

# O valor do Consentimento como autorregulação: notas iniciais sobre o consentimento informado na gestação de substituição

Carolina Altoé Velasco<sup>1</sup>

## Resumo

O artigo trata do valor do consentimento informado nas gestação de substituição.

**Palavras-chave:** Gestação de substituição; consentimento informado; consentimento livre e esclarecido; autorregulação; resolução 2.168/2017 do CFM.

## Abstract

The article deals with the value of informed consent in the gestation of substitution.

**Keywords:** Replacement gestation; informed consent; free and informed consent; self-regulation; resolution 2.168 / 2017 of the CFM.

## Introdução

O consentimento é compreendido como um motivo de justificação no Direito, onde os contratos são formados com base no consentimento apresentado pelas partes envolvidas naquela relação jurídica. Além do consentimento, faz-se necessária a presença de outros elementos, como a capacidade das partes, licitude, possibilidade, determinação do objeto, bem como a verificação de possíveis vícios capazes de eivar a relação jurídica que se deseja ver estabelecida. Se a obrigação é assumida de modo voluntário e o consentimento também se faz de modo voluntário, as partes estariam vinculadas por meio da relação jurídica que se estabelece. Entretanto, definir quando o consentimento é fornecido de forma válida e, portanto, capaz de gerar os efeitos que dele se espera, pode atravessar diversas hipóteses. Saber em que medida o consentimento possui um vício capaz de lhe retirar a validade é sempre um tema difícil. Sustenta-se que o consentimento – principalmente e especialmente em casos delicados que envolvem questões éticas e morais

<sup>1</sup> Doutora em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Professora de Direito da Universidade Candido Mendes. Professora dos cursos de extensão e especialização da PUC-Rio. Membro da Comissão de Direito de Família e Sucessões do IAB. E-mail: carolinaltoe@yahoo.com.br Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0497719736621077>

– deve ser livre e esclarecido. Isso porque o consentimento está vinculado diretamente à noção de dignidade, liberdade, autonomia privada e aos direitos fundamentais.

## O valor do consentimento como autorregulação

A expressão consentimento possui emprego variável. A manifestação de vontade, no plano dos negócios jurídicos, recebe a denominação de consentimento. O consentimento é também verificado na forma de documentos, chamados de *termos de consentimento*. Trata-se de documento recomendado por códigos de ética, por exemplo, para ser utilizado na prática cotidiana em saúde e na realização de pesquisas envolvendo seres humanos. É indicado para as situações em que se empregam tecnologias avançadas. A terminologia para expressar a prática do consentimento apresenta variações. Na literatura, a expressão mais comum para se referir, de maneira genérica, a essa prática é *consentimento informado* (*informed consent*). No Brasil, desde 1996, adota-se a terminologia *Consentimento Livre e Esclarecido* (CLE), conforme a Resolução do Conselho Nacional de Saúde nº 196/1996, que dispõe sobre ética em pesquisa com seres humanos. Na Resolução do Conselho Federal de Medicina n. 2.121/2015, que estabelecia normas éticas para a prática clínica de reprodução humana assistida, a terminologia empregada era *consentimento livre e esclarecido informado*. Interessante destacar que a Resolução n. 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina volta a fazer uso da terminologia *termo de consentimento livre e esclarecido*<sup>2</sup>. Portanto, o *consentimento informado* ou *termo de consentimento informado* são expressões genéricas utilizadas nos formulários das clínicas de reprodução assistida, destinados a pessoas que buscam seus serviços.<sup>3</sup>

Em termos objetivos, verificar o que representa o consentimento nem sempre se traduz em uma simples tarefa. Os questionamentos gravitam em torno da sua natureza jurídica, da certeza e alcance da sua definição ou da sua obrigatoriedade. Pelas regras estabelecidas pelo Conselho Federal de Medicina<sup>4</sup>,

<sup>2</sup> A Resolução n. 2.121/2015 do CFM foi revogada pela Resolução n. 2.168/2017. Esta resolução teve sua publicação no Diário Oficial da União na data de 10 de novembro de 2017. Cf. <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>

<sup>3</sup> MENEGON, Vera Mincoff. Consentindo ambiguidades: uma análise documental dos termos de consentimento informado, utilizados em clínicas de reprodução humana assistida. **Cadernos de Saúde Pública**. vol. 20, n. 3, p. 845-854, mai./jun. 2004.

<sup>4</sup> A Resolução 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina determinava que: “I – Princípios gerais, item 4: O consentimento livre e esclarecido informado será obrigatório para todos os pacientes submetidos às técnicas de reprodução assistida. Os aspectos médicos envolvendo a totalidade das circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, bem como os resultados obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico e ético. O documento de consentimento livre e esclarecido informado será elaborado em formulário especial e estará completo com a concordância, por escrito, obtida a partir de discussão bilateral entre as pessoas envolvidas nas técnicas de reprodução assistida”. (Sem grifos no

o consentimento informado é obrigatório. Quanto à natureza jurídica, ao se considerar as características mencionadas na Resolução n. 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina, é tranquilo afirmar que se trata de um verdadeiro contrato, com prescrições de regras e estabelecimento de ações. Como se trata, via interpretação, de contrato, aplicam-se as disposições gerais do Código Civil às questões.

De acordo com a visão tradicional da doutrina civilista<sup>5</sup>, o consentimento é um elemento dos atos jurídicos, expresso através da aquiescência (autorização, manifestação de vontade favorável) e, em algumas oportunidades, mediante o silêncio, gerador de efeitos jurídicos obrigacionais. Diante dessa ótica, a proteção do consentimento é meramente formal: contra vícios que possam macular o exercício pleno da vontade e a capacidade de exercício de direitos.

Na Bioética e no Biodireito a concepção de consentimento sofreu impactos em decorrência do curso histórico e cultural das sociedades. O consentimento informado deve sua origem ao Código de Nuremberg que determinou a necessidade de consentimento para a pesquisa com seres humanos, em reação às experiências nazistas, generalizando-se para toda a prática médica e científica.

Na relação médico-paciente, pessoa-pessoa, a condição de vulnerabilidade demanda um exercício de cautela necessário com vistas a averiguar se houve o perfeito entendimento de todas as consequências desencadeadas da relação avençada.

Neste artigo compreende-se que o termo de consentimento informado dá origem à obrigação. Considera-se o termo de consentimento informado um contrato. A fase anterior ao consentimento pode ser compreendida como fase pré-contratual, na qual são detalhadas todas as dúvidas; condições; chances de sucesso, riscos e possíveis falhas dos procedimentos. Ao considerá-lo contrato, uma primeira conclusão preliminar pode ser destacada: (1) *sempre haverá celebração de contrato* não importando se a gestação de substituição se efetivará de modo gratuito ou oneroso. Tanto a Resolução n. 2.121/2015 quanto a Resolução 2.168/2017, ambas do Conselho Federal de Medicina, determinam que as clínicas de reprodução assistida deverão ter o *termo de consentimento informado* e o *termo de compromisso* devidamente assinados pelo(s) autor(es) do projeto parental e pela gestante de substituição. A Resolução n. 2.013/2013 do CFM, utilizava a expressão *contrato* ao que a resolução atual preferiu denominar de *termo de compromisso*: “3.3. Termo de Compromisso entre o(s) paciente(s) e a cedente temporária do útero (que receberá o embrião em seu útero), estabelecendo claramente a questão da

---

original). Já a atual resolução, a n. 2.168/2017 prevê as mesmas determinações, com a ressalva do emprego da expressão “consentimento livre e esclarecido”.

<sup>5</sup> Cite-se, por todos, MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil. Parte Geral**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1966.

filiação da criança”<sup>6</sup>. Interpreta-se a alteração das expressões como uma tentativa de conduzir à ideia de que não existe a formação de um contrato. Na realidade o termo de *compromisso* referido nas resoluções de 2015 e 2017 é – em realidade – o acordo que estabelece a determinação da filiação da criança. Portanto, de acordo com a redação da resolução em vigor, sempre será necessária – para a realização da técnica de reprodução assistida, seja ela homóloga ou heteróloga – a assinatura do termo de consentimento livre e esclarecido, bem como do termo de compromisso que fixa a filiação no caso.

Sobre a nomenclatura escolhida pela Resolução n. 2.168/2017 do CFM, quer-se fazer duas breves considerações. A primeira é que em todo seu texto, nota-se a preocupação em passar a ideia de que as práticas que envolvem a técnica de reprodução assistida não perpassam o caminho do contrato, do pagamento, da instrumentalização do ser humano. Para tanto, pinçam-se os seguintes termos: pacientes; cônjuge/companheiro; envolvidos; candidatas (à gestação); doadores (gametas/embriões); receptora (embriões); pais genéticos. Entretanto, utiliza-se – uma única vez – a denominação “*contratante(s)*”. No tópico VII, item 3.4, a resolução menciona que as clínicas de reprodução assistida deverão fazer constar, como observação, no prontuário do paciente, o “*compromisso, por parte do(s) paciente(s) contratante(s) de serviços de RA, de tratamento e acompanhamento médico, inclusive por equipes multidisciplinares, se necessário, à mãe que cederá temporariamente o útero, até o puerpério*”. A segunda observação versa sobre o uso da expressão “*pais genéticos*” (item 3.5)<sup>7</sup>. Essa também, ao que tudo indica, não parece ser a escolha mais acertada. Entende-se que a melhor expressão não seria “pais genéticos” para designar a filiação, uma vez que a gravidez pode resultar de doação de gametas, o que não corresponderá à identidade genética. É nesse sentido que este artigo optou pelo tratamento de *autores do projeto parental*, a designar a vontade e o projeto na constituição familiar.

Com relação aos casos de gestação de substituição onerosa, é frequente o questionamento acerca da qualidade do consentimento proferido pelas gestantes. Para que a disposição seja válida exige-se que o consentimento do titular de um determinado direito seja livre e informado. Quando se constata o pagamento de valor monetário às gestantes substitutas, floresce a dúvida sobre a qualidade do consentimento dado por essa parte na relação estabelecida. O pagamento exige que seja feita uma análise sobre a patrimonialização desse tipo de vínculo.

É interessante observar que Deryck Beyleveld e Roger Brownsword abordam o consentimento como algo mais valioso e delineado, ultrapassando a mera determinação da sua validade ou invalidade. Afirmam os doutrinadores que sem uma compreensão clara do conteúdo de consentimento, é tarefa fácil para o Direito endossar o sistemático abuso ou mau uso do consentimento na prática (seja por falta ou excesso de confiança). E é fácil criticar a lei por assumir

<sup>6</sup> Cf. tópico VII, que trata da gestação de substituição (doação temporária de útero), item 3.3 da Resolução n. 2.168/2017 do CFM.

<sup>7</sup> “3.5. Compromisso do registro civil da criança pelos pacientes (pai, mãe ou pais genéticos), devendo esta documentação ser providenciada durante a gravidez”.

posições aparentemente arbitrárias (por exemplo, em relação à exigência que o consentimento deve ser livre e esclarecido) ou para a adoção de doutrinas que são super ou sub-protetoras das partes que consentem. O consentimento é, em princípio, uma justificação procedimental.<sup>8</sup>

Os autores analisam (i) o que seria um tipo ideal de consentimento, (ii) quem pode consentir (sujeitos do consentimento), (iii) sob quais condições o consentimento será julgado adequado (quando efetivamente o consentimento será livre e esclarecido), (iv) e avaliam o papel do consentimento como/no raciocínio normativo.

O consentimento se apresenta no discurso moral e legal como uma espécie de justificação: onde há consentimento não poderia haver reclamação. Há a descrição do consentimento como uma justificação procedimental, não substantiva, ou seja, não oferece razões para justificar um ato em si, mas fornece a justificação para o comportamento de um indivíduo em relação a outro. Consequentemente, o consentimento se faz necessário à disposição. Para que o consentimento exista e seja válido, haverá condições (exemplo: sob certas condições o consentimento pode ser suficiente para dispor sobre seu direito à vida).

O consentimento constitui a figura-chave para a concretização aceitável de um ato. É com essa assertiva constata-se que o consentimento traz em seu bojo um viés interpretativo, vez que pode apresentar-se sob diversas formas (a depender da ótica, análise e interpretação realizadas). Utiliza-se a ideia de justificação ao invés da interpretação. Ao usar o plano da justificação, o raciocínio traçado é o seguinte: há a possibilidade em consentir algumas coisas e a possibilidade de não consentir com outras. Observa-se, ainda, que o marco filosófico influencia diretamente na justificação, uma vez que esta é capaz de mudar completamente. Tudo dependerá da vertente teórica adotada: utilitarismo, liberalismo, etc.

Deryck Beyleveld e Roger Brownsword avaliam que o consentimento ou a recusa a algum procedimento são capazes de modificar as relações estabelecidas. O papel jurídico que o consentimento ou a recusa podem estabelecer é a *efetivação da liberdade de atuação do indivíduo*. O consentimento seria capaz de tornar lícita uma ação, a princípio ilícita – compreendida como aquela não permitida por lei.

O objetivo de Beyleveld e Brownsword não é mapear e explorar o conceito de consentimento, uma vez que é encontrado em dispositivos legais. Desejam os autores construir uma noção ideal de consentimento capaz de dialogar com as diversas áreas do direito (contratos, ato ilícito, propriedade, delitos).

Quanto ao *sujeito do consentimento*, Beyleveld e Brownsword aferem as capacidades e competências necessárias para ser capaz de consentir. Aqui reside o questionamento sobre quem pode ser considerado, pelo Direito, como indivíduo competente para consentir e, portanto, tornar-se um *sujeito do consentimento*. Nesse sentido, são investigados dois quesitos: (i) quais os critérios relevantes para determinar se alguém é sujeito do consentimento; e (ii) quais as ações capazes de justificar onde a outra parte da relação não é sujeito do consentimento.

<sup>8</sup> BEYLEVELD, Deryck; BROWNSWORD, Roger. **Consent in the Law**. Oxford: Hart Publishing, 2007, p. 333.

Enfatiza-se a ideia que a teoria dos direitos (*theory of rights*) já contém a ideia de consentimento, como, também, o tem a ideia de pessoa. Isso porque quem titulariza um direito é o próprio agente.<sup>9</sup>

Se o consentimento pode ser reconhecido como uma justificação procedimental, a exemplo das ideias de Beyleveld e Brownsword, as decisões devem ser tomadas sobre quem possui *capacidade e competência* para consentir, sobre quem deve ser tratado como sujeito do consentimento.

O tipo ideal de sujeito do consentimento não é o agente que realmente faz uso do consentimento, mas sim aquele que apresenta a *capacidade de formar uma vontade* sobre a *concessão* ou *recusa* do consentimento. Portanto, o princípio da precaução é acionado com o intuito de evitar o risco de tratar um *agente* como um *não-agente* e para minimizar qualquer dano que possa ser causado involuntariamente a interesses genéricos do agente.

## O Consentimento na gestão de substituição

A composição do consentimento na gestão de substituição se apresenta como força transformadora, uma vez que é capaz de criar e, inclusive, alterar as relações normativas entre os indivíduos. Nessa espécie de contrato, o consentimento, na maioria dos casos é manifestado como simples adesão ao conteúdo pré-estabelecido. Quando celebrados em clínicas de reprodução assistida, tais contratos são elaborados de forma abstrata visando se encaixar a um número indeterminado de pacientes.

Com relação aos casos descritos no excelente documentário *Google Baby* – que desnuda a prática da gestão de substituição na Índia, oferecendo farto material para reflexão –, é duvidosa a qualidade do consentimento proferido pelas gestantes de substituição indianas. Para que a disposição seja válida exige-se que o consentimento do titular de um determinado direito seja livre e informado. Nos casos apresentados no documentário há pagamento de valor monetário às gestantes de substituição, à clínica e à médica que realiza o procedimento. Esse fator determinante – o pagamento – exige que seja feita uma análise sobre a patrimonialização desse tipo de relação. Nos casos, as partes da relação negocial assinam um contrato de gestão de substituição e o pagamento é determinado

<sup>9</sup> Especialmente o capítulo 4 da parte 2 (p. 93-124). A expressão “sujeito do consentimento” (*subject of consent*) foi empregada por Deryck Beyleveld e Roger Brownsword. Esclarecem os autores que “If the conditions for an authentic consent are that it is given freely and on an informed basis (however these conditions are interpreted), then the logic is that the specification of a ‘*subject of consent*’ – that is, one having the relevant capacity (or competence) to consent – will reflect these conditions. This means, first, that a person with capacity to consent will be capable of forming their own judgments and making their own decisions free from the influence or opinion of others; and, secondly, that such a person will be able to understand and apply the information that is material to their decision”. (sem grifos no original) Cf. BEYLEVELD, Deryck and BROWNSWORD, Roger. **Consent in the Law**. Oxford: Hart Publishing, 2007, p. 12-13.

de acordo com o cumprimento das etapas dos termos contratuais. Se a gestante sofrer um aborto, o valor recebido é proporcional aos meses que esteve grávida, por exemplo.

Na Índia, para os efeitos da filiação, as gestantes devem dispor do seu estado de mãe para que os casais registrem a criança nascida por meio da técnica de reprodução assistida. Ademais, diante dos casos, firma-se o juízo que o consentimento não é uma mera aceitação ou recusa. Pelo contrário. É uma estrutura jurídica que permite a modificação, criação e extinção de relações jurídicas e sociais. Nas hipóteses questiona-se se houve realmente um consentimento consciente e, conseqüentemente, válido.

Pelo exame do documentário *Google Baby* observa-se a existência de falhas no termo de consentimento livre e esclarecido das gestantes de substituição. Alguns pontos devem ser postos à análise: (i) senão em todos, na maior parte dos casos exibidos, a realização da gestação de substituição foi uma escolha tomada por motivos financeiros; (ii) em outra hipótese, o marido indiano determinava que a esposa se submetesse ao procedimento, desrespeitando a liberdade de escolha da esposa; (iii) a população feminina que se submete à prática se encaixa na parcela vulnerável da sociedade em razão da desigualdade de gênero e ao baixo índice de escolaridade; (iv) o baixo índice de escolaridade compromete a capacidade de compreensão das informações de maneira adequada. Esses são apenas alguns aspectos pinçados do documentário que influenciam diretamente na eficiência e validade do consentimento livre e esclarecido. A realidade descrita limita a capacidade de ação e decisão da gestante de substituição, o que se converte em um convite à exploração.

Os efeitos causados pelos casos trazidos no documentário são devastadores, com destaque para dois: (i) quando se assiste ao cerceamento completo da liberdade das gestantes de substituição, em prol do nascimento de uma criança; e (ii) quando se informa sobre a gestação de gêmeos a um casal – que desejava ter apenas um filho – e este decide pela redução embrionária, sem ao menos pensar nas conseqüências diante dessa tomada de decisão. Diante dos exemplos, chega-se a formular uma comparação dessas práticas a novos formatos de *campo*<sup>10</sup>. Assim, baseando-se nas ideias de Giorgio Agamben<sup>11</sup> e

<sup>10</sup> “O campo é o espaço que se abre quando o estado de exceção começa a tornar-se a regra. Nele, o estado de exceção, que era essencialmente uma suspensão temporal do ordenamento como base numa situação factícia de perigo, ora adquire uma disposição espacial permanente que, como tal, permanece, porém, estavelmente fora do ordenamento normal. [...] É preciso refletir sobre o estatuto paradoxal do campo enquanto espaço de exceção: ele é um pedaço de território que é colocado fora do ordenamento jurídico normal, mas não é, por causa disso, simplesmente um espaço externo. Aquilo que nele é excluído é [...] incluído através da sua própria exclusão. [...] Na medida em que o estado de exceção é, de fato, ‘desejado’, ele inaugura um novo paradigma jurídico-político, no qual a norma torna-se indiscernível da exceção. [...] O campo é um híbrido de direito e de fato, no qual os dois termos tornaram-se indiscerníveis”. Cf. AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: o poder soberano e vida nua I*. Tradução Henrique Burigo, 2. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010, p. 164-166.

<sup>11</sup> De acordo com Giorgio Agamben, “o que aconteceu nos campos supera de tal modo o conceito jurídico de crime, que amiúde tem-se deixado simplesmente de considerar a específica estrutura

Reyes Mate<sup>12</sup>, lança-se um olhar reflexivo ao conceito contemporâneo de campo. Aqui, o emprego do vocábulo campo remete a uma época definida pela crueldade, pela vulgarização da vida humana e pelo massacre em um campo de concentração. Sugere-se um esforço hermenêutico de forma a transcender a noção de campo dessa realidade. A noção de campo – no qual se perpetra o estado permanente de exceção – gera efeitos que se protraem no tempo e assombam, inclusive, a sociedade contemporânea. Isso porque o campo adquire formatos distintos dos de Auschwitz, inclusive com contornos móveis, flexíveis, a exemplo das comunidades marginalizadas, dos campos de refugiados, e por que não dizer o mesmo dos locais que alojam gestantes de substituição destinadas a entregar um filho, sob encomenda, para casais dispostos a pagar uma quantia ao final de uma gestação? O que se verifica no campo de concentração e nos exemplos citados é a destituição do *status* humano, com a negação a direitos inerentes à própria natureza humana dos indivíduos. E o rol de direitos negligenciados é bem extenso, a ter início pela disponibilidade duvidosa dos direitos da personalidade, liberdade de ir e vir, liberdade sexual e reprodutiva, dentre outros tantos.

O estado de exceção permanente é identificado – nesses casos de gestação de substituição – na medida em que se verifica a produção de uma vítima coletiva, que nesse caso, sem sombra de dúvida, é resultado do progresso biotecnológico aliado à ótica mercadológica. Portanto, aqui, o consentimento concedido não se concebe por legítimo, uma vez verificada a imposição da vontade do marido indiano, por exemplo. Ou na hipótese de pressão financeira latente.

Assim, para se chegar a uma conclusão sobre o consentimento, os aspectos destacados logo acima devem ser sopesados e avaliados em consonância com os princípios gerais do direito e com os direitos fundamentais. O termo de

---

jurídico-política na qual aqueles eventos se produziram. O campo é apenas o local onde se realizou a mais absoluta *conditio inhumana* que se tenha dado sobre a terra: isto é, em última análise, o que conta, tanto para as vítimas como para a posteridade. Seguiremos deliberadamente aqui uma orientação inversa. Ao invés de deduzir a definição de campo a partir dos eventos que aí se desenrolaram, nos perguntaremos antes: o que é um campo, qual a sua estrutura jurídico-política, por que semelhantes eventos aí puderam ter lugar? Isto nos levará a olhar o campo não como um fato histórico e uma anomalia pertencente ao passado (mesmo que, eventualmente, ainda verificável), mas, de algum modo, como a matriz aculta, o *nómos* do espaço político em que ainda vivemos”. Cf. AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: o poder soberano e vida nua I*. Tradução Henrique Burigo, 2. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010, p. 162.

<sup>12</sup> Reyes Mate discorre sobre o conceito de campo e faz um paralelo às ideias de Giorgio Agamben quando destaca que: “o campo, ao qual se refere Agamben, como lugar simbólico da política moderna, é algo bem mais abrangente do que uma figura literária. O campo, com efeito, teve lugar e esse fato afeta substancialmente a reflexão com a qual nos ocupamos. Não é o mesmo falar do campo, como possibilidade situada no horizonte como sobre a facticidade que temos às nossas costas; também não é o mesmo considerar o estado de exceção como uma peça de engrenagem da política conhecida como ter atrás de nós Auschwitz. [...] O impensável do acontecimento para a teoria é o que ao mesmo tempo constitui Auschwitz como acontecimento que inaugura uma reflexão. [...] Se Auschwitz é o que dá o que pensar, o é devido à presença constante em nosso presente de um ato passado que está presente para a razão graças à memória”. Cf. MATE, Reyes. *Memórias de Auschwitz: atualidade de política*. São Leopoldo: Nova Harmonia, 2005, p. 123-124.

consentimento livre e esclarecido é, sim, uma ferramenta importante. É uma etapa necessária, mas não suficiente diante de um panorama delicado como o descrito. Desta forma, não basta ser sujeito de direito, mas sujeito capaz de consentir, capaz de expressar – de modo autêntico – sua vontade.<sup>13</sup>

## Conclusões Parciais

O tema se desenvolve diante da possibilidade suscitada pelas técnicas de reprodução humana assistida em conceber a vida humana através da gestação de substituição. Assim, diante dos dilemas inaugurados, o artigo apresenta algumas conclusões.

1. Quando houve a avaliação da autonomia privada, do consentimento e do contrato como norma, reconheceu-se a existência de uma nova modalidade de contrato, qual seja, o contrato de gestação de substituição. Para alguns, estar-se-ia diante de uma mera *autorização*. Outros, contudo, admitem ser uma verdadeira *espécie contratual*.

2. O artigo sustentou que diante de elementos que constituam esse arranjo contratual, não se poderia considerar a avença de outro modo que não seja o contratual.

3. Ficou provado que o contrato de gestação de substituição inaugura uma série de infundáveis discussões na esfera jurídica, posto alinhar em seu bojo aspectos contratuais que transitam na esfera patrimonial e na esfera existencial.

4. Por autonomia privada ficou compreendida a margem de liberdade oportunizada pelo ordenamento jurídico à satisfação de interesses particulares aos indivíduos. É a possibilidade de se autogovernar. Por essa razão se considerou a autonomia privada como um princípio normativo e organizacional do ordenamento jurídico.

5. O estabelecimento de limites para a autonomia privada se mostrou determinante para a tomada das decisões e as conseqüências decorrentes da aceitação do termo de consentimento informado nos contratos de gestação de substituição. Nesse sentido, a verificação casuística do consentimento se mostrou fundamental diante das diferentes situações subjetivas da gestante de substituição. Alguns aspectos como a liberdade de escolha em se submeter ao contrato e o fator financeiro podem coagir a mulher a aquiescer à prática.

<sup>13</sup> Na mesma linha de raciocínio aponta-se a lição de Pietro Perlingieri, para quem “As situações existenciais se exprimem não somente em termos de direitos, mas também, de deveres: no centro do ordenamento está a pessoa, não como vontade de se realizar libertariamente, mas como valor a ser preservado até no respeito de si mesmo. Isso incide sobre atos de disposição a serem realizados (art. 5 Cód. Civ.), ou sobre as autorizações a serem concedidas no que concerne seja às mutações psicofísicas da pessoa, seja ao âmbito das retiradas e dos transplantes. *O simples consentimento por parte do titular do direito não é suficiente para tornar lícito o que para o ordenamento é objetivamente ilícito, nem pode – sem um retorno ao dogma da vontade como valor – representar um ato de autonomia por si só merecedor de tutela* (art. 1.322, § 2, Cód. Civ.). *Autonomia não é arbitrio [...]*”. Cf. PERLINGIERI, Pietro. O Direito Civil na Legalidade Constitucional. Tradução Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 813-814. Faz-se a observação que os artigos citados pelo autor fazem referência ao Código Civil italiano.

6. Assim como a autonomia se expressa na forma de liberdade dentro de uma margem de atuação proporcionada pelo ordenamento jurídico, provou-se que o consentimento é um dos elementos que compõem o ato jurídico. O papel jurídico que o consentimento estabelece é a efetivação da liberdade de atuação do indivíduo. Na gestação de substituição a identificação do consentimento livre e esclarecido é fundamental, pois dá origem à obrigação. Nem todo consentimento – contudo – será reputado como válido, pois a informação insuficiente ou a coação, por exemplo, são capazes de viciar o ato. O tipo de consentimento apresentado no documentário *Google Baby* expõe diversas falhas em seu processo de formação, conforme destacado anteriormente.

## Referências bibliográficas

- AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer: o poder soberano e vida nua I**. Tradução Henrique Burigo, 2. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010.
- BEYLEVELD, Deryck; BROWNSWORD, Roger. **Consent in the Law**. Oxford: Hart Publishing, 2007.
- MATE, Reyes. **Memórias de Auschwitz: atualidade de política**. São Leopoldo: Nova Harmonia, 2005.
- MENEGON, Vera Mincoff. Consentindo ambigüidades: uma análise documental dos termos de consentimento informado, utilizados em clínicas de reprodução humana assistida. **Cadernos de Saúde Pública**. vol. 20, n. 3, p. 845-854, mai./jun. 2004.
- MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. Parte Geral. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1966.
- PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na Legalidade Constitucional**. Tradução Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- RESOLUÇÃO n. 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina.
- RESOLUÇÃO n. 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina.