Autonomia Privada e Projetos Parentais na Gestação por Substituição

Private Autonomy and Parental Projects in Surrogate Pregnancy



Ana Paula Bittencourt Okamoto[1]
Universidade Federal do Paraná

RESUMO

A gestação por substituição vem sendo a alternativa cada vez mais utilizada entre casais e pessoas solteiras, sem distinção de gênero, que por algum motivo não conseguem gerar e gestar seus próprios filhos. No Brasil, esse procedimento é amparado somente pela Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.294/21, que apresenta requisitos para os autores do projeto parental, deveres e critérios éticos para o profissional da medicina realizar tal procedimento. Dado que transformações na esfera jurídica não ocorrem com a mesma frequência e agilidade que os avanços da Medicina, diversas lacunas surgem no ordenamento jurídico brasileiro acerca da regulação das técnicas de reprodução assistida, especialmente quando se trata da gestação por substituição. Neste contexto, o presente trabalho tem como principal objetivo analisar os efeitos jurídicos da autonomia contratual dos sujeitos envolvidos nessas relações sobre a intervenção no corpo feminino pela ciência, e sua utilização com fim de permitir a reprodução humana, em favor de terceiros, autores de projeto parental. Para atingir tais objetivos, este artigo parte da análise da bibliografia especializada no tema, explora a noção de autonomia privada e autonomia contratual e seus efeitos, além de analisar as normas administrativas de caráter deontológico que regulam os procedimentos médicos e apontar conflitos entre os interesses assim regulados que afloram no Poder Judiciário e produzem soluções jurídicas não legislativas. Esse percurso metodológico evidencia uma grande imprecisão conceitual e normativa que produz insegurança jurídica e perturba, permanentemente, a subjetividade das partes envolvidas no processo reprodutivo apoiado na técnica.

Palavras chave: Gestação por substituição, autonomia privada, planejamento familiar.

ABSTRACT

Gestation by substitution has been increasingly used as an alternative among couples and single people, regardless of gender, who for some reason are not able to generate and give birth to their own children. In Brazil, this procedure is only regulated by the Federal Council of Medicine's Resolution No. 294/21, which sets out requirements for the authors of the parental project, as well as the medical professional's duties and ethical criteria for performing this procedure. As legal changes do not occur as frequently and quickly as medical advancements, several gaps appear in the Brazilian legal system concerning the regulation of assisted reproduction techniques, especially when it comes to gestation by substitution. In this context, this paper's main objective is to analyze the legal effects of the contractual autonomy of the subjects involved in this scientific intervention in the female body and its use in order to allow human reproduction in favor of third parties, authors of the parental project. The article begins with an analysis of the specialized literature on the subject, explores the notion of private autonomy and contractual autonomy and its effects, analyzes the deontological administrative rules that regulate medical procedures and points out conflicts between

[1] Mestranda em Direito das Relações Sociais do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná - Bolsista CAPES. Endereço Eletrônico: anaokamoto@ufpr.br - ORCID ID 0000-0001-9094-0327

the interests regulated in this way that arise in the Judiciary Branch and produce non-legislative legal solutions. This methodological path reveals a great conceptual and normative imprecision that produces legal insecurity and permanently disturbs the subjectivity of the parties involved in the reproductive process supported by technology.

Key Words: Surrogate pregnancy, private autonomy, family planning.

1. INTRODUÇÃO

Os avanços médicos e científicos romperam diversas barreiras existentes no campo da infertilidade humana, com o surgimento de várias técnicas de reprodução assistida. Nesse contexto, se insere a gestação por substituição, comumente conhecida no Brasil como "barriga de aluguel". Para o Direito, a "gestação por substituição" é a mais correta e justificável por fazer referência ao conjunto de normas administrativas e deontológicas[2] que especificamente regulam a matéria e se consubstanciam nas Resoluções do Conselho Federal de Medicina (CFM).

O conceito de gestação por substituição é, portanto, compreendido, com variações, dependendo das técnicas médicas e da regulação jurídica aplicável, podendo, por exemplo, recorrer à figura da sub-rogação aplicável ao direito obrigacional no Brasil, mas transferido para o campo das disposições corporais no direito norte americano. Neste país, é entendido como a prática na qual uma mulher, denominada *surrogate*, gesta o filho de outra pessoa, a quem a criança é entregue após o nascimento. No espectro deste conceito podemos ter ainda a gestação por substituição tradicional, na qual a *surrogate* também é a doadora do óvulo e a gestação por substituição gestacional, na qual o óvulo fecundado é da mãe detentora do projeto parental ou de doadora.

A prática da gestação por substituição possui, como apontado inicialmente, regulação específica somente em uma única resolução do CFM, embora existam regras gerais sobre reprodução assistida em outros textos normativos aplicáveis a essa técnica. A partir de 1992 até 2021, foram registradas seis resoluções sobre o tema: Resolução nº 1.358/92 (CFM, 1992); Resolução nº 1.957/10 (CFM, 2011); Resolução nº 2.013/13 (CFM, 2013), Resolução nº 2.121/15 (CFM, 2015) e, por fim, a Resolução nº 2.168/17 (CFM, 2017). A Resolução de 1992 vigeu por 18 anos, quando foi revogada integralmente pela Resolução de 2010. Esta foi revogada pela Resolução de 2013 que, por sua vez, foi revogada pela Resolução de 2015. A Resolução nº 2.168/17 revogou a anterior e em 21 de setembro de 2017 foi publicada no Diário Oficial da União. Esta Resolução não trouxe

[2] Outras definições encontradas na doutrina e jurisprudência nacionais: maternidade substituta, maternidade sub-rogada, gestação substituta, gestação por substituição, gestação por outrem, gestação em útero alheio, barriga substituta, mãe substituta, mãe gestacional, mãe hospedeira, mãe portadora, gravidez de substituição, cessão de útero, aluguel de útero, locação de útero, doação temporária de útero

regras novas, apenas explicitou que a técnica pode ser usada por pessoas solteiras, o que, do ponto de vista técnico jurídico já era incontroverso, porquanto o item II da Resolução anterior e da atual, estabelece que todas as pessoas capazes podem fazer uso das técnicas de reprodução assistida. Além disso, alterou a nomenclatura aplicável à mãe de substituição de doadora para cedente. Em junho de 2021, o CFM atualizou novamente as normas de Reprodução Assistida (RA) vigentes com a publicação da Resolução nº 2.294/21 (CFM, 2021) que altera, por exemplo, a delimitação do número de embriões gerados em laboratório, além da faixa etária para a doação de gametas e a transferência de embriões. Segundo o documento, o número total de embriões gerados em laboratório, agora, não poderá exceder oito. Aos pacientes, cabe decidir quantos embriões serão transferidos a fresco, respeitada a nova regulamentação.

Outra alteração importante foi a delimitação do número de embriões a serem transferidos, conforme a idade da receptora. Mulheres com 37 anos ou mais: até 3 embriões; Mulheres com menos de 37 anos: até 2 embriões; em caso de embriões euploides ao diagnóstico genético: até 2 embriões, independentemente da idade; e, nas situações de doação de oócitos, considera-se a idade da doadora no momento de sua coleta. Acima dessa idade, cada uma poderá transferir até três. Na situação de doação de óvulos, a idade da doadora deve ser considerada.

Somam-se à essas alterações a possibilidade de doação de gametas para parentesco de até 4º grau; idade limite para doação de óvulos de 37 anos; não é permitido constar o sexo dos embriões no laudo da análise genética, exceto em casos de doenças ligadas ao cromossomo X ou Y; necessidade de autorização judicial para descarte dos embriões após 03 anos do armazenamento; na doação temporária do útero, a futura gestante deve obrigatoriamente ter um filho vivo; a RA poderá ser realizada em pessoas transgêneros. A nova Resolução revoga a Resolução CFM nº 2.168/17 e deverá ser seguida pelos médicos no Brasil.

Diante da ausência de legislação específica sobre o tema, essas Resoluções são consideradas por parte dos comentadores como regras deontológicas, que não se revestem de força normativa para determinar os efeitos dos atos jurídicos praticados por não-médicos, no caso, as pessoas envolvidas no processo reprodutivo. Contudo, entende-se que, desde 2010, essas resoluções, diante da não atuação do Poder Legislativo, têm auxiliado na análise, compreensão e solução dos casos trazidos a julgamento.

Nesse sentido, todas as seis resoluções explicitam que a prática da gestação por substituição depende de consentimento informado, decorrente da exigência constante do art. 14 do Código Civil brasileiro de 2002, nos seguintes termos: “Art. 14. É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em

parte, para depois da morte. Parágrafo único. O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo. ”

Além disso, reafirmam o contido no art. 199, §4º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (BRASIL, 1988), que proíbe a comercialização do corpo humano e seus elementos: “§ 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. ”

Assim, a disposição corporal não poderá ter caráter lucrativo ou comercial, sendo permitido somente a prática da gestação por substituição gratuita, além de outros requisitos constantes nas mencionadas resoluções. As normas do Conselho Federal de Medicina, constantes na Resolução nº 2.168/17 ratificam que a gestação por substituição não pode ter finalidade lucrativa ou comercial, sendo permitida apenas a “barriga solidária” em caso de problema médico que impeça ou contraindique a gestação da doadora genética.

Diante de toda a controvérsia sobre a legitimidade de um conselho profissional nortear o regime jurídico da gestação por substituição no país, com sérias repercussões sobre a esfera corporal privada e a vida familiar dos sujeitos, não há dúvida de que as resoluções vêm desempenhando papel fundamental na efetivação do direito ao livre planejamento familiar, previsto no art. 226, §7º (CF/88).

No entanto, não há como deixar de se mencionar os problemas decorrentes da inoponibilidade de tais normas a todos, porquanto sua eficácia deveria limitar-se aos profissionais da Medicina, deixando um vácuo sobre a validade e os efeitos do termo de consentimento informado expresso pela “cedente” e os compromissos estabelecidos entre as partes sobre o período de gestação e sobre a determinação da filiação.

Além disso, os órgãos registrais têm sua atividade regulada e estão sujeitos a normas de registro público, Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973 (BRASIL, 1973), e legislação posterior que a alterou, e que tem gerado conflitos entre essas suas categorias de normas, especialmente em relação aos registros dos recém-nascidos, por exemplo, diante da recusa do órgão registral em fazer constar, como mãe, a mulher que não chegou a engravidar, porque fez uso da técnica de gestação por substituição.

2. DESENVOLVIMENTO

Conforme inicialmente apontado, há um descompasso de ritmo entre as mudanças no direito e a aceleração tecnológica. O direito embora deva ser dinâmico e responder às demandas da sociedade, quase sempre atua para regular relações sociais pré-existentes e, excepcionalmente, se projeta para o futuro. Neste caso, a legislação brasileira do Direito

de Família não tem acompanhado o ritmo das transformações da genética e das técnicas médicas, apesar do reconhecimento de novas formações familiares pela CF/88, art. 226.

Na Constituição, esse reconhecimento decorre das mudanças sociais ocorridas, nas últimas décadas do século passado. As famílias resultantes dos processos de RA e os instrumentos de identificação biológica da filiação, trouxeram para a arena jurídica um novo debate sobre a *biologização* da família, perturbando a lógica da família eudemonista como espaço social e do afeto como a amálgama dos vários modelos familiares reconhecidos na Constituição.

Existe, ainda, uma intersecção entre o direito reconhecido constitucionalmente de planejamento familiar, o direito à disposição corporal gratuita, a filiação do direito de família, nos termos da CF/88 e do CC/2002 em decorrência da utilização da técnica da RA, gerando conflitos não só de normas, mas também de interesses interpessoais, pela indeterminação de efeitos jurídicos e de distribuição de direitos e deveres entre os participantes desse processo.

Quem diz contratual, diz justo?

Este subtítulo tem por finalidade problematizar a possibilidade de atribuirmos efeitos jurídicos contratuais, de natureza obrigacional, ao termo de consentimento informado e aos formulários previstos na Resolução, firmados pelos participantes do projeto parental, tendo em vista que o objeto dessa relação se localiza na esfera corporal do sujeito e sua disposição, tem efeitos existenciais e reverberam sobre a subjetividade da cedente do útero e efeitos familiares para os autores do projeto parental e para a criança gerada.

O contrato, na modernidade jurídica, se apresenta como um instrumento hábil para regulamentar as relações entre as pessoas, principalmente no campo patrimonial, podendo, no entanto, regular relações extrapatrimoniais e até pessoais. A teoria contratual clássica identifica o contrato não só como exercício da autonomia privada, como espaço de liberdade deixado pelo ordenamento a ser preenchido pela vontade e racional dos sujeitos, mas como instrumento apto a realizar o ideal de justiça privada.

Assim, até a emergência de uma crise entre as relações privadas pelo desenvolvimento da atuação do Estado e do surgimento das relações contratuais de consumo em massa, essa noção de contrato estava relacionada a liberdade de celebração de um negócio jurídico bilateral, por meio do qual as partes regulavam os efeitos patrimoniais que visavam a atingir.

Autores contemporâneos continuam a adotar essa definição de cunho patrimonialista, a exemplo de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2016, p. 53): “Contrato é um negócio jurídico por meio do qual as partes declarantes, limitadas pelos

princípios da função social e boa-fé objetiva, autodisciplinam os efeitos patrimoniais que pretendem atingir, segundo a autonomia de suas próprias vontades. ”

Por sua vez, Caio Mário da Silva Pereira (2004, p. 7) conceitua o contrato de forma mais ampla: “Contrato é um acordo de vontades, na conformidade da lei, e com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos. ” Com variações, Farias e Rosenvald (2015) compreendem o contrato como “todo fato jurídico consistente em declaração de vontade, a que o ordenamento jurídico atribui os efeitos designados como queridos pelas partes, respeitados os pressupostos de existência, validade e eficácia impostos pelo sistema jurídico que sobre ele incide”.

As mudanças ocorridas na esfera pública e privada, na segunda metade do século XX, levaram a civilistica contemporânea a se questionar sobre o postulado da liberdade contratual sintetizado na expressão “*pacta sunt servanda*”, para modular essa liberdade, em favor da justiça contratual, por meio do desenvolvimento dos conceitos de boa-fé objetiva, que permitem identificar deveres recíprocos as partes contratuais, para além da expressão da sua vontade livre, com a finalidade de atenuar as eventuais desigualdades internas à relação. Essas formulações jurídicas são decorrentes e permitem a intervenção do Poder Judiciário na busca de uma justiça contratual.

No campo da família, alguns instrumentos decorrentes da autonomia da vontade, são previstos pela legislação brasileira, como por exemplo, o estabelecimento do regime de bens no casamento, que se ampliou para a possibilitar o estabelecimento de relações patrimoniais nas uniões estáveis, até se chegar à possibilidade de “contrato de namoro”, que se situa nos limites e possibilidades de utilização da autonomia privada nas relações familiares, para demarcar as diferenças entre a união estável e o namoro, como analisou, na perspectiva contemporânea desses temas, Marília Pedroso Xavier (2021).

A família é uma das instituições centrais da modernidade jurídica e um dos pilares do Direito Civil moderno, assim como o contrato, porém, revestem-se de características completamente distintas. O contrato tem como seu fundamente teórico-metodológico a liberdade e a autonomia contratual, ainda que revestidas da boa-fé objetiva e regulado por uma gama de normas dispositivas. A família, por sua vez, é concebida como uma instituição social fundada na liberdade, no livre desenvolvimento da personalidade em direitos e deveres recíprocos de solidariedade, regulados por normas imperativas, que não podem ser dispostas pelas partes.

É nessa perspectiva que a CF/88 amplia o reconhecimento dos grupos familiares, do mesmo modo que o Código Civil de 2002 (PEREIRA, 2004, p. 634). Com essa configuração, a família aparece na CF/88, art. 226, afirmando-se como base da sociedade com especial proteção do Estado. Por esse dispositivo consagra-se que a convivência

humana está estruturada a partir de cada uma das diversas células familiares que compõem a comunidade social e política do Estado, que por sua vez se encarrega de proteger e aperfeiçoar a família, como forma de fortalecer a sua própria instituição política.

A partir dessa perspectiva constitucional institucionalizada, seria um equívoco afirmarmos que família se resume a um grupamento de pessoas composto por indivíduos geneticamente vinculados ou simplesmente uma entidade decorrente da vontade dos seus membros.

Sabe-se que a família existe, não simplesmente pelos laços genéticos, mas também por laços jurídicos, solidariedade social e pelo afeto, ou seja, as pessoas têm considerado cada vez mais pessoas que não tem vínculos biológicos como verdadeiros membros de sua família. É nesse contexto que a gestação por substituição introduz o problema da biologização dos vínculos familiares e o debate sobre os efeitos jurídicos da autonomia da vontade, em oposição aos aspectos corporais da cedente do útero por meio do consentimento livre esclarecido (informado).

A complexidade da análise entre a esfera da autonomia privada e sua expressão contratual e o caráter puramente jurídico das famílias fundadas no casamento tem promovido o alargamento do conceito de família, também com base em decisões dos Tribunais, no Brasil e em outros países, para dar destaque a elementos tido como constitutivo das relações familiares, identificado como a socioafetividade e tem erigido o afeto como princípio jurídico do Direito de Família. [3]

Até a década de 70, casais inférteis tinham um único recurso disponível para concretizar a maternidade ou paternidade: a adoção. A origem da vida intrauterina era limitada, dependia única e exclusivamente das relações sexuais. A evolução das técnicas de reprodução assistida coloca em segundo plano a concepção natural: possibilita inclusive que pessoas sem problemas de infertilidade se utilizem dos métodos como forma de garantir a concepção.

Stefano Rodotá reconhece que a incidência das tecnologias de reprodução humana na esfera dos direitos individuais de forma descontrolada cria os inúmeros problemas que

[3] O STJ, em decisão inédita, reconheceu a maternidade socioafetiva de uma menina que fora registrada por uma mulher que não era sua mãe biológica, ainda quando bebê, na década de 80. "Não há como desfazer um ato levado a efeito com perfeita demonstração da vontade daquela que, um dia, declarou perante a sociedade ser mãe da criança, valendo-se da verdade socialmente construída com base no afeto", afirmou em seu voto a ministra Nancy Andrighi, relatora do caso. *In* *http://www.ibdfam.org.br/?noticias&noticia=3599*. Publicado no dia 25 de maio de 2010. Até esta decisão da 3ª Turma do STJ, a doutrina discutia a possibilidade de reconhecimento de vínculo de paternidade/maternidade em casos de socioafetividade, defendendo o afeto e afeição entre as pessoas em detrimento das questões biológicas.

hoje as sociedades modernas vêm enfrentando no campo da procriação humana.[4] Aponta que a ocorrência de uma verdadeira separação entre a reprodução e as relações sexuais e assim entre o mundo da reprodução e da concepção.[5]

Não há mais a necessidade de relações sexuais para a concepção, que pode se dar sem a presença masculina, desde que o sêmen esteja congelado. Ora, se é possível a adoção deste método de procriação, como forma a não necessitar das relações carnais, lançando-se mão de instrumentos jurídicos para obter os serviços de uma terceira, estranha ao casal, para que geste durante os nove meses seu filho para entregar-lhes a criança após o nascimento, haveria a possibilidade de estabelecer os direitos e obrigações das partes envolvidas, por meio de instrumento contratual ou estaríamos diante da impossibilidade jurídica de fixar tais aspectos, em virtude da natureza do objeto contratual e dos efeitos não patrimoniais envolvidos.

Essa questão não resulta apenas sobre a existência ou inexistência de tais situações fáticas, mas sim sobre sua contratualização válida, no Brasil. Os contratos de gestação por substituição já são realidade em diversos países, em que uma visão mais liberal do direito fundado na valorização da vontade individual e com menor carga de proteção sobre a esfera corporal da personalidade e a família, autorizam a regulamentação nestes termos, para ofertar soluções justas.

No direito brasileiro, até o presente momento, a relação entre autores do projeto parental e cedente do útero ou do material genético, ou de ambos, repousa tão somente na vontade expressa autonomamente no consentimento informado.

Planejamento familiar e direitos da personalidade em conflito

A Resolução do CFM não é explícita sobre as duas formas distintas de maternidade por substituição, onde a mulher que cede o útero é também a doadora do óvulo e a gestação por substituição, onde a terceira somente “cede” o útero, mas a formação do embrião não tem a sua participação. A diferença é mínima na questão de procedimento médico, porém no campo jurídico acarreta uma complexa linha de raciocínio, podendo chegar a conclusões opostas em casos similares.

[4] “Considerazioni di opportunità a parte, credo che dobbiamo renderci conto chi i problemi esistenti in questo settore sono, in buona parte, quelli tipici dell’incidenza delle varie tecnologie nella sfera dei diritti individuali, e comunque nella sfera delle persone, com grosse questioni legate Allá capacita di controllo sociale di questi fenomeni” (RODOTÁ, 1989, p. 136).

[5] “La ricognizione attenta di questi dati diventa allora indispensabile, anche per cogliere mutazioni già intervenute e Che modificano profondamente il quadro di riferimento del giurista: prima Le tecnologie Del controllo delle nascite, poi quella della riproduzione artificiale, hanno determinato La separazione tra mondo della sessualità e mondo della riproduzione e, quindi, tra mondo Del concepimento e mondo della riproduzione”. *Op. Cit.*, p. 137.

O conflito entre a contratualidade e a descendência biológica resulta das possibilidades ofertadas pela técnica e complementadas pela garantia constitucional de planejamento familiar[6], que atribui a todos o direito de formarem uma família, estabelecerem se terão ou não filhos, quantos filhos, em que fase da vida e o uso, ou não, da técnica. Neste sentido, cabe aos casais, no momento que entenderem oportuno, conceberem seus filhos.

Muitos casais utilizam-se das técnicas de procriação medicamente assistida por opção, vez que a nossa legislação não lhes veda o acesso. Acabam priorizando a profissão ou a vida sem as responsabilidades que a maternidade e a paternidade trazem e adiam a fase. Também há situações em que as mulheres solteiras resolvem criar sua própria família sem terem que recorrer ao método natural de procriação. Diante destes fatos, as técnicas de RA são amplamente utilizadas em busca da satisfação pessoal dos "pais".

A legislação, geralmente, veda esta opção, considerando estes procedimentos como de caráter excepcional. Há legislações, como a italiana, que expressamente dispõe que a procriação por meios artificiais deve ser usada em situações de infertilidade, mas nunca em situações de comodidade para os genitores. Desta forma, esta mesma legislação proíbe que a mulher solteira faça uso das técnicas, pois entende que a criança tem direito de nascer numa família completa, por assim dizer. A grande maioria dos Estados norte-americanos segue a mesma linha de raciocínio que o direito italiano, assim como outros países da Europa.[7]

Também nestes países a técnica da doação temporária de útero ou gestação por substituição é vedada nos casos em que a infertilidade do casal não é comprovada. Há Estados norte-americanos, no entanto, que autorizam a utilização da técnica, sem a necessidade de demonstração da infertilidade, como é o caso da Califórnia. Há nesses casos uma tentativa de balancear o interesse individual com a formação do grupo familiar.

No Brasil, não há vedação expressa, muito menos liberação da técnica pela legislação, entretanto há disposição sobre o tema na Resolução nº 2.294/21 do CFM. A princípio, a doação temporária de útero somente se apresenta possível se a contratante da técnica não possuir condições de gestar sem oferecer riscos para sua saúde ou do feto.

À primeira vista, a questão parece pender mais para o lado do egoísmo do desejo de ter um filho, que tem seu ápice na consolidação do contrato de gestação por

[6] Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas (BRASIL, 1988).

[7] Neste sentido, ver: PUIGELIER (2006) e VETRI (1988).

substituição, em que, a princípio, os contratantes e a contratada exercerão seus direitos: os primeiros de realizar o planejamento familiar, a segunda o seu direito de personalidade de dispor do próprio corpo.

Gilda Ferrando (FERRANDO, 1989, p. 256), ao tratar da legislação italiana sobre a utilização das técnicas de procriação medicamente assistidas, afirma que o Estado pode intervir na família não em função de um interesse superior e abstrato da família, mas para salvaguardar um interesse individual merecedor de tutela: o interesse do nascituro e depois da criança nascida, membro mais frágil e vulnerável da estrutura familiar. As decisões dos Tribunais norte-americanos e as legislações italiana, francesa e espanhola, todas tendem a proteger o melhor interesse da criança, ainda que que esta contratação ocorra antes mesmo da gestação e do nascimento com vida.

O direito ao corpo humano está no rol dos chamados direitos da personalidade. A CF/88, expressamente proclama a defesa destes direitos[8] e o ordenamento jurídico como um todo tece regras de proteção. Um dos argumentos utilizados por aqueles que concordam com a ampla utilização da gestação por substituição é o de que as mulheres têm direito sobre o próprio corpo e, portanto, ao aceitarem a gestação de uma criança para a posterior entrega aos contratantes, não estaria agindo contra a regra de direito, uma vez que estão exercendo seu direito de personalidade de gestar ou não. Estariam, assim, exercendo a sua autonomia corporal.

Os autores que seguem essa linha acreditam que, ao vedar às mulheres a possibilidade de servirem como substitutas numa gestação, estariam obstruindo a livre manifestação do direito da mulher, contrariando o ordenamento jurídico, ainda que seja ou não remunerada pelo serviço. A remuneração neste caso, também seria decorrência deste direito feminino de dar à luz a filho de outrem.

Laura Dutra de Abreu (2008, p. 103), em defesa da contratualização ainda que remunerada, afirma que “quanto à exploração da mãe de aluguel, caso ela seja absolutamente capaz, tenha discernimento e consciência de seus atos, não nos parece que esteja sendo usada de maneira pejorativa, ou forçada. O livre-arbítrio existe e ele deve ser respeitado na medida em que não fira direito de terceiros. ”

Defende também a autora que no “contrato” de gestação por substituição, o objeto do contrato é o útero da contratada e não propriamente a criança. Vê também garantido

[8] O artigo 5º da CF/88 afirma serem invioláveis o direito à vida, liberdade, intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas e assegura o direito de indenização caso um destes direitos seja violado. O direito sobre o corpo humano está incluído no direito à vida e constitui hoje um dos temas mais discutidos em matéria de Bioética, ante os constantes avanços tecnológicos no campo dos tratamentos médicos, reprodução humana e também experimentos com o corpo.

pelo Código Civil, Art. 13[9], a possibilidade de disposição do próprio corpo neste sentido, uma vez que a legislação brasileira unicamente proíbe os atos de disposição do corpo quando estes importarem diminuição permanente da integridade física ou contrariar os bons costumes. Não vê a autora diminuição de integridade nos nove meses de gestação, o que então, validaria o ato, mesmo que com fins lucrativos.

Diante desses argumentos, devemos diferenciar a possibilidade de consentir da licitude do ato de disposição gratuita, da cessão onerosa. A onerosidade, no direito brasileiro, pode ser enquadrada, neste caso, entre atos atentatórios aos bons costumes, ante o caráter existencial e a disposição constitucional sobre a gratuidade desses atos.

Pietro Perlingieri (2008, p. 813-814) afirma que "o simples consentimento por parte do titular do direito não é suficiente para tornar lícito, nem pode – sem um retorno ao dogma da vontade como valor – representar um ato de autonomia por si merecedor de tutela". Por fim, conclui que a autonomia não significa arbítrio e que, portanto, um ato de autonomia não pode se eximir de realizar um valor positivo.

No caso da legislação brasileira, talvez o problema ganhe maiores proporções do que nos países onde a legislação já evoluiu para aceitar ou não a técnica como válida e dar eficácia aos contratos onerosos realizados. No Brasil, não possuímos legislação própria e temos que nos socorrer de uma Resolução que, em tese, se aplicaria apenas à atividade médica.

Elsita Collor Elesbão (2002, p. 24) acena no sentido de não ter validade jurídica este tipo de ato de disposição, uma vez que não respeita a pessoa, por mais que esteja dentro da esfera de disponibilidade daquela que o realiza. A autora verifica a existência de duas atitudes que contrastam entre si quando se fala em disposição de partes do corpo: uma que é fruto da solidariedade humana e que justificaria a disposição e outra que decorre do individualismo, não a justificando uma vez que os fins visados com esta última são extremamente particulares e visam ao lucro.

Os conflitos em torno de direitos assegurados, suas restrições e efeitos entre as partes, atingindo os direitos da personalidade, o direito de filiação e maternidade e a garantia constitucional ao planejamento familiar, remetem o debate para o campo da teoria do direito, pois o que está em disputa é a assunção de uma orientação filosófica liberal utilitária, em contraste com um ordenamento jurídico pautado pelos valores da solidariedade, da dignidade humana e do solidarismo social.

[9]Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial (BRASIL, 2002).

3. CONCLUSÃO

Um dos motivos que fomentam a discussão sobre a validade de "contrato" de gestação por substituição diz respeito à motivação da cedente do útero contratada: estará ela imbuída de um sentimento de solidariedade ou responde ao exercício da autonomia contratual e a obtenção de vantagens materiais? Inúmeros casos descritos na literatura estrangeira indicam que ambos motivos estão presentes na contratação, mas normalmente as necessidades financeiras levam as mulheres a invocar essa solidariedade para com outra ou para com casais, que não podem se reproduzir.

Nos Estados Unidos da América do Norte (EUA), em estados onde a prática é socialmente e juridicamente aceita, pesquisas identificaram um perfil médio de cedentes de útero: normalmente são mulheres de militares, que já possuem filhos e ficam por longos períodos longe dos maridos que estão em bases americanas espalhadas por todo o mundo. A renda destas famílias não é suficiente para que as mulheres mantenham a casa e os filhos. Normalmente, estas mulheres não exercem nenhuma atividade remunerada, pois os maridos costumam ser transferidos frequentemente, o que inviabiliza a carreira profissional delas. Acabam por se tornarem donas de casa e, visando a obtenção de algum tipo de vantagem econômica, cedem seus úteros para casais que não podem ter filhos (ALI, 2008).

Recentemente, a Índia tem se tornado um país referência na utilização da técnica de substituição de maternidade. A questão é efetivamente de mercado. As clínicas de procriação assistida do país "exportam" bebês para o mundo todo (IBDFAM, 2008). Não há necessidade de sair de casa, pois os pais podem optar pela utilização de gametas doados e escolhem os doadores pela internet. As indianas concebem o bebê e entregam aos "pais", que vão ao país apenas para buscar a criança. Os procedimentos têm um custo relativamente baixo se comparados aos custos do procedimento nos Estados Unidos, país onde a técnica é relativamente liberada.

Por estes fatos podemos afirmar que a cessão do útero está longe de ser movida apenas por sentimentos como a solidariedade, por mais que em alguns casos as gestantes afirmem tal finalidade. A tendência é a utilização indiscriminada da técnica, por razões econômicas que inclusive não precisa de participação de uma clínica ou médico, vez que o próprio contratante pode conceber o filho com a contratada.

As questões envolvidas nestes contratos mobilizam os conceitos de liberdade, autonomia contratual, direitos da personalidade, projetos familiares e podem estar presentes na motivação da prática desses atos, a solidariedade e a obtenção de vantagens econômicas. Mesmo em casos em que há parentesco entre os contratantes, como no caso dos Hollingsworth, onde a solidariedade se presume[10], ainda assim verificou-se, na prática, que nem sempre a contratada, aquela que deu à luz, imbuída de solidariedade, após o nascimento da criança, não está disposta a renunciar à maternidade e entregar a criança ao outro polo contratual.

Por mais que se entenda possível a desvinculação entre gestação e a maternidade, não é o parentesco entre os contratantes que afasta o instinto maternal da gestante-contratada, que objetivamente resulta na reinvindicação da maternidade e filiação da criança nascida.

Na maioria das definições jurídicas trazidas pelos ordenamentos jurídicos a palavra "mãe", significa aquela que dá à luz, que concebe, que carrega no ventre materno. Conforme a decisão descrita no caso Hollingsworth, não há possibilidade de dissociar o

[10] Christine Keler de Lima Mendes (2006, p. 43) afirma que a Resolução do CRM, ao autorizar o procedimento desde que a doadora do útero tenha parentesco de até o 2º grau com os contratantes, seguiu a lógica de que entre familiares não há interesse lucrativo. Segundo ela, "De acordo com esse princípio, existe entre familiares uma maior cumplicidade, solidariedade, compreensão e intimidade, sejam em linha reta ou colateral".

ato de parir a criança, que acaba de nascer, de sua mãe, definida como sendo aquela que deu à luz.

Certamente, em algum ponto do desenvolvimento científico, o direito poderá se aproximar das necessidades e das respostas sociais que lhe são ofertadas pela ciência. Contudo, restará sempre um grande espaço interpretativo para normas que respondem a imperativos éticos e visões políticas, nas sociedades democráticas que absorvem visões plurais.

4. REFERÊNCIAS

ABREU, Laura Dutra de. **A Renúncia da Maternidade: reflexão jurídica sobre a maternidade de substituição – principais aspectos nos Direitos Português e Brasileiro**. Orientador: Guilherme de Oliveira. 2008. 204 p. Dissertação (Mestrado) - Ciências Jurídico-Civilísticas, Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2008.

ALI, Lorraine. The Curious Lives of Surrogates. **Newsweek**, 29 mar. 2008. Disponível em: https://www.newsweek.com/curious-lives-surrogates-84469. Acesso em: 06/09/2022.

BRASIL. **Lei nº 6.015 de 31 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm. Acesso em 06/09/2022.

BRASIL. **Constituição da República do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 14/06/2022.

BRASIL. **Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990**. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em 08/08/2022.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em 05/06/2022.

Conselho Federal de Medicina (CFM). **Resolução nº 1.358/1992**. Normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida. Publicado no D.O.U. em 19/11/1992. Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/1992/1358. Acesso em 08/08/2022.

Conselho Federal de Medicina (CFM). **Resolução nº 1.957/2010**. Normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida. Publicada no D.O.U. em 06/01/2011. Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2010/1957. Acesso em 08/08/2022.

Conselho Federal de Medicina (CFM). **Resolução nº 2.013/2013**. Normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida. Publicada no D.O.U. em 09/05/2013. Disponível em: https://portal.cfm.org.br/images/PDF/resoluocfm%202013.2013.pdf. Acesso em 08/08/2022.

Conselho Federal de Medicina (CFM). **Resolução nº 2.121/2015**. Normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida. Publicada no D.O.U. em 24/09/2015. Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2015/2121_2015.pdf. Acesso em 08/08/2022.

Conselho Federal de Medicina (CFM). **Resolução nº 2.168/2017**. Normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida. Publicada no D.O.U. em 21/09/2017. Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/19405123/do1-2017-11-10-resolucao-n-2-168-de-21-de-setembro-de-2017-19405026. Acesso em 08/08/2022.

Conselho Federal de Medicina (CFM). **Resolução nº 2.294/2021**. Normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida. Publicada no D.O.U. em 27/05/2021. Disponível em: https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-cfm-n-2.294-de-27-de-maio-de-2021-325671317. Acesso em 08/08/2022.

ELESBÃO, Elsita Collor. Os direitos da personalidade no novo Código Civil brasileiro. In: CASTRO, Adriana Mendes Oliveira *et al*. **Pessoa, gênero e família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. pp. 9-34.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil – Contratos – Teoria Geral e Contratos em espécie**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FERRANDO, Gilda. Libertà della persona, autonomia della famiglia e intervento pubblico nella disciplina della procreazione artificiale. In: Ferrando, Gilda (a cura di). **La procreazione artificiale tra etica e diritto**. Padova: Cedam, 1989.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Curso de direito civil**. v. 4, Tomo I. São Paulo: Saraiva, 2016.

IBDFAM. **Barriga de aluguel: um negócio em crescimento na Índia**. Uol Notícias, 12 mar. 2008. Disponível em: https://ibdfam.org.br/noticias/na-midia/2227/Barriga+de+aluguel:+um+neg%C3%B3cio+em+crescimento+na+%C3%8Dndia. Acesso em: 05/07/2022.

MENDES, Christine Keler de Lima. Mães substitutas e a determinação da maternidade: implicações da reprodução mediamente assistida na fertilização in vitro heteróloga. **Boletim Jurídico**, Uberaba/MG, a. 3, nº 180, 2006. Disponível em: https://www.boletimjuridico.com.br/artigos/direito-civil-familia-e-sucessoes/1282/maes-substitutas-determinacao-maternidade-implicacoes-reproducao-mediamente-assistida-fertilizacao-in-vitro-heterologa. Acesso em: 06/09/2022.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Contratos, v. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PEREIRA, Tânia da Silva. A Família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na Legalidade Constitucional**. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. P. 813;814.

PUIGELIER, Catherine. O estatuto jurídico do embrião e do feto (na França). **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 26, pp. 109-142, abr./jun. 2006.

RODOTÁ, Stafano. Diritti della Persona, Strumenti di Controllo sociale e nuove Tecnologie Riprodutive. In: Ferrando, Gilda (a cura di). **La procreazione artificiale tra etica e diritto**. Padova: Cedam, 1989.

UNITED STATES. Superior Court of New Jersey. **AG.R. v D.R.H. & S.H.** 2009. Disponível em: https://graphics8.nytimes.com/packages/pdf/national/20091231_SURROGATE.pdf. Acesso em 14/06/2022.

VETRI, Dominick. Reproductive Technologies and United States Law. **The International and Comparative Law Quarterly**, v. 37, n. 3, pp. 505-534, 1988.

XAVIER, Marília Pedroso. **Contrato de Namoro: Amor Líquido e Direito de Família Mínimo**. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2021.