



**UNIVERSIDADE
ESTADUAL DE LONDRINA**

CASSIA PIMENTA MENEGUCE

**GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO À LUZ DOS NEGÓCIOS
(BIO)JURÍDICOS**

LONDRINA
2024

CASSIA PIMENTA MENEGUCE

**GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO À LUZ DOS NEGÓCIOS
(BIO)JURÍDICOS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina - UEL, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre.

Orientadora: Profa. Dra. Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador

LONDRINA
2024

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor, através do Programa de Geração Automática do Sistema de Bibliotecas da UEL

MENEGUCE, CASSIA APARECIDA PIMENTA

Gestação de Substituição à Luz dos Negócios (Bio) Jurídicos/CASSIA APARECIDA PIMENTA MENEGUCE. - Londrina, 2024.

130 f.

Orientadora: RITA DE CÁSSIA RESQUETTI TARIFA ESPOLADOR. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) - Universidade Estadual de Londrina, Centro de Estudos Sociais Aplicados, Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial, 2024.

Inclui bibliografia.

1. Autodeterminação. Autonomia privada. Gestação de substituição. Negócios biojurídicos. Reprodução humana assistida - Dissertação. I. ESPOLADOR, RITA DE CÁSSIA RESQUETTI TARIFA. II. Universidade Estadual de Londrina. Centro de Estudos Sociais Aplicados. Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial. III. Título.

CDU 34

CASSIA PIMENTA MENEGUCE

GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO À LUZ DOS NEGÓCIOS (BIO)JURÍDICOS

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina - UEL, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre.

BANCA EXAMINADORA

Profa. Orientadora: Profa. Dra. Rita de
Cássia Resquetti Tarifa Espolador
Universidade Estadual de Londrina - UEL

Profa. Dra. Juliana Carvalho Pavão
Universidade Estadual de Londrina - UEL

Profa. Dra. Cláudia Regina de Oliveira
Magalhães da Silva Loureiro
Universidade Federal de Uberlândia – UFU

Londrina, 15 de julho de 2024.

*Consagro este trabalho a Deus e o dedico aos
meus filhos, Davi e Rafael,
com todo meu amor.*

AGRADECIMENTOS

Minha gratidão especial à minha orientadora, Prof^a. Dr^a. Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador, pela sua dedicação no direcionamento desta dissertação e, sobretudo, por ser inspiração para além das lições jurídicas e exemplo de generosidade e respeito ao próximo. Obrigada por depositar sua confiança em minha pesquisa. Sem sua orientação e apoio nada disso seria possível.

À Prof^a. Dr^a. Juliana Carvalho Pavão, por todas as considerações e sugestões prudentemente feitas no decorrer da banca de qualificação, as quais foram essenciais para o aprimoramento deste trabalho. Obrigada por aceitar participar da minha banca de defesa da dissertação.

À Prof^a. Dr^a. Claudia Regina de Oliveira Magalhães da Silva Loureiro, por todas as oportunidades de aprendizado que me proporcionou nestes últimos anos e por gentilmente aceitar participar da minha banca de defesa do Mestrado.

À Prof^a. Dr^a. Daniela Braga Paiano pela dedicação empreendida nas aulas do Mestrado, por todo esforço empenhado em prol da pesquisa e pelo incentivo nas produções científicas.

A todos os professores do Programa de Mestrado da Universidade Estadual de Londrina com os quais tive a oportunidade de aprender nesses dois anos de muito estudo e que contribuíram direta ou indiretamente com minha pesquisa.

Ao meu amor Hélio Jr., me faltam palavras para expressar a gratidão que sinto por todo apoio neste período de intensa dedicação à pesquisa e, principalmente, por escolher sempre estar ao meu lado. Sem seu amor nada disso seria possível.

À minha mãe Neide, minha grande companheira, por sempre cuidar com tanto amor dos meus filhos para que eu pudesse me dedicar aos estudos. Obrigada por sempre desejar o melhor para mim e por suas orações constantes.

Por fim, agradeço Aquele que me mostra todos os dias que tudo na vida é um milagre e por me guiar sempre pelos caminhos que Ele escolhe para mim, os quais são infinitamente melhores e maiores do que aqueles que eu mesma escolheria: Obrigada Deus!

*Só há duas maneiras de viver a vida:
a primeira é vivê-la como se os milagres
não existissem. A segunda é vivê-la como
se tudo fosse milagre. (Albert Einstein)*

RESUMO

MENEGUCE, Cassia Pimenta. **Gestação de Substituição à Luz dos Negócios (Bio) Jurídicos**. Ano de Realização. 134 p. Dissertação do Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial – Centro de Estudos Sociais Aplicados, Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2024.

O tema central da dissertação é a gestação de substituição como forma de procriação decorrente do avanço da biotecnologia e da biomedicina, repercutindo diretamente no campo jurídico do direito negocial. A gestação de substituição é entendida como uma técnica de reprodução humana assistida, na qual uma mulher se dispõe a gerar um filho, que desde o início sabe não ser seu e que, ao final da gestação, será entregue aos pais legais, autores do projeto parental. É regulamentada por meio de Resolução do Conselho Federal de Medicina, sendo admitida de forma gratuita sem qualquer contraprestação financeira. A análise está delimitada na investigação, à luz do direito constitucional e do direito civil, da possibilidade de celebração de negócio jurídico envolvendo a gestação de substituição para, a partir daí, examinar qual é a forma adequada de formalização e instrumentalização deste acordo. O objetivo geral consiste em identificar qual é o objeto do contrato de gestação de substituição, sendo constatado na pesquisa que se trata da cessão de útero daquela que será gestante e não da entrega de uma criança. Portanto, a conclusão é pela licitude do objeto, adequado à teoria dos negócios jurídicos. Foram traçados três objetivos específicos. O primeiro analisa a classificação da gestação de substituição como negócio biojurídico. O segundo examina se a gestante de substituição está em condição de vulnerabilidade, seja econômica, técnica ou jurídica. O terceiro objetivo específico investiga se a gestação de substituição consiste em técnica violadora da dignidade da pessoa humana, seja da gestante ou da criança a ser gerada, o que deverá ser analisado individualmente em cada caso concreto. Existe uma presunção de que a gestação de substituição de forma genuína não tem o condão de causar violação da dignidade da mulher, ao passo que essa violação ocorreria em sua forma onerosa, uma vez que a mulher estaria instrumentalizando seu corpo, se tornando objeto de negócios jurídicos. O marco teórico da pesquisa é delineado pelas obras e artigos científicos de doutrinadores e pesquisadores brasileiros e estrangeiros, a partir dos quais se investiga aspectos relacionados aos negócios jurídicos, à dignidade da pessoa humana, à autonomia privada e autodeterminação como elemento dos negócios jurídicos. A dissertação se debruçou sobre o estudo dos principais argumentos das correntes doutrinárias sobre o tema e de algumas legislações estrangeiras a fim de avaliar os elementos necessários para a criação de um instrumento jurídico adequado para a perfectibilização da gestação de substituição de forma segura para todos os envolvidos. Ao realizar uma análise abrangente da teoria dos negócios jurídicos abordando toda sua evolução no tempo e no espaço para, a partir daí, analisar especificamente em que consistem os negócios biojurídicos a pesquisa utiliza-se do método dedutivo.

Palavras-chave: Autodeterminação. Autonomia privada. Gestação de substituição. Negócios biojurídicos. Reprodução humana assistida.

ABSTRACT

MENEGUCE, Cassia Pimenta. **Surrogacy in the Light of (Bio) Legal Business. Year of Accomplishment.** 134 p. Dissertation of the Postgraduate Program in Business Law – Center for Applied Social Studies, State University of Londrina, Londrina, 2024.

The central theme of this dissertation is surrogacy as a form of procreation resulting from advances in biotechnology and biomedicine, with direct repercussions in the legal field of business law. Surrogacy is understood as an assisted human reproduction technique in which a woman is willing to give birth to a child that she knows from the outset is not hers and that, at the end of the pregnancy, will be given to the real parents, the authors of the parental project. It is regulated by a Resolution of the Federal Council of Medicine, and is admitted free of charge without any financial consideration. The analysis is limited to investigating, in the light of constitutional law and civil law, the possibility of entering into a legal agreement whose object is surrogate gestation and, from there, examining the most appropriate way of formalizing and instrumentalizing the agreement. The general objective is to identify the purpose of the surrogacy contract, and the research has shown that it involves the transfer of a pregnant woman's uterus and not the delivery of a child. Therefore, the conclusion is that the object is lawful, in line with the theory of legal business. Three specific objectives were set. The first analyzes the classification of surrogacy as a bio-legal business. The second examines whether the surrogate mother is at risk of vulnerability, whether economic, technical or legal. The third specific objective investigates whether surrogacy is a technique that violates the dignity of the human person, whether of the pregnant woman or the child to be born, which must be analyzed individually in each specific case. There is a presumption that genuine surrogacy does not have the power to cause a violation of women's dignity, while this violation would occur in its onerous form, since the woman would be instrumentalizing her body, becoming the object of legal transactions. The theoretical framework is outlined by the works of Maria Helena Diniz, Anderson Schreiber, Pietro Perlingieri and Gustavo Tepedino, from which aspects related to legal business, the dignity of the human person, private autonomy and self-determination as an element of legal business are investigated. The dissertation studied the main arguments of the doctrinal currents on the subject and some foreign legislation in order to assess the elements needed to create an appropriate legal instrument to make surrogacy safe for all involved. By carrying out a comprehensive analysis of the theory of legal business, addressing all of its evolution in time and space, and then analyzing specifically what bio-legal business consists of, the research uses the deductive method.

Key-words: Self-determination; private autonomy; surrogate pregnancy; bio-legal business; assisted human reproduction.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ANS	Agência Nacional de Saúde Suplementar
CC	Código Civil Brasileiro
CCJC	Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania
CCJC CEDH	Convenção Europeia de Direitos Humanos
CFM	Conselho Federal de Medicina
CIAMS	Coalizão Internacional pela Abolição da Substituição de Gravidez
CJF	Conselho da Justiça Federal
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CNMPA	Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida
COVID-19	COVID-19
CRM	Conselho Regional de Medicina
DGPI	Diagnóstico Genético Pré-Implantação
DNA	Ácido Desoxirribonucleico
DUDH	Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão
ESHRE	Sociedade Europeia de Reprodução Humana e Embriologia
FIV	Fertilização in Vitro
FSH	Hormônio Folículo- Estimulante
HIV	Vírus da Imunodeficiência Humana
IA	Inseminação Artificial
ICNY	Infertility Center of New York
ICSI	Injeção Intracitoplasmática de Espermatozoide
IDH	Índice de Desenvolvimento Humano
IUU	Inseminação Artificial
LH	luteinizante
LPMA	Lei de Procriação Medicamente Assistida
OGMs	Organismos Geneticamente Modificados
OMS	Organização Mundial de Saúde
PGH	Projeto Genoma Humano
PL	Projeto de Lei
SBRA	Associação Brasileira de Reprodução Assistida
SP	São Paulo

STJ	Superior Tribunal de Justiça
STJ SUS	Sistema Único de Saúde
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeu de Direitos Humanos
TRHA	Técnicas de Reprodução Humana Assistida
TRHA UNESCO	Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura
UPA	<i>Uniform Parentage Act</i>

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	14
2. A INFERTILIDADE HUMANA E O PAPEL DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDAS COMO SOLUÇÃO PARA CONCRETIZAÇÃO DO PROJETO PARENTAL	18
2.1 DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA MEDICAMENTE ASSISTIDA	23
2.1.1 Inseminação Intrauterina (IIU)	26
2.1.2 Fertilização <i>In Vitro</i> (FIV)	27
2.2.1 Outros Meios Auxiliares das Técnicas de Reprodução Humana Assistida	29
2.2 ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE A REGULAMENTAÇÃO DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA NO DIREITO BRASILEIRO	35
2.3 O PROTAGONISMO DAS RESOLUÇÕES DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA NA REGULAMENTAÇÃO DA GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO NO BRASIL DIANTE DO VÁCUO LEGISLATIVO SOBRE O TEMA	40
3. GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO COMO POSSIBILIDADE DE PROCRIAÇÃO	45
3.1 ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO NO DIREITO ESTRANGEIRO	49
3.1.1 Espanha	50
3.1.2 Itália	54
3.1.3 Portugal	59
3.1.4 Estados Unidos da América	66
3.2. O PAPEL DO BIODIREITO E DA BIOÉTICA NA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA	72
3.2.1 Princípio da Autonomia	75
3.2.2 Princípio da Beneficência e Não Maleficência	76
3.2.3 Princípio da Justiça	77
4. GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO COMO NEGÓCIO BIOJURÍDICO	81
4.1 EVOLUÇÃO E ALCANCE DAS EXPRESSÕES AUTONOMIA DA VONTADE, AUTONOMIA PRIVADA, AUTODETERMINAÇÃO E AUTONOMIA EXISTENCIAL	83
4.2 CONTRATUALIZAÇÃO DA GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO NO BRASIL: ANÁLISE SOB O VIÉS DOS CONTRATOS ATÍPICOS	90

4.3 GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO ONEROSA: O RISCO DE INSTRUMENTALIZAÇÃO DA PESSOA HUMANA EM RAZÃO DA VULNERABILIDADE SOCIOECONÔMICA DAS MULHERES SUBMETIDAS À TÉCNICA	107
5. CONCLUSÃO	115
REFERÊNCIAS.....	121

1 INTRODUÇÃO

A infertilidade é um problema tão antigo quanto a própria existência da humanidade. Atualmente, graças ao avanço da medicina e da bioengenharia genética, cada vez mais são apresentadas soluções eficazes para a impossibilidade de procriar, especialmente pela utilização das técnicas de reprodução humanamente assistidas, ponto de partida desta pesquisa.

Dentre os métodos auxiliares da procriação humana, está a gestação de substituição, técnica consistente na implantação de um embrião no útero de uma mulher que se dispõe a gestar um filho que sabe não ser seu, o qual será entregue aos pais pretendentes e autores do projeto parental tão logo ocorra seu nascimento. Orbitam em torno da temática diversas controvérsias jurídicas, que serão amplamente debatidas na pesquisa.

O questionamento central que se buscará responder no desenvolvimento da pesquisa gira em torno da análise da possibilidade de celebração de negócio jurídico envolvendo a gestação de substituição.

Nessa perspectiva, a dissertação se debruça sobre a possibilidade de celebração de negócio jurídico da cessão de útero perante o ordenamento jurídico brasileiro, bem como sobre a identificação da forma adequada para instrumentalização do acordo. Para tanto, o estudo investiga se os pressupostos de validade dos negócios jurídicos serão preenchidos nessa hipótese, tal como previstos no artigo 104 do Código Civil Brasileiro.

Para responder a esse questionamento é necessário inicialmente definir qual é o objeto do pacto de gestação de substituição, sendo compreendido nesta pesquisa como a disponibilização temporária do útero para gerar uma vida, sem qualquer disposição definitiva de partes do corpo humano, afastando a alegação de ilicitude do objeto.

Visando contribuir com o resultado da pesquisa, serão analisados os objetivos específicos consistentes na definição da natureza jurídica da gestação de substituição, entendida no trabalho como negócio biojurídico.

O segundo objetivo específico consiste na investigação da condição de vulnerabilidade das mulheres que se dispõem a gestar um filho para outrem e, por fim, o terceiro objetivo específico analisa se a técnica reprodutiva consiste em conduta violadora da dignidade, seja da gestante ou da criança a ser gerada. Diante disso, a

[Digite aqui]

pesquisa divide-se em três etapas.

Na primeira será realizada uma breve análise histórica dos problemas relacionados à infertilidade que acompanham a humanidade, provavelmente desde o seu surgimento. É inegável que a impossibilidade de procriação natural sempre foi motivo de angústia e sofrimento entre os seres humanos.

Nos últimos anos a ciência contribuiu de forma grandiosa para o avanço da reprodução humana assistida, tanto no que se refere aos estudos iniciados com o Projeto Genoma Humano quanto às técnicas reprodutivas atualmente existentes.

A partir da possibilidade da decodificação do genoma dos seres vivos, dentre outras inúmeras possibilidades, se tornou possível a descoberta de cura para doenças genéticas, viabilizando o estudo embrionário a fim de eliminar ou impedir a formação de doenças congênitas que, do contrário, poderiam obstar a geração de uma vida.

Ainda na primeira parte da pesquisa são feitas considerações acerca do tratamento jurídico dado à reprodução humana no direito brasileiro, destacando-se a inexistência de legislação em sentido formal acerca da temática, atualmente regulamentada por normas do Conselho Federal de Medicina.

A segunda etapa reserva-se à análise da gestação de substituição como possibilidade de procriação medicamente assistida, técnica admitida em sua forma gratuita há alguns anos. Nesta fase do estudo, investiga-se a normatização acerca da aplicação da técnica em algumas partes do mundo, até mesmo para que as legislações internacionais possam inspirar as normas internas, que futuramente possam existir.

Há países que vedam a cessão de útero de forma absoluta, seja de forma gratuita ou onerosa. Existem aqueles que admitem de forma irrestrita, tanto gratuita quanto onerosamente e, por fim, aqueles que adotam uma posição intermediária, nos quais a prática é permitida somente em sua modalidade gratuita.

Por essa razão a pesquisa buscou apresentar alguns países que admitem e outros que proíbem a gestação de substituição e as razões que os levam a decidir de um ou outro modo.

Dentre os países em que a prática é vedada de forma absoluta estão Itália e Espanha. Portugal está em fase de transição entre a vedação e a regulamentação legal, inclinando-se pela admissão da cessão de útero apenas de

[Digite aqui]

forma gratuita.

Nos Estados Unidos da América, alguns Estados como *California*, *Nevada*, *New Jersey* e *New York* admitem a prática. Entretanto, como cada Estado tem autonomia legislativa, a lei por lá não é uniforme e ainda existem lugares em que a gestação de substituição não é admitida.

Na sequência, aborda-se o papel do Biodireito e Bioética na regulamentação da reprodução humana assistida, e a importância da aplicação dos referenciais bioéticos nesta seara como forma de limitação da atuação do próprio ser humano.

É necessário que a conduta médica seja pautada em normas éticas e morais, jamais se valendo da medicina para praticar ato vedado, como a história nos relembra das monstruosidades ocorridas com as experiências humanas no período das grandes guerras, do nazismo e fascismo.

Os princípios bioéticos da autonomia, da beneficência, não maleficência e o princípio da justiça atuam como vetores e, ao mesmo tempo, orientadores da ação humana quando o assunto envolve dilemas éticos, sociais e morais envolvendo a saúde humana.

Na terceira parte, a pesquisa preocupa-se em investigar a possibilidade de atribuir à reprodução humana assistida a natureza de negócio biojurídico, definido pela doutrina como aqueles negócios relacionados ao próprio corpo do indivíduo no exercício de sua autonomia privada e do poder de autorregulamentação da própria vida.

Para tanto, a pesquisa defende que a gestação de substituição pode ser objeto de contrato, de acordo com uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico brasileiro. Entretanto, não se trata de tema pacífico. A corrente que se contrapõe à pactuação, justifica seu entendimento na impossibilidade jurídica do objeto, qual seja a criança que será entregue ao final da gestação.

Outra parte da doutrina admite a possibilidade de contratualização e entende que pode ser adotado o modelo de contrato de prestação de serviço ou de comodato, por exemplo. Entretanto, a pesquisa defende que a celebração de negócios jurídicos envolvendo a gestação de substituição deve ocorrer sob o viés dos contratos atípicos.

O estudo aborda a evolução das expressões autonomia da vontade, autonomia privada, autodeterminação e autonomia existencial, sendo essa última

[Digite aqui]

entendida como o poder decisional sobre aspectos relacionados aos direitos da personalidade da própria pessoa.

Por fim, a pesquisa investiga se a mulher que se dispõe a ser gestante de substituição está sujeita a alguma condição de vulnerabilidade, seja técnica, jurídica ou econômica. A partir daí, passa-se ao exame de eventual violação da dignidade humana em caso de cessão de útero. Para tanto, é necessária uma análise individualizada de cada caso concreto para se chegar a essa conclusão com segurança.

No que se refere à possibilidade de atribuir caráter econômico à gestação de substituição é importante lembrar que no Brasil prevalece que a cessão do útero somente é admitida em sua forma gratuita. Entretanto, até o momento inexistente legislação vedando a modalidade onerosa de forma expressa. Com fundamento no princípio da legalidade estrita, defende-se que não há vedação explícita para a contraprestação financeira nos casos de cessão de útero, sem se olvidar da necessidade de impedir condutas violadoras da dignidade da pessoa humana.

A dissertação utiliza-se do método dedutivo, partindo da análise geral da teoria dos negócios jurídicos para, a partir daí, desenvolver a pesquisa no que se refere à sua aplicação aos denominados negócios biojurídicos. Para tanto, a metodologia empregada consiste na revisão bibliográfica de obras de doutrinadores nacionais e estrangeiros.

2 A INFERTILIDADE HUMANA E O PAPEL DAS TÉCNICAS REPRODUTIVAS MEDICAMENTE ASSISTIDAS COMO SOLUÇÃO PARA A CONCRETIZAÇÃO DO PROJETO PARENTAL

A Organização Mundial de Saúde (OMS) trata a infertilidade humana como uma doença do sistema reprodutivo feminino ou masculino, identificada a partir de tentativas de engravidar durante um período de doze meses seguidos ou mais, sem sucesso¹.

Tanto a infertilidade quanto a esterilidade dizem respeito à alguma condição de saúde que repercute na impossibilidade de geração de filho de forma natural. A diferença entre essas causas está na porcentagem da chance de gerar filhos e, em ambos os casos, a reprodução assistida pode ser uma alternativa à procriação.

No diagnóstico de infertilidade, ainda que diminuídas, as chances de gravidez existem; ao passo que a esterilidade consiste na impossibilidade de gerar gametas sexuais, como os óvulos, espermatozoides ou zigotos, que seria a fusão entre o gameta masculino e feminino, o que torna inexistente a possibilidade de procriar².

As causas de infertilidade são inúmeras, atingindo tanto homens quanto mulheres. No que se refere às causas de infertilidade masculina, são listadas algumas delas no sítio eletrônico do Ministério da Saúde, quais sejam: criptorquidia (testículos que não desceram): malformação identificada no nascimento do menino, caracterizada pelo posicionamento incorreto do testículo, atrapalhando a produção de espermatozoides; fatores genéticos ou hormonais; infecções, como prostatites, uretrites, infecções urinárias; obstrução do canal por onde passam os espermatozoides; varicocele; dentro outros fatores, como radioterapia, quimioterapia, doenças neurológicas, diabetes, traumas testiculares, drogas, doenças sexualmente transmissíveis³.

As causas de infertilidade feminina também são várias, podendo ser

¹ World Health Organization (WHO). Infertility. Infertility is a disease of the male or female reproductive system defined by the failure to achieve a pregnancy after 12 months or more of regular unprotected sexual intercourse. World Health Organization (WHO). International Classification of Diseases, 11th Revision (ICD-11) Geneva: WHO 2018. Disponível em: <https://reclara.com/images/arquivo/Infertility.pdf> Acesso em 15 out 2023.

² MAILLARD, Jean Louis. **Qual a diferença entre esterilidade e infertilidade?** Disponível em: <https://fecondare.com.br/artigos/qual-a-diferenca-entre-esterilidade-e-infertilidade/> Acesso em 06 jun.2024.

³ BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Infertilidade Masculina**. Biblioteca Virtual em Saúde. Ministério da Saúde. Disponível em: <https://bvsmis.saude.gov.br/infertilidade-masculina/> Acesso em 09 set. 2023.

citadas causas ovarianas e ovulares, como a síndrome do ovário policístico ou síndrome da anovulação; menopausa precoce, hipotireoidismo, além da própria idade avançada da mulher para procriar, assim considerada a partir dos 35 anos de idade. Além disso, podem ser citadas as causas tubárias e do canal endocervical; causas ligadas à dificuldade de fertilização e à implantação do embrião⁴.

Como se observa, tanto as causas de infertilidade masculina quanto feminina podem ter origem em causas diversas e a tendência é que a população apresente cada vez mais fatores que impliquem em infertilidade, conforme a evolução dos estudos da Organização Mundial da Saúde⁵.

De acordo com o Relatório da Organização Mundial da Saúde, com levantamento de dados no período compreendido entre 1990 e 2021, uma em cada seis pessoas no mundo é afetada por infertilidade, totalizando um índice de 17,5% da população mundial⁶. No Brasil, de acordo com o Ministério da Saúde, a infertilidade pode atingir 8 milhões de pessoas⁸.

Diante deste cenário, é importante ressaltar que muitas pessoas são impedidas de formar a própria família, especialmente aquelas economicamente desfavorecidas em razão dos elevados custos do diagnóstico e tratamento de infertilidade que inclui, dentre outros, a tecnologia de reprodução humana assistida.

O direito ao livre planejamento familiar está consagrado no artigo 226, §7º da Constituição Federal de 1988 (CRFB) e é fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, sendo vedada qualquer interferência pública ou privada nesse processo. Disso decorre que a autonomia privada é a mola propulsora da liberdade de escolha de como cada pessoa irá formar sua família, atuando as técnicas reprodutivas como importante mecanismo de concretização deste direito.

O artigo 226, §7º da Constituição Federal traz em seu bojo um comando positivo e um negativo de atuação do estatal. O comando positivo consiste

⁴BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Infertilidade Feminina**. Biblioteca Virtual em Saúde. Ministério da Saúde. Disponível em: <https://bvsmis.saude.gov.br/infertilidade-feminina/> Acesso em 09 set. 2023.

⁵Disponível em: <https://www.paho.org/pt/noticias/4-4-2023-oms-alerta-que-1-em-cada-6-pessoas-e-afetada-pela-infertilidade-em-todo-mundo#:~:text=OMS%20alerta%20que%201%20em,Organiza%C3%A7%C3%A3o%20Pan%2DAmericana%20da%20Sa%C3%BAde> Acesso em 15 dez 2023.

⁶ Nações Unidas. ONU News. **Perspectiva Global Reportagens Humanas**. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2023/04/1812312> Acesso em 08 set. 2023.

⁸MINISTÉRIO DA SAÚDE – FIOCRUZ. **Infertilidade: o que pode ser feito?** Disponível em: <https://www.iff.fiocruz.br/index.php?view=article&id=112#:~:text=De%20acordo%20com%20a%20Organiza%C3%A7%C3%A3o,da%20popula%C3%A7%C3%A3o%20total%20do%20planeta>. Acesso em 29 mar. 2023.

na obrigação imposta ao Estado de fornecer os meios necessários para a realização do planejamento familiar de acordo com os recursos científicos existentes, dentre eles, os recursos que permitem a procriação assistida, assim como os métodos contraceptivos.

Por outro lado, em seu sentido negativo, o comando impõe ao Estado o dever de se abster de interferir no livre exercício do planejamento familiar, uma vez que este direito deverá ser exercido individualmente por cada pessoa, com fundamento em sua autonomia reprodutiva.

Conforme afirma Guilherme Calmon Nogueira da Gama, o planejamento familiar está diretamente relacionado à noção de direitos reprodutivos, considerados “direitos básicos vinculados ao livre exercício da sexualidade e da reprodução humana com os limites que lhes são inerentes”⁹.

Em âmbito internacional é necessário destacar que as Conferências Internacionais do Cairo, de Beijing e de Copenhagen elevaram os direitos sexuais e reprodutivos à categoria de direitos humanos¹⁰. De igual modo, a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão - DUDH estabelece que a família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado¹¹.

Trata-se, portanto de um direito humano e também de um direito fundamental, conforme assentado por Guilherme da Gama Calmon Nogueira, para quem “O direito à reprodução deve ser reconhecido no âmbito constitucional como direito fundamental, como reflexo do princípio e direito à liberdade (...)”.¹²

No Brasil, com a finalidade de dar concretude ao princípio do livre planejamento familiar e da parentalidade responsável, tal como previstos constitucionalmente, foram desenvolvidas diretrizes garantidoras da saúde sexual e reprodutiva de homens, mulheres e adolescentes¹³.

Dentre essas medidas, está a regulamentação do planejamento familiar, por meio da Lei nº. 9.263/1996, tal como determinado no §7º do artigo 226,

⁹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. A nova filiação: o biodireito e as relações parentais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 444.

¹⁰BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/cartilha_direitos_sexuais_reprodutivos.pdf Acesso em: 26 jun 2024.

¹¹ Assembleia Geral da ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. DUDH, XVI, 3. A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado

¹² GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A Nova Filiação: O Biodireito e as Relações Parentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 711.

¹³ BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/cartilha_direitos_sexuais_reprodutivos.pdf Acesso em: 26 jun 2024.

da Constituição Federal. A referida lei estabelece em seu artigo 2º que “entende-se o planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal”.

A implementação de políticas públicas é essencial para proporcionar a adequada qualidade de vida para as pessoas e consecução de um direito garantido constitucionalmente. Nesse sentido, Caio Mario Pereira da Silva pontua que a proteção da família “mantém-se como obrigação do Estado, não como papel subsidiário, mas ao contrário, inserido num sistema misto, vinculando os poderes público a um dever de proteção de direitos humanos”.¹⁴

As técnicas de reprodução humana assistida (TRHA) trouxeram esperança ao apresentar algumas opções para aquelas pessoas que pelos mais variados motivos estão impedidas de procriar de forma natural. Trata-se de mais uma forma viabilizadora da concretização do direito constitucional ao planejamento familiar¹⁵.

Ainda como decorrência do comando constitucional previsto no artigo 226, §7º, no Brasil há previsão de custeio das técnicas de reprodução humana assistida pelo Sistema Único de Saúde (SUS), conforme se extrai da Portaria 3.149 de 28 de dezembro de 2012¹⁶, do Ministério da Saúde.

Porém, o tratamento não é acessível a todas as pessoas, uma vez que é necessário que a pessoa diagnosticada com infertilidade aguarde em uma fila, já que existem poucos hospitais no País que fazem o tratamento pelo Convênio do SUS¹⁷. É certo que o Estado não dispõe de orçamento suficiente para custear todas

¹⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil** – Vol. V / Atual. Tânia da Silva Pereira. – 25. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 82.

¹⁵ DIAS, Maria Berenice. **As inconstitucionalidades da Resolução 2.294/2021 do CFM sobre a utilização das técnicas de reprodução assistida**. Disponível em: https://berenedias.com.br/as-inconstitucionalidades-da-resolucao-2-294-2021-do-cfm-sobre-a-utilizacao-das-tecnicas-de-reproducao-assistida/#_ftn10 Acesso em 14 jun. 2024.

¹⁶ https://bvsmis.saude.gov.br/bvsmis/saudelegis/gm/2012/prt3149_28_12_2012.html Acesso em 21 ago. 2023

¹⁷ Os centros de Reprodução Humana Assistida (CRHAs) estão em sete capitais do país, sendo quatro em São Paulo: Hospital Pérola Byington, Hospital das Clínicas da Universidade de São Paulo - USP (na capital e em Ribeirão Preto) e Hospital São Paulo da Universidade de São Paulo (Unifesp). em Porto Alegre: Hospital de Clínicas de Porto Alegre e Hospital Fêmima, um centro em Brasília, o Hospital Materno Infantil de Brasília; em Belo Horizonte, o Hospital das Clínicas da Universidade Federal de Minas Gerais. Em Goiânia, o Hospital das Clínicas da Universidade Federal de Goiás e um em Natal, a Maternidade Escola Januário Cicco da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Destes centros, somente em quatro o tratamento é completamente gratuito: a Maternidade Escola Januário Cicco, Hospital Pérola Byington, Hospital das Clínicas da Universidade de São Paulo - USP e o Hospital Materno Infantil de Brasília. Nos demais, a paciente precisa arcar com as medicações a um custo médio de R\$ 5 mil. Disponível em: [https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2023-05/sus-pode-ser-esperanca-para-mulheres-que-sonham-ser-maes#:~:text=Os%20centros%20de%20Reprodu%C3%A7%C3%A3o%20Humana,de%20S%C3%A3o%20Paulo%20\(Unifesp\).](https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2023-05/sus-pode-ser-esperanca-para-mulheres-que-sonham-ser-maes#:~:text=Os%20centros%20de%20Reprodu%C3%A7%C3%A3o%20Humana,de%20S%C3%A3o%20Paulo%20(Unifesp).) Acesso em 17 out. 2023.

as demandas que surgem e, diante da limitação e escassez dos recursos, o Poder Público precisa eleger prioridades definindo quais políticas públicas serão implementadas da forma prioritária¹⁸.

Deste modo, a maioria das pessoas que pretende concretizar o projeto parental busca tratamento para infertilidade em clínicas particulares, justamente em razão da morosidade, burocracia e baixa oferta do serviço pela rede pública de saúde. Considerando que o tratamento possui custo elevado, muitas vezes pode comprometer a renda familiar ficando inacessível para muitas pessoas que não dispõem de recursos financeiros para arcar com tais gastos.

De acordo com a Resolução nº 1.974, de 19 de agosto de 2011 do Conselho Federal de Medicina (CFM), as clínicas em geral, inclusive as de reprodução assistida não devem divulgar os valores cobrados pelos serviços prestados, dentre eles, os custos das técnicas de reprodução humana. Entretanto, em buscas realizadas na *internet* é possível constatar que há uma variação nos valores de acordo com alguns fatores, dentre eles, a clínica escolhida, o tipo de método exigido e os medicamentos necessários, podendo o tratamento chegar a mais de 70 mil reais¹⁹.

Considerando que os custos normalmente são elevados é importante reforçar a necessidade de ampliação do acesso ao tratamento de fertilidade e empreender esforços para que seja incluído nas políticas de saúde pública de forma acessível para aqueles que dele necessitam para concretização do direito constitucional de formar sua própria família, corolário do princípio da dignidade da pessoa humana.

Além de as técnicas reprodutivas não serem amplamente ofertadas pelo sistema de saúde pública e, embora a infertilidade seja classificada como doença pela OMS, no Brasil existe a possibilidade de ser excluída do rol de Procedimentos e Eventos da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), conforme previsto na Resolução Normativa nº. 465/2021²⁰. Por esta razão estão fora da cobertura da maior

¹⁸ MENEGUCE, Cassia Pimenta. ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador. CUNHA, Germano Matheus Codognotto da. **O Direito de os titulares do material genético identificarem o sexo do embrião pré-implantatório: análise sob a ótica da Lei Geral de Proteção de Dados**. Revista de Biodireito e Direito dos Animais. E-ISSN 2525-9695. v.9/nº1/p.41-61/jan/jun2023.

¹⁹ **Quanto custam os tratamentos de reprodução assistida**. Disponível em: [²⁰ Resolução Normativa - RN nº 465 de 24 de fevereiro de 2021. Art. 17. A cobertura assistencial de que trata o plano-referência compreende todos os procedimentos clínicos, cirúrgicos, obstétricos e os atendimentos de urgência e emergência previstos nesta Resolução Normativa e seus Anexos, na forma estabelecida no art. 10 da](https://forbes.com.br/colunas/2019/05/quanto-custam-os-tratamentos-de-reproducao-assistida/#:~:text=Normalmente%2C%20depende%20da%20cl%3%ADnica%20de,valor%2%80%9D%2C%20explica%20o%20Dr. Acesso em 17 out 2023.</p></div><div data-bbox=)

parte dos planos de saúde²¹ o que leva muitas pessoas a recorrerem ao Poder Judiciário para que as operadoras sejam compelidas a custear o tratamento.

Neste ponto é importante destacar que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu em sede de recurso repetitivo (Tema 1.067) que os planos de saúde não são obrigados a arcar com os custos de reprodução humana assistida decorrentes da fertilização *in vitro*, quando não estiver expressamente previsto no contrato firmado entre as partes²², exceto quando se tratar de criopreservação de óvulos de mulheres submetidas a tratamento de quimioterapia, diante do alto risco de infertilidade²³.

Todos esses fatores repercutem de forma direta e imediata na realização do projeto parental e, em que pese a infertilidade não fazer discriminação e atingir todas as camadas sociais, as classes econômicas menos favorecidas sentem mais os seus efeitos diante da limitação de recursos financeiros e da ausência de oferta do serviço pelo poder público.

Atualmente, considerável número dos casos de infertilidade pode ter solução graças a bioengenharia genética e a biomedicina somadas ao avanço da tecnologia, que podem auxiliar significativamente aquelas pessoas impedidas de gerar seus filhos de forma natural. As técnicas de procriação medicamente assistidas, consistentes especialmente na inseminação artificial (IIU) e na fertilização *in vitro* (FIV), já são realidade na vida de muitas pessoas no mundo todo, inclusive no Brasil

2.1 DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA MEDICAMENTE ASSISTIDA

Há milhares de anos que questões envolvendo a infertilidade humana inquietam os seres humanos, e os povos mais antigos sempre encontraram uma, entre

Lei nº 9.656, de 1998. Parágrafo único. São permitidas as seguintes exclusões assistenciais: I (...); III - III - inseminação artificial.

²¹Lei nº. 9656/1998. Artigo 10. Art. 10. É instituído o plano-referência de assistência à saúde, com cobertura assistencial médico-ambulatorial e hospitalar, compreendendo partos e tratamentos, realizados exclusivamente no Brasil, com padrão de enfermagem, centro de terapia intensiva, ou similar, quando necessária a internação hospitalar, das doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde, respeitadas as exigências mínimas estabelecidas no art. 12 desta Lei, exceto: (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)- (...). III. III - inseminação artificial (...).

²²BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. STJ. Tema 1067. Trânsito em julgado em 14.02.2022. Disponível em:

https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=1067&cod_tema_final=1067 Acesso em 09 set. 2023.

²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. REsp nº 1962984 / SP (2021/0307888-6). Disponível em:

https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%201962984&_gl=1*c2lihj*_ga*MTk3ODEyNzg5MC4xNjk0Mjk4MzYx*_ga_F31N0L6Z6D*MTY5NDU0NTgwM4yLjEuMTY5NDU0NTk4MS42MC4wLjA. Acesso em 12 set. 2023.

[Digite aqui]

as mais diversas formas de intervenção, como meio para a geração de filhos⁴⁹. E, como bem relembra Eduardo de Oliveira Leite, “desde as mais remotas épocas, a esterilidade foi considerada como um fator negativo, ora maldição atribuída à cólera dos antepassados, ora à influência das bruxas, ora aos desígnios divinos”.⁵⁰

Hipócrates, considerado o pai da medicina, já investigava as teorias reprodutivas na segunda metade do século V a.C. e, por meio de seus estudos, afirmava que a fecundação ocorria da união do sêmen masculino com o que chamava de esperma feminino⁵¹.

Aristóteles foi considerado o pai da embriologia e realizou uma cuidadosa pesquisa sobre o embrião, tamanho era o seu interesse pela reprodução. Observava os seres vivos, e sua pesquisa mais relevante foi com o ovo de galinha⁵². Também se dedicou a desvendar o processo de procriação humana e, para ele, os óvulos não fertilizados eram expulsos através da menstruação⁵³.

Os povos da Mesopotâmia consideravam a procriação essencial e, por essa razão, como alternativa à infertilidade, tratou da possibilidade de geração de filhos por terceiros, quando houvesse hipótese de infertilidade entre o casal⁵⁴. Assim, “se a mulher fosse estéril, o homem poderia repudiá-la ou tomar uma concubina para dela ter filhos e a esposa deveria aceitar”⁵⁵.

Avançando no tempo, no decorrer do século XX, a pesquisa no campo da reprodução se desenvolveu inicialmente com animais. Em um primeiro momento na pecuária e veterinária e, depois, a infertilidade humana começou a ser estudada⁵⁶.

⁴⁹ Desde os tempos bíblicos são narrados conflitos acerca da infertilidade. Sara, mulher de Abraão era estéril, que pediu a seu marido que se unisse à sua escrava Agar para que esta pudesse gerar um filho para o casal. (GÊNESIS, 16:2).

⁵⁰ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 17.

⁵¹ RODRIGUES, Isilda; SACOTO, Sandra; CORREIA, Teresa Montenegro; VALENTIM, Ramiro; GOMES, Maria José Marques; AZEVEDO, Jorge (2017). **Manejo Reprodutivo em ovinos e caprinos. Breve história da Reprodução Animal**. Agrotec. ISSN 2182-4401. 21, p. 22-27

⁵² **Embriologia Humana**. Disponível em: <https://antigo.uab.ufsc.br/biologia/files/2020/08/Embriologia-Humana.pdf> Acesso em 26 fev 2024.

⁵³ SLONGO, I. I. P. & DELIZOICOV, D. **Reprodução humana: abordagem histórica na formação dos professores de Biologia**. Contrapontos 3 (2003): Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/rc/article/view/739> Acesso em 04 out. 2023.

⁵⁴ Código de Hamurabi. 145º - Se alguém toma uma mulher e essa não lhe dá filhos e ele pensa em tomar uma concubina, se ele toma uma concubina e a leva para sua casa, esta concubina não deverá ser igual à esposa. 146º - Se alguém toma uma esposa e essa esposa dá ao marido uma serva por mulher e essa lhe dá filhos, mas, depois, essa serva rivaliza com a sua senhora, porque ela produziu filhos, não deverá sua senhora vendê-la por dinheiro, ela deverá reduzi-la à escravidão e ennumerá-la ente as servas. 147º - Se ela não produziu filhos, sua senhora poderá vendê-la por dinheiro. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/hamurabi.htm> Acesso em 17 out 2023.

⁵⁵ OSÓRIO, L. C. **Casais e Famílias uma Visão Contemporânea**. Rio Grande do Sul: Artemed, 2002.

⁵⁶ LUNA, N. **A resposta da biomedicina e o engajamento das usuárias**. In: Provetas e clones: uma antropologia das novas tecnologias reprodutivas [online]. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2007. Antropologia e Saúde collection, pp. 83-133. ISBN 978-85-7541-355-5. Available from SciELO Books Disponível em:

Em 1953 a estrutura da molécula de ácido desoxirribonucleico – o DNA foi publicada na revista *Nature*, por James Watson e Francis Crick⁵⁷, proporcionando um gigantesco avanço na medicina, com repercussão na possibilidade de procriação medicamente assistida.

Em 25 de junho de 1978, nasceu na Inglaterra, Louise Joy Brown, o primeiro bebê de proveta do mundo⁵⁸. A partir daí a técnica se difundiu e passou a ser usada por muitas pessoas impedidas de gerar seus próprios filhos. No Brasil o primeiro bebê gerado com auxílio da técnica da reprodução assistida consistente na fertilização *in vitro* foi Anna Paula Caldeira, nascida em 7 de outubro de 1984, em São José dos Pinhais – Estado do Paraná⁵⁹.

Desde então, cada vez mais pessoas recorrem às técnicas reprodutivas para auxiliar na procriação humana, sendo que de acordo com a Sociedade Europeia de Reprodução Humana e Embriologia (ESHRE), até janeiro de 2022 mais de 10 milhões de bebês haviam nascido em todo o mundo com auxílio das técnicas reprodutivas⁶⁰.

Entende-se por reprodução humana assistida “o conjunto de técnicas que favorecem a fecundação humana, a partir da manipulação de gametas e embriões, objetivando principalmente combater a infertilidade e propiciando o nascimento de uma nova vida humana”⁶¹.

Entre essas técnicas, as mais utilizadas são a inseminação artificial (IA) e a fertilização *in vitro* (FIV), além de técnicas complementares que podem auxiliar na aplicação da reprodução humana, dentre elas, a gestação de substituição, objeto desta dissertação, doação de embrião, doação de sêmen ou óvulo para tornar possível a gravidez por meio das técnicas de fertilização realizadas com auxílio da medicina, conforme será melhor abordado no tópico a seguir.

<https://books.scielo.org/id/dqhw2/pdf/luna-9788575413555-06.pdf> Acesso em 17 out 2023.

⁵⁷ **A descoberta do DNA e o projeto genoma.** Editorial. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ramb/a/kMWr3VJcPHS8dNrQnN5PWx/?lang=pt> Acesso em 17 out 2023.

⁵⁸ **A história do primeiro bebê de proveta.** Disponível em: <https://www.procriar.com.br/blogprocriar/conheca-a-historia-de-louise-brown-o-primeiro-bebe-gerado-pela-fertilizacao-in-vitro/#:~:text=H%C3%A1%20quase%20quatro%20d%C3%A9cad%20nascia,h%C3%A1%20mais%20de%209%20anos>. Acesso em 17 out. 2023.

⁵⁹ Em 1984 nasceu o primeiro bebê de proveta no Brasil. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/saude/o-globo-90-anos-em-1984-nascia-primeiro-bebe-de-proveta-no-brasil-16616047#tbl-em-lnut943z4ksecrg3c82> Acesso em 17 out. 2023.

⁶⁰ Disponível em: <https://www.eshre.eu/> Acesso em 17 out. 2023.

⁶¹ RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson; BORGES, Janice Silveira. **Alteração da Vontade na utilização das técnicas de reprodução assistida.** In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. Manual de Direitos das Famílias e das Sucessões. Belo Horizonte, Del Rey: Mandamentos, 2008. P. 228.

2.1.1 Inseminação Intrauterina (IIU)

De acordo com as informações constante do sítio eletrônico da Associação Brasileira de Reprodução Assistida (SBRA)⁶², a inseminação artificial, conhecida como inseminação intrauterina (IIU) consiste na técnica de reprodução humana na qual durante o período fértil, o sêmen é depositado na cavidade uterina da mulher a fim de aumentar a chance de sucesso na gravidez. O tratamento começa no início do ciclo menstrual e entre o segundo e terceiro dia do ciclo a mulher deve receber o hormônio folículo-estimulante (FSH), que é o responsável pela maturação dos folículos ovarianos.

O luteinizante (LH) é outro hormônio que pode ser ministrado, de acordo com o diagnóstico e indicação médica, para indução da ovulação e desenvolvimento do corpo lúteo e também para coordenar a secreção de progesterona.

A aplicação de hormônios é feita durante, aproximadamente, nove a dez dias, juntamente com a realização de exames como ultrassom para acompanhar o crescimento dos folículos, que ao atingirem em torno de 18 mm, aplica-se um segundo hormônio que irá auxiliar no amadurecimento do óvulo, promovendo a ovulação em até 36 horas após a aplicação.

O sêmen deve ser coletado nas duas horas anteriores à ovulação, sendo necessário que o homem esteja em abstinência sexual entre 2 a 5 dias, que tenha sido evitado o consumo de álcool e tabagismo nas semanas que antecedem o procedimento. O sêmen coletado será inserido diretamente na cavidade uterina da mulher, com o auxílio de um fino cateter. O processo dura em torno de 15 minutos.

Para que a mulher ou o homem estejam aptos a se submeter à inseminação artificial é necessário que estejam presentes alguns requisitos. É preciso que a mulher tenha pelo menos uma tuba uterina normal, que o local onde o espermatozoide irá fertilizar o óvulo. O homem deve possuir sêmen com pelo menos 5 milhões de espermatozoides móveis progressivos para cada ml de sêmen.

A inseminação artificial é indicada especialmente para os seguintes

⁶² **Como funciona a inseminação intrauterina.** Disponível em: <https://sbra.com.br/como-funciona-a-inseminacao-intrauterina/> Acesso em: 18 out 2023.

grupos de pessoas⁶³: a) casais jovens que apresentam causa de infertilidade desconhecida; b) em casos de leves alterações de espermograma; c) casos em que a paciente apresenta ovulação irregular ou alteração no colo do útero; d) mulheres com distúrbio de ovulação que pode ser causada, por exemplo, pela Síndrome do Ovário Policístico (SOP); e) presença de muco espesso que impeçam que os espermatozoides cheguem até as trompas; f) homens com alterações de sêmen, e g) alguns casos de endometriose. Além de casos, podem se valer da inseminação artificial pessoas solteiras ou casais homoafetivos.

2.1.2 Fertilização *In Vitro* (FIV)

A fertilização *in vitro* (FIV) é um procedimento no qual ocorre o encontro entre óvulo e espermatozoide, portanto, a fertilização, em ambiente laboratorial, formando os embriões que serão cultivados para, posteriormente, serem transferido ao útero da mulher⁶⁴. O procedimento é realizado em algumas etapas. Inicialmente é realizada a estimulação ovariana para posterior coleta dos gametas – óvulos e espermatozoides. Após, realiza-se a fertilização dos gametas e cultivo dos embriões para, ao final, ocorrer a transferência dos embriões para o útero da paciente⁶⁵.

Assim, perpassa-se à análise das fases do procedimento de FIV de acordo com informações coletadas no site da Associação Brasileira de Reprodução Assistida⁶⁶. Na primeira fase, consistente na estimulação ovariana, são ministrados medicamentos que irão auxiliar na maturação e obtenção de maior número possível de óvulos. A quantidade ideal de óvulos pode atingir a produção ideal entre 10 e 20 dias após o início dos estímulos.

A fase seguinte é a da coleta dos gametas. Esta etapa divide-se em dois momentos: no primeiro ocorre a coleta de óvulos ou aspiração folicular, realizado em ambiente ambulatorial nas clínicas de reprodução humana. Os óvulos encontram-

⁶³ Disponível em: <https://sbra.com.br/como-funciona-a-inseminacao-intrauterina/> Acesso em: 18 out 2023

⁶⁴ CORLETA, Helena von Eye. **Fertilização in vitro: mais de 4 milhões de crianças nascidas e um prêmio nobel** Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/159678> Acesso em 26 fev 2024.

⁶⁵ **Como é feita a fertilização in vitro (FIV)**. Disponível em: <https://sbra.com.br/como-e-feita-a-fertilizacao-in-vitro-fiv/> Acesso em 18 out. 2023.

⁶⁶ Idem, ibidem, op. cit. Acesso em 18 out. 2023.

se dentro de folículos ovarianos e são coletados com uma agulha fina, acoplada ao aparelho de ultrassom.

O líquido aspirado – que são os folículos dentro dos quais encontram-se alojados os óvulos – são depositados em placas e levados para análise de embriologistas para análise dos óvulos coletados. No segundo momento são coletados os espermatozoides por meio da ejaculação ou, quando se verifica a Azoospermia⁶⁷, ou seja, quando o homem não dispõe de espermatozoide no sêmen, a coleta é feita diretamente nos testículos ou nos epidídimos⁶⁸.

A terceira fase consiste na fertilização dos gametas e cultivos de embriões. Os óvulos são identificados e acoplados em placas contendo líquido pré-aquecidos a 37°C, que é a condição de temperatura similar a encontrada nas trompas e úteros femininos. As placas vão para incubadoras, mantendo-se a temperatura a 37°C, onde permanecem entre 2 a 4 horas.

A fertilização – que é a junção do espermatozoide com o óvulo – pode ocorrer de duas maneiras, sendo a FIV convencional e a FIV com Injeção intracitoplasmática de Espermatozoides (ICSI). No primeiro caso, “Na FIV convencional, um total de 100 mil espermatozoides móveis de boa qualidade são colocados ao redor dos óvulos coletados dos ovários, deixados por um período determinado de horas na incubadora para que ocorra a fecundação⁶⁹”.

Por outro lado, quando o homem não apresenta a quantidade ou a qualidade ideal de espermatozoides, utiliza-se a FIV com ICSI. Neste caso, os espermatozoides são colocados diretamente dentro dos óvulos e é necessário que os óvulos passem “por um processo de preparo no qual as células que estão grudadas neles são retiradas com a ajuda de substâncias (enzimas) que facilitam o procedimento”⁷⁰. O espermatozoide de boa qualidade é selecionado, paralisado e colocado dentro de uma micropipeta especial, que irá perfurar o óvulo e depositar o espermatozoide dentro dele. Utiliza-se apenas um espermatozoide por óvulo.

Por fim, chega-se à última fase, consistente na transferência dos embriões. Nesta fase, o pré-embrião é deixado em um líquido similar ao que é

⁶⁷ Trata-se da situação em que não são detectados espermatozoide no sêmen ejaculado, sendo uma condição de infertilidade masculina, com a classificação da OMS ICD-10 N46.

⁶⁸CORLETA, Helena von Eye. **Fertilização in vitro: mais de 4 milhões de crianças nascidas e um prêmio nobel** Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/159678> Acesso em 26 fev 2024.

⁶⁹Como é feita a fertilização in vitro (FIV). Disponível em: <https://sbra.com.br/como-e-feita-a-fertilizacao-in-vitro-fiv/> Acesso em 18 out. 2023.

⁷⁰Idem, ibidem, op. cit. Acesso em 18 out. 2023.

encontrado no útero, dentro de incubadoras pelo período de 2 a 5 dias. Após esse período, os embriões são avaliados diariamente para que seja identificado o melhor momento de transferência para o útero⁷¹.

Essa transferência pode ocorrer entre o segundo e quinto dia do desenvolvimento dos embriões. Os embriões são colocados em cânulas que serão introduzidas na vagina chegando até o útero, onde os embriões serão depositados⁷². Depois dessa fase final, deve ser aguardado o período necessário para realização de exames para atestar o sucesso ou não da gravidez.

No Brasil, a gravidez resultante da gestação de substituição é realizada por meio da fertilização *in vitro*, uma vez não é admitida a doação do óvulo da mulher que irá ceder seu útero para geração de filho de outrem, conforme será abordado adiante, de forma aprofundada.

2.1.3 Outros Meios Auxiliares das Técnicas de Reprodução Humana Assistida

Além das técnicas de reprodução humana (TRHA) acima mencionadas, existem alguns procedimentos auxiliares, necessários para que a fertilização *in vitro* ou a inseminação artificial sejam exitosas. Dentre eles, destacam-se a doação de gametas femininos ou masculinos, ou seja, doação de óvulo e de espermatozoide, doação de embriões e a gestação de substituição ou cessão de útero⁷³, objeto central dessa dissertação, ao qual será dedicado capítulo exclusivo.

Na doação de gametas femininos, uma mulher doa seus óvulos para que outra mulher em situação de infertilidade possa se valer deles para chegar a uma gravidez com auxílio das técnicas de reprodução assistida. No Brasil, a doação de óvulos somente é legalmente admitida quando realizada de forma integralmente gratuita e voluntária⁷⁴.

A doação de gametas é regulamentada pelo Conselho Federal de Medicina, por meio de suas Resoluções. De acordo com a Resolução 2.320/2022 do

⁷¹ CORLETA, Helena von Eye. **Fertilização in vitro: mais de 4 milhões de crianças nascidas e um prêmio nobel**. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/159678> Acesso em 26 fev 2024.

⁷² Como é feita a fertilização in vitro (FIV). Disponível em: <https://sbra.com.br/como-e-feita-a-fertilizacao-in-vitro-fiv/> Acesso em 18 out. 2023

⁷³ Resolução nº 2320/2022. Item 2. 2.As técnicas de reprodução assistida podem ser utilizadas para doação de gametas e para preservação de gametas, embriões e tecidos germinativos por razões médicas e não médicas.

⁷⁴O assunto é tratado na Resolução nº. 2320/2022, CFM. IV Seção.

CFM, as clínicas devem manter registro permanente com dados dos doadores, sendo vedado que os membros integrantes das clínicas de reprodução assistida sejam doadores.

Pela atual Resolução do Conselho Federal de Medicina, podem ser doadoras mulheres até 37 anos de idade que estejam em processo de reprodução humana assistida e pretendam doar seus gametas em um programa de doação compartilhada de óvulos e mulheres que, de forma voluntária, desejem doar seus óvulos a parentes de até o 4º grau.

Para que seja possível a doação de óvulos, é necessário que haja uma superestimulação ovariana por meio do uso de hormônios, sendo a mulher submetida a diversos exames de sangue para avaliar a dosagem hormonal, além de exames sorológicos para identificar doenças infecciosas. Os medicamentos utilizados são os gonadotrofinas e os análogos do GnRh, que são hormônios, sendo que os primeiros estimulam o crescimento e maturação dos folículos e os segundos impedem a ovulação prematura⁷⁵.

Trata-se do procedimento conhecido como Hiperestimulação Ovariana Controlada, no qual a doadora se submete a tratamento com hormônios injetáveis durante aproximadamente 10 (dez) dias, seguidos do rastreamento de ovulação por ultrassom⁷⁶.

A coleta dos óvulos é feita por uma punção ovariana. No passo seguinte, os óvulos serão avaliados e, se forem considerados saudáveis, serão destinados à doação, que conforme sobredito, nos termos da Resolução 2.320/2022 do CFM deve ser realizada de forma altruísta e anônima, sem qualquer intuito de lucratividade e a mulher não pode ser remunerada pela doação de seus óvulos. Entretanto, no Brasil admite-se a doação compartilhada de óvulos⁷⁷.

A ovodoação compartilhada consiste na doação de óvulos por uma mulher em processo de reprodução assistida para serem fecundados em outra paciente que também tenha pretensão engravidar com auxílio da técnica. Essa

⁷⁵SBRHA. Sociedade Brasileira de Reprodução Humana Assistida. **Como fazer a doação de óvulos?** <https://sbra.com.br/como-fazer-a-doacao-de-ovulos/> Acesso em 05 jan 2024.

⁷⁶ ICRM. Centro de Medicina Reprodutiva de Idaho. **Hiperestimulação Ovariana Controlada (COH)**. Disponível em: <https://idahoreproductive.com/pt/infertility-treatments/ovulation-induction/#:~:text=Com%20a%20hiperestimula%C3%A7%C3%A3o%20ovariana%20controlada,n%C3%BAmero%20de%20fol%C3%ADculos%20maduros%20obtidos.> Acesso em 27 fev 2024.

⁷⁷ Resolução nº. 2320/2022, CFM.. IV Seção. 8. É permitida a doação voluntária de gametas, bem como a situação identificada como doação compartilhada de oócitos em reprodução assistida, em que doadora e receptora compartilham tanto do material biológico quanto dos custos financeiros que envolvem o procedimento.

previsão esbarra em questionamentos éticos por envolver, ainda que indiretamente, vantagem econômica. Nestes casos, além do material genético, também são compartilhadas as despesas com o procedimento reprodutivo.

E é nesse ponto que o compartilhamento é questionável, uma vez que a doação deixa de ser espontânea, configurando uma troca que envolve algum benefício financeiro para uma das partes, o que contraria o caráter de gratuidade previsto nas Resoluções do Conselho Federal de Medicina.

Entretanto, a doação compartilhada acaba sendo a forma mais utilizada nas clínicas de reprodução, uma vez que nem sempre é fácil encontrar uma mulher disposta a se submeter a todo o processo que causa desconforto físico, para doar seus óvulos de forma integralmente genuína.

A doação de gametas masculinos também é uma forma auxiliar da reprodução humana assistida, regulamentada pela Resolução nº. 2320/2022, CFM, IV Seção, que prevê a possibilidade de doação a partir da maioridade civil, com limite etário fixado em 45 anos de idade para o homem⁷⁸. A identidade do doador e dos receptores deve, obrigatoriamente, ser mantida em sigilo, exceto em situações excepcionais e por motivação médica, nos termos constantes do item 4, da IV Seção da Resolução nº. 2.320/2022.

De igual modo, a doação de embriões, assim como a cessão de útero também são práticas admitida no Brasil regulamentadas na mesma Resolução do Conselho Federal de Medicina, ora analisada.

A gestação de substituição é um procedimento utilizado na Reprodução Humana Assistida quando configurada uma condição que impeça ou contraindique a gestação em determinada mulher, nos termos previstos na Resolução nº. 2.320/2022 do CFM. O tema será abordado mais adiante, haja vista que a gestação de substituição e toda discussão jurídica que orbita ao redor dessa temática é o objeto central desta pesquisa.

É preciso lembrar, ainda, a importância do Projeto Genoma Humano (PGH)⁷⁹ a partir da possibilidade de sequenciamento genético, o que contribuiu de forma excepcional com a geração de embriões saudáveis e com possibilidade de eliminação de diversas doenças hereditárias, com significativa repercussão na

⁷⁸ Resolução nº. 2320/2022, CFM. IV Seção. 3.A doação de gametas pode ser realizada a partir da maioridade civil, sendo a idade limite de 37 (trinta e sete) anos para a mulher e de 45 (quarenta e cinco) anos para o homem

⁷⁹ Projeto Genoma Humano. Disponível em: <https://www.genome.gov/human-genome-project> Acesso em 05 abr 2023.

possibilidade de procriação humana.

O Projeto Genoma Humano (PGH), cujas pesquisas se iniciaram por volta do ano de 1990, nos Estados Unidos, no qual foram envolvidos pesquisadores de diversos países como Reino Unido, Alemanha, China, Japão e França, dentre outros⁸⁰, também teve papel fundamental no auxílio às técnicas reprodutivas Trata-se de uma pesquisa de importante significado para a humanidade cuja finalidade primordial é catalogar, mapear e sequenciar o genoma humano⁸¹.

Ao tratar do Projeto Genoma Humano, Maria Helena Diniz destaca que “constitui um dos mais importantes empreendimentos científicos dos séculos XX e XXI e um dos mais fascinantes estudos que poderia ter sido feito nesta nova era científica”⁸². Isso porque os resultados obtidos com o projeto genoma tornaram possível o sequenciamento dos genes dos seres humanos e a consequente descoberta da cura para doenças graves, inclusive as de caráter hereditário.

O mapeamento genético possibilita o acesso a informações e identificação do desenvolvimento biológico dos seres humanos sendo que a partir do conhecimento das características de cada gene, é possível chegar ao diagnóstico, tratamento e prevenção de doenças genéticas⁸³.

Os benefícios advindos dessa importante pesquisa são inegáveis, porém é necessário se atentar aos limites que devem inexoravelmente ser observados, especialmente no que se refere às experiências com seres humanos e práticas eugênicas que impliquem em instrumentalização do ser humano.

Os resultados obtidos com as pesquisas do Projeto Genoma Humano, realizadas ao longo de décadas, permitem, dentre tantas outras coisas, que seja feito um diagnóstico embrionário pré-implantatório, com o fim de identificar embriões com predisposição a desenvolver doença congênita⁸⁴. Nestes casos, deve haver intervenção dos profissionais habilitados e especializados para impedir o desenvolvimento de doenças previamente identificadas, mas é preciso muita cautela

⁸⁰ US Department of Health and Human Services. Understanding Our Genetic Inheritance. **The US Human Genome Project: The First Five Years**. NIH Publication No. 90-1590. Bethesda (MD): National Institutes of Health, 1990

⁸¹ Todas as informações sobre o início e evolução do Projeto Genoma Humano estão disponíveis no seguinte endereço eletrônico: <https://www.genome.gov/human-genome-project> Acesso em 05 abr 2023.

⁸² DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 10ªed. São Paulo: Saraiva, 2022, p.891 (E-book)

⁸³ Ver artigo 17 da A Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos

⁸⁴MENDES, Marcela Custódio Mendes; COSTA, Ana Paula Pimentel Costa. **Diagnóstico genético pré-implantacional: prevenção, tratamento de doenças genéticas e aspectos ético-legais**. Revista de Ciências Médicas e Biológicas. Salvador, v.12, n.3, p.374-379, set./dez. 2013. Disponível em: https://repositorio.ufba.br/bitstream/ri/23102/1/17_v.12_3.pdf

para que sejam evitadas práticas eugênicas consistentes, por exemplo, em discriminação ou até mesmo a escolha de característica ou do sexo da criança que irá nascer.

Nesse ponto, importante são as considerações de Jürgen Habermas ao defender que somente se deve recorrer ao diagnóstico genético pré-implantação para impedir que pessoas sejam acometidas por doenças hereditárias, mas jamais com vistas a aprimorar a raça humana. No primeiro caso, tem-se o que ele classificou como eugenia negativa e, no segundo, a eugenia positiva que é aquela que se busca alterar o patrimônio genético do indivíduo para aprimoramento da raça, o que para Habermas é uma conduta condenável⁸⁵.

A eugenia positiva é expressamente vedada pelo ordenamento jurídico brasileiro⁸⁶ e por normas internacionais que regulam o tema, dentre elas a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos e a Convenção de Oviedo⁸⁷.

No Brasil, admite-se o diagnóstico pré-implantatório para afastar doenças congênitas nos descendentes, conforme se observa da Seção I, item 5 da Resolução nº 2.320, de 20 de setembro de 2022 do Conselho Federal de Medicina (CFM), que veda a aplicação das técnicas de reprodução humana "(...) aplicadas com a intenção de selecionar o sexo (presença ou ausência de cromossomo Y) ou qualquer outra característica biológica da criança, exceto para evitar doenças no possível descendente".

Inúmeros são os benefícios resultantes da decodificação do genoma humano, contudo, não se pode olvidar que o uso da biotecnologia não deve ocorrer ilimitadamente, uma vez que com tantos avanços não é exagero afirmar que no campo da genética é possível arquitetar o ser humano ideal, com características previamente escolhidas pelos futuros pais.

Ao tratar sobre o assunto, Michael J. Sandel afirma que as modernas

⁸⁵ HABERMAS, Jürgen. **O Futuro da Natureza Humana: A caminho de uma eugenia liberal?** São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2004.

⁸⁶ A Lei de Biossegurança Nacional (Lei nº. 11.105/2005) traz algumas limitações ao uso da engenharia genética, conforme se observa no artigo 5º que dispõe sobre a autorização para utilização de células-tronco embrionárias para pesquisa, desde se trate de embriões inviáveis (I), ou embriões congelados há 03 (três) anos ou mais, sendo sempre necessário o consentimento dos genitores (§1º). A mesma Lei traz algumas vedações no artigo 6º, e dentre elas veda a engenharia genética em célula germinal humana, zigoto humano e embrião humano (I) e clonagem humana (II).

⁸⁷ Artigo 10 da Declaração Universal sobre o Genoma Humano: Nenhuma investigação na área do genoma humano ou respectivas aplicações, em particular nas áreas da biologia, da genética e da medicina, deve prevalecer sobre o respeito pelos direitos humanos, pelas liberdades fundamentais e pela dignidade das pessoas ou, se for caso disso, dos grupos de pessoas.

descobertas genéticas apresentam, de um lado, uma promessa e, de outro, um dilema. Para ele, “a promessa é que em breve seremos capazes de tratar e prevenir uma série de doenças debilitantes. O dilema é que nosso recém-descoberto conhecimento genético também pode permitir a manipulação de nossa própria natureza(...)”⁸⁸.

Immanuel Kant⁸⁹ também manifestava grande preocupação com a possibilidade de coisificação do ser humano, e para ele, a partir do momento em que o indivíduo passa a ser visto como um meio para atingir determinada finalidade, deixando de ser o fim em si mesmo, há uma violação à sua dignidade. Isso porque a pessoa é dotada de dignidade e somente coisas podem ser instrumentalizadas e usadas como meio.

É certo que a ciência aliada à tecnologia contribui de forma grandiosa para o bem-estar da pessoa humana, tanto no que se refere à descoberta de cura para inúmeras doenças e ao desenvolvimento de vacinas para a erradicação de tantas outras, quanto para proporcionar melhor qualidade de vida aos seres humanos. Porém, o avanço da biomedicina, em especial da bioengenharia genética, deve sempre estar acompanhada da estrita observância à legalidade, à moral, aos bons costumes e aos princípios bioéticos, a fim de se evitar que o ser humano deixe de ser um fim em si mesmo.

Graças ao avanço da biomedicina e da bioengenharia genética e também às pesquisas do Projeto Genoma Humano, é possível afirmar que muitas pessoas que, pelas mais diversas razões estão impedidas de gerar seus filhos de forma natural, podem recorrer às técnicas de reprodução humanamente assistidas para construção de sua própria família, pelas diversas formas admitidas pela reprodução humana assistida.

2.2 Algumas Considerações sobre a Regulamentação da Reprodução Humana Assistida no Direito Brasileiro

No direito brasileiro até o presente momento inexistente legislação tratando especificamente sobre a reprodução humana assistida, sendo que tal

⁸⁸MICHAEL, Sandel J., 1953- **Contra a perfeição: ética na era da engenharia genética**. tradução Ana Carolina Mesquita. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013. (E-book)

⁸⁹ KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução de Paulo Quintela - Lisboa: Edições 70, 2007.p, 68.

regulamentação se observa apenas administrativamente por meio das Resoluções do Conselho Federal de Medicina⁹⁰. Apesar de serem direcionados especialmente à comunidade médica, frequentemente são utilizadas nas fundamentações das decisões judiciais sobre reprodução humana assistida.

O Código Civil de 1916 e legislações posteriores não tratavam do assunto e o atual diploma deixou de regulamentar o tema que há muito já deveria estar positivado, especialmente se se considerar que o primeiro bebê de proveta que se tem notícia no Brasil tenha nascido em 1.984.

O Código Civil de 2002 trata de forma tímida as questões relacionadas à reprodução assistida até mesmo porque o legislador não tinha a pretensão de abordar questões de alta complexidade por entender que esses temas deveriam ser objeto de legislação específica.

A respeito do tema, Miguel Reale Junior, relator do Projeto de Lei que culminou no atual Código Civil de 2002, explicou nas Diretrizes Fundamentais que o futuro código tinha como um de seus princípios “Não dar guarida no Código senão aos institutos e soluções normativas já dotados de certa sedimentação e estabilidade, deixando para a legislação aditiva a disciplina de questões ainda objeto de fortes dúvidas e contrastes, em virtude de mutações sociais em curso”⁹¹.

As Resoluções do Conselho Federal de Medicina⁹² regulamentaram a matéria, contudo, com objetivo de criar normas de caráter deontológico, direcionadas aos médicos, não sendo suficientes para solucionar todas as controvérsias jurídicas, muito embora possuam contribuição importante na solução de problemas levados ao Judiciário.

Importante apontar que em setembro de 2023 foi criada a Comissão Temporária Interna do Senado, composta por uma Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil, sob presidência do Ministro Luis Felipe Salomão, com a finalidade de apresentar, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, anteprojeto de Lei para revisão e atualização da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil)⁹³.

⁹⁰ Resolução n. 2.320/22 CFM. Art. 1º Adotar as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, anexas à presente resolução, como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos.

⁹¹ REALE JUNIOR, Miguel. Exposição dos Motivos do Código Civil de 2002. 1975.

⁹² O Conselho Federal de Medicina tratou inicialmente da reprodução humana assistida por meio da Resolução nº. 1.358/1992.

⁹³ BRASIL. Senado Federal. Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/comissoes/comissao?codcol=2630>. Acesso em 18 mar. 2024.

Dentre as proposições, encontra-se o Capítulo V que trata sobre a filiação decorrente de reprodução assistida nos artigos Art. 1.629-A ao Art. 1.629-V. Se aprovado, o Capítulo V do Código Civil tratará das Disposições Gerais da Reprodução Assistida (Seção I), seguindo-se à disposição sobre a Doação de Gametas (Seção II); da Cessão Temporária de Útero (Seção III); da Reprodução Assistida *Post Mortem* (Seção IV,); do Consentimento Informado (Seção V) e, por fim, a Seção VI dispõe sobre as Ações de Investigação de Vínculo Biológico e Negatória de Parentalidade.

Essa regulamentação é necessária, uma vez que a filiação decorrente das técnicas reprodutivas não raras vezes apresenta controvérsias jurídicas de alta complexidade, especialmente no que se refere às questões relacionadas à gestação de substituição.

O Código Civil Brasileiro de 2002 trata da reprodução humana assistida homóloga e heteróloga⁹⁴, de forma breve, apenas no que se refere à presunção de paternidade. Os incisos III, IV e V do artigo 1.597 do Código Civil estabelece que os filhos advindos das técnicas de reprodução humana assistida, concebidos na constância do casamento presumem-se filhos do casal.

Entretanto, com a possibilidade de gestação de substituição a regra acima foi relativizada, uma vez que concebido o filho por meio dessa técnica, a gestante não será, de fato, a genitora, assim como seu parceiro não será considerado genitor da criança.

Outro ponto que gera debates é a condição do filho gerado por reprodução assistida *post mortem*, atualmente prevista no inciso III do artigo 1.597. Trata-se, conforme explica Arnaldo Rizzardo⁹⁵, da situação em que o titular do material genético criopreservado falece antes do emprego do sêmen ou da colocação do embrião no útero da uma mulher.

Neste caso, a controvérsia que se verifica não é no âmbito do direito de família, uma vez que a filiação neste caso é certa, pois o material fecundante – tanto o óvulo quanto o espermatozoide - pertence ao casal, havendo de fato o vínculo biológico do genitor falecido com a criança a ser gerada.

⁹⁴ Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: I- (...); III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

⁹⁵ RIZZARDO, Arnaldo. **Direitos de Família**– 10. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019, P. 876

O Código Civil, ao tratar da reprodução assistida póstuma se preocupou em estabelecer a presunção da paternidade, deixando de regulamentar diversos outros aspectos relevantes e, portanto, não se mostra suficiente para regulamentar toda a complexidade de situações que podem daí decorrer, servindo como exemplo, as formalidades e requisitos exigidos para que o cônjuge sobrevivente possa se valer da reprodução assistida homóloga póstuma.

Uma das controvérsias que remanesce diz respeito à formalidade exigida para a geração de filho gerado *post mortem*, cujo material biológico será submetido à criopreservação em clínica de reprodução assistida.

A Resolução nº 2.320/2022 do Conselho Federal de Medicina, exige na reprodução assistida póstuma, uma autorização específica manifestada no momento da criopreservação do material biológico, de acordo com a legislação vigente (Seção VIII). Ocorre que inexistente legislação vigente dispondo sobre qual seria essa formalidade específica, o que gera dúvidas e insegurança jurídica e até mesmo frustração por parte daqueles que pretendem usar o material previamente congelado e acabam sendo impedidos.

De modo semelhante, o Provimento nº. 63/2017 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) estabelece no §2º, do artigo 17 que: Nas hipóteses de reprodução assistida *post mortem* (...) deverá ser apresentado termo de autorização prévia específica do falecido ou falecida para uso do material biológico preservado, lavrado por instrumento público ou particular com firma reconhecida.

As Resoluções do Conselho Federal de Medicina e os Provimentos do Conselho Nacional de Justiça possuem caráter administrativo, não tendo força de lei e, embora sejam instrumentos orientativos importantes, nem sempre são suficientes para solucionar as controvérsias que surgem. Diante disso, muitas vezes, cabe ao Poder Judiciário por meio da interpretação da lei, sanar os vícios decorrentes da omissão legislativa.

Neste passo, em decisão paradigmática, no julgamento do Recurso Especial nº 1.918.421 – SP⁹⁶, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) estabeleceu quais

⁹⁶ STJ/Recurso Especial nº 1.918.421, 2021-STJ: A decisão de autorizar a utilização de embriões consiste em disposição *post mortem*, que, para além dos efeitos patrimoniais, sucessórios, relaciona-se intrinsecamente à personalidade e dignidade dos seres humanos envolvidos, genitor e os que seriam concebidos, atraindo, portanto, a imperativa obediência à forma expressa e incontestável, alcançada por meio do testamento ou instrumento que o valha em formalidade e garantia. A declaração posta em contrato padrão de prestação de serviços de reprodução humana é instrumento absolutamente inadequado para legitimar a implantação *post mortem* de embriões excedentários, cuja autorização, expressa e específica, haverá de ser efetivada por testamento ou por documento análogo. (STJ/Recurso Especial nº 1.918.421, 2021-STJ). (grifei). Disponível em:

requisitos devem ser observados no tocante à forma de consentimento para perfectibilizar a utilização do material genético após o falecimento do titular do material criopreservado. No referido julgamento, o STJ entendeu que para utilização *post mortem* do material biológico crioconservado é preciso que o titular deixe seu consentimento expresso “em testamento ou instrumento que o valha em formalidade e garantia”.

De acordo com esta decisão, o Superior Tribunal de Justiça afastou a validade da declaração posta nos contratos padrões de prestação de serviços ofertados pelas clínicas de reprodução humana, entendendo que são absolutamente inadequados para autorizar a implantação de embriões excedentários, após o falecimento de seu titular, sendo que a manifestação somente será legítima se externada em testamento ou documento equivalente, como exemplo, uma escritura pública.

Assim, aquelas pessoas que pretendam se valer da reprodução assistida *post mortem*, além de observar as determinações do Conselho Federal de Medicina, dentre elas, a necessidade de firmarem o termo de consentimento livre e esclarecido, também deverão observância à formalidade imposta pelo STJ consistente na autorização prévia externada em testamento ou escritura pública.

Sobre esse tema, tramita no Senado Federal o Projeto de Lei nº. 1.851/2022⁹⁷ que prevê a possibilidade de implantação póstuma de embriões congelados do casal que se submeteu à técnica de reprodução assistida, independentemente de prévia autorização do cônjuge ou companheiro falecido, já que o fato de se submeterem conjuntamente ao congelamento do material genético, pressupõe que o fizeram com a finalidade de procriação.

O anteprojeto de revisão do Código Civil também dispõe sobre a reprodução assistida *post mortem* entre os artigos Art. 1.629-Q e Art. 1.629-R e exige expressa manifestação de vontade do titular do material genético, autorizando sua utilização após sua morte. Entretanto, também não dispõe com rigor acerca da formalidade exigida, prevendo apenas a necessidade de documento escrito⁹⁸.

<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/15062021-Implantacao-de-embrioes-congelados-em-viuva-exige-autorizacao-expressa-do-falecido--decide-Quarta-Turma.aspx> Acesso em 28 ago.2023.

⁹⁷ Senado Federal. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/153893> acesso em 13 out 2022.

⁹⁸ Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil. Art. 1.629-Q. É permitido o uso de material genético de qualquer pessoa após a sua morte, seja óvulo, espermatozoide ou embrião, desde que haja expressa manifestação, em documento escrito, autorizando o seu uso e indicando: I – a quem deverá ser

Há ainda que se destacar que o anteprojeto de revisão do Código Civil estabelece a possibilidade de ampliar o entendimento acima para aplicar a procriação *post mortem* por meio da maternidade de substituição⁹⁹ ao prever no Art. 1.629-Q, inciso II, que o titular do material genético deverá indicar em documento escrito “a pessoa que deverá gestar o ser já concebido, em caso de embrião”.

Fato é que enquanto não sobrevenha legislação específica regulamentando a matéria, por ora prevalece o entendimento firmado no Recurso Especial nº 1.918.421 – SP. Para tanto, é necessário que a pessoa falecida tenha manifestado de forma inequívoca, e por meio de testamento ou documento que o valha, sua concordância em vida, nos termos do Recurso Especial nº 1.918.421 – SP.

Em casos de alta complexidade como este em comento, o ideal seria a elaboração de legislação específica, até mesmo dissociada do Código Civil, pois Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza, Maria Celina Bodin de Moraes explicam que quando se tratar de embriões excedentários, onde “(...) já ocorreu a concepção, entendida como a fusão dos gametas masculino e feminino, muitos autores defendem a necessidade de um tratamento jurídico diferenciado e até de um estatuto jurídico próprio para o embrião.”¹⁰⁰

É importante que, em todos esses casos, a lei estabeleça um prazo razoável para que o embrião ou o material genético criopreservado seja implantado no útero materno ou da gestante de substituição, se for o caso, após a morte de seu titular, sob pena de gerar a indesejada insegurança jurídica.

2.3 O PROTAGONISMO DAS RESOLUÇÕES DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA NA REGULAMENTAÇÃO DA GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO NO BRASIL DIANTE DO VÁCUO LEGISLATIVO SOBRE O TEMA

No Brasil, até o momento, inexistente lei em sentido formal regulamentando a reprodução humana de forma específica. Há algumas normas que

destinado o gameta, seja óvulo ou espermatozoide, e quem o gestará após a concepção; II – a pessoa que deverá gestar o ser já concebido, em caso de embrião. Parágrafo único. Em caso de filiação *post mortem*, o vínculo entre o filho concebido e o genitor falecido se estabelecerá para todos os efeitos jurídicos de uma relação paterno-filial. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/comissoes/comissao?codcol=2630>. Acesso em 18 març 2024.

⁹⁹ Art. 1.629-Q. É permitido o uso de material genético de qualquer pessoa após a sua morte, seja óvulo, espermatozoide ou embrião, desde que haja expressa manifestação, em documento escrito, autorizando o seu uso e indicando: I (...); II. a pessoa que deverá gestar o ser já concebido, em caso de embrião.

¹⁰⁰ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena, MORAES, Maria Celina Bodin de. - **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República** - vol. IV / Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 196.

tratam de algum aspecto da reprodução assistida, como a Lei de Biossegurança Nacional e o Código Civil Brasileiro sem, contudo, abordar o assunto de forma aprofundada, com a complexidade que o tema exige.

Existem alguns projetos de Lei que tratam da reprodução humana assistida, dentre eles, o Projeto de Lei nº 115/2015 (apensado ao PL 4892/2012)¹⁰¹, porém caminham a passos lentos. O PL 115/2015 trata da Cessão Temporária de Útero a partir do artigo 21 e pode-se afirmar que, de modo geral, reproduz as disposições constantes das Resoluções do Conselho Federal de Medicina sobre o tema.

O Projeto prevê que a cessão temporária de útero somente será permitida em casos em que houver indicação médica em razão de fator de saúde que impeça ou contraindique a gestação pelos cônjuges, companheiros ou pessoa que se submeta a tratamento de fertilidade, sendo vedada a contraprestação financeira ou lucrativa.

A cedente deve pertencer à família dos autores do projeto parental em grau de parentesco até o 2º Grau, sendo que nos demais casos deverá haver autorização do Conselho Regional de Medicina - CRM. Nesse ponto, é possível afirmar que o artigo deverá ser reformulado para incluir parentes até o 4º grau, conforme já se verifica na prática, em razão da disposição oriunda das Resoluções do Conselho Federal de Medicina.

O artigo 24 do Projeto de Lei traz interessante inovação ao estabelecer que para ter validade, a cessão temporária de útero deverá ser precedida de pacto de gestação de substituição homologado judicialmente antes do início do procedimento, sob pena de serem considerados nulos os pactos celebrados sem homologação judicial.

Em caso de nulidade do pacto, para efeitos legais, será considerada mãe aquela que suportou a gravidez. Embora seja uma opção interessante, parece caminhar na contramão da busca pela desjudicialização que há tempos vem se tornando tendência no Brasil.

No artigo 26 consta a previsão acerca dos requisitos exigidos para a lavratura do assento de nascimento da criança nascida por meio da gestação de

¹⁰¹BRASIL, CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei 115/2015. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1296985&filename=PL%20115/2015
Acesso em 15 out 2023

substituição. Estabelece que no momento do registro deverão ser apresentados o pacto de gestação de substituição homologado judicialmente, juntamente com a comprovação do nascimento emitida pelo hospital, além da declaração do médico responsável pelo tratamento, com a descrição da técnica empregada e o termo de consentimento médico informado.

O Projeto de Lei 115/2015 foi recebido pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) em 04/03/2015 e até a presente data não consta informação sobre andamento significativo. Portanto, em que pese algum esforço parlamentar, a verdade é que existe um vácuo legislativo a respeito do tema e o projeto não esgota todos os temas que orbitam em torno da cessão de útero.

Além disso, em 2023 iniciaram-se os debates para revisão e atualização da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil)¹⁰².

Dentre as proposições, encontra-se o Capítulo V que trata sobre a filiação decorrente de reprodução assistida nos artigos Art. 1.629-A ao Art. 1.629-V. Se aprovado, o Capítulo V do Código Civil tratará das Disposições Gerais da Reprodução Assistida (Seção I), seguindo-se à disposição sobre a Doação de Gametas (Seção II); da Cessão Temporária de Útero (Seção III); da Reprodução Assistida *Post Mortem* (Seção IV,); do Consentimento Informado (Seção V) e, por fim, a Seção VI dispõe sobre as Ações de Investigação de Vínculo Biológico e Negatória de Parentalidade.

Enquanto não sobrevenha legislação sobre a matéria, a regulamentação do tema ocorre na vida administrativa, especialmente por meio das Resoluções do Conselho Federal de Medicina (CFM), que é uma autarquia com atribuições de fiscalizar e normatizar a prática da medicina¹⁰³. As atribuições do Conselho Federal de Medicina foram conferidas pela Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957, regulamentada pelo Decreto nº 44.045, de 19 de julho de 1958, e pela Lei nº 11.000, de 15 de dezembro de 2004.

Tais Resoluções são direcionadas especialmente à comunidade médica e possuem caráter deontológico, não sendo dotadas de imperatividade ou coercibilidade, se limitando a estabelecer comportamentos éticos que se esperam de

¹⁰² Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/comissoes/comissao?codcol=2630>. Acesso em 18 març 2024.

¹⁰³ BRASIL, Lei nº. 3.268, de 30 de setembro de 1957. Art. 1º. O Conselho Federal de Medicina é uma autarquia que possui atribuições constitucionais de fiscalizar e normatizar a prática da medicina. Suas atribuições foram conferidas pela Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957, regulamentada pelo Decreto nº 44.045, de 19 de julho de 1958, e pela Lei nº 11.000, de 15 de dezembro de 2004.

todos os envolvidos nas técnicas de reprodução humanamente assistidas.

É inegável que as Resoluções do CFM assumem verdadeiro protagonismo¹⁰⁴ no que se refere à temática e são utilizadas com frequência pelos Tribunais para fundamentar decisões envolvendo reprodução humana assistida. Em que pese a relevância das orientações previstas nestas Resoluções, é urgente a regulamentação por meio de normas legais para impor regras e limites que uma vez inobservados, possam implicar em medidas impositivas e coercitivas, características das leis, das quais as Resoluções não são dotadas.

A bioengenharia genética avança numa velocidade que nem sempre o Direito e nem mesmo outras regulamentações conseguem acompanhar e, por esta razão, não é incomum que uma lei ou algum outro ato normativo entre em vigor e logo em seguida esteja ultrapassada. Por esta razão é que já foram editadas diversas Resoluções do Conselho Federal de Medicina a respeito da reprodução humana assistida.

A Resolução nº 1.358, de 19 de novembro de 1992 do CFM foi a primeira a tratar sobre a gestação de substituição ou doação temporária de útero. Na Seção VII¹⁰⁵ estabelecia que as clínicas ou Serviços de Reprodução Humana poderiam recorrer às técnicas de RA para a situação identificada como gestação de substituição, em caso de problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética. Estabelecia que a doadora de útero deveria ser parente da doadora genética até o segundo grau e que os demais casos seriam submetidos à análise do Conselho Regional de Medicina. O caráter lucrativo ou comercial da gestação de substituição estava vedado.

Em 2010 foi editada a Resolução 1.957 que embora tenha revogado a Resolução anterior, manteve as mesmas disposições já trazidas pela sua antecessora no que se refere à gestação de substituição, mantendo o mesmo texto orientativo.

¹⁰⁴ DADALTO, Luciana; MASCARENHAS, Igor de Lucena. **Instabilidade normativa: nova resolução do CFM sobre reprodução humana assistida**. Jota: Opinião e Análise. Publicado em: 01/07/2021. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/instabilidade-normativa-nova-resolucao-do-cfm-sobre-reproducao-humana-assistida-01072021> . Acesso em: 13 out 2023.

¹⁰⁵ VII - SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO (DOAÇÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO) As Clínicas, Centros ou Serviços de Reprodução Humana podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética. 1 - As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família da doadora genética, num parentesco até o segundo grau, sendo os demais casos sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina. 2 - A doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial. Disponível em https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/1992/1358_1992.pdf Acesso em 14 out 2023.

Em 2013 foi publicada a Resolução nº 2013¹⁰⁶ que revogou a Resolução 1.957/2010 e trouxe importantes inovações no campo da gestação de substituição. Passou a permitir o uso da técnica em caso de união homoafetiva e aumentou o grau de parentesco da gestante de substituição de qualquer um dos parceiros, permitindo o parentesco até o quarto grau. Estabeleceu como limite para a mulher engravidar por TRA, os 50 anos de idade.

Passou a exigir certos documentos das clínicas de reprodução assistida, dentre eles, o Termo de Consentimento Informado, relatório médico com análise do perfil psicológico e emocional da doadora temporária de útero e descrição pormenorizadas dos aspectos médicos envolvendo todas as circunstâncias, de ordem biológica, jurídica, ética e econômica.

A Resolução 2013/13 previa a celebração de contrato entre todos os envolvidos – pais genéticos e doadora temporária de útero – estabelecendo de forma clara a filiação da criança. Deveria, ainda, existir documento atestando todos os riscos da maternidade, bem como era expressamente prevista a impossibilidade de interrupção de gravidez após o início do processo gestacional, salvo em casos previstos em lei ou mediante autorização judicial. À gestante era garantido o acompanhamento médico e por equipe multidisciplinar até o puerpério.

Estabelecia que seria garantido o registro civil da criança pelos pais genéticos, cuja documentação seria providenciada durante a gravidez. Em caso de a gestante ser casada ou conviver em união estável, era necessária a concordância do cônjuge ou companheiro.

A Resolução 2013/2013 chama a atenção no ponto que estabelece a necessidade de se estabelecer um contrato entre as partes envolvidas no projeto parental para estabelecer a filiação da criança.

Esse é justamente o ponto que será debatido nesta dissertação, ou seja, a possibilidade de se aplicar a teoria contratual clássica para pactos envolvendo direitos existenciais, como o caso da gestação de substituição, e em qual medida os instrumentos vinculados à referida teoria seriam adequados para solucionar eventual avença. E, em se chegando à conclusão de que em casos tais, não se aplica a teoria contratual, quais seriam, então, os instrumentos apropriados para formalizar o acordo de vontade entre os envolvidos. Mais adiante serão analisados de forma aprofundada

¹⁰⁶ Resolução 2013/2013 do Conselho Federal de Medicina. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/PDF/resoluocfm%202013.2013.pdf> Acesso em 14 out 2013.

todas essas inquietações.

A Resolução 2021/2015 do CFM revogou a Resolução 2013/2013 e, no que se refere à gestação de substituição, inovou ao excluir a necessidade de formalização de contrato, incluindo a assinatura do Termo de Compromisso entre os envolvidos, no qual restaria estabelecida de forma clara a questão da filiação. Não trouxe a previsão constante da Resolução anterior no que se refere à impossibilidade de interrupção de gravidez após o início do processo gestacional.

Em 2017 sobreveio a Resolução nº 2.168 que apresentou pouca inovação no que se refere à gestação de substituição. A mais significativa foi a autorização para que além de casais – hetero e homoafetivos – mulheres solteiras também pudessem se valer da técnica.

Em 2021 foi publicada a Resolução 2.294 que revogou a Resolução 2168/2017 e trouxe algumas alterações no campo da gestação de substituição. Logo na exposição de motivos, trouxe a vedação de mistura de espermatozoides de ambos os parceiros de união homoafetiva que pudesse inviabilizar o conhecimento da origem genética da criança a ser gerada. Deste modo, em caso de gestação de substituição em união homoafetiva, é necessário que a fecundação dos óvulos e espermatozoides ocorra de forma isolada, ainda que os titulares do material genético não queiram conhecer qual óvulo ou espermatozoide foi utilizado, é necessário que o médico tenha esse conhecimento.

Na seção que trata especificamente da Gestação de Substituição ou Cessão Temporária de Útero traz a exigência de que a gestante de substituição tenha pelo menos um filho vivo. Veda que a clínica de reprodução participe na intermediação da escolha da cedente de útero, justamente para obstar a comercialização, que é prática vedada pelo Conselho Federal de Medicina.

Em 2022 foi publicada a Resolução nº 2.320 que não apresentou alteração substancial para a gestação de substituição ou cessão temporária de útero. A novidade fica circunscrita à possibilidade de se obter, de forma excepcional, uma autorização do Conselho Regional de Medicina da jurisdição onde será realizado o processo, para que a gestante de substituição seja pessoa fora do grau de parentesco, quando não houver pretendente nessas condições.

Diante dessa evolução na regulamentação da gestação de substituição, ainda que administrativamente, observa-se que as Resoluções do Conselho Federal de Medicina exercem papel fundamental para garantir a execução

[Digite aqui]

das técnicas de reprodução assistida

3. GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO COMO POSSIBILIDADE DE PROCRIAÇÃO

Gestação de substituição é definida por Cristiano Chaves de Faria e Nelson Rosenvald, como a técnica “utilizada pela Ciência Médica para permitir que uma paciente biologicamente impossibilitada de gestar ou de levar a gravidez até o final, possa ter um embrião gestado em útero de terceira pessoa”¹⁰⁷.

Para Laura Dutra de Abreu em casos de gestação de substituição “a maternidade é dividida ou dissociada: a mãe genética, por impossibilidade física recorre à outra mulher, mãe gestacional, para que esta leve a termo a gravidez impossível daquela”¹⁰⁸

A infertilidade acompanha o próprio surgimento da humanidade e são antigas as notícias da busca por soluções para questões envolvendo a procriação e a gestação de substituição surge como uma alternativa a esse problema. Nesse ponto, Arnaldo Rizzardo relembra dois exemplos que constam de passagens bíblicas¹⁰⁹.

O primeiro deles se encontra no livro de Gênesis (cap16, v. 2) e retrata a condição de Sara, que era estéril e não podia ter filhos, e que por ter um forte desejo de tê-los, pede a Abraão que por meio de sua criada lhe dê os filhos tão desejados. O segundo exemplo se refere à história de Raquel, que também era estéril, e só pôde ter filhos com Jacó por meio de sua criada Balá (Gênesis, cap. 30, vs. 1 e 3). Para Rizzardo, “a procura de soluções para obtenção de filhos, diante da esterilidade da mulher, pedia para um caminho bem natural: aceitava-se que o homem fecundasse outra mulher, mantendo-se o casamento, e tivesse filhos em nome daquela”.¹¹⁰

Provavelmente esses sejam os primeiros casos da técnica que hoje é conhecida como gestação de substituição ou cessão de útero. Atualmente, graças ao avanço tecnológico, para a realização da gestação de substituição, não é necessária a existência de relação sexual com a mulher que irá gestar a criança e, no

¹⁰⁷ FARIA, Cristiano Chaves de; Rosenvald, Nelson Rosenvald. **Curso de Direito Civil**. 6 vol. P. 571.

¹⁰⁸ ABREU, Laura Dutra de. **A renúncia da maternidade: reflexão jurídica sobre a maternidade de substituição - principais aspectos nos direitos português e brasileiro**. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e das Sucessões - RBD Fam Suc*, n. 11, Porto Alegre: Magister/IBDFAM, ago.set. 2009. p.98.

¹⁰⁹ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. – 10. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 850.

¹¹⁰ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. – 10. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 850.

Brasil, a mãe gestacional sequer pode doar seus óvulos no processo¹¹¹. Assim, a fecundação ocorre por meio da transferência de embrião gerado por *fertilização in vitro (FIV)* para o útero da gestante substituta.

O Conselho Federal de Medicina estabelece que não pode haver vínculo biológico entre a gestante e a criança a ser gerada. Assim, o embrião que será implantado na gestante substituta pode ser gerado a partir de material biológico do casal titular do projeto parental e, nesse caso, tem-se a reprodução assistida homóloga. Entretanto, o embrião também pode ser criado a partir de material genético de apenas um deles ou, ainda, obtido em bancos de doação de óvulos, de espermatozoides ou de embriões doados por terceiros e, em todos esses casos, configura-se a reprodução humana assistida heteróloga.

Assim, existem algumas variações na geração do embrião que será implantado na mãe gestacional, quais sejam: embrião criado com o material genético – óvulo e espermatozoide – do casal; embrião formado com o óvulo da mulher que projetou a geração de um filho, mas que não pode gerá-lo em seu útero, com espermatozoide do doador; embrião gerado com óvulo doado e espermatozoide do parceiro, também titular do projeto parental; e, por fim, embrião doado por terceiros.

Percebe-se, deste modo, a existência de um processo complexo especialmente quando se trata de embrião criado a partir de óvulo doado. Nesse caso, a criança será gerada em um útero de substituição pela mãe gestacional, com material genético daquela que representa a figura jurídica da mãe biológica e, por fim, será filho daquela que o desejou e arquitetou todo o projeto parental, para quem a criança será entregue ao final de uma gestação.

No que se refere à presunção de maternidade nesses casos de maternidade substitutiva, Maria Berenice Dias destaca que a gestação de substituição afasta a presunção *mater semper certa est*¹¹², uma vez que agora, diante das novas técnicas reprodutivas, a maternidade nem sempre será determinada pela gravidez e pelo parto.

Com a gestação de substituição houve desvinculação dos conceitos de maternidade e gravidez, assim como também a relativização da presunção de

¹¹¹ Resolução nº 2.320/22. Seção IV. Doação de Gametas ou Embriões. 2.2.A doadora de óvulos ou embriões não pode ser a cedente temporária do útero.

¹¹² DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito de família**, 9ªed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 380.

paternidade decorrente do casamento¹¹³, pois nem sempre o marido ou companheiro será o pai da criança gestada por sua parceira. Isso fica muito claro em caso de cessão de útero em que a mulher que está gestante tenha um parceiro. Ela não é a mãe da criança, assim como seu marido ou companheiro também não será o pai presumido, sendo esse papel dos pais beneficiários.

Nesse ponto, destaca-se que em caso de gestação de substituição somente há parto decorrente de uma gravidez porque alguém planejou e arquitetou esse projeto e, portanto, foi essa vontade inicial que deu origem a uma nova vida. Guilherme Calmon Nogueira da Gama esclarece que “a vontade, ínsita ao projeto parental da mulher que desejar ter filho, deverá ser considerado o pressuposto mais importante no que tange à maternidade-filiação”.¹¹⁴

A gestação de substituição é uma técnica de reprodução humana assistida, com importante papel na concretização do projeto parental, por aquelas pessoas impedidas de gerar seus filhos de forma natural.

No Brasil é admitida apenas em sua forma gratuita, sendo vedada a contraprestação financeira. Entretanto é importante destacar que o Conselho Federal de Medicina admite a doação compartilhada de oócitos, e deste modo, estabelece que a doadora e a receptora compartilham tanto o material biológico quanto os custos do procedimento¹¹⁵.

Defende-se nesta pesquisa que deve ser admitida também a compensação financeira pelos gastos decorrentes da gravidez, como as despesas com exames e consultas, alimentos e medicamentos durante o período gestacional, assistência psicológica, internações, parto dentre outros custos pertinentes à gestação, o que se assemelha ao pagamento dos alimentos gravídicos.

Os alimentos gravídicos são regulamentados pela Lei nº 11.804, de 5 de novembro de 2008¹¹⁶ e são definidos por Cahali como uma “contribuição proporcional a ser imposta ao suposto pai, sob forma de participação nas despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes”¹¹⁷. Tais gastos não

¹¹³ BRASIL. Código Civil de 2002. Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal.

¹¹⁴ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: o biodireito e as relações parentais**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003. P. 747.

¹¹⁵ Conselho Federal de Medicina. Resolução nº 2320/2022. Item 8.

¹¹⁶ BRASIL. Lei nº. 11.804, de 5 de novembro de 2008. **Disciplina o direito a alimentos gravídicos e a forma como ele será exercido e dá outras providências**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/L11804.htm. Acesso em: 14 de jun. 2024.

¹¹⁷ CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 346.

devem ser suportados pela gestante, mas sim, pelos pais beneficiários que são os verdadeiros autores do projeto parental.

As expressões “gestação de substituição” ou “cessão temporária de útero” são as formas técnicas utilizadas pela Resolução do CFM nº 2230/2022 para se referir ao procedimento, razão pela qual nesta pesquisa adotou-se essas duas formas, embora não se desconheça a existência de outras expressões, dentre elas, ‘maternidade de substituição’, ‘maternidade sub-rogada’, ‘útero de substituição’, ‘doação temporária de útero’ e, por fim, a expressão que gera muitas críticas, vulgarmente conhecida como ‘barriga de aluguel’.

Em razão de seu caráter gratuito, é inadequada a utilização do termo ‘barriga de aluguel’, utilizado não raras vezes para se referir à cessão de útero. Além disso, se a contraprestação fosse admitida, o correto seria usar a expressão útero de aluguel, uma vez que é aí que a gestação se desenvolve e não na barriga.

O emprego dessa expressão ‘barriga de aluguel’ não corresponde à real finalidade do instituto no Brasil, porque ao associar a técnica com a palavra aluguel, as pessoas podem ser levadas ao falso entendimento de que há uma remuneração em contraprestação ao ato de gestar um filho para outrem, o que não é o que ocorre.

Todas essas expressões se referem à técnica de reprodução humana assistida na qual uma mulher cede seu útero para gerar um filho que sabe não ser seu e que, ao final da gestação, será entregue aos titulares do projeto parental que são os verdadeiros pais da criança.

A cessão de útero é uma importante técnica auxiliar no processo reprodutivo e, em muitos casos, somente através dela é que as pessoas conseguem concretizar o direito constitucional de formar sua própria família. É cada vez mais comum sua utilização não apenas no Brasil, mas em diversas partes do mundo.

Com a finalidade de contribuir com o debate jurídico que orbita em torno da prática da gestação de substituição no Brasil, a pesquisa se dedicou a investigar como as questões relacionadas à gestação de substituição são tratadas internacionalmente. Para tanto, imperioso se mostra a análise dos argumentos tanto de alguns países que admitem, quanto dos que proíbem a realização do procedimento em seus territórios, conforme será tratado no tópico seguinte.

3.1 ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO NO DIREITO ESTRANGEIRO

A gestação de substituição é um tema polêmico e controvertido que suscita questionamentos tanto no campo ético quanto jurídico, não apenas no Brasil, mas em diversas partes do mundo e vem gerando grandes controvérsias em inúmeros Países.

Diante da elevada complexidade do tema, é possível afirmar que existem três grupos de Países divididos no que se refere à admissibilidade ou não da gestação de substituição. No primeiro grupo estão os países que permitem a utilização da técnica com limites e restrições, mediante imposição de certas regras, especialmente no que se refere à proibição de contraprestação pecuniária. Neste primeiro grupo se incluem o Brasil, Grécia e Portugal.

Outro grupo de países admite a prática de forma mais ampla, inclusive admitindo a possibilidade de gestação de substituição onerosa com fins comerciais e lucrativos e, por esta razão, fazem parte da rota que se convencionou chamar de “rota do turismo reprodutivo”. Neste grupo que admite a prática da técnica de forma ampla estão Ucrânia, Colômbia e alguns Estados dos Estados Unidos, dentre eles, Alabama, Califórnia, Flórida e Texas.

E, por fim, há um terceiro grupo no qual estão os países que proíbem a prática de forma absoluta e sequer reconhecem a relação de parentalidade entre os autores do projeto parental e a criança gerada ainda que seja no exterior. Alguns deles estabelecem punição para aquelas pessoas que a ela se submeterem. Neste grupo estão a Espanha, Áustria, Itália e França, além de alguns Estados dos Estados Unidos.

A gestação de substituição, embora controvertida, é uma prática mundialmente disseminada e a pesquisa acerca das razões de sua inserção ou não em outros ordenamentos jurídicos é primordial para o aperfeiçoamento da regulamentação da técnica no Brasil, que apesar de ser admitida, não conta com uma normatização sólida, o que pode contribuir para que ocorra violação dos direitos de todos os envolvidos no projeto parental, inclusive à criança a ser gerada.

Deste modo, entende-se que a experiência fática e legislativa de outros Países sobre reprodução humana assistida pode contribuir de forma significativa com o debate e evolução da temática internamente, conforme se passa a

[Digite aqui]

analisar.

3.1.1 Espanha

A Espanha faz parte do grupo de países em que a gestação de substituição é proibida, além de criminalizar a prática conhecida como barriga de aluguel. Por outro lado, importante destacar que é um dos países mais procurados na Europa como destino de pessoas que buscam tratamento de fertilização diversos da gestação de substituição, especialmente quando existe necessidade de doação de óvulos ou sêmen.

Atualmente, a reprodução humana assistida na Espanha é regulamentada pela Lei nº 14/2006, de 26 de maio¹¹⁸. Porém, esta não foi a primeira a abordar o tema, inicialmente tratado pela Lei nº 35/1988, uma das primeiras a regulamentar o assunto na Europa.

Consta da Exposição de Motivos da atual legislação espanhola, que diante do avanço científico e tecnológico das técnicas reprodutivas e, em razão da necessidade de se encontrar uma solução para a destinação dos embriões excedentários, foi necessária uma reforma legislativa que culminou na revogação da Lei 35 de 1988¹¹⁹.

De acordo com o Anexo I da referida Lei, na Espanha são admitidas as seguintes técnicas de reprodução medicamente assistida: *1. Inseminación artificial. 2. Fecundación in Vitro e inyección intracitoplásmica de espermatozoides con gametos propios o de donante y con transferencia de preembriones. 3. Transferencia intratubárica de gametos.*

A legislação espanhola regulamenta a aplicação de todas as técnicas reprodutivas, tendo como objetivo preservar a qualidade do processo e a segurança dos pacientes, bem como a forma como devem se relacionar os participantes do tratamento de fertilidade, isto é, os doadores e receptores de material genético. Também se preocupa com a garantia de maternidade e paternidade dos pacientes.

¹¹⁸ ESPANHA. Ley 14/2006, de 26 de mayo. Disponível em <https://www.boe.es/eli/es/l/2006/05/26/14/con>. Acesso em 02 out. 2023.

¹¹⁹ Exposição de Motivos da Ley 14/2006, de 26 de mayo: El importante avance científico constatado en los últimos años, el desarrollo de nuevas técnicas de reproducción, el aumento del potencial investigador y la necesidad de dar respuesta al problema del destino de los preembriones supernumerarios hicieron necesaria una reforma o revisión en profundidad de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre. Disponível em: <https://www.boe.es/eli/es/l/2006/05/26/14/con>. Acesso em 02 out. 2023.

Dispõe, ainda, sobre as regras acerca da criopreservação de gametas e óvulos e sobre pesquisa e manipulação de gametas e pré-embriões humanos.

A Lei prevê com rigor os requisitos a serem observados e cumpridos para que os centros de reprodução humana possam funcionar, exigindo qualificação necessária, condições para funcionamento e autorização emitidas pelas autoridades competentes. Dispõe sobre o controle nacional de reprodução assistida, como registro de doadores e os resultados obtidos pelas clínicas de reprodução.

O Capítulo II da Lei 14/2006 que dispõe sobre os *Participantes en las técnicas de reproducción asistida*, prevê que a doação de gametas e de embriões sempre deverá ser realizada por meio de contrato gratuito, e nunca poderá ter caráter lucrativo ou comercial. Porém, é possível que ocorra uma compensação em relação exclusivamente à eventuais moléstias físicas e gastos laboratoriais decorrentes da doação, não podendo superar os gastos efetivamente atingidos, uma vez que não pode se transformar em incentivo econômico¹²⁰.

A gestação de substituição é expressamente vedada pela legislação espanhola e, conforme se infere do artigo 10 da Lei em debate, é nulo qualquer contrato que convencie a gestação de substituição, uma vez que a filiação ainda que gerada por meio de cessão de útero, será determinada pelo parto, ou seja, a maternidade será atribuída à mulher que gestou o filho, sendo assegurada ação de investigação de paternidade nesse caso¹²¹.

Portanto, independentemente da origem genética, a gestante será considerada a mãe legal da criança e qualquer contrato de cessão de útero é considerado ilegal e sem efeito naquele País. Além disso, o Código Penal Espanhol prevê em seu artigo 221 que a prática de condutas similares à denominada barriga de

¹²⁰ESPAÑA. Ley 14/2006. CAPÍTULO II. Participantes en las técnicas de reproducción asistida. Artículo 5. Donantes y contratos de donación. 1. La donación de gametos y preembriones para las finalidades autorizadas por esta Ley es un contrato gratuito, formal y confidencial concertado entre el donante y el centro autorizado. 2. (...) 3. La donación nunca tendrá carácter lucrativo o comercial. La compensación económica resarcitoria que se pueda fijar sólo podrá compensar estrictamente las molestias físicas y los gastos de desplazamiento y laborales que se puedan derivar de la donación y no podrá suponer incentivo económico para ésta. Cualquier actividad de publicidad o promoción por parte de centros autorizados que incentive la donación de células y tejidos humanos deberá respetar el carácter altruista de aquélla, no pudiendo, en ningún caso, alentar la donación mediante la oferta de compensaciones o beneficios económicos. El Ministerio de Sanidad y Consumo, previo informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, fijará periódicamente las condiciones básicas que garanticen el respeto al carácter gratuito de la donación.

¹²¹ESPAÑA . Ley 14/2006 **Artículo 10. Gestación por sustitución.** 1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. 3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.

aluguel é crime¹²².

Por outro lado, o Ministério da Justiça espanhol permite que crianças geradas em outros países por meio da maternidade de substituição sejam registradas na Espanha, desde que haja decisão advinda de um tribunal judicial competente no país em que a criança nasceu, garantindo que a gestante esteja em total condições de manifestar sua vontade livre de qualquer vício no momento em que renuncia a maternidade, exigindo que a gestação de substituição seja admitida no país de origem.¹²³

A lei espanhola também regulamenta o diagnóstico genético pré-implantacional, com o fim de prevenir a transmissão de doenças genéticas aos descendentes. O embrião que for identificado com alguma alteração cromossômica poderá ser previamente descartado, o que reflete em uma baixa taxa de bebês gerados com anomalias genéticas.

Esse fator explica a razão pela qual a Espanha vem se tornando a rota do turismo reprodutivo, pois além da grande oferta de óvulos, a chance de uma gestação de sucesso é elevada em razão da qualidade do material biológico utilizado na reprodução assistida

É importante destacar que de acordo com a legislação em estudo, a manipulação embrionária somente é possível para evitar doenças hereditárias. A seleção que visa conhecer previamente o sexo do bebê também é proibida na Espanha, salvo nos casos relacionados a doenças ligadas ao sexo, assim como ocorre no Brasil.

Os doadores de material genético possuem alguns direitos, dentre eles está assegurado o anonimato, estabelecido por meio de contrato entre doador e receptor com mediação da clínica reprodutiva que irá executar o processo de

¹²²ESPAÑA. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Artículo 221. 1. Los que, mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concurra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación, serán castigados con las penas de prisión de uno a cinco años y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de cuatro a 10 años. 2. Con la misma pena serán castigados la persona que lo reciba y el intermediario, aunque la entrega del menor se hubiese efectuado en país extranjero. 3. Si los hechos se cometieren utilizando guarderías, colegios u otros locales o establecimientos donde se recojan niños, se impondrá a los culpables la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de las referidas actividades por tiempo de dos a seis años y se podrá acordar la clausura temporal o definitiva de los establecimientos. En la clausura temporal, el plazo no podrá exceder de cinco años. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444> Acesso em 02 out. 2023.

¹²³¿Se puede contratar un vientre de alquiler en España? Disponível em: <https://mibebeyyo.elmundo.es/quedar-embarazada/quiero-tener-un-hijo/vientre-alquiler-espana> Acesso em 02 out. 2023

reprodução assistida.

Embora a Lei espanhola proíba a onerosidade da doação de material genético, prevê uma compensação econômica em razão dos transtornos físicos que eventualmente serão ocasionados aos doadores. Porém, essa compensação não se confunde com a comercialização que é vedada pela Lei, embora abra uma brecha para a contraprestação financeira, o que faz com que muitas mulheres tenham interesse em doar seus óvulos.

Outro fator interessante é o que se refere à seleção de doadores, os quais necessariamente deverão possuir características físicas correspondentes às características dos receptores, e os pacientes não podem fazer qualquer exigência quanto à escolha das características dos futuros filhos a serem gerados por meio de doação de material biológico.

As clínicas ficam proibidas de revelar informações sobre crianças concebidas com doação de material genético criopreservado; porém, as crianças ou seus pais poderão futuramente obter informações acerca das características físicas e imunológicas de seus doadores, desde que mantido o anonimato dessas pessoas.

Em caso de extrema necessidade, como por exemplo, situações relacionadas à saúde do filho gerado a Lei prevê uma exceção e os pais podem recorrer à Justiça para conhecer os antecedentes biológicos dos progenitores, visando o tratamento terapêutico em razão de decisão médica que necessite do conhecimento do perfil biológico, estando em todos esses casos, proibida qualquer publicidade da identidade dos doadores.

3.1.2 Itália

Na Itália a reprodução humana assistida é regulamentada por meio da Lei nº 40, de 19 de fevereiro de 2004, denominada Regulamento sobre a Procriação Medicamente Assistida. Trata-se de uma lei considerada conservadora e restritiva quanto à aplicação das técnicas reprodutivas, especialmente no que se refere à sua versão originária.

Entretanto, como bem destacado pelas professoras Daniela Braga Paiano e Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador, a lei de reprodução humana italiana sofreu diversas atualizações e “muitos pontos dessa Lei foram alterados pelo Tribunal Constitucional da Itália(...) de modo que, aos poucos, essa lei, tida como uma

[Digite aqui]

das mais conservadoras do continente europeu, vai se adequando às demais normas de outros países”¹²⁴.

Em 05 de junho de 2015 o Tribunal Constitucional italiano declarou a ilegitimidade constitucional dos artigos 1º, §1º e 2º e artigo 4º, §1º do referido Regulamento, na parte que proibia a utilização das técnicas reprodutivas por casais férteis portadores de doenças genéticas transmissíveis.

Em sua redação originária o Regulamento Italiano apresentava vedação de utilização das técnicas reprodutivas heterólogas em qualquer caso, conforme previsto em seu artigo 4º, §3º que apresentava a seguinte redação: “Art. 4º (...). 3. É proibida a utilização de técnicas heterólogas de procriação medicamente assistida”.

Ocorre que por meio de sentença nº. 162, de 9 de abril a 10 de junho de 2014, o Tribunal Constitucional declarou a inconstitucionalidade da disposição legal constante do §3º acima transcrito, na parte que veda o acesso à reprodução heteróloga a casais diagnosticados com patologias causadoras de infertilidade ou esterilidade, ou ainda, que sejam acometidos por doença genética transmissível.

Desde então, a reprodução humana assistida heteróloga, com material genético de terceiros, passou a ser admitida na Itália em caso de doença causadora de esterilidade ou infertilidade absoluta e irreversível ou patologias geneticamente transmissíveis.

No artigo 5º, ao dispor sobre os requisitos subjetivos a serem observados no processo de procriação medicamente assistida, a Lei prevê que somente casais de sexos diferentes, desde que ambos estejam vivos, podem recorrer às técnicas de reprodução humana assistida, excluindo o acesso a pessoas solteiras, casais homossexuais e vedando a reprodução assistida *post mortem* de forma expressa¹²⁵.

Com o fim de coibir a procriação assistida heteróloga, o Regulamento italiano prevê em seu artigo 12º, §1º que quem se utilizar de gametas de terceiros será

¹²⁴ PAIANO, Daniela Braga; ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa. **As técnicas de reprodução assistida na Resolução nº 2.121/15 do Conselho Federal de Medicina – principais aspectos**. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil, Belo Horizonte, vol. 11, p. 57-71, jan./mar. 2017. Disponível em: file:///C:/Users/pimen/Downloads/8-Texto%20do%20Artigo-25-33-10-20170628%20(1).pdf Acesso em 31 out. 2023.

¹²⁵ITALIA. Legge n. 40/2004, de 19 de fevereiro de 2004. Art. 5. 1. Fermo restando quanto stabilito dall'articolo 4, comma 1, possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi. Disponível em: <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:2004-02-19;40> Acesso em 31 de out. 2023.

punido com pena administrativa. Porém, essa disposição legal foi considerada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional, que afastou a vedação de reprodução assistida heteróloga em casos de impossibilidade de geração de filhos com material genético do próprio casal, por meio da sentença nº. 162 de 2014.

Outro ponto que merece destaque é no que se refere a proibição de comercialização de gametas ou embriões, bem como a gestação de substituição onerosa ou gratuita. A Lei italiana prevê pena de prisão de três meses a dois anos, além de multa de 600 mil a um milhão de euros para quem desrespeitar a norma prevista no artigo 12, §6º.

A Itália é um país fortemente influenciado principalmente pela religião católica e, recentemente foi veiculada a notícia em que o Papa Francisco se manifestou publicamente contrário à prática conhecida como gestação de substituição, quando discursava a diplomatas no Vaticano. Para o pontífice a gestação de substituição “é uma prática baseada na exploração de situações de necessidades materiais da mãe” e, finalizou pedindo que a técnica, que considera deplorável, fosse proibida universalmente, pois para ele representa grave violação da mulher e da criança¹²⁶.

Essa manifestação, embora desagrade parcela da população italiana, especialmente a população LGBTQIA+, tem importante influência naquele País que já possui normas rigorosas que visam coibir a prática da gestação de substituição. E conforme se observa das declarações, o Papa pretende que a gestação de substituição seja prática vedada não apenas na Itália, mas que seja proibida mundialmente.

De fato, quando a técnica é utilizada como meio de obtenção de lucro, sendo a mulher vista como um produto mercadológico, há fortes riscos de ocorrer uma violação em sua dignidade. Entretanto, para além dessas situações, a técnica quando aplicada de acordo com os valores éticos e morais pode ser a única chance de algumas pessoas verem realizado o projeto parental.

Além da vedação da cessão de útero, o artigo 13º a Lei apresenta um rol de outras condutas vedadas, dentre elas, qualquer experimentação com embrião humano, salvo para fins terapêuticos; vedação da seleção embrionária com finalidade

¹²⁶ Estadão. **Papa Francisco pede a proibição global da barriga de aluguel e chama método de desprezível.** Disponível em: <https://www.estadao.com.br/brasil/papa-francisco-pede-proibicao-global-da-barriga-de-aluguel-e-chama-metodo-de-desprezivel/> Acesso em 23 fev 2024.

eugênica, com alteração do patrimônio genético do embrião ou gametas; clonagens humanas e fecundação de gameta humano com um gameta de espécie diferente, bem como produção de híbridos e quimeras. A violação a tais preceitos acarreta pena de prisão e multa.

No que se refere à produção de embriões, a Lei prevê no artigo 14º, §2º que não devem ser criados em número superior ao estritamente necessário para uma implantação única, não devendo ultrapassar o número de três. Referida disposição legal também foi declarada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional no que se refere às palavras “a um sistema único e contemporâneo, em qualquer caso não superior a três”¹²⁷.

A atualização mais recente da Lei de Reprodução Assistida italiana ocorreu em 30 de dezembro de 2020¹²⁸ e se refere à facilitação do acesso à técnicas reprodutivas, por meio da criação do Fundo para técnicas de procriação medicamente assistida vinculado ao Ministério da Saúde italiano.

Ao discorrer sobre a legislação italiana, Ana Cláudia Silva Scalquete esclarece que apesar de considerar a Lei italiana avançada, especialmente em razão do enfrentamento do tema em um País conservador cuja sociedade poderia ver o assunto com reservas, entende que na referida Lei “há pontos ainda por esclarecer e áreas não tuteladas”¹²⁹.

De fato, existem vários pontos que merecem ser debatidos, a exemplo da gestação de substituição ou cessão de útero que é vedada na Itália, seja na forma gratuita ou onerosa, inclusive a conduta é criminalizada. Muitas vezes, somente por meio da gestação em útero de outra mulher é que algumas pessoas poderão realizar o sonho de constituir sua própria família.

Nesse ponto, é necessário relembrar o caso decidido por meio da Sentença 272/2017¹³⁰ para melhor compreensão da abordagem sobre gestação de substituição naquele País, ocasião em o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) precisou enfrentar em sede recursal o emblemático caso *Paradiso et*

¹²⁷Tribunal Constitucional, com sentença de 1 de abril a 8 de maio de 2009, n. 151 (Diário Oficial 1º ss 13/5/2009, n. 19)

¹²⁸ITALIA. Legge n. 40/2004, de 19 de fevereiro de 2004. Norme in materia di procreazione medicalmente assistita. [Roma]: Parlamento Italiano, 2004. Disponível em: <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:2004-02-19;40> Acesso em 31 de out. 2023.

¹²⁹ SCALQUETE, Ana Cláudia Silva. **Estatuto da Reprodução Assistida**. 2009. p. 250. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-08032010-095921/publico/Tese_Ana_Claudia_Silva_Scalquette.pdf Acesso em 01 nov. 2023.

¹³⁰ Corte Costituzionale. República Italiana. Disponível em: <https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2017&numero=272> Acesso em 07 mar 2024

Campanelli c. Italie.

Os fatos se referem ao casal italiano Donatina Paradiso e Giovanni Campanelli, que contratou onerosamente, em Moscou, a gestação de substituição com uma mulher russa, com o material de uma terceira doadora. Com o nascimento da criança em 2011, esta foi registrada na Rússia, constando o casal beneficiário como os pais em sua certidão de nascimento.

Ocorre que ao chegar na Itália as autoridades italianas se recusaram a reconhecer a validade do referido registro e, além disso, iniciaram um inquérito policial em desfavor do casal. Isso porque ao realizar o exame de DNA ficou constatado que a criança não possuía vínculos biológicos com nenhum dos pais intencionais, o que levou a justiça italiana a retirar a criança do casal e sua posterior colocação para adoção por outra família.

O caso foi levado para apreciação do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH), cuja primeira decisão ocorreu em 2015. Na ocasião o TEDH se concentrou na análise dos interesses públicos e privados em conflito, a partir da análise do melhor interesse da criança.

Nesse ponto, a Câmara de Julgamento do TEDH decidiu que a decisão italiana que se recusou a reconhecer e dar validade à certidão de nascimento emitida na Rússia não reconhecendo a relação de filiação entre a criança gerada e o casal que celebrou o contrato de gestação de substituição deveria ser mantida, uma vez que a criança não tinha qualquer vínculo biológico com os pais intencionais e, portanto, não se tratava de uma decisão desarrazoada.

Porém, entendeu que a retirada da criança da casa dos beneficiários do projeto parental não atendia o melhor interesse daquela criança, e por esta razão, entendeu que houve violação ao artigo 8º da Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH)¹³¹.

Em 2017 a referida decisão foi revertida pela Câmara de Apelação do TEDH e o Tribunal entendeu que não foram firmados os vínculos familiares entre os pais intencionais e a criança gerada por meio de cessão de útero, tendo em vista

¹³¹ European Convention on Human Rights. CEDH. **Artigo 8.º. (Direito ao respeito pela vida privada e familiar)** 1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência. 2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros. Disponível em: https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_por Acesso em 02 nov 2023.

que conviveram por um curto espaço de tempo com a criança - em torno de 8 meses - e, além disso, inexistia qualquer vínculo biológico entre eles, o que afastaria a aplicação do princípio do respeito à vida familiar.

Por fim, o Tribunal Europeu decidiu que, no caso, deve prevalecer com exclusividade a decisão das autoridades italianas, uma vez que não houve violação do artigo 8º da CEDH. Diante desse fato, percebe-se o rigor com que a Itália trata a vedação da gestação de substituição, possuindo uma das legislações mais restritivas acerca da temática.

Um dos motivos pelos quais a Itália e o Tribunal Europeu de Direitos Humanos vedaram o reconhecimento da filiação da criança gerada na Rússia pelo casal de italianos se justifica como medida repressiva e preventiva do tráfico internacional de crianças, travestido de gestação de substituição.

Conforme bem destacado por Leonardo Castro de Bone, pode não ser tarefa simples associar o tráfico internacional de pessoas à gestação de substituição, entretanto por meio da análise do caso *Paradiso et Campanelli c. Italie* é possível compreender “com clareza quão facilmente o tráfico de pessoas pode ser formalmente representado como (e coberto) por um acordo de substituição gestacional.”¹³²

Essa reflexão se mostra extremamente relevante, uma vez que dadas as características da gestação de substituição, especialmente quando realizada com material biológico de terceiros, pode se transformar em um mecanismo facilitador do tráfico internacional de crianças, o que deve ser fortemente reprimido, ainda que para isso seja necessário sacrificar o direito que todas as pessoas têm de procriar.

3.1.3 Portugal

Portugal está em uma fase de transição compreendida entre um período em que a gestação de substituição passou de proibida para admitida, desde que realizada de forma gratuita e observados os limites legais.

O País regulamentou a Procriação Medicamente Assistida (PMA) por

¹³² BONE, Leonardo Castro de. **A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos nos casos de gestação de substituição internacional**. Julgar OnLine, agosto de 2022. p.p. 28/29. Disponível em: <https://julgar.pt/a-jurisprudencia-do-tribunal-europeu-dos-direitos-humanos-nos-casos-de-gestacao-de-substituicao-internacional/> Acesso em 15 jun.2024.

meio da Lei nº 32 de 26 de julho 2006, com as alterações promovidas por diversas Leis posteriores, dentre elas, sendo a mais recente a Lei nº 90/2021, de 16/12¹³³. A legislação portuguesa estabelece quais técnicas são admitidas, dispõe sobre direitos dos beneficiários e titulares, doação de material genético, bem como traz disposições acerca das condutas proibidas.

Regulamenta também questões envolvendo o consentimento das partes envolvidas nas técnicas reprodutivas e o dever de confidencialidade que deve ser observado nos procedimentos procriativos, garantindo o anonimato aos doadores e receptores de material genético.

De acordo com o artigo 2º da Lei nº32/2006, as técnicas de PMA permitidas naquele País são a inseminação artificial, fertilização *in vitro*, injeção intracitoplasmática de espermatozoides; transferência de embriões, gametas ou zigotos; diagnóstico genético pré-implantação (DGPI) e outras técnicas laboratoriais de manipulação gamética/embrionárias equivalentes ou subsidiárias¹³⁴.

A legislação portuguesa passou por significativas modificações no decorrer dos anos no que se refere às técnicas de PMA. Um dos pontos que merece destaque é no que se refere aos beneficiários das técnicas reprodutivas. Isso porque inicialmente a Lei somente admitia que casais de sexos diferentes e que fossem casados ou que vivessem em situação semelhantes ao de cônjuges pudessem recorrer à reprodução assistida.

Porém, em 2016 o artigo 6º, nº 1 da Lei de PMA ampliou o âmbito de beneficiários das técnicas reprodutivas e passou a admitir que além dos casais de sexo oposto, os casais de mulheres que fossem casados ou que convivessem em situação semelhante poderiam recorrer às técnicas reprodutivas. Passou a admitir, ainda, que todas as mulheres pudessem se valer de tais técnicas, independentemente da orientação sexual e do estado civil. Porém, a lei não contemplou os homens solteiros e casais homoafetivos masculinos, os quais não podem recorrer às técnicas reprodutivas.

De acordo com a redação originária do artigo 4º da Lei sob análise,

¹³³ Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa. Ministério Público. Legislação. Procriação Medicamente Assistida. Disponível em: https://pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=903&tabela=leis&fbclid=IwZXh0bgNhZW0CMTAAAR0duy48LKc436w7tkziC6Lab87QKIYdHkIA8jZiCvgNeXutm5havZu3qB0_aem_ZmFrZWR1bW15MTZieXRlcw Acesso em 13 jun. 2024.

¹³⁴ PORTUGAL. Lei nº 32/2006. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/lei/32-2006-539239> Acesso em 03 out 2023.

as técnicas de PMA são um método subsidiário e não alternativo de procriação, e sua utilização somente poderá ser admitida mediante diagnóstico de infertilidade ou de necessidade de tratamento de doenças graves ou, ainda, de risco de transmissão de doenças de origem genética, infecciosa ou outras. Portanto, somente em situações expressamente previstas na Lei é que as pessoas poderão se valer das técnicas de PMA.

Entretanto, as alterações legislativas ocorridas em 2016¹³⁵ relativizaram essa regra e passaram a admitir que as mulheres pudessem recorrer às técnicas, ainda que estivessem sem o diagnóstico de infertilidade, o que coloca em dúvida a afirmação de que as técnicas reprodutivas devem ser subsidiárias e não alternativas.

Em Portugal, tal como ocorre no Brasil e na Espanha, não é admitida a escolha de sexo e demais características dos filhos a serem gerados, salvo para evitar doenças hereditárias graves relacionadas ao sexo. A vedação está expressa no artigo 14º da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina (Convenção de Oviedo) e também no artigo 7º, nº 2 da LPMA.

No que se refere ao anonimato do doador de material genético, deve ser observada a obrigatoriedade de se guardar o sigilo sobre a identidade de todos os participantes envolvidos na procriação medicamente assistida, nos termos do artigo 15º da Lei portuguesa.

Porém, há a possibilidade de se conhecer informações de natureza genética, relativas à própria pessoa no que se refere a doenças genéticas (artigo 15, nº2 PMA), bem como a obtenção de informação acerca de eventual impedimento conjugal por razões sanguíneas (artigo 15, nº3/PMA), mantendo em todos os casos o sigilo sobre a identidade civil do doador do material genético, salvo se houver por parte deste consentimento com sua identificação.

Por fim, ainda sobre o anonimato do doador, a Lei reserva à decisão judicial o acesso a obtenção de outras informações que sejam do interesse do filho gerado por meio do material doado, nos termos do artigo 15, nº4, PMA. Importante destacar que em todos estes casos há somente a possibilidade de identificação

¹³⁵PORTUGAL. Lei nº 25/2016, de 22/08 e Lei nº 17/2016, de 20/06. Disponível em: https://pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=903&tabela=leis&fbclid=IwZXh0bgNhZW0CMATAAR0duy48LKc436w7tkziC6Lab87QKIYdHkIA8jZiCvgNeXutm5havZu3qB0_aem_ZmFrZWR1bW15MTZieXRlcw Acesso em 13 jun. 2024.

genética do doador e não do acesso à sua identidade civil.

No que se refere especificamente à gestação de substituição, inicialmente a prática era vedada pela Lei de Procriação Medicamente Assistida (Lei 32/2006), que estabelecia em seu artigo 8º que a gestação de substituição era proibida, fosse a título gratuito ou oneroso e, em sendo realizado o procedimento, a maternidade seria estabelecida em favor daquela que tivesse suportado a gravidez.

Ocorre que o artigo 8º da Lei 32/2006, foi alterado pela Lei 25/2016 e, desde então, passou a admitir a gestação de substituição. Porém a nova Lei teve vários artigos questionados por um grupo de 30 Deputados perante o Tribunal Constitucional Português, o que resultou na decisão constante do Acórdão n.º 225/2018, de 7 de maio de 2018¹³⁶, ocasião em que foram declarados inconstitucionais diversos pontos da regulamentação que trata da maternidade de substituição.

Para além da gestação de substituição, no acórdão foi enfrentada e reconhecida a inconstitucionalidade de outros temas relativos à reprodução humana assistida; porém esta pesquisa limitar-se-á à análise da decisão no que se refere apenas aos dispositivos legais impugnados¹³⁷ que tratam da gestação de substituição, em razão da identidade temática com esta dissertação. Deste modo, passa-se à análise dos questionamentos suscitados pelos Deputados.

O primeiro ponto questionado foi em relação à análise da violação da dignidade da pessoa humana da gestante e da criança a ser gerada, bem como a admissibilidade ou não de se constituir família com auxílio da gestação de substituição, tal como previsto no artigo 8º da LPMA.

O segundo ponto impugnado é no que se refere a eventual direito da criança nascida por meio da gestação de substituição conhecer a identidade daquela que a gestou, na condição de gestante substituta.

O terceiro está relacionado à legitimidade da dispensa de

¹³⁶PORTUGAL. Diário da República. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018, de 7 de maio. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/acordao-tribunal-constitucional/225-2018-115226940> Acesso em 12 dez 2023.

¹³⁷Foram impugnados os seguintes artigos da Lei 32/2006 que dizem respeito à gestação de substituição:) Artigo 8.º, sob a epígrafe «Gestação de substituição», n.os 1 a 12, por violação do princípio da dignidade da pessoa humana [artigos 1.º e 67.º, n.º 2, alínea e), da Constituição], do dever do Estado de proteção da infância (artigo 69.º, n.º 1, da Constituição), do princípio da igualdade (artigo 13.º da Constituição) e do princípio da proporcionalidade (artigo 18.º, n.º 2, da Constituição); e, conseqüentemente, «das normas ou de parte das normas» da LPMA que se refiram à gestação de substituição [artigos 2.º, n.º 2, 3.º, n.º 1, 5.º, n.º 1, 14.º, n.os 5 e 6, 15.º, n.os 1 e 5, 16.º, n.º 1, 30.º, alínea p), 34.º, 39.º e 44.º, n.º 1, alínea b)] Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/acordao-tribunal-constitucional/225-2018-115226940> Acesso em 04 out. 2023.

investigação oficiosa de parentalidade da criança nascida de uma mulher que não fosse casada ou não vivesse em situação semelhante, utilizando-se das técnicas de procriação medicamente assistida.

No que se refere ao primeiro ponto, qual seja, a alegação de violação da dignidade da pessoa humana¹³⁸, a preocupação dos Deputados é com a possibilidade de mercantilização da gestação de substituição com a consequente instrumentalização e objetificação da criança que irá nascer e da gestante de substituição. Ao enfrentar esse ponto, o Tribunal Constitucional entendeu que não há violação ao princípio da dignidade da pessoa humana nos termos das hipóteses levantadas na impugnação.

Ao afastar a alegação de violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, o Tribunal entendeu que durante todo o processo de gestação de substituição é garantido à gestante sua liberdade e autodeterminação, uma vez que seu consentimento com a intervenção deve ser consciente, livre e esclarecido. Além disso, o contrato de gestação de substituição somente será admitido em sua natureza gratuita, sendo vedada qualquer conduta que implique em exploração econômica da gestante.

O Tribunal Constitucional também afastou a alegação de violação da dignidade da criança que será integrada à família do casal beneficiário, uma vez que nesse ponto não difere das demais crianças que nascem por meio das outras técnicas de procriação medicamente assistida. O Tribunal afastou a alegação de que a criança seria objeto de negócio jurídico por entender que a contratação tem como objetivo o nascimento da criança e isso não tem o condão de afetar a sua dignidade.

O segundo ponto sobrelevado à análise de constitucionalidade diz respeito à vedação constante do artigo 15º, 1 e 4 da LPMA do direito da criança gerada com auxílio da gestação de substituição conhecer sua origem biológica e a identidade genética da gestante. Neste ponto, é importante esclarecer que a lei portuguesa proíbe que a gestante de substituição seja doadora do material genético, razão pela qual é inapropriado falar em direito de a criança conhecer sua identidade genética, uma vez que não possui vínculo biológico com aquela que a gerou. Remanesce, portanto, a discussão no que se refere ao eventual direito de a criança conhecer a identidade civil da gestante.

¹³⁸ PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa. Artigo nº 67, 2, e.

Nessa toada, o Tribunal declarou que embora o anonimato no caso não tenha o condão de anular a identidade da criança, poderá em certo grau, afetar a consciência de sua própria identidade. Portanto, como regra decidiu pelo anonimato da gestante de substituição, sem prejuízo do direito de a pessoa nascida por meio do auxílio das técnicas reprodutivas heterólogas terem o direito de conhecer sua historicidade biológica e genética, o que é fator determinante para seu desenvolvimento, direito que não lhe pode ser retirado.

Por fim, no que se refere à arguição de inconstitucionalidade consubstanciada na dispensa de averiguação oficiosa de paternidade (art. 20º, 3 da LPMA), o Tribunal entendeu que somente será possível quando a mulher tiver recorrido às técnicas de procriação medicamente assistida de forma individual, fora do contexto de casamento ou união similar, concluindo pela inexistência de inconstitucionalidade ao previsto no artigo impugnado, por se tratar de norma proporcional e razoável, uma vez que seria incabível a determinabilidade de paternidade em casos como estes.

Para além dos dispositivos contestados pelos Deputados, o Tribunal Constitucional se manifestou acerca de outras disposições da lei impugnada por entender que poderiam ferir outros direitos constitucionais, cujo entendimento deverá pautar a nova legislação a ser criada sobre a temática.

Nesse passo, o Tribunal analisou a forma como a gestante poderá manter sua autonomia e como deve ser o seu consentimento durante todo o período de gestação. Para que a gestante exerça seu consentimento livre, informado e com autonomia, defendeu que é importante que seja permitido por lei que a gestante possa revogar seu consentimento durante todo o período gestacional, inclusive após o parto e não somente até o início do processo terapêutico de PMA, tal como previsto no artigo 8º, 8 e 14º, 4 e 5 da LPMA.

Entendeu o Tribunal que ao admitir a revogação do consentimento somente até o início do processo terapêutico, estão sendo salvaguardados especialmente os direitos dos autores do projeto parental, ou seja, os beneficiários da gestação de substituição em prejuízo dos direitos da gestante.

Para o TC a gestante deve ter garantido o direito de revogar o consentimento seja porque não pretende mais levar a gravidez adiante ou, então, se esta chegar ao seu termo, por pretender assumir a maternidade da criança que gerou, o que era vedado pela redação originária do artigo 8º,8 e 14º,4 da LPMA.

De acordo com o artigo 8º, 7 da LPMA após o parto, a gestante estaria obrigada a entregar a criança aos beneficiários e autores do projeto parental, sem possibilidade de exercer o arrependimento nesse momento, o que foi declarado inconstitucional pelo Tribunal por manifesta violação ao princípio da dignidade humana da pessoa da gestante.

A Lei nº.90/2021, de 16 de Dezembro, traz a seguinte previsão em seu artigo 10: “No tocante à validade e eficácia do consentimento das partes é aplicável à gestação de substituição, com as devidas adaptações, o disposto no artigo 14.º, com exceção do previsto no seu n.º 4 sobre o consentimento livremente revogável, sendo que nos casos de gestação de substituição o mesmo pode acontecer, por vontade da gestante, até ao registro da criança nascida”.

Além disso, após a entrada em vigor da lei que regulamentava a gestação de substituição o legislador promoveu alteração no que se refere à revogação do consentimento por meio do Decreto Regulamentar nº 6/2017, permitindo que a gestante de substituição pudesse interromper a gravidez até a décima semana de gestação, tal como é permitido para qualquer mulher em Portugal, nos termos do artigo 142º, 1, e do Código Penal. Ainda assim, os artigos 8º, 8 e 14º.5 da LPMA foram declarados inconstitucionais pelo TC.

O artigo 8º,12 que trata das nulidades dos contratos de gestação de substituição celebrados com violação às normas da LPMA também foi objeto de apreciação pelo Tribunal, especialmente no que se refere aos efeitos retroativos decorrentes de eventual declaração de nulidade de tais negócios jurídicos.

Na decisão, ficou assentado que eventual declaração de nulidade do contrato celebrado entre as partes teria efeitos retroativos e poderia recair sobre a filiação estabelecida nos termos do artigo 8º, 7. Essa conclusão gera insegurança para todos os envolvidos e, principalmente, coloca em risco o superior interesse da criança.

Isso porque uma vez declarada a nulidade do contrato, a filiação estabelecida entre os beneficiários e a criança deixa de produzir efeitos, aplicando-se no caso, a regra do artigo 1.796º do Código Civil, ou seja, o restabelecimento da filiação resultante do nascimento. Deste modo, por decorrência de lei, a gestante de substituição passaria a ser considerada a mãe e com ela seria estabelecido o vínculo de filiação ainda que essa não fosse sua vontade, como consequência de um contrato nulo.

Portanto, de acordo com o Tribunal essa solução não seria suficiente

para garantir a proteção do superior interesse da criança além de ser incompatível com o princípio da segurança jurídica, corolário do princípio do Estado de direito democrático previsto no artigo 2º da Constituição da República Portuguesa, razão pela qual manifestou-se pela inconstitucionalidade do artigo 8º,12 com fundamentação na violação do princípio da identidade pessoal da criança.

Para o Tribunal, a LPMA continha omissões no que se refere ao contrato de gestação de substituição, uma vez que não regulamentava o assunto de forma suficiente para solucionar todas situações envolvendo matéria tão complexa.

É certo que o legislador tratou de vários pontos, dentre eles, a interrupção de gravidez a critério da gestante, doenças fetais ou malformação, vedação de certo comportamentos da gestante. Porém, deixou de regulamentar outras matérias relevantes, como por exemplo, os limites a serem observados pelos contraentes durante a vigência contratual.

O Tribunal entendeu também que a LPMA é omissa no que se refere ao procedimento de autorização prévia à contratação pelo Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida (CNMPA), bem como critérios de supervisão desse contrato. Para o TC essa indeterminação prejudica a supervisão e o controle jurisdicional da legalidade desse contrato, o que contraria o princípio do Estado de Direito Democrático.

Após a decisão do Tribunal, foi publicada a Lei nº 90/2021 que trata da gestação de substituição, entretanto, até a presente data a referida lei está pendente de regulamentação, o que gera incertezas a respeito de eventuais conflitos que possam surgir entre os pais legais e a mãe gestacional.

3.1.4 Estados Unidos da América

A fim de regulamentar a parentalidade estabelecida entre crianças geradas por casais unidos ou não pelo casamento, foi criado nos Estado Unidos, em 1973 o *Uniform Parentage Act (UPA)*, ocasião em que foi ratificado por todos os Estados daquele País. Em 2002 o *UPA* passou por uma considerável revisão e foram acrescentadas disposições tratando da reprodução humana assistida, inclusive da gestação de substituição.

Muitos Estados norte-americanos não aderiram à Lei após sua revisão. Isso é possível porque naquele País cada Estado possui autonomia legislativa, o que torna facultativa a adesão ao *Uniform Parentage Act*. Deste modo,

[Digite aqui]

com a reforma, apenas alguns poucos Estados continuaram a adotar a referida legislação, dentre eles, Washington, Texas, Oklahoma e Dakota do Norte, dentre outros¹³⁹.

Em razão da autonomia legislativa atribuída aos Estados americanos, por lá existem diversas leis regulamentando a reprodução humana assistida¹⁴⁰, o que dificulta a análise das especificidades de cada uma delas, tendo em vista que tanto as disposições legais quanto as decisões judiciais envolvendo a reprodução humana assistida são inúmeras. Por esta razão, serão abordadas apenas leis de alguns Estados especificamente no que se refere à gestação de substituição, que é o objeto central desta dissertação.

Nos Estados Unidos a maioria dos Estados norte-americanos admite a gestação de substituição, inclusive em grande parte deles é admitida de forma remunerada, como ocorre na Califórnia, Arkansas, Nevada e mais recentemente Nova Iorque, que publicou a Lei de segurança parental em 2020¹⁴¹, cada qual com sua regulamentação legal própria.

No Texas e na Flórida a gestação de substituição é admitida apenas para pessoas casadas. Em Washington é necessário que a mulher que irá gestar a criança em favor de outrem tenha tido pelo menos um filho e somente poderá atuar como gestante de substituição por duas vezes¹⁴². Nesse Estado, antes de se iniciar o processo de maternidade de substituição é necessário que o contrato seja validado judicialmente.

Em Nebraska não é admitida a gestação de substituição onerosa, sendo nulo qualquer contrato nesse sentido e o homem que contribuiu com o espermatozoide será considerado o genitor da criança¹⁴³. No Estado de Michigan¹⁴⁴,

¹³⁹ LAMANCE, Ken. **Uniform Parentage Act and paternity**. In: LEGAL match. [S. l.], 24 abr. 2018. Disponível em: <https://www.legalmatch.com/law-library/article/uniform-parentage-act-andpaternity.html>. Acesso em: 03 out. 2023.

¹⁴⁰ **GESTATIONAL surrogacy law across the United States**. In: CREATIVE family connections. [S. l.], c2016. Disponível em: <https://www.creativefamilyconnections.com/us-surrogacy-law-map/>. Acesso em: 03 out. 2023

¹⁴¹ NBC News. **Nova York anula proibição de barriga de aluguel**. Disponível em: <https://www.nbcnews.com/news/us-news/new-york-state-long-holdout-against-legalizing-surrogacy-overturns-ban-n1176071> Acesso em 09 mar 2024

¹⁴² ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Revised Code of Washington (RCW). Título 26. Capítulo 26.26A. Seção 26.26A.705. Washington, 2019. Disponível em: <https://app.leg.wa.gov/RCW/default.aspx?cite=26.26A.705>. Acesso em: 04 out. 2023.

¹⁴³ **GESTATIONAL surrogacy law across the United States**. In: CREATIVE family connections. [S. l.], c2016. Disponível em: <https://www.creativefamilyconnections.com/us-surrogacy-law-map/>. Acesso em: 04 out. 2023

¹⁴⁴ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Michigan Compiled Laws (MCL). Capítulo 722. Ato 199 de 1988. Seção 722.857. Michigan: Conselho Legislativo, 2014. Disponível em: [https://www.legislature.mi.gov/\(S\(beyg0mas0fxpn3v11vknxq1\)\)/mileg.aspx?page=getobject&objname=mcl-722-857](https://www.legislature.mi.gov/(S(beyg0mas0fxpn3v11vknxq1))/mileg.aspx?page=getobject&objname=mcl-722-857). Acesso em: 04 out. 2023

a gestação de substituição onerosa é vedada e sua prática constitui crime, punível com prisão de até cinco anos e multa de até cinquenta mil dólares. Na Louisiana a barriga de aluguel também é proibida.

Na Pensilvânia a gestação de substituição é admitida somente de forma gratuita e a gestante de substituição pode decidir até 72 horas após o parto se irá renunciar a maternidade e entregar a criança aos autores do projeto parental. Portanto, a entrega da criança não é uma garantia naquele Estado.

Deste modo, é possível afirmar que nos Estados Unidos práticas envolvendo reprodução humana são muito variadas e não há um entendimento uniforme adotado em todo o País, inclusive no que se refere à possibilidade de contratualização onerosa não apenas da gestação de substituição em alguns Estados, mas também da comercialização de material genético, como óvulos e espermatozoides, que não raras vezes são ofertados pela *internet*. Além disso, é possível a seleção das características dos doadores do material genético¹⁴⁵.

De modo geral, é possível concluir que nos Estados Unidos a maioria dos Estados admite a prática da gestação de substituição por todos os tipos de família, sendo que em alguns pode ser onerosa e em outros somente na sua forma altruísta.

Ao tratar da gestação de substituição nos Estados Unidos, merecem ser lembrados dois casos emblemáticos que foram levados à apreciação da Suprema Corte Norte-americana, quais sejam, o caso do *Baby M* que foi o primeiro caso em que a justiça norte americana enfrentou a temática, pela Suprema Corte de New Jersey e o caso *Calvert vs Johnson*, levado à apreciação da Suprema Corte da Califórnia.

O caso do *Baby M*¹⁴⁶ teve início em 1985 em Nova Jersey, quando o casal *William* e *Elizabeth Stern* decidiu recorrer à técnica consistente na maternidade de substituição em razão do diagnóstico de esclerose múltipla que acometia *Elizabeth* e que poderia trazer sérias complicações, inclusive colocando sua vida em risco em caso de gravidez.

Diante da impossibilidade de gerar o próprio filho, por intermédio da clínica de reprodução assistida *Infertility Center of New York – ICNY*, o casal encontrou

¹⁴⁵FERRAZ, Ana Cláudia Brandão de Barros Correia. **Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização**. 2. ed. Curitiba: Editora Juruá, 2016. p. 77-78

¹⁴⁶Questão do bebê M. do bebê M. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/new-jersey/supreme-court/1988/109-n-j-396-1.html> Acesso em 12 out 2023.

Mary Beth Whitehead que concordou com a celebração de um contrato de maternidade de substituição¹⁴⁷.

No contrato celebrado entre as partes ficou estabelecido que por meio da técnica de reprodução humana assistida consistente na inseminação artificial (IA) o sêmen de Willian seria implantado em Mary Beth, que além de ceder seu útero, seria também a doadora do óvulo da criança que havia concordado em gerar para, ao final gestação, entregar ao casal beneficiário. Portanto, conforme se observa haveria entre Mary Beth e a criança a ser gerada, vínculos biológicos.

Por esta razão, pactuaram em uma das cláusulas do contrato, que após o parto, Mary Beth deveria entregar a criança ao casal e renunciar qualquer vínculo de parentesco com o bebê a fim de facilitar o procedimento para que Elizabeth pudesse adotar a criança, filha biológica de seu esposo sem qualquer embaraço. Para tanto, Mary Beth receberia uma contraprestação financeira no importe de US\$10.000,00 (dez mil dólares).

Como Mary Beth era casada, pela Lei daquele Estado, seu esposo seria o pai presumido do filho que iria gerar, razão pela qual *Richard Whitehead* figurou como uma das partes no contrato, enquanto Elizabeth foi excluída da pactuação, uma vez que não podia ficar evidenciada a transação que envolvia adoção mediante contraprestação, pois nos Estados Unidos é vedada a adoção mediante pagamento em dinheiro.

Com o nascimento da criança, Mary Beth a entregou ao casal conforme acordado previamente, mas logo em seguida se arrependeu e procurou o casal a fim de que permitissem que ficasse com o bebê por mais alguns dias, com o que o casal concordou e entregou a criança a Mary Beth.

Ocorre que Mary Beth não pretendia mais devolver o bebê ao casal e juntamente com seu marido fugiu para a Flórida levando a criança, o que levou Willian a procurar o Judiciário americano, a fim de que Mary Beth fosse compelida a dar cumprimento aos termos do contrato de maternidade de substituição.

Mary Beth conseguiu se esconder com a criança durante três meses e nesse período realizava ligações para Willian, proferindo ameaças de que iria se suicidar e matar o bebê. Essas conversas foram gravadas com autorização judicial, o

¹⁴⁷Annas GJ. **Baby M: babies (and justice) for sale**. Hastings Cent Rep. 1987 Jun;17(3):13-5. PMID: 3610624. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.2307/3562242?sid=nlm%3Apubmed> Acesso em 12 out 2023

que permitiu que a polícia encontrasse o bebê. A partir de então, travou-se uma longa e complexa batalha judicial.

Na primeira instância o contrato foi declarado válido e, portanto, suas cláusulas deveriam ser cumpridas. Assim, seriam rompidos os efeitos do vínculo biológico entre Mary Beth e a criança, cuja guarda seria exclusiva do genitor, e Elizabeth estaria autorizada a adotar o bebê, assim como previsto no contrato de maternidade de substituição.

Mary Beth, irresignada, recorreu da decisão mediante argumentação de invalidade do contrato que feria o princípio de que o melhor interesse da criança era conviver com ambos os pais biológicos e que a decisão de primeira instância estava violando seu direito constitucional de conviver e criar sua filha, o que conflitava também com os direitos decorrentes do poder parental e do estatuto da adoção. Ao final, pediu que lhe fosse concedida a custódia da criança e que o pai biológico tivesse apenas o direito de visitação.

A Suprema Corte de Nova Jersey modificou em parte a decisão de primeira instância e entendeu pela invalidade do contrato de maternidade de substituição, uma vez que suas disposições iam de encontro às políticas públicas do Estado, especialmente no que se refere à lei que proíbe o pagamento em dinheiro para adoção de criança. De acordo com a decisão, a remuneração foi determinante para macular a autodeterminação e forçar Mary Beth a renunciar o poder parental e facilitar a adoção por Elizabeth.

Além disso, a forma como Mary Beth renunciou o poder parental não atendia o que previa a lei vigente à época, segundo a qual a criança deveria ser entregue em uma agência ou divisão de infância e família acompanhada de documento que constasse formalmente a renúncia ao poder parental ou, então, que fosse comprovado de forma irrefutável abandono ou negligência da mãe biológica em relação à criança. Portanto, somente com observação dessa formalidade é que seria possível renunciar à filiação e entregar a criança para adoção.

A Corte entendeu também que Mary Beth não tomou sua decisão de forma suficientemente livre, uma vez que sua decisão de entregar a criança foi tomada muito antes de seu nascimento, motivada pela recompensa de dez mil dólares, o que certamente interferiu em sua autonomia, cuja decisão foi maculada pela possibilidade de ganho financeiro.

Outra disposição contratual que reforçou o entendimento de que o

contrato seria inválido foi a que previa que o genitor estava em situação de vantagem em relação à genitora biológica no que se refere à previsão de que ficaria com a custódia da criança. Pelas leis daquele Estado, a criança deve ser criada pelo pai e pela mãe em condições de igualdade, visando evitar prejuízos ao desenvolvimento da criança e o contrato celebrado entre as partes violava essa previsão legal ao prever a separação da criança de sua mãe, atribuindo ao pai sua custódia exclusiva em detrimento de qualquer direito da genitora.

Ao decidir pela invalidade do contrato de maternidade de substituição, a Suprema Corte entendeu que a decisão que melhor atendia aos interesses da criança era a que determinasse que ficasse sob custódia de seu pai biológico Willian, e Mary Beth poderia exercer o direito de visita, estreitando os laços biológicos com a criança.

A partir desse caso, os contratos de gestação de substituição passaram a ter importante visibilidade e algumas questões foram amplamente debatidas, como exemplo, no que se refere à comercialização de crianças e exploração de mulheres.

Diante disso, vários Estados passaram a regulamentar a gestação de substituição, sendo em alguns vedada, em outro admitida apenas na forma gratuita e em alguns admitidas de forma onerosa, conforme inicialmente destacado nesta pesquisa.

O segundo caso que merece destaque é o caso de *Calvert x Johnson*¹⁴⁸ julgado pela Suprema Corte da Califórnia. *Mark* e *Crispina* eram casados e não podiam ter filhos, uma vez que *Crispina* havia se submetido a uma histerectomia que a impedia de engravidar. Entretanto, considerando que, embora não pudesse engravidar, *Crispina* produzia óvulos saudáveis, o casal encontrou na gestação de substituição a possibilidade de gerar seus próprios filhos.

Em 1990 o casal assinou o contrato de gestação de substituição com *Anna Johnson*, no qual acordaram que o embrião seria formado em laboratório, por meio da fertilização *in vitro*, com material genético do casal *Calvert* e posteriormente seria implantado no útero de Anna, que não teria qualquer vínculo biológico com a criança, razão pela qual concordou em renunciar todos os seus poderes parentais.

Por outro lado, ficou acordado que, em contrapartida, o casal pagaria

¹⁴⁸ EUA. Justia Us Law. *Jhonsom v Calvert*. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/california/supreme-court/4th/5/84.html> Acesso em set 2023.

a Anna o importe de US\$10.000,00 (dez mil dólares) além de um seguro de vida em nome da gestante no valor de US\$ 200.000,00 (duzentos mil dólares).

Ocorre que após *Anna* engravidar, ocorreram alguns desentendimentos entre ela e o casal. *Anna* alegava que o casal não havia feito o seguro de vida, além de exigir a comprovação da realização dos depósitos de valores em seu favor e que se tal não fosse feito, se recusaria a entregar a criança. Diante das ameaças, o casal ingressou com ação para que fossem reconhecidos como os pais da criança que iria nascer. *Anna* ingressou com outra ação na qual pedia a declaração de que ela era a mãe da criança que gestava.

Com o nascimento da criança foi feito o exame de DNA, cujo resultado comprovou que o bebê era filho biológico do casal *Calvert*. A Corte determinou, então, que o casal teria a custódia da criança até a resolução do processo, e à *Anna* foi concedido o direito de visitação.

Em primeira instância o contrato de maternidade de substituição foi considerado válido, tendo a sentença confirmado que *Mark* e *Crispina* eram os pais biológicos da criança e que *Anna* não tinha qualquer direito parental sobre ela, o que levou à revogação do direito de visitação concedido anteriormente. *Anna* apelou dessa decisão à Suprema Corte para que esta fizesse a revisão do caso.

De acordo com o *UPA*, considera-se meio de provas de maternidade tanto o vínculo consanguíneo com a criança quanto o parto. No caso, *Crispina* conseguiu provar que era mãe em razão do vínculo biológico, enquanto *Anna* tinha o parto como meio de prova. Desse modo, ambas conseguiam comprovar que poderiam ser mãe da criança. Nesse caso, a Corte passou a analisar o elemento subjetivo, qual seja, de quem era a intenção de ser mãe, ou seja, quem arquitetou o projeto parental.

Nesse ponto, a Corte concluiu que sem a vontade dos pais genéticos, aquele filho sequer existiria, o que levou a decidir que o casal *Mark* e *Crispina* eram os únicos genitores da criança, não havendo qualquer poder parental entre *Anna* e o bebê que gestou.

Esses casos servem de espelho para aperfeiçoamento das legislações que tratam sobre a gestação de substituição, pois retratam parte dos problemas que podem surgir no processo.

No Brasil, a gestação de substituição é admitida desde 1992, sendo regulamentada pela primeira vez por meio da Resolução nº. 1.358, de 19 de novembro de 1992, do Conselho Federal de Medicina, e desde então, são as Resoluções do

CFM que apresentam quais requisitos devem ser observados para que a técnica seja realizada.

3.2 O PAPEL DO BIODIREITO E DA BIOÉTICA NA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

O estudo do Biodireito e da Bioética é essencial quando se trata de questões envolvendo a reprodução humana assistida, como forma de limitar a própria ação humana, o que é necessário especialmente diante de massacres históricos que abalou todo o mundo, como as duas grandes guerras e o período marcado por massacres nazistas. Francesco Belino¹⁶⁷, explica que a Bioética é um terreno de confronto de saberes sobre problemas surgidos do progresso das ciências biomédicas, das ciências da vida, em geral das ciências humanas”.

E foi justamente a partir das experiências realizadas com seres humanos no Século XX que as pesquisas acerca dos fundamentos bioéticos se consolidaram, especialmente no período da Alemanha nazista, ocasião em que se disseminaram condutas médicas com finalidades eugênicas, em busca da criação da raça que consideravam ideal.

As guerras mundiais também causaram imensurável massacre de seres humanos e, a partir desses eventos humanitários catastróficos surgiram os direitos humanos e o indivíduo passou a ser considerado sujeito de direitos e não objeto deles, sendo colocado acima da ciência.

Todas essas questões envolvendo o direito à vida e os direitos da personalidade estão intrinsecamente ligados ao estudo do Biodireito e da Bioética. Adriana Maluf¹⁶⁸ explica que “o termo Bioética surgiu na década de 1970 e tinha por objetivo deslocar a discussão acerca dos novos problemas impostos pelo desenvolvimento tecnológico de um viés mais tecnicista para um caminho pautado pelo humanismo”.

O papel da bioética é fundamental em todos os aspectos relacionados à conduta humana no campo das ciências que estudam a vida, atuando principalmente em condutas abusivas que possam causar graves danos à

¹⁶⁷ BELLINO, Francesco. Tradução Nelson Souza Canabarro. **Fundamentos da Bioética – aspectos antropológicos, ontológicos e morais**. Bauru: EDUSC, 1997. p.33

¹⁶⁸ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. Curso de Bioética e Biodireito. 2ª ed., São Paulo: atlas, 2013. p. 7.

humanidade.

Por essa razão, Potter¹⁶⁹ afirma que há uma imensa necessidade de “uma ética da terra, uma ética para a vida selvagem, uma ética de populações, uma ética do consumo, uma ética urbana, uma ética internacional e assim por diante (...)”. E, assim, definiu o conceito de bioética como sendo “a combinação da Biologia com conhecimentos humanísticos diversos, constituindo uma ciência que estabelece um sistema de prioridades médicas e ambientais para a sobrevivência aceitável”

Para Sanches¹⁷⁰ a Bioética é a “ciência do comportamento moral dos seres humanos diante de toda intervenção da biotecnociência e das ciências da saúde sobre a vida, em toda a sua complexidade”. O estudo da Bioética é essencial para dar um viés humanista a situações que surgiram a partir do avanço da biotecnologia e da bioengenharia genética.

Dalmo de Abreu Dallari¹⁷¹ afirma que o Comitê Internacional de Bioética foi criado em 1993 por iniciativa da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura - UNESCO, em razão das preocupações éticas que surgiam em decorrência dos avanços científicos e tecnológicos relacionados à vida, em especial no âmbito da genética. Afirma, ainda que, a relação da vida humana em si, bem como dos outros seres vivos e com “a natureza circundante tem ampliado rapidamente a extensão e a diversidade da abrangência da Bioética, à medida que cada reflexão ou discussão revela a necessidade de consideração de novos aspectos”.

Maria Helena Diniz¹⁷³ pontua que a bioética se trata de um “(...) campo disciplinar compromissado com o conflito moral na área da saúde e da doença dos seres humanos (...) seus temas dizem respeito a situações de vida que nunca deixaram de estar em pauta na história da humanidade”.

É certo que a atuação da bioética pode variar ao redor do mundo, uma vez que pode ter aplicabilidade diferenciada a depender de diversos fatores, como religião e cultura, por exemplo. Entretanto, os princípios norteadores da Bioética devem ser sempre resgatados quando se trata de estudo que envolve, de alguma forma, a vida humana.

¹⁶⁹ POTTER, Van Rensselaer. **Bioethics: bridge to the future**. New Jersey: Prentice Hall, 1971.

¹⁷⁰ SANCHES, Mario Antonio. **Bioética: ciência e transcendência**. São Paulo: Loyola, 2004, p.21

¹⁷¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Bioética e direitos humanos. A vida como valor ético**. In: COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira (Org.). **Iniciação à Bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998.

¹⁷³ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. Pp. 1-9.

O avanço biotecnológico que incide sobre a vida humana exige a atuação da bioética e do biodireito como limitadores da própria ação humana. Sem dúvida, esse avanço é positivo e acarreta inúmeros benefícios para a humanidade, entretanto, não se pode olvidar que também apresentam elevados riscos, como as diversas experiências praticadas com seres humanos verificados a partir do Século XX, marcado pelo período nazista e a segunda guerra mundial.

Deste modo, a fim de garantir que direitos relacionados à vida sejam efetivamente preservados assim como todos os demais direitos fundamentais previstos na Constituição Federal e em documentos internacionais, é primordial que tanto o Direito quanto a Biologia e Biotecnologia sejam estudados à luz do Biodireito, uma vez que esse ramo se preocupa com temas relacionados à vida humana e sua aplicação social.

Pesquisas científicas no campo da biotecnologia trazem significativas contribuições para a sociedade, como exemplo, as pesquisas com material genético, a criação de organismos geneticamente modificados (OGMs), o descobrimento de novos medicamentos, novos alimentos, a cura para diversas doenças e o impedimento de desenvolvimento de tantas outras.

O Projeto Genoma foi um dos grandes acontecimentos que marcou o século XX e, a partir dele, foi possível ao ser humano obter o conhecimento de sua herança genética por meio da decodificação do DNA, tornando possível a modificação de genes causadores de doenças hereditárias e congênitas e a consequente cura de diversas doenças.

Concomitantemente aos benefícios trazidos por todas essas novas descobertas e por todas aquelas que ainda virão, surgem questões relacionadas ao campo do biodireito e também da bioética que merecem ser debatidas.

O papel da bioética é alicerçado em quatro princípios basilares, também denominados referenciais bioéticos. São eles o princípio da autonomia, princípio da beneficência, princípio da não maleficência e princípio da justiça, e seu estudo e aplicabilidade são fundamentais para impedir a instrumentalização do ser humano.

O estudo da bioética é interdisciplinar, no sentido que envolve questões entre medicina, biologia, ética e o direito e tem como fim investigar as condições que são necessárias para a coexistência da vida humana, animal e da

responsabilidade ambiental¹⁷⁴.

Trata-se, portanto, “da ciência da sobrevivência do homem e da natureza preservando a harmonia universal, em virtude do descontrolado crescimento da tecnologia industrial. Envolvem conflitos e valores de difícil solução”¹⁷⁵.

O estudo da bioética se tornou indispensável em assuntos como transplantes, eutanásia, reprodução humana assistida, manipulação genética, cirurgia de transgenitalização, dentre tantos outros temas de solução complexa.

Os princípios bioéticos são importantes instrumentos que atuam como limitadores da ação humana e como mecanismo auxiliar na tomada de decisão, razão pela qual seu estudo é relevante para esta dissertação.

3.2.1 Princípio da Autonomia

O Relatório Belmont: Princípios Éticos e Diretrizes para a Proteção de Sujeitos Humanos de Pesquisa, Relatório da Comissão Nacional para a Proteção de Sujeitos Humanos de Pesquisa Biomédica e Comportamental, promulgado em 1978, nos Estados Unidos¹⁷⁶ estabeleceu a base principiológica da Bioética como uma reação às experiências humanas praticadas na segunda Guerra Mundial.

Dentre eles, encontra-se o princípio da autonomia, segundo o qual, as pessoas devem ser tratadas como agentes autônomos e aquelas que tiverem eventualmente sua autonomia diminuída, devem ser protegidas.

O estudo desse princípio é essencial e de grande relevância quando se trata de temas relacionados ao próprio corpo, como são os casos envolvendo todos os aspectos da reprodução humana assistida, uma vez que nesses casos deve prevalecer a autodeterminação do indivíduo, incluindo seus princípios, modo de vida, suas crenças e valores morais ou religiosos.

O pensamento de Immanuel Kant é de grande relevância para o estudo da autonomia no campo ético. Para ele, a autonomia permite que o indivíduo seja livre para fazer escolhas, as quais devem ser pautadas sobretudo por leis morais, correspondentes ao senso de responsabilidade que cada indivíduo deve ter consigo

¹⁷⁴ Maluf, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Bioética e Biodireito**. 2º ed. São Paulo: Atlas S.A, 2013. p.6

¹⁷⁵ MARINO JR. Raul. **Em busca de uma bioética global**. São Paulo: Hagnos, 2009. P. 97

¹⁷⁶National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research, Department of Health, Education and Welfare (DHEW) (30 de setembro de 1978). The Belmont Report (PDF). Washington, DC: United States Government Printing Office.

e com os demais integrantes da coletividade. Para Kant, a autonomia da vontade “é a constituição da vontade, pela qual e para si mesmo uma lei – independentemente como forem constituídos o objeto do querer, o princípio da autonomia e, pois, não escolher de outro modo, mas sim deste.”¹⁷⁷

Pelo princípio da autonomia deve ser preservada a capacidade de cada indivíduo atuar com exclusividade nas decisões que digam respeito à sua vida, e para tanto, é necessário que haja o devido esclarecimento de todo e qualquer procedimento ou intervenção médica que a pessoa possa ser submetida, para que sua decisão seja livre, informada e segura.

Por esta razão, é primordial que todas as pessoas envolvidas no processo de reprodução humana assistida devam observância a este referencial bioético, uma vez que a decisão de ter um filho perpassa por uma análise personalíssima fundamentada em conhecimento livre e esclarecido sobre todas as fases do procedimento ao qual a pessoa será submetida.

E para tanto, a pessoa deve ter total domínio sobre sua própria vida, devendo ser obstada intervenções que não sejam conscientemente desejadas pela pessoa submetida a tratamento médico ou a qualquer situação que diga respeito ao seu próprio corpo.

3.2.2 Princípio da Beneficência e Não Maleficência

Decorre do princípio da beneficência o entendimento segundo o qual todos os profissionais da área da saúde devem atuar buscando sempre atender ao bem estar do paciente empreendendo todos os meios necessários. Trata-se de um princípio previsto no Juramento de Hipócrates, e também são referenciados no Relatório Belmont de 1978.

Pelo princípio da beneficência, os profissionais da saúde, especialmente os médicos, somente podem se valer de determinado tratamento em benefício do enfermo. E por outro lado, o princípio da não maleficência estabelece que o tratamento nunca pode ser usado para lhe causar mal, em obediência ao dever moral de agir em benefício de outrem.

Extrai-se dos ensinamentos de Frankena que o princípio da

¹⁷⁷ KANT, I. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Rio de Janeiro: Ediouro, 1978. p. 70-71.

beneficência estabelece que deve ser promovido o bem e evitado o mal e quando se manifestarem situações conflitantes, deve buscar extrair do princípio a interpretação segundo a qual se deve buscar conseguir o maior resultado possível do bem em relação ao mal¹⁷⁸.

Portanto, de acordo com esses princípios bioéticos, os profissionais de saúde devem atuar sem causar dano, buscando maximizar os benefícios, empreendendo esforços para reduzir os riscos, que não raramente estão presentes nos procedimentos médicos.

3.2.3 Princípio da Justiça

Decorre do princípio da justiça o entendimento segundo o qual na prática médica deve ser feita uma distribuição equitativa dos benefícios e dos riscos pelos profissionais da saúde, evitando a discriminação entre pacientes. Quando uma pessoa tem negado um tratamento ao qual tenha direito, configurada está a violação ao princípio da justiça. Portanto, o tratamento deve ser de forma equitativa, segundo as necessidades que cada caso recomenda, sendo vedado tratamento discriminatório em todos os casos.

Para Aristóteles, a justiça era entendida como um bem maior, uma vez que para ele todas as coisas visam a um bem e a justiça é o bem maior. Surge, portanto, o conceito de justiça distributiva, resultando no pensamento de que os iguais devem ser tratados de forma igual e os desiguais de forma desigual, pois para ele "(...) se as pessoas não forem iguais, elas não terão uma participação igual nas coisas"¹⁷⁹. Para ele cada pessoa somente deverá receber uma porção das honras e dos bens, proporcionalmente ao seu mérito.

Não tem como estudar o princípio em tela sem relembrar a teoria da justiça de John Rawls¹⁸⁰, criada nos anos 70, na época da Guerra Fria, quando havia uma disputa entre socialismo e capitalismo e o filósofo buscava encontrar um meio termo entre os dois sistemas.

¹⁷⁸FRANKENA, William Klaas. **Ética**. Rio de Janeiro: Zahar, 1981p. 61-62.

¹⁷⁹ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. In: Coleção "Os pensadores", São Paulo: Nova Cultural Ltda, 1996.

¹⁸⁰ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Almiro Pisseta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997

Seu interesse surgiu quando percebeu que nos Estados Unidos a população negra vivia em condições desfavoráveis em comparação com a população branca, constatando que naquele País havia um ciclo de pobreza. Ou seja, os pretos nasciam pobres e tinham poucas oportunidades o que fazia com que continuassem sempre pobres, além da existência do racismo que piorava as chances de alcançar uma vida melhor. Considerando que não tinham como dar uma vida melhor aos filhos, ciclo se repetia sucessivamente.

Em sua Teoria da Justiça, tentou unir os direitos à liberdade social e liberdade individual e para isso elaborou três princípios: princípio da liberdade igual; princípio da oportunidade justa e princípio da diferença.

Pelo princípio da liberdade igual, a sociedade deve garantir liberdade básicas iguais a cada indivíduo desde que não prejudique a liberdade de outras pessoas. Essas liberdades são as liberdades de cidadania que inclui liberdade política e de consciência.

Pelo princípio da oportunidade justa, quando as pessoas estiverem em condições iguais, elas devem ter acesso à mesma chance sem qualquer tipo de preconceito, racismo ou discriminação e quando elas não estiverem acesso à mesma chance, ou seja, quando estiverem em condições desiguais deve ser aplicado o terceiro princípio, que é o princípio da diferença.

Pelo princípio da diferença, Rawls entende que a sociedade deve tratar a todos da mesma forma, entretanto, uma desigualdade de oportunidade pode ser admitida desde que beneficie os menos favorecidos. Isto é, o Estado deve ajudar mais aqueles que precisam mais, dando mais oportunidades aos menos privilegiados, pois é assim que se corrige a estrutura básica da sociedade para se ter um mundo menos miserável.

A forma como o Estado pode proporcionar isso é fornecendo uma base para que cada pessoa possa sobreviver, oferecendo o mínimo que cada um precisa para ter uma existência digna, como saúde e educação.

De acordo com o princípio da diferença, os cargos e posições devem ser acessíveis a todas as pessoas em condição de igualdade equitativa de oportunidades, beneficiando ao máximo os membros da sociedade que se encontrem em condição desfavorável.

Talvez a parte mais importante da teoria da justiça de Rawls seja o procedimento proposto por ele para identificar o que é uma sociedade justa. Para

tanto, o filósofo parte do problema segundo o qual, nem sempre as pessoas são imparciais ao pensar o que é justo ou injusto.

Assim, somente é possível decidir de forma imparcial quando se está no estado originário e com uma venda nos olhos que impeça o indivíduo de conhecer suas características individuais, como raça, cor, classe social ou gênero. Deste modo, todos devem ser tratados com imparcialidade.

Segundo seu pensamento, ao se imaginar uma sociedade justa, é necessário fazer o mesmo, é preciso que cada indivíduo se imagine atrás desse véu da ignorância, pois essa seria a única forma de se decidir algo com imparcialidade.

Como forma de compensar as desigualdades sociais, defendia o uso de ações afirmativas, pois de acordo com seu pensamento, não basta que as oportunidades estejam disponíveis apenas no papel. É preciso criar condições reais para que seja concedido acesso a todos, ainda que seja de maneira diferente.

Pelo princípio bioético da justiça, a exemplo do que estabelece a teoria da justiça de Rawls, é possível concluir que a todos os indivíduos deve ser garantida uma condição igualitária de benefícios, especialmente quando se trata de serviços relacionados à saúde, sendo vedada qualquer forma de discriminação.

Para Maria Helena Diniz, o princípio em tela está intimamente vinculado ao princípio da igualdade, ao garantir “a distribuição justa, equitativa e universal dos direitos, dando a cada um o que e seu (...)” e, portanto, todos devem ter acesso os recursos proporcionados pelo avanço da tecnologia, como decorrência do princípio da justiça¹⁸¹.

Deste modo, o princípio em estudo relaciona-se não apenas com a atuação verificada entre médico e paciente, mas com todas as pessoas individualmente consideradas.

¹⁸¹ DINIZ, Maria Helena. O estado atual do biodireito. 3º ed, rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 39.

4 GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO COMO NEGÓCIO BIOJURÍDICO

Negócios biojurídicos são aqueles que tem como objeto direitos da personalidade relacionados à saúde e ao próprio corpo¹⁸² da pessoa e se incluem na categoria dos negócios jurídicos extrapatrimoniais. A gratuidade, em regra, é a essência desses negócios.

A dissertação adota o entendimento de que os negócios biojurídicos são espécie do gênero negócios jurídicos, que contemplam direitos da personalidade. Nesse sentido, as professoras Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador e Juliana Carvalho Pavão pontuam que os negócios biojurídicos são uma categoria de negócios jurídicos extrapatrimoniais, cujo objeto são os direitos da personalidade e, desse modo, afirmam que “falar em negócio biojurídico é tratar de uma espécie de negócio jurídico considerado um gênero.”¹⁸³

A pactuação envolvendo a reprodução humana assistida será tratada na dissertação como uma categoria de negócio biojurídico. Além deste, existem outros exemplos, como as diretivas antecipadas de vontade, doação de órgãos para transplante, doação de sangue, entre outros. Esses negócios são dotados de características próprias e específicas que por vezes se aproximam de negócio jurídico e em outras se identificam mais com atos jurídicos¹⁸⁴.

Quanto aos negócios jurídicos que envolvem o direito da personalidade, Maria Helena Diniz entende que "o caráter gratuito desse negócio seria essencial, pois uma remuneração poderá alterar a liberdade de decisão e, além disso, o corpo humano é considerado bem fora do comércio."¹⁸⁵

O entendimento acerca da vedação do caráter econômico e da busca pelo lucro ou contraprestação financeira envolvendo direitos existenciais e os negócios biojurídicos tem como escopo evitar a objetificação e instrumentalização do ser humano, sob pena de violação de sua dignidade. De acordo com Kant¹⁸⁶ quando

¹⁸² MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Negócios biojurídicos**. In: PONA, Éverton Willian; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do; MARTINS, Priscila Machado (Coord.). *Negócio jurídico e liberdades individuais: autonomia privada e situações jurídicas existenciais*. Curitiba: Juruá, 2016.

¹⁸³ CARVALHO Pavão, J.; GÓIS Paula B. de. RESQUETTI Tarifa Espolador, R. de C. (2018). **Negócios Biojurídicos e seus limites**. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 35, n. 1: 289-315, jan./jun. 2019. p. 296

¹⁸⁴ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa. PAVÃO, Juliana Carvalho. MENEGUCE, Cassia Pimenta. **Gestão de Substituição como Negócio Biojurídico no Contexto das Relações Familiares Contemporâneas. Direito de Família. Aspectos Contemporâneos**. São Paulo: Almedina Brasil. p.130

¹⁸⁵ DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 10.ed. São Paulo: Saraiva. (E-book), p. 840.

¹⁸⁶ KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução de Paulo Quintela - Lisboa: Edições 70, 2007.p, 68.

o indivíduo passa a ser um meio para atingir determinada finalidade há uma violação à sua dignidade e a pessoa deixa de ser um fim em si mesmo.

Nesse ponto, é importante esclarecer que, de fato, a onerosidade pode em muitos casos macular as relações jurídicas envolvendo os direitos existenciais, com reflexo direto na violação da dignidade humana, especialmente quando as pessoas são tratadas como um objeto mercadológico.

Questões envolvendo a reprodução humana assistida estão diretamente relacionadas aos direitos fundamentais e aos direitos da personalidade, portanto, a valores e princípios constitucionais. Por esta razão não é simples debater a possibilidade de realização de negócios jurídicos envolvendo esses direitos.

O que define a oponibilidade do negócio jurídico é a criação de vínculos obrigacionais que possam ser juridicamente exigíveis com base em princípios orientadores da ordem jurídica. Esses direitos e obrigações devem ser específicos e delimitados, e ainda que fundamentados em valores jurídicos que não sejam essencialmente patrimoniais, vinculam as partes.

E é nessa perspectiva de negócio jurídico dotado de vinculação e juridicidade fundado em valores principiológicos que a pesquisa defende a possibilidade de celebração de negócio biojurídico envolvendo a reprodução humana assistida, consistente na gestação de substituição.

Os negócios biojurídicos podem ser classificados da mesma forma que os negócios jurídicos em geral, podendo ser unilaterais ou bilaterais, cujo alicerce é a autonomia privada.¹⁸⁷ Desse modo, devem observância aos mesmos pressupostos previstos para os negócios jurídicos em geral, sendo que a diferença substancial reside no vínculo obrigacional, que nos negócios biojurídicos se fundamenta em valores e princípios constitucionais.

Revisitar alguns pontos da teoria dos negócios jurídicos prevista no Código Civil Brasileiro de 2002 se mostra relevante para, ao final, chegar a conclusão acerca da possibilidade ou não da pactuação envolvendo os direitos fundamentais e direitos da personalidade, com ênfase na gestação de substituição, conforme será tratado neste trabalho.

Deste modo, é imperiosa a análise da evolução da autonomia da

¹⁸⁷ CARVALHO Pavão, J.; GÓIS Paula B. de. RESQUETTI Tarifa Espolador, R. de C. (2018). **Negócios Biojurídicos e seus limites**. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 35, n. 1: 289-315, jan./jun. 2019. P. 296

vontade como forma de compreensão do atual alcance das expressões que dela decorrem, como autonomia privada, autodeterminação e autonomia existencial, a seguir tratadas.

4.1 EVOLUÇÃO E ALCANCE DAS EXPRESSÕES AUTONOMIA DA VONTADE, AUTONOMIA PRIVADA, AUTODETERMINAÇÃO E AUTONOMIA EXISTENCIAL

Para a realização dos negócios jurídicos é essencial a análise da vontade válida do agente, sem a qual, qualquer negociação se torna passível de nulidade. O artigo 104, inciso I, do Código Civil estabelece como um dos pressupostos do negócio jurídico que o agente seja capaz de manifestar livremente sua vontade.

Ao longo dos anos, a concepção de autonomia da vontade passou por importante evolução. Sua origem remonta à concepção da teoria contratual, haja vista que é nos contratos que a liberdade privada individual encontra a mais ampla forma de manifestação e, portanto, a maior expressão dos negócios jurídicos.

Os conceitos de autonomia de vontade e de autonomia privada possuem abrangência diferenciadas, sendo que o ponto que as aproxima é que ambas as formas de manifestação da vontade se encontram na esfera de liberdade individual da pessoa.

Segundo ensina Miguel Reale, origina-se no Direito Canônico a consagração da declaração de vontade como fonte de obrigações, uma vez que a palavra dada por aquele dotado de discernimento gerava obrigações de caráter moral e jurídico¹⁸⁸. Nesse período surge a teoria dos vícios de consentimento, pois para os cânones da igreja católica, a declaração manifestada sem qualquer vício e com a manifestação de vontade puramente declarada, acarretava a obrigatoriedade dos contratos, sob a proteção divina¹⁸⁹.

A escola de Direito Natural muda essa perspectiva e o entendimento de origem divina do direito subjetivo é substituído pelas liberdades individuais, tendo como base principalmente as ideias de Kant, para quem a pessoa humana é um ser dotado de razão e fonte do direito, uma vez que é por meio de seus atos e de sua

¹⁸⁸ REALE, Miguel. **Nova fase do direito moderno**. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 61

¹⁸⁹ MARTINS, Anne Shirley de Oliveira Rezende; REIS, João Paulo Alves dos. Autonomia de vontade e causas de nulidade do matrimônio canônico em razão de vício de consentimento. *VirtuaJus*, Belo Horizonte, v. 2, n. 3, p. 85-97, 2º sem. 2017 – ISSN 1678-3425. Disponível em: <file:///C:/Users/pimen/Downloads/16779-Texto%20do%20artigo-60845-1-10-20180302.pdf> Acesso em 06 mar 2024.

vontade que o direito se realiza¹⁹⁰.

Kant exerceu forte influência especialmente no Direito Alemão e suas ideias serviram de base para o entendimento segundo o qual a vontade manifestada sem vícios é considerada fonte dos contratos.”¹⁹¹

Gustavo Tepedino e Carlos Nelson Konder lembram que o liberalismo econômico ocorrido nos Séculos XVII e XVIII, foi marcado pela mínima intervenção do Estado e esse fator foi essencial para a burguesia encontrar nos contratos a oportunidade para alcançar seus fins econômicos, uma vez que por meio deles haveria maior liberdade na circulação de bens e serviços.

Nesse período, a vontade era livre nas relações contratuais e a imposição de deveres jurídicos aos indivíduos era quase inexistente, especialmente no que se refere à sua liberdade contratual, uma vez que “o predomínio da vontade nos contratos se revelava como a expressão genuína da liberdade nas relações privadas”.¹⁹²

A autonomia da vontade passa a ser considerado o princípio norteador das relações privadas que irá refletir na máxima da força obrigatória dos contratos. Deste modo, na ótica do liberalismo o contrato passa a ser o principal instrumento para realização dos interesses individuais e o Código Civil Brasileiro de 1916 foi permeado pelas ideias liberais, fundadas na autonomia privada, por influência do Código Civil alemão.

O período do Liberalismo Econômico era claramente individualista o que culminou na grande crise social em razão da enorme desigualdade que existia entre as classes, agravadas por duas guerras no decorrer do Século XX. Com isso, o Estado Liberal é transformado em Estado Social, marcado essencialmente pelos direitos sociais, que surgem após a Primeira Guerra Mundial e com a Constituição de Weimar. Surge assim, um novo modelo político e jurídico, no qual o Estado passa a garantir a todos os indivíduos os bens mínimos necessários para sua sobrevivência os contratos não podiam mais estar baseados unicamente no exercício de liberdade dos indivíduos¹⁹³.

¹⁹⁰MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 44

¹⁹¹ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. In: Crítica da razão pura e outros textos filosóficos. Col. Os pensadores. São Paulo: Abril, 1974, p. 243

¹⁹² TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. **Fundamentos do direito civil**, vol. 3 – Contratos. 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2021. P. 60 (E-book)

¹⁹³ Idem, ibidem, op. cit. p. 61 (E-book).

Surge, então, o Estado com viés intervencionista, protecionista e regulador que irá implicar em normas de paridade entre as partes, com reflexos na liberdade contratual, por meio do combate ao lucro desproporcional, à má-fé e ao proveito das classes menos favorecidas.

Ao celebrar um contrato, os envolvidos criam leis que tem validade entre eles e, até prova em contrário, são fontes de obrigações, com fundamento na liberdade contratual. Carlos Roberto Gonçalves entende que “a autonomia da vontade se alicerça exatamente na ampla liberdade contratual, no poder dos contratos de disciplinar os seus interesses mediante acordo de vontade, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica”.¹⁹⁴

Diante da atuação mais efetiva do Estado nas relações negociais, a autonomia que antes era irrestrita passa a sofrer limitações, devendo respeito à esfera de liberdade tanto do outro contratante como da sociedade como um todo. Inicia-se, assim, a transformação do conceito de autonomia da vontade para autonomia privada.

A autonomia privada, por sua vez, é um dos princípios informadores do Direito Privado e é o poder conferido às partes para autorregulamentar suas relações jurídicas, com observância aos limites legais, dentre eles, as normas de ordem pública, bons costumes e princípios gerais do Direito. Pode-se afirmar que se trata de um poder legalmente conferido aos indivíduos para que tenham liberdade de criar regras jurídicas que irão estabelecer e determinar o conteúdo e o efeito dos atos por eles praticados.

Com fundamento na autonomia privada as pessoas possuem liberdade negocial especialmente nas questões particulares que digam respeito aos seus próprios interesses e que irá gerar reflexos no campo do direito obrigacional, especificamente nos negócios jurídicos, pois é por meio dele que as partes envolvidas estabelecem o conteúdo da obrigação e os efeitos que serão desejadamente atingidos.

O exercício da autonomia privada, embora seja corolário do direito fundamental de liberdade, não é mais um direito absoluto como se acreditava à época do liberalismo econômico, uma vez que atualmente os negócios jurídicos devem obediência aos limites legais previstos no ordenamento jurídico, como a boa-fé, a

¹⁹⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. Contratos e Atos Unilaterais**. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 19 (E-book).

função social do contrato e demais princípios jurídicos¹⁹⁵.

Nesse ponto é importante destacar que nem todos os efeitos ou consequências dos atos praticados podem ser previamente estabelecido em cláusulas contratuais. Citem-se, como exemplos, os atos jurídicos em sentido estrito, dentre os quais, o ato de reconhecer determinada filiação. Os envolvidos têm liberdade para praticar os atos necessários para comprovação da filiação, entretanto, uma vez configurada a relação familiar, os efeitos daí decorrentes resultam exclusivamente de lei, sem qualquer interferência das partes, uma vez que se tratam de normas de ordem pública.

A autonomia privada é instituto que tem maior aplicabilidade no direito das obrigações, mas não é exclusividade desse ramo do direito privado. Cite-se a margem de liberdade que as partes têm para estabelecer regras a respeito do direito patrimonial no campo do Direito das Famílias, a exemplo da escolha de regime de bens de casamento, das regras impostas no pacto antenupcial podendo inclusive criar regras não estejam expressamente previstas em lei, desde que não sejam *contra legem*.

É inegável que embora a autonomia privada seja, de fato, juridicamente reconhecida como um poder, não se trata de poder absoluto, uma vez que nem mesmo as regras negociais são absolutamente independentes, devendo encontrar seu fundamento de validade no próprio ordenamento jurídico.

Deste modo, a autonomia privada deve ser exercida nos limites impostos pela lei e também em princípios presentes no ordenamento jurídico, isto é, a regra é a manifestação livre da vontade, sem se descurar da necessária observância das limitações impostas pelo Estado. Significa dizer que ao celebrar um negócio jurídico as partes dispõem de liberdade para escolher os efeitos que desejam sejam produzidos. Entretanto, para a validade do negócio jurídico deve haver estrita observância aos limites de liberdade colocada a disposição dos indivíduos por meio de lei, aos quais o negócio se subordina.

Analisando o contexto brasileiro, na vigência do Código Civil de 1916 a liberdade contratual era influenciada pelo liberalismo econômico, ocasião em que as liberdades individuais eram orientadas pela autonomia da vontade, ao passo que o diploma atual estabelece com mais rigor os limites que devem ser observados pelas

¹⁹⁵ TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. **Fundamentos do direito civil**, vol. 3 – Contratos. 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 62 (E-book)

partes contratantes, os quais são orientados especialmente pelos princípios da socialidade, operabilidade e eticidade.

O Código Civil Brasileiro de 2002 apresenta uma nova conotação no que se refere ao direito contratual que, muito embora seja permeado pela autonomia privada, para além dos interesses das partes envolvidas, devem ser observadas questões de ordem social, submetidas às normas jurídicas constitucionais e infraconstitucionais.

Com a nova ordem civil, o Estado passa a assumir o papel intervencionista buscando garantir os interesses sociais e para isso é necessário estabelecer limites à autonomia privada, o que irá culminar no denominado dirigismo contratual, reflexo da intervenção do Estado nos negócios jurídicos¹⁹⁶. Dentre esses limites estão a função social do contrato prevista no artigo 421 do CC/2002, a boa-fé objetiva, constante do artigo 422 do mesmo diploma e a função social da propriedade expressa no parágrafo único do artigo 1.228 do CC/2002.

Por meio dessas cláusulas gerais é possível que o Estado, através do Poder Judiciário, analise se os valores que devem ser protegidos por esses princípios no caso concreto foram observados em um determinado negócio jurídico.

No que se refere às cláusulas gerais, Judith Martins-Costa esclarece que por meio dessas cláusulas o aplicador do direito poderá visualizar a pessoa em sua concretude, para então descer ao plano abstrato, uma vez que para ela, o método da concreção permite a revelação da diversidade entre as fases que compõem o “iter obrigacional, permitindo assim que a diversidade material que esteja eventualmente na sua base conduza à adoção da tutela jurídica adequada à situação”¹⁹⁷

Deste modo, ao legitimar a intervenção do Estado nas relações privadas, o Código adota claramente uma função econômico-social, ao admitir que os contratos sejam judicialmente revistos. Como se observa nos casos em que a resolução contratual é admitida em casos de execução continuada, quando a prestação se tornar onerosamente excessiva, conforme expressamente previsto no artigo 478 do Código Civil.

Observa-se uma maior incidência das normas de ordem pública que culminam na limitação da autonomia privada dos indivíduos, cuja finalidade é

¹⁹⁶ TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. **Fundamentos do direito civil**, vol. 3 – Contratos. 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 64 (E-book)

¹⁹⁷ MARTINS - COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código civil, volume V, tomo I: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 09.

promover uma igualdade material entre os indivíduos envolvidos na relação contratual, preservando de um lado, a dignidade da pessoa humana e, de outro, a liberdade contratual externada através da autonomia privada, especialmente quando estiver presente direitos da personalidade.

É importante destacar que a autonomia privada, instituto de caráter eminentemente patrimonial, necessita de uma adequação em sua interpretação para atingir as situações jurídicas existenciais que contemplam os direitos da personalidade. Nesse ponto, Gustavo Tepedino pontua que a autonomia patrimonial e existencial devem ser “apartadas, sendo incompatível com o sistema a utilização da técnica patrimonial para a tutela da personalidade”¹⁹⁸.

Ana Carolina Teixeira Brochado defende que, em se tratando de direitos da personalidade, são necessárias “mudanças qualitativas no tratamento jurídico da autonomia.”¹⁹⁹ No mesmo sentido, é o posicionamento de Tepedino, ao explicar que a preeminência da tutela jurídica existencial em relação à patrimonial exige “tratamento qualitativamente diverso, já que, sob a influência da principiologia constitucional, a tutela do “ter” é instrumental à tutela do “ser”²⁰⁰.

Significa dizer que a liberdade contratual para os negócios em geral deve ser qualitativamente diversa daquela que se verifica na autonomia da pessoa que irá escolher seu modelo ideal de família, a definição de sua identidade pessoal ou a disposição de seu próprio corpo.

Resta evidente que os direitos relacionados à personalidade da pessoa não podem ser tratados com o mesmo alcance de um contrato que tenha por objeto a venda de uma mercadoria.

A distinção entre eles é evidente. No primeiro caso o que se persegue é a obtenção de maior lucro possível, ao passo que no segundo, se trata de ato diretamente relacionado à dignidade da pessoa humana. Na concepção de Pietro Perlingieri, a personalidade é um valor e, nesse sentido, aberta a uma série de situações existenciais “(...) nas quais se traduz a sua incessantemente mutável exigência de tutela”²⁰¹

¹⁹⁸ TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. **Fundamentos do direito civil**, vol. 3 – Contratos. 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 63 (E-book)

¹⁹⁹ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Autonomia existencial**. Revista Brasileira de Direito Civil - RBDCivil, Belo Horizonte, v. 16, p. 75-104, abr./jun. 2018. p.7

²⁰⁰ Idem, ibidem, op. cit. 63 (E-book)

²⁰¹ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil. Introdução ao direito civil constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

Diante das experiências de eugenia e do massacre que marcou o século XX, houve uma mudança no pensamento jurídico e o direito passou a tutelar a pessoa, reconhecendo os direitos da personalidade, que tem como maior expressão na criação dos direitos humanos. O Estado passa a intervir de forma mais efetiva nas relações privadas e a liberdade contratual passa a se adequar aos comandos da função social dos contratos.

No Brasil, graças ao advento da Constituição Federal de 1988, em grande parte sob influência de documentos internacionais sobre Direitos Humanos, o indivíduo passou a ter uma ampliação nos direitos fundamentais.

Como corolário do princípio da dignidade da pessoa humana, a liberdade individual ganha papel de destaque ao atribuir valor jurídico às decisões que digam respeito a vida do próprio ser humano, tendo o Estado o papel de garantir que tais decisões sejam respeitadas por todos os demais membros da coletividade bem como pelo próprio Estado.

O fundamento da autonomia privada nas situações jurídicas existenciais, diferentemente dos negócios jurídicos patrimoniais, é a dignidade da pessoa humana e a liberdade de autorregular e autogovernar a própria vida. A autonomia contratual direcionada aos negócios patrimoniais encontra seu fundamento na livre iniciativa e é por esta razão que a autonomia exige um tratamento qualitativo diferenciado, porque os objetos tutelados são diferentes²⁰².

A razão da existência das situações jurídicas existenciais é o próprio ser humano, ao passo que nos negócios jurídicos patrimoniais é um bem ou uma coisa, suscetível de valoração econômica. Nas primeiras o bem da vida a ser protegido é o direito da personalidade e, nos segundos, é essencialmente o patrimônio.

Portanto, a partir da Constituição Federal de 1988, a pessoa humana passa a ser o centro do ordenamento jurídico, relegando o patrimônio a um segundo plano, muito embora mantenha alto grau de relevância e proteção jurídica, o que é absolutamente necessário para se preservar a integridade dos negócios jurídicos. Entretanto, é inegável que o ser passa a ter uma expressão mais relevante do que o ter perante o Direito, como forma de garantir a dignidade da pessoa humana.

As expressões autonomia da vontade, autonomia privada, autodeterminação e autonomia existencial são baseadas no valor jurídico da liberdade

²⁰² TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Autonomia existencial**. Revista Brasileira de Direito Civil - RBDCivil, Belo Horizonte, v. 16, p. 75-104, abr./jun. 2018. p.7

como manifestação da vontade individual e na possibilidade de tomada de decisões, dentre as escolhas juridicamente possíveis. Cada uma delas tem seus elementos particulares que as diferencia, especialmente no que respeita à sua abrangência e direcionamento às situações específicas.

Por todas essas razões, não há como valorar juridicamente da mesma forma as relações jurídicas patrimoniais e as situações jurídicas existenciais, dentre as quais se inclui a gestação de substituição. Para esses negócios jurídicos é necessário analisar, juntamente com a autonomia privada, a definição de autodeterminação, entendida como o poder decisório que cada indivíduo tem no que diz respeito aos atos regulatórios de sua própria vida.

Para Wehmeyer, a autodeterminação pode ser definida como um conjunto de comportamentos e habilidades ensejadores de atribuir ao indivíduo a capacidade de ser o agente responsável pelas decisões tomadas em relação ao seu futuro, isto é, de ter comportamentos intencionais.²⁰³

Ao discorrer sobre o assunto Otávio Luiz Rodrigues Junior esclarece que a autodeterminação tem um caráter mais específico para “qualificar o modo de regência humana de suas condutas num plano individual” e, assim a dignidade da pessoa humana será realizada em observância ao personalismo ético e social, como um valor absoluto da pessoa humana²⁰⁴.

Os negócios biojurídicos, como exemplo, aqueles que relacionados à gestação de substituição são realizados sob a ótica da esfera da autodeterminação, no sentido de atribuir à pessoa o poder de autogovernar-se de acordo com sua individualidade, desde que esse poder decisional não seja incompatível com o ordenamento jurídico.

4.2 CONTRATUALIZAÇÃO DA GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO NO BRASIL: ANÁLISE SOB O VIÉS DOS CONTRATOS ATÍPICOS

No Brasil, diante da ausência de legislação específica sobre a reprodução humana assistida, o tema atualmente é regulamentado por Resoluções

²⁰³ WEHMEYER, M. L. (1999). **A functional model of self-determination: describing development and implementing instruction. Focus on Autism and Other Developmental Disabilities**, p. 53-62 Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/108835769901400107> Acesso em 03 abr 2024.

²⁰⁴ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação**. Revista Legislativa. Brasília a. 41 n. 163 jul./st. 2004, p. 127

do Conselho Federal de Medicina. Essas Resoluções trazem normas de caráter deontológico, direcionadas especialmente à comunidade médica²⁰⁵. A insuficiência jurídica sobre a temática faz com que essas normas éticas ganhem relevo substancial na regulamentação da aplicação das técnicas reprodutivas, inclusive da gestação de substituição.

Diante do vácuo legislativo, é preciso analisar os posicionamentos doutrinários sobre a gestação de substituição, que podem ser divididos em três correntes: a) aquela de defende a inadmissibilidade absoluta da gestação de substituição, seja de forma gratuita ou onerosa; b) a que admite a prática de forma irrestrita e, por fim, c) a que admite a gestação de substituição apenas a título altruísta ou gratuito, sem qualquer contraprestação pecuniária.

Entre os doutrinadores filiados à corrente que entende pela absoluta inadmissibilidade da gestação de substituição está Guilherme Calmon Nogueira da Gama, para quem eventual remuneração daquela que será gestante de substituição é constitucionalmente proibida, com base no artigo 199,§4º, da Constituição Federal e, para ele “a gratuidade não atenua a consideração da ilicitude da prática da maternidade de substituição que, desse modo, é proibida no direito brasileiro”²⁰⁶

Para Guilherme Calmon Nogueira da Gama, a gestação de substituição não pode ser considerada prática lícita perante o ordenamento jurídico brasileiro, pois segundo seu entendimento, mesmo existindo o consentimento de forma livre e sem qualquer contraprestação financeira, ainda assim a prática será ilegítima, uma vez que a mulher será reduzida à coisa, em flagrante violação ao princípio da dignidade da pessoa humana²⁰⁷.

No mesmo sentido é o entendimento de Maria Helena Diniz que destaca problemas sociais decorrentes da gestação de substituição, pois para ela, a prática viola a dignidade da mulher, reduzida a mero organismo reprodutor e mercenário, sendo instrumentalizada como organismo sexual²⁰⁸. E, de acordo com seu entendimento, deverão ser proibidas práticas consistentes na “(...) inseminação artificial heteróloga, a fertilização *in vitro* e a gestação por conta de terceiro, ante os possíveis riscos de origem física e psíquica para a descendência e a incerteza sobre

²⁰⁵ Vide Resolução nº 2.320 de 2022, do Conselho Federal de Medicina.

²⁰⁶ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: o biodireito e as relações parentais**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003. P.p. 854-855.

²⁰⁷ Idem, *ibidem*, op. cit. P. 855

²⁰⁸ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 19. ed. São Paulo. 2008.

a identidade”²⁰⁹.

A segunda corrente entende pela possibilidade da gestação de substituição de forma restrita, ou seja, apenas na forma altruísta e gratuita, sem qualquer contraprestação financeira que gere lucro para a gestante. Filiam-se a esse pensamento Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald para os quais a cessão de útero somente pode ser realizada em sua forma gratuita e em casos específicos de pessoas que não podem levar a termo uma gestação²¹⁰.

Essa segunda corrente, defensora da possibilidade de cessão de útero em sua forma gratuita fundamenta seus argumentos especialmente no princípio da dignidade da pessoa humana, vetor máximo da objetificação e instrumentalização do ser humano. Nesse sentido é o entendimento de Ana Carolina Brochado Teixeira, para quem, “atribuir caráter econômico à avença viola o princípio da dignidade da pessoa humana, pois os atributos objetos da avença são ínsitos à personalidade dos envolvidos (...)”²¹¹.

Por fim, a terceira corrente adota uma visão mais ampla da gestação de substituição. Entre os defensores desta corrente, está Maria Berenice Dias que entende que apesar de a cessão onerosa de útero ser vedada pelo ordenamento brasileiro, defende que essa modalidade também deveria ser admitida, pois para ela “nada justifica negar a possibilidade de ser remunerada quem, ao fim e ao cabo, presta um serviço a outrem. Aliás, um serviço em tempo integral por longos nove meses e que acarreta dificuldades e limitações de toda ordem”²¹².

Para justificar seu posicionamento, Maria Berenice Dias destaca que a gravidez apresenta diversos desconfortos para a mulher que irá realizar o sonho de outrem e o impedimento de que uma prestação de serviço tenha caráter lucrativo ou comercial está relacionado somente à sacralização da ideia de maternidade e, portanto, afirma que “nada, absolutamente nada justifica a restrição a que este processo não possa ser alvo de remuneração”²¹³.

Arnaldo Rizzardo entende que há, nos casos de gestação de

²⁰⁹ DINIZ, M. H. **O Estado Atual do Biodireito**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 1065. E-book

²¹⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: Direito das famílias**. Vol. 6 4.ª ed. Salvador: Juspodvm, 2012. p.629.

²¹¹ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Conflito positivo de maternidade e utilização de útero de substituição**. In: CASABONA, Carlos Maria Romero; QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Biocetecnologia e suas implicações ético-jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. P. 314.

²¹² DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 379

²¹³ DIAS, Maria Berenice. **Barriga de aluguel: sublime missão mediante pagamento**. Disponível em: <https://berenedias.com.br/barriga-de-aluguel-sublime-missao-mediante-pagamento/> Acesso em 12 jun. 2024.

substituição, um verdadeiro contrato de prestação de serviços, pois a mulher que irá se submeter a uma gestação por conta de outrem assume uma infinidade de compromissos e deveres para com os futuros pais da criança. Afirma que a gestante se torna uma prestadora de serviços ao se submeter a diversas restrições relacionadas ao próprio corpo e, além disso, deve observar diversos comportamentos como hábitos alimentares, consultas médicas regulares e abstinência de vícios.

Por essa razão, Rizzardo defende que o contrato de prestação de serviço é o que melhor se adequa ao caso, pois nesta espécie contratual estão identificados todos os “seus elementos no respectivo conceito, considerado como o contrato sinalagmático em virtude do qual uma parte (o locador) obriga-se a prestar à outra (obrigação de fazer) certos serviços, que essa outra (o locatário) obriga-se a remunerar (obrigação de dar)”²¹⁴.

Rodrigo da Cunha Pereira também está entre aqueles que defendem a possibilidade de gestação de substituição, inclusive remunerada, por entender que “o que se estaria comprando ou alugando não é o bebê, mas o espaço (útero) para que ele seja gerado. Portanto, não há aí uma coisificação da criança ou objetificação do sujeito”²¹⁵ Além disso, defende que a legalização da remuneração da gestação de substituição elimina a prática que existe clandestinamente.

Em regra, os negócios jurídicos envolvendo direitos existenciais são incompatíveis com a lógica mercadológica, cuja finalidade principal é a busca pelo lucro e vantagem econômica.

Rose Melo Vencelau Meireles entende que é indispensável a gratuidade dos atos de natureza existencial principalmente para que sejam realizados de forma espontânea, ausente a presença de qualquer interesse econômico que poderia macular a vontade da pessoa, além de promover uma coerção, ainda que indireta, na liberdade de autodeterminação²¹⁶.

Embora a teoria geral dos negócios jurídicos tenha sido criada especificamente no âmbito dos negócios patrimoniais tendo como base a autonomia privada, entende-se que, resguardadas suas peculiaridades, é possível que o mesmo regramento seja também aplicado para regular as situações jurídicas existenciais.

²¹⁴ Rizzardo, Arnaldo. *Direito de Família*. – 10. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 858.

²¹⁵ PEREIRA, Rodrigo Cunha. **Barriga de aluguel: o corpo como capital**. Disponível em: [https://ibdfam.org.br/artigos/858/Barriga+de+aluguel%3A+o+corpo+como+capital+](https://ibdfam.org.br/artigos/858/Barriga+de+aluguel%3A+o+corpo+como+capital) Acesso em 11 jan 2024.

²¹⁶ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia Privada e Dignidade Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 207-208.

Fundamenta-se essa possibilidade na autonomia existencial e poder de autorregulamentação da própria vida, sendo desnecessária a criação de uma nova teoria ou até mesmo de novos dispositivos legais para regular esses negócios.

Nos negócios jurídicos patrimoniais existe uma relação alicerçada em direitos cuja finalidade é essencialmente econômica, ao passo que os direitos extrapatrimoniais – nos quais se incluem os direitos existenciais – encontram seu fundamento nos direitos da personalidade e na dignidade da pessoa humana, desvinculados, em tese, de qualquer fim lucrativo ou econômico.

Com a evolução da sociedade, surge uma nova perspectiva em que a categoria de negócio jurídico deve ser analisada, com um viés constitucional, abarcando os direitos existenciais relacionados aos direitos da personalidade.

Ao tratar dos caracteres dos direitos da personalidade, Claudia Regina de Oliveira Magalhães da Silva Loureiro explica que tais direitos transcendem ao patrimônio, não sendo passíveis de apropriação, sendo “inerentes à própria condição da pessoa e indissociáveis desta. Contudo, isso não impede que possa ser objeto de cunho econômico e que produzam efeito patrimonial”²¹⁷. Na esteira deste pensamento, Rafael Bizelli afirma que os contratos existenciais encontram fundamento na dignidade humana e direitos da personalidade, embora seu objeto possa ser caracterizado por certo grau de patrimonialidade.²¹⁸

Ao tratar do tema, Roberto Wagner Marquesi, Caroline Melchiades Salvadego Guimarães de Souza Lima e Pedro Henrique Amaducci Fernandes dos Santos afirmam que com o declínio do Estado Liberal o paradigma clássico de contratos se tornou “insuficiente para abarcar novas situações e conflitos que passaram a existir na sociedade. Portanto, o clássico foi substituído por uma visão moderna dos contratos (...)”²¹⁹

Neste passo, autonomia não deve ter como fundamento apenas à livre iniciativa prevista no artigo 170 da Constituição Federal, relacionada aos bens

²¹⁷LOUREIRO, Claudia Regina de Oliveira Magalhães da Silva. **Impactos do princípio da dignidade humana no direito à vida do embrião**. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/7336>. Acesso em 05 mai 2024. p.83

²¹⁸ BIZELLI, Rafael Ferreira. **Contratos existenciais: Contextualização, conceito e interesses extrapatrimoniais**. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil, v.6, p. 69-94, out/dez 2015. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/83> Acesso em 29 abr 2024. p.86

²¹⁹ LIMA, Caroline Melchiades Salvadego Guimarães de Souza; SANTOS, Pedro Henrique Amaducci Fernandes dos; MARQUESI, Roberto Wagner. **Negócios jurídicos contemporâneos: a efetivação da dignidade da pessoa humana com alicerce nos contratos existenciais**. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 7, n. 3, 2018. Disponível em: <http://civilistica.com/negocios-juridicos-contemporaneos/>. Acesso em 07 jun. 2024. p. 06

patrimoniais, mas quando se referirem aos direitos existenciais, deve estar relacionada à cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, tal como previsto no artigo 1º, III, da Constituição Federal²²⁰.

Feitas essas considerações passa-se a analisar a possibilidade de celebração de negócios jurídicos envolvendo o objeto central desta pesquisa, qual seja, a gestação de substituição, a exemplo do que já ocorre em outros países, como Portugal.

De acordo com a Lei portuguesa nº90/2021, de 16 de dezembro que alterou a Lei de Procriação Medicamente Assistida nº32/2006, de 26 de julho, a gestação de substituição passou a ser expressamente tratada como negócio jurídico, nos termos do artigo 8º, 2, da lei de PMA que assim dispõe: “*A celebração de negócios jurídicos de gestação de substituição só é admissível a título excepcional e com natureza gratuita (...)*”. No mesmo sentido, o item 5 do mesmo artigo estabelece que: “*A celebração de negócios jurídicos de gestação de substituição carece de autorização prévia do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, entidade que supervisiona todo o processo (...)*”

Interessante destacar que em Portugal a definição de negócio jurídico é semelhante a adotada no Brasil. Naquele País, os contratos são tidos como os principais instrumentos dos negócios jurídicos, definidos como “os atos jurídicos que regulam autonomamente uma relação jurídica entre certos sujeitos, pelo menos um dos quais é parte nesse negócio”²²¹.

Ao discorrer sobre o tema, Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda destaca a vontade como elemento fundamental do negócio jurídico, conceito que para ele “surgiu exatamente para abranger os casos em que a vontade humana pode criar, modificar ou extinguir direitos, pretensões, ações ou exceções, tendo por fito o acontecimento do mundo jurídico”²²².

No mesmo sentido, Emilio Betti afirma que o instituto “é o ato pelo qual o indivíduo regula, por si, os seus interesses, nas relações com outros (ato de autonomia privada)”²²³. Trata-se de atos que dependem do consentimento humano

²²⁰ SCHEREIBER, Anderson. **Manual de Direito Civil Contemporâneo**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020 (E-book), p. 336.

²²¹ Diário da República de Portugal. Negócio Jurídico. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/lexionario/termo/negocio-juridico> Acesso em 17 jun. 2024.

²²² MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado. Tomo III**. Campinas: Bookseller, 2012, p.55

²²³ BETTI, Emilio. Teoria Geral do Negócio Jurídico. Trad. Servanda Editora. Campinas: Servanda Editora, 2008, p. 88

para sua formação e produção dos efeitos pretendidos, podendo ser citados como exemplos, os atos bilaterais, dentre os quais estão os contratos e os atos unilaterais, como os testamentos.

A teoria dos negócios jurídicos encontra sua maior expressão nos contratos, instrumentos por meio dos quais são celebradas pactuações que, em regra, envolvem direitos patrimoniais. Conforme ensinam Gustavo Tepedino e Carlos Nelson Konder, o contrato é uma espécie do gênero negócio jurídico e pode ser definido “como o negócio jurídico, bilateral em sua formação e patrimonial no seu objeto, destinado a autorregular interesses”.²²⁴

Os professores Gustavo Tepedino e Carlos Nelson Konder destacam, ainda, que o direito civil passou por inúmeras transformações no decorrer do Século XX, especialmente na tentativa de conciliar a tutela individual da liberdade com os imperativos sociais e da solidariedade, que relativizaram o papel da vontade na definição de contrato. Explicam que “ao dar prioridade à perspectiva funcional do contrato (para que serve) sobre sua análise estrutural (como é) sobressai a concepção desse instituto em sua função normativa: o contrato como instrumento de autorregulação de interesses.”²²⁵

O contrato passa, portanto, a não ser mais visto como meio de realização da autonomia da vontade, mas como um instrumento de autorregulação de interesses. Por essa razão, Orlando Gomes afirma que com essa nova interpretação “passa-se a dissociar a relação contratual do acordo de vontades”²²⁶.

Além disto, na formação dos contratos, a bilateralidade é essencial para sua caracterização e se verifica a partir da convergência de dois ou mais núcleos de interesses, cujos consentimentos se complementam com a finalidade de atingir certos e determinados efeitos jurídicos, comuns a todos os sujeitos da relação contratual.

Nesse ponto, os contratos se diferenciam dos negócios jurídicos unilaterais, uma vez que nestes, a modificação, constituição ou extinção de direitos se concretiza por meio de uma única fonte de consentimento, podendo ser citados como exemplos, o testamento e o reconhecimento de filho²²⁷.

²²⁴ TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson, BANDEIRA Paula Greco. **Fundamentos do Direito Civil**, vol. 3 – Contratos. 2ªed. Rio de Janeiro, Forense, 2021 (Ebook) p.45.

²²⁵ TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson, BANDEIRA Paula Greco. **Fundamentos do Direito Civil**, vol. 3 – Contratos. 2ªed. Rio de Janeiro, Forense, 2021 (Ebook) p.44.

²²⁶ GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro. Forense. 2009. (1959), 26ª ed. p. 9

²²⁷ Idem, *ibidem*, op. cit. p.46. (Ebook).

A patrimonialidade é outro elemento comumente invocado pela doutrina civilista como caracterizador dos contratos, entretanto é necessário destacar a necessidade de se fazer uma distinção entre as situações jurídicas extrapatrimoniais (existenciais) e as patrimoniais.

Uma das premissas do direito civil constitucional é a prevalência das situações existenciais – relacionadas ao ser – sobre as situações patrimoniais, que dizem respeito ao ter, o que pode ser confirmado pelo artigo 1º, inciso III da Constituição Federal que apresenta o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da República.

Gustavo Tepedino e Carlos Nelson Konder afirmam que “as situações jurídicas patrimoniais se revelam instrumentais à satisfação de interesses existenciais, devendo ser funcionalizadas à tutela daqueles bens jurídicos diretamente ligados à dignidade da pessoa humana”.²²⁸

A dignidade da pessoa humana e a solidariedade social são valores constitucionais fundamentais, e a validade dos atos de autonomia privada está condicionada à observância desses valores. Essa definição é de extrema relevância para melhor compreensão dos negócios jurídicos envolvendo as relações jurídicas existenciais, especialmente aqueles que digam respeito ao próprio corpo, tratados nessa dissertação como negócios biojurídicos.²²⁹

Os princípios constitucionais têm o poder de irradiar seus efeitos por todo o ordenamento jurídico, especialmente no âmbito do Direito Civil, ao que se convencionou chamar de Constitucionalização do Direito Civil. Luis Roberto Barroso explica que “os princípios ao expressar valores ou indicar fins a serem alcançados pelo Estado e pela sociedade, irradiam-se pelo sistema, interagem entre si e pautam a atuação dos órgãos do poder (...)”²³⁰

No ponto, Roberto Wagner Marquesi, Caroline Melchiades Salvadego Guimarães de Souza Lima e Pedro Henrique Amaducci Fernandes dos Santos destacam que a constitucionalização do direito civil apresentou importante

²²⁸TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson, BANDEIRA Paula Greco. **Fundamentos do Direito Civil**, vol. 3 – Contratos. 2ªed. Rio de Janeiro, Forense, 2021 (Ebook) p.48

²²⁹ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Negócios biojurídicos**. In: PONA, Éverton Willian; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do; MARTINS, Priscila Machado (Coord.). *Negócio jurídico e liberdades individuais: autonomia privada e situações jurídicas existenciais*. Curitiba: Juruá, 2016.

²³⁰ BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. **O Começo da História. A nova interpretação Constitucional e o papel dos princípios no Direito Brasileiro**. Revista da EMERJ, v. 6, n. 23, 2003. P. 54. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_25.pdf Acesso em 19 jun. 2024.

mudança no campo do direito contratual, uma vez que a pessoa passou a ser inserida em primeiro plano, em oposição à concepção clássica, que priorizava os bens patrimoniais. Nesse passo, afirmam que “os conceitos tradicionais de negócio jurídico não são abandonados, pelo contrário, pode-se dizer que são aprimorados, ao passo em que a autonomia permanece, mas é mitigada e reduzida pelo interesse social do contrato”.²³¹

E é nessa perspectiva de direito civil constitucional, na qual o ser tem primazia em relação ao ter é que os negócios existenciais são analisados, sob as novas lentes do paradigma contratual contemporâneo, no qual a pessoa é o centro do ordenamento jurídico e, portanto, das relações jurídicas.

É neste sentido o entendimento de Pietro Perlingieri, para quem as situações jurídicas existenciais merecem tratamento diferenciado em relação às patrimoniais e, para ele “é necessário reconstruir o Direito Civil não com uma redução ou um aumento da tutela das situações patrimoniais, mas como uma tutela qualitativamente diversa”.²³²

Rose Melo Vencelau Meireles entende que a autonomia negocial também deve atingir os negócios existenciais como forma de exercício direto do livre desenvolvimento da personalidade, submetendo-se a princípios diversos daqueles existentes na autonomia negocial patrimonial²³³.

Embora a patrimonialidade seja o elemento caracterizador dos contratos, ela não é seu único fundamento, uma vez que hodiernamente os contratos são dotados de forte base principiológica constitucional que vinculam as partes, tornando-os oponíveis e obrigatórios.

Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolar e Juliana C. Pavão defendem a possibilidade de celebração de negócios jurídicos cujo objeto não seja patrimonial e, para as professoras, é nesse contexto que se inserem os negócios biojurídicos que são aqueles que envolvem o estado físico e psíquico do ser humano. Explicam que “a classificação dos negócios biojurídicos é feita da mesma forma que os demais negócios (...) e devem ter caráter de gratuidade, uma vez que tem como objeto o corpo

²³¹ LIMA, Caroline Melchiades Salvadego Guimarães de Souza; SANTOS, Pedro Henrique Amaducci Fernandes dos; MARQUESI, Roberto Wagner. **Negócios jurídicos contemporâneos: a efetivação da dignidade da pessoa humana com alicerce nos contratos existenciais**. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 7, n. 3, 2018. Disponível em: <<http://civilistica.com/negocios-juridicos-contemporaneos/>>. Acesso em 07 jun. 2024. p. 08

²³² PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: renovar, 2008. p. 122

²³³ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia privada e dignidade humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

humano”.²³⁴

Gustavo Tepedino e Carlos Nelson Konder defendem a necessidade de priorizar a perspectiva funcional dos contratos a fim de se identificar quais são os interesses em jogo, para a partir daí, avaliar se no acordo firmado, ainda que gratuitamente, “havia a finalidade de se empenhar reciprocamente na relação jurídica, e verificar se estavam presentes interesses jurídicos merecedores de tutela”.²³⁵

Deste modo, os negócios genuinamente gratuitos podem se tornar obrigatórios vinculando as partes, por mero consenso dos envolvidos, desde que presentes valores jurídicos, como a confiança e a solidariedade.

Nessa classificação podem ser incluídos os negócios biojurídicos, que muito embora não sejam dotados de patrimonialidade, podem ser exigíveis à luz de uma interpretação holística do ordenamento brasileiro, especialmente no que se refere às normas e princípios constitucionais.

Feitas estas considerações, perpassa-se à análise específica da contratualização da gestação de substituição no Brasil, técnica reprodutiva admitida nos termos previstos na Resolução do Conselho Federal de Medicina. Diferentemente do que ocorre em Portugal, por aqui não há definição acerca de sua instrumentalização, uma vez que não é tratada como um negócio jurídico, o que justifica o estudo aprofundado sobre forma que a pactuação deverá ser revestida.

Por meio de uma interpretação à luz do direito civil constitucional e de um novo olhar para a teoria dos negócios jurídicos, entende-se que não há vedação para a celebração de negócio jurídico de gestação de substituição, o que pode, inclusive, atribuir maior segurança jurídica ao acordo firmado pelos envolvidos. Entretanto, essa pactuação deve ser qualitativamente diferenciada dos demais negócios que envolvem direito patrimonial, especialmente porque fundamentada em valores e princípios constitucionais.

Além disso, para a validade desse negócio jurídico é preciso observar os limites constantes do artigo 104 do Código Civil Brasileiro, bem como todos as regras e princípios previstos na Constituição Federal.

Deste modo, em observância ao inciso I do art. 104 do Código Civil, é

²³⁴ CARVALHO Pavão, J.; GÓIS Paula B. de. RESQUETTI Tarifa Espolador, R. de C. (2018). **Negócios Biojurídicos e seus limites**. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 35, n. 1: 289-315, jan./jun. 2019. P. 296.

²³⁵ TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson, BANDEIRA Paula Greco. **Fundamentos do Direito Civil**, vol. 3 – Contratos. 2ªed. Rio de Janeiro, Forense,2021 (Ebook) p.52

imprescindível que todas as partes envolvidas na gestação de substituição sejam dotadas de discernimento e capacidade para externarem seu consentimento de forma livre e esclarecida, ausente qualquer vício que possa macular a tomada de decisão.

A mulher que consente em ser gestante de substituição está, ainda que de forma transitória, dispondo de seu próprio corpo em certa medida. Esse consentimento deve ser livre e esclarecido, para que possa exercer a liberdade de decidir e de se autodeterminar de acordo com sua real vontade.

A liberdade externada por meio da autonomia privada e do direito de autorregulação da própria vida, está relacionada ao poder de decisão da mulher no que se refere à cessão temporária de seu útero para gerar o filho de outrem. É por essa razão que a Resolução n. 2.320/2022 prevê a necessidade de todos os envolvidos assinarem o termo de compromisso livre e esclarecido, documento essencial que deve instruir o procedimento de gestação de substituição.

O segundo requisito a ser analisado se refere ao ponto que gera os debates calorosos e diz respeito à definição do objeto da gestação de substituição.

Parte da doutrina brasileira²³⁶, defensora da impossibilidade da contratualização da gestação de substituição, encontra fundamento especialmente na ilicitude do objeto do negócio jurídico, que entende ser a entrega de uma criança. Sustentam a violação da dignidade humana em razão da objetificação da pessoa, o que viola o artigo 1º, III da Constituição Federal e na vedação de comercialização de órgãos, tecidos e substâncias humanas, tal como previsto no artigo 199, §4º²³⁷ da Constituição Federal.

Já a corrente que entende pela possibilidade da pactuação, fundamenta a admissibilidade no entendimento segundo o qual o objeto do contrato é a cessão do útero e não a criança que será gerada²³⁸, o que torna o objeto lícito e, conseqüentemente, válido o negócio jurídico. Sustenta, ainda, que a validade desse negócio encontra fundamento no princípio da legalidade, pois se não há lei que proíba, não há impedimento para sua concretização.

No que se refere ao objeto do contrato de gestação de substituição, a

²³⁶ Fazem parte dessa corrente Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2003) e Maria Helena Diniz (2011).

²³⁷ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.(...) §4º. 4º 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.

²³⁸ PEREIRA, Rodrigo Cunha. **Barriga de aluguel: o corpo como capital**. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/858/Barriga+de+aluguel%3A+o+corpo+como+capital> Acesso em 11 jan 2024

dissertação filia-se ao entendimento de Rodrigo da Cunha Pereira²³⁹, pois de fato, não se trata de uma criança a ser entregue aos pais idealizadores do projeto parental, mas sim da disponibilização do corpo da mulher que irá ceder temporariamente seu útero para gerar uma criança que sabe desde o início não ser sua.

Quando as partes envolvidas nesse projeto iniciam as tratativas, o que se busca é uma mulher que esteja disposta a ceder o seu útero para gerar um filho para outrem e não uma que esteja disposta a gerar uma criança por conta própria e, posteriormente, entregá-la a terceiros. Nesta situação poderia ocorrer, inclusive, o crime previsto no artigo 238 do Estatuto da Criança e do Adolescente²⁴⁰.

Mas não é esse o caso, pois na gestação de substituição, o filho que será gerado pode pertencer biologicamente ao casal beneficiário ou ser decorrente de embrião gerado com material biológico de doadores anônimos, mas nunca com o óvulo da própria gestante. A Resolução nº 2320/2022 estabelece na Seção IV, item 2.2 que “A doadora de óvulos ou embriões não pode ser a cedente temporária do útero”.

Além disso, deve ser refutada a alegação de violação do artigo 199, § 4º da Constituição Federal, uma vez que a mulher que cede seu útero para gerar o filho de outrem não está sendo submetida a remoção de órgãos, tecidos e substâncias do corpo humano ou a qualquer outra condição que comprometa sua integridade física.

Com o nascimento da criança, após um curto espaço de tempo, o útero daquela que a gerou volta a ser como antes da gestação e além disso nenhuma parte do corpo humano é removida em razão de uma gravidez ou parto. Portanto, o argumento de violação ao artigo 199, § 4º da Constituição Federal não se sustenta, devendo ser afastado.

É preciso também discorrer acerca da disposição literal constante da legislação infraconstitucional, que veda a limitação voluntária dos direitos da personalidade, conforme previsto no artigo 11 do Código Civil Brasileiro²⁴¹. Entretanto, essa norma foi relativizada por meio do enunciado 4 da I Jornada de Direito Civil do

²³⁹ Idem, *ibidem*, op. cit. Acesso em 11 jan 2024

²⁴⁰ ECA - Lei nº 8.069 de 13 de Julho de 1990. Art. 238. Prometer ou efetivar a entrega de filho ou pupilo a terceiro, mediante paga ou recompensa: Pena - reclusão de um a quatro anos, e multa. Parágrafo único. Incide nas mesmas penas quem oferece ou efetiva a paga ou recompensa.

²⁴¹ BRASIL. Lei nº. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Código Civil Brasileiro. Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

CJF, que deu a seguinte interpretação ao referido dispositivo: "O exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral".

Deste modo, é inegável que a gestante sofre algumas restrições em seu direito da personalidade, entretanto é uma limitação voluntária e transitória, que dura somente até o parto. Assim, na gestação de substituição não há qualquer violação ao artigo 11 do Código Civil Brasileiro.

Por todas estas razões, o resultado que se chega com a pesquisa é que o objeto da gestação de substituição é lícito e consiste na cessão do útero da mulher que irá gestar um filho de outrem, sem qualquer violação de sua integridade física ou de sua dignidade ou mesmo da criança.

O último requisito previsto no artigo 104, III do Código Civil se refere à forma que os negócios jurídicos devem observar ao ser instrumentalizados. Se não corresponder à formalidade prevista em lei, o negócio jurídico será nulo, nos termos do artigo 166, IV do Código Civil. Por outro lado, a legislação civil prevê que quando não houver regras expressas sobre a forma de que o negócio jurídico deverá ser revestido, essa será livre.

Considerando que inexistente previsão legal acerca da forma adequada para instrumentalização do pacto de gestação de substituição, nesta dissertação defende-se que o negócio jurídico mais adequado para resguardar os direitos de todos os envolvidos é o contrato. Essa possibilidade pode ser extraída do próprio Código Civil Brasileiro, que permite a formalização de contratos atípicos.

O artigo 425 do Código Civil estabelece a possibilidade de celebração de contratos atípicos que não estejam expressamente previstos em lei, desde que observadas as demais normas legais previstas para todos os contratos em geral. Para isso, importante que todos os pressupostos de validade dos negócios jurídicos estejam presentes, subordinando-se às regras previstas para os contratos em geral.

Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka esclarece que embora os contratos atípicos não estejam disciplinados no ordenamento jurídico, são lícitos e devem observância às normas gerais dos contratos, não podendo ser contrários à lei, à ordem pública, bons costumes e nem aos princípios gerais do Direito, pouco importando se tem ou não um nome "porque este não é a característica da sua essência conceitual; seu traço característico próprio é o fato de não estar sujeito a

uma disciplina própria”²⁴².

Orlando Gomes relembra que “os contratos atípicos subordinam-se às regras gerais do Direito contratual, assim as que regem os pressupostos e requisitos essenciais à validade dos contratos como as que disciplinam as obrigações”. E, mais adiante, reforça que “os estipulantes de um contrato atípico costumam regular mais explicitamente seus efeitos porque sabem que inexistem regras supletivas de sua vontade”²⁴³.

Posicionando-se a dissertação pela admissibilidade de celebração de negócio jurídico da gestação de substituição instrumentalizado por meio de contrato atípico, é necessário analisar as limitações da liberdade contratual no que se refere ao conteúdo das cláusulas constantes do negócio jurídico.

Podem surgir questionamentos, como os seguintes: se alguma das partes envolvidas poderá fazer exigências sobre o médico que irá acompanhar o pré-natal; a maternidade em que a gestante dará à luz; o tipo de parto, hábitos de vida; o tipo de alimento que poderá ou não ser consumido durante a gestação; custeio com roupas e alimentos e demais gastos decorrentes da gravidez; desistência da gestante em levar a gestação a termo, desistência dos pais em ficar com a criança, dentre outros.

É certo que o Direito precisa trazer segurança jurídica para essa situação já que a gestação de substituição é uma realidade no Brasil e por essa razão, é imprescindível a regulamentação do tema de forma completa. Entretanto, é possível afirmar que contrato envolvendo cláusulas abusivas certamente é passível de nulidade, total ou parcialmente.

Embora a vontade declarada seja livre, se refere aos direitos personalíssimos relacionados à dignidade da pessoa humana e, portanto, devem ser obstados abusos contratuais. As cláusulas devem estar em consonância com os direitos fundamentais, com a dignidade da pessoa humana, assim como com os direitos da personalidade, sob pena de serem consideradas abusivas e incorrer o negócio jurídico em nulidade.

Deste modo, o resultado alcançado com a pesquisa, por meio de uma

²⁴² HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Contrato: estrutura milenar de fundação do direito privado**. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, [S.l.], v. 97, p. 127-138, jan. 2002. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67537> Acesso em: 04 mar 2024.

²⁴³ GOMES, Orlando. **Contratos**. Atualização e notas de Humberto Theodoro Júnior. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 107.

interpretação sistêmica do ordenamento jurídico, é que a gestação de substituição pode ser instrumentalizada por meio dos contratos atípicos, como a forma mais adequada para atribuir segurança jurídica e vincular as partes a cumprirem as obrigações pactuadas. Isso porque “ (...) os envolvidos na gestação de substituição estabelecem entre si um contrato, alicerçado na autonomia privada e na autodeterminação como resultado da manifestação do exercício ao livre planejamento familiar”²⁴⁴

Considerando que se trata de um contrato envolvendo o corpo humano e a saúde da gestante, a gestação de substituição é entendida nesta pesquisa como uma modalidade de negócio biojurídico, instrumentalizado por meio de contratos atípicos. Superada a análise acerca da admissão da contratualização da gestação de substituição, passa-se a analisar a possibilidade de sua modalidade onerosa no Brasil.

Enquanto não sobrevenha lei em sentido formal, não há vedação legal para a celebração de contratos atípicos de gestação de substituição onerosa, sendo inclusive um instrumento necessário para atribuir segurança jurídica a todos os envolvidos no processo, quais sejam, os pais beneficiários, a gestante de substituição e, principalmente, a criança que será gerada.

No Brasil, há uma compreensão segundo a qual os negócios envolvendo a reprodução humana assistida devem ser dotados de caráter gratuito, sob pena de violar valores éticos, religiosos e morais.

Mas até o presente momento não há proibição legal da celebração de contratos onerosos envolvendo a gestação de substituição e não é possível afirmar, abstratamente, que a mulher que se submete à gestação de substituição onerosa sofrerá uma violação em sua dignidade.

Nesse viés contratual, os negócios jurídicos devem ser analisados de acordo com as situações concretas visando atender as peculiaridades de cada caso, uma vez que esses direitos são dotados de caráter personalíssimos e individuais.

Para tanto, exige-se uma releitura humanizada da teoria contratual, a fim de que a realização do interesse da pessoa em relação aos atos que digam respeito ao seu próprio corpo, sejam efetivamente tutelados. É por essa razão que a dissertação defende que a dignidade da pessoa humana somente pode ser analisada

²⁴⁴ ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa. PAVÃO, Juliana Carvalho. MENEGUCE, Cassia Pimenta. **Gestação de Substituição como Negócio Biojurídico no Contexto das Relações Familiares Contemporâneas. Direito de Família. Aspectos Contemporâneos.** São Paulo: Almedina Brasil. p.135.

no caso concreto, e não de forma abstrata. Analisar abstratamente quais condutas são aptas a transgredir esse valor fundamental nem sempre é uma tarefa simples.

Roberto Wagner Marquesi, Caroline Melchiades Salvadego Guimarães de Souza Lima e Pedro Henrique Amaducci Fernandes dos Santos afirmam que os paradigmas clássico e moderno não são suficientes para acolher os negócios jurídicos existenciais, desprovidos de conteúdo econômico e, para esses casos, surge a necessidade de um novo paradigma contratual, qual seja, um modelo contemporâneo, apto a tutelar os interesses jurídicos existentes, no qual “o sujeito deixa de ser analisado em abstrato e passa a ser analisado de forma concreta”²⁴⁵

Nesse passo, a dissertação se posiciona no sentido de que a validade ou não de eventual pactuação onerosa da gestação de substituição deverá ser analisada casuisticamente. A depender de cada caso concreto, poderá repercutir na instrumentalização e objetificação da gestante, como ocorre nos países subdesenvolvidos em que a autonomia privada das gestantes é maculada pela busca de contraprestação financeira como motivação primordial. Isso ocorre especialmente porque há um interesse muito grande de exploração econômica no processo por parte das clínicas que atuam como intermediárias.

Por outro lado, não se verifica uma condição de exploração mercadológica naquelas situações em que a futura gestante participa de todo o processo, manifestando sua anuência com antecedência e de forma livre e esclarecida sobre todas as fases, como ocorre nos Estados Unidos. Apesar de o processo também ser intermediado por uma clínica de reprodução assistida, a gestante estará em condição de paridade e simetria com as demais partes contratantes, em razão da liberdade exercida através da sua autonomia negocial.

Proibir a gestação de substituição onerosa com fundamento na violação da dignidade da pessoa humana de forma abstrata não se mostra razoável. Primeiro porque a violação da dignidade deve ser avaliada em cada caso concreto. Segundo, porque a prática remunerada, por si só, desde que exercida com base no poder de autodeterminação da gestante, não a torna objeto de relação jurídica e tampouco mais um dos elementos da empresa, mas sim parte ativa da negociação contratual.

²⁴⁵ LIMA, Caroline Melchiades Salvadego Guimarães de Souza; SANTOS, Pedro Henrique Amaducci Fernandes dos; MARQUESI, Roberto Wagner. **Negócios jurídicos contemporâneos: a efetivação da dignidade da pessoa humana com alicerce nos contratos existenciais**. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 7, n. 3, 2018. Disponível em: <<http://civilistica.com/negocios-juridicos-contemporaneos/>>. Acesso em 07 jun. 2024. p. 11.

Diante disso, conclui-se que podem existir duas situações distintas no caso concreto. No primeiro, a mulher submetida à gestação de substituição tem total autonomia para participar ativamente das tratativas, exercendo sua manifestação livre, com fundamento na autonomia privada e no poder de autodeterminar-se de acordo com esse entendimento. Neste caso, não parece que estaria configurada nenhuma situação de vulnerabilidade ou exploração apta a repercutir na violação de sua dignidade.

No segundo caso, a mulher será submetida a gestação de substituição, mas não participará ativamente do processo e exercerá sua liberdade de manifestação e decisão de forma limitada, uma vez que estará submetida às regras impostas e acordadas entre a clínica de reprodução humana e os pais beneficiários da criança que será gerada. Evidentemente nesse segundo caso hipotético haverá a violação da dignidade da gestante, pois a contratação encerrará todos os elementos de um contrato com fins econômicos, cuja finalidade maior é a obtenção de lucro em detrimento da dignidade da gestante de substituição.

Por meio do exercício da liberdade decisional, livre de qualquer vício de consentimento, será possível afastar a violação da dignidade humana e instrumentalização da pessoa, ainda que a cessão de útero para gestação de filho alheio seja pactuada de forma remunerada, desde que ausente qualquer risco de exploração humana.

Chegou-se a esse resultado após a comparação da prática onerosa em alguns países, sendo possível concluir que, com exceção de países desenvolvidos como é o caso dos Estados Unidos, nos países em desenvolvimento as mulheres economicamente vulneráveis aceitam ceder seus úteros com finalidade primordialmente econômica com a esperança de mudar de vida, o que faz com que sejam instrumentalizadas e tratadas como objeto mercadológico, sendo vítimas de diversas restrições, que não raras vezes podem ser violadoras de seus direitos fundamentais.

Percebe-se nestes casos que as mulheres que serão submetidas a uma gestação de substituição passam a ser tratadas como se fossem um dos componentes de uma empresa através da exploração de seu corpo, e a partir daí, passam a ser vistas como objeto de lucro. Nesse caso, sem dúvida a prática deve ser coibida, ante a flagrante violação da dignidade da mulher.

4.3 GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO ONEROSA: O RISCO DE INSTRUMENTALIZAÇÃO DA PESSOA HUMANA EM RAZÃO DA VULNERABILIDADE DAS MULHERES SUBMETIDAS À TÉCNICA

Alguns países, diferentemente do que ocorre no Brasil, admitem o que ficou conhecido como barriga de aluguel, ou seja, permitem que a mulher seja contratada mediante remuneração pela cessão de seu útero para geração de filho de outrem²⁶⁵. Normalmente essa contratação é intermediada por meio de uma clínica de reprodução assistida que também lucra com disponibilização de mulheres cedentes de útero.

Entretanto, observa-se que a contraprestação pecuniária pela cessão de útero, na maioria dos casos, reforça a condição de vulnerabilidade tanto social quanto jurídica e econômica em que se encontram as cedentes de útero, especialmente nos países mais pobres, nos quais muitas mulheres se submetem ao processo gestacional em benefício de outrem em busca de melhores condições de vida para si e para seus familiares.

A expressão vulnerabilidade não possui um único significado, e nesta dissertação é utilizada não para se referir apenas à pobreza em seu sentido literal, mas também no que se refere à constatação de que o bem-estar e a qualidade de vida vão além apenas dos ganhos monetários existindo outros “determinantes, a saber: a disponibilidade de serviços públicos; a qualidade do meio ambiente; ou, ainda, os graus de liberdade individual e política que uma sociedade oferece.”²⁶⁶

A vulnerabilidade pode ser entendida como a situação de risco que determinada pessoa se encontra, podendo abranger diversos segmentos, sendo neste estudo abordada pelo viés jurídico e socioeconômico. Especificamente nesta pesquisa, a vulnerabilidade será analisada no contexto da relação contratual envolvendo direitos da personalidade, consistente na gestação de substituição.

Sobre esse ponto, Heloisa Helena Barboza entende que o estudo geral da vulnerabilidade se justifica na tutela geral (abstrata) da pessoa humana, “ontologicamente vulnerável, não só nas relações econômicas, mas em todas as suas relações, especialmente as de natureza existencial, e a tutela específica (concreta) de

²⁶⁵ Países que admitem a gestação de substituição onerosa: Ucrânia, Geórgia, Colômbia, alguns Estados dos Estados Unidos, dentre outros. Disponível em: <https://vittoriavita.com/pt/maternidade-de-substituicao-internacional/> acesso: 22 fev. 2023.

²⁶⁶ Disponível em: ipea.gov.br: **Vulnerabilidade social no Brasil: conceitos, métodos e primeiros resultados para municípios e regiões metropolitanas brasileiras**. Acesso em 19.02.2023.

todos que estejam em situação de desigualdade (...)”²⁶⁷, isso porque conforme assentado na doutrina, a diversidade de formas de vulnerabilidade explica a existência de diferentes mecanismos de proteção”.²⁶⁸

Ao tratar da vulnerabilidade contratual, Paulo Luiz Netto Lôbo explica que “a vulnerabilidade do contratante é fruto do Estado Social, do século XX, com suas promessas de realização da justiça social e redução das desigualdades sociais, que, no Brasil projetaram-se nas Constituições de 1934 e 1988, especialmente nesta”.²⁶⁹

Conforme explica a professora Judith Martins-Costa, a origem do termo vulnerabilidade, tal como tratado nesta pesquisa, teve origem nos trabalhos da Comissão Nacional de Proteção às Pessoas Sujeitas à Pesquisa Biomédica e Comportamental do Congresso norte-americano, conhecido como *Belmont Report*²⁷⁰ e, atualmente, é tratado em diversas áreas jurídicas, especialmente no campo do direito privado.

No que se refere ao estudo da vulnerabilidade como categoria jurídica, o escopo desta pesquisa restringe-se ao seu perfil contratual, no ponto que se refere a ocupação de uma posição inferior na relação negocial, abrangendo também as vulnerabilidades existenciais, presentes quando o titular de um direito corre o risco de sofrer uma lesão em sua esfera extrapatrimonial.

A questão de vulnerabilidade analisada compreende especificamente a relação negocial envolvendo a gestação de substituição, na qual em um dos polos do negócio jurídico figura uma mulher que aceitou ser gestante de substituição se submetendo às regras contratuais que podem ou não ter sido definidas por ela conjuntamente com os demais integrantes da relação jurídica.

E é justamente na análise da liberdade na tomada de decisões, de conhecimento técnico e jurídico sobre as cláusulas contratuais por parte da gestante é que serão analisados os elementos que podem ou não caracterizar uma situação

²⁶⁷ BARBOZA, Heloisa Helena. **Proteção dos vulneráveis na constituição de 1988: uma questão de igualdade**. In: NEVES, Thiago. (Coord.). *Direito & justiça social: por uma sociedade mais justa, livre e solidária: estudos em homenagem ao Professor Sylvio Capanema de Souza*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 109.

²⁶⁸ BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. **A tutela das vulnerabilidades na legalidade constitucional**. In: TEPEDINO, GUSTAVO; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (coord.). *Da dogmática à efetividade do Direito Civil: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional –IV Congresso do IBDCivil*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 50

²⁶⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Contratante Vulnerável e autonomia privada**. In: NEVES, Thiago (Coord.). *Direito & Justiça: por uma sociedade mais justa, livre e solidária: estudos em homenagem ao professor Sylvio Capanema de Souza*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 159.

²⁷⁰ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação**. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 300

de fragilidade de uma das partes da relação jurídica.

Para tanto, para fins de comparação no que se refere às mulheres suscetíveis de serem colocadas numa condição vulnerável, serão abordados casos de mulheres que se submeteram à gestação de substituição nos Estados Unidos, país com índices de desenvolvimento socioeconômico elevados e em países subdesenvolvidos, que ao contrário daqueles, são marcados por um cenário de pobreza que irá repercutir na motivação pela qual as mulheres aceitam ser submetidas à gestação de substituição.

A Índia é um dos países que por alguns anos permitiu a exploração comercial da gestação de substituição, sendo que por lá a prática passou a ser admitida a partir de 2002²⁷¹ inclusive para estrangeiros, com custos relativamente baixos em relação a outros países que também admitem a prática, o que tornou aquele País extremamente atraente e a principal rota do turismo reprodutivo.

Naquele País, 1/3 da população é pobre²⁷² e essa condição de pobreza extrema é um dos principais fatores que motivam e impulsionam as mulheres indianas a se submeterem à gestação de substituição. Deste modo, debates surgiram especialmente a partir de 2014, com a finalidade de garantir que as mulheres indianas não fossem forçadas a alugar suas barrigas, como se fossem mercadorias.

Em que pese a importância econômica daquele País para o mundo, sendo um dos mais populosos do planeta, é inegável que também abriga significativa parcela das pessoas mais pobres em seu território, em razão especialmente da má distribuição da renda.

O Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) da Índia divulgado em 2021 era de 0,645, o que significa dizer que 35% dos indianos vivem com menos de 1 dólar por dia, ou seja, mais de 200 milhões de habitantes encontram-se em situação de pobreza crônica naquele País²⁷³.

Deste modo, não é difícil concluir que a condição de vida para expressiva parcela da população indiana não é favorável o que, de fato, pode ser um fator determinante para diversos tipos de exploração, dentro dos quais se inclui a

²⁷¹Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-37186636#:~:text=A%20%C3%8Dndia%2C%20no%20entanto%2C%20tem,de%20gesta%C3%A7%C3%A3o%2C%20at%C3%A9%20o%20nascimento>. Acesso: 22 de fev 2023.

²⁷² <https://exame.com/mundo/india-tem-100-milhoes-de-pobres-segundo-estudo/> Acesso em 22 fev. 2023.

²⁷³Dados disponíveis em: [https://brasilecola.uol.com.br/geografia/india.htm#:~:text=Popula%C3%A7%C3%A3o%3A%201.393.409.000%20habitantes%20\(Moeda%3A%20rupia%20indiana](https://brasilecola.uol.com.br/geografia/india.htm#:~:text=Popula%C3%A7%C3%A3o%3A%201.393.409.000%20habitantes%20(Moeda%3A%20rupia%20indiana). Acesso em 22 fev. 2023.

exploração de mulheres submetidas à gestação de substituição.

Essas mulheres que concordam em gestar uma criança para outra pessoa mediante contraprestação financeira encontram nessa possibilidade uma alternativa para melhorar de vida, conseguindo adquirir a casa própria, possibilitar acesso à escola e melhor educação para os filhos ou até mesmo para montar o próprio negócio²⁷⁴.

A situação é preocupante em países como a Índia, pois mulheres que se submetem à denominada barriga de aluguel, normalmente sofrem diversas restrições naquele País. As gestantes precisam ficar alojadas em lugares normalmente indicados pelas clínicas de reprodução humana assistida, longe de seus filhos e demais familiares até que ocorra o nascimento da criança que está em seu útero, prática que ficou conhecida como fábrica de bebês²⁷⁵.

Comumente essas gestantes ficavam recolhidas em albergues anexos às clínicas de reprodução assistida, onde é realizado o procedimento de gestação de substituição.²⁷⁶

A possibilidade de exploração de mulheres em situação de vulnerabilidade foi o fator determinante para a proibição da comercialização da cessão de útero para estrangeiros naquele País, a partir de 2016²⁷⁷, sendo que atualmente a prática ainda é permitida entre os indianos.

Durante anos a Índia foi o principal polo comercial da barriga de aluguel, especialmente pelo baixo custo cobrado por todo procedimento, e isso fez com que se tornasse uma verdadeira indústria do turismo reprodutivo, gerando em torno de 1 bilhão de dólares anualmente para a economia indiana²⁷⁸.

Considerando que a barriga de aluguel está proibida na Índia para estrangeiros, a rota do turismo reprodutivo foi deslocada para outros países como por exemplo, a Ucrânia, onde os custos também são relativamente mais baixos do que

²⁷⁴<https://ibdfam.org.br/noticias/namidia/2227/Barriga+de+aluguel:+um+neg%C3%B3cio+em+crescimento+na+%C3%8Dndia> Acesso em 19.02.2023

²⁷⁵ <https://www.ihu.unisinos.br/noticias/524315-demanda-por-barrigas-de-aluguel-cria-fabrica-de-bebes-na-india> Acesso em 22 fev. 2023.

²⁷⁶<https://ibdfam.org.br/noticias/namidia/2227/Barriga+de+aluguel:+um+neg%C3%B3cio+em+crescimento+na+%C3%8Dndia> Acesso em 20.02.2023

²⁷⁷<https://www1.folha.uol.com.br/paywall/login.shtml?https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2016/10/1825894-india-votara-lei-que-proibe-barriga-de-aluguel-para-casais-estrangeiros.shtml> Acesso em 22 fev. 2023.

²⁷⁸ <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2016/09/india-pais-onde-mais-se-pratica-o-aluguel-de-barrigas-no-mundo-quer-proibir-transacao-com-fins-comerciais.html#:~:text=Governo%20anuncia%20projeto%20para%20regulamentar,mulheres%20para%20ter%20seus%20filhos.&text=O%20governo%20indiano%20divulgou%20um,filhos%20em%20troca%20de%20dinheiro.> Acesso em 22 fev. 2023

aqueles previstos, por exemplo, nos Estados Unidos.

A Ucrânia, um dos países mais pobres da Europa, passou a ser um importante mercado para a gestação de substituição, situação que ficou em evidência com a pandemia da COVID-19, quando veio a notícia ao mundo de que dezenas de crianças geradas por gestação de substituição aguardavam pelos pais intencionais em uma maternidade improvisada. Isso porque os pais estavam proibidos de entrar no País em razão das restrições verificadas praticamente no mundo todo.

Em reportagem concedida à revista VEJA, Lyudmila Denisova, representante de direitos humanos na Ucrânia, destacou que o caso desses inúmeros bebês alojados em maternidades não deixa dúvida da existência de uma indústria “maciça e sistêmica, onde os bebês são anunciados como um produto de alta qualidade”.

Na mesma reportagem consta a informação da carta escrita pela Coalizão Internacional pela Abolição da Substituição de Gravidez (Ciams) na qual se afirmava que as leis permissivas da Ucrânia e falta de controle pelo poder público sobre a atividade contribuíram para a situação de inúmeras crianças desabrigadas e que “desde 2015, o parlamento europeu condenou a prática de barriga de aluguel, que mina a dignidade humana da mulher, uma vez que seu corpo e suas funções reprodutivas são usadas como mercadoria”²⁷⁹.

Entretanto, atualmente aquele país vive em situação de guerra com a Rússia desde fevereiro de 2024²⁸⁰, o que inviabiliza a continuidade da oferta de gestação de substituição.

A Colômbia é outro País em que contraprestação pecuniária pelo aluguel de útero é permitida e as ofertas por mulheres que pretendem ser gestantes de substituição vem crescendo significativamente e não existe naquele País uma normatização satisfatória, embora a prática seja admitida, muitas questões são regulamentadas pelas próprias clínicas de reprodução humana²⁸¹, o que deixa as mulheres e as crianças geradas em situação de insegurança jurídica e vulnerabilidade.

No Brasil, embora a comercialização da gestação de substituição seja

²⁷⁹ <https://veja.abril.com.br/mundo/lockdown-deixa-dezenas-de-bebes-de-barriga-de-aluguel-presos-na-ucrania/> Acesso em 18.02.2023

²⁸⁰ Estadão. Dois anos de Guerra na Ucrânia: Quando começou, quem está ganhando e o que pode acontecer no futuro Disponível em: <https://www.estadao.com.br/internacional/dois-anos-de-guerra-na-ucrania-quando-comecou-quem-esta-ganhando-e-o-que-pode-acontecer-no-futuro-nprei/> Acesso em 23 mai 2024.

²⁸¹ <https://www.bbc.com/portuguese/geral-64348575> Acesso em 23.02.2023.

vedada, é importante registrar que, às margens da lei, inúmeras mulheres se oferecem especialmente nas redes sociais para serem ‘barriga de aluguel’²⁸² em troca de contraprestação pecuniária, o que deixa à evidência a condição dessas mulheres expostas à toda sorte de exploração, especialmente em razão da vulnerabilidade tanto econômica como social.

Portanto, embora a prática não seja admitida legalmente, não se pode fechar os olhos para aqueles casos clandestinos em que mulheres se oferecem para ser barriga de aluguel com fins lucrativos e isso gera um grave problema social, pois essas mulheres se tornam ainda mais vulneráveis, além de colocar em risco a vida e segurança do bebê que poderá ser gerado.

Aquelas pessoas que se submetem ao risco de uma gestação de substituição clandestina no Brasil, além de autocolocarem sua saúde em risco, se esbarrarão em inúmeras questões de ordem legal, como exemplo, dificuldades para lavratura de assento de nascimento da criança que encontrará entraves para fazer constar os nomes dos pais intencionais em seus registros.

Trata-se de uma prática que vem fazendo crescer um mercado clandestino e paralelo, criando ou aumentando ainda mais o risco de vulnerabilidade tanto das mulheres, que além de estarem expostas a todo tipo de exploração econômica, colocam em risco as crianças que serão geradas.

Deste modo, há um abismo no que se refere as diferenças não só econômicas, mas também culturais existentes no Brasil, o que dificulta o atingimento de um certo nível de coesão social, ou seja, um certo grau de consenso entre os indivíduos da sociedade no que se refere a determinados assuntos.

No que se refere ao caso em comento, certamente as mulheres que aceitam ser submetidas a algum grau de exploração econômica, acreditam que estão fazendo aquilo que é melhor para si e para seus familiares, embora a sociedade de modo geral, possa não ter a mesma percepção daquela situação específica.

Deste modo, esses grupos menos favorecidos precisam ter acesso facilitado à informação e direcionamento específico de políticas públicas que atendam aos seus anseios, para que toda sociedade se una em um mesmo objetivo, que é a melhoria de condição de vida das classes menos favorecidas.

Por outro lado, nos países mais ricos em que a gestação de

²⁸² Comunidade denominada “Barriga de Aluguel” no facebook. Disponível em: <https://www.facebook.com/groups/712156945814522> acesso em 09 mar 2024.

substituição é admitida de forma onerosa, a situação é completamente diferente. Nos Estados Unidos, por exemplo, em 2020 foi aprovada a Lei de Segurança Parental que entrou em vigor em 2021 no Estado de Nova York e, desde então, a barriga de aluguel passou a ser admitida naquele Estado²⁸³.

Trata-se de uma Lei protecionista, que visa assegurar direitos e garantias à gestante de substituição e para isso prevê, dentre outros requisitos, a obrigatoriedade de que os pais pretendentes paguem um seguro de vida para a gestante a partir do início da gravidez até um ano após o nascimento da criança, bem como prevê o pagamento de todos os gastos médicos decorrentes de qualquer situação – física ou emocional – que sobrevenha à gestante durante a gravidez.

Além disso, o valor cobrado pela gestação de substituição nos Estados Unidos, de modo geral supera em muito o valor cobrado em outros países, podendo variar entre \$80,000,00 a \$250.000,00²⁸⁴.

Após analisar entrevistas de mulheres que aceitaram ser gestantes de substituição em alguns países²⁸⁵, foi possível concluir que há uma forte tendência de exploração econômica, inclusive com violação da dignidade de mulheres que vivem em países mais pobres.

Por outro lado, não se observa essa mesma violação em relação às gestantes de substituição nos países desenvolvidos, uma vez que nestes, as futuras gestantes participam ativamente de toda negociação e não se encontram em uma situação de submissão em relação a algum agente econômico.

A principal diferença entre a prática realizada em Países ricos, como é o caso dos Estados Unidos e os países subdesenvolvidos, como a Índia é, sobretudo, a motivação pela qual mulheres aceitam ser gestantes de substituição. Conforme antes abordado, ficou evidenciado que na Índia as mulheres procuram na gestação de substituição uma oportunidade de melhorarem de vida em termos financeiros, sendo esse o principal motivo que as leva a gestarem um filho para outrem.

Nos Estados Unidos, embora haja a cobrança de um valor pelas

²⁸³ Legislação para Barriga de aluguel está se espalhando pelos países ricos. Disponível em: <https://www.estadao.com.br/saude/legislacao-para-barriga-de-aluguel-esta-se-espalhando-em-paises-ricos/> Acesso em 10 mar 2024.

²⁸⁴ Barriga de aluguel gestacional em Nova York. Disponível em: <https://www.extraconceptions.com/pt/legalization-surrogacy-new-york/> acesso em 10 mar 2024.

²⁸⁵ Barriga de aluguel entre mundos. CNN Brasil. YouTube. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=7cw9JaLbIQQ> Acesso em 08mar 2023.

mulheres que são gestantes substitutas, a motivação econômica não é o fator determinante, mas sim a vontade de ajudar outras pessoas a constituírem suas próprias famílias²⁸⁶, ou seja, há uma intenção genuína de poder colaborar com a felicidade de outras pessoas.

No mesmo sentido foram as conclusões de Maria Berenice Dias, ao observar que nos Estados Unidos as gestantes de substituição não estão inseridas em nenhum eixo de vulnerabilidade ou de exploração, uma vez que “várias justificam a participação em tais projetos por se sentirem realizadas e orgulhosas de poderem fazer a diferença na vida de casais sem filhos”²⁸⁷.

Essa diferença de motivação é essencial para se analisar eventual violação do princípio da dignidade da pessoa humana em relação a essas mulheres, o que deve ser analisado casuisticamente e não de forma abstrata.

²⁸⁶ Barriga de aluguel entre mundos. CNN Brasil. YouTube. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=7cw9JaLbIQQ> Acesso em 08mar 2023.

²⁸⁷ DIAS, Maria Berenice. OPPERMANN, Marta Cauduro. **As inconstitucionalidades da Resolução 2.294/2021 do CFM sobre a utilização das técnicas de reprodução assistida**. Disponível em: <https://berenedias.com.br/as-inconstitucionalidades-da-resolucao-2-294-2021-do-cfm-sobre-a-utilizacao-das-tecnicas-de-reproducao-assistida/> Acesso em 12 jun. 2024.

5 CONCLUSÃO

O avanço da medicina aliada à tecnologia resultou no aperfeiçoamento das técnicas reprodutivas consistentes na inseminação artificial e fertilização *in vitro*, trazendo esperanças para as pessoas acometidas por infertilidade, que puderam recorrer à forma artificial de procriação para gerar seus filhos.

A inseminação artificial consiste na técnica reprodutiva em que, grosso modo, espermatozoides são inseridos diretamente no útero da mulher para, então, fecundar o óvulo; ao passo que na fertilização *in vitro* o embrião é fecundado em laboratório, e depois introduzido no útero feminino.

Essas são as duas técnicas mais importantes e mais utilizadas em todo o mundo como forma de procriação artificial. Além delas, existem outros métodos auxiliares da reprodução humana, dentre eles, a gestação de substituição objeto de estudo desta dissertação.

Aspectos relacionados à reprodução humana assistida, especialmente envolvendo a gestação de substituição, são dotados de elevado grau de complexidade e discussão doutrinária, em grande parte pela ausência de norma regulamentadora da temática.

Existem alguns Projetos de Lei em trâmite, bem como a proposta de revisão do Código Civil de 2002 que pretende incluir o regramento da procriação medicamente assistida em seu texto, abordando, inclusive, a normatização da gestação de substituição. Entretanto, enquanto não sobrevier norma específica, é necessário recorrer às disposições constantes das regras administrativas do Conselho Federal de Medicina.

O Biodireito e a Bioética exercem relevante papel no direcionamento da conduta de todas as pessoas envolvidas na reprodução humana. Os princípios bioéticos da autonomia, da beneficência, não maleficência e o princípio da justiça atuam como vetores e, ao mesmo tempo, orientadores da ação humana quando o assunto envolve dilemas éticos, sociais e morais envolvendo a saúde humana.

Exercem a função de vetores quando impedem, por exemplo, no campo da medicina genética condutas arbitrárias e abusivas relacionadas às pesquisas com corpo humano e, são orientativos quando auxiliam na resolução de dilemas éticos e morais, indicando os parâmetros que devem ser seguidos para se tomar a decisão que traga o maior benefício possível ao paciente.

[Digite aqui]

Diante da ausência de regulamentação legal sobre a temática, o que se pretende com a pesquisa é contribuir com a identificação de instrumentos jurídicos que atribuam à cessão de útero a necessária segurança jurídica para todos os envolvidos na pactuação. Neste passo, o questionamento central que se busca responder com a pesquisa se refere à possibilidade de celebração de negócio jurídico envolvendo a gestação de substituição e qual a forma adequada de instrumentalização do acordo.

É possível afirmar que até o presente momento a contratualização da gestação de substituição não é expressamente proibida no Brasil, uma vez que inexistente legislação em sentido formal sobre o assunto e, de acordo com as regras do *civil law*, tudo o que não é proibido por lei, é admitido no âmbito do direito privado.

Os contratos surgiram inicialmente com finalidade eminentemente econômica para atender as necessidades à época do Liberalismo Econômico, em que o patrimônio era o principal bem jurídico a ser protegido pelo negócio jurídico. Com a evolução da sociedade e o surgimento de novas necessidades, a pessoa passa a ser o centro do ordenamento jurídico e o direito passa a tutelar os direitos fundamentais previstos na Constituição da República e os direitos da personalidade previstos no Código Civil.

A teoria dos negócios jurídicos que, até então, trazia regramentos de caráter eminentemente patrimoniais, cede lugar para uma nova interpretação na busca atender a proteção dos bens jurídicos relacionados à vida e à saúde da pessoa humana. Dentro de uma visão contemporânea, os negócios jurídicos consistentes nos contratos podem ser caracterizados por vínculos jurídicos que o tornem obrigatórios e exigíveis, ainda que desprovidos de natureza patrimonial, uma vez que passam a trazer em seu bojo uma elevada carga valorativa fundamentada em princípios constitucionais como o princípio da função social e da solidariedade contratual.

É na perspectiva dessa visão contemporânea de interpretação dos negócios jurídicos que a pesquisa defende a possibilidade de celebração de negócio biojurídico consistente na contratualização da gestação de substituição, como uma espécie de contrato atípico. Neste contrato devem estar presentes todos os seus elementos, uma vez que se trata de um negócio jurídico bilateral, composto por partes capazes de consentir de forma voluntária com os termos da pactuação.

O objeto do contrato de gestação de substituição é lícito e consiste na cessão do útero da mulher que irá gestar um filho para outrem. Não há que falar em

disposição de partes do corpo humano, e portanto, não há violação ao artigo 199, §4º da Constituição Federal.

No que se refere à forma, o negócio jurídico envolvendo a gestação de substituição pode ser celebrado por meio de contrato atípico, cujo vínculo obrigacional está presente através dos princípios e valores que atribuem ao negócio jurídico exequibilidade e oponibilidade entre os contratantes. Esta é, portanto, a estrutura de um negócio jurídico de gestação de substituição, que além de validar a vontade dos contratantes, tem ainda o poder de atribuir segurança jurídica à relação contratual.

A interpretação que tem como objeto a discussão acerca da possibilidade ou não da cessão de útero onerosa deve ser realizada com cautela. Isso porque, após análise dessa modalidade de gestação de substituição em alguns países que a admitem, chegou-se a conclusão de que em muitos casos poderá ocorrer violação à dignidade das mulheres que irão gerar o filho de outrem especialmente naqueles países mais pobres.

Observa-se que nesses casos, essas mulheres aceitam ser gestantes de substituição porque veem na prática a oportunidade de mudar de vida, de proporcionar uma vida melhor aos filhos e familiares e de adquirir um imóvel próprio. Por essas razões, se submetem às exigências que nem sempre são razoáveis e proporcionais e, nesses casos, deixam de ser sujeitos de direito e passam a ser instrumento da realização de uma determinada finalidade em prol de outrem.

Analisando a realidade das mulheres que se submetiam à gestação de substituição mediante contraprestação na Índia, quando a prática por lá ainda era admitida para estrangeiros, não há como não pensar que a condição de vida que levavam antes da gestação de substituição também poderia configurar violação da dignidade humana, uma vez que muitas delas sequer conseguiam mandar os filhos para escolas por falta de recursos financeiros.

Entretanto, ainda assim, é papel das normas jurídicas obstar condutas que afastem direitos personalíssimos e indisponíveis, como é o direito que toda pessoa tem de preservar a dignidade e integridade de seu corpo, uma vez que a dignidade humana é um direito indisponível e inegociável e não pode ser relativizado.

Por outro lado, em outros países – principalmente os mais ricos como é o caso dos Estados Unidos – a gestação de substituição ainda quando praticada de forma onerosa aparentemente não enseja violação da dignidade humana da gestante.

[Digite aqui]

Essa constatação foi possível após a análise de relatos de mulheres americanas que aceitaram ceder seus úteros para concretização do projeto parental de outras famílias com o objetivo maior de contribuir com a felicidade do próximo, sendo a contraprestação uma consequência da avença.

Ao contrário do que ocorria com as mulheres indianas, as mulheres americanas já estavam em um nível elevado de estabilidade em diversos segmentos da vida, com família constituída e estabilidade econômica e financeira.

Fica evidente a diferença da finalidade almejada em ambos os casos. No primeiro, o que se busca através da recompensa pela cessão do útero é oportunidade de uma vida melhor e para isso as futuras gestantes se submetiam a condições que muitas vezes não aceitariam, não fosse pelo dinheiro. Já no segundo caso, o objetivo primordial das mulheres norte-americanas é contribuir com a felicidade do próximo, ficando a recompensa financeira em segundo plano.

Outra diferença que merece ser mencionada é que normalmente em países mais pobres, as mulheres detêm o mínimo de autonomia para participar das negociações e, em grande parte, se submetem ao que é proposto pelos pais pretendentes em conjunto com a clínica de reprodução assistida, sendo essa o agente articulador de toda contratação, além de reter parcela do valor negociado.

Nos países ricos, ao contrário, a gestante é dotada de autonomia para decidir conjuntamente com os futuros pais e com a clínica de reprodução humana todas as questões que serão estipuladas em cláusula contratual, desde o acompanhamento médico inicial até o período pós-parto. Além disso, são as gestantes que estabelecem, em conjunto com os demais negociantes, o valor que concorda em receber pela gestação.

Diante dessas considerações e visando responder à indagação acerca da ocorrência ou não da violação da dignidade da mulher que será gestante de substituição quanto ao caráter oneroso do ato, defende-se que essa averiguação deve ocorrer casuisticamente e não de forma abstrata. Isso porque levando em conta os casos dos dois países acima citados, é evidente que em um há flagrante violação da dignidade humana, ao passo que não é possível fazer essa mesma afirmação no segundo caso.

Conforme se depreende da prática da gestação de substituição em diversos lugares do mundo, é possível observar que nos países subdesenvolvidos aparentemente há uma vulnerabilidade maior das mulheres que se dispõem a ser

gestante de substituição, uma vez que muitos úteros são negociados em troca de lucro para as clínicas reprodutivas.

Nos países mais ricos, como é o caso dos Estados Unidos, as mulheres que se submetem à gestação de substituição ainda que onerosa, antes da busca pelo lucro, procuram exercer a solidariedade auxiliando outras pessoas a construírem suas próprias famílias. A finalidade principal não é a busca pelo lucro que passa a ser uma consequência da execução de um ato genuíno de solidariedade. Não se verifica nesses casos a exploração econômica da gestante que participa de todo o processo de tomada de decisão sobre sua gravidez.

A doutrina brasileira fundamenta a impossibilidade de cessão onerosa de útero na violação da dignidade humana da gestante que passaria a ser um instrumento de realização de negócios jurídicos e também da criança, que seria o objeto da pactuação, violando o artigo 104 do Código Civil.

A dissertação defende que eventual motivação econômica, por si só, não teria o condão de fazer presumir a ocorrência da violação da dignidade da gestante, sendo necessária a análise do caso concreto, a fim de averiguar se a futura gestante estaria atuando no livre exercício da sua autonomia privada ou não.

Além disso, o fato de no Brasil a cessão onerosa não ser admitida não inibe a prática de forma absoluta. Existem páginas em redes sociais que, de forma clandestina, permite o anúncio de diversas mulheres que pretendem gestar uma criança mediante contraprestação. Nesses casos, a condição de vulnerabilidade dessas mulheres é evidente, uma vez que podem estar expostas a diversas situações de risco, o que exige fiscalização por parte das autoridades competente.

No que se refere ao argumento que se opõe à contratualização por impossibilidade jurídica do objeto, a conclusão que se chega com a pesquisa é que essa interpretação não é a mais coerente, uma vez que o objeto tanto na cessão de útero gratuita quanto na onerosa é o mesmo, qual seja, a disponibilização do útero pela mulher que irá gestar um filho de outrem, sem qualquer violação a sua integridade física. Portanto, a pesquisa não se filia a alegação de que o objeto é a criança que será entregue aos pais ao final da gestação.

Nesse contexto, a pesquisa defende a admissibilidade da contratualização da gestação de substituição, com finalidade de atribuir maior segurança jurídica ao acordo firmado pelos envolvidos como instrumento necessário para realização dos direitos reprodutivos, valendo-se das disposições do artigo 425

do Código Civil que estabelece a possibilidade de celebração de contratos atípicos, ou seja, que não estejam expressamente previstos em lei, desde que observadas as demais normas legais.

REFERÊNCIAS

ABREU, Laura Dutra de. **A renúncia da maternidade: reflexão jurídica sobre a maternidade de substituição - principais aspectos nos direitos português e brasileiro.** *Revista Brasileira de Direito das Famílias e das Sucessões - RBDFamSuc*, n. 11, Porto Alegre: Magister/IBDFAM, ago.set. 2009. p.98.

ANNAS GJ. Baby M: **babies (and justice) for sale.** *Hastings Cent Rep.* 1987 Jun;17(3):13-5. PMID: 3610624. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.2307/3562242?sid=nlm%3Apubmed>
Acesso em 12 out 2023

ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco. In: **Coleção “Os pensadores”**. São Paulo: Nova Cultural Ltda, 1996.

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos. DUDH, XVI, 3. A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado

BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. **A tutela das vulnerabilidades na legalidade constitucional.** In: TEPEDINO, GUSTAVO; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (coord.). *Da dogmática à efetividade do Direito Civil: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional –IV Congresso do IBDCivil.* Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 50

BARBOZA, Heloisa Helena. **Proteção dos vulneráveis na constituição de 1988: uma questão de igualdade.** In: NEVES, Thiago. (Coord.). *Direito & justiça social: por uma sociedade mais justa, livre e solidária: estudos em homenagem ao Professor Sylvio Capanema de Souza.* São Paulo: Atlas, 2013, p. 109.

Barriga de aluguel entre mundos. CNN Brasil. YouTube. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=7cw9JaLbIQQ> Acesso em 08mar 2023.

Barriga de aluguel gestacional em Nova York. Disponível em: <https://www.extraconceptions.com/pt/legalization-surrogacy-new-york/> acesso em 10 mar 2024.

BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. **O Começo da História. A nova interpretação Constitucional e o papel dos princípios no Direito Brasileiro.** *Revista da EMERJ*, v. 6, n. 23, 2003. P. 54. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_25.pdf
Acesso em 19 jun. 2024.

BELLINO, Francesco. Tradução Nelson Souza Canabarro. **Fundamentos da Bioética – aspectos antropológicos, ontológicos e morais.** Bauru: EDUSC, 1997. p.33

BETTI, Emilio. **Teoria Geral do Negócio Jurídico.** Trad. Servanda Editora. Campinas: Servanda Editora, 2008, p. 88

BIZELLI, Rafael Ferreira. **Contratos existenciais: Contextualização, conceito e interesses extrapatrimoniais**. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil, v.6, p. 69-94, out/dez 2015. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/83> Acesso em 29 abr 2024. p.86

BONE, Leonardo Castro de. **A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos nos casos de gestação de substituição internacional**. Julgar OnLine, agosto de 2022. p.p. 28/29. Disponível em: <https://julgar.pt/a-jurisprudencia-do-tribunal-europeu-dos-direitos-humanos-nos-casos-de-gestacao-de-substituicao-internacional/> Acesso em 15 jun.2024.

BRASIL. **Câmara dos Deputados**. Projeto de Lei 115/2015. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1296985&filename=PL%20115/2015 Acesso em 15 out 2023

BRASIL. **Conselho Federal de Medicina** (CFM - Brasil). Resolução nº. 1.358/1992. Publicada no D.O.U. de 19/11/1992, Pág. 16.053, Seção I.

BRASIL. **Conselho Federal de Medicina** (CFM - Brasil). Resolução nº. 1.957/2010. Publicada no D.O.U. de 6 de janeiro de 2011, Seção I, p. 79.

BRASIL. **Conselho Federal de Medicina** (CFM - Brasil). Resolução nº. 2.013/2013. Publicada no D.O.U. de 09 de maio de 2013, Seção I, p. 119.

BRASIL. **Conselho Federal de Medicina** (CFM - Brasil). Resolução nº. 2.121/2015. Publicada no D.O.U. de 24 de setembro de 2015, Seção I, p. 117.

BRASIL. **Conselho Federal de Medicina** (CFM - Brasil). Resolução nº. 2.168/2017. Publicada no D.O.U. de 10 de novembro de 2017, Seção I, p. 73.

BRASIL. **Conselho Federal de Medicina** (CFM - Brasil). Resolução nº. 2.294/2021. Publicada no D.O.U. de 15 de junho de 2021, Seção I, p. 60.

BRASIL. **Conselho Federal de Medicina** (CFM - Brasil). Resolução nº. 2.320/2022. Publicada no D.O.U. de 20 de setembro de 2022, Seção I, pg. 107.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF. Senado Federal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

BRASIL. Lei nº. 3.268, de 30 de setembro de 1957. Dispõe sobre os Conselhos de Medicina, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3268.htm

BRASIL. Lei nº. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. **Código Civil Brasileiro**. Brasília, DF. publicado no DOU de 11.1.2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm

BRASIL. Lei nº. 11.804, de 5 de novembro de 2008. Disciplina o direito a alimentos

gravídicos e a forma como ele será exercido e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/L11804.htm. Acesso em: 14 de jun. 2024.

BRASIL. Lei nº. 9656, de 03 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9656.htm

BRASIL. Ministério da Saúde – FIOCRUZ. **Infertilidade: o que pode ser feito?** Disponível em: <https://www.iff.fiocruz.br/index.php?view=article&id=112#:~:text=De%20acordo%20com%20a%20Organiza%C3%A7%C3%A3o,da%20popula%C3%A7%C3%A3o%20total%20do%20planeta>. Acesso em 29 mar. 2023.

BRASIL. Ministério da Saúde **Infertilidade Masculina**. Biblioteca Virtual em Saúde. Disponível em: <https://bvsmis.saude.gov.br/infertilidade-masculina/> Acesso em 09 set. 2023.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Infertilidade Feminina**. Biblioteca Virtual em Saúde. Disponível em: <https://bvsmis.saude.gov.br/infertilidade-feminina/> Acesso em 09 set. 2023.

BRASIL. **Senado Federal**. Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/comissoes/comissao?codcol=2630>. Acesso em 18 mar. 2024.

BRASIL. **Senado Federal**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/153893> acesso em 13 out 2022.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça. STJ**. Recurso Especial nº. REsp nº 1962984 / SP (2021/0307888-6). Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%201962984&_gl=1*c2lihj*_ga*MTk3ODEyNzg5MC4xNjk0Mjk4MzYx*_ga_F31N0L6Z6D*MTY5NDU0NTgwMC4yLjEuMTY5NDU0NTk4MS42MC4wLjA. Acesso em 12 set. 2023.

BRASIL **Superior Tribunal de Justiça. STJ**. Tema 1067. Trânsito em julgado em 14.02.2022. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=1067&cod_tema_final=1067 Acesso em 09 set. 2023.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça. STJ**.. Recurso Especial nº 1.918.421, 2021-STJ: (STJ/Recurso Especial nº 1.918.421, 2021-STJ). (grifei). Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/15062021-Implantacao-de-embrioes-congelados-em-viuva-exige-autorizacao-expressa-do-falecido--decide-Quarta-Turma.aspx> Acesso em 28 ago.2023.

BRASIL. **Lei de Biossegurança Nacional**, Lei nº. 11.105, de 24 de março de 2005.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências**. Lei nº 8.069 de 13 de Julho de 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm

CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 346.

CARVALHO Pavão, J.; GÓIS Paula B. de. RESQUETTI Tarifa Espolador, R. de C. (2018). **Negócios Biojurídicos e seus limites**. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 35, n. 1: 289-315, jan./jun. 2019. P. 296.

CORLETA, Helena von Eye. **Fertilização in vitro: mais de 4 milhões de crianças nascidas e um prêmio nobel** Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/159678> Acesso em 26 fev 2024.

DADALTO, Luciana; MASCARENHAS, Igor de Lucena. **Instabilidade normativa: nova resolução do CFM sobre reprodução humana assistida**. Jota: Opinião e Análise. Publicado em: 01/07/2021. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/instabilidade-normativa-nova-resolucao-do-cfm-sobre-reproducao-humana-assistida-01072021> . Acesso em: 13 out 2023.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Bioética e direitos humanos. A vida como valor ético**. In: COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira (Org.). Iniciação à Bioética. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998.

DIAS, Maria Berenice. **As inconstitucionalidades da Resolução 2.294/2021 do CFM sobre a utilização das técnicas de reprodução assistida**. Disponível em: https://berenedias.com.br/as-inconstitucionalidades-da-resolucao-2-294-2021-do-cfm-sobre-a-utilizacao-das-tecnicas-de-reproducao-assistida/#_ftn10 Acesso em 14 jun. 2024.

DIAS, Maria Berenice. **Barriga de aluguel: sublime missão mediante pagamento**. Disponível em: <https://berenedias.com.br/barriga-de-aluguel-sublime-missao-mediante-pagamento/> Acesso em 12 jun. 2024.

_____, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 379

DIAS, Maria Berenice. OPPERMANN, Marta Cauduro. **As inconstitucionalidades da Resolução 2.294/2021 do CFM sobre a utilização das técnicas de reprodução assistida**. Disponível em: <https://berenedias.com.br/as-inconstitucionalidades-da-resolucao-2-294-2021-do-cfm-sobre-a-utilizacao-das-tecnicas-de-reproducao-assistida/> Acesso em 12 jun. 2024.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 19. ed. São Paulo. 2008.

_____, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. Pp. 1-9.

_____, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 10ªed. São Paulo: Saraiva, 2022, p.891 (E-book)

ESPAÑA. Ley 14/2006, de 26 de mayo. Disponível em <https://www.boe.es/eli/es/l/2006/05/26/14/con>. Acesso em 02 out. 2023.

ESPAÑA. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa. PAVÃO, Juliana Carvalho. MENEGUCE, Cassia Pimenta. **Gestação de Substituição como Negócio Biojurídico no Contexto das Relações Familiares Contemporâneas. Direito de Família. Aspectos Contemporâneos**. São Paulo: Almedina Brasil. p.135.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Michigan Compiled Laws (MCL). Capítulo 722. Ato 199 de 1988. Seção 722.857. Michigan: Conselho Legislativo, 2014. Disponível em: [https://www.legislature.mi.gov/\(S\(beyg0mas0fxpn3v11vnxnnq1\)\)/mileg.aspx?page=getobject&objname=mcl-722-857](https://www.legislature.mi.gov/(S(beyg0mas0fxpn3v11vnxnnq1))/mileg.aspx?page=getobject&objname=mcl-722-857). Acesso em: 04 out. 2023

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Revised Code of Washington (RCW). Título 26. Capítulo
EUA. Justia Us Law. Jhonson v. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/california/supreme-court/4th/5/84.html> Acesso em set 2023.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. 6 vol. P. 571.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: Direito das famílias**. Vol. 6 4.ª ed. Salvador: Juspodvm, 2012. p.629.

FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. **Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização**. 2. ed. Curitiba: Editora Juruá, 2016. p. 77-78
FRANKENA, William Klaas. Ética. Rio de Janeiro: Zahar, 1981p. 61-62.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A Nova Filiação: O Biodireito e as Relações Parentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003

GESTATIONAL surrogacy law across the United States. In: CREATIVE family connections. [S. l.], c2016. Disponível em: <https://www.creativefamilyconnections.com/us-surrogacy-law-map/>. Acesso em: 03 out. 2023

GESTATIONAL surrogacy law across the United States. In: CREATIVE family connections. [S. l.], c2016. Disponível em: <https://www.creativefamilyconnections.com/us-surrogacy-law-map/>. Acesso em: 04 out. 2023

GOMES, Orlando. **Contratos**. Atualização e notas de Humberto Theodoro Júnior. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 107.

_____. **Contratos**. Rio de Janeiro. Forense. 2009. (1959), 26ª ed. p. 9

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. **Contratos e Atos Unilaterais**. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 19 (E-book).

HABERMAS, Jürgen. **O Futuro da Natureza Humana: A caminho de uma eugenia liberal?** São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2004.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Contrato: estrutura milenar de fundação do direito privado**. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, [S.l.], v. 97, p. 127-138, jan. 2002. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67537> Acesso em: 04 mar 2024. <https://app.leg.wa.gov/RCW/default.aspx?cite=26.26A.705>. Acesso em: 04 out. 2023.

ICRM. Centro de Medicina Reprodutiva de Idaho. **Hiperestimulação Ovariana Controlada (COH)**. Disponível em: <https://idahoreproductive.com/pt/infertility-treatments/ovulation-induction/#:~:text=Com%20a%20hiperestimula%C3%A7%C3%A3o%20ovariana%20controlada,n%C3%BAmero%20de%20fol%C3%ADculos%20maduros%20obtidos>. Acesso em 27 fev 2024.

ITALIA. Corte Costituzionale. República Italiana. Disponível em: <https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2017&numero=272> Acesso em 07 mar 2024

ITALIA. Legge n. 40/2004, de 19 de fevereiro de 2004. Art. 5(Requisiti soggettivi). 1. Fermo restando quanto stabilito dall'articolo 4, comma 1, possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi. Disponível em: <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:2004-02-19;40> Acesso em 31 de out. 2023.

KANT, I. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Rio de Janeiro: Ediouro, 1978. p. 70-71.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. In: Crítica da razão pura e outros textos filosóficos. Col. Os pensadores. São Paulo: Abril, 1974, p. 243

_____. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução de Paulo Quintela - Lisboa: Edições 70, 2007.p, 68.

LAMANCE, Ken. **Uniform Parentage Act and paternity**. In: LEGAL match. [S. l.], 24 abr. 2018.

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

Tribunais, 1995.

LIMA, Caroline Melchiades Salvadego Guimarães de Souza; SANTOS, Pedro Henrique Amaducci Fernandes dos; MARQUESI, Roberto Wagner. **Negócios jurídicos contemporâneos: a efetivação da dignidade da pessoa humana com alicerce nos contratos existenciais**. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 7, n. 3, 2018. Disponível em: <<http://civilistica.com/negocios-juridicos-contemporaneos/>>. Acesso em 07 jun. 2024. p. 06

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Contratante Vulnerável e autonomia privada**. In: NEVES, Thiago (Coord.). *Direito & Justiça: por uma sociedade mais justa, livre e solidária: estudos em homenagem ao professor Sylvio Capanema de Souza*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 159.

LOUREIRO, Claudia Regina de Oliveira Magalhães da Silva. **Impactos do princípio da dignidade humana no direito à vida do embrião**. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/7336>. Acesso em 05 mai 2024. p.83

LUNA, N. **A resposta da biomedicina e o engajamento das usuárias**. In: *Provetas e clones: uma antropologia das novas tecnologias reprodutivas* [online]. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2007. Antropologia e Saúde collection, pp. 83-133. ISBN 978-85-7541-355-5. Available from SciELO Books Disponível em: <https://books.scielo.org/id/dqhw2/pdf/luna-9788575413555-06.pdf> Acesso em 17 out 2023.

MAILLARD, Jean Louis. **Qual a diferença entre esterilidade e infertilidade?** Disponível em: <https://fecondare.com.br/artigos/qual-a-diferenca-entre-esterilidade-e-infertilidade/> Acesso em 06 jun.2024.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Bioética e Biodireito**. 2ª ed., São Paulo: atlas, 2013. p. 7.

MARINO JR. Raul. **Em busca de uma bioética global**. São Paulo: Hagnos, 2009. P. 97

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 44

MARTINS, Anne Shirley de Oliveira Rezende; REIS, João Paulo Alves dos. **Autonomia de vontade e causas de nulidade do matrimônio canônico em razão de vício de consentimento**. *VirtuaJus*, Belo Horizonte, v. 2, n. 3, p. 85-97, 2º sem. 2017 – ISSN 1678-3425. Disponível em: <file:///C:/Users/pimen/Downloads/16779-Texto%20do%20artigo-60845-1-10-20180302.pdf> Acesso em 06 mar 2024.

MARTINS - COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código civil**, volume V, tomo I: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 09.

_____. **A boa-fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação**.

São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 300

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

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Negócios biojurídicos**. In: PONA, Éverton Willian; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do; MARTINS, Priscila Machado (Coord.). *Negócio jurídico e liberdades individuais: autonomia privada e situações jurídicas existenciais*. Curitiba: Juruá, 2016.

MENDES, Marcela Custodio Mendes; COSTA, Ana Paula Pimentel Costa. **Diagnóstico genético pré-implantacional: prevenção, tratamento de doenças genéticas e aspectos ético-legais**. Revista de Ciências Médicas e Biológicas. Salvador, v.12, n.3, p.374-379, set./dez. 2013. Disponível em: https://repositorio.ufba.br/bitstream/ri/23102/1/17_v.12_3.pdf

MENEGUCE, Cassia Pimenta. ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador. CUNHA, Germano Matheus Codognotto da. **O Direito de os titulares do material genético identificarem o sexo do embrião pré-implantatório: análise sob a ótica da Lei Geral de Proteção de Dados**. Revista de Biodireito e Direito dos Animais. E-ISSN 2525-9695. v.9/nº1/p.41-61/jan/jun2023.

MICHAEL, Sandel J., 1953- **Contra a perfeição: ética na era da engenharia genética**. tradução Ana Carolina Mesquita. Rio de Janeiro: Civilização Brasileiro, 2013. (E-book)

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado. Tomo III**. Campinas: Bookseller, 2012.

NBC News. **Nova York anula proibição de barriga de aluguel**. Disponível em: <https://www.nbcnews.com/news/us-news/new-york-state-long-holdout-against-legalizing-surrogacy-overturms-ban-n1176071> Acesso em 09 mar 2024

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. ONU News. **Perspectiva Global Reportagens Humanas**. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2023/04/1812312> Acesso em 08 set. 2023.

OSÓRIO, L. C. **Casais e Famílias uma Visão Contemporânea**. Rio Grande do Sul: Artemed, 2002.

PAIANO, Daniela Braga; ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa. **As técnicas de reprodução assistida na Resolução nº 2.121/15 do Conselho Federal de Medicina – principais aspectos**. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil, Belo Horizonte, vol. 11, p. 57-71, jan./mar. 2017. Disponível em: [file:///C:/Users/pimen/Downloads/8-Texto%20do%20Artigo-25-33-10-20170628%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/pimen/Downloads/8-Texto%20do%20Artigo-25-33-10-20170628%20(1).pdf) Acesso em 31 out. 2023.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil – Vol. V / Atual**. Tânia da Silva Pereira. – 25. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 82.

PEREIRA, Rodrigo Cunha. **Barriga de aluguel: o corpo como capital**. Disponível em:
<https://ibdfam.org.br/artigos/858/Barriga+de+aluguel%3A+o+corpo+como+capital+>
 Acesso em 11 jan 2024

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: renovar, 2008. p. 122

_____. **Perfis do Direito Civil. Introdução ao direito civil constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa. Artigo nº 67, 2, e.

PORTUGAL Diário da República de Portugal. **Negócio Jurídico**. Disponível em:
<https://diariodarepublica.pt/dr/lexionario/termo/negocio-juridico> Acesso em 17 jun. 2024.

PORTUGAL. Diário da República. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018, de 7 de maio. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/acordao-tribunal-constitucional/225-2018-115226940> Acesso em 12 dez 2023.

PORTUGAL. Lei nº 25/2016, de 22/08 e Lei nº 17/2016, de 20/06. Disponível em:
https://pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=903&tabela=leis&fbclid=IwZXh0bgNhZW0CMATAAR0duy48LKc436w7tkziC6Lab87QKIYdHkIA8jZiCvgNeXutm5havZu3qB0
[IwZXh0bgNhZW0CMATAAR0duy48LKc436w7tkziC6Lab87QKIYdHkIA8jZiCvgNeXutm5havZu3qB0_aem_ZmFrZWR1bW15MTZieXRlcw](https://pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=903&tabela=leis&fbclid=IwZXh0bgNhZW0CMATAAR0duy48LKc436w7tkziC6Lab87QKIYdHkIA8jZiCvgNeXutm5havZu3qB0_aem_ZmFrZWR1bW15MTZieXRlcw) Acesso em 13 jun. 2024.

PORTUGAL. Lei nº 32/2006. Disponível em:
<https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/lei/32-2006-539239> Acesso em 03 out 2023.

PORTUGAL. Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa. Ministério Público. Legislação. Procriação Medicamente Assistida. Disponível em:
https://pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=903&tabela=leis&fbclid=IwZXh0bgNhZW0CMATAAR0duy48LKc436w7tkziC6Lab87QKIYdHkIA8jZiCvgNeXutm5havZu3qB0_aem_ZmFrZWR1bW15MTZieXRlcw Acesso em 13 jun. 2024.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional, com sentença de 1 de abril a 8 de maio de 2009, n. 151 (Diário Oficial 1º ss 13/5/2009, n. 19)

POTTER, Van Rensselaer. **Bioethics: bridge to the future**. New Jersey: Prentice Hall, 1971.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Almiro Pisseta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997

REALE JUNIOR, Miguel. **Exposição dos Motivos do Código Civil de 2002**. 1975.

REALE, Miguel. **Nova fase do direito moderno**. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 61
 Resolução 2013/2013 do Conselho Federal de Medicina. Disponível em:

[Digite aqui]

<https://portal.cfm.org.br/images/PDF/resoluocfm%202013.2013.pdf> Acesso em 14 out 2013.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. – 10. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação**. Revista Legislativa. Brasília a. 41 n. 163 jul./st. 2004, p. 127

RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson; BORGES, Janice Silveira. **Alteração da Vontade na utilização das técnicas de reprodução assistida**. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. Manual de Direitos das Famílias e das Sucessões. Belo Horizonte, Del Rey: Mandamentos, 2008. P. 228.

RODRIGUES, Isilda; SACOTO, Sandra; CORREIA, Teresa Montenegro; VALENTIM, Ramiro; GOMES, Maria José Marques; AZEVEDO, Jorge (2017). **Manejo Reprodutivo em ovinos e caprinos. Breve história da Reprodução Animal**. Agrotec. ISSN 2182-4401. 21, p. 22-27

SANCHES, Mario Antonio. **Bioética: ciência e transcendência**. São Paulo: Loyola, 2004, p.21

SBRHA. Sociedade Brasileira de Reprodução Humana Assistida. **Como fazer a doação de óvulos?** <https://sbra.com.br/como-fazer-a-doacao-de-ovulos/> Acesso em 05 jan 2024.

SCALQUETE, Ana Cláudia Silva. **Estatuto da Reprodução Assistida**. 2009. p. 250. Disponível em: [https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-08032010-095921/publico/Tese Ana Claudia Silva Scalquette.pdf](https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-08032010-095921/publico/Tese%20Ana%20Claudia%20Silva%20Scalquette.pdf) Acesso em 01 nov. 2023.

SCHEREIBER, Anderson. **Manual de Direito Civil Contemporâneo**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020 (E-book), p. 336.

SLONGO, I. I. P. & DELIZOICOV, D. **Reprodução humana: abordagem histórica na formação dos professores de Biologia**. Contrapontos 3 (2003): Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/rc/article/view/739> Acesso em 04 out. 2023.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Autonomia existencial**. Revista Brasileira de Direito Civil - RBDCivil, Belo Horizonte, v. 16, p. 75-104, abr./jun. 2018. p.7

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Conflito positivo de maternidade e utilização de útero de substituição**. In: CASABONA, Carlos Maria Romero; QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. P. 314.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena, MORAES, Maria Celina Bodin de. - **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República** - vol. IV / Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 196.

TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson, BANDEIRA Paula Greco. **Fundamentos do Direito Civil**, vol. 3 – Contratos. 2ªed. Rio de Janeiro, Forense, 2021

(Ebook)

EUA. US Department of Health and Human Services. Understanding Our Genetic Inheritance. The US Human Genome Project: The First Five Years. NIH Publication No. 90-1590. Bethesda (MD): National Institutes of Health, 1990

Wehmeyer, M. L. (1999). A functional model of self-determination: describing development and implementing instruction. Focus on Autism and Other Developmental Disabilities, p. 53-62 Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/108835769901400107> Acesso em 03 abr 2024.

WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO). Infertility. Infertility is a disease of the male or female reproductive system defined by the failure to achieve a pregnancy after 12 months or more of regular unprotected sexual intercourse. World Health Organization (WHO). International Classification of Diseases, 11th Revision (ICD-11) Geneva: WHO 2018. Disponível em: <https://redlara.com/images/arquivo/Infertility.pdf> Acesso em 15 out 2023