

CENTRO DE EDUCAÇÃO SUPERIOR REINALDO RAMOS
FACULDADE REINALDO RAMOS – FARR
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

GERÔNIMO INÁCIO PAULINO

ADMISSIBILIDADE DA GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO NO BRASIL
À TÍTULO ONEROSO À LUZ DO DIREITO COMPARADO

Campina Grande – PB

2019

GERÔNIMO INÁCIO PAULINO

**ADMISSIBILIDADE DA GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO NO BRASIL
À TÍTULO ONEROSO À LUZ DO DIREITO COMPARADO**

Trabalho monográfico apresentado à coordenação do Curso de Bacharelado em Direito da Faculdade Reinaldo Ramos – FARR, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Ms. Antônio Pedro de Melo Netto

Campina Grande – PB

2019

P328a

Paulino, Gerônimo Inácio.

Admissibilidade da gestação por substituição no Brasil à título oneroso à luz do direito comparado / Gerônimo Inácio Paulino. – Campina Grande, 2019.

52 f.: il. color.

Monografia (Bacharelado em Direito – Faculdade Reinaldo Ramos-FAAR, Centro de Educação Superior Reinaldo Ramos-CESREI, 2019.

"Orientação: Prof. Me. Antônio Pedro de Melo Netto".

1. Direito de Família – Brasil. 2. Gestação por Substituição – Brasil.
3. Afetividade. 4. Autonomia da Vontade. I. Melo Netto, Antônio Pedro de.
II. Título.

CDU 347.61(81)(043)

GERÔNIMO INÁCIO PAULINO

ADMISSIBILIDADE DA GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO NO BRASIL À
TÍTULO ONEROSO À LUZ DO DIREITO COMPARADO

Aprovada em: 06 de Junho de 2019.

BANCA EXAMINADORA

Antonio Pedro de Melo Netto

Prof. Ms. Antonio Pedro de Melo Netto

Faculdade Reinaldo Ramos FARR/ CESREI

(Orientador)

Gustavo Giorgio Fonseca Mendonza

Prof. Ms. Gustavo Giorgio Fonseca Mendonza

Faculdade Reinaldo Ramos FARR/ CESREI

(1º Examinador)

Renata M.B. Sobral Soares

Profa. Ms. Renata Maria Brasileiro Sobral Soares

Faculdade Reinaldo Ramos FARR/ CESREI

(2º Examinador)

RESUMO

Os avanços nas ciências médicas referentes às técnicas de reprodução humana assistida vêm exercendo forte influência sobre o conceito jurídico de família. O princípio da afetividade, aliado ao da dignidade da pessoa humana, vem sendo responsável pela instituição de famílias entre indivíduos que não possuem quaisquer laços sanguíneos. A cessão temporária do útero, como sendo um instituto jurídico surgido a partir de técnicas de reprodução assistida, seja homóloga ou heteróloga, tem sido objeto de debates doutrinários, que se posicionam contra e a favor do procedimento. Essa técnica consiste na situação na qual uma mulher se dispõe a ceder temporariamente seu útero, a fim de que um casal, homoafetivo ou heteroafetivo, impossibilitado de conceber uma criança por meio natural, possa realizar o projeto da procriação. A situação encontra, no Brasil, entraves trazidos pela resolução do Conselho Federal de medicina 2.168 de 2017, que impõe limites à prática. O trabalho que aqui se apresenta tem por objetivo geral a evidenciação acerca da proibição existente na legislação civil pátria acerca da possibilidade da utilização da técnica de gestação por substituição realizada à título oneroso por casais inférteis ou homoafetivos. Para que possa ser atingido o objetivo geral, três objetivos específicos foram elencados, quais sejam, a comprovação de que a lacuna legislativa acerca do tema cria uma incoerência para com princípios constitucionais vigentes. O segundo dos objetivos específicos é a comprovação da existência de reflexos negativos nas vidas das pessoas em virtude da referida lacuna legislativa. O terceiro e último é a exemplificação de todo o exposto no trabalho a partir de casos reais. Como problema central do trabalho tem-se o questionamento, feito de forma retórica, acerca da cogente necessidade da legalidade do tema, haja vista que é uma prática social presente no seio da sociedade. Há, de fato, a necessidade da edição de uma lei que possa legalizar a prática, a fim de que a situação que constantemente ocorre no país, popularmente denominada de “barriga de aluguel” possa ser praticada à luz da legalidade e, desta forma, sob o amparo da segurança jurídica para as partes contratantes. Com relação ao contrato de cessão temporária do útero, há princípios sedimentados na Constituição Federal de 1988 que trazem lastro ao tema do presente estudo. A autonomia da vontade, como sendo uma desses princípios e um dos mais basilares em um Estado Democrático de direito, corrobora a possibilidade de admissão da prática da gestação sub-rogada à título oneroso. A edição da Medida Provisória 881 de 2019, que enaltece a liberdade econômica no Brasil, alterou a redação do artigo 421 do atual Código Civil, que traz ao protagonismo das relações contratuais, a autonomia da vontade, em detrimento do princípio da função social do contrato. Tal alteração corrobora com todo o exposto neste trabalho monográfico, no sentido de atribuir validade aos contratos firmados entre particulares, dentre estes, o contrato de cessão temporária do útero à título oneroso.

Palavras-chave: Gestação por substituição à título oneroso. Afetividade. Autonomia da vontade.

ABSTRACT

The medical Science studies advances, which are regarded, to human assisted reproduction have been playing an important role on the concept of family. In this family concept is also included the motherhood one. The affectivity principle, which is gathered to the human dignity one, have been being in charge of forming families among people who have never had an only blood relation. The uterus temporary assignment, as a judicial institute that has been created upon the assisted reproduction techniques, on its homologous way or not, is a constantly debated subject among law writers. This technique consists in the situation of a woman willing to temporarily give up her uterus, so that a couple, homo-affective or hetero-affective, that is unable to conceive a child through natural means, can perform the project of procreation. In Brazil, the situation is hampered by the resolution of the Federal Medical Council, 2,168 of 2017, which imposes limits on the practice. The work that hour is presented has as general objective the evidentiary about the existing prohibition in the civil national legislation on the possibility of the use of the technique of gestation by substitution made for valuable consideration by infertile or homo-affective couples. In order to achieve the general objective, three specific objectives have been identified, namely, the proof that the legislative gap on the subject creates an inconsistency with current constitutional principles. The second of the specific objectives is to prove that there are negative effects on people's lives because of this legislative gap. The third and last one is the exemplification of all the exposed in the work from real cases. As a central problem of the work is the questioning, made in a rhetorical way, about the cogent necessity of the legality of the subject, since it is a social practice present within society. There is, in fact, the need to issue a law that can legalize the practice, so that the situation that constantly occurs in the country, such as the so-called "surrogacy" may be done in the light of legality and, under the protection of legal certainty for the contracting parties. About the contract for the temporary assignment of the uterus, there are principles established in the Federal Constitution of 1988 that bear the ballot to the theme of the present study. The autonomy of the will, as one of these principles and one of the most basic in a democratic State of law, corroborates the possibility of admitting the practice of gestation subrogated to consideration. The edition of Provisional Measure 881 of 2019, which praises economic freedom in Brazil, changed the wording of article 421 of the current Civil Code, which brings to the starring of contractual relations, autonomy of the will, to the detriment of the principle of the social function of the contract. This change corroborates all the above in this monographic work, in the sense of granting validity to contracts signed between individuals, among them, the contract for the temporary assignment of the uterus for consideration.

Keywords: Surrogacy trough contract of payment. Affectivity. Power of will.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	6
1 CAPÍTULO I.....	10
1.1 EVOLUÇÃO NO CONCEITO DE FAMÍLIA.....	10
1.2 O PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE.....	13
1.3 A PATERNIDADE NO BRASIL.....	14
2 CAPÍTULO II.....	18
2.1 AS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA E A GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO.....	18
2.1.1 Técnicas de reprodução assistida.....	20
2.1.1.1 Gestação por substituição.....	22
2.2 PRINCÍPIOS JURÍDICOS ATINENTES ÀS PRÁTICAS DE REPRODUÇÃO ASSITIDA.....	25
2.2.1 A autonomia da vontade.....	26
2.3 Análise da gestação por substituição sob a ótica da Teoria Contratual.....	31
3 CAPÍTULO III.....	37
3.1 A NORMATIZAÇÃO DO TEMA “GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO” NO BRASIL.....	37
3.2 GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO À LUZ DO DIREITO COMPARADO....	39
3.3 A FILIAÇÃO A PARTIR DE CASOS DE GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO.....	44
3.4 QUESTÕES ATINENTES À MATERNIDADE.....	44
3.5 A MEDIDA PROVISÓRIA 881 DE 2019 E SEUS REFLEXOS PARA CONTRATOS DE CESSÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO À TÍTULO ONEROSO.....	46
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	48
5 REFERÊNCIAS.....	51

INTRODUÇÃO

Os avanços dos estudos na medicina, em paralelo à extensa variedade nas relações humanas constituídas no mundo contemporâneo, levam à questionamentos e reflexões diárias relevantes e impactantes para a vivência em sociedade. A partir de algumas reflexões, o conceito de maternidade, que já passou por períodos de certeza e determinação, vem sendo questionado. Tais questionamentos vem contribuindo para mudanças nas formas de constituição de família, bem como trazendo ao foco das discussões, nesse contexto, as formas e impactos sociais causados pelas técnicas de reprodução assistida.

A temática proposta por este trabalho consiste em trazer à tona o debate acerca da proibição legislativa brasileira com relação à gestação por substituição, em sua forma contratual, à título oneroso. Com o fito de trazer à tona essa possibilidade, se fez necessário conceber um raciocínio amplo acerca dos conceitos de família, maternidade, impactos biopsicossociais e os impedimentos existentes no ordenamento jurídico sobre o tema.

A lacuna legislativa existente no ordenamento jurídico pátrio, bem como os impedimentos trazidos pela própria legislação civil e, ainda, pela resolução de nº 2.168 de 2017, levantam uma questão que carece de debate até que se possa chegar à um consenso satisfatório, sendo esta a problematização do presente trabalho: uma vez que a prática da famigerada “barriga de aluguel” é um fato social em nosso país, não há a cogente necessidade de o poder legislativo normatizar o tema a fim de que as práticas de gestação por substituição possam estar protegidas pelo manto normativo do Estado?

O presente trabalho irá trazer à tona a forma com que a realidade social é diariamente modificada pelos avanços na medicina e nas técnicas de reprodução assistida, e como tais avanços têm o poder de fazer com que conceitos formados, como família e maternidade sejam repensados. Tais avanços, por sua vez e conseqüentemente influenciam o Direito, vez que este deve contemplar as mais diversas situações na vida em sociedade, bem como tutelar as relações nascidas dessas situações. Nesse contexto, o trabalho que ora se apresenta poderá contribuir para uma mudança de paradigmas no que diz respeito à proibição da gestação por substituição à título oneroso, fazendo com que o leitor reflita sobre as benesses que poderiam ocorrer no seio da sociedade

se tal prática viesse a ser objeto de texto legislativo, sendo o tema trazido para o campo da admissibilidade. Daí tem-se evidenciada a relevância social do problema ora investigado, pois é fato que há a necessidade de normatização da prática, vez que esta já ocorre, porém sem aparato legal.

O presente trabalho tem por objetivo geral de sua escrita a discussão acerca da proibição existente na legislação civil pátria acerca da possibilidade da utilização da técnica de gestação por substituição realizada à título oneroso por casais inférteis ou homoafetivos. Uma vez que a prática é um fato no Brasil, sendo possível, inclusive, encontrar anúncios em redes sociais, como o *facebook*, de pessoas dispostas a pagar ou doar seu útero para a gestação de uma criança; ocorre que esses anunciantes, ao contrair o acordo da barriga de aluguel, estão legalmente desprotegidos, vez que não há lei regulamentando a feitura de contratos desta espécie.

O objetivo geral deste trabalho pode ter sua essência exemplificada pela situação vivenciada pelo ator e comediante Paulo Gustavo, que foi aos EUA a fim de contratar o serviço da gestação por substituição à título oneroso e, como consequência disso, seu filho, ao nascer naquele país, terá naturalidade norte americana, perdendo sua naturalidade original.

Para alcançar o objetivo geral aqui estabelecido, tem-se três objetivos específicos. O primeiro deste é comprovar que a proibição, pelo código civil pátrio, bem como pela resolução de nº 2.168 de 2017, do Conselho Federal de Medicina diverge da ideia trazida pelos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da autonomia da vontade e da liberdade, especialmente no tocante ao poder sobre o próprio corpo, vez que estes princípios devem fundamentar todas as decisões envolvendo seres humanos, não só com relações à temática bioética, mas em todo o direito.

O segundo dos objetivos específicos é demonstrar de que forma a falta de legislação que traga permissibilidade ao tema causa impactos negativos nas vidas daqueles que necessitam da técnica de reprodução assistida. Uma vez que não há normatização com determinações claras sobre o tema, a prática ocorre de forma deliberada, e ilimitada, de maneira clandestina, fazendo surgir, ademais, a possibilidade de exploração da mulher que venha a ceder seu útero. O terceiro e último dos objetivos específicos é a apresentação de casos, para

estudo, que inevitavelmente concebem discussões acerca da problemática do trabalho.

Metodologia

Para a pesquisa que se apresenta foi utilizada a abordagem qualitativa, vez que o objetivo geral deste trabalho é discutir acerca da lacuna existente sobre o tema proposto, sem se debruçar em números ou estatísticas que quantifiquem a ocorrência da gestação por substituição no Brasil. De acordo com os ensinamentos de Gil (1999, p. 78), a utilização desta abordagem, na pesquisa, possibilita o aprofundamento da investigação das questões relacionadas ao fenômeno em estudo, bem como das suas relações, através da valorização máxima do contato direto do pesquisador com a situação estudada.

Com relação ao objeto da pesquisa, tem que o presente estudo sendo de pesquisa bibliográfica, vez que, para alcançar os objetivos geral e específicos previamente definidos, foram utilizados como fonte de embasamento teórico: livros, revista científica acerca do tema proposto, teses e monografias. Conforme preleciona Lakatos (2003, p. 35), a finalidade basilar da pesquisa bibliográfica é colocar o pesquisador em contato direto com tudo o que foi escrito, dito ou filmado sobre determinado assunto, inclusive conferências seguidas de debates que tenham sido transcritos por alguma forma, quer publicadas, quer gravadas.

Quanto ao objetivo da pesquisa, tem – se esta como sendo exploratória, vez que o intuito desta é a modificação de uma cultura legislativa existente no sentido de deixar uma lacuna no que diz respeito ao tema da gestação por substituição no Brasil. Para tanto, foi necessário buscar embasamento em Gil (1999) que considera a pesquisa exploratória como tendo o objetivo principal de desenvolver, esclarecer, bem como causar uma mudança de conceitos e ideias.

Para a feitura desta pesquisa, foi utilizado o método dedutivo - indutivo, que, segundo Lakatos (2003, p. 48), vez que, para se conhecer com maior profundidade o fenômeno observado – a lacuna legislativa existente com relação ao tema proposto – foi percorrido o caminho da razão, com o fito de se alcançar a certeza do fenômeno investigado. Tal método consiste, basicamente, em um procedimento no qual se busca analisar informações que conduzem o

pesquisador a uma conclusão. De tal modo, utiliza-se a dedução para encontrar-se o resultado do estudo. De acordo com Lakatos (2003, p. 46), o método dedutivo tem o propósito de explicar o conteúdo das premissas, estando seus argumentos corretos ou incorretos, ou as premissas sustentam de modo completo a conclusão ou, quando a forma é logicamente incorreta, as premissas não se sustentam de forma alguma. A partir deste pensamento, serão levantados argumentos a fim de comprovar a necessidade de tornar legal a prática da gestação por substituição a partir da feitura de contratos à título oneroso no Brasil. Ainda com fundamento em Lakatos (2003, p. 47), o método indutivo, que estará presente ao longo deste trabalho, concebe um processo mental por intermédio do qual, partindo de dados particulares, suficientemente constatados, infere-se uma verdade geral ou universal, não contida nas partes examinadas.

A partir do uso do método indutivo buscar-se-á o convencimento do leitor acerca da cogente necessidade da normatização legislativa do tema da gestação por substituição.

CAPÍTULO 1

1.1 A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE FAMÍLIA

O vocábulo família é proveniente do latim *famulus*, palavra designada para escravos domésticos na Roma antiga que estavam submetidos aos seus proprietários e, entre eles, não existia vínculo sanguíneo. A concepção de família como sendo uma instituição não necessariamente está ligada ao vernáculo em latim, pois tal concepção foi sendo modificada ao longo dos séculos, conforme mudanças no contexto social ocorriam. As famílias antigas tinham como mote de sua própria existência a conservação de bens, sem que houvesse ligação afetiva alguma, mas com o passar do tempo noções de afetividade e de laços sanguíneos foram tornando-se mais presentes na forma de se pensar em família. Conforme destaca Dias (2008):

A família identifica-se pela comunhão de vida, de amor, de afeto no plano da igualdade, da liberdade, da solidariedade e da responsabilidade recíproca. No momento em que o formato hierárquico da família cedeu à sua democratização, em que as relações são muito mais de igualdade e de respeito mútuo, e o traço fundamental é a lealdade, não mais existem razões morais, religiosas, políticas, físicas ou naturais que justifiquem a excessiva e indevida ingerência do Estado na vida das pessoas (DIAS, 2008, p. 55).

Não se pode deixar de tocar em um ponto de muita influência para a formação das famílias ao longo da história: a presença do direito canônico. A influência deste para o ocidente é fundamental, de modo que sua normatividade atingiu toda a extensão territorial ocidental. A concepção trazida pela influência deste direito é, ainda atualmente, forte. Ocorre que esse direito já exerceu uma influência bem mais incidente sobre a formação das famílias, vez que essas deveriam ser formadas sob a ocorrência de cerimônias religiosas, atribuindo ao casamento aspectos de espiritualidade e divindade.

É aspecto indiscutível que o homem, ao receber o dom da vida, está intrinsecamente ligado ao núcleo familiar, ou seja, ao seio das relações humanas com maior grau de intimidade, que conhecemos pela palavra família. De acordo com Cristiano Chaves (2004, p.05) a família deve ser enxergada como a “estrutura social básica”. Qualquer que seja a causa da formação de uma família, é fatídica a afirmação de que a dimensão que engloba as bases familiares é de

uma amplitude inegável. Assim sendo, fez-se compulsório, a fim de que se pudesse acompanhar as evoluções no seio da sociedade, a evolução no conceito de família e, como consequência desse fato, tem-se feito necessária a observância a alguns princípios constitucionais que pode embasar tais evoluções no ordenamento jurídico.

Assim sendo, faz-se necessária a observação e compreensão de cada forma de grupo familiar, para que se possa conceber um pensamento evolutivo para o conceito de família. No ordenamento jurídico pátrio, a Constituição Federal de 1988 trouxe uma nova forma de se pensar na base familiar. A Carta Magna concebeu a constitucionalização do chamado direito de família, nos remetendo ao direito “Civil-Constitucional”, de maneira que concepções que ligavam à família ao patrimônio, ao patriarcalismo, a ilegitimidade da prole, a impossibilidade de dissolução do casamento, dentre outros, foram deixadas no passado, para que pudesse prevalecer a afetividade, conforme preleciona Pereira (2004, p 89). Em outras palavras, a essência determinante do que é família sofreu uma modificação necessária ao tempo que vivenciamos.

O sentimento da afetividade é fator determinante para o conceito de família vigente. Os valores jurídicos concebidos pela Carta Maior deixaram de centrar sua atenção às situações e ao patrimônio, e passou a trazer o sujeito para o centro das relações familiares.

Conforme a CF de 1988 trouxe uma nova concepção ao conceito de família, várias transformações relativas ao tema ganharam espaço, no ordenamento jurídico e no seio da sociedade, buscando amparo em princípios norteadores que direcionam o Direito de família. A Carta Magna, em seu artigo 226, trouxe o seguinte regramento:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 66, de 2010)

§ 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.

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Ora, conforme se pode inferir da leitura do dispositivo constitucional acima, a família, atualmente, deve ser enxergada como sendo o núcleo no qual o ser humano possa ser capaz de evoluir e potencializar suas capacidades individuais. O dispositivo em comento encontra forte lastro no princípio da dignidade da pessoa humana e, portanto, coloca o ser humano como o fator mais relevante, no centro das relações.

Pode perceber, ainda, a partir da compreensão do disposto no aludido artigo da Carta Maior que o conceito de família passou, ao longo dos tempos, por transformações que o conduziram a exercer, hoje, um papel genuinamente social, vez que ao passo que a família cumpre seu dever de promover o desenvolvimento das pessoas, está, indiretamente, firmando compromisso com a observância do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

De acordo com os estudos de Calderón (2013), na segunda metade de século XX a sociedade iniciou um processo de modernização em diversas searas da convivência entre as pessoas, no comércio, na política, no campo da religião e, onde é o foco desta pesquisa, no seio familiar. Uma vasta variedade de entidades familiares passou a ser reconhecida, como as uniões livres, entre casais heteroafetivos e homoafetivos. A partir de então tem-se um verdadeiro marco na concepção do que era o conceito de família, pois aí que ganhou espaço a ideia de parentescos formados apenas pelo laço da afetividade.

Faz-se necessário, contudo, aprofundar um pouco mais o tema acerca do princípio da afetividade e qual sua influência no conceito atual de família.

1.2 O PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

O Princípio da Afetividade encontra-se sedimentado na Constituição Federal de 1988, especificamente nos artigos 226, §4º e 227, *caput*, e §6º. Princípios podem ser conceituados, de acordo com os ensinamentos de Espíndola (2002) como tendo o *status* de normas de Direito, ou normas jurídicas, possuindo positividade, poder de vinculação, eficácia positiva, que podem ser entendida, segundo o mesmo autor, como inspiração à luz hermenêutica e normativa que conduz a determinadas soluções em cada caso, segundo a finalidade perseguida pelos princípios incindíveis -, e eficácia negativa, desta forma compreendida como o poder de tornar inválidas as decisões que venham se contrapor aos princípios.

Esses dispositivos constitucionais estabelecem o reconhecimento da entidade familiar formada por qualquer dos pais e seus descendentes, bem como a igualdade de direitos e qualificações entre filhos havidos no casamento ou fora dele. Esse dispositivo determina, ainda, a vedação de quaisquer designações discriminatórias referentes à filiação.

É bastante comum, na contemporaneidade, a afirmação de que a afetividade tem valor jurídico, ou até mais, de tal sentimento foi elevado ao patamar de verdadeiro princípio constitucional. Conforme as palavras da jurista psicanalista Giselle Câmara Groeninga:

O papel dado à subjetividade e à afetividade tem sido crescente no Direito de Família, que não mais pode excluir de suas considerações a qualidade dos vínculos existentes entre os membros de uma família, de forma que possa buscar a necessária objetividade na subjetividade inerente às relações. Cada vez mais se dá importância ao afeto nas considerações das relações familiares; aliás, um outro princípio do Direito de Família é o da afetividade. (GISELLE CÂMARA GROENINGA, 2008, p.28)

Diante da relevância social que é aporte desse princípio, é necessário esclarecer, para fins de delimitação do conceito, que o sentimento do afeto não implica, necessariamente, no sentimento de amor. Ora, de acordo com as lições do Professor Flávio Tartuce (2012), o afeto importa em ligação e interação entre as pessoas, podendo carregar carga positiva ou negativa. O afeto positivo em si mesmo é o amor, porquanto o afeto negativo importa em ódio.

Sabido é que ambas as cargas estão presentes nas relações familiares brasileiras.

Em face de atual importância do princípio da afetividade, é assertivo afirmar que a afetividade constitui um princípio jurídico amplamente aplicado e presente no direito de família. Tem-se, portanto, diante dessa premissa, que a afetividade, como sendo o laço que une pessoas, até o patamar de torna-las partes de uma mesma família, mesmo não havendo relação sanguínea alguma entre elas, é um princípio que exerceu forte influência nas transformações sofridas pelo próprio conceito de família.

Conforme preleciona Ricardo Lucas Calderón, parece ser uma possibilidade que o ordenamento jurídico pátrio precisa e deve estar atrelado ao princípio da afetividade, por ser este um princípio em si mesmo, pois o fortalecimento da afetividade no âmbito das relações sociais e familiares é forte indicativo de que o direito não pode se afastar deste relevante aspecto dos relacionamentos. Ainda com base em Calderón (2013), a afetividade é um dos princípios do direito de família brasileiro, implícito na Constituição Federal e explícito no Código Civil de 2002.

1.3 A PATERNIDADE NO BRASIL

A partir da evolução do conceito de família, sobretudo, com base no relevante papel social a esta conferida para o desenvolvimento integral de seus integrantes, a procriação em si mesma e formação da descendência não mais estão no centro das relações humanas, nas sociedades contemporâneas. A partir dessa premissa, trazida implicitamente no artigo 227, da Constituição Federal de 1988, aquela óptica que trazia ao centro das relações, como sendo fator determinante, as informações de DNA estabelecendo descendência, para considerar a existência da família, cedeu espaço para a chamada paternidade socio afetiva, que encontra fulcro nos princípios da afetividade e da solidariedade. A partir de então foi possível enxergar a existência de outras formas de família, diferentes daquelas existentes anteriormente à atual Carta Magna.

De acordo com Afonso (2016, p. 39), a verdade biológica teve de coexistir com a verdade jurídica. A jurídica é derivada das presunções de paternidade existentes no código civil de 2002. Passam, por sua vez, essas duas verdades, a coexistir com a verdade sociológica, que é o resultado das transformações ocorridas na vivência da sociedade moderna, que acabaram incorporando a ideia central trazida na paternidade socio-afetiva, qual seja, aquela de que esta espécie de paternidade ostenta o mesmo nível de relevância que a origem genética.

Nos dias atuais, não mais encontra espaço a antiga regra da diferenciação dos filhos a depender da concepção dentro ou fora do casamento. Direitos que eram conferidos aos descendentes havidos do casamento não eram conferidos aos filhos havidos fora deste. O código civil de 1916 trazia esta concepção. Nas palavras de Dias (2013), “*prevaleciam os interesses da instituição casamento*”. Tais interesses, em verdade, não estavam centrados na manutenção da moral e do respeito no seio familiar, mas na conservação do patrimônio, que era protegido pelo diploma civil pátrio pretérito, em uma tentativa de não deixar que fossem dissipadas as riquezas familiares.

Conforme ensina Maria Berenice Dias (2013), o olhar negativo sobre a prole era uma negação ao vínculo biológico que fazia incidir as consequências de um ato paterno, sobre os filhos. Fala-se da prática do adultério, tipificado no Código Penal brasileiro, em seu artigo 240, como crime. Portanto, os filhos havidos fora do casamento sofriam com a inferiorização à que eram submetidos. De forma deontológica percebe-se que o legislador optou por desprezar o vínculo sanguíneo existente, para manter um status jurídico. Ainda, acerca do tema, a professora Maria Berenice Dias, de maneira clara, sustenta:

No afã de livrar-se do dever de dar proteção a todos os cidadãos, principalmente a crianças e adolescentes, cria o Estado mecanismos para o que os filhos integrem estruturas familiares. Por isso a família é considerada a base da sociedade e recebe especial proteção. Tentando emprestar-lhe estabilidade, a lei gera um sistema de reconhecimento de filiação por meio de presunções: deduções que se tiram de um fato certo para prova de um fato desconhecido. Independente da verdade biológica, a lei presume que a maternidade é sempre certa, e o marido da mãe é o pai de seus filhos. Maria Berenice Dias (2013, p. 366).

Pode-se claramente depreender da leitura acima que a mulher tinha por dever o cuidado e a proteção de sua família, e somente para a entidade familiar dedicar seu tempo, que havia a presunção de que seus filhos eram, presumidamente, também filhos de seu esposo. Segundo observa Afonso (2016), desta forma surgiu uma ficção jurídica, com o fito de se estabelecer a filiação somente com base na lei, na qual a paternidade restaria configurada pelo homem que fosse casado com a mãe, independente da origem genética e da verdade real. Os filhos “bastardos”, que eram aqueles havidos fora do casamento somente podiam ser reconhecidos por decisão voluntária ou através de ação judicial de reconhecimento de paternidade.

Sobre a paternidade socioafetiva, tem-se que ao direito foi necessário evoluir, ao passo que a sociedade caminhava para a formação das mais diversas modalidades de entidades familiares, sendo, assim, incorporada ao ordenamento jurídico. Nas palavras de Afonso (2013):

A dissociação dos conceitos de família, sexo e casamento trouxe em seu bojo a possibilidade de reconhecimento do vínculo paterno-filial para além das relações matrimoniais além de, com o surgimento das técnicas de reprodução humana assistida, tornar plenamente possível a procriação independentemente do contato sexual. Tais evoluções ocorridas no seio da sociedade fomentaram a quebra paradigmática da supremacia do DNA e das presunções jurídicas, elevando a afetividade como elemento norteador das relações paterno-filiais. Paula Afonso (2013, p. 23).

A partir dessa leitura, é assertivo afirmar que a medicina, trazendo em suas evoluções, técnicas de reprodução assistida, trouxe também para o seio da sociedade, mudanças de paradigmas jamais pensadas antes, como o afeto sendo elemento determinante para se considerar a existência de uma entidade familiar. É dessa forma que surge o pensamento de que o sentimento de afeto faz nascer a condição de filho, na qual o pai não somente é considerado aquele possuidor da ligação genética, mas também aquele que proveu continuamente as necessidades do filho. É considerado pai, nos dias de hoje, aquele que participa da promoção das condições para o desenvolvimento físico e psíquico do filho.

Nas palavras de Fachin:

Embora não seja imprescindível o chamamento de filho, os cuidados na alimentação, o carinho no tratamento, quer em público, quer na intimidade do lar, revelam no comportamento a base da paternidade. A verdade sociológica da filiação se constrói. Essa dimensão da relação paterno-filial não se explica apenas na descendência genética, que deveria pressupor aquela, e serem coincidentes. Apresenta-se então a paternidade como aquela que, fruto do nascimento mais emocional e menos fisiológico, reside antes no serviço e amor que na procriação. Luiz Edson Fachin (1996, p. 37).

Pode-se afirmar, destarte, que foi a partir do reconhecimento da formação de variadas entidades familiares com base no princípio da afetividade que a Constituição Federal de 1988 fez com que a doutrina pátria tomasse parte a favor desse princípio e, a partir de então, a família, como descrita no texto constitucional, passou a ser uma realidade na vida da sociedade brasileira.

Nas páginas vindouras o tema será tratado de maneira mais específica e assertiva, trazendo à tona a relação existente entre princípios jurídicos basilares para a vida em sociedade; será trazido ao debate, ainda, o que determina a legislação brasileira acerca do tema, bem como de formas ocorre a gestação por substituição, e o que dispõem as leis de países nos quais a prática encontra aparato legal.

CAPÍTULO 2

2.1 AS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA E A GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO

A gama existente das tecnologias, métodos, procedimentos da medicina e uso de equipamentos médicos para que haja a fertilização de embriões *in vitro* recebe várias nomenclaturas. As principais dessas denominações são reprodução assistida, técnicas de reprodução assistida e reprodução humana assistida. A década de 1970 foi precursora do início do advento do uso de tais técnicas, tendo sido o primeiro bebê proveniente de inseminação artificial concebido na Inglaterra, no ano de 1978.

De acordo com Corrêa e Loyola (2015, p. 732), no ano de 1984 foi publicado o primeiro documento ético acerca da reprodução assistida, tendo sido resultado de um ciclo intenso de debates entre profissionais da medicina, biologia, psicologia, e filósofos que fizeram parte de uma comissão convocada pelo Parlamento Inglês, em 1982. Mais tarde o trabalho oriundo dessa comissão foi publicado sob a forma de um relatório e tornou-se referência histórica no campo da bioética, especialmente para os países da Europa.

Em seu início, as técnicas de reprodução assistida estavam sendo direcionadas somente para casos já mapeados e delineados pela medicina, de forma pretérita. À exemplo, tais técnicas eram utilizadas em situações de patologias definidas e claramente identificadas. Ocorre que à essa época o relatório oriundo da aludida comissão no Parlamento Inglês já previa desdobramentos das possibilidades de utilização destas técnicas. Conforme mostram Corrêa e Loyola.

Entretanto, nessa mesma época o Relatório *Warnock* já antevia desdobramentos sociais, éticos e biotecnológicos, como mostram os pontos que constituíram objeto de deliberação na comissão: por um lado, antevia-se a questão da elegibilidade, ou seja, quem pode demandar acesso às TRA – pessoas sozinhas, homossexuais, etc.; por outro, discutia-se o destino de embriões excedentes, sendo mencionadas propostas como doação, uso em pesquisas e congelamento, entre outros. (CORRÊA e LOYOLA, 2015, p. 754).

A partir de então a escrita socio antropológica passou a considerar a admissibilidade da utilização de tais técnicas não somente em face de condições

patológicas que impediam a gestação de maneira natural, mas também em casos de simples vontade de conceber filhos, ou seja, com a finalidade de tão somente constituir família.

A partir dessa mudança de concepção com relação à aceitação de técnicas de reprodução assistida, não somente para superar questões de impossibilidade gestacional por patologia ou questões em caráter de exceção, o desejo por filhos fez com que as pessoas passassem a aceitar e encarar riscos médicos e procedimentais com o objetivo de constituir famílias. Sob a ótica da bioética, as mulheres que foram pioneiras na submissão às técnicas de reprodução assistida jamais foram vistas como objeto de pesquisa. A reprodução assistida, portanto, tomou lugar nas ciências médicas, no campo da reprodução, sem uma etapa essencial da pesquisa com seres humanos (CORRÊA; LOYOLA, 2005).

A concepção do que é conhecido por ausência involuntária de filhos, trabalhada nos estudos de Becker, Nachtigall (1992) e Becker (1994) é essencial para a delimitação de situações inéditas, concebidas a partir da difusão das técnicas de reprodução assistida. O monólogo médico existente apenas no sentido de se aceitar o uso de tais técnicas apenas em caso de tratamento de casos inférteis começa a enfraquecer. Com a perda de força dessa ideia inicial, começa a ser evidenciada a ideia de que as técnicas serão dirigidas para a correção de falhas nos projetos reprodutivo de vida das pessoas e não somente para o combate de patologias que impedem a gestação natural. Assim sendo, e considerando os avanços médicos e procedimentais para o uso efetivo de tais técnicas, fica mais enfática a ideia que a projeção familiar para gestações pode e deve se valer de tais conquistas.

A gestação natural é uma sequência de complexa de eventos moleculares em cadeia. Para que assim ocorra, necessário é que a mulher, bem como o homem, tenha ciclos reprodutivos completos. Em outras palavras, é fundamental, para a reprodução humana, que ambos estejam aptos a desenvolver todas as fases reprodutivas necessárias para que se possa chegar à fecundação do óvulo. Tem-se, corroborando este pensamento, as palavras do Prof. Eloy Pereira Lemos Junior:

Em condições normais, a fecundação se dá com o encontro das células germinativas masculina, os espermatozoides, com a célula sexual feminina, o ovócito, nas trompas de falópio, situadas no aparelho reprodutor feminino. A partir do acesso do espermatozoide ao ovócito, ocorre a combinação do material genético masculino e feminino gerando o zigoto ou óvulo. Após três dias da fecundação o óvulo se implanta no útero materno, aderindo-se ao endométrio, realizando o processo denominado nidadação, onde continuará a desenvolver-se até que esteja completamente formado. (ELOY PEREIRA LEMOS JÚNIOR, 2014, p. 12)

A inserção do óvulo no útero é o que se conhece na medicina pela expressão “estado gravídico”. É tão somente a partir desse evento que se iniciam as alterações hormonais em todo o corpo feminino, e então são determinadas todas as condições de viabilidade e sobrevivência do embrião. Dentro desse natural processo podem ocorrer falhas, e quando estas tomam lugar, e o ciclo não se efetiva, é que ocorrem problemas relativos à fertilização. Problemas desse gênero podem ser advindos de vários fatores, sejam médicos, biológicos ou até mesmo mentais.

Ora, quando existe uma falha, naturalmente surge a necessidade de corrigi-la, e partir daí, fazendo uso das técnicas de reprodução assistida, estudiosos, pesquisadores e médicos de toda a parte do mundo, nas duas últimas décadas, passaram a trabalhar tais técnicas e fazer com que estas evoluíssem exponencialmente.

2.1.1 Técnicas de Reprodução assistida.

De acordo com os ensinamentos de Junior (2014, p. 34), os procedimentos utilizados nas técnicas de reprodução assistida são responsáveis por enquadrá-las em níveis de baixa e alta complexidade, pois estes são determinantes levando-se em consideração seus níveis de invasividade intracorpórea e extracorpórea. Da mais simples técnica para a mais complexa, tem-se a inseminação artificial, que faz com que a fecundação tome lugar no organismo da mulher. Aqui não há quaisquer formas de manipulação do óvulo, nem do embrião, externamente. Por isso, tal técnica é conhecida apenas pelo nome com que auxilia o espermatozoide ir ao encontro do óvulo.

Esta técnica é indicada para pessoas que, a despeito de gozarem de fertilidade, possuindo gametas saudáveis, ostentam alguma barreira para a fecundação natural. Confirmando essa premissa, aduz Leite (1995, p. 38) que o processo de inseminação artificial consiste, basicamente, em levar o óvulo ao contato com o espermatozoide, que resulta na geração de um ser humano, sem a necessidade da ocorrência da cópula vaginal.

A chamada fertilização “*in vitro*” por seu turno, é uma técnica de reprodução assistida de alta complexidade, pois diferentemente daquela abordada no parágrafo antecedente, é uma técnica extracorpórea os gametas femininos e masculinos são retirados dos organismos da mulher e do homem, respectivamente, e levados à fecundação em um laboratório, ou seja, o processo é iniciado fora do corpo humano. Para que haja a fecundação, os médicos utilizam-se da chamada mídia de cultivo, conhecido pela nomenclatura de tubo de ensaio, e posterior à fecundação, o óvulo é transferido ao útero. Nas palavras de Eloy Pereira de Lemos Júnior, tem-se o seguinte:

A fertilização “*in vitro*” possui várias variantes que se desenvolveram para atender, sobretudo, as diferentes deficiências a serem sanadas no processo reprodutivo. É indicada nos casos em que o paciente tenha esterilidade sem causa aparente, obstrução das trompas, endometriose, ausência tubária ou de trompas; ou quando a esterilidade decorra de um fator masculino grave ou esterilidade absoluta. Há também que se considerar, no uso das técnicas, a origem do material genético empregado no procedimento. Pois é este o cerne do debate no que tange a utilização das técnicas, concernente a concepção de família e a determinação de maternidade/paternidade. (ELOY PEREIRA DE LEMOS JÚNIOR, 2015, p. 15).

As técnicas de inseminação artificial e fertilização “*in vitro*” podem ser postas em prática mediante o uso de material genético de um terceiro, com o fito de ser utilizado para a efetiva fecundação do óvulo. Com relação a técnica de inseminação artificial, podemos encontrá-la nas modalidades homóloga e heteróloga. Na primeira modalidade, o material genético é pertencente a um dos indivíduos que está participando do procedimento. A segunda ocorre nas situações em que o marido ou companheiro é infértil, e então recorre-se ao material genético de um terceiro, chamado “doador”.

Em casos de fertilização “*in vitro*” homólogo, o espermatozoide e óvulo utilizados são pertencentes ao casal. Em sua modalidade heteróloga, a

fecundação toma lugar a partir da utilização de material genético de um terceiro, estranho à relação. De modo distinto da inseminação artificial, aqui não só o sêmen pode ser advindo de doador, como também o óvulo utilizado no procedimento. A fertilização “*in vitro*”, em sua modalidade heteróloga, é causadora da maior intensidade de discussões e polêmica, pois de acordo com Queiroz (2001, p. 82) “nota-se, pois, que a inseminação heteróloga merece maiores considerações pelo fato de provocar alteração no seio da célula familiar e, via de consequência, em toda a dimensão social”.

A partir da breve, porém esclarecedora explanação acerca das mais comumente utilizadas técnicas de reprodução assistida, nas quais há uma gama de possibilidade, sejam a inseminação artificial ou a fertilização “*in vitro*”, em suas modalidades homóloga ou heteróloga, há, ainda, a possibilidade da inserção do embrião no útero de uma terceira pessoa, estranha à relação sentimental pré-existente entre o casal ou a pessoa que deseja ter filho. A partir daqui passa-se a construir uma discussão acerca da maternidade por substituição, denominada de forma leiga, pela expressão popular “barriga de aluguel”.

2.1.1.1 A gestação por substituição

Como aduz Junior (2015, p. 42), a utilização da técnica de gestação substitutiva, com finalidade à reprodução humana, deve ser enxergada e posta em prática como a última medida a ser tomada, no tocante a realização do projeto parental. Esta técnica ocorre da seguinte maneira: um terceiro se dispõe a garantir a gestação no útero materno da doadora dos óvulos não permite que o óvulo fecundado passe por todos os ciclos de desenvolvimento, ou quando o estado gravídico trata um risco para a saúde da mãe. A atual legislação brasileira somente permite o uso da gestação por substituição com a indicação médica, a partir da absoluta impossibilidade de a gestação ocorrer.

A resolução de nº 2.168 de 2017 dispõe, logo em seus princípios gerais que as técnicas de reprodução assistida somente podem ser utilizadas com o fito de auxiliar na resolução dos problemas de reprodução humana, de modo a facilitar o processo de procriação. A resolução dispõe ainda que além de

poderem ser utilizadas na preservação social e/ou oncológica de gametas, embriões e tecidos germinativos, aquelas podem, ainda, ser utilizadas desde que hajam probabilidades de sucesso, e de maneira que não se venha a incorrer em risco grave de saúde para o(a) paciente ou o possível descendente.

A aludida resolução estabeleceu condições outras para o uso das técnicas, como a idade máxima das candidatas à gestação pelas técnicas de reprodução assistida, que é de 50 (cinquenta) anos. Apensar de estabelecer um limite á idade, a resolução trouxe exceções, com base em critérios técnicos e científicos fundamentados pelo médico responsável pelo procedimento. A resolução trás, ainda, determinações relativas à quantidade de embriões a serem transferidos, proibição a fecundação de oócitos humanos com finalidade outra, que não a de reprodução humana, e a proibição de redução embrionária quando da gravidez múltipla decorrente do uso das técnicas de reprodução assistida.

Com relação aos pacientes que se submetem aos procedimentos existentes nas técnicas de reprodução assistida, a retro mencionada resolução determina que o uso de tais técnicas é permitido para relacionamentos homoafetivos e pessoas solteiras que desejam constituir família, de forma, e aqui estamos diante de uma ressalva, que se respeite o direito a objeção de consciência por parte do médico. Este item da resolução figura, à meu ver, como sendo o mais evidente avanço na medicina no tocante ao uso de tais técnicas. Ora, o conselho federal de medicina, por meio da aludida resolução, assumiu a validade da concepção de que o desejo de formar família, existente no seio social, deve ser acompanhado pela normatividade de rege as vidas das pessoas. A permissibilidade do uso de técnicas de reprodução assistida não somente por casais heteroafetivos traduz a evolução de antigos conceitos sociais, que não mais encontram vigência na sociedade contemporânea.

Corroborando o afirmado no parágrafo antecedente, está sedimentado no documento normativo que é permitida a gestação compartilhada em união homoafetiva em que não exista infertilidade. A resolução esclarece que se considera gestação compartilhada a situação em que o embrião obtido a partir da fecundação do(s) oócito(s) de uma mulher é transferido para o útero de sua parceira/companheira.

Mesmo com tais avanços da concepção das ciências médicas para o uso da técnica, o procedimento somente é indicado em casos de indicação médica, quando a impossibilidade gestacional seja absoluta.

Ao analisar uma visão de cunho eminentemente ético, surgem alguns questionamentos com relação ao uso da técnica, como a presença de um terceiro na relação do casal ou da pessoa solicitante. Questões outras surgem, como a probabilidade de pessoas fazerem proveito de uso comercial de tais inovações médicas, a exploração comercial da utilização do útero, e contendas relativas à disputa pela criança, bem como a rejeição a criança. Diante de das mencionadas hipóteses geradores de conflitos, já é passado o tempo de ser editada uma lei que possa normatizar as mais diversas situações que podem ocorrer a partir do uso das técnicas de RA.

Esta técnica de reprodução assistida consiste na inserção do material genético de um casal ou uma pessoa (que idealizou o projeto familiar) no útero de uma terceira pessoa, que é um indivíduo do gênero feminino, que levará a gestação até o seu final. Faz-se necessário evidenciar as diversas possibilidades de combinações de material genético que levará o embrião até a formação. De acordo com as palavras de Ferraz (2012, p. 112): *“Na maternidade de substituição, podemos ter o material genético do casal que é implantado numa terceira pessoa que cede o seu útero, material genético de terceiros, diferente do casal, implantado na cedente do útero e, ainda, material genético do marido, com óvulo da cedente do útero.”* Assim sendo, não se pode negar a existência de dispositivos legais, presentes no Código Civil de 2012, que trazem à tona o questionamento de tais possibilidades. Nas palavras de Maria Berenice Dias, tem-se o seguinte:

“A possibilidade de utilização de útero alheio elimina a presunção *mater semper certa est*, que é determinada pela gravidez e pelo parto. Em consequência, também cai por terra a presunção *pater est*, ou seja, que o pai é o marido da mãe. Assim, quem dá a luz não é a mãe biológica, e, como o filho não tem sua carga biológica, poderia ser considerada como “mãe civil”. À vista da hipótese cada vez menos rara da maternidade por substituição, o que se pode afirmar é que a geratriz é sempre certa”.

No mesmo sentido, temos as palavras de Mendes (2010), que assim dispõe que *“o princípio da gratuidade deve ser empregado como forma de*

controle, pois a existência de remuneração implicaria em locação do útero". Tal prática, como é sabido, é vedada pela Constituição Federal de 1988. Conforme estabelece o art. 199, §4º, sendo proibida a prática do que se conhece por "barriga de aluguel". Entretanto há, factualmente, a atuação de clínicas especializadas na prática, o que nos leva a uma ineficiência do estado em sua função fiscalizadora.

Ora, não se pode negar que a ocorrência da gestação por substituição causa uma quebra para com o conceito e concepção do que é a maternidade. A partir deste fato, há a necessidade cogente de se observar com mais cautela e acuracidade conceitos jurídicos relativos à maternidade, a fim de que se possa atender aos avanços pelo quais passa a sociedade. Toda essa possibilidade construída a partir de avanços sociais e científicos devem, contudo, observar direitos e garantias fundamentais.

2.2 PRINCÍPIOS JURÍDICOS ATINENTES ÀS PRÁTICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

Os indivíduos são livres para fazer suas escolhas, sobretudo em relação às situações de reprodução artificial. Para tanto, há a cogente necessidade do respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana. Com relação à tal assunto, tem-se as palavras de Ingo Wolfgang Sarlet, que assim estão dispostas:

"Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos". (INGO WOLFGANG SARLET, 2008, p. 128)

O retro mencionado princípio, como se pode depreender da leitura do insigne doutrinador, não está somente atrelado às condições dignas de vida, ou à atuação do Estado para promoção de direitos e garantias fundamentais. Este princípio, na mesma proporção das mencionadas características, está relacionado ao direito que tem o ser humano em determinar e promover

ativamente os caminhos que irá percorrer e as decisões que irá tomar em sua própria existência. Na ordem jurídica pátria, este princípio compreende o valor intrínseco da pessoa, a autonomia, o mínimo existencial e o reconhecimento. Merece destaque a autonomia, pelo fato de ser esta a responsável pela garantia de que o ser humano poderá tomar suas decisões, e segui-las sem que isso venha a ferir direitos de terceiros.

2.2.1 A autonomia da vontade

Este princípio encontra assento em diversas teorias, que trazem razões várias para seu sustentáculo. Dentre aquelas, está o pensamento de Kant, citado por Junior (2004) que dispõe: que a autonomia da vontade seria a “*faculdade de dar a si mesmo sua própria lei*”. Com a valorização cada vez mais evidente deste princípio, o indivíduo considerado em si mesmo passou a ter importância para o direito, com a incidência de direitos fundamentais sobre direitos individuais. Nesse esboço, vale asseverar o que diz a Constituição Federal de 1988, acerca das garantias individuais, dentre as quais reside o direito à liberdade:

Art.5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
(CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, ART. 5º)

Contido no supramencionado artigo está a autonomia privada, que encontra lastro na liberdade de qual dispõe o ser humano de comportar-se da forma que lhe for conveniente, condicionado seu exercício à não macula de direitos de outros indivíduos. A autonomia privada está, sobretudo, ligada à possibilidade de o indivíduo gerir seus interesses pessoais e patrimoniais sem a interferência do estado ou de terceiros. A existência do princípio jurídico é inegável, porém a falta de negação de tal não é suficiente para afirmar-se que tem eficácia jurídica no seio da sociedade. Ora, faz-se demasiadamente necessário que se respeite a autonomia privada em toda sua totalidade e em todas as suas nuances ou, caso contrário será inutilizado, e aí estaríamos diante de uma severa ofensa aos direitos fundamentais de liberdade e dignidade humana.

Ademais, a ideia de apartar a liberdade e a vontade é inconcebível, pois uma não subsiste sem a outra, ou seja, a liberdade sem a autonomia da vontade não mais é do que um pseudo princípio. Mediante o exercício da liberdade é que o indivíduo pode exercitar sua autonomia privada, e assim tem a capacidade para o exercício de uma vasta lista de direitos, os quais integram a esfera jurídica particular do ser humano. A legitimidade do poder do estado sobre os indivíduos reside na necessidade de impedir que seres humanos causem danos à direitos de outros. Fora deste, não há fundamento outro que sirva de lastro ao arbitrário exercício do poder estatal sobre a autonomia privada. Corroborando tal pensamento, vale destacar a observação de John Stuart Mill, quando trata da liberdade e da independência da pessoa sobre si mesma:

O único propósito com o qual se legitima o exercício do poder sobre algum membro de uma comunidade civilizada contra a sua vontade é impedir dano a outrem. O próprio bem do indivíduo, seja material seja moral, não constitui justificação suficiente. O indivíduo não pode legitimamente ser compelido a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, porque tal seja melhor para ele, porque tal o faça mais feliz, porque na opinião dos outros, tal seja sábio ou reto. Essas são boas razões para o admoestar, para com ele discutir, para o persuadir, para o aconselhar, mas não para o coagir, ou para lhe infligir um mal caso aja de outra forma. Para justificar a coação ou a penalidade, faz-se mister que a conduta de que se quer desviá-lo tenha em mira causar dano a outrem. A única parte da conduta porque alguém responde perante a sociedade é a que concerne aos outros. Na parte que diz respeito unicamente a ele próprio, a sua independência é, de direito, absoluta. Sobre si mesmo, sobre o seu próprio corpo e espírito, o indivíduo é soberano (JOHN STUART MILL, 1991. p. 53).

Está-se, aqui, diante de um dos direitos mais basilares da personalidade, a autonomia privada com relação ao corpo e a própria vida. Esses direitos são enxergados, desde a vigência do direito romano, de forma *ius in se ipsum*¹, ou seja, direitos que são próprios da pessoa e para a pessoa, de maneira que a pessoa é detentora de seu próprio corpo. Com relação à legislação brasileira acerca do tema, a Lei nº 10.406 de 2002, o atual Código Civil pátrio, dedicou um capítulo para dispor sobre o tema. Apesar das disposições trazidas pelo diploma civil pátrio, o insigne Carlos Roberto Gonçalves escreveu, em sua obra de direito civil, edição de 2011, que as normas trouxeram uma disposição tímida, rasa, acerca do assunto. De tal importância que é revestida a temática acerca

¹ Expressão latina com o significado de direitos fundamentais e próprios da pessoa humana.

da disposição do próprio corpo, considera o autor que o texto deveria ser sido mais abrangente e mais preciso, com relação às várias nuances da temática.

Cumprido ressaltar que a Constituição Federal de 1988 sedimentou a inviolabilidade de vários direitos da personalidade, assim como trouxe a, conforme retro mencionado, a dignidade da pessoa humana, da qual emanam vários outros direitos. O fundamento dos direitos da personalidade encontra lastro na própria dignidade humana, daí irradia a basilar importância da autonomia da vontade com relação às disposições sobre o próprio corpo.

Observando a própria disposição dos artigos no Código Civil de 2002, é possível perceber que este diploma tutela os direitos da personalidade, mas que traz um rol tão somente exemplificativo, haja vista que a discussão acerca da autonomia da vontade não é encerrada, tampouco se chega ao fim do debate acerca das novas formas de realização social das pessoas a partir da disposição do próprio corpo.

Com fulcro em todo o exposto, é indubitável que o direito ao próprio corpo está incluso nos direitos da personalidade. No corpo estão compreendidos, logicamente, os tecidos, os órgãos, bem como a proteção ao cadáver. De acordo com Busnelli (2009), o corpo pertence à pessoa que nasce, representando a expressão física da pessoa, em sua individualidade, no meio social. Corroborando este pensamento, tem-se, em José Afonso da Silva (2011) que o conceito de liberdade humana deve ser expresso no sentido de um poder de atuação do homem em busca de sua realização pessoal, de sua felicidade.

Portanto, não restam dúvidas de que o direito de liberdade e a autonomia privada são ideias indissociáveis, uma não existe sem a outra. A autonomia da vontade está atrelada à ideia de que o ser humano pode tomar suas decisões de acordo com suas vontades, de forma que haja sempre observância ao que lhe permitido ou vedado pela ordem jurídica vigente. Ora, fica evidente que há princípios, inclusive constitucionais, que servem de lastro para a prática da gestação por substituição, não somente à título gratuito, pois estamos diante de situações nas quais vigem a vontade e disposição sobre o próprio corpo.

Com relação ao tema proposto por este trabalho monográfico, se está diante de, à luz do ordenamento constitucional vigente, e ainda, com base nos

estudos de Castilho (2005), da ideia de que a reprodução humana assistida, na modalidade da gestação por substituição, está inserida na categoria de direitos fundamentais, mais especificadamente do direito à vida. Ainda com relação ao tema, aduz Fernanda Pascoal Valle de Bueno Castilho:

Analisando a situação pelo âmbito jurídico, tem-se entendido que há um direito a procriar com base nos seguintes fundamentos: a) Declaração Universal dos Direitos do Homem, em que se disciplina o direito à igualdade e à dignidade da pessoa humana, prevendo ainda o direito de fundar uma família, nos artigos III, VII e XVI; b) a Constituição Brasileira de 1988, donde extrai-se o direito à procriação das normas de inviolabilidade do direito à vida (caput do art. 5º), do incentivo e da liberdade de expressão à pesquisa e ao desenvolvimento científico (art. 218), da liberdade de consciência e de crença (inc. VI do art. 5º) e ainda da previsão do planejamento familiar como livre decisão do casal (§7º do art. 226) (CASTILHO, 2005, p. 319).

Para que vários casais, ou até pessoas solteiras possam procriar, e assim ter esse direito garantido e efetivado, muitas vezes se faz necessário o uso de técnicas de reprodução assistida. Destarte, nos últimos anos houve diversos avanços na medicina com relação à tais técnicas, como as retro explanadas fertilização *in vitro*, inseminação artificial e aquela que é parte do objeto desta escrita, a gestação por substituição. Este procedimento é parte de uma gama de avanços na Biotecnologia e traz a possibilidade às pessoas, que por razão alguma não podem procriar, da gestação de um filho.

Ocorre que os avanços médicos e biotecnológicos evoluem em velocidade tal que as normas de direito não logram êxito em acompanhar. Por conseguinte, a atual disposição da legislativa e da resolução de nº 2.168 de 2017 do Conselho Federal de Medicina limitam às possibilidades de uso da técnica à uma curta gama de situações elencadas, trazendo um rol taxativo para uma realidade que carece de abrangência que possa acompanhar os avanços sociais e científicos com os quais a sociedade convive.

Destarte, os conflitos oriundos do uso de tal técnica acabam tendo soluções embasadas tão somente em princípios gerais de direito, e na referida resolução do CFM. Surgem, aqui, dois problemas. O primeiro deles e relacionado ao uso tão somente dos princípios gerais de direito está ligado às inúmeras possibilidades de flexibilização das decisões em face dos problemas insurgentes no campo do uso da técnica objeto deste estudo. Com base nos estudos de

Robert Alexy (2014), é assertiva a afirmação de que os princípios jurídicos possuem apenas uma dimensão de peso, e não determinam as consequências normativas de forma abstrata, ao contrário das regras positivadas de direito. Tem-se, destarte, que as consequências normativas advindas do uso dos princípios como única base de resolutiva de das contendas trazem à tona a cogente existência de insegurança jurídica.

Um reflexo direto social deste fato é a necessidade de viajarem para fora do país, a fim de dar início ao procedimento de gestação por substituição, de pessoas que desejam realizá-lo, com receio de que não haverá segurança jurídica na relação constituída com aquelas mulheres que cedem seu corpo para a gestação. Consequentemente, as crianças que nascem fora do Brasil, acabam por perder sua nacionalidade original, mesmo sendo filhos(as) de brasileiros natos. O segundo problema está relacionado à falta de capacidade vinculativa que tem a referida resolução do Conselho Federal de Medicina, pois não se trata de norma jurídica.

O aspecto de maior relevância para este trabalho está contido no item 2 (dois) do inciso VII da aludida resolução, que determina que obrigatoriedade da gratuidade da cessação temporária do útero para o procedimento de gestação por substituição. Em outras palavras, a mulher que está cedendo seu útero deve fazê-lo de forma gratuita, sem que venha auferir quaisquer vantagens oriundas da relação jurídica estabelecida entre si e o(os) contratante(s). Esta relação oriunda da técnica de cessação temporária do útero é, para o direito, um desafio presente na ordem jurídica, pois o que ocorre é uma pactuação de vontades entre particulares, que sofre, entretanto, a interferência da ordem estatal. A própria Lei de nº 9.434 de 1997 dialoga com a resolução do CFM, no sentido de, em seu Art. 9º:

“É permitida à pessoa juridicamente capaz dispor gratuitamente de tecidos, órgãos e partes do próprio corpo vivo, para fins terapêuticos ou para transplantes em cônjuge ou parentes consanguíneos até o quarto grau, inclusive, na forma do § 4o deste artigo, ou em qualquer outra pessoa, mediante autorização judicial, dispensada esta em relação à medula óssea. (Lei nº 9.434 do ano de 1997)

Para adentrarmos com mais eficácia e podermos descer às minúcias da questão, faz-se necessário observar o que diz a Teoria Contratual.

2.3 ANÁLISE DA GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO SOB A ÓTICA DA TEORIA CONTRATUAL.

As pessoas convivem em sociedade, e para que essa convivência possa propiciar ao homem o alcance de seus anseios é basilar que este pactue diariamente, e sobre as mais diversas situações, com seus semelhantes. Estamos, destarte, diante da feitura diária e frequente de situações contratuais. O instituto do contrato, oriundo do direito romano, tem exatamente essa função, ou seja, fazer com que os indivíduos possam galgar seus objetivos por meio do contrato entre particulares e entre estes e o ente estatal, de forma que o contrato veio trazer segurança jurídica à estas relações. Trazendo as sábias palavras de Caio Mário da Silva Pereira, de maneira *ipsis literis*²: “o contrato é um acordo de vontades, na conformidade da lei, e com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos (Pereira, 2009, p. 7). É o contrato, portanto, um acordo entre partes com a finalidade da produção de efeitos jurídicos.

O contrato é um instituto que permite a existência de acordos, e a partir disso, possui função social, econômica, jurídica e tem, logicamente, uma função jurídica, exigindo para sua existência, validade e eficácia, alguns requisitos, os quais estão sedimentados no Art. 104 do Código Civil de 2002. Para sua existência, são exigidos: agente, objeto e forma. Para sua validade, seguindo a Escada Pontean³, tem-se: capacidade, licitude e possibilidade de ser determinado e, por fim, prescrição ou não vedação legal.

O princípio da autonomia da vontade é um dos pilares geradores da teoria contratual, pois é a partir deste princípio que as partes podem pactuar e gozar de liberdade para a contração de suas obrigações contratuais, e dispor de seus bens particulares. Nas palavras de Maria Helena Diniz (2010, p.21):

“A autonomia da vontade consiste no poder de estipular livremente, como melhor lhes convier, mediante acordo de vontades, a disciplina de seus interesses, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica”. (Maria Helena Diniz, 2010, p.21)

² Expressão latina que significa nos mesmos termos; tal como está escrito.

³ A Escada Pontean, idealizada e criada por Pontes de Miranda, divide o negócio jurídico em três planos: o plano da existência, o plano da validade e, por último, o plano da eficácia.

De acordo com César Fiuza, o princípio da autonomia da vontade é exercido nos seguintes planos:

1º) Contratar ou não contratar. Ninguém pode ser obrigado a contratar, apesar de ser impossível uma pessoa viver sem celebrar contratos. 2º) Com quem e o que contratar. As pessoas devem ser livres para escolher seu parceiro contratual e o objeto do contrato. 3º) Estabelecer as cláusulas contratuais, respeitados os limites da Lei. 4º) Mobilizar ou não o Poder Judiciário para fazer respeitar o contrato, que, uma vez celebrado, torna-se fonte formal de Direito (CÉSAR FIUZA, 2010, p. 406).

O Código Civil de 2002 sedimentou em seu texto novos princípios contratuais que são basilares à ordem jurídica. A boa-fé objetiva e a função social dos contratos. Um dever ao qual as partes devem observância é a boa-fé objetiva do contrato, princípio pelo qual as partes devem comportar-se de acordo com o que apregoado pelos sentimentos de lealdade e a probidade. Conforme leitura em Venosa (2012) o princípio da boa-fé é estampado pelo dever das partes de agir de forma correta, eticamente aceita, antes, durante e depois de firmado o contrato.

Em se tratando da pactuação em sede de cessação temporária do útero, e estando as partes contratantes eivadas de boa-fé objetiva, não há que se olvidar que são dotadas de autonomia da vontade e, portanto, não há, se não uma lacuna legislativa pátria, o que lhes impeça de ingressar em um contrato desta espécie à título oneroso. O contrato firmado, no sentido de uma cessação temporária do útero, obrigatoriamente, deverá ter perpassado todas as suas etapas constitutivas, quais sejam: negociação prévia, propostas, aceitação e firmamento. Realizada a proposta, e sendo aceita pelo oblato⁴, seja a mulher que gestará ou aquele(s) que deseja(m) procriar, resta formado o contrato, que conforme observe os elementos presentes de existência e validade, produzirá seus efeitos jurídicos e terá reflexos no mundo dos fatos.

A Constituição Federal de 1988 trouxe para dentro das relações entre particulares, importantes avanços, no que diz respeito aos contratos, fazendo incidir nessas relações entre os indivíduos, a dignidade humana, inclusive como

⁴ É considerado, no direito, como a pessoa a quem é direcionada a proposta de um contrato, que será aceita, ou não, dependendo de sua manifestação de vontade. A expressão é sinônimo de aderente ou aceitante, normalmente utilizada em contratos de adesão.

princípio contratual. Com relação à esse tema, tem-se as palavras de César Fiuza:

Os contratos, enquanto meio de geração e de circulação de riquezas, de movimentação da cadeia de produção, devem ser instrumento de promoção do ser humano e de sua dignidade. Em outras palavras, os contratos não devem ser vistos apenas como meio de enriquecimento das partes contratantes. É fundamental que se diga que as pessoas celebram contratos para se promover, para galgar novos e melhores caminhos. Os contratos têm que ser interpretados como instrumentos de promoção da dignidade humana (CÉSAR FIUZA, 2010, p. 411).

Há, pois uma gama de princípios que norteiam o Direito Contratual, com vistas a harmonia dos interesses privados, não diferentemente dos interesses coletivos. Tais princípios tem uma função basilar: a de nortear a feitura de contratos cada vez mais respeitosos à ordem jurídica e às necessidades para buscarmos a efetividade cada vez mais de um Estado democrático de direito.

O contrato em face da cessação temporária do útero exige, além dos requisitos comuns à todo e qualquer contrato, consentimento qualificado, bem como um legítimo interesse na contratação. Em outras palavras, para a feitura de um contrato desta espécie, é necessária a plena capacidade de consentimento dos pactuantes, e jamais poderá haver consentimento presumido, devendo ser sempre expresso, efetivo, atual, espontâneo, consciente e informado (MEIRELLES, 2009, p. 215).

Há uma questão que exige a mais dedicada atenção e estudo acerca da gestação por substituição, qual seja, o ponto presente no segundo elemento de validade do negócio jurídico. A licitude do objeto desde contrato causa divergência entre a doutrina. Há duas correntes doutrinárias principais que se debruçam sobre o tema. Para uma, o objeto da cessação temporária do útero seria ilícito, pelo fato de estarmos diante da vida humana. A compreensão daqueles que se posicionam nesse sentido é de que o objeto contratual é a criança a ser procriada.

Para estes, essa noção encontra uma intransponível barreira na própria Carta Magna de 1988, visto que em seu Art. 199, §4^o, está vedada a

⁵ Veja a redação do art. 199, §4^o da Constituição da República de 1988: "A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização".

comercialização da vida humana, em todos os seus aspectos. Destarte, os que assim se posicionam, enxergam como sendo inválidos todos os contratos de cessação temporária do útero, pois não observarem o disposto no requisito de validade de licitude de objeto contratual. Estes buscam lastro, ainda, na afirmação de que a vida humana é inviolável, e no Art. 5º da Constituição Federal, sendo este um direito indisponível ao homem, impossível, portanto, de configurar objeto contratual. Utilizam, ainda, o argumento de que tais contratos ofenderiam diretamente a dignidade da pessoa humana, trazendo à tona a situação de “coisificação” do ser humano.

Aqueles que se dispõem à defesa de corrente contrária trazem a ideia da possibilidade da gestação por substituição à título oneroso, levando em consideração em estes contratos teriam por objeto o empréstimo (cessão) temporária do útero para a gestação de uma criança, e não o bebê em si mesmo. Observando-se a possibilidade destes contratos sob esta ótica, o objeto seria lícito, o que traria a validade do contrato em nossa ordem jurídica.

Ademais, o contrato de cessação temporária do útero à título oneroso estaria, para esta corrente, fundamentado no Art. 425⁶ do Código Civil de 2002, que estabelece ser lícito às partes a estipulação de contratos atípicos, desde que observadas as normas gerais traçadas pelo mesmo diploma civil pátrio. Em outras palavras, de acordo com Venosa (2010), contratos atípicos são aqueles que a determinação formal é dada pelas partes, não estando descritos ou especificados pela lei, devendo, contudo, observar os elementos de existência, validade e eficácia do negócio jurídico.

É sabido é o negócio jurídico, na forma de um contrato, tem como objeto algum bem jurídico, e não há que se pensar que poderia ser de maneira outra com relação aos contratos de gestação por substituição. Em sentido oposto do que a primeira corrente doutrinária apontada defende, o bem jurídico objeto destes contratos não seria a vida da criança em si mesma, ou seja, a vida humana, mas o próprio procedimento que leva a reprodução humana. De acordo com os estudos de Meirelles (2009), a diferença mais evidente deste tipo de contrato de cessação do útero com relação aos demais contratos é a situação

⁶ Veja a redação do art. 425, do Código Civil de 2002: “É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste código.

fatídica de este estar diretamente ligado à uma questão existencial, e não uma questão de cunho patrimonial, de forme que lhe é emprestada feição estritamente particular.

Assim sendo, o contrato que dispor acerca da gestação por substituição não tem por objeto a vida da criança, mas sim a cessão temporária do útero de mulher que for parte no contrato. Estamos, portanto, diante da licitude do contrato, haja vista que se está violando as normas de direito estabelecidas na ordem jurídica pátria e, sendo feito de forma a observar os requisitos trazidos pelo Código Civil de 2002, não há que se falar em coisificação do ser humano, uma vez que o objeto do contrato tem por objetivo a efetivação da gestação de um feto para um casal ou pessoa que sejam impossibilitadas de procriar. Em palavras outras, o objeto contratual aqui evidenciado é o que tem o fito de proporcionar o direito à vida do nascituro, resguardando espaço para que sua gestação seja feita de forma saudável, possibilitando, destarte, o nascimento a gestação e nascimento da criança.

É válido asseverar que o Código Civil de 2002 põe em evidência, em seu artigo 2^o, a importância de se proteger os direitos do nascituro. Ora, a garantia do direito de procriação de pessoas plenamente capazes para tal não é, se não outra coisa, o início da efetivação do direito do nascituro trazido no aludido dispositivo. Ainda que esta reprodução seja efetivada a partir do uso das técnicas de reprodução assistida, como é com a cessação temporária do útero, esse direito deve ser feito efetivo em respeito ao disposto no próprio dispositivo legal.

No tocante ao terceiro e último requisito de validade do negócio jurídico, a forma, tem-se a observação de Otero (2010) que quando se trata da forma, a lei nada dispondo, não se pode exigi-la como requisito de validade, a menos, obviamente, que seja proibida por lei. Para o mesmo autor admite-se, ainda neste cenário, que seja a contratação meramente verbal.

Com base em todo o exposto, este trabalho está voltado para a vertente que afirma ser o contrato de gestação por substituição à título oneroso um contrato lícito, ao passo que se enxerga ser o objeto contratual a cessação

⁷ Veja redação: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

temporária do útero, e jamais a vida da criança a ser procriada. Uma vez sendo direito de todo ser humano procriar e constituir família, assim o querendo, e tendo ferramentas trazidas pela ciência para que concretize seus sonhos, pode-se e deve-se buscar uma forma alternativa de fazê-lo, e somente desta maneira o ser humano terá tutelados os alguns dos seus mais fundamentais direitos.

Essa tutela vem em encontro do princípio da dignidade da pessoa humana, que jamais deve ser visto em seu sentido estrito, mas em sua amplitude que abrange, de maneira que possa acolher os mais diversos anseios do homem, enquanto vivendo em sociedade. Ora, alguém que não pode procriar, e que tampouco dispõe de familiares dispostos a cessão do útero, poderá permanecer desassistido? Sem o olhar do direito sobre si? Onde, então, estaria o sentido da justiça? Esses basilares questionamentos serão discutidos nas páginas vindouras, atrelados à algumas importantes observações sobre aspectos do tema no direito comparado.

CAPÍTULO 3

3.1 A NORMATIZAÇÃO DO TEMA “GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO” NO BRASIL

No Brasil não existe uma norma legal que discipline o tema da gestação por substituição pela via de técnicas de reprodução assistidas presentes na medicina. Em verdade, o assunto é tratado pela resolução de nº 2.168 de 2017 do Conselho Federal de Medicina (CFM), aliado a um provimento do Conselho Nacional de Justiça. Ambos os textos infralegais dispõem sobre a gestação por substituição, que se tornou conhecida no Brasil pela expressão popular “barriga de aluguel”, de forma rasa e deixando lacunas jurídicas.

Não se deve, no contexto em comento, criar confusão entre as expressões barriga solidária e barriga de aluguel, as quais são espécies do gênero, que é a gestação por substituição. A expressão barriga de aluguel, no Brasil, não encontra amparo legal e, portanto, nem deveria ser utilizada, pois o termo está relacionado à prática descrita no inciso IV, item 1, da resolução do CFM de nº 2.168 de 2017, que assim dispõe: “*a doação não poderá ter caráter lucrativo ou comercial*”. Conforme se sabe, a doação temporária remunerada implica em locação de coisas, tema disposto no artigo 565, do Código Civil de 2002, *ipsis litteris*: “*na locação de coisas, uma das partes se obriga a ceder à outra, por tempo determinado ou não, o uso e gozo de coisa não fungível, mediante certa retribuição*”. A expressão “barriga solidária” encontra assertividade, vez que observa ao disposto nas normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida.

A referida resolução do CFM esclarece, mais a frente, em seu inciso VII, que as clínicas e centros de reprodução assistida podem utilizar das técnicas de RA para criarem situação definida pela expressão “gestação por substituição”, com requisito da existência de um problema médico que impeça ou contraindique que a doadora genética possa gestar, em casos de união homoafetiva ou, ainda, em caso de pessoa solteira.

Ocorre que em razão de avanços alcançados no campo da reprodução humana, a busca da sociedade pelos métodos de reprodução assistida vem crescendo exponencialmente ao longo dos anos. Diante da falta de um

tratamento legislativo assertivo sobre o tema da cessão temporária do útero o que ocorre é exatamente o oposto daquilo que foi trazido no texto da mencionada resolução do Conselho Federal de Medicina, haja vista que a proibição contida no inciso VII, item 2 (dois) de seu texto cria empecilhos à necessidade de harmonia entre o direito e os fatos sociais. O uso das técnicas de reprodução assistida é um fato, e a cessão temporária do útero à título oneroso não é diferente.

É possível depararmo-nos com anúncios em redes sociais por parte de mulheres que desejam emprestar seus úteros em caráter de cessão onerosa, bem como casais homo e heteroafetivos que estão dispostos a pagar altos valores para que uma mulher venha a ceder seu útero para gestar uma criança. O entrave trazido pelo texto da resolução do conselho federal de medicina causa, portanto, insegurança jurídica àqueles que precisam fazer uso da técnica, que nas em muitas vezes precisam sair do país para dar prosseguimento à técnica sob a sombra da lei estrangeira.

Exemplo evidente deste fato é a situação vivenciada pelo ator e humorista Paulo Gustavo, que no ano de 2017 foram aos Estados Unidos, firmou contrato com uma mulher, no qual o objeto foi a cessão temporária do útero desta, com o objetivo de, junto ao seu marido, o médico Thales Bretas, ser pai. Cabe, acertadamente, ao poder legislativo a cogente demanda pela harmonização entre a legislação e a realidade, pois na contemporaneidade já restam ultrapassados conceitos e técnicas tradicionais no campo da reprodução humana.

A resistência normativa brasileira para com a ideia da cessão temporária do útero à título oneroso não é obstrução à prática, pois as pessoas interessadas buscam pelos serviços na rede de *internet*, dentro e fora do país. Utilizando da ferramenta mundial de busca, *google*⁸, é possível nos depararmos com publicidade em *websites* que trazem conteúdo médico, como laudos, históricos, valores e contatos de pessoas que lançam seus registros para possíveis

⁸ Serviço da empresa *google*, no qual é possível realizar pesquisas na *internet* sobre qualquer tipo de assunto ou conteúdo. É, na atualidade, o serviço mais usado, além de ser o primeiro serviço lançado pela *Google Inc.*

contratos de cessação temporária do útero. Ainda tratando do contrato à título oneroso, tem-se as palavras de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

“Inobstante a validade dos contratos gratuitos, é necessário pontuar que os contratos onerosos são mais seguros para aqueles que os realizam a fim de que os prejuízos sejam evitados, afinal, o legislador quer acautelar quem poderá sofrer um prejuízo injusto e não aquele que eventualmente será privado de um ganho.” (FARIAS e ROSENVALD, 2015, p. 239).

Se normatizado por legislação que trate do tema de forma minuciosa e assertiva, o contrato de cessão temporária do útero à título oneroso poderá oportunizar soluções contornadas de justiça para problemas insurgentes, como é o caso de um casal que, movidos pelo natural humano desejo de procriar, firmaram acordo com a sua empregada doméstica, para que esta cedesse seu útero temporariamente. Uma vez que o contrato é eivado de ilegalidade em nosso país, estes viajaram com sua “mãe de aluguel⁹” para que a gestação e parto ocorrem no exterior, em país onde a prática é amparada pela sombra da legalidade. A gestação chegou a seu termo e a parturiente deu à luz a uma criança com síndrome de *down*. O casal que custeou todo o procedimento e gestação, então, rejeitou a criança e optou pelo desfazimento do contrato. Uma série de problemas, então, surge diante daquela situação e o Brasil não possui amparo legal que discipline questões como esta.

3.2 GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO À LUZ DO DIREITO COMPARADO

No dia 1º de janeiro do ano de 2014 entrou em vigência, na Ucrânia, o código de família ucraniano. Esta legislação, considerada como sendo uma das mais liberais em todo o mundo, trouxe a permissão do uso das técnicas de reprodução assistida com maior amplitude e possibilidade do que aquilo que o referido país tinha anteriormente. Este país, além de permitir a cessão temporária do útero à título oneroso, é conhecido por ser um dos países com procedimento de reprodução por substituição mais econômicos. Na Ucrânia o procedimento de gestação por substituição recebeu forte amparo legal pelo

⁹ Expressão utilizada para designar a mulher que cede seu útero temporariamente, para gerar uma criança para aqueles ou aquele que a contrata.

Código de família, e pela ordem de número 771 (setecentos e setenta e um) do Ministério da Saúde Ucrainiano.

O aludido Código de família, em seu artigo 123.2 determina que caso um embrião, fecundado por um casal mediante uso de técnicas de reprodução assistida, inserido no útero de uma mulher, ao dar à luz, aquela criança tem a filiação no casal. Mediante a anuência daquela mulher que cedeu seu útero, no registro de nascimento da criança constará automaticamente os nomes dos pais contratantes.

Apesar de trazer avanços no campo da reprodução assistida, como por exemplo a possibilidade da cessão onerosa, a referida legislação daquele país ainda ostenta entraves em alguns de seus requisitos. Um de seus pressupostos, atualmente, é que para a realização do processo se faz necessário que seja um matrimônio heterossexual, não sendo admitidas as uniões de fato, tampouco pessoas solteiras ou casais homoafetivos. Ademais, como requisito, o marido deverá aportar seu próprio material genético, bem como a mãe deve comprovar, mediante laudo médico, a impossibilidade de gestar ou que a gestação poderá representar um grave risco para a sua saúde ou para a saúde da criança.

Como pontos positivos para a realização do procedimento neste país, tem-se que há ofertas de procedimentos à preços fixos, os quais incluem a maior parte das possíveis contingências. Em 90% dos casos de gestação por substituição na Ucrânia não há gastos extras. Naquele país o custo do procedimento é consideravelmente menor do que nos Estados Unidos. Um procedimento ocorrido na Ucrânia oscila em torno de 50.000 (cinquenta mil) e 60.000 (sessenta mil) euros.

É possível nos depararmos com depoimentos de casais que firmaram contrato com uma mulher cessionária uterina e percebermos o quão evidente é o sentimento de gratidão daqueles para com aquelas que tornaram possível o desejo de procriar. Um pai intencional que, junto à sua esposa, contratou uma mulher para cessão temporária de se útero, concedeu entrevista ao canal de televisão BBC¹⁰, na qual foram palavras suas:

¹⁰ Sigla para *British Broadcasting Corporation*. Serviço público de transmissão britânico. Sua sede está localizada em *Westminster*.

Em nenhum momento, nem na clínica, nem na maternidade, nós ficamos com o sentimento de que a nossa barriga de aluguel estava sendo tratada como uma cidadã de segunda classe. Nós sabíamos por que ela estava fazendo isso. Ela tem uma filha - ficou grávida quando tinha 15 anos. Ela queria poder mandá-la para a universidade e dar à filha a oportunidade que nunca teve. (MARK, pai intencional, à BBC Mundo).

A partir das palavras do pai, contratante da cessão uterina, resta enaltecida a ideia de que a legalidade do procedimento causa sentimento de segurança nas pessoas, assim como proporciona o pleno desenvolvimento individual e familiar no meio social.

A gestação por substituição na modalidade de contrato oneroso, na Grécia, encontrou seu amparo legal no ano de 2002, quando foi editada legislação própria ao tema em tela. A legalidade foi alcançada naquele país após ser proferida uma permissão especial de um Tribunal de Justiça grego, a qual ensejou que o Poder Legislativo editasse a Lei nº 3.089 de 2002. A gestação por substituição foi introduzida na referida lei através da edição do artigo 1458. Mais tarde, no ano de 2005, foi introduzida na ordem jurídica grega a lei nº 3.305 de 2005, que trouxe regulamentação para a reprodução assistida, bem como para a maternidade de substituição de forma mais minuciosa e detalhada.

No país em comento há alguns entraves para a realização do procedimento, assim como na Ucrânia, mas já é possível visualizar alguns avanços de ordem ética e moral. A gestação por substituição somente pode ser realizada, sob o amparo legal, em casais heteroafetivos, sendo estes solteiros ou casados, e em mulheres solteiras. Estão excluídos da possibilidade do procedimento os homens solteiros que buscam a paternidade, bem como os casais heteroafetivos. Para obter a permissão para o procedimento a mãe intencional necessita obter um laudo médico, emitido pelo Serviço Nacional de Saúde (SNS), o qual traga expressamente a comprovação de sua incapacidade de ter uma gestação completa saudável ou que, mesmo gestando, esteja sujeita aos altos riscos trazidos pela gravidez.

A mãe de substituição, naquele país, não poderá reclamar quaisquer direitos sobre a criança nascida, a fim de revogar o contrato de cessão, haja vista que renunciou, antes de realizar a implantação dos óvulos em seu útero, a todos os direitos sobre o nascituro.

A lei nº 3.089 de 2002, apesar de expressamente vedar a natureza pecuniária do procedimento, o admitindo somente de modo altruístico, prevê que à mãe de substituição seja paga uma indenização pelas moléstias enfrentadas por esta durante a gestação, bem como pelos meses não trabalhados. Ora, a despeito de alguns empecilhos contidos na legislação grega, percebe-se uma evolução no que diz respeito à percepção de que aquela que gestou tem direito a uma quantia, além das despesas médicas e alimentares, que deverá compensar os percalços pelos quais passou durante a gestação, bem como pelo tempo que não auferiu receita pelo fato de estar afastada do trabalho em razão da gestação.

Tem-se depoimento de uma mãe de substituição grega que cedeu seu útero para a realização do desejo de um casal. Assim aquela relata:

Mas quando você vê a alegria e os sorrisos dos pais biológicos, tudo acaba. Você percebe que tudo está bem com a criança e que os pais estão felizes. [...] Quando eles te abraçam e te agradecem, você sente o quanto está fazendo por eles. Eles me disseram que eu era a pessoa mais importante da vida deles! ”
(JANA, receptora, entrevista à BBC Mundo)

Os Estados Unidos da América, por seu turno, comporta controvérsias a respeito do tema maternidade por substituição. Tal fato é possível em virtude de naquele país ser adota o sistema *Common Law*¹¹, cuja estruturação viabiliza que cada estado, município e condado estabeleça suas regras de direito, sem que haja a necessidade da espera pela ação do Poder Legislativo. Porquanto em alguns estados deste país, à exemplo da Califórnia, permitem o contrato de cessão do útero na modalidade onerosa, outros estados, como o Michigan estabelecem a proibição do contrato, trazendo, ainda, sanções penais àqueles que incidirem na conduta.

Neste país, grande parte das mulheres que cedem temporariamente seus úteros não ingressam nestes contratos somente com vistas a indenização. Muitas delas nutrem o sentimento de que estão exercendo relevante papel social e sendo valiosas para pessoas que não podem procriar¹². Tem-se, ainda, a burocracia com relação à possibilidade de adoção de crianças naquele país,

¹¹ Sistema de direito comum, que se funda na percepção casuística. Baseia-se no problema, sendo compreendido a partir de seus fatos relevantes.

¹² Surrogacy in the United States, (2011). Pag. 3.

razão pela qual a maternidade de substituição vem sendo buscada cada vez mais nos últimos 5 (cinco) anos.¹³ Ademais, percebe-se a relevância social da maternidade de substituição com relação à perpetuação da família formados através dos laços de sangue.

Questão inovadora e que merece destaque com relação ao procedimento nos EUA é o que se conhece pela expressão “*prebirth parentage orders*”¹⁴, que é ferramenta jurídica legal utilizada mais frequentemente pelas partes dos contratos de maternidade por substituição, com o fito de dar segurança jurídica para as suas intenções. Mediante a utilização deste procedimento, os futuros pais, já sendo declarados legalmente pais do nascituro, têm acesso à criança tão logo após seu nascimento, bem como tomar decisões importantes para o nascituro com relação a questões médicas. Referente à documentos de nascimento, tem-se, ainda, a partir do uso do referido procedimento, que os nomes dos pais contratantes constarão dos documentos da criança, bem como na certidão de nascimento, excluindo, destarte, a necessidade de emenda de tais documentos.

A adoção do aludido procedimento traz efeito importante com relação ao plano de saúde da criança gera mediante técnica de gestação por substituição, haja vista que o nascituro já tem sua filiação natural do casal contratante, estando apta, destarte a participar desde já do plano de saúde deste. Por fim, tal procedimento propicia que os pais contratantes participem de todo o período da gestação, bem como do momento do parto, de tal forma que a situação se torna tão verossímil tal qual estivessem em uma situação de gestação e parto natural, ou seja, a concepção e gestação sem a utilização da técnica de reprodução assistida.

A Índia, como sendo o último país trazido por este trabalho no que concerne ao estudo do tema em tela, é considerado o lugar onde pessoas de toda a parte do globo optam por realizar o procedimento de gestação de substituição. Tal fato se deve a alguns aspectos que o propiciam, como os baixos custos do procedimento e a legalidade da cessão temporária do útero à título exclusivamente oneroso. Veja-se que neste país estamos diante de locação de

¹³ Surrogacy in the United States, (2011). Pag 4.

¹⁴ Documento no qual os pretensos pais são declarados os pais legais antes do nascimento da criança.

fato do útero da cedente. Norte americanos e brasileiros têm viajado cada vez mais a cidade de Anand, onde, de acordo com Natália Butti (2014, p. 18), as pessoas buscam pelo serviço da “barriga de aluguel”. Isso pelo fato de a legislação indiana permitir o caráter comercial do contrato.

3.3 A FILIAÇÃO A PARTIR DE CASOS DE GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO

Ponto relevante e que merece ser tratado no presente trabalho está relacionado à questão da filiação a partir do nascimento da criança em casos de gestação por substituição. O Código Civil pátrio estabelece, com relação ao ponto, em seu artigo 1593: “*o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem*”. Conforme se sabe, o parentesco pode ser natural ou consanguíneo, casos em que decorre do mesmo tronco ancestral, podendo, ainda, vir em linha reta ou colateral. Em não havendo legislação que trate da filiação relacionada ao tema deste trabalho no Brasil, recorre-se aos ensinamentos da insigne Profa. Maria Helena Diniz, ao asseverar que a filiação se traduz no vínculo existente entre pais e filhos, decorrente de uma relação socioafetiva entre pai adotivo e institucional, e filho adotado ou gerado a partir de técnicas de reprodução humana assistida na modalidade heteróloga. Em outras palavras, de acordo com a aludida doutrinadora, a filiação biológica não está sobreposta àquela afetiva.

Com fulcro, portanto, no basilar princípio civil constitucional da afetividade, defende-se que a filiação em casos de gestação por substituição traria a maternidade certa e determinada, em concordância, portanto, com o que sedimenta o Código Civil de 2002, em seu artigo 1593. Diante do exposto, não haveria que se falar em dúvidas com relação a filiação da criança gerada através da gestação sub-rogada.

3.4 QUESTÕES ATINENTES À MATERNIDADE

Vencidos alguns pontos importantes do debate com relação a questões jurídicas da cessão temporária do útero à título oneroso, merece destaque a problemática insurgente a partir da maternidade que passa a existir a partir da concepção do nascituro no ventre da cedente. Com relação ao tema, a doutrina

esclarece que há oportunidades de debates em duas frentes referentes ao desacordo: uma positiva e outra negativa. De acordo com os ensinamentos de Moreira Filho (2002), o conflito positivo ocorre quando aquela a cessionária da gestação por substituição, que pode ou não, ser a cedente do óvulo fecundado, naturalmente há manifestado seu desejo pela criança, e da mesma forma a cedente do útero, que após o nascimento da criança demonstra a recusa na entrega e manifesta desejo tê-la como filho. O conflito negativo ocorre, por sua vez, quando os indivíduos acima mencionados manifestam a negação pela maternidade da criança.

A doutrina civilista, em sua maioria, sempre trouxe os mesmos ensinamentos com relação à aferição da maternidade. Historicamente a doutrina utilizou como fulcro a presunção trazida pela expressão em latim “*mater semper certa est*”¹⁵, haja vista que a declaração da maternidade sempre se deu a partir da gestação e do parto. Ocorre que, conforme assevera Dias (2007, p. 65), em face da possibilidade da gestação por substituição, tal presunção de maternidade não mais encontra prosperidade, surgindo a demanda por novos critérios de determinação da maternidade.

Há o critério, pelo qual a atribuição da maternidade é determinada pelo fato da gestação em si mesma. Em outras palavras, para este critério a maternidade é determinada àquela que dá à luz a criança. Apesar de ser adotado, este critério encontra ressalvas no Art. 1615 do Código Civil de 2002. Outro critério para aferição da maternidade está na questão genética, que determina a maternidade àquela doadora do óvulo, de quem o nascituro herdará o material genético. Este critério é comumente utilizado em decisões judiciais para se determinar a paternidade. Em julgado oriundo do TJ MG, a decisão buscou embasamento neste critério:

Indenização – Danos morais – Pedido sucessivo – Investigação de troca de bebês – Hospital – Exame de DNA – Pagamento de despesas – Cumulação de pedidos – Erro essencial de fato – Teoria da *actio nata* – Prescrição – Não-ocorrência – A ação que busca investigar filiação, maternidade e paternidade é imprescritível. É possível a cumulação de pedido sucessivo cominatório com pedido indenizatório. Havendo erro essencial quanto a fato que a parte ignorava, referido erro impede o curso do prazo de

¹⁵ Brocardo em latim que significa que se sabe certamente quem é a mãe.

prescrição da ação. Segundo a teoria da actio nata, somente após revelado o fato desconhecido que mantinha a parte em erro substancial é que tem início a contagem do prazo de prescrição da ação (Tribunal de Alçada de Minas Gerais, Acórdão: 0460677-7, Apelação Cível Ano: 2004, Comarca: Resplendor, Órgão Julg: 9.a Câmara Cível, Relator: Juíza Márcia de Paoli Balbino, Data julg.: 20.08.2004, Dados publ.: MG 26.11.2004)

O aludido critério sofre críticas em decorrência do método de fecundação adotado, seja o homólogo ou o heterólogo. Para aqueles que criticam este critério, estar-se-ia atribuindo a maternidade àquela que foi provedora do óvulo, seja a mãe cessionária da gestação ou a cedente do útero. Entende-se neste trabalho, contudo, que a maternidade deve ser atribuída àquela que idealizou a gestação, em virtude dos princípios da autonomia da vontade e da dignidade da pessoa humana.

O último, e corroborando com todo o ante exposto, critério para determinação da maternidade, é o da afetividade. A partir da utilização deste, a maternidade é atribuída com base na relação sócio afetiva estabelecida entre duas pessoas, na qual uma destas pessoas é movida pelo desejo maternal. Tal critério, a despeito de ser o mais apropriado para o tempo em que se vive, não propicia decisões fáceis em face de conflitos que surgem. Em casos nos quais as partes do contrato de cessão temporária do útero manifestam o desejo de permanecer com a criança, seja antes ou após o parto, surge uma questão crucial: será esse critério suficiente para determinar a maternidade tão somente com base no princípio da afetividade? A resposta ao questionamento só pode ser negativa, e daí urge a necessidade de legislação específica que traga disposições claras sobre o tema.

3.5 A MEDIDA PROVISÓRIA 881 DE 2019 E SEUS REFLEXOS PARA CONTRATOS DE CESSÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO À TÍTULO ONEROSO

A chamada medida provisória da liberdade econômica, de 30 de abril de 2019 promoveu mudanças em diversas áreas do direito privado. Com relação ao direito civil não foi diferente. A referida medida foi editada com o fito de promover a efetividade do chamado estado mínimo, ou seja, através de dispositivos a MP possibilitou uma redefinição na atuação do Estado como agente regulador da

atividade econômica, mitigando o caráter intervencionista do poder público, e promovendo algumas alterações importante no direito civil.

Com relação ao tema abordado pelo presente trabalho, a referida MP trouxe reflexos positivos ao que aqui é defendido. O artigo 421 do Código Civil, que dispõe acerca da função social dos contratos, sofreu grande alteração com relação aos direitos de liberdade econômica. A redação do referido dispositivo legal, anteriormente ao advento da MP, dispunha: “*a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato*”. Pode-se depreender da leitura deste dispositivo que a liberdade de contratar era um fato, mas estava condicionada ao que se conhece por função social do contrato, a partir da qual o contrato necessariamente deve ser benéfico para as partes contratantes, e ainda respeitar interesses extracontratuais socialmente relevantes.

A partir do advento da aludida MP, a redação do Art. 421 do diploma civil pátrio passou a ser:

A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato, observando o disposto na declaração de Direitos de Liberdade Econômica.

Parágrafo único: Nas relações contratuais privadas, prevalecerá o princípio da intervenção mínima do Estado, por qualquer dos seus poderes, e a revisão contratual determinada de forma externa às partes será excepcional. (Artigo 421 da Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002)

A edição da MP ocasionou uma mudança de cenário com relação ao protagonismo do pressuposto dos contratos. Agora, cediço é que a vontade das partes toma lugar de protagonista na firmação de contratos particulares, deixando o estado em condições mínimas de intervenção. A alteração na redação do supra referido dispositivo legal corrobora com toda a ideia exposta e abraçada por este trabalho. O contrato de cessão temporária do útero à título oneroso, podendo ser um instrumento totalmente englobado pelos princípios da Afetividade e da Autonomia da vontade, está amparado pela nova redação do dispositivo, que agora acenda as “luzes da ribalta” às vontades dos homens em suas relações privadas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho monográfico buscou trazer à tona uma questão que é fato social no Brasil, mas que ainda encontra barreiras, quando deveria estar amparada pela sombra da legalidade. A fim de alcançar-se a segurança jurídica nas relações contratuais estabelecidas entre os particulares, a monografia apresentada buscou advogar à possibilidade do contrato de cessão temporária do útero à título oneroso. Como embasamento à defesa aqui intentada, foram buscados os princípios jurídicos que trazem lastro ao referido contrato. O princípio da dignidade da pessoa humana, sedimentado na Constituição Federal de 1988, aliado ao princípio da afetividade, faz com que conceitos estabelecidos possam ser repensados, à exemplo dos conceitos de família e maternidade, que estão atrelados ao tema proposto. A autonomia da vontade, como princípio basilar para o Estado democrático de direito, também trouxe fulcro ao texto aqui exposto.

O capítulo primeiro deste trabalho buscou evidenciar a necessidade do debate acerca das evoluções pelas quais passaram os conceitos de família, paternidade, maternidade, com base, principalmente, no princípio jurídico da socio afetividade. Em seguida, mais a frente, foram trazidos aspectos mais técnicos e específicos para o lastro do que aqui se defendeu. Neste sentido, foram elencadas as principais técnicas de reprodução assistida, de forma a se evidenciar o tema “gestação por substituição”. Esta técnica, conforme dito alhures, nada mais é do que o advento de uma situação na qual uma mulher se dispõe a ceder temporariamente seu útero para que outra pessoa possa gerar um filho. Foi, ainda, esclarecido, que a legislação brasileira em voga sobre a temática somente permite o uso da técnica com a autorização por laudo médico.

Em defesa do uso das aludidas técnicas de reprodução assistida, alguns princípios jurídicos pertinentes foram elencados, como o princípio da autonomia da vontade, e o princípio da afetividade nas relações sociais. Por fim, no capítulo último deste trabalho, foram levantados alguns pontos de argumentação que buscaram sustentar a necessidade da normatização da gestação por substituição por uma lei que possa abranger as situações várias que podem decorrer da prática.

Com relação ao direito comparado, alguns países, nos quais vige a legalidade da gestação por substituição, foram trazidos com o fito de expor os principais aspectos legais sobre a temática aqui proposta. Países como Estados Unidos, Ucrânia e Grécia foram elencados e serviram de base para que fossem postas em evidência as formas com que a prática ocorre.

Com relação aos aspectos contratuais da cessão temporária do útero à título oneroso, foi demonstrado que são exigidos, além dos requisitos comuns a todo e qualquer contrato, nominado ou inominado, alguns mais específicos. O consentimento qualificado, bem como o legítimo interesse na contratação são requisitos indispensáveis à espécie de contrato em tela. Em outras palavras, a plena capacidade de consentimento dos pactuantes, e a inadmissibilidade de consentimento presumido são requisitos indispensáveis.

Foi, ainda, tratado no trabalho apresentado, o aspecto relacionado à filiação decorrente da gestação sub-rogada, pois visto que o Código Civil pátrio estabelece que a filiação decorre da naturalidade ou da civilidade, conforme advenha da consanguinidade ou de outra origem. Como é sabido, e sendo o parentesco natural ou civil, seja em linha de ascendência ou colateral, e em não havendo legislação no Brasil que trate especificadamente do tema, recorre-se, assertivamente, ao princípio da Afetividade, a fim de se estabelecer vínculos familiares a partir da filiação pela técnica de gestação por substituição.

Defendeu-se, portanto, com base no princípio da Afetividade, que essa modalidade de filiação através de técnica de reprodução assistida tem maternidade certa e determinada. Destarte, não há que se falar em dúvidas sobre a maternidade com relação ao advento do uso da técnica. Restam, portanto, rebatidos, os argumentos da corrente que opõe ao uso da técnica com base no argumento da ausência do critério de certeza da maternidade.

Por fim, e de muita pertinência para este trabalho, foi trazido um breve debate acerca da medida provisória 881 de 2019, no qual a promoção de mudanças na interferência do Estado na autonomia privada foi utilizada como fulcro para a defesa, principalmente, dos quesitos de liberdade de contratação aqui defendidos.

Nesse espeque, este trabalho buscou comprovar que a autonomia da vontade engloba a possibilidade do contrato de cessão temporária do útero à título oneroso, em análise realizada com relação ao direito comparado. Países como Estados Unidos, Ucrânia, Grécia e Índia foram trazidos para este estudo a fim de demonstrar a funcionalidade prática da admissão desta modalidade de contrato. Ademais, a Medida Provisória 881 de 2910, que trouxe alteração ao artigo 421 do Código Civil de 2002, fez com que, a partir de sua entrada em vigor, os contratos entre particulares no Brasil tivessem uma mudança em sua leitura principiológica. A partir de então, passa a ser protagonista do contato, o princípio da autonomia da vontade, em detrimento do princípio da função social do contrato. Tal alteração corrobora o que defende este trabalho monográfico, que é a cessão temporária do útero à título oneroso.

REFERÊNCIAS

- AFONSO, Paula. **A gestação por substituição e a lacuna normativa no Brasil**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIX, n. 146, mar 2016. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16990>. Acesso em mar 2019.
- BECKER G.; Nachtigall R. D. **Eager for medicalization: the social production of infertility as a disease**. *Sociology of Health and Illness*, v. 14, n. 4, 1992.
- Becker, G. **Metaphors in disrupted lives: infertility and cultural constructions of continuity** *Medical Anthropology Quarterly*, v. 8, n. 4, p. 383-410, 1994.
- BUSNELLI, Francesco Donato. **De quem é o corpo? Do dogma jurídico da propriedade à perspectiva bioética da responsabilidade** [Trad. Cristiane Avancini Alves] In: MARTINSCOSTA, Judith. MÖLLER, Letícia Ludwing (Org.). *Bioética e responsabilidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 347-359.
- BUTTI, Nathália. **Alugam-se mães**. *Veja/SP* - 21/10/2009. Disponível em: <<http://www.embriofert.com.br/midia/noticias.aspx?i=528>>. Acesso em: 06 abr 2014.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8ª ed. rev. e atual. São Paulo. RT, 2011.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro: Direito de Família**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade: Relação Biológica e Afetiva**. Belo Horizonte: del Rey, 1996
- FARIAS, Cristiano Chaves. **Direito Constitucional à Família**. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre, IBDFAM/Síntese, n. 23, abril-Maio 2004, p.05.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. Famílias. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2015.
- FIÚZA, César Augusto de Castro. **Direito Civil. Curso Completo**. Belo Horizonte: Del Rey. 2010.
- GIL, A. C. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 1999. Lakatos, Eva Maria. *Fundamentos de metodologia científica 1 - 5. ed.* - São Paulo: Atlas, 2003.
- Marilena C. D. V. Corrêa, Maria Andrea Loyola | - 2015 - <http://www.scielo.br/pdf/physis/v25n3/0103-7331-physis-25-03-00753.pdf>
- Maternidade: implicações da reprodução mediante assistida na fertilização in vitro heteróloga**. *Boletim Jurídico*, Uberaba/MG, a. 4, no 180. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1310>> Acesso em: 17 jul. 2012. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **A propósito do regime jurídico envolvendo questões existenciais, autonomia privada e dignidade humana**. São Paulo: Renovar, 2009.

MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. Trad. Alberto da Rocha Barros. Petrópolis: Vozes, 1991.

MOREIRA FILHO, José Roberto. **O direito civil em face das novas técnicas de reprodução assistida**. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 55, mar. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2747>>. Acesso em: 09/04/2019.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil: Contratos**. Atualização: Regis

Fichtner. 13. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 3.

RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. **Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação**. Data artigo: 2004. Data acesso: 20/05/2014. Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/982/R163-08.pdf?sequence=4>.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**, Sexta edição, revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p.63.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012, v.2.