



**REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E AUTONOMIA EXISTENCIAL DA
MULHER**

*Débora Gozzo*¹

Sumário: Introdução; 1 A Repersonalização do ordenamento; 2 Direito reprodutivo; 3 Da autonomia existencial da mulher na reprodução humana; 4 Reprodução humana assistida no Brasil; 4.1 Fator *Idade*; 4.2 *Social Freezing*; 4.3 *Egg Sharing*; 4.4 Diagnóstico Pré-Implantatório; 4.5 Maternidade de Substituição; 5 A Lei n.º. 13.146/15 e a reprodução humana assistida; Conclusão; Referências.

¹ Pós-doutora pelo *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht*, Hamburgo/Alemanha. Doutora em Direito pela Universidade de Bremen/Alemanha. Professora Titular do Mestrado em Direito e da Graduação do UNIFIEO. Professora Titular de Direito Civil da USJT. *Fellow* do *Käte-Hamburger-Kolleg* (Center for Advanced Studies in the Humanities) da Universidade de Bonn/Alemanha. *Visiting professor* do *Rerefenzzentrum für Bioethik in den Biowissenschaften*, da Universidade de Bonn/Alemanha. *Visiting professor* da *Bucerius Law School*/Alemanha. E-mail: deboragozzo@gmail.com

INTRODUÇÃO

A cada dia que passa, o mundo é surpreendido com novas possibilidades ofertadas pela biotecnologia, numa busca incessante não só para facilitar a vida das pessoas, mas também para ajudá-las no que concerne à sua pessoa, isto é, seu corpo, sua saúde. Assim, uma das áreas que tem apresentado resultados mais do que surpreendentes neste campo, é o da reprodução humana assistida. Atualmente, a medicina disponibiliza para as pessoas que sofrem de algum tipo de infertilidade, inúmeras oportunidades para que elas consigam realizar o desejo de ter filhos. Estes novos meios, todavia, não significam que a mulher, que é a pessoa que pode, em princípio, ficar grávida e dar à luz a uma criança, decide autonomamente sobre o que será feito com seu corpo. Neste sentido é que se pode cogitar que sua autonomia existencial, isto é, a liberdade que ela tem para decidir sobre sua saúde e sobre seu corpo, incluindo-se aí todos os aspectos ligados à reprodução humana, seja influenciado por questões de mercado, como é o caso do adiamento da maternidade, congelando-se seus óvulos. Este é só um exemplo.

O artigo foi dividido em cinco partes. Inicialmente tratar-se-á da repersonalização do ordenamento, tendo por fito a análise, ainda que breve, do princípio da dignidade humana e do direito ao livre desenvolvimento da personalidade. A seguir serão dadas as linhas gerais do direito reprodutivo como um direito fundamental da pessoa e a problemática da autonomia existencial. Em continuação a este item, examinar-se-á brevemente a reprodução humana no Brasil e suas atuais possibilidades, seguida de uma incursão no Estatuto da Pessoa com Deficiência e garantia da autonomia existencial da pessoa deficiente.

Metodologicamente o texto está fundamentado numa revisão bibliográfica do tema da autonomia existencial e das técnicas de reprodução humana assistida.

1 A REPERSONALIZAÇÃO DO ORDENAMENTO

Desde a Segunda Guerra, com as atrocidades nela ocorridas, começou a existir uma maior reflexão sobre a necessidade de proteção da pessoa humana. Não foi à toa, portanto, que em 10 de dezembro de 1948 surgiu a Declaração Universal de Direitos Humanos da ONU. Esta, logo no primeiro “Considerando” de seu Preâmbulo, reconhece que a “dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz do mundo”.² E em seu art. III encontra-se disposto que “[t]odo ser humano tem direito à vida, à *liberdade* e à segurança

² Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>. Acesso em: 22 Jul 2017.

peçoal” (grifos nossos). Estes direitos, ao lado de alguns outros, também foram disciplinados pelo legislador constituinte brasileiro, no *caput* do art. 5º da Constituição vigente no país desde 1988, que estabelece o rol dos direitos e garantias fundamentais do brasileiro e/ou do estrangeiro aqui residente.

No Brasil, foi só com a entrada em vigor da Constituição da República, que o princípio da dignidade humana ingressou definitivamente no ordenamento jurídico pátrio. No art. 1º, inciso III, do texto constitucional, lê-se que a dignidade humana é um dos pilares do Estado brasileiro. A inclusão desse princípio levou o legislador constituinte a estabelecer, no já citado art. 5º, um rol de direitos fundamentais, considerados cláusulas pétreas (Const. art. 60, § 4º, IV). Some-se ao princípio da dignidade humana, alguns dos objetivos fundamentais da Lei Maior, previstos em seu art. 3º, incisos I e IV. Pelo primeiro, fim do Estado brasileiro é a construção de uma “sociedade livre, justa e solidária”; pelo segundo, visa-se à promoção do “bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. Vislumbra-se assim, portanto, que o pilar da dignidade humana, e esses objetivos, buscam garantir o pleno e livre desenvolvimento da personalidade de toda e qualquer pessoa, por meio do já mencionado elenco de direitos fundamentais. Entenda-se aqui o livre desenvolvimento da personalidade como um direito que explicita

os elementos de autonomia, autodeterminação e liberdade presentes na noção de pessoa, perfazendo um âmbito de proteção fundado na proteção desta liberdade e dos direitos da personalidade. Os demais direitos presentes nas dimensões de direitos humanos e fundamentais relacionam-se com o livre desenvolvimento da personalidade, apenas no sentido, (...), de que todos os direitos humanos se complementam e se relativizam mutuamente, devendo ser interpretados conforme fossem um único princípio, pois não existe liberdade sem igualdade e solidariedade.³

Este direito, acrescente-se, é introduzido na Lei Fundamental alemã em maio de 1949, e nas palavras de Hans Carl Nipperdey se firma perante os Tribunais superiores como um direito fundamental.⁴ Esclarece ainda o autor:

³ MOREIRA, Rodrigo Pereira. *Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade: Proteção e Promoção da Pessoa Humana*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 91.

⁴ Livre Desenvolvimento da Personalidade, in: HECK, Luis Afonso. (Org./revisor). *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Textos Clássicos. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2012, p. 73. Como assinala Rodrigo Pereira Moreira, apesar de a Lei Fundamental alemã não tenha sido a primeira “a reconhecer tal direito, a jurisprudência germânica possui o mérito de ter sido a primeira a desenvolver uma maior normatividade em relação ao livre desenvolvimento da personalidade, interpretando-o em conjunto com a dignidade da pessoa humana, fundamentando um direito geral de personalidade e um direito à liberdade geral de ação. O primeiro, concernente à proteção dos direitos da personalidade, típicos e atípicos, e o segundo, abrangendo a liberdade de se fazer ou deixar de fazer o que quiser”. *Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade: Proteção e Promoção da Pessoa Humana*. Curitiba: Juruá, 2016. p. 88. Sobre o livre desenvolvimento da personalidade v. também: MOTA PINTO, Paulo. Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos de

O direito fundamental da *dignidade* da pessoa e o direito ao *livre desenvolvimento de sua personalidade* são as normas fundamentais decisivas da constituição alemã. No artigo 1 I está em questão a proteção da pessoa em sua essência, no artigo 2 I [dignidade humana], a proteção de sua dinâmica. Contudo, essas determinações constitucionais não estão uma ao lado da outra sem relação. Ao contrário, o artigo 2 I remonta ao artigo 1 I, que é última raiz e fonte de todos os direitos fundamentais formulados posteriormente e, com isso, mesmo o direito fundamental principal material. O artigo 2 I faz claro que no âmbito dinâmico da pessoa sua dignidade situa-se no livre desenvolvimento de sua personalidade”. (grifos do original)⁵

A partir do exposto, fácil constatar-se que o princípio da dignidade humana anda ao lado e de mãos dadas com o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, uma vez que só a pessoa que pode autodeterminar-se, que é livre para exercitar suas capacidades e potências enquanto ser humano, pode ter a certeza da efetiva proteção de sua dignidade.

O princípio da dignidade humana, desse modo, deu azo a que o legislador do Código Civil de 2002, estabelecesse como princípios da lei civil que viria a substituir a de 1916, o da *socialidade* e o da *eticidade*⁶. Assim é que as relações entre particulares, além de serem regidas pelo princípio da dignidade humana, devem realizar sua função social, baseando-se na lealdade, na boa-fé existente entre as pessoas, ou seja, na ética.⁷ A partir daí, o vigente Código Civil, teve inserido em seu bojo os direitos de personalidade (arts. 11 a 21), ainda que de uma forma bastante tímida. Esta mudança de paradigma frente ao Código de Beviláqua, foi essencial para que o mundo jurídico percebesse a importância da dignidade humana, da socialidade, que tem a ver com o princípio constitucional da solidariedade (Const., art. 3º, I) e da eticidade.

Resta, pois, inequívoco, que a vontade do legislador constitucional e infraconstitucional foi de dar maior peso à pessoa, em detrimento de seu patrimônio.

2 DIREITO REPRODUTIVO

Muito se tem discutido sobre os direitos reprodutivos serem ou não, um direito fundamental. Fato é que ele não está previsto expressamente na Constituição de 1988 como

personalidade no direito português, in: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). *A Constituição Concretizada: Construindo Pontes com o Público e o Privado*. Porto Alegre: Lael, 2000, p.61-83.

⁵ NIPPERDEY, Hans Carl. *Livre Desenvolvimento da Personalidade*, in: HECK, Luis Afonso. (Org./revisor). *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Textos Clássicos. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2012, p. 71-72.

⁶ Sobre estes princípios: REALE, Miguel. MARTINS-COSTA, Judith. (Coord.). *História do Novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 37 e s..

⁷ Acrescente-se aos princípios da socialidade e o da eticidade, o da operabilidade. V.: REALE, Miguel. MARTINS-COSTA, Judith. (Coord.). *História do Novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 40 e s..

tal, no rol dos incisos de seu art. 5º. No entanto, no âmbito do direito brasileiro, tem-se entendido que ele está contido no art. 226, § 7º, do texto constitucional, que cuida do planejamento familiar.⁸ Dispõe o citado dispositivo: “Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.” Este texto foi praticamente transcrito pelo legislador civil, no art. 1.565, § 2º. Ora, assim, o planejamento familiar compreende o direito de toda e qualquer pessoa, a reproduzir-se sexualmente, mantendo sua descendência.

A fim de regulamentar o citado artigo da Constituição, foi editada em 12 de janeiro de 1996 a Lei nº. 9.263, que trata do planejamento familiar. Por esta lei, o governo passa a garantir a toda e qualquer pessoa o direito de desenhar sua família da maneira que melhor lhe aprouver, colocando seus serviços à disposição para que se alcance esse objetivo. A lei não permite, contudo, o aborto. Por outro lado, o texto legal autoriza o emprego da técnica de esterilização, tanto para o homem quanto para a mulher maior de vinte e cinco (25) anos, desde que assim se queira, e que a pessoa já tenha pelo menos dois filhos (art. 10, I). Se a pessoa tiver cônjuge ou companheiro, este deverá autorizar o procedimento (art. 10, II, § 5º). Isto porque, o planejamento familiar deve ser uma decisão do casal, conforme previsto no art. 226, § 7º, e no art. 1.565, § 2º. Por isso, ter ou não filhos, deve ser uma decisão tomada conjuntamente pelas pessoas envolvidas.

Será que, a partir dessa regulamentação legal pelo legislador pátrio, poder-se-ia afirmar ser o direito reprodutivo um direito fundamental? Haveria, como questiona Maria do Céu Patrão Neves, um direito a um filho?⁹ Se houver, o direito reprodutivo será, de fato, um direito fundamental da pessoa. Caso contrário, não, e a pessoa terá de aprender a conviver

⁸ Neste sentido v., entre outros: BARBOZA, Heloisa Helena. ALMEIDA, Vitor. (Des)Igualdade de Gênero: A Mulher como Sujeito de Direito, in: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor. (Coord). O Direito Civil entre o Sujeito e a Pessoa: Estudos em Homenagem ao Professor Stefano Rodotà. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 180.

⁹ A esta pergunta a autora responde negativamente, afirmando: “Todo ser humano é um sujeito de direitos e o não objectivável por excelência; por isso ele é um fim em si mesmo e não um meio de realização de qualquer outro projecto. Eis no que consiste a sua dignidade intrínseca, o seu valor incondicionado. Um filho está absolutamente fora do âmbito de aplicação do princípio ético da autonomia. E um direito a um filho seria incompatível com a dignidade do filho”. PATRÃO NEVES, Maria do Céu. PMA: Do Desejo de um Filho ao Filho Desejado, in: *Do Início ao Fim da Vida: Actas do Colóquio de Bioética*. Braga: Universidade Católica Portuguesa, 2005. p. 130. PATRÃO NEVES, Maria do Céu. Mudam-se os tempos, manda a vontade o desejo e o direito a ter um filho, in: *Estudos de Direito da Bioética*. Lisboa: Almedina, 2009, vol. III. p. 134 e s..

com a infertilidade¹⁰, sabendo que há vários modos para tentar driblá-la, como recorrendo às técnicas de reprodução humana assistida, ou à adoção.

Embora esteja previsto que o Estado deverá prover a educação e os meios para o combate da infertilidade (Lei n.º 9.263, art. 5º), mister mencionar que nem sempre ele terá como garantir que a pessoa terá o filho. Isto porque, a infertilidade, seja ela física ou psíquica, é uma doença, assim considerada pela Organização Mundial da Saúde, e atinge uma faixa de dez (10%)¹¹ a quinze (15%) por cento¹² da população mundial. Sendo assim, ainda que se entenda ser o direito reprodutivo um direito fundamental de toda e qualquer pessoa¹³, o Estado não tem como garantir e concretizar que, apesar de todos os meios colocados à disposição para este fim, a pessoa, efetivamente, terá um filho.¹⁴

3 DA AUTONOMIA EXISTENCIAL DA MULHER NA REPRODUÇÃO HUMANA

Um dos princípios que rege a bioética, ao lado do da beneficência, da não maleficência e da justiça, é o da autonomia do paciente. Com isto, abandonou-se a figura paternalista do médico, que tudo sabia e decidia pelo paciente, transformando-o, mais ainda, num ser vulnerável. Agora, o paciente decide juntamente com o médico, depois de ter sido por este devidamente informado sobre a doença que o acomete, bem como sobre as possíveis e mais eficazes formas de tratamento.¹⁵ Ele passa, pois, a ter liberdade, a exercer sua

¹⁰ Esclarece Mario Cavagna sobre este termo: “A Associação Americana de Medicina Reprodutiva define a infertilidade como a falha em engravidar após pelo menos um ano de relações sexuais desprotegidas.” *Infertilidade Conjugal e o Tratamento com Técnicas de Reprodução Assistida*, in: SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. NICOLETTI CAMILLO, Carlos Eduardo. *Direito e Medicina: Novas Fronteiras da Ciência Jurídica*. São Paulo: Atlas, 2015, 2015, p. 164.

¹¹ Maria do Céu Patrão Neves menciona dez (10%) PATRÃO NEVES, Maria do Céu. *PMA: Do Desejo de um Filho ao Filho Desejado*, in: *Do Início ao Fim da Vida: Actas do Colóquio de Bioética*. Braga: Universidade Católica Portuguesa, 2005. p. 118 e s..

¹² CAVAGNA, Mario. *Infertilidade Conjugal e o Tratamento com Técnicas de Reprodução Assistida*, in: SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. NICOLETTI CAMILLO, Carlos Eduardo. *Direito e Medicina: Novas Fronteiras da Ciência Jurídica*. São Paulo: Atlas, 2015, 2015, p.164.

¹³ PIOVESAN, Flávia. PIROTTA, Wilson Ricardo Buquetti. *A Proteção dos Direitos Reprodutivos no Direito Internacional e no Direito Interno*, in: PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 4a. ed.. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 306 e s.. V. também: BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor, In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor. (Coord). *O Direito Civil entre o Sujeito e a Pessoa: Estudos em homenagem ao Professor Stefano Rodotà*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p.180-181.

¹⁴ Corrobora este entendimento a lição de: GOZZO, Débora. QUEIROZ, Fernando Baleira Leão de Oliveria. *O Direito ao Respeito à Vida Embrionária na Reprodução Assistida*, in: Engelmann, Wilson. FAGUNDES, Paulo Roney Avila. *Biodireito*. Florianópolis: Conpedi, 2014, p. 210. Afirmam os autores: “A livre escolha das técnicas de reprodução humana, quando fruto de uma impossibilidade física ou psíquica, caracteriza-se minimamente como uma Garantia Individual Fundamental de cada pessoa. E como garantia, limita o poder estatal em não poder negar tratamento aos que dele dependem. Com fulcro na realização da própria dignidade da pessoa humana, na construção da família, o acesso às técnicas de concepção humana medicamente assistida classificam-se verdadeiramente como Direitos Fundamentais.

¹⁵ Sobre o tema v.: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Saúde, Corpo e Autonomia Privada*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 240 e s.

autonomia, no sentido de decidir o que é melhor para si. É neste sentido, aliás, que o consentimento informado do paciente tem grande importância nessa relação, uma vez que sua decisão tem de ser livre. Isto, aliás, faz parte da proteção do direito ao livre desenvolvimento de sua personalidade, preservando-se, deste modo, sua dignidade (v. n° 1, supra).¹⁶

Essa autonomia encontra sua base no livre desenvolvimento da personalidade, no pleno exercício de sua dignidade. Ela tem a ver com a pessoa em si, não com sua esfera patrimonial. Ela tem a ver, portanto, com o exercício de seus direitos de personalidade (CC, arts. 11 e s.), com interesses meramente não patrimoniais. Esta autonomia, chamada de existencial, acaba por diferir, por isso mesmo, daquela autonomia puramente negocial/patrimonial estudada, em especial no campo do Direito Civil.¹⁷ A chamada autonomia existencial, inclusive, foi reforçada, no ordenamento jurídico brasileiro, no momento em que o legislador regulamentou a Convenção de Nova Iorque, que trata do direito das pessoas com deficiências (v. n° 5, supra). Sua essência, contudo, advém do princípio da dignidade humana, e é fruto, no ordenamento pátrio, tudo indica, de sua repersonalização (v. n° 1, supra).

Quando o assunto tem a ver com o direito reprodutivo, mais especificamente com o direito da mulher de tratar e, se possível, curar sua infertilidade, o que também implicará a disposição de seu corpo para fins do tratamento, fala-se de autonomia existencial. Assim é que este aspecto de sua vida não tem a ver com patrimônio, mas com o livre desenvolvimento de sua personalidade, com a sua pessoa, com seu direito de dispor de seu corpo não só para submetê-lo a um tratamento médico, mas para que este resulte na desejada gravidez.¹⁸

¹⁶ Acrescenta-se ao texto a lição de Miguel Ángel Presno Linera: “El libre desarrollo de la personalidad se orienta, principalmente, a la realización de la libertad ‘máxima’ de los individuos como expresión de los valores ‘libertad’ y ‘pluralismo’. En tal condición es un fundamento del ordenamiento constitucional que ‘autoriza a los ciudadanos a llevar a cabo todas aquellas actividades que la ley no prohíba o cuyo ejercicio no subordine a requisitos o condiciones determinadas (...). Protege, por tanto, el desenvolvimiento de la persona en lo que depende del propio individuo y lo hace, fundamentalmente, frente a las limitaciones que pretendan imponerle el Estado u otros particulares”. Dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad, *in*: CHUECA, Ricardo (Dir.). *Dignidad Humana y Derecho Fundamental*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015, p. 371-372.

¹⁷ No Brasil, aliás, um dos primeiros estudiosos a enxergar a categoria de uma autonomia negocial, baseada não na esfera patrimonial, mas única e simplesmente na esfera do ser, garantidora do exercício da autodeterminação da pessoa, foi Antonio Junqueira de Azevedo. Este civilista fez a distinção, inicialmente, entre contratos existenciais e contratos de lucro (patrimoniais). V.: BIZELLI, Rafael Ferreira. Contratos existenciais: contextualização, conceito e interesses extrapatrimoniais, *in*: *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*. Disponível em: https://www.ibdcivil.org.br/image/data/revista/volume6/ibdcivil_volume_6_doutrina_004_000.pdf. Acesso em 20 Mai 2017.

¹⁸ Lecionam Heloisa Helena Barboza e Vitor Almeida: “(...) a autonomia existencial para fins reprodutivos da mulher se funda em princípios constitucionais como a dignidade humana e a liberdade, bem como nos direitos à privacidade e ao planejamento familiar, que juntos sustentam a autonomia da mulher para decidir sobre seu próprio corpo em relação ao desejo ou não de procriar.” (Des)Iguuldade de Gênero: A mulher como Sujeito de

O fato, contudo, da mulher poder autodeterminar-se encontra um senão. Ou seja: o embrião, seu futuro filho. Esta autonomia existencial da mulher, deste modo, tem um limite que deveria ser mais e melhor refletido, porque ele implica a concepção e o subsequente nascimento de um terceiro, que não participou da escolha. Ele não podia ser questionado. Sua autonomia existencial não pôde ser exercitada, por motivos óbvios. A relação dela, mulher/mãe, enfim, para com o outro, o filho, não pode ser ignorada, sob o risco deste, mais tarde, vir a questioná-la sobre suas escolhas. Teriam estas seguido padrões éticos? Teriam sido completamente isentas de interesses patrimoniais?

Buscar ajuda na medicina reprodutiva, a fim de sanar um problema de infertilidade é algo mais do que compreensível e aceitável, vez que o ser humano quer ter sua descendência. Em tempos onde a reprodução humana assistida não existia nos moldes atuais, muitas pessoas recorreriam ao instituto da adoção. Com isto, muitas crianças tiveram a chance de ter uma família e de conhecer o amor incondicional de um pai e de uma mãe.

Sobreleva aqui mencionar que a autonomia existencial, o direito de autodeterminar-se sobre a disponibilidade de seu corpo para submeter-se a um tratamento de reprodução humana assistida, não pode em momento algum ser exercido sem que se leve em conta a futura existência do outro, isto é, o filho. Mister que o princípio do melhor interesse do menor seja de ser levado em conta. A relação que se estabelecerá entre eles deve garantir a preservação do princípio da dignidade humana de todos os envolvidos, bem como do livre desenvolvimento da personalidade. Neste sentido a lição de Rose Melo Vencelau Meireles: “A autonomia privada existencial é promocional, uma vez que visa a promover o desenvolvimento da personalidade. Conseqüentemente, somente será digna de tutela se verdadeiramente estiver direcionada a interesse existencial calcado na dignidade humana.”¹⁹

E, continua a autora mais adiante:

Uma vez que a dignidade da pessoa humana tem seu conteúdo jurídico discriminado nos princípios da liberdade, igualdade, integridade, e solidariedade, a análise do merecimento de tutela do ato de autonomia existencial deve ser conduzida a eles. A autonomia existencial, expressão da

Direito, in: TEPEDINO, Gustavo. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. ALMEIDA, Vitor. *O Direito Civil entre o Sujeito e a Pessoa: Estudos em homenagem ao Professor Stefano Rodotà*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 181.

¹⁹ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia Privada e Dignidade Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 190. Acresça-se aqui as palavras de Ana Carolina Brochado Teixeira: “(...) existe o dever de todos respeitarem as opções existenciais que cada indivíduo faz durante sua vida (oponibilidade erga omnes), não obstante todos devam auxiliar-se mutuamente, na medida das necessidades de cada um, com o propósito de conservar a própria humanidade”. *Saúde, Corpo e Autonomia Privada*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 206. É justamente por isso que se chama a atenção para o olhar que se deve ter para com o filho que esta mulher vier a ter.

liberdade, deverá ser sopesada com os demais princípios configuradores da dignidade humana, para ser digna de tutela.²⁰

Enfim, o limite da autonomia existencial da mulher deverá ser o futuro ser que será concebido por meio da reprodução humana existencial, como se poderá perceber a partir da análise de cada um dos casos tratados no próximo item.

4 REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA NO BRASIL

Várias são as possibilidades de concepção de uma pessoa por meio do auxílio da medicina. As principais têm a ver com a utilização do próprio material genético das pessoas envolvidas, quando se tratar de um casal, unido ou não pelos laços do matrimônio. Nas outras hipóteses, isto é, quando a pessoa vive sozinha e almeja ter um filho, ou quando se tratar de parceria homoafetiva, há necessidade de se utilizar de material doado, seja sêmen, seja óvulo, seja embrião, como último recurso. Nas situações, pois, de pessoas de sexo diverso, tem-se, geralmente, a reprodução humana assistida homóloga, se não for usado sêmen ou óvulo de doador, quando se terá a reprodução heteróloga. Esta ocorrerá sempre e todas as vezes em que a hipótese for de parceiros homoafetivos ou de uma pessoa sozinha. Aqui, faz-se necessária a presença de terceiro, uma vez que parceiros do mesmo sexo não têm capacidade procriativa entre eles, bem como a pessoa sozinha. As clínicas de reprodução humana assistida, no Brasil, dispõem tanto de óvulos quanto de sêmen, bem como de embriões, para doação.

A doação do material genético, em princípio, seria feita com base no anonimato do doador. Entretanto, o Provimento nº 52/2016 da Corregedoria do Conselho Nacional de Justiça - CNJ -, impede o anonimato.²¹ Além disso, exige tal Provimento, que o cônjuge ou companheiro do doador, no caso de disposição gratuita de gametas, concorde com o ato a ser praticado pelo outro. Ora, trata-se de um filho que será gerado, e que pelo próprio Provimento, poderá saber quem é seu pai/mãe biológicos. Não é à toa que se fez menção há pouco sobre a repersonalização do ordenamento, em que se tem a pessoa como sua figura central, merecedora de todo respeito e consideração no que concerne sua dignidade, conforme previsto no inciso III do art. 1º da Constituição, como será visto no nº 1, supra. Acrescente-se, a isto que, o referido Provimento estabelece, outrossim, que o filho assim nascido, apesar de poder conhecer sua ascendência biológica, nada poderá exigir deste seu genitor (art. 2º, §4º).

²⁰ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia Privada e Dignidade Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 190.

²¹ GOZZO, Débora. O Registro de Nascimento na Reprodução Artificial Humana: Provimento nº. 52/2016 do CNJ, in: *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre: Magister, 2016, vol. 72, p. 52 e s..

Conseqüentemente, ele não pode requerer alimentos ou ser herdeiro desse seu genitor. O objetivo da norma talvez tenha sido o de única e exclusivamente garantir à pessoa que é concebida e nasce com o auxílio de qualquer uma das muitas técnicas de reprodução assistida, o seu *direito ao livre desenvolvimento de sua personalidade*, decorrente que é do princípio da dignidade humana.

Com a decisão do Supremo Tribunal Federal, de 22 de setembro de 2016, de Repercussão Geral, Recurso Extraordinário 898.060 – São Paulo²², talvez não seja mais possível impedir que a pessoa assim concebida e nascida, não tenha o direito de recorrer ao Judiciário. O intuito, aqui, seria invalidar seu registro de nascimento, fazendo dele constar os seus dados verdadeiros biológicos. Em sendo assim, só no caso de adoção, pelo menos por enquanto, uma vez que o processo é todo judicial, não havendo falsidade ou erro no registro, poder-se-á dizer que o filho não poderá questionar em Juízo essa paternidade ou maternidade.

De qualquer forma que seja, a partir do Provimento nº 52/2016 do CNJ, a obtenção da lavratura do termo de nascimento de crianças nascidas por meio do auxílio da medicina, estará facilitado.

A reprodução humana assistida, no Brasil, diferentemente de uma grande parte de países, como Argentina, Uruguai, Portugal, Áustria etc, não é regulamentada por lei. As únicas normas disponíveis são do Conselho Federal de Medicina que, por meio de várias Resoluções, desde 1992, vem disciplinando a matéria, acompanhando, na medida do possível, as mudanças sociais. Assim é que, atualmente, é a Resolução nº 2.121/2015, que disciplina a matéria. Reforça-se aqui a necessidade de o legislador brasileiro regulamentar a matéria, o quanto antes, pois a cada dia que passa, tendo em vista os avanços da biotecnologia, requer-se um maior controle sobre as novas técnicas.

A seguir, serão tratados alguns aspectos no campo da medicina reprodutiva, e que têm a ver com o livre desenvolvimento da personalidade e a decorrente autonomia existencial da mulher ao decidir sobre o que deseja. Em outras palavras: um filho.

4.1 O FATOR *IDADE*

A Resolução nº 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina veda a implantação de embriões em mulheres acima dos cinquenta (50) anos. Enfim, seria possível limitar-se a

²² Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE898060.pdf>. Acesso em: 24 Jul 2017.

idade para o tratamento de infertilidade?²³ O fato é que cada equipe multidisciplinar deve ter autonomia para fazer a análise do caso concreto, e dizer se a mulher tem capacidade física, biológica e psicológica para gerar uma criança.

O Conselho Federal de Medicina foi duramente criticado por ter limitado a faixa etária da mulher, a fim de que ela pudesse ser submetida a um tratamento de reprodução humana assistida. Assim, a atual normatização do CFM alterou o dispositivo da Resolução nº 2.013/2013, para que a mulher acima dos cinquenta (50) anos possa recorrer às técnicas de reprodução artificial humana. Isto, desde que ela seja informada pelo seu médico sobre os riscos que poderá correr, e desde que ela concorde com o procedimento. Seu consentimento informado é de extrema importância neste campo, como consta, e “estará completo com a concordância, por escrito, obtida a partir de discussão bilateral, entre as pessoas envolvidas nas técnicas de reprodução assistida.” (Resolução, nº. 4 dos Princípios Gerais)²⁴

A citada Resolução, além de limitar parcialmente a idade da mulher para gerar, também limitou em trinta e cinco (35) anos para a mulher e cinquenta (50) anos para o homem, a possibilidade de que eles possam fazer a doação do material genético, óvulo e espermatozoide respectivamente.²⁵ Não houve, portanto, discriminação em relação ao gênero neste caso.

²³ Heloísa Helena Barboza e Vitor Almeida colocam-se terminantemente contra qualquer tentativa de restrição quanto à faixa etária da mulher. Afirmam, em determinado momento, os autores: “(...) Se por um lado, deve-se assegurar a autodeterminação quanto às escolhas existenciais, inclusive as de cunho reprodutivo, por outro é imprescindível a salvaguarda dos interesses da futura criança, com base no seu prioritário tratamento. Cabe lembrar que o exercício da parentalidade tardia não afeta o livre e sadio desenvolvimento da criança e do adolescente, nem viola o princípio da parentalidade responsável e, muito menos, afronta a dignidade dos filhos futuros. É possível assegurar as condições de cuidado integral e afeto mesmo se o exercício parental se der em um estágio mais tarde da vida”. BARBOZA, Heloisa Helena. ALMEIDA, Vitor. (Des)Igualdade de Gênero: A Mulher como Sujeito de Direito, in: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor. (Coord). *O Direito Civil entre o Sujeito e a Pessoa: Estudos em Homenagem ao Professor Stefano Rodotà*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 185. Em sentido contrário v.: COLTRO, Raquel Evelin Gonçalves. *Maternidade Tardia: Uma discussão sobre a vedação de acesso à reprodução humana assistida em mulheres com mais de 50 anos*. Osasco: Dissertação apresentada no Programa de Mestrado em Direito do Unifio, para obtenção do título de Mestre em Direito, 2015. Inédito. V., ainda, BERLINGUER, Giovanni. GARRAFA, Volnei. *O Mercado Humano*. 2a. ed.. Brasília: UnB, 2001, p. 115 e s.

²⁴ Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121_2015.pdf. Acesso em: 22 Jul 2017. Heloisa Helena Barboza e Vitor Almeida prelecionam que a Resolução não leva em conta a autonomia existencial da mulher nesses casos, mas a norma deontológica é clara em estabelecer que o consentimento informado, livre e esclarecido, só deverá ser assinado, se ela tiver discutido com o profissional da área médica, sobre os recursos que terá à disposição por meio das técnicas de reprodução humana assistida. Isto, inclusive no quesito *idade*. BARBOZA, Heloisa Helena. ALMEIDA, Vitor. (Des)Igualdade de Gênero: A Mulher como Sujeito de Direito, in: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor. (Coord). *O Direito Civil entre o Sujeito e a Pessoa: Estudos em Homenagem ao Professor Stefano Rodotà*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 186.

²⁵ Interessante a informação de que a mulher abaixo dos quarenta (40) anos, cujo marido/companheiro estiver acima dos cinquenta (50), poderá ter problemas para engravidar, ainda que esteja se valendo de alguma das técnicas de reprodução humana assistida, revelam estudos. Bhattacharya, Shaoni. *Older father may have less success with IVF*. Disponível em: http://www.bionews.org.uk/page.asp?obj_id=857461&PPID=857301&sid=192. Acesso em: 3 Jul 2017.

4.2 SOCIAL FREEZING

Além das hipóteses acima citadas, outras práticas têm sido levadas a cabo pelos responsáveis pelas Clínicas de reprodução humana assistida. Uma delas é a do *social freezing*.²⁶ Tal técnica consiste no congelamento do óvulo ou parte do tecido ovariano da mulher na chamada idade ideal²⁷, isto é, antes dos trinta, de preferência. Dessa maneira ela poderá postergar a maternidade, tendo filhos biológicos em idade mais avançada.

Empresas como Facebook e Apple há alguns anos, ofereceram quantias até vinte mil (US\$ 20.000) dólares, a fim de que suas funcionárias congelassem óvulos e adiassem ao máximo a maternidade.²⁸ É claro que se pode bem imaginar que a mulher, com receio de perder a chance de ser promovida, de desenvolver-se profissionalmente, portanto, tenderá a optar por esta solução. Sua autodeterminação estará sendo atingida por terceiros, revelando toda sua vulnerabilidade no mercado de trabalho, o que não acontece, por razões biológicas, com o homem.

Há que se vislumbrar, pois, que a mulher poderá adiar seu desejo de ser mãe, por receio não só de perder seu emprego, mas igualmente a chance de “crescer” em sua profissão. Do mesmo modo, algumas mulheres adiam a maternidade, porque ainda estão buscando pelo homem certo.²⁹

Estes os principais fatores que levam ao congelamento dos gametas. No entanto, de se refletir no fato de que quanto mais velha a pessoa, mais difícil a gravidez.

4.3 EGG SHARING

A prática do chamado *egg sharing* tem a ver com aquela situação em que a mulher que está sendo submetida à técnica da reprodução humana assistida, não dispõe mais de meios para arcar com os custos do tratamento, mas é produtora de óvulos bastantes saudáveis. Ela poderia, por conseguinte, “doar” alguns de seus óvulos para uma mulher que não dispusesse deles - estéril, portanto -, ou que produza óvulos, mas sem qualidade suficiente

²⁶ V.: BLACKBURN-STARZA, Anthony. Birth rate-up, multiple-birth rate down – egg freezing more common says HFEA. Disponível em: http://www.bionews.org.uk/page_635082.asp. Acesso em: 24 Jul 2017.

²⁷ Há estudo sugerindo que congelar tecido ovariano é melhor do que congelar óvulo, cf.: GILCHRIST, Rosie. Study suggests freezing ovarian tissue instead of eggs. Disponível em: http://www.bionews.org.uk/page.asp?obj_id=861228&PPID=861672&sid=812. Acesso em: 17 Jul 2017.

²⁸ Tran, Mark. Apple and Facebook offers to freeze eggs for female employees. Disponível em: <https://www.theguardian.com/technology/2014/oct/15/apple-facebook-offer-freeze-eggs-female-employees>. Acesso em: 23 Jul 17.

²⁹ V. aqui a resenha de evento sobre o tema, feita por: RICKMAN, Jamie. Event review: The future of female fertility? Egg freezing and social change. Disponível em: http://www.bionews.org.uk/page_813901.asp. Acesso em: 23 Jul 2017.

para a fecundação. Isto, no fundo, a impediria de, naturalmente, conceber um filho biológico seu. Apesar disso, ela teria condições de arcar com os altos custos do tratamento, podendo subsidiar o daquela mulher que tem o óvulo, mas à quem faltam os recursos para continuar tentando ter um filho com a ajuda da medicina.³⁰

Esta situação, que parece ser comum nas clínicas de reprodução humana assistida, traz em si enorme implicação ética. Isto porque, não se trata de “doação” de gameta, mas sim de uma forma de pagamento indireto do tratamento. Além disso, propor à mulher a doação de seus óvulos férteis para outrem, poderá colocá-la numa posição de grande vulnerabilidade. Se ela não aceitar a proposta, poderá deixar de realizar seu desejo de engravidar e dar à luz ao seu filho. Ao mesmo tempo, ela terá de conviver com o fato de que outrem poderá ter um filho biológico seu, sem que ela venha a conhecê-lo futuramente. Este tem sido um fator que tem levado mulheres a desconsiderarem essa prática, o que acarreta automaticamente a renúncia a tentar ter um filho, uma vez que não se pode garantir que ela ficará grávida e se tornará mãe. De fato, essa prática faz com que a eventual doadora de óvulos, seja colocada numa situação de enorme vulnerabilidade. Observe-se que, ainda que ela opte por esta suposta cessão gratuita do óvulo, para assegurar a continuidade de seu tratamento, porquanto não tem condições financeiras para mantê-lo, nada poderá garantir que ela se tornará mãe. Por outro lado, pode ser que a donatária daquele óvulo, engravide e torne-se mãe ao cabo da gravidez, causando talvez uma dor maior na doadora. Kate Graham, aliás, relata o caso de uma mulher que participou de um processo de *egg sharing*, e não conseguiu engravidar, ao contrário daquela que o recebeu.³¹ Um filho biológico seu, ao qual ela não deverá ter acesso, nasceu, contudo.

Pergunta-se: Estará a mulher que opta por doar seu óvulo está tomando esta decisão de forma independente, livre, autônoma? A resposta parece ser negativa. Na verdade, ela faz a *doação*, por esta representar sua única chance de continuar o tratamento que poderá torná-la mãe.

4.4 DIAGNÓSTICO PRÉ-IMPLANTATÓRIO

³⁰ Mister acrescentar aqui que, de acordo com Nick Hudson, há quem afirme que o pior que existe no *egg sharing* é que o termo “compartilhar” disfarça um negócio oculto com os óvulos daqueles que estão aguardando para ter um filho. São suas palavras: “Comentators have argued that at worst the term sharing disguises a hidden “trade in eggs dependent on the desperation of childless couples, and at best is a grey area of practice where there is greater need for regulation and transparency.” Walking on eggshells? The morally complex practice of egg sharing. Disponível em: http://www.bionews.org.uk/page_842086.asp. Acesso em 20 Jul 2017.

³¹ Graham, Kate. “She got pregnant. I was left childless. Sharing my eggs was a big mistake”. Disponível em: <http://www.telegaph.co.uk/women/womens-health/11965136/egg-sharing-pregnancy-fertility.html>. Acesso em: 20 jul 2017.

Técnica que tem sido bastante usada no campo da reprodução humana assistida tem a ver com o chamado diagnóstico pré-implantatário, mais conhecido pela abreviação DPI, pelo qual se busca analisar o embrião antes de sua implantação no útero materno. O objetivo é a detecção de doenças, em especial, genéticas ou hereditárias, que possam vir a comprometer a vida saudável da criança que vier a nascer. Em princípio o DPI é aceito na maior parte dos países, incluindo-se neste rol a Alemanha.

A Resolução nº 2.121/2015, do Conselho Federal de Medicina, proíbe (I, 5), ainda, o diagnóstico pré-implantatário de embriões, desde que o objetivo da investigação somente seja relativo à escolha do sexo (sexagem).³² Em sendo realizado com a finalidade de detectar alguma doença, ou até mesmo o sexo da futura pessoa, em razão de doenças transmissíveis por um ou outro gênero, o diagnóstico está autorizado.

De qualquer modo que seja, não se pode deixar de chamar a atenção do leitor para o fato de que o diagnóstico pré-implantatário pode levar à prática da eugenia, principalmente porque se sabe que muitos pais buscam esse diagnóstico com o objetivo de terem um filho são, perfeito.³³ Ou, pelo contrário, o objetivo deles passa a ser o de que o futuro filho venha a ter a mesma deficiência de que eles sofrem. Assim, já ocorreu de pessoas surdas optarem por ter um filho que fosse surdo, o que parece ser uma intromissão muito grande na vida de um ser que não pode exercer sua autonomia existencial, concordando ou não com a decisão de seus futuros pais.³⁴

Outros, contudo, recorrem a esse diagnóstico, com o fim de tentar salvar um filho doente, escolhendo o embrião mais compatível com aquele, a fim de se poder usar as células-tronco deste, naquele.³⁵ Trata-se aqui do conhecido *saviour sibling*, ou, em vernáculo, bebê-

³² CLOTET, Joaquim. Seleção de Sexo em Reprodução Humana: Aspectos Éticos, in: CLOTET, Joaquim. GOLDIM, José Roberto (Orgs.). *Seleção de Sexo e Bioética*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004, p. 25 e s., especialmente p. 29.

³³ Sobre a questão da eugenia v. entre outros: TAYLOR-SANDS, Michelle. *Saviour Siblings: A relational approach to the welfare of the child in selective reproduction*. London/New York: Routledge, 2013, p. 8-9.

³⁴ Relata Maria do Céu Patrão Neves: “Referimo-nos, por exemplo, ao caso de Sandra Duchesneau e Candy McCullough, um par de lésbicas surdas de nascimento, que, em 2002, desejando aumentar as probabilidades de terem um filho igualmente surdo, quiseram procurar um dador anônimo num banco de esperma que tivesse a mesma deficiência. O pedido foi-lhes recusado pelo que voltaram a recorrer ao sêmen de um amigo totalmente surdo e em cuja família a deficiência se manifestava há cinco gerações. Elas já anteriormente tinham recorrido a este mesmo dador com o mesmo objetivo e haviam conseguido ter uma filha, Jennifer, que só comunica por meio da linguagem gestual. O segundo filho Gauvin, nasceu apenas com uma reduzida audição num único ouvido. A justificação para este desejo foi a perspetivação da surdez não como uma deficiência, mas como traço de uma identidade cultural e de pertença a uma comunidade, além de considerarem contribuir para estreitar a relação familiar.” PATRÃO NEVES, Maria do Céu. *O Admirável Horizonte da BioÉtica*. Lisboa: Glaciar, 2016, p.75 A este respeito, ainda, v.: GOZZO, Débora. Diagnóstico Pré-Implantatário e a Busca pela Perfeição Humana, in: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, vol. 92, p. 347.

³⁵ GLOVER, Jonathan. *Choosing Children: Genes, Disability and Design*. Reimpr.. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 66-68.

remédio. Apesar de o objetivo dos pais ser nobre, isto é, querer salvar a vida de um filho já preexistente àquele que deverá ser seu “salvador”, nota-se a vulnerabilidade daquele ser que será gerado com o propósito de assegurar a vida de seu futuro irmão. Não afrontaria este tipo de atitude a dignidade da pessoa humana? Será que por que a ciência pode, toda ação é ética e permissível? Fato é que esta técnica tem sido empregada e sem questionamentos. Para reflexão.

4.5 MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO

Ao cuidar-se da questão da autonomia existencial da mulher, não se pode deixar de tocar num tema muito espinhoso, isto é, o da maternidade de substituição.³⁶ Isto porque, a grande indagação que emerge nesta matéria é a da mercantilização do corpo da mulher³⁷.

Quando o ponto central é se a mulher decidiu autonomamente sobre a cessão de seu corpo para a geração de um filho alheio³⁸, nos casos em que ela recebe uma retribuição pelos serviços prestados, não estaria ela sendo manipulada? Será que uma mulher que tem condições econômicas, seria levada, a aceitar tal condição? Na prática, o que se observou até hoje é que os interessados em terem um filho por meio da maternidade de substituição, dirigem-se a países mais pobres, em que encontrarão mulheres dispostas a gestar a criança por dinheiro.

Não fosse só isso, o que acontecerá se a criança que está sendo gerada apresentar alguma deficiência, que aqueles que contrataram para que terceira levasse avante a gravidez, almejem a retirada do feto. Em outras palavras, desejem um aborto, para não terem de conviver com um filho que não seja perfeito. Foi o que aconteceu há alguns anos, quando uma tailandesa ficou, inicialmente, com uma das crianças que havia gerado para um casal australiano, porque ela apresentava “síndrome de *down*”. Os pais-contratantes a teriam abandonado, levando consigo só a filha saudável.³⁹

³⁶ Esta temática já foi até objeto de romance da escritora canadense Margareth Atwood, que escreveu “The handmaid’s tail” (O conto da aia). No livro a autora retrata uma sociedade em que mulheres são mantidas nas casas de determinadas pessoas, servindo como meras reprodutoras. Visão bastante crítica sobre a maternidade de substituição pode ser lida em: PATRÃO NEVES, Maria do Céu. *O Admirável Horizonte da BioÉtica*. Lisboa: Glaciar, 2016, p. 64 e s..

³⁷ V.: GOZZO, Débora. A Mercantilização da Pessoa Humana na Maternidade de Substituição, in: SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. NICOLETTI CAMILLO, Carlos Eduardo. *Direito e Medicina: Novas Fronteiras da Ciência Jurídica*. São Paulo: Atlas, 2015, 2015, p. 57-59, em especial.

³⁸ Conforme o disposto no art. 14 do Código Civil, nada impede a mulher de dispor de seu útero para outrem. V.: GOZZO, Débora. A Mercantilização da Pessoa Humana na Maternidade de Substituição, in: SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. NICOLETTI CAMILLO, Carlos Eduardo. *Direito e Medicina: Novas Fronteiras da Ciência Jurídica*. São Paulo: Atlas, 2015, 2015, p. 55-56.

³⁹ Sobre isto v., por exemplo, os desdobramentos do caso na justiça australiana, em que se afirma que os pais contratantes não abandonaram a criança na Tailândia: PEARLMAN, Jonathan. Baby “Gammy” was not

No Brasil esse tipo de situação ainda não se apresentou. Como não há legislação sobre a reprodução humana assistida, a sociedade se vale das normas deontológicas do Conselho Federal de Medicina - Resolução nº 2.121/2015 -, que não preveem a maternidade de substituição onerosa, tão somente a gratuita.⁴⁰ Some-se a isto, que a mulher que se dispuser a gerar para outrem, tem de ser uma parente na linha reta ou, na linha colateral, até 4º grau (VII, 1). Em casos excepcionais o Conselho permitirá que pessoa alheia as relações familiares ceda seu útero. Sempre, repita-se, de forma gratuita. Aviltaria muito a esta mulher o recebimento de qualquer contribuição pela gestação de um ser humano. Este ato tem de ser, portanto, altruísta, quando muito.

5 A LEI Nº. 13.146/15 E A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

Em 6 de julho de 2015 foi editada a Lei nº. 13.146, que instituiu o Estatuto da Pessoa com Deficiência, como resultado da implantação da Convenção de Nova Iorque, da qual o Brasil é signatário.

A grande discussão que tem sido levada adiante neste contexto, é a revogação do artigo 3º, do Código Civil, que cuidava dos absolutamente incapazes. Pela nova redação deste dispositivo, só são considerados plenamente incapazes os menores abaixo de dezesseis (16) anos. Tirante esta hipótese, todos serão capazes perante a lei. A curatela, hoje, pois, resume-se tão somente aos casos de incapacidade patrimonial. Aqui ainda se permite que o juiz nomeie curador para o incapaz, sempre que ele não tiver condições de reger sua vida patrimonial, como determina o art. 85, *caput*, do Estatuto. A curatela afetará, conseqüentemente, só os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial. Assim é que no parágrafo 1º do citado artigo, lê-se que a “definição de curatela não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde e ao voto.” Desse modo, a mulher que for incapaz para gerir sua vida patrimonial, terá condições de administrar seu corpo e, portanto, de decidir se quer ou não ser mãe, se quer ou não submeter o embrião a um diagnóstico pré-implantatório, se quer, enfim, ceder seu útero, a fim de gerar um filho para outrem. Resta

abandoned in Thailand, court rules. Disponível em: <http://www.telegraph.co.uk/news/2016/04/14/baby-gammy-was-not-abandoned-in-thailand-court-rules/>. Acesso em: 20 Jul 2017.

⁴⁰ Desde 2015 a Agência Tammuz, de origem israelense, que tem por objetivo intermediar a maternidade de substituição em países que a permitem, estabeleceu-se no Brasil, a fim de facilitar esse processo, para as pessoas que quiserem um filho, pagando pelos serviços. Isto porque pelas normas do Conselho Federal de Medicina, a maternidade de substituição no país só é permitida na sua forma gratuita. Sobre a Agência e valores v.: KLINKE, Angela. Agência de barriga de aluguel abre escritório em São Paulo. Disponível em: <http://www.valor.com.br/cultura/blue-chip/4154436/agencia-de-barriga-de-aluguel-abre-escritorio-em-sao-paulo>. Acesso em: 24 Jul 2017.

inequívoca a prevalência da autonomia existencial sobre a patrimonial, que é capaz de colocar a pessoa sob curatela.

Por ter a possibilidade de exercer sua autonomia existencial, é que o art. 6º da Lei nº 13.146/15, estabelece que a deficiência da pessoa não afetará a “plena capacidade civil da pessoa, inclusive para:

(...)

II – exercer direitos sexuais e reprodutivos;

III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos, e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar;

IV – conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória (...).

Ora, se o Estatuto tivesse feito uma distinção entre deficiente físico e deficiente mental ou intelectual, não haveria problema algum no exercício dos direitos acima mencionados. Ocorre que um deficiente mental ou intelectual, dependendo do grau de comprometimento de suas funções cognitivas, poderá não ter consciência sobre os atos praticados, e que tenham a ver com sua esfera jurídica, no campo do direito à reprodução sexual e de ter filhos.

A meta não é discriminar a pessoa deficiente, se ela não tiver condições de tomar uma decisão sozinha sobre aspectos de sua esfera pessoal, o que inclui seu direito à reprodução, inclusive a assistida. Muito pelo contrário. O que se defende é que a pessoa que não tenha discernimento sobre ter ou não filho, seja devidamente atendida por alguém que a ajudará a tomar a decisão.⁴¹ Enfim ter um filho, colocar um novo ser no mundo, requer o que a Constituição da República, em seu art. 227, *caput*, designou de *paternidade responsável*. Ora, como exercer tal paternidade/maternidade, se a pessoa não é capaz de entender o que está acontecendo? Seria isto respeitá-la no campo de sua autonomia existencial?⁴² Se a pessoa, portanto, não puder ser livre para decidir, parece que ela não terá como exercer sua autonomia no âmbito de suas relações privadas.

⁴¹ O Código Civil nos arts. 1.783-A e s. disciplina sobre a Tomada de Decisão Apoiada, mais conhecida pela sigla *TDA*. Para que o deficiente possa se valer dessa proteção, ele deverá ter o mínimo discernimento, uma vez que será ele mesmo que indicará as pessoas que deverão apoiá-lo.

⁴² Carolina Valença Ferraz defende opinião contrária a aqui exposta. Afirma a autora: “Associado ao direito à sexualidade devemos entender que há o direito à reprodução. A Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, em seu art. 23, b e c, expressamente prevê o direito de as pessoas com deficiência decidirem o número de filhos, assim como o espaçamento entre eles, como também conservar a sua fertilidade”. Do Direito da Pessoa com Deficiência nas Relações Familiares, *in*: FERRAZ, Carolina Valença. SALOMÃO LEITE, George. SALOMÃO LEITE, Glauber. *Et. All.* (Coord.). *Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 333.

CONCLUSÃO

O tema da reprodução humana assistida, por todo exposto acima, dá bem uma mostra de quão adiantadas estão as possibilidades de a pessoa poder ter descendência.

Em todos os casos mencionados no n° 4 supra, a autonomia da mulher para decidir apresenta-se claramente. Se ela quiser submeter-se a uma gravidez tardia, compartilhar seus óvulos, autorizar o diagnóstico pré-implantacional do embrião produzido com seu óvulo, ou ceder seu útero para uso alheio, poderá fazê-lo sem problema. Até porque, como mencionado ao longo do texto, o Brasil ainda não tem uma lei que discipline esta matéria, excetuando-se as normas de cunho deontológico, constantes da Resolução n° 2.121/2015, do Conselho Federal de Medicina. Estas normas, contudo, servem para direcionar o trabalho do profissional dentro da moralidade e da ética exigida pelo órgão de classe, a fim de que abusos não sejam constatados. São meramente deontológicas.

Não se deve olvidar de mencionar que a autonomia existencial, com a entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência, também garante à mulher que sofra de algum tipo de incapacidade, o direito de exercer o livre desenvolvimento de sua personalidade, optando pela maternidade, dispondo de seu corpo, inclusive, para o tratamento médico que for necessário. O aspecto, contudo, que deve ser considerado, como examinado, por ser medida que pode atingir a dignidade dessa pessoa, é se ela não tiver condições de decidir, autonomamente, por conta de sua deficiência, se quer ou não ser mãe.

O artigo, enfim, buscou levantar questões atuais da reprodução humana assistida, tendo como esteio o exercício da autonomia existencial da pessoa, o que só passou a ser considerado pelo ordenamento, a partir do momento em que a dignidade humana, assim prevista no art. 1º, inciso III da Constituição da República, a elevou a pilar do ordenamento jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS

- BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor, In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochardo; ALMEIDA, Vitor. (Coord). *O Direito Civil entre o Sujeito e a Pessoa: Estudos em homenagem ao Professor Stefano Rodotà*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 163-189.
- BERLINGUER, Giovanni. GARRAFA, Volnei. *O Mercado Humano*. 2a. ed.. Brasília: UnB, 2001.

BIZELLI, Rafael Ferreira. Contratos existenciais: contextualização, conceito e interesses extrapatrimoniais, *in: Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*. Disponível em: https://www.ibdcivil.org.br/image/data/revista/volume6/ibdcivil_volume_6_doutrina_004_00_0.pdf. Acesso em: 20 Mai 2017.

CAVAGNA, Mario. Infertilidade Conjugal e o Tratamento com Técnicas de Reprodução Assistida, *in: SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. NICOLETTI CAMILLO, Carlos Eduardo. Direito e Medicina: Novas Fronteiras da Ciência Jurídica*. São Paulo: Atlas, 2015, 2015, p.163-171.

CLOTET, Joaquim. Seleção de Sexo em Reprodução Humana: Aspectos Éticos, *in: CLOTET, Joaquim. GOLDIM, José Roberto (Orgs.). Seleção de Sexo e Bioética*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

COLTRO, Raquel Evelin Gonçalves. *Maternidade Tardia: Uma discussão sobre a vedação de acesso à reprodução humana assistida em mulheres com mais de 50 anos*. Osasco: Dissertação apresentada no Programa de Mestrado em Direito do Unifieo, para obtenção do título de Mestre em Direito, 2015. Inédito.

FERRAZ, Carolina Valença. Do Direito da Pessoa com Deficiência nas Relações Familiares, *in: FERRAZ, Carolina Valença. SALOMÃO LEITE, George. SALOMÃO LEITE, Glauber. Et. All. (Coord.). Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 322-341.

GLOVER, Jonathan. *Choosing Children: Genes, Disability and Design*. Reimpr.. Oxford: Oxford University Press, 2013.

GOZZO, Débora. O Registro de Nascimento na Reprodução Artificial Humana: Provimento nº 52/2016 do CNJ, *in: Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre: Magister, 2016, vol. 72, p.36-60.

GOZZO, Débora. Diagnóstico Pré-Implantatório e a Busca pela Perfeição Humana, *in: Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, vol. 92, p. 327-353.

GOZZO, Débora. A Mercantilização da Pessoa Humana na Maternidade de Substituição, *in: SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. NICOLETTI CAMILLO, Carlos Eduardo. Direito e Medicina: Novas Fronteiras da Ciência Jurídica*. São Paulo: Atlas, 2015, 2015, p. 49-63.

GOZZO, Débora. QUEIROZ, Fernando Baleira Leão de Oliveria. O Direito ao Respeito à Vida Embrionária na Reprodução Assistida, *in: Engelmann, Wilson. FAGUNDES, Paulo Roney Avila. Biodireito*. Florianópolis: Conpedi, 2014, p. 207-231.

- GRAHAM, Kate. “She got pregnant. I was left childless. Sharing my eggs was a big mistake”. Disponível em: <http://www.telegraph.co.uk/women/womens-health/11965136/egg-sharing-pregnancy-fertility.html>. Acesso em: 20 jul17.
- LINERA, Miguel Ángel Presno. Dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad, *in*: CHUECA, Ricardo (Dir.). *Dignidad Humana y Derecho Fundamental*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015, p. 361-393.
- MEIRELES, Rose Melo Venceslau. *Autonomia Privada e Dignidade Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- MOREIRA, Rodrigo Pereira. *Direito ao Livre desenvolvimento da personalidade: Proteção e Promoção da Pessoa Humana*. Curitiba: Juruá, 2016.
- MOTA PINTO, Paulo. Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos de personalidade no direito português, *in*: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). *A Constituição Concretizada: Construindo Pontes com o Público e o Privado*. Porto Alegre: Lael, 2000, p.61-83.
- NIPPERDEY, Hans Carl. Livre Desenvolvimento da Personalidade, *in*: HECK, Luis Afonso. (Org./revisor). *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Textos Clássicos. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2012, p.71-90.
- PATRÃO NEVES, M. Mudam-se os Tempos, Manda a Vontade o Desejo e o Direito a Ter um Filho, *in*: *Estudos de Direito da Bioética*. Lisboa: Almedina, 2009, vol. III. p. 131-149. (Separata)
- PATRÃO NEVES, M. PMA: Do Desejo de um Filho ao Filho Desejado, *In: Do Início ao Fim da Vida: Actas do Colóquio de Bioética*. Braga: Universidade Católica Portuguesa, 2005. p. 113-137. (Separata)
- PATRÃO NEVES, Maria do Céu. *O Admirável Horizonte da BioÉtica*. Lisboa: Glaciar, 2016.
- PIOVESAN, Flávia. PIROTTA, Wilson Ricardo Buqueutti. A Proteção dos Direitos Reprodutivos no Direito Internacional e no Direito Interno, *in*: PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 4a. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 306-336.
- REALE, Miguel. MARTINS-COSTA, Judith. (Coord.). *História do Novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- TAYLOR-SANDS, Michelle. *Saviour Siblings: A relational approach to the welfare of the child in selective reproduction*. London/New York: Routledge, 2013.
- TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Saúde, Corpo e Autonomia Privada*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.