,

quando grupos sociais, historicamente minoritários e excluídos - a exemplo de casais homoafetivos e os solteiros, enxergaram a possibilidade de realização parental e, conseqüentemente, de constituição familiar por intermédio das técnicas procriativas artificiais.

Esta possibilidade fática aos poucos vai se revelando como uma questão de aceitabilidade social e extensão do legítimo reconhecimento de princípios e normas já presentes em convenções e declarações internacionais e no ordenamento nacional, ainda que implicitamente.

3.2. O consentimento na reprodução assistida

A revolução biotecnológica em curso, aliada à alteração do centro do ordenamento jurídico de sujeito de direito abstratamente considerado, para o indivíduo concreto, pôs em debate a necessidade de alteração da concepção de autonomia, com a reconstrução das antigas categorias do direito privado, visto que não dão conta das situações fático-sociais que surgem a cada momento, como a engenharia genética, reprodução assistida, entre outras.

Influenciadas por tais alterações da realidade social e, conseqüentemente, no universo jurídico, as searas bioética e do biodireito foram tomadas por profundas mudanças, com expressão principalmente na relação médico-paciente. Mesmo que timidamente, iniciou-se o processo de desconsideração do médico paternalista hipocraticamente considerado – cujo papel era o de sempre tomar decisões pelo paciente – para dar lugar ao diálogo entre eles, sendo este chamado à participação ativa na tomada de decisões.

O respeito às pessoas e a sua vontade é o fundamento legitimador da exigência do consentimento do indivíduo submetido às técnicas reprodutivas postas no mercado ou da pessoa diretamente afetada pelo recurso médico, baseando-se no “dever moral de não agir contra a vontade de um indivíduo e no respeito à dignidade da pessoa humana”.

Dessa forma, com a existência, sob o prisma bioético, da primazia do princípio moral do respeito à autonomia do paciente envolvido numa intervenção clínica, difunde-se a crença generalizada de que o indivíduo tem capacidade e “direito à escolha autônoma”, devendo-se, ao menos, se considerar, na diáde médico-paciente, a decisão como compartilhada. Difere-se, então, da abordagem legal comumente utilizada que desloca o foco das preocupações para a assunção da responsabilidade médica, ainda que se assegure os direitos do paciente, posto que seriam os médicos que assumiriam os riscos pelas falhas do procedimento clínico.

Ocorre que, com a assunção da noção participativa do indivíduo que busca algum provimento clínico, necessariamente ter-se-á que ser feita uma releitura das responsabilidades antes imputadas ao mesmo, visto que, como já prelecionou Immanuel Kant, o sujeito que é capaz de fazer suas livres escolhas fundamentando-as em princípios morais por ele escolhidos também livremente, afigura-se plenamente apto a ser, por conseguinte, responsabilizado pelos caminhos para os quais se direcionar.

Desse modo, por tal consentimento requerer, assim, sempre um deslinde participativo entre médico e progenitores, haverá sensível influência na delimitação e gradação das responsabilidades - ainda indefinidas - em caso de insucesso e/ou falha das técnicas de reprodução assistida. Como bem observa Worthington, “[...] a validade ética do consentimento livre e esclarecido não depende da palavra escrita, mas da qualidade da interação entre um paciente e um especialista. Formalizar o registro é apenas uma parte do processo [...]”.

Sob essa via, diante da modificação do paradigma assumido, buscou-se a determinação de certos critérios para o exercício juridicamente seguro e eficaz do princípio moral de respeito à autonomia dos participantes, em que somente poderiam ser válidas suas vontades manifestadas caso o emitente fosse plenamente capaz, houvesse recebido todas as informações pertinentes para sua situação, entendido e questionado-as, sem, ainda, ter sido vítima de qualquer espécie de coação, independente da forma e grau.

Assim, estabeleceram-se como elementos do consentimento a capacidade para consentir, informação ou esclarecimento, compreensão dos dados expostos e voluntariedade, não só para participar, mas também para se retirar da pesquisa/procedimento a qualquer momento. Além disso, acrescenta-se que ele deve ser exercido por meio de um processo contínuo e ininterrupto, através do qual a interação entre os participantes deve permanecer mesmo após a assinatura de algum documento escrito que venha a formalizá-lo, não sendo a forma solene parte integrante de sua essência.

Neste íterim, foram internacionalmente estabelecidas inúmeras declarações, tais como a de Helsinque, da Associação Médica Mundial e as Diretrizes Internacionais para Pesquisa Biomédica em Seres Humanos, visando a regulamentação da participação e deliberação pelo paciente na ocorrência de pesquisas médicas, ou seja, do exercício de sua liberdade e disponibilidade sobre o próprio corpo, por meio do termo de consentimento livre e esclarecido.

Seguindo esta linha, o Conselho Federal de Medicina Brasileiro (CFM) adotou oficialmente, em 1975, a Declaração de Helsinque, sendo esta seguida de inúmeros outros documentos de regulamentação deontológicos, e, em 1996, foi editada a Resolução 196, que unificou e substituiu as anteriores, utilizando a denominação termo de consentimento livre e esclarecido.

Não obstante isso, afora as normas sobre pesquisa médica, tendo em vista as peculiaridades das circunstâncias que envolvem as práticas de reprodução assistida e o intenso trabalho por mais de duas décadas de juristas e cientistas sociais na busca pela compreensão deste fenômeno, o CFM estabeleceu no ano de 1992 a Resolução 1.358, com o fito de regrá-la eticamente, sob a terminologia apenas de termo de consentimento informado.

Contudo, inobstante haja regramento do procedimento relativo ao termo por meio de resoluções, a ausência de tratamento uniforme através normas de eficácia cogentes que deveriam advir dos Projetos-lei há anos em vagarosa tramitação no Congresso Nacional, só contribuem para o agravamento da, extremamente comum, confusão que os especialistas fazem quando do momento da obtenção do consentimento dos participantes de um ciclo de reprodução assistida. Este se afigura, muitas vezes, como

um subterfúgio de simples documento assinado, que mais se assemelham a contratos de adesão do que ao real processo de obtenção do consentimento, que se dá por meio da exposição e fornecimento de informações importantes sobre “[...] os riscos e benefícios previstos e os procedimentos alternativos disponíveis ou as séries de tratamento que podem ser vantajosas [...]”. Com efeito, a insuficiência de informações prestadas pelos profissionais fere diretamente a validade do consentimento.

A despeito de ser impossível uniformizar a elaboração dos termos de consentimento informado, em virtude das peculiaridades do caso clínico e dos sujeitos envolvidos, é preciso traçar parâmetros que assegurem que as relações se tornem juridicamente mais seguras tanto para os pacientes, quanto para os médicos. A inexistência de regulamentação e diretrizes básicas que guiem a obtenção do consentimento das pessoas que se submetem à reprodução assistida tem gerado inúmeras distorções, sobretudo quanto à especificação de direitos e deveres, em que se verifica o arbítrio na determinação de seu conteúdo pelas clínicas sobre as demais partes integrantes dos termos. Tende a, inadequadamente, aproximar tal procedimento de autogestão cooperativa da lógica contratual, prejudicando potencialmente o diálogo e limitando o exercício da efetiva liberdade existencial.

Posto isso, verifica-se que nas relações decorrentes das práticas de reprodução assistida, seja pela grande demanda social face às técnicas ofertadas, seja diante dos bens que o consentimento nelas expressado envolve – ingerência médica no corpo de ambos os progenitores e, ainda, sobre o futuro embrião – intensificam-se a todo o momento questionamentos a respeito dos critérios de validade da vontade firmada nos termos de consentimento informado, e das possíveis conseqüências e responsabilização em caso de invalidade, já que um dos bens sobre o qual recaiu a disponibilidade é um zigoto implantado no útero materno.

A assunção de riscos pelos futuros progenitores ainda é algo que pode ser caracterizado como obscuro, visto que, tem-se desconsiderado todas as peculiaridades do exercício de uma liberdade sobre bens integrantes de direitos da personalidade, para simplesmente tratá-la como autonomia patrimonial, em que o indivíduo que consente estaria a assumir os todos riscos comunicados ou previsíveis.

Vê-se também que ainda não se desenvolveram estudos jurídicos suficientes acerca da transferência da responsabilidade, em caso de insucesso das práticas, para o material genético, máquinas ou técnicas, quando há afirmações nos termos de que eles podem ser decorrentes de óvulos de baixa qualidade, esperma ausente, ou falha das técnicas. Da mesma forma, são os termos ausentes de qualquer objetividade, visto que alguns chegam a considerar um risco desconhecido como nulo, possivelmente maculando a vontade expressada.

Diante de tal panorama, o que se verifica é o crescente desvirtuamento dos termos de consentimento informado utilizados nas clínicas de reprodução assistida, cujas características assemelham-no a um contrato de adesão redigido em prol unicamente da equipe médica, representante do que se costuma nomear de Medicina Defensiva.

Desse modo, ainda se está longe de obter um consenso sobre a delimitação da responsabilidade jurídica dos atores envolvidos na reprodução assistida e a validade dos acordos que estabelecem entre si. Assim, enquanto alguns enxergam os termos como

instrumentos que visam afastar a responsabilidade da equipe médica, outros mitigam tal visão, indo além ao propor um processo informacional contínuo entre os médicos e aqueles que desejam ter filhos, o qual se desenvolve dinamicamente durante todo o diálogo, admitindo, inclusive, a precariedade de tais autorizações.

Diante deste cenário, fato se torna indubitável que nem a legalidade dos procedimentos, nem a validade das autorizações nem a extensão da responsabilidade dos envolvidos (médicos, hospitais e clínicas, planos e seguros de saúde, doadores, pacientes, etc.) estão claramente estabelecidos, em que pese estes atos estejam sendo praticados. Essencial é, portanto, saber os critérios que devem pautar os procedimentos de forma a minimizar os efeitos da insegurança jurídica, atendo-se ainda para o fato de que não há a possibilidade de se aplicar o raciocínio lógico de responsabilização desenvolvido para os negócios jurídicos, em que o indivíduo conscientemente abdica de sua liberdade e se auto-responsabiliza, suportando as conseqüências.

Considerações finais

A aceitação da existência do princípio da autonomia reprodutiva, que primeiramente se deu na seara bioética, para, posteriormente, expressar-se concretamente no meio jurídico, trouxe consigo, inevitavelmente, a sombra da insegurança jurídica. Independente da possibilidade de seu conteúdo normativo poder ser extraído de uma infinidade de normas jurídicas, como a própria Constituição, convenções internacionais, leis ordinárias e resoluções de cunho deontológico, o fato de interagir com as mais variadas situações sociais, para as quais inexistente ainda qualquer espécie de regulamentação específica, significaria, para parte da doutrina, o seu desvalor e, até mesmo, a razão para a impossibilidade de seu acatamento, por ser completamente diverso da noção clássica de autonomia privada.

No entanto, a valorização no ordenamento dos direitos da personalidade torna imperiosa a necessidade de amparo das relações envolvendo não somente bens de cunho patrimonial, mas também sem apreciação econômica, ainda, que, não raras às vezes, percebe-se que o exercício da nova esfera de autodeterminação dos sujeitos concretos seja feito de modo concorrencial, visto que a autonomia individual integra as relações de caráter negocial e existencial, com conteúdo patrimonial ou extrapatrimonial, encontrando, contudo, seu fundamento e limitação tão-somente na efetivação de um valor constitucional.

Assim, a análise dos contornos da autonomia privada frente aos desafios da regulamentação e das práticas de reprodução assistida permite concluir pela dupla feição da autonomia na reprodução assistida, pois, de um lado, identifica-se o inegável direito à reprodução e, conseqüente, parentalidade, individual ou não, e, de outro lado, a restrição à autonomia negocial quando de sua expressão nos termos de consentimento informado utilizados pelas clínicas de reprodução assistida, ambos em razão da especificidade e pessoalidade dos bens em foco. Sem embargos, o fenômeno da reprodução assistida possibilita enxergar a concorrencialidade de intenções e vontades,

visto que se concretiza um aspecto do desenvolvimento da personalidade – a parentalidade, exterioriza uma relação onerosa e multilateral.

Desse modo, a cláusula geral de tutela da pessoa, representada pelo princípio da dignidade da pessoa humana, convoca os juristas à efetivamente enfrentarem tais questões e não apenas vedar-lhes aplicação sob o argumento da ocorrência de insegurança jurídica e fragilidade de seu conteúdo, posto que o fundamento da autonomia reprodutiva é inegavelmente constitucional, além de ganhar reforço com o desenvolvimento do entendimento dos direitos reprodutivos e do direito ao planejamento familiar.

Assim, aponta-se que:

1. Cabe ao direito, particularmente a atividade jurisprudencial, efetuar a delimitação da extensão e limites do exercício da vida reprodutiva, seja no aspecto contraceptivo ou conceptivo, confrontando, se for o caso, com os direitos da possível criança a ser gerada, tendo em vista seu melhor e prioritário interesse, sem, contudo, desconsiderá-lo aprioristicamente. Não basta o puro reconhecimento da autonomia reprodutiva, é necessário viabilizar sua aplicabilidade, para que, sobretudo diante da colisão de valores fundamentais constitucionais, não se torne um mero discurso retórico, desprovido de eficácia substancial.

2. Assim como às questões ligadas à sexualidade, o campo da reprodução deve ser encarado como um dos espaços mais íntimos da pessoa humana, domínio pertencente à reserva de intimidade dos sujeitos ou de casais, ainda que se reporte a eleição da via conceptiva artificial para a concretização do projeto parental. Nessa esteira, a tutela jurídica a incidir deve ser mínima, mas capaz de assegurar a dignidade e integridade psicofísica dos envolvidos – os que querem gerar e os que serão gerados, o que não se confunde com obrigatoriedade de biparentabilidade heterossexual.

3. O recente reconhecimento dos direitos reprodutivos como direitos humanos fundamentais na esfera internacional e do direito ao planejamento familiar, estabelecido no art. 227, § 6º da Constituição da República de 1988, fortalece o reconhecimento do princípio da autonomia reprodutiva, que, por sua vez, reforça a existência de um direito fundamental à reprodução, e, ambos, respeitados os princípios da liberdade e da igualdade, não permitem a restrição, com base em gênero ou formas de conjugalidade, à utilização das técnicas de reprodução assistida, descabendo, portanto, a limitação, em razão única e exclusivamente do estado civil, sobretudo quando houver induvidosa intenção de constituir uma família, ainda que seja monoparental.

4. Funda-se o termo de consentimento na essencialidade da autonomia dos partícipes do tratamento, servindo como uma forma de resguardar os profissionais e outros

integrantes destas relações advindas da aplicação dos métodos conceptivos artificiais, na tentativa de antever seus possíveis efeitos. O consentimento informado espelha a esfera de liberdade dos indivíduos - a autonomia privada, constituindo o principal instrumento jurídico posto à disposição das pessoas envolvidas nessas práticas.

5. Em vista da nova posição ocupada pelos genitores na relação médico-paciente, estabelece-se, com o fito de evitar distorções, requisitos mínimos para a aferição de validade do consentimento, devendo o partícipe ter capacidade civil; ser informado, de forma clara e objetiva, dos benefícios, malefícios e técnicas alternativas; compreender os dados expostos em profundidade razoável; e, poder desistir do prosseguimento do procedimento sempre que desejar. Ainda, tal interação afigura-se como algo contínuo e ininterrupto, representando uma gestão cooperativa dos atos, e não a assunção de responsabilidades apenas por um ou outro integrante.

Desse modo, embora o princípio da autonomia reprodutiva possua dupla feição, carecendo ainda de estudos específicos sobre os conflitos sob sua incidência, a exemplo dos problemas da elegibilidade individual e lavratura dos termos de consentimento informado, é inegável que seu fundamento pode ser extraído da própria Constituição, ainda que de modo implícito, o que enseja reconhecer que embora não característico da concepção de autonomia clássica do direito civil tradicional, cada indivíduo deve ter o poder de tomar as decisões fundamentais sobre sua própria vida reprodutiva, sem interferências do Estado ou de terceiros, à luz da dignidade da pessoa humana, da privacidade e da liberdade.

Referências

ALMEIDA, José Luiz Telles. *Respeito à Autonomia do Paciente e Consentimento Livre e Esclarecido: Uma Abordagem Principlista da Relação Médico-Paciente*. 1999. 139 f. Tese (Doutorado em Ciências da Saúde). Escola Nacional de Saúde Pública / Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro, 1999.

ANDANDA, Pamela. Consentimento livre e esclarecido. In: DINIZ, Débora; GUILHEM, Dirce; SUGAI, Andréa; SCHÜKLENK, Udo (Orgs.). *Ética em pesquisa: experiência de treinamentos em países sul-africanos*. Tradução de Ana Terra Mejia Munhoz, Débora Diniz e Lara de Paula. 2. ed., rev. e ampli., Brasília: LetrasLivres e Editora UnB, 2008.

ÁVILA, Maria Betânia de Melo. Modernidade e cidadania reprodutiva. In: ÁVILA, Maria Betânia de Melo; BERQUÓ, Elza. *Direitos reprodutivos: uma questão de cidadania*. Brasília: Centro Feminista de Estudos e Assessoria - CFEMEA, 1994.

BARBOZA, Heloisa Helena. Reprodução humana como direito fundamental. In: Carlos Alberto Menezes Direito; Antônio Augusto Cançado Trindade; Antônio Celso Alves Pereira. (Org.). *Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo*. 1. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. Reflexões sobre a autonomia negocial. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luis Edson (coord.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. Reprodução Assistida e o novo Código Civil. In: SÁ, Maria de Fátima Freire; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). *Bioética, biodireito e o Código Civil*. Belo horizonte: Del Rey, 2004.

_____. *A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização “in vitro”*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

BETTI, Emílio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Tradução Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003.

BHUTTA, Zulfiqar A.. Beyond informed consent. *Bull World Health Organ*, Genebra, v. 82, n. 10, 2004, Oct., p. 771-772. Disponível em:

[i_arttext&pid=S004296862004001000013&lng=en&nrm=iso](#)>. Acesso em: 08 Mar. 2009

CORRÊA, Marilena Villela. *Novas tecnologias reprodutivas: limites da biologia ou biologia sem limites?* Rio de Janeiro: EdUERJ, 2001.

COSTA, Demian Diniz da. *Famílias monoparentais: reconhecimento jurídico*. Rio de Janeiro: AIDE, 2002.

COSTA, Sérgio. DINIZ, Débora. Direitos de pacientes na tomada de decisão. In: *Ensaio: Bioética*. São Paulo: Brasiliense; Brasília: Letras Livres, 2006.

DINIZ, Debora; GUILHEM, Dirce. *O que é bioética*. São Paulo; Brasiliense, 2006a.

_____. Quem pode ter filhos? In: DINIZ, Debora; COSTA, Sérgio. *Ensaio: Bioética*. São Paulo: Brasiliense; Brasília: Letras Livres, 2006b.

_____. Tecnologias reprodutivas no debate legislativo. In: *MultiCiência (UNICAMP)*, n. 6, maio, 2006.

_____; COSTA, Rosely Gomes. Infertilidade e Infecundidade: Acesso às Novas Tecnologias Conceptionais. In: *Série Anis*, n. 37, Brasília: Letras Livres, 2005.

_____. Autonomia reprodutiva: um estudo de caso sobre a surdez. In: *Cadernos de Saúde Pública*, v. 19, n. 1, Rio de Janeiro, 2003.

_____. Bioética: fascinación y repulsión. *Acta bioethica*, Santiago, v. 8, n. 1, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. In: FACHIN, Luiz Edson (coord.). *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

FERNANDES, Carolina Fernández; PITHAN, Livia Haygert. O consentimento informado na assistência médica e o contrato de adesão: uma perspectiva jurídica e bioética. In: *Revista Hospital das Clínicas de Porto Alegre*, v. 27, n. 2, 2007.

GOLDIM, José Roberto. *O processo de consentimento informado numa perspectiva além da autonomia*. In: II Seminário sobre Ética em Pesquisa [recurso eletrônico]: 29/06 – 01/07. Pró-Reitoria de Pesquisa, Pós-Graduação, Extensão e Cultura, Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí: UNIVALI, 2004.

HARDY, Ellen; BENTO, Silvana Ferreira; OSIS, Maria José Duarte; HEBLING, Eliana Maria. Consentimento Informado na Pesquisa Clínica: Teoria e Prática. In: *Revista Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia*, Rio de Janeiro, v. 24, n. 6, jul., 2002, p. 409-410.

HESSE, Konrad. *Derecho constitucional y derecho privado*. Civitas: Madrid, 1995.

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

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Filiação e reprodução assistida - Introdução ao tema sob a perspectiva civil-constitucional. In: *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MENEGON, Vera Mincoff. Consentindo ambigüidades: uma análise documental dos termos de consentimento informado, utilizados em clínicas de reprodução humana assistida. In: *Cadernos de Saúde Pública*, v. 20, n. 3, Rio de Janeiro, 2004.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. O princípio da Dignidade Humana. In MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PAUL, Ana Carolina Lobo Gluck. *Limites À Autonomia Privada*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008.

PEREIRA, André Gonçalves Dias. *O Dever de Esclarecimento e a Responsabilidade Médica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano, 94, v. 839, set., 2005.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 3. ed., rev. e ampl., Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PIOVESAN, Flavia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2003.

PIOVESAN, Flávia; PIROTTA, Wilson R. Buquetti. Direitos Reprodutivos e o Poder Judiciário no Brasil. In: OLIVEIRA, Maria Coleta; ROCHA, Maria Isabel Baltar da (orgs.). *Saúde reprodutiva na esfera pública e política na América Latina*. Campinas, SP; Unicamp/Nepo, 2001.

QUEIROZ, Arryanne. Tecnologias Reprodutivas e Direito: algumas conexões. In: DINIZ, Debora; BUGLIONE, Samantha (Eds.). *Quem pode ter acesso às tecnologias reprodutivas? Diferentes perspectivas do direito brasileiro*. Brasília: Letras Livres, 2002.

SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada. In: *Boletim científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, ano 4, n. 14, Brasília: ESMPU, jan./mar., 2005.

_____. Legalização do Aborto e Constituição. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia. *Nos Limites da Vida: Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a Perspectiva dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SCHRAMM, Firmim Roland. A autonomia Difícil. In: *Bioética*, v. 6, n. 1, Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998.

SILVA, Denis Franco da. O princípio da autonomia: da invenção à reconstrução. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. *Princípio de direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SILVA, Susana Manuela Ribeiro Dias da. Consentir incertezas: o consentimento informado e a (des)regulação das tecnologias de reprodução assistida. In: *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 24, n. 3, mar. 2008. p. 527-528.

TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e direito civil. In: *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, ano 4, n. 4 e ano 5, n. 5, Campos dos Goytacazes: FDC, 2003-2004.

_____. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: *Temas de Direito Civil*. 3 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

Sobre o domínio da teoria principialista nas duas primeiras décadas após a consolidação acadêmica da bioética nos anos setenta do século passado, vide DINIZ, Debora; GUILHEM, Dirce. *O que é bioética*. São Paulo; Brasiliense, 2006, p. 25-33.

Sobre o tema é indispensável a leitura de SARMENTO, Daniel. Legalização do Aborto e Constituição. In: SARMENTO, Daniel. PIOVESAN, Flávia. *Nos Limites da Vida: Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a Perspectiva dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

Estabelecidos internacionalmente com a Conferência do Cairo sobre População e Desenvolvimento de 1994 e reiteradas pela de Pequim (Beijing) sobre as mulheres em 1995. Para análise detalhada remete-se: PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 237-276.

BARBOZA, Heloisa Helena. Reflexões sobre a autonomia negocial. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luis Edson (coord.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 408.

Id. Ibid., p. 414.

TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 311.

BARBOZA, Heloisa Helena. *Op. cit.*, p. 409.

SCHRAMM, Firmim Roland. *A autonomia Difícil*. In *Bioética*, v. 6, n. 1, Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998, p. 31.

SCHRAMM, Firmim Roland. *Op. cit.*, p. 27.

BETTI, Emílio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Tradução Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003, p. 225.

Id. Ibid., p. 234.

SCHRAMM, Firmim Roland. *Op. cit.*, p. 33.

TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e direito civil. In *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, ano 4, n. 4 e ano 5, n. 5, Campos dos Goytacazes: FDC, 2003-2004, p. 167-174.

SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada. In: *Boletim científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, ano 4, n. 14, Brasília: ESMPU, jan./mar., 2005, p. 212.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: *Temas de Direito Civil*, 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 49-51.

HESSE, Konrad. *Derecho constitucional y derecho privado*. Civitas: Madrid, 1995, p. 87.

FACHIN, Luiz Edson. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. In: FACHIN, Luiz Edson (coord.). *Repensando os fundamentos do direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 35.

PAUL, Ana Carolina Lobo Gluck. *Limites À Autonomia Privada*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 42

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 121.

BARBOZA, Heloisa Helena. *Op. cit.*, p. 413.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da Dignidade Humana. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 43.

Id. Ibid., p. 43.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 3. ed., rev. e ampl., Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 18-19.

Id. Ibid., p. 33.

Da mesma forma ensaia Denis Franco da SILVA que “Quanto às situações de caráter existencial, percebe-se a tendência identificada com um incremento desta autonomia. Já no que se refere a situações de caráter patrimonial, parecem estabelecer-se medidas limitadoras de maior alcance” (O princípio da autonomia: da invenção à reconstrução. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. *Op. cit.*, p. 142.).

SARMENTO, Daniel (2005). *Op. cit.*. p. 204.

Id. Ibid., p. 207-212.

ALMEIDA, José Luiz Telles. *Respeito à Autonomia do Paciente e Consentimento Livre e Esclarecido: Uma Abordagem Principlista da Relação Médico-Paciente*. 1999. 139 f. Tese (Doutorado em Ciências da Saúde). Escola Nacional de Saúde Pública / Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro, 1999, p. 87.

BARBOZA, Heloisa Elena. *Op. cit.*, p. 414.

Diniz, Debora; Guilhem, Dirce. *Op. cit.*, p. 40-41.

Id. Ibid., p. 34 e 37. A teoria dos quatro princípios, como também é conhecida a teoria principlista, foi formulada por Tom Beauchamp e James Childress, nos Estados Unidos, e assim foi batizada por fundar-se nos princípios éticos da beneficência, não-maleficência, autonomia e justiça, considerados “dogmas” na mediação dos conflitos práticos da biomedicina.

ÁVILA, Maria Betânia de Melo. Modernidade e cidadania reprodutiva. In: ÁVILA, Maria Betânia de Melo; BERQUÓ, Elza. *Direitos reprodutivos: uma questão de cidadania*. Brasília: Centro Feminista de Estudos e Assessoria - CFEMEA, 1994, p. 9.

A primitiva noção de direitos reprodutivos, se é que assim se pode denominar, refletia, nas palavras de Maria Betânia de Melo ÁVILA, “[...] a tensão entre a maternidade obrigatória, concebida como elemento de dominação do homem em relação à mulher, e a contracepção, entendida como forma de libertação”. Nesse contexto, o atual entendimento desses direitos, em sentido negativo e positivo, deve-se, segundo a autora, a “redefinição do pensamento feminista sobre a liberdade reprodutiva”, posto que “a concepção e o exercício da maternidade eram possibilidades que, do ponto de vista

moral, já estavam dadas, inclusive como prerrogativas fundamentais ou essenciais da existência das mulheres” (*Id. ibid.*, p. 9)

Esclarece Flavia PIOVESAN que os direitos reprodutivos correspondem a uma gama diversificada de casos, como o aborto, o adultério, a esterilização cirúrgica, estupro, dentre outros, ressaltando, por isso, que a “abrangência do tema dos direitos reprodutivos dificulta a pesquisa sistemática” (PIOVESAN, Flávia; PIROTTA, Wilson R. Buquetti. *Direitos Reprodutivos e o Poder Judiciário no Brasil*. In: OLIVEIRA, Maria Coleta; ROCHA, Maria Isabel Baltar da (orgs.). *Saúde reprodutiva na esfera pública e política na América Latina*. Campinas, SP; Unicamp/Nepo, 2001, 157). Sustenta, desse modo, que “o conceito de direitos reprodutivos tem sido assim ampliado, no sentido de abarcar todo o campo relacionado com a reprodução e sexualidade humanas, passando a compreender direitos reprodutivos e sexuais, concebidos no âmbito dos direitos humanos” (PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 2. ed., São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 242).

PIOVESAN, Flávia. *Op. cit.*, p. 272.

PIOVESAN, Flávia. *Op. cit.*, p. 272.

LINHARES, Leila. As Conferências das Nações Unidas influenciando a mudança legislativa e as decisões dos Poder Judiciário. In: *Seminário “Direitos Humanos: Rumo a uma Jurisprudência da Igualdade*. Belo Horizonte, de 14 a 17 de maio de 1988, *apud*, PIOVESAN, Flávia. *Op. cit.*, p. 242.

Programme of action of the UNICPD. Reproductive rights and reproductive health: basis for action, item 7.2, *apud*, PIOVESAN, Flávia. *Op. cit.*, p. 243.

SARMENTO, Daniel (2007). *Op.cit.*, p. 43-44.

DINIZ, Debora. Autonomia reprodutiva: um estudo de caso sobre a surdez. In: *Cadernos de Saúde Pública*, v. 19, n. 1, Rio de Janeiro: , 2003, p. 177.

DINIZ, Debora; GUILHEM, Dirce. *Op. cit.*, p. 33.

Id. Ibid., p. 33.

DINIZ, Debora. *Op. cit.*, p. 179.

Sobre o caráter relativo dos princípios mediadores - autonomia ou beneficência - da bioética, vide DINIZ, Debora. Bioética: fascinación y repulsión. *Acta bioethica*, Santiago, v. 8, n. 1, 2002, p. 42-43. Disponível em: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1726-569X2002000100005&lng=es&nrm=iso. Acesso em: 10 Abr. 2009.

Muito já se especulou sobre a proximidade de edição de uma legislação federal sobre reprodução assistida desde a propositura do primeiro projeto de lei n°. 3.638/1993, do então deputado Luiz Moreira, sem, contudo, ultrapassar-se da iminência de aprovação. A iniciar-se do atraso de quase dez anos para o debate legislativo, se adotarmos o nascimento do primeiro bebê de proveta brasileiro como marco temporal, em 1984, até

o período atual, lá se vão mais de vinte anos à espera de atuação do legislativo. Atualmente, o que se encontra em estágio mais avançado é o 1184/2003, proveniente do Senado Federal. Sua versão inicial é de autoria do senador Lúcio Alcântara sob o n.º. 90, de 1999, sendo relator o senador Roberto Requião, na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. Ver DINIZ, Débora. Tecnologias reprodutivas no debate legislativo. In: *MultiCiência (UNICAMP)*, n. 6, maio, 2006, p. 2; e, BARBOZA, Heloisa Helena. Reprodução Assistida e o novo Código Civil. In: SÁ, Maria de Fátima Freire; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). *Bioética, biodireito e o Código Civil*. Belo horizonte: Del Rey, 2004, p. 242-243.

Em sede de presunção de paternidade, o tema foi parcialmente regulado pelo Código Civil de 2002 no art. 1.597, incisos II, IV e V, enquanto o art. 5º, incisos e parágrafos, da Lei 11.105, de 24 de março de 2005 – Lei de Biossegurança, dispõe sobre a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos via fertilização *in vitro* e não aproveitadas no procedimento médico, tendo, inclusive, sido objeto de ação declaratória de inconstitucionalidade (ADI n. 3.510), na qual os ministros do Supremo Tribunal Federal decidiram ser compatível com a Constituição o dispositivo mencionado.

Há variações quanto à terminologia empregada para expressar a prática do consentimento. Na literatura estrangeira, a denominação mais utilizada é consentimento informado, em sua versão inglesa *informed consent*. No Brasil, não há uniformização terminológica adotada pelas resoluções, assim a Resolução do CNS n. 196/1996, que dispõe sobre ética em pesquisa com seres humanos, optou por consentimento livre e esclarecido como forma de apropriação nacional do conceito. No entanto, a Resolução do CFM n. 1.358/1992, que estabelece normas éticas para a prática clínica de reprodução humana assistida, anterior a primeira e mais específica, emprega a denominação de consentimento informado. Considerando o campo eleito como estudo, essa designação será a adotada como expressão genérica dessa prática, documento ou termo de consentimento informado.

Relatam Debora DINIZ e Rosely Gomes COSTA que “ingenuamente se presumia que somente mulheres e homens inférteis, isto é, aquele com restrições físicas de fertilidade buscariam a Medicina Reprodutiva para reproduzir-se”, eis que “a tranquilidade médica inicial de que somente pessoas inférteis seriam elegíveis às técnicas trazia consigo a premissa moral de que somente pessoas heterossexuais em relação de conjugalidade” seriam os usuários dos serviços de reprodução humana assistida. (Infertilidade e Infecundidade: Acesso às Novas Tecnologias Conceptivas. In: *SérieAnis*, n. 37, Brasília: LetrasLivres, 2005, p. 1-2).

Neste sentido, Debora DINIZ e Rosely Gomes COSTA concluem que “o potencial de mudança trazido pelas tecnologias reprodutivas quanto à reprodução e à sexualidade tem redundado muitas vezes na afirmação de noções convencionais de gênero” (*Op. cit.*, p. 7).

Id. ibid., p. 1.

Marilena Villela CORRÊA observa que “não é possível falar em mudanças significativas em nossos sistemas simbólicos ligados à filiação, ao parentesco e à família, mesmo porque, ao menos num primeiro momento, elas [as tecnologias

reprodutivas] têm atuado no sentido de respeitar e reforçar esses sistemas”(Novas tecnologias reprodutivas: limites da biologia ou biologia sem limites? Rio de Janeiro: EdUERJ, 2001).

Nesse sentido, escreve Debora DINIZ que “de avanços tecnológicos no passado, doação de espermatozoides e gestação de substituição passaram a ser vistas como técnicas imorais que ameaçam a estabilidade dos valores heterossexuais no campo da reprodução biológica e social” (Quem pode ter filhos? In: DINIZ, Debora; COSTA, Sérgio. *Ensaio: Bioética*. São Paulo: Brasiliense; Brasília: Letras Livres, 2006, p. 186-187).

Heloisa Helena BARBOZA, em obra pioneira sobre o assunto, já alertava que a questão do direito a se ter filhos “não tem natureza meramente teórica, visto que tal definição imporá os rumos que se devam dar à matéria”, argumentando que “se entendido como direito fundamental, não há que se criar qualquer impedimento às técnicas que resultem na ausência de um dos genitores, como ocorre na inseminação artificial de mulheres solteira”. (*A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização “in vitro”*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 37-38.)

Sustenta Eduardo de Oliveira LEITE que “Este ‘direito’ invocado é apenas uma faculdade, ou melhor, uma liberdade. [...] Existe uma liberdade de engendrar filhos. Quando a natureza se opõe, o direito médico e social criaram um verdadeiro direito à cura da esterilidade tentando vencer este *handicap* e permitindo o exercício da liberdade de procriar. Entretanto, procriar não é um direito. [...]” (*Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 356).

Relata Heloisa Helena BARBOZA, com base nos ensinamentos de Encarna Roca i TRÍAS, que já na década de oitenta do século passado, época de expansão no uso das técnicas de reprodução medicamente assistida, mais precisamente no ano de 1987, em “[...] consulta ao Comitê Diretor dos Direitos Humanos (CDDH) sobre a existência ou não do direito de procriar, mas precisamente sobre a garantia, na Carta Européia, de um direito absoluto de procriar, incluído no direito à vida’, obteve-se uma resposta negativa do Comitê. Nesse sentido, reconhece a autora que “em sentido estrito, nem a Comunidade Européia, nem Declarações e Convênios Internacionais, reconhecem explicitamente o direito de procriação como tal, mas apenas o ‘de fundar uma família’” (Reprodução humana como direito fundamental. In: Carlos Alberto Menezes Direito; Antônio Augusto Cançado Trindade; Antônio Celso Alves Pereira. (Org.). *Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo*. 1. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 780-781). Essa, inclusive, já havia sido a recomendação do Relatório Warnock, primeiro documento de consulta sobre as tecnologias reprodutivas, tido como marco ético para o debate legislativo internacional, produzido em 1984, na Grã-Bretanha, no qual sugere-se “[...] como uma regra geral, é melhor para as crianças nascerem em uma família composta por pai e mãe, apesar de se reconhecer a impossibilidade de determinar-se ou predizer com certeza com certeza quanto tempo tal relacionamento durará”. QUEIROZ, Arryanne. *Tecnologias Reprodutivas e Direito: algumas conexões*. In: DINIZ, Debora; BUGLIONE, Samantha (Eds.). *Quem pode ter acesso às tecnologias reprodutivas? Diferentes perspectivas do direito brasileiro*. Brasília: Letras Livres, 2002, p. 28-29.

BARBOZA, Heloisa Helena (1993). *Op. cit.*, p. 38.

Segundo Debora DINIZ e Rosely Gomes COSTA (2005) “[...] A questão do acesso foi um debate esquecido na América Latina, em especial na última década quando houve um enorme crescimento das clínicas de reprodução assistida”, e complementam que “[...] foi somente com o início do debate legislativo em diferentes países latino-americanos que o tema da elegibilidade foi seriamente enfrentado como uma das questões centrais à regulamentação do uso e acesso às tecnologias” (*Op. cit.*, p. 1.)

Heloísa Helena BARBOZA (1993) já sinalizava, em obra publicada no mesmo ano do início do debate legislativo brasileiro sobre a reprodução assistida, que, diante dos preceitos esculpidos na Constituição de 1988, parece “mais condizente com nossa ordem constitucional o entendimento do Parlamento europeu” (*Op. cit.*, p. 39).

Prevista expressamente no art. 226, parágrafo 4º da Constituição da República de 1988.

Eduardo de Oliveira LEITE entende ser “precipitado e equivocado [invocar o] art. 226, parágrafo 4º do texto constitucional como argumento legitimador da inseminação artificial da mulher solteira, separada ou divorciada. Enfim, mulher só. O dispositivo constitucional, de forma louvável, apenas inseriu na esfera da proteção estatal, as famílias ‘monoparentais’; em momento algum as reconheceu com vistas a proliferação das mesmas” (*Op. cit.*, p. 356). Registra, ainda, Guilherme Calmon Nogueira da GAMA que “a Constituição não estimula a formação de famílias monoparentais, mas as reconhece”. (Filiação e reprodução assistida - Introdução ao tema sob a perspectiva civil-constitucional. *In: Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 539.)

Aponta Demian Diniz da COSTA que “de uma forma geral, alguns aspectos, ou melhor, algumas causas de monoparentalidade são encontradas em diversas sociedades, tornando-se comum entre diversos países, como, por exemplo, a viuvez, o celibato, o divórcio e a separação”. No entanto, mais a frente, ressalva o autor que “a monoparentalidade planejada merece especial atenção”, como nos casos de adoção e uso de técnicas de reprodução assistida por mulheres solteiras. (*Famílias monoparentais: reconhecimento jurídico*. Rio de Janeiro: AIDE, 2002, pp. 31, 36 e 45-49).

Conforme a resolução dispõe, somente “[...] podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contra-indique a gestação na doadora genética. 1 - As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família da doadora genética, num parentesco até o segundo grau, sendo os demais casos sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina. 2 - A doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.”

Embora haja maior aceitabilidade quanto às mulheres, conforme é possível se depreender dos projetos de lei nºs 1.184/2003, 2.855/1997 e 2.061/2003.

PIOVESAN, Flavia. *Op. cit.*, p. 272.

A interpretação do art. 1º cominado com os artigos 3º, parágrafo único, I e 9º da Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996, de uma vez por todas, superou a restrição conceitual calcada no seu aspecto contraceptivo. Observa, no entanto, Heloisa Helena BARBOZA

(2008) que “[...] à semelhança do verificado em outros países, predominam as ações voltadas para a anticoncepção: as políticas e planos governamentais têm sido notoriamente direcionados para o aspecto negativo do planejamento familiar”. (*Op. cit.*, p. 785)

Art. 42. Podem adotar os maiores de vinte e um anos, independentemente de estado civil.

Para Heloisa Helena BARBOZA (2008), o exame do parágrafo 7º, do artigo 226, da Constituição Federal de 1988, “permite reconhecer a introdução em nosso sistema de denominada ‘autonomia reprodutiva’, sendo assegurado o acesso às informações e meios para sua efetivação, ao se atribuir ao Estado o dever de propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, e ao se vedar qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas”. (*op. cit.*, p. 783).

Defende Heloisa Helena BARBOZA (2008) que “o reconhecimento do direito à reprodução, em seus aspectos positivo e negativo, não pode conferir-lhe caráter absoluto” (*Op. cit.*, p. 786). Guilherme Calmon Nogueira da GAMA também sustenta que o “[...] direito à reprodução não é absoluto - como nenhum direito fundamental também não o é - e, desse modo, somente deve ser exercido dentro dos limites que lhe são impostos pelo próprio ordenamento” (*Op. cit.*, p. 723).

TEPEDINO, Gustavo (2003-2004). *Op. cit.*, p. 172.

COSTA, Sérgio. DINIZ, Débora. Direitos de pacientes na tomada de decisão. In: *Ensaio: Bioética*. São Paulo: Brasiliense; Brasília: Letras Livres, 2006, p. 44-45.

Vale lembrar que qualquer tratamento, assistência ou pesquisa médica requer a obtenção do termo de consentimento livre e esclarecido.

ANDANDA, Pamela. Consentimento livre e esclarecido. In: DINIZ, Débora; GUILHEM, Dirce; SUGAI, Andréa; SCHÜKLENK, Udo (Orgs.). *Ética em pesquisa: experiência de treinamentos em países sul-africanos*. Tradução de Ana Terra Mejia Munhoz, Débora Diniz e Lara de Paula. 2. ed., rev. e ampli., Brasília: LetrasLivres e Editora UnB, 2008, p. 47.

MENEGON, Vera Mincoff. Consentindo ambigüidades: uma análise documental dos termos de consentimento informado, utilizados em clínicas de reprodução humana assistida. In: *Cadernos de Saúde Pública*, v. 20, n. 3, Rio de Janeiro, 2004, p. 846.

Id. Ibid., p. 846.

SCHRAMM, Firmim Roland. *Op. cit.*, p. 32.

Worthington R. Clinical issues on consent: some philosophical concerns. *J. Med Ethics*, 2002; 28:377-80, *apud*, ANDANDA, Pamela. *Op. cit.*, p. 50.

ANDANDA, Pamela. *Op. cit.*, p. 49-50.

ALMEIDA, José Luiz Telles. *Op. cit.*, p. 87.

Acrescenta-se que a despeito da alteração da concepção filosófico-jurídica do conceito de autonomia, fatores sociais influenciaram sensivelmente para a modificação do posicionamento do indivíduo submetido a pesquisas/tratamentos, como os atrozes experimentos médicos cometidos pelas forças Nazistas e Japonesas nos prisioneiros e civis na Europa e Ásia durante a 2ª Guerra Mundial; bem como os escândalos que envolveram o Estudo de Sífilis de Tuskegee e outros 22 projetos de pesquisas médicas, cujas irregularidades éticas foi demonstrada num estudo publicado por Beecher. *Beyond informed consent*. Bull World Health Organ, Genebra, v. 82, n. 10, Oct. 2004 . p. 771-772. Disponível em:

d=S004296862004001000013&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 08 Mar. 2009.

GOLDIM, José Roberto. *O processo de consentimento informado numa perspectiva além da autonomia*. In: II Seminário sobre Ética em Pesquisa [recurso eletrônico]: 29/06 – 01/07. Pró-Reitoria de Pesquisa, Pós-Graduação, Extensão e Cultura, Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí: UNIVALI, 2004, p. 22-23.

É notória a dificuldade dos legisladores pátrios em tratar habilmente os temas bioéticos – não só relativo ao fenômeno da reprodução assistida e a exigência dos termos de consentimento, em função de ser um terreno movediço e tido por muitos congressistas como prejudiciais à vida política em virtude de ser um domínio, por excelência, de pluralidade moral, aliada ao dinâmico processo que envolve a área da biociência nos avanços e descobertas de invólucro ficcional, criam entre os membros da sociedade um dissenso moral majoritário que as leis e o corpo social sempre tentaram afastar.

Sobre a possível descaracterização na utilização do “Termo de Consentimento Informado, da forma como tem sido utilizado na área assistencial”, e sua comparação “[...]a um Contrato de Adesão, visto que possuem características semelhantes, quais sejam: sujeito ativo e sujeito passivo na relação; capacidade civil das partes; ausência de coerção ou liberdade de aceitação; pré-disposição das cláusulas pelo fornecedor do serviço (médico ou hospital) a serem aderidas pelo paciente; manifestação da vontade do aderente (paciente) sumamente reduzida; uma parte predisponente, considerada forte, e outra aderente, considerada fraca; comprometimento da liberdade contratual”. FERNANDES, Carolina Fernández; PITHAN, Livia Haygert. O consentimento informado na assistência médica e o contrato de adesão: uma perspectiva jurídica e bioética. In: *Revista Hospital das Clínicas de Porto Alegre*, v. 27, n. 2, 2007, p. 81.

ANDANDA, Pamela. *Op. cit.*, p. 52.

Segundo Vera Menegon “A reprodução assistida no Brasil é um campo em organização. Cada clínica é responsável pela formulação do texto de seus documentos e os formulários seguem parâmetros gerais, sem modelos oficiais ou obrigatoriedade de uso”. MENEGON, Vera Mincoff. *Op. cit.*, p. 848.

Id. Ibid., p. 849.

Acerca do tratamento bioético sobre responsabilidade médica e dever de esclarecimento, André Gonçalves Dias PEREIRA conclui que em meio a tal situação de incertezas, é preciso ter em mente que “o princípio da justiça impõe que a responsabilidade médica se mantenha dentro de níveis que visem a preservação dos

standards, em termos técnicos e em termos deontológicos, mas que não extravase para uma conflituosidade estéril que em última análise viole os princípios da justiça distributiva e prejudique os próprios pacientes”. (*O Dever de Esclarecimento e a Responsabilidade Médica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano, 94, v. 839, set. 2005, p. 83).

Em pesquisa realizada por Susana Manuela Ribeiro Dias da SILVA, constatou-se que “os textos dos formulários de consentimento informado analisados referem-se, sobretudo, às incertezas dos resultados dos procedimentos associados à execução das tecnologias de reprodução assistida e às probabilidades de ocorrência de um conjunto de situações adstritas a complicações de caráter biológico, muitas vezes classificadas como inerentes às técnicas em causa e/ou ao uso de drogas durante os tratamentos”, de modo que “a compreensão *profana* das incertezas eventualmente originadas pelas aplicações dessas técnicas traduz uma dependência do modelo médico-científico dominante ao ser contextualizada num quadro em que predomina a disseminação da semântica das probabilidades e a naturalização das incertezas dos seus resultados, assim como a orientação ativa para as possibilidades de ocorrência de um conjunto de situações adstritas a complicações de caráter biológico (como as conseqüências eventualmente associadas à estimulação hormonal e, embora raramente, as complicações anestésicas e a gravidez ectópica).” (Consentir incertezas: o consentimento informado e a (des)regulação das tecnologias de reprodução assistida. In: *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 24, n. 3, 2008, mar., p. 527-528).

GOLDIM, José Roberto. *Op. cit.*, p. 25.

FERNANDES, Carolina Fernández; PITHAN, Livia Haygert. *Op. cit.*, p. 79.

BETTI, Emílio. *Op. cit.*, p. 236.