

# AUTONOMIA REPRODUTIVA E NOVAS TECNOLOGIAS NO ORDENAMENTO BRASILEIRO: VIOLAÇÕES E AMEAÇAS AO DIREITO A GERAR E A NÃO GERAR FILHOS

## *REPRODUCTIVE AUTONOMY AND NEW TECHNOLOGIES IN BRAZILIAN LAW: VIOLATIONS AND THREATS TO THE RIGHT TO HAVE AND NOT TO HAVE CHILDREN*

CARLOS NELSON KONDER\*

CÍNTIA MUNIZ DE SOUZA KONDER\*\*

**RESUMO:** O artigo oferece um panorama geral sobre a situação atual da autonomia reprodutiva no direito do Brasil em face das novas tecnologias, analisando como o tratamento legal e jurisprudencial adotado vem gerando violações e ameaças de violações aos direitos a gerar e a não gerar filhos, no tocante à contracepção e à reprodução assistida.

**PALAVRAS-CHAVE:** Autonomia. Tecnologia. Contracepção. Reprodução assistida.

**ABSTRACT:** *The article offers an overview of the current state of reproductive autonomy under the law of Brazil in face of new technologies, analyzing how the legal and judicial treatment adopted has generated violations and threats to the rights to procreate and not to procreate, regarding contraception and assisted reproduction.*

**KEYWORDS:** *Autonomy. Technology. Contraception. Assisted reproduction.*

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Fundamentos da autonomia reprodutiva no Brasil: direito ao planejamento familiar e direito ao corpo; 3. O direito a não ter filhos e os métodos contraceptivos; 4. O direito a ter filhos e as técnicas de

---

\* Professor adjunto do Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ (Brasil). Professor de direito civil do Departamento de Direito da PUC-Rio. Doutor e mestre em direito civil pela UERJ. Especialista em direito civil pela Universidade de Camerino (Itália).  
E-mail: c.konder@gmail.com.

\*\* Professora assistente do Departamento de Direito Civil da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ (Brasil). Professora de direito civil do curso de direito do Ibmecc-RJ. Doutoranda em direito civil pela UERJ. Mestre em direito e sociologia pela UFF.  
E-mail: mscintia@gmail.com.

reprodução assistida; 5. Apontamentos conclusivos; Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

O desenvolvimento da tecnologia biomédica, aliado à expansão, na esfera jurídica, dos espaços de autonomia existencial, propiciaram o reconhecimento do merecimento de tutela de uma verdadeira autonomia reprodutiva. A partir, principalmente, de movimentos reivindicatórios das mulheres ao longo do século XX, a autonomia reprodutiva compreende não apenas direitos reprodutivos de conteúdo negativo, isto é, uma defesa contra qualquer ingerência, privação ou limitação da liberdade de escolha quanto a procriar ou não, como também o direito positivo de decidir se, quando e como procriar e desenvolver a atividade de genitor (BARBOZA, 2008, p. 779-783).

Eventuais resistências doutrinárias que se colocam ao reconhecimento desses direitos restringem-se, na verdade, a admitir seu caráter relativo, especialmente levando em conta a tutela prioritária reconhecida à criança, eventual resultado do exercício dessa autonomia (*Ibid.*, p. 788). Admitir a existência desse direito não implica, seguramente, em determinar sua prevalência sobre outros interesses merecedores de tutela, o que somente poderá ser analisado no caso concreto, mas sim admitir uma prerrogativa protegida, *prima facie*, conforme a análise dos seus fundamentos pode ajudar a identificar.

Cumprido, portanto, refletir sobre a fundamentação e o alcance desse direito a gerar e a não gerar filhos, examinando de que forma nosso ordenamento o consagra e, principalmente, em que situações deixa de efetivá-lo adequadamente. É necessário identificar como a normativa existente, por vezes, permite que violações a esse direito ocorram sem qualquer sanção, bem como as ameaças que o orbitam não sejam dissipadas de forma eficaz.

## **2. FUNDAMENTOS DA AUTONOMIA REPRODUTIVA NO BRASIL: DIREITO AO PLANEJAMENTO FAMILIAR E DIREITO AO CORPO**

O primeiro fundamento da autonomia reprodutiva é a liberdade de planejamento familiar (LÔBO, 2009, p. 46), liberdade esta garantida no art. 226, parágrafo sétimo da Constituição brasileira:

“§ 7º 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”.

O dispositivo é regulamentado pela Lei 9.263/1996, que trata do planejamento familiar e estabelece as penalidades para a violação do comando constitucional. O legislador entende que o planejamento familiar é “o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal” e proíbe qualquer tipo de ação para efeito de controle demográfico. Determina, ainda, que na vigência da sociedade conjugal a esterilização depende do consentimento expresso de ambos os cônjuges. Heloisa Helena BARBOZA esclarece que havendo divergência quanto a essa questão ou até mesmo quanto à negativa do marido para a inseminação heteróloga da mulher, a matéria será submetida ao Poder Judiciário e o recurso aos princípios constitucionais deve ser imprescindível (BARBOZA, 2004, p. 162). Nesse sentido, o exercício da autonomia reprodutiva, no âmbito de um casal, seja matrimonial ou por união estável, deve envolver a manifestação de ambos. A falta de consentimento de um deles configura violação de direitos reprodutivos e pode ensejar a responsabilização civil.

O livre planejamento familiar encontra fundamento nos princípios da dignidade da pessoa humana e conjuga-se com o princípio da paternidade responsável (BARBOZA, 2008, p. 787). De fato, não há no ordenamento exercício de autonomia que não

venha acompanhado da devida responsabilidade. Em especial, no âmbito reprodutivo, são prioritários os princípios da plena igualdade entre os filhos e do melhor interesse da criança (BARBOZA, 2004, p. 163).

O segundo fundamento da autonomia reprodutiva é o direito ao corpo. Em um primeiro aspecto, muitas das violações à autonomia reprodutiva são hipóteses de lesão corporal no seu significado mais tradicional e literal. Erros em procedimentos médicos atingem a integridade psicofísica da pessoa, privando-lhe da possibilidade de escolher entre ter ou não filhos. No entanto, é sob um segundo aspecto, mais amplo e profundo, que a ideia de um direito ao corpo dá suporte à proteção da autonomia reprodutiva.

O impacto da tecnologia sobre o corpo implicou não apenas a modificação física do próprio corpo, mas também impôs ao direito que acompanhasse essas transformações com uma ressignificação do direito ao corpo. Como sistematizou Stefano RODOTÀ, a transformação do corpo pelas tecnologias biomédicas conduziu à sua dissociação, distribuição, virtualização e inserção na rede (RODOTÀ, 2009, p. 73-98). Nesse cenário, uma compreensão adequada do direito ao corpo abrange todas as diversas formas de tutela frente às violações de uma autonomia reprodutiva, que também se manifesta como autonomia corporal (TEIXEIRA, 2010, *passim*).

Indica Stefano RODOTÀ que, na esfera da reprodução, vivemos uma longa história de libertação de limites naturais, jurídicos e culturais: primeiro com recurso aos métodos contraceptivos, que separaram a sexualidade da reprodução, permitindo um movimento rumo à procriação responsável; segundo com as técnicas de reprodução assistida, que separam a reprodução da sexualidade, pondo ênfase no “filho desejado” e permitindo a escolha livre do se, como e quando procriar (RODOTÀ, 2010, p. 70). Resta averiguar se os dois momentos dessa história foram adequadamente percorridos no Brasil.

### 3. O DIREITO A NÃO TER FILHOS E OS MÉTODOS CONTRACEPTIVOS

O desenvolvimento dos métodos contraceptivos trouxe profundas transformações não apenas para o direito, mas para a sociedade e a cultura como um todo. O principal marco desse processo foi a pílula anticoncepcional que, como nenhum dos outros métodos, foi tão eficaz em separar sexualidade e reprodução e permitir um controle muito mais efetivo do processo reprodutivo pela mulher (LOYOLA, 2010, p. 1).

A pílula anticoncepcional trouxe um aumento exponencial da autonomia das mulheres, que somado ao movimento feminista deu a elas uma verdadeira emancipação social e sexual, visto que os métodos de anticoncepção não eram, até então, tão seguros. No entanto, a segurança do método, que propiciaria uma liberdade jamais tida pelas mulheres, o direito a manter uma vida sexual ativa sem ter filhos, passou a sofrer uma dramática reviravolta.

O primeiro exemplo que pode ser aduzido envolve a liberação de caixas contendo pílulas sem o princípio ativo. Conhecido como “o caso das pílulas de farinha”, o laboratório Schering do Brasil Química e Farmacêutica Ltda. colocou em circulação cartelas com placebo, sem material anticoncepcional. O fato ocasionou a gravidez de várias mulheres que pensavam estar utilizando um método contraceptivo de grande eficiência e numerosas ações foram levadas ao Judiciário brasileiro, inclusive uma ação civil pública, ajuizada pelo Estado de São Paulo juntamente com a Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor – PROCON (MULTEDO, 2012, *passim*).

A reparação dos danos decorrentes foi dificultada pela diversidade de entendimento na jurisprudência. A quarta turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ – Tribunal responsável por uniformizar a interpretação do direito civil no Brasil), indeferiu a inversão do ônus da prova, impondo às consumidoras verdadeira prova diabólica, sob o seguinte entendimento:

RECURSO ESPECIAL. GRAVIDEZ ALEGADAMENTE DECORRENTE DE CONSUMO DE PÍLULAS ANTICONCEPCIONAIS SEM PRINCÍPIO ATIVO (“PÍLULAS DE FARINHA”). INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. ENCARGO IMPOSSÍVEL. ADEMAIS, MOMENTO PROCESSUAL INADEQUADO. AUSÊNCIA DE

NEXO CAUSAL ENTRE A GRAVIDEZ E O AGIR CULPOSO DA RECORRENTE. 1. O Tribunal a quo, muito embora reconhecendo ser a prova “franciscana”, entendeu que bastava à condenação o fato de ser a autora consumidora do anticoncepcional “Microvlar” e ter esta apresentado cartelas que diziam respeito a período posterior à concepção, cujo medicamento continha o princípio ativo contraceptivo. 2. A inversão do ônus da prova regida pelo art. 6º, inciso VIII, do CDC, está ancorada na assimetria técnica e informacional existente entre as partes em litígio. Ou seja, somente pelo fato de ser o consumidor vulnerável, constituindo tal circunstância um obstáculo à comprovação dos fatos por ele narrados, e que a parte contrária possui informação e os meios técnicos aptos à produção da prova, é que se excepciona a distribuição ordinária do ônus. 3. Com efeito, ainda que se trate de relação regida pelo CDC, não se concebe inverter-se o ônus da prova para, retirando tal incumbência de quem poderia fazê-lo mais facilmente, atribuí-la a quem, por impossibilidade lógica e natural, não o conseguiria. Assim, diante da não-comprovação da ingestão dos aludidos placebos pela autora - quando lhe era, em tese, possível provar -, bem como levando em conta a inviabilidade de a ré produzir prova impossível, a celeuma deve se resolver com a improcedência do pedido. 4. Por outro lado, entre a gravidez da autora e o extravio das “pílulas de farinha”, mostra-se patente a ausência de demonstração do nexo causal, o qual passaria, necessariamente, pela demonstração ao menos da aquisição dos indigitados placebos, o que não ocorreu. 5. De outra sorte, é de se ressaltar que a distribuição do ônus da prova, em realidade, determina o agir processual de cada parte, de sorte que nenhuma delas pode ser surpreendida com a inovação de um ônus que, antes de uma decisão judicial fundamentada, não lhe era imputado. Por isso que não poderia o Tribunal a quo inverter o ônus da prova, com surpresa para as partes, quando do julgamento da apelação. 6. Recurso especial parcialmente conhecido e, na extensão, provido. (STJ, 4ª T., REsp 720.930-RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, publ. DJe 06/11/2009).

Já a terceira turma do STJ dispensou a comprovação rigorosa do nexo causal, com entendimento contraposto:

CIVIL E PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. ANTICONCEPCIONAL MICROVLAR. PLACEBOS UTILIZADOS POR CONSUMIDORAS. ANÁLISE DO MATERIAL PROBATÓRIO QUE APONTA PARA A RESPONSABILIDADE CIVIL DO FABRICANTE. CORRETA VALORAÇÃO DA PROVA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. DESNECESSIDADE. 1. Acontecimento que se notabilizou como o ‘caso das pílulas de farinha’: cartelas de comprimidos sem princípio

ativo, utilizadas para teste de maquinário, que acabaram atingindo consumidoras e não impediram a gravidez indesejada. 2. A alegação de que, até hoje, não foi possível verificar exatamente de que forma as pílulas-teste chegaram às mãos das consumidoras não é suficiente para afastar o dever de indenizar do laboratório. O panorama fático evidencia que essa demonstração talvez seja mesmo impossível, porque eram tantos e tão graves os erros e descuidos na linha de produção e descarte de medicamentos, que não seria hipótese infundada afirmar-se que os placebos atingiram as consumidoras de diversas formas ao mesmo tempo. 3. Além de outros elementos importantes de convicção, dos autos consta prova de que a consumidora fazia uso do anticoncepcional, muito embora não se tenha juntado uma das cartelas de produto defeituoso. Defende-se a recorrente alegando que, nessa hipótese, ao julgar procedente o pedido indenizatório, o Tribunal responsabilizou o produtor como se este só pudesse afastar sua responsabilidade provando, inclusive, que a consumidora não fez uso do produto defeituoso, o que é impossível. 4. Contudo, está presente uma dupla impossibilidade probatória: à autora também era impossível demonstrar que comprara especificamente uma cartela defeituosa, e não por negligência como alega a recorrente, mas apenas por ser dela inexigível outra conduta dentro dos padrões médios de cultura do país. 5. Assim colocada a questão, não se trata de atribuir equivocadamente o ônus da prova a uma das partes, mas sim de interpretar as normas processuais em consonância com os princípios de direito material aplicáveis à espécie. O acórdão partiu das provas existentes para concluir em um certo sentido, privilegiando, com isso, o princípio da proteção ao consumidor. 6. A conclusão quanto à presença dos requisitos indispensáveis à caracterização do dever de indenizar não exige a inversão do ônus da prova. Decorre apenas da contraposição dos dados existentes nos autos, especificamente sob a ótica da proteção ao consumidor e levando em consideração, sobretudo, a existência de elementos cuja prova se mostra impossível - ou ao menos inexigível - para ambas as partes. 7. Recurso especial a que se nega provimento. (STJ, 3ª T., REsp 1120746/SC, Rel. Min. Nancy Andrigui, publ. DJe 24/02/2011)

Outro exemplo que pode ser aduzido diz respeito ao DIU – dispositivo intrauterino, cuja utilização defeituosa gera lesões não apenas ao direito a não ter filhos, mas à integridade psicofísica em sentido estrito das mulheres envolvidas. Em diversos casos, a responsabilidade pelos danos decorre não de defeito do produto, mas de culpa do médico que realizou a inserção. No caso de um médico que sequer era especialista em ginecologia, julgou o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul restar comprovado que

o profissional faltou com a técnica necessária para a instalação do DIU especial e o substituiu por outro, mais simples e comum, sabidamente incompatível com o organismo da parte autora, e sem o consentimento desta, que veio a sofrer hemorragia:

APELAÇÃO CÍVEL. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO COMPROVADO. DEVER DE INDENIZAR. DANOS MORAIS. VALOR DA INDENIZAÇÃO. SENTENÇA MANTIDA. 1. O CASO. Caso que versa sobre danos materiais e morais alegadamente decorrentes de imperícia médica por ocasião da aplicação de método contraceptivo (dispositivo intra-uterino - DIU) incompatível com o organismo da parte autora, dando causa a hemorragia, o que seria de conhecimento dos requeridos. 2. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE. Ausência de impugnação específica à sentença, em relação ao juízo de improcedência sobre alguns dos alegados danos materiais. Parcial negativa de conhecimento ao recurso adesivo. Aplicação do art. 514, inciso II, do Código de Processo Civil, positivamente denominado “princípio da dialeticidade”. 3. REGIME JURÍDICO APLICÁVEL. A responsabilidade do estabelecimento médico-hospitalar, mesmo sendo de natureza objetiva, está vinculada à comprovação da culpa na ação médica ou de algum preposto do hospital. Ou seja, a responsabilização da pessoa jurídica depende da atuação culposa de algum preposto do hospital, sob pena de não ser possível estabelecer-se o nexo de imputação necessário para fins de configurar a hipótese do erro médico indenizável. 4. PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL. Elementos que comprovam que o profissional faltou com a técnica necessária para a instalação do DIU especial (“Mirena”), bem como o substituiu por outro, mais simples e comum, sabidamente incompatível com o organismo da parte autora, sem o consentimento desta, que veio a sofrer hemorragia. Danos morais caracterizados, relevado o caráter *in re ipsa*. Valor da indenização mantido. APELO DESPROVIDO. RECURSO ADESIVO CONHECIDO PARCIALMENTE E DESPROVIDO. UNÂNIME. (TJRS, 9ª CC., Ap. 70046977450, Rel. Des. Iris Helena Medeiros Nogueira, publ. DJ 30/03/2012)

Ainda mais dramático é o caso de perfuração do útero durante a colocação do DIU, que é, surpreendentemente, reputado normalmente dano iatrogênico, mas que ensejou a responsabilização do médico quando se constatou que, mesmo diante do retorno da paciente ao consultório reclamando de dores, não tomou as providências devidas, e o DIU alojou-se ao lado da parede do intestino e teve que ser removido cirurgicamente:



APELAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. AGRAVO RETIDO. RENOVAÇÃO DE PERÍCIA. O expert elucidou suficientemente todos os questionamentos apresentados pelas partes. Os fundamentos para renovação da prova pericial, ademais, não se sustentam, salvo na insatisfação do recorrente com o resultado do trabalho do perito. ERRO MÉDICO. DIU - DISPOSITIVO INTRAUTERINO. DANO MORAL CARACTERIZADO. A negligência atribuível ao réu não decorre da perfuração uterina ocorrida pela colocação do DIU - Dispositivo Intrauterino, pois se trata de complicação inerente ao ato médico. Na verdade, o agir culposo do profissional se deve ao fato de não ter detectado o problema e, por conseguinte, empreendido medidas cabíveis para resolvê-lo, ou, alternativamente, ter detectado por meio da ecografia feita em seu consultório particular, mas igualmente não tê-lo solucionado. Na situação em exame, portanto, restou provada a falha na prestação do serviço e o nexo de causalidade com os danos experimentados pela autora, configurando, por conseguinte, o dever de indenizar. QUANTUM INDENIZATÓRIO. O valor da indenização deve se mostrar adequado, a fim de atender aos objetivos da compensação do dano e o caráter pedagógico, levando-se em conta, ainda, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Quantum majorado. CORREÇÃO MONETÁRIA. Fixação desde o arbitramento até a data do efetivo pagamento. JUROS DE MORA. Incidem juros moratórios de 1% ao mês desde a citação, por se tratar de responsabilidade civil contratual. AGRAVO RETIDO DESPROVIDO. APELOS PARCIALMENTE PROVIDOS. (TJRS, 10ª CC., Ap. 70043659630, Rel. Des. Ivan Balson Araújo, publ. DJ 04/04/2012)

As hipóteses de falha do método contraceptivo por defeito do produto anticoncepcional ou por culpa do médico caracterizam violação à autonomia reprodutiva, privando a pessoa do direito de não ter filhos. A responsabilidade, nesse caso, gera uma dificuldade conceitual: o filho nascido da falha da contracepção pode ser reputado um dano indenizável?

A doutrina que se dedica ao tema busca, com certa controvérsia, diferenciar as hipóteses de “*wrongful birth*” (nascimento equivocado), “*wrongful life*” (vida equivocada) e “*costly parentage*” (parentalidade custosa). Para Wolfgang Graf Vitzhum e Jörn Axel Kämmerer, a paternidade custosa se caracteriza quando há o nascimento de um filho não planejado, embora saudável, por conta de uma esterilização frustrada ou de tratamento médico errado, enquanto o nascimento indesejado em sentido estrito se daria quando o filho fosse planejado, mas uma falha médica no

diagnóstico ou na informação sobre a saúde do feto privou os pais da possibilidade de interrupção da gravidez (nos ordenamentos em que ela é permitida) (VITZTHUM; KÄMMERER, 1998, p. 14). Antonio Pinto MONTEIRO, por sua vez, diferencia o nascimento equivocado, caso em que os pais pleiteiam a indenização pelo nascimento do filho, com a vida equivocada, quando o próprio filho pleiteia indenização por ter nascido (MONTEIRO, 2007, p. 321-322)<sup>1</sup>.

No ordenamento francês ocorreu o caso mais emblemático de *wrongful life*, no ano de 1982. Grávida, Josette Perruche começou a sentir os mesmos sintomas que sua filha apresentara um mês antes, e fora, na época, diagnosticada com rubéola. Josette disse ao seu médico que se fosse diagnosticada com Síndrome de Rubéola Congênita e o embrião fosse vítima da doença (também conhecida como Síndrome de Gregg), tinha a intenção de interromper a gravidez, fato permitido pela legislação francesa no início da gestação. O embrião que contrai a doença costuma apresentar surdez, cegueira, problemas cardíacos e mentais, dentre outros possíveis problemas. Feitos os exames e o acompanhamento médico, Josette foi informada de que seu feto não corria perigo, visto que não se tratava de rubéola. Quando do nascimento de seu filho, Nicolas Perruche, inúmeros problemas de saúde foram diagnosticados: Nicolas nasceu com problemas neurológicos e cardíacos graves, surdez bilateral, olho direito cego e o esquerdo com glaucoma. Era um inquestionável portador da Síndrome de Gregg. Segundo a vontade de sua mãe, Nicolas não teria nascido se o diagnóstico correto tivesse sido realizado. Seis anos após o nascimento, o casal ingressa com uma ação no Poder Judiciário em nome do filho, em face do laboratório e do médico, requerendo indenização. Após inúmeras decisões controvertidas, a Corte de Cassação chegou ao Acórdão 457, que confirmou o direito de Nicolas a reclamar indenização do médico de sua mãe. O caso Perruche consagrou o direito de uma criança nascida deficiente ser indenizada por sua própria condição. A sociedade civil organizada, porém, reagiu

---

1 Sobre o tema, no ordenamento espanhol, ver URBINA, Jorge Tomillo, 2011, p. 113-135.

ostensivamente contra a decisão do caso. Consideravam julgar como dano o simples fato de um nascimento ultrajante. Juristas se uniram, as associações de defesa dos direitos dos deficientes endossaram a oposição atestando que o direito de não nascer não configurava uma proteção, mas um ato de discriminação da vida do portador de deficiência. Como resultado, foi publicada a “Lei Anti-Perruche” em março de 2002, que em seu primeiro artigo já encerra a discussão sobre a questão determinando não haver dano por conta de mero nascimento (MORAES; KONDER, 2012, p.177-183).

Independente da terminologia, é importante nesses casos, não permitir que se considere a criança ou sua existência um dano indenizável, mas sim a violação à autonomia reprodutiva dos pais em virtude da alteração do seu projeto de vida (LEWICKI, 2001, p. 143).

#### **4. O DIREITO A TER FILHOS E AS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA**

O impacto da tecnologia, ao mesmo tempo ampliando e ameaçando a esfera de autonomia reprodutiva, se faz ainda mais nítido no que tange à reprodução assistida. Nesse ponto, três atores são frequentes responsáveis por lesões à liberdade procriativa no Brasil: o Estado, as clínicas (e sua equipe) e mesmo os co-beneficiários da técnica.

Premidos por grupos de interesse ou pela urgência de dar resposta às novidades, os órgãos estatais, administrativos<sup>2</sup> ou legislativos, por vezes regulam, ou pretendem regular<sup>3</sup>, o acesso às técnicas de forma incompatível com a principiologia constitucional,

---

2 Quatro Resoluções do Conselho Federal de Medicina brasileiro já se sucederam sobre o tema: a 2.121/2015, atualmente em vigor, revogou a 2.013/2013, que revogou a 1.957/2010, a qual, por sua vez, revogou a n. 1.358/1992, a primeira sobre o tema.

3 Existem diversos projetos de lei sobre o tema tramitando no Legislativo brasileiro, alguns mais gerais (PL 4892/2012, PL 90/99, PL 1184/2003, PL 115/2015, PL 1135/2003 e PL 2061/2003), outros mais específicos, como o PL 120/2003 (sobre o direito à investigação de paternidade), o PL 5624/2005 (que institui programa de reprodução assistida junto ao Sistema Único de Saúde), o PL 3977/2012 (sobre o acesso às técnicas para pacientes de câncer) e o PL 4686/2004 (sobre o direito ao conhecimento da origem genética).

criando distinções injustificadas e restrições incompatíveis com a tutela da dignidade da pessoa humana. Referindo-se à legislação italiana, destaca Stefano RODOTÀ as graves consequências desse “proibicionismo exasperado” (RODOTÀ, 2010, p. 74).

Por exemplo, se a pretensão de banir todas as técnicas, sob o argumento de que elas institucionalizam um mecanismo médico de concepção extramatrimonial (SGRECCIA, 1996, p. 415), já se encontra razoavelmente superada, ainda persistem tendências a restringir o acesso à técnica a pacientes casadas ou em união estável<sup>4</sup>. A posição é claramente incompatível com a pluralidade das entidades familiares e a ausência de hierarquia entre elas garantida pela Constituição (BARBOZA, 2004, p. 166; *contra*: ALMEIDA, 2005, p. 243).

Restrições menos radicais são mais controversas e colocam em destaque um rico debate acerca da posição mais compatível com a proteção prioritária da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, discute-se a possibilidade de anonimato da doação de material genético por terceiro, nas técnicas de reprodução heteróloga. Embora o fim do anonimato reduzisse significativamente a viabilidade da própria técnica, argumenta-se o melhor interesse da criança e o direito ao conhecimento de suas origens genéticas, para viabilizar a construção de sua própria identidade (HATEM, 2002, p. 200). Em casos mais extremos, defende-se o vínculo de paternidade entre a criança e o doador, em linha argumentativa incompatível com a desbiologização da família e a tutela da socio-afetividade.

A garantia de anonimato é tutelada pela Resolução 2.121/2015 e por boa parte dos projetos legislativos. No extremo oposto, a versão original do PLS 90 previa não só o direito da criança de conhecer o doador quando atingir a maioridade ou quando da morte dos pais (art. 12, *caput*), mas também, no caso de não haver

---

4 O PL 90/99 inclusive tipifica como crime a utilização da técnica em mulheres solteiras ou que não vivam em união estável (art. 37). A Resolução 2.121/2015 expressamente permite o uso das técnicas de RA para relacionamentos homoafetivos e pessoas solteiras, permitida inclusive a gestação compartilhada em união homoafetiva feminina em que não exista infertilidade. A resolução original se limitava a exigir o consentimento do marido quando a paciente for casada (item II.2), linha que foi seguida pelos PL 2061/2003 (art. 8º) e 1135/2003 (art. 9º).

registro civil do “pai legal” (contratante), a prerrogativa da criança ou do doador de obter o reconhecimento de paternidade na forma da lei (art. 12, § 1º). Neste sentido também o PL 120/2003, que visa a acrescentar o art. 6º-A na L. 8.560/92 para assegurar a investigação de paternidade ao nascido através de procriação assistida. Já o PL 4.686/2004, em versão intermediária, pretende a alteração do Código Civil vigente para a inclusão de um art. 1.597-A, que obrigaria as clínicas a manter em arquivo sigiloso a identidade do doador, franqueando à pessoa nascida do processo acesso a qualquer tempo a esta informação, diretamente ou por meio de representante legal, mas grifa, no § 3º do dispositivo, que a referida paternidade biológica não gera direitos sucessórios.

Outras restrições são impostas sob o fundamento da proteção dos próprios beneficiários da técnica, mas que podem incorrer em uma forma mais incisiva de paternalismo. Nessa linha, podem ser citadas, com base na normativa do CFM em vigor, a utilização subsidiária e excepcional da técnica, somente diante da impossibilidade de reprodução natural, a imposição de limites etários, ainda que prevista a possibilidade de flexibilização em casos especiais, e a exigência de parentesco entre os participantes, como ocorre na gestação substituta. Sem prejuízo do debate sobre o tema, deve-se ter em mente que este é um campo em que os beneficiários acorrem às técnicas em condição de relativa vulnerabilidade, pois inspirados muitas vezes por expectativas irrealistas e anseios muito profundos, razão pela qual certa medida de paternalismo pode ser justificada.

O debate acerca da onerosidade, seja na cessão de gametas, seja na gestação substituta, também se insere nessa seara. Predomina o entendimento de que a proteção da dignidade da pessoa humana pressupõe, em larga medida, a não patrimonialização das situações jurídicas existenciais, inclusive quanto ao corpo, mas não se pode desprezar os argumentos de que essa é uma restrição excessiva à autonomia corporal e que o profissionalismo aumenta a segurança e eficácia da técnica (OTERO, 2011, p. 29-30). Novamente, é importante contextualizar a abordagem, e levar em conta o cenário de profundas desigualdades sociais, que justifica não podermos confundir desespero com liberdade (RODOTÀ, 2010, p. 203).

É necessário destacar ainda que, a despeito das controvérsias sobre o tema, tanto na esfera jurisprudencial como doutrinária, tem prevalecido o entendimento de que o Estado não tem o dever de arcar com tratamentos de reprodução assistida no sistema público de saúde, o que acaba por restringir a autonomia reprodutiva de todos aqueles que não têm condições financeiras de arcar com os caros tratamentos envolvidos<sup>5</sup>.

Ao lado do Estado, o segundo protagonista de violações à autonomia reprodutiva são os médicos e as clínicas que implementam de fato as técnicas, equiparados a estas eventuais prestadores de serviço, como os “bancos de sêmen”, os responsáveis pela criopreservação de embriões e as agências de gestação substitutiva. Na forma da legislação existente, serão responsabilizados sempre que caracterizado o defeito do serviço ou, no caso de profissional liberal, a culpa do médico. A problemática na responsabilização, todavia, coloca-se menos na configuração da conduta imputável e mais no tocante ao dano indenizável.

É incompatível com a dignidade da pessoa humana coisificar a criança ou feto por nascer como produto encomendado pelos pais, com características genéticas específicas, mas, novamente, deve-se reconhecer a violação à autonomia reprodutiva dos beneficiários da técnica como alteração do projeto de vida<sup>6</sup>. Nesse sentido, as clínicas tem o dever não apenas de “controle de doenças infectocontagiosas, coleta, manuseio, conservação, distribuição e transferência de material biológico humano”, mas também, de inseminação ou fertilização *in vitro* heteróloga, isto é, com material de doador anônimo, de zelar, dentro do possível, para que “o doador tenha a maior semelhança fenotípica com a receptora”<sup>7</sup>.

---

5 Apenas a título exemplificativo, cite-se, contra, TJRJ, 16ª CC., Ap. 0009211-56.2014.8.19.0037, Rel. Des. Eduardo Gusmao Alves de Brito, julg. 28/09/2015. De outro lado, a favor: TJRJ, 6ª CC., Ap. 0356648-02.2012.8.19.0001 Rel. Des. Ines da Trindade, Julg. 16/07/2014.

6 Sobre as implicações de as características genéticas de uma pessoa deixarem de ser determinadas pelo acaso para serem objeto de escolha de outra pessoa, v. HABERMAS, 2010, *passim*.

7 Resolução 2,121/2015, III e IV.7.

Nesse âmbito, a despeito da falta de notícias oficiais sobre casos brasileiros, inserem-se os diversos casos relatados nas notícias internacionais de troca de material genético ou mesmo descarte ou cessão não autorizados, como o caso de Leeds, em que a esposa de um casal de uma raça foi inseminada por engano pelo material do marido de um casal de outra raça, que estava na clínica no mesmo dia (MORAES; KONDER, 2012, p. 400), ou ainda a já referida decisão alemã que entendeu que a destruição do sêmen congelado de um cliente de 31 anos, que o depositara antes de se submeter a uma cirurgia que poderia deixá-lo estéril, configurava uma forma de lesão corporal, a justificar o dever de indenizar<sup>8</sup>.

Deve-se mencionar também a hipótese de insucesso do uso da técnica, bastante recorrente já que, estatisticamente, a probabilidade de sucesso é bastante pequena. Nesses casos em que simplesmente a gestação não prospera, em que “após submeter-se aos exaustivos (e normalmente caríssimos) tratamentos oferecidos pelas clínicas de reprodução assistida, o casal não alcance o aguardado ‘final feliz’” (LEWICKI, 2001, p. 114), é importante verificar o procedimento da clínica. Como observado, o cenário é de pacientes vulnerabilizados em certa medida por anseios e expectativa que podem ser objeto de aproveitamento por profissionais menos rigorosos, razão pela qual é fundamental verificar se houve o efetivo consentimento livre e esclarecido (KONDER, 2001, p. 265).

A questão ganhou a mídia no Brasil com o caso de Roger Abdelmassih, especialista em reprodução humana, condenado em 2010 a 278 anos de prisão por 56 estupros contra pacientes. O problema não é só nacional, como se infere da condenação de clínica americana por ter inseminado paciente, na 12<sup>a</sup> tentativa, com material que sobrou de outra paciente, dois dias antes, causando a contração de seu útero (MORAES; KONDER, 2012, p. 404). Como explica RODOTÀ:

---

8 BGHZ 124, 52 VI. Civil Senate (VI ZR 62/93), tradução por SNOOK, Irene, junto ao Institute of European and Comparative Law da University of Oxford, disponível em <<http://migre.me/foEYm>>, acesso em 20/08/2013.

também no que diz respeito ao consentimento ocorreram evoluções significativas à medida que, abandonando a técnica do implied consent, ocupou o centro das atenções, com especificações cada vez mais analíticas, o informed consent. E creio útil ressaltar como a disciplina do informed consent se exprime também em regras sobre a circulação das informações, visto que se manifesta em uma série de disposições que prescrevem quais devam ser as informações fornecidas ao interessado para que seu consentimento seja validamente expresso (RODOTÀ, 2008, p. 75).

Ao lado do Estado e das clínicas, o terceiro possível responsável por violação à autonomia na reprodução assistida costuma ser outro participante envolvido na técnica. Essa possibilidade se coloca comumente quando um casal procura em conjunto a utilização de uma das técnicas, mas no curso do processo – que pode ser extremamente longo e custoso<sup>9</sup> – um deles diverge sobre o prosseguimento ou não pode mais consentir.

Novamente, não há, publicizados, casos brasileiros, mas causam impacto os casos estrangeiros, como o do casal Davis e do casal Kass, que se divorciaram durante o procedimento e a esposa buscava a implantação, mas a justiça americana resguardou o direito do marido de não ser pai contra sua vontade (MORAES; KONDER, 2012, p. 414-415). Já no caso de morte ou incapacidade de um dos beneficiários as decisões variam, merecendo menção o caso Parpalaix, em que a viúva obteve na justiça o direito a ser inseminada pelo material deixado pelo marido falecido, com base na intenção presumida dele; o caso de Julia Blazquez, que não teve o direito a ser inseminada por seu marido em coma reconhecido pela justiça espanhola; o caso de Gisela Marrero conseguiu liminar para colher o material de seu noivo, recém falecido por um ataque cardíaco; e o caso mais radical de um soldado israelense, cuja família

---

9 “Tendo em vista que a taxa de sucesso deste procedimento é extremamente baixa (cerca de 15% na primeira tentativa) e a sua fase mais custosa (quanto ao desgaste da paciente e também em termos financeiros) é a inicial, em há injeção de hormônios para permitir a superovulação, retirada dos óvulos por punção folicular através da inserção de uma agulha de aço orientada pela imagem ultrassonográfica e a fecundação no meio de cultura, costuma-se gerar diversos embriões de uma só vez, sendo os não implantados congelados em nitrogênio líquido para serem utilizados em uma nova tentativa no caso de fracasso da primeira” (KONDER, 2001, p. 256).



autorizou que seu material fosse implantado em uma mulher que ele sequer conheceu, apenas com o intuito de viabilizar a “herança de sangue”<sup>10</sup>.

## 5. APONTAMENTOS CONCLUSIVOS

A partir desse panorama geral, deve-se concluir que é possível reconhecer a existência, no ordenamento brasileiro, de uma autonomia reprodutiva, que garante a defesa da liberdade de escolher se, quando e como procriar e desenvolver a atividade de genitor. A justificação dessa prerrogativa em abstrato, amparada no direito ao livre planejamento familiar e no direito ao corpo, não afasta a necessidade de ponderá-lo, em concreto, com outros interesses merecedores de tutela, com a proteção à dignidade da criança nascida.

De fato, o significado e o alcance da autonomia reprodutiva se desenham em concreto, sendo necessário, todavia, fixar parâmetros e diretrizes para conduzir o intérprete nessa atividade. Assim, deve ser tutelado o direito à contracepção, com a garantia de reparação integral nos casos de falha do método anticoncepcional, mas esta deve ser fundada na alteração do projeto de vida, jamais concebendo a existência de uma pessoa como dano indenizável. De mesma maneira, deve ser garantido o direito à concepção por meio das técnicas de reprodução assistida, mas zelando pela efetividade do consentimento livre e esclarecido, para evitar o aproveitamento da fragilidade decorrente do anseio pela paternidade que guia os beneficiários da técnica.

Nesses termos, a autonomia reprodutiva se coloca como parte da autonomia existencial da pessoa humana, que, associada à privacidade, pode ser entendida como “a proteção de escolhas de vida contra qualquer forma de controle público e estigma social” ou a ‘reivindicação dos limites que protegem o direito de cada indivíduo a não ser simplificado, objetivado, e avaliado fora de contexto’, que marcam “uma inclusão progressiva de novos aspectos de liberdade” (RODOTÀ, 2008, p. 15).

---

10 MORAES; KONDER, 2012, p. 400-416. Sobre o tema, v. QUEIROZ, 2005, p. 271-300.

## REFERÊNCIAS

- BARBOZA, Heloisa Helena. A reprodução humana como direito fundamental. In DIREITO, C. A. M.; TRINDADE, A. A. C.; PEREIRA, A. C. A. P. (coord). **Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 777-801.
- BARBOZA, Heloisa Helena. Direitos à procriação e às técnicas de reprodução assistida. In LEITE, E. O. (coord.). **Grandes Temas da Atualidade: Bioética e Biodireito – aspectos jurídicos e metajurídicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 153-168.
- HABERMAS, Jürgen. **O futuro da natureza humana**. São Paulo: Martins-Fontes, 2010, passim.
- HATEM, Daniela Soares. Questionamentos jurídicos diante das novas técnicas de reprodução assistida. In SÁ, M. F. F. (coord.). **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 185-222.
- KONDER, Carlos Nelson. Elementos de uma interpretação constitucional dos contratos de reprodução assistida. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 7. Rio de Janeiro, 2001, p. 247-267.
- LEWICKI, Bruno. O homem construtível: responsabilidade e reprodução assistida. In BARBOZA, H. H. e BARRETTO, V. P. (coord.). **Temas de biodireito e bioética**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 99-154.
- LÔBO, Paulo. **Famílias**, 2ª edi. São Paulo: Saraiva, 2009.
- LOYOLA, Maria Andrea. Cinquenta anos de anticoncepção hormonal: a mulher e a pílula. **ComCiência**, n. 119. Campinas, 2010, p. 1. Disponível em: <<http://goo.gl/xkWx4V>>. Acesso em 15/12/2015.
- MONTEIRO, Antonio Pinto. Direito a não nascer? **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, vol. 19, 2007, p. 321-331.
- MORAES, Maria Celina Bodin de e KONDER, Carlos Nelson. **Dilemas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 400.
- MULTEDO, Renata Vilela. A responsabilidade civil por nascimento indesejado no direito brasileiro. **Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC**, v. 51. Rio de Janeiro, jul.-set. 2012, p. 91-126.
- OTERO, Marcelo Truzzi. Contratação da barriga de aluguel gratuita

e onerosa: legalidade, efeitos e o melhor interesse da criança. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, v. 20, 2011.

QUEIROZ, Juliane Fernandes. A disponibilidade do material genético – sêmen – após a morte do seu titular. In C. M. R. CASABONA e J. F. QUEIROZ (coord.). **Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005 p. 271-300.

RODOTÀ, Stefano. **Perché laico**, 2. ed. Bari: Laterza, 2010.

RODOTÀ, Stefano. **La vita e le regole: tra diritto e non diritto**. Milano: Feltrinelli, 2009.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 15.

SGRECCIA, Elio: **Manual de Bioética**, v. 1. São Paulo: Loyola, 1996, p. 415).

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Saúde, corpo e autonomia privada**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, passim.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**, 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

URBINA, Jorge Tomillo. Las acciones “wrongful birth” y “wrongful life”: indemnización por daños al inicio de la vida”. In URBINA, J. T.; CUEVAS, J. C. (coord.) **Estudios sobre Derecho de la Salud**. Navarra: Thompson Reuters, 2011, p. 113-135.

VITZTHUM, Wolfgang Graf; KÄMMERER, Jörn Axel. Derecho y Medicina en Alemania: Algunos problemas contemporaneos. **Diálogo Científico**. Volume 7, n. 2, 1998, p. 9-27.

**Recebido em 25/03/2016.**

**Aprovado em 24/06/2016.**

