

III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

BIODIREITO E DIREITOS DOS ANIMAIS II

JANAÍNA MACHADO STURZA

HERON JOSÉ DE SANTANA GORDILHO

LEONARDO RABELO DE MATOS SILVA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente:

Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

B615

Biodireito e direitos dos animais II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Heron José de Santana Gordilho; Janaína Machado Sturza; Leonardo Rabelo de Matos Silva – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-352-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Saúde: segurança humana para a democracia

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Biodireito. 3. Animais. III Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

BIODIREITO E DIREITOS DOS ANIMAIS II

Apresentação

Neste ano de 2021 o encontro do Conpedi aconteceu, mais uma vez, de forma online – foi o III Encontro Virtual do CONPEDI, que aconteceu de 23 a 28 de junho de 2021 e o tema norteador não poderia ser outro: Saúde: segurança humana para a democracia.

Como de costume, o encontro reuniu pesquisadores de todo o país, demonstrando a qualidade da pesquisa realizada nos Programas de Pós Graduação das diversas universidades brasileiras.

É importante mencionar que este encontro, que aconteceu a partir da reunião de muitos esforços, contou com a participação de muitos pesquisadores, estudantes e professores – e sem dúvida alguma, foi um sucesso!!!

Considerando a dinâmica observada no biodireito e sua proeminência na sociedade contemporânea, bem como as transformações constantes que envolvem o direito em tempos pandêmicos, os trabalhos apresentados neste GT, assim como as discussões e os debates propostos, possibilitaram perceber-se uma ressignificação da sociedade e dos seus atores sociais, e, conseqüentemente, o surgimento de novos ramos do conhecimento científico – que ao final, com certeza, contribuem para um novo olhar sobre a pesquisa jurídica.

Partindo deste cenário, apresentamos o GT Biodireito e Direito dos Animais II, o qual foi organizado em blocos de discussões, permeados por temas a fins. Notadamente, neste ano de 2021, o GT contou com muitos trabalhos focados no tema da pandemia.

Convidamos a todos que leiam os textos apresentados neste GT.

Junho de 2021 – Pandemia de Covid-19.

Profa. Dra. Janaína Machado Sturza – UNIJUI/RS

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho – UFBA

**ASPECTOS JURÍDICOS DA GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO.
LEGAL ASPECTS OF PREGNANCY BY SUBSTITUTION.**

**Rodrigo Rodrigues Correia
Lorruane Matuszewski Machado
Ricardo Henrique Alvarenga Cunha**

Resumo

Este artigo avalia aspectos e efeitos da cessão temporária do útero. O estudo emprega o método lógico dedutivo, utilizando com premissa, características dos direitos fundamentais e da personalidade relacionados, deduzindo como eles repercutem sobre a técnica. São expostos o panorama normativo do assunto; o modo como a técnica veicula direitos de disposição altruística do corpo e a liberdade de planejamento familiar, bem como os vínculos de filiação formados. Ao final, são apresentadas as conclusões sobre possíveis disposições patrimoniais, a tutela das relações de parentesco e a conveniência da disciplina por lei.

Palavras-chave: Reprodução assistida, Gestação de substituição, Cessão de útero, Direitos da personalidade, Planejamento familiar, Filiação socioafetiva

Abstract/Resumen/Résumé

This article assesses aspects and effects of temporary uterus cession. The study uses the logical deductive method, using as a premise, characteristics of the related fundamental rights and personality, deducing how they impact on the technique. The normative panorama of the subject is exposed; the way in which the technique conveys rights of altruistic disposition of the body and the freedom of family planning, as well as the ties of affiliation formed. At the end, the conclusions on possible patrimonial dispositions, the protection of kinship relations and the convenience of discipline by law are presented.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Assisted reproduction, Replacement pregnancy, Uterus cession, Personality rights, Family planning, Socio-affective affiliation

1. Introdução.

O estágio de desenvolvimento alcançado pelas técnicas de reprodução humana assistida permitiu dissociar a sexualidade da procriação, viabilizando o desejo de ter filhos, por aqueles que não podem conceber naturalmente, por razões de saúde ou pelas próprias limitações da organização familiar, como nas famílias monoparentais e homoafetivas.

As técnicas de reprodução assistida são socialmente aceitas e recebem proteção constitucional, no direito à saúde, ao planejamento familiar, e dignidade da pessoa humana.

Torna-se crescente a importância das técnicas de reprodução assistida, na medida em que crescem a aceitação social e jurídica das famílias monoparentais e homoafetivas, e na medida em que as mulheres se dedicam cada vez mais à profissão, adiando o projeto gestacional, circunstância que leva um número cada vez maior de mulheres a buscar a medicina, para superar as dificuldades reprodutivas da maternidade tardia (GOZZO, 2021).

Entre as novas possibilidades médicas, as mulheres que não têm possibilidade de levar adiante uma gravidez, as famílias homoafetivas formadas por dois homens, e mesmo os homens solteiros que pretendem formar uma família monoparental, têm a possibilidade de recorrer à gestação de substituição, técnica pela qual uma mulher concorda em ceder seu útero para gerar o filho de outra pessoa.

Os interesses envolvidos na utilização da gestação por substituição desafiam a disciplina jurídica do direito ao próprio corpo e das relações familiares.

Do ponto de vista moral, o corpo humano é dotado de uma dignidade própria, incompatível com a lógica de mercado aplicável às coisas, razão pela qual nosso sistema jurídico somente tolera a gestação por substituição com finalidade altruísta.

Mas é possível cogitar que os futuros pais, beneficiários da técnica, queiram de alguma forma, se comprometer a ressarcir a gestante, por eventuais despesas ou reduções de renda decorrentes da gestação.

No campo familiar, observa-se que a técnica de gestação por substituição rompe com o conceito tradicional de maternidade, na medida em que a presunção decorrente da máxima romana “*mater semper certa est*” revela-se insuficiente para regulamentar os vínculos de filiação a serem estabelecidos com a criança.

No Brasil, inexistente suficiente regulamentação legal da reprodução humana assistida, destinada a cuidar de seus principais aspectos e repercussões, conferindo segurança aos envolvidos, dispensando-lhes da necessidade de recorrer ao Poder Judiciário para alcançar a estabilidade de seus direitos.

Estas deficiências são sentidas pela sociedade e podem ser ilustradas pela reportagem do site G1, divulgada em 05 de fevereiro de 2015, que noticia a experiência de uma família de Criciúma - SC que optou pela gestação por substituição para superar a impossibilidade de gerar um filho.

Neste caso, a mãe biológica havia descoberto, aos dezessete anos, sobre sua condição de saúde que inviabilizava a gestação. Como solução, a avó materna da criança cedeu seu útero para gerar o neto, nascido em fevereiro de 2015. O casal que se submeteu à inseminação artificial homóloga imaginava que a declaração de nascido vivo já sairia em seu nome, o que não ocorreu, uma vez que o documento indica o nome da parturiente. Por este motivo, a família enfrentou dificuldades para realizar o registro da criança com a indicação da correta filiação.

Como será exposto neste artigo, essa lacuna legal necessitou ser gradativamente integrada, a partir dos esforços interpretativos da doutrina e da jurisprudência, sobre direitos fundamentais e cláusulas gerais aplicáveis, com apoio na deontologia médica.

Com relação à gestação por substituição, o direito positivo vigente se restringe ao plano da regulamentação da atividade médica pelo Conselho Federal de Medicina, e ao plano regulamentar do registro civil de nascimento, efetivado pelo Conselho Nacional de Justiça.

Em resumo, é possível verificar que a gestação de substituição suscita questões sobre: (a) os limites de disponibilidade do corpo da mulher gestante, (b) como a vontade de gerar o filho de outra pessoa pode ser adequadamente instrumentalizada, prevenido abusos e eventuais litígios sobre a maternidade; (c) quais seriam as repercussões da técnica na formação dos vínculos de filiação da criança, (d) se o ordenamento legal vigente, associado à regulamentação da atividade médica e dos registros públicos, é suficiente para solucionar estas questões, ou seria conveniente uma disciplina legal específica, para agregar segurança?

Para tratar desses questionamentos, o desenvolvimento do presente artigo foi organizado em 04 partes, sendo a primeira parte dedicada a apresentar um panorama histórico das normas direcionadas a gestação por substituição. Em seguida, a segunda parte abordará os

limites aplicáveis aos ajustes de cessão temporária de útero, considerando os direitos da personalidade envolvidos no negócio. Por sua vez, terceira parte discorrerá sobre o tratamento da filiação, e finalmente, a quarta parte apresentará as conclusões alcançadas.

Para desenvolver o presente trabalho, foi aplicado o método lógico dedutivo, utilizando com premissa, as características principais da categoria dos direitos da personalidade e do direito fundamental de planejamento familiar, a partir dos quais foram obtidas conclusões sobre como as relações decorrentes da gestação por substituição poderiam ser disciplinadas.

2. Panorama normativo da gestação de substituição.

Considerando a relevância da infertilidade humana como um problema de saúde, com implicações médicas e psicológicas, e a legitimidade do anseio de superá-la, com a possibilidade de a medicina viabilizar a procriação em circunstâncias antes impossíveis, a Resolução nº 1.358 de 1992 do Conselho Federal de Medicina fixou as primeiras diretrizes médicas sobre as técnicas de reprodução assistida.

Especialmente sobre a gestação de substituição, a resolução fixou três princípios gerais que persistem: o consentimento esclarecido à mãe que cederá temporariamente o útero, o princípio de solidariedade que impede sua utilização com caráter lucrativo ou comercial, e o princípio de que a técnica é autorizada apenas para hipóteses em que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação.

Como será demonstrado no item subsequente, estes princípios se harmonizam com a disciplina jurídica da relativa disponibilidade do corpo humano, cuja dignidade própria o torna incompatível com finalidades lucrativas e outros objetivos que escapam fundamentos legítimos como o altruísmo, a promoção da ciência e da saúde.

Assim, não seria juridicamente tutelável o interesse da pessoa saudável, com plenas condições para gestar, mas que simplesmente deseja terceirizar a gravidez. Afinal, a utilização de técnicas por mera conveniência desvirtua os objetivos de altruísmo e de promoção da saúde, o que consistiria em um abuso de direito por desvio das finalidades altruísticas da disposição do corpo (art. 14 do Código Civil) e finalidades sociais da medicina reprodutiva (artigo 187 do Código Civil).

Como meio de evitar a exploração comercial da técnica, nas hipóteses em que a pretensa gestante não pertencer à família da paciente, em grau de parentesco até segundo grau,

a utilização da gestação de substituição dependia da autorização do Conselho Regional de Medicina.

Não existe justificativa técnica médica para a exigência do parentesco como obrigatória para o procedimento. Dessa maneira, o principal fundamento da exigência era permitir que os conselhos regionais averiguem a possibilidade de qualquer intuito comercial, conhecido como "*útero ou barriga de aluguel*" (Consultas CREMESP nº 43.765/01, 58.437/02 e 133.827/10).

Esta primeira Resolução já ressalva a possibilidade de serem ajustados compromissos no sentido de oferecer à receptora, condições materiais para uma saudável gestação e recuperação pós-parto, como a garantia de tratamento médico e de acompanhamento por equipes multidisciplinares (Consulta CREMESP nº 126.750/05).

A Resolução nº 1.957 de 2010 do Conselho Federal de Medicina manteve estas diretrizes básicas da gestação de substituição, sendo substituída pela Resolução nº 2.013 de 2013, a partir da qual a utilização das técnicas de reprodução assistida por pessoas solteiras e famílias homoafetivas passou a ser expressamente permitida, na esteira do seu reconhecimento como entidade familiar, cristalizado no julgamento conjunto da ADI nº 4.277 e ADPF nº 132 pelo Supremo Tribunal Federal.

Com relação à gestação por substituição, a Resolução nº 1.957 estendeu a dispensa de autorização do Conselho Regional de Medicina, quando a receptora pertencesse à família de um dos parceiros, em parentesco consanguíneo de até quarto grau, respeitada a idade limite de 50 anos, para preservar a saúde da mulher.

A resolução incorporou diretrizes mais detalhadas para o consentimento informado dos pacientes e da gestante, com disposições acerca da formalização de termo de consentimento informado e de documento pelo qual, receptora e pais esclarecerão as questões atinentes à filiação da criança, a garantia de tratamento multidisciplinar da gestante até o puerpério e a garantia de registro civil da criança.

Todas estas diretrizes foram mantidas pelas seguintes Resoluções nº 2.121 de 2015 e pela vigente Resolução nº 2.168 de 2017 do Conselho Federal de Medicina.

Estas orientações da atividade médica, no sentido de documentar adequadamente as questões atinentes à filiação, prevenindo eventuais discussões a respeito da filiação, permitiu o

Conselho Nacional de Justiça viabilizar o registro de nascimento, onde o nome da parturiente não será indicado no campo de filiação da criança, sem a necessidade dos pais recorrerem ao Poder Judiciário.

Para o registro do nascimento, no campo destinado à filiação, serão indicados como pais, aqueles que estabeleceram vínculo socioafetivo com a criança, a partir da vontade de buscar as técnicas de reprodução assistida para atender o desejo de ter um filho.

Nos termos do Provimento nº 52 de 2016 do Conselho Nacional de Justiça, este vínculo socioafetivo deveria ser demonstrado mediante apresentação, em instrumentos públicos, dos termos de consentimentos assinados pelos assistidos no procedimento médico e pela gestante, seus eventuais cônjuges e companheiros. Por estes termos, são autorizados a realização do procedimento médico e o registro de nascimento da criança em nome das pessoas beneficiárias da gestação de substituição.

O Provimento nº 63 de 2017 do Conselho Nacional de Justiça, em seu artigo 17, simplificou a demonstração deste vínculo socioafetivo de filiação, substituindo a apresentação dos mencionados termos, pela declaração, com firma reconhecida, do diretor técnico da clínica, centro ou serviço de reprodução humana em que foi realizada a reprodução assistida, indicando que a criança foi gerada por reprodução assistida heteróloga e o nome dos beneficiários.

3. Aspectos da cessão temporária de útero.

Nos termos da Resolução nº 2.168 de 2017 do Conselho Federal de Medicina, o termo de consentimento livre e esclarecido é o documento no qual os pacientes e a cedente temporária do útero declaram estar informados sobre os aspectos biopsicossociais e riscos envolvidos no ciclo gravídico-puerperal, bem como aspectos legais da filiação.

O termo de compromisso, por sua vez, formaliza o ajuste entre os pacientes e a cedente temporária do útero, onde é estabelecida a questão relativa à filiação e o compromisso por parte dos pacientes contratantes, garantindo à gestante, tratamento e acompanhamento médico, inclusive por equipes multidisciplinares, até o puerpério.

Estes dois documentos instrumentalizam a cessão temporária do útero, negócio pelo qual os participantes dos procedimentos de reprodução assistida veiculam sua autonomia privada, exercendo com relativa disponibilidade, os direitos da personalidade de planejamento

familiar, de titularidade dos pacientes contratantes, e de disposição altruística do próprio corpo, de titularidade da gestante.

3.1 Aspectos gerais dos direitos da personalidade.

Os direitos da personalidade são as faculdades jurídicas relacionadas aos diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, incluindo suas emanações e prolongamentos. Trata-se do conjunto de direitos essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana, destinados a resguardar sua dignidade no âmbito das relações privadas (1966, FRANÇA).

Os direitos da personalidade conformam a categoria de direitos responsável pela proteção de bens existenciais, no plano das relações horizontais entre agentes privados, correspondendo estes bens jurídicos, aos mesmos que são tutelados pelas categorias dos direitos humanos e dos direitos fundamentais.

A proteção e promoção da pessoa humana é efetivada em três planos de positivação. No plano das relações internacionais, esta tutela ocorre por meio dos instrumentos voltados ao reconhecimento de direitos humanos. Na interação vertical entre o poder público e a pessoa humana, esta proteção é realizada pela disciplina constitucional das liberdades públicas. Por sua vez, no plano de interações horizontais entre particulares, a proteção é oferecida pela categoria dos direitos da personalidade (DELGADO, 2020).

A proteção da pessoa humana, nas relações horizontais privadas, reveste-se de grande importância nas sociedades contemporâneas, em que coexistem novos poderes, responsáveis por novas transgressões à liberdade humana, como o poder ideológico, o econômico e o político (LORENZETTI, 1998).

Esta observação é especialmente relevante na definição dos próprios limites pelos quais os direitos da personalidade serão exercidos. Isso porque as pessoas precisam observar a dimensão social de seus bens existenciais, de maneira que o exercício dos direitos da personalidade não pode representar um risco para terceiros.

Isso justifica a limitação para que a disposição de órgãos somente possa ter finalidades altruísticas. Afinal, permitir a exploração comercial do corpo humano representaria um duplo risco, tanto para integridade das pessoas em condições de vulnerabilidade econômica, que se veriam forçadas a se submeterem a este mercado, quanto para aqueles que dependem de tratamentos de saúde, como beneficiários de transplantes de órgãos e tecidos (SANDEL, 2014).

A personalidade assume a posição de valor máximo do ordenamento, modelador da autonomia privada, capaz de submeter todas as relações particulares a novos critérios de validade, superar a dicotomia entre o público e o privado e atender à cláusula geral e maior de promoção da dignidade humana. Em resumo, a personalidade não estabelece limites para o exercício de direitos, porque consiste no próprio fundamento em função do qual serão exercidos (TEPEDINO, 1999).

Como se propõe a realizar tutela dos bens jurídicos mais elevados do homem, os direitos da personalidade possuem qualidades especiais, sendo identificados como extrapatrimoniais, por serem insuscetíveis de avaliação econômica; como inatos e dotados de generalidade, pois concedidos a todos pelo simples fato de serem entes humanos, e como direitos de caráter absoluto, porque impõe um dever geral de respeito e de promoção pela coletividade (BITTAR, 2006).

Os direitos da personalidade são dotados de vitaliciedade, porque estão presentes no patrimônio jurídico das pessoas, inclusive dos nascituros, ao longo de todo ciclo da vida, sem prejuízo da produção de efeitos desta tutela após a morte, como medida que assegura a efetividade dos direitos (STF, Adin nº 3.510).

Como os direitos da personalidade constituem um patrimônio jurídico mínimo da pessoa, não é possível a sua supressão ou transmissão ao patrimônio de outrem, o que caracteriza a sua intransmissibilidade e impenhorabilidade, em razão da natureza personalíssima dos bens jurídicos protegidos, ínsitos e inseparáveis da pessoa. Pelas mesmas razões, são imprescritíveis, não se extinguem em razão do seu não exercício.

Os direitos da personalidade partem da própria pessoa e regressam à mesma como um dever essencial de conservação, razão pela qual o art. 11 do Código Civil trata do parâmetro geral de sua indisponibilidade, vedando a limitação voluntária de seu exercício (MATTIA, 1977).

Contudo, é possível concluir que os direitos da personalidade possuem relativa disponibilidade, para o seu exercício. É juridicamente possível a disposição sob certos aspectos, o que não desnatura o direito, uma vez que ele permanece no patrimônio jurídico do titular.

Admite-se disponibilidade relativa dos direitos, para permitir a melhor fruição por parte do seu titular em situações de necessidades estabelecidas pela condição de saúde da

pessoa, como a possibilidade do paciente deliberar sobre aspectos do tratamento médico que possa lhe causar risco de vida (art. 15 do Código Civil), por razões altruísticas e científicas, como nos casos de doação de órgãos ou tecidos corporais e a de destinação do próprio corpo, após a morte, para fins de pesquisa (art. 13 e 14 do Código Civil), ou ainda, em razão das potencialidades econômicas de alguns bens da personalidade, potencializadas pela expansão tecnológica, como o a imagem, o nome e os direitos do autor.

A constatação de que os direitos da personalidade contam com relativa disponibilidade permite concluir que integra a autonomia privada das pessoas, a possibilidade de escolher os meios pelos quais realizarão sua dignidade, sem discriminação e imposição de valores homogeneizadores (BORGES, 2007).

3.2 Disposição altruística do corpo.

O reconhecimento de que os direitos da personalidade são dotados de relativa disponibilidade serve de ponto de partida para as discussões sobre os fundamentos e limites das disposições altruísticas do próprio corpo.

Contemporaneamente, o corpo humano assume nova feição, sobretudo em razão da perda de sua unidade. Isso porque tornou-se possível, a partir dos recentes avanços tecnológicos, sua decomposição em partes cada vez menores (órgãos, tecidos, sangue, gametas, células), a permitir sua circulação e utilização em corpos diversos dos que lhes deram origem (RODOTÀ, 2004).

Tratando da relativa disponibilidade do corpo humano, o artigo 199, § 4º da Constituição Federal de 1988 estabelece a limitação relativa a vedação de qualquer tipo de comercialização.

A remuneração dos atos de disposição do corpo violaria o princípio da dignidade humana porque possibilitaria a mercantilização da pessoa. Portanto, para evitar a coisificação da pessoa, se impõe o princípio da gratuidade, segundo o qual o ato de autonomia existencial não pode ser praticado mediante contraprestação, e deve ser regido pela lógica da solidariedade, da caridade e da intenção altruística (TERRA, 2015).

A gratuidade garante ainda, a livre formação da vontade de quem pratica o ato de disposição, uma vez que pressões econômicas podem funcionar como meio de coerção indireta sobre a autodeterminação das pessoas (TERRA, 2015).

No plano da legislação ordinária, os parâmetros de finalidade altruística, preservação da saúde e livre consentimento esclarecido do doador, estão fixados nos artigos 1º e 2º, parágrafo único, da Lei nº 9.434 de 1997, e nos artigos 13, *caput* e parágrafo único e 15 do Código Civil de 2002.

Seguindo estes parâmetros, os procedimentos de reprodução assistida devem assegurar que o consentimento das partes envolvidas seja efetivamente livre e esclarecidos sobre os aspectos psicossociais e legais da filiação, e que a cessão temporária do útero tenha caráter altruísta, como meio de evitar a formação de mercados capazes de forçar pessoas em situação de vulnerabilidade econômica submeterem-se a estas técnicas.

O princípio da gratuidade orienta as técnicas de gestação de substituição na maior parte dos países, mas existe um contraponto formado pelas legislações de países onde a remuneração da gestante é possível, dos quais se destacam alguns estados norte-americanos, Índia, Tailândia, Ucrânia e México, como notícia Folha de São Paulo, em reportagem de 22 de junho de 2020.

Os casos de gestação remunerada começaram a ganhar repercussão nos Estados Unidos há trinta anos, tendo sido notório o caso “Bebê M”, julgado em 1986, após a recusa por Mary Beth Whitehead, de entregar uma criança gestada, ao seu pai biológico e sua esposa (SANDEL, 2014).

Embora o ajuste de remuneração pela cessão temporária do útero seja incompatível com a finalidade altruísta desta gestação, é possível vislumbrar a possibilidade dos pacientes beneficiários comprometerem-se, perante a gestante, a fornecer bens e serviços que podem ter uma expressão econômica, mas que se destinaram a garantir a saúde e bem-estar da gestante e da criança.

Neste sentido, o item 3.4 da Resolução nº 2.168 de 2017 dispõe expressamente sobre o compromisso, por parte dos pacientes contratantes de serviços de reprodução assistida, de tratamento e acompanhamento médico, inclusive por equipes multidisciplinares, à gestante, até o puerpério.

Dentro dos limites dos princípios da gratuidade e altruísmo, este compromisso ainda pode ter objeto mais amplo, para alcançar eventuais outras necessidades, como a disponibilização de recursos financeiros ou *in natura*, para adequada alimentação e moradia da

gestante, o ressarcimento por despesas de transporte para compromissos relacionados com a gestação, bem como pelo eventual comprometimento da renda, em razão do afastamento não-remunerado da gestante de seu trabalho, desde de que estes valores não representem uma contraprestação pela gestação.

Este compromisso operaria segundo uma lógica semelhante ao dos alimentos gravídicos. Se a lei brasileira impõe o dever de pagamento aos genitores, não faria sentido proibi-los no curso da gestação de substituição, desde que estejam circunscritos a patamares que evitem qualquer tentativa de burla ao intuito altruístico da cessão do útero.

Por fim, é possível considerar a possibilidade dos pais, pelo justo reconhecimento do favor recebido, realizar uma doação remuneratória. Neste caso, a doação seria válida porque prevalece *animus donandi*, uma vontade que não corresponde a um pagamento por supostos serviços prestados pela gestante (GAGLIANO, 2014).

Portanto, é possível vislumbrar ajustes nos quais a gestante seja beneficiada, com prestações de natureza compensatória ou por legítimo sentimento de gratidão, sem que a gestação de substituição tenha suas finalidades altruísticas desvirtuadas.

Corroborando com esta visão, o precedente do formado pela ADI nº 3.512, no qual o Supremo Tribunal Federal julgou inexistir violação à regra constitucional de gratuidade na doação de tecidos e órgãos humanos, em lei do Estado do Espírito Santo que garantia meia entrada, a locais públicos de cultura, esporte e lazer, aos doadores regulares de sangue.

Mas essa doação remuneratória não pode ser desvirtuada, para se converter em um instrumento capaz de exercer pressão econômica sobre a gestante, hipótese que configuraria nulidade do negócio, por fraude à lei (artigo 166, VI do Código Civil).

3.3 Liberdade no planejamento familiar.

É importante ressaltar que os direitos da personalidade também correspondem a uma categoria não taxativa e possuem o traço da elasticidade porque se propõem a promover tutela abrangente da dignidade, em todas as situações, legalmente previstas ou não, em que a personalidade seja ponto de referência objetivo.

Desse modo, a personalidade configura uma cláusula aberta de proteção da pessoa, a ser desenvolvida pelo intérprete ou pelo legislador, face às novas situações existenciais resultantes da evolução social (PERLINGIERI, 1997).

É este o caso do direito de livre planejamento familiar, a partir de técnicas de reprodução assistida.

Quando o conhecimento científico alcançou estágio capaz de solucionar vários casos de infertilidade humana, viabilizando a procriação em diversas circunstâncias em que isto não era antes possível, a liberdade sobre as relações familiares também passa a ser integrada pela possibilidade de concepção com o auxílio de técnicas de reprodução assistida.

A tutela da dignidade da pessoa humana estabelece um princípio que afasta interferências indevidas nas relações familiares, razão pela qual o artigo 226, § 7.º da Constituição Federal de 1988 assegura que o planejamento familiar seja de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas (DELGADO, 2020).

Considerando o textual reconhecimento da família monoparental pelo artigo 226, § 4º da Constituição Federal, e o reconhecimento das famílias homoafetivas, consagrado pelo julgamento conjunto da ADI nº 4.277 e ADPF nº 132 pelo Supremo Tribunal Federal, também deve ser igualmente reconhecido às pessoas solteiras e pares homoafetivos, o direito a descendência por meio da utilização de técnicas de reprodução assistida (ARAÚJO, 2016).

A Lei nº 9.263 de 1996 reconhece o planejamento familiar como direito de todo cidadão, determinando que se garantam, em termos de regulação da fecundidade, direitos iguais de constituição, limitação e/ou aumento da prole. Para isso, o planejamento deve englobar ações preventivas e educativas, possibilitando-se o acesso igualitário, quer seja a informações, métodos ou técnicas relativas à fecundidade.

Considerando as características dos direitos envolvidos na gestação por substituição, o direito ao corpo da gestante e a liberdade de planejamento familiar, é possível concluir que a regulamentação dada pelo Conselho Federal de Medicina, com disposições específicas para formalização de termos de consentimento e de compromisso, revela-se adequada para garantia

dos parâmetros de altruísmo do ato de disposição e formação do consentimento informado dos participantes.

Finalmente, é importante ressaltar que a participação em processos de reprodução assistida não envolve apenas direitos, mas também deveres, relacionados em sua maioria, com a questão da informação.

Os participantes do procedimento possuem: (a) o direito à informação e à liberdade de escolha das técnicas reprodutivas, após consciência de seus riscos e implicações; (b) direito de acesso a todas as informações quanto à habilitação do médico, da clínica ou do hospital que lhe presta esse serviço de saúde; (c) direito à informação quanto a todas as implicações jurídicas do tratamento ao qual pretende se submeter; (d) direito à informação em todas as etapas do tratamento, com acompanhamento claro e preciso de todas as suas fases (SCALQUETE, 2009).

Evidentemente, para sucesso da técnica e segurança dos envolvidos, como contrapartida lógica, são devidos: (a) o fornecimento de todas as informações sobre sua saúde, sob pena de trazer complicações ao tratamento; (b) o cumprimento estrito de todas as recomendações médicas, necessárias para o resultado satisfatório da técnica empregada; (c) a prestação do consentimento escrito, em que serão confirmados a concordância quanto à aplicação do procedimento reprodutivo, a resolução das questões atinentes à filiação e o destino a ser dado aos possíveis embriões excedentários (SCALQUETE, 2009).

4. Relações de filiação estabelecidas.

Discorridos os principais aspectos dos direitos da personalidade que funcionam como fundamento e veículo jurídico para autorizar a gestação por substituição, é importante tratar de seus efeitos relativos à esfera jurídica da criança, especialmente sobre os vínculos de filiação resultantes.

Entende-se por filiação, a relação que vincula ascendentes e descendentes, em decorrência da consanguinidade ou de outras causas, como a adoção, a utilização de técnicas heterólogas de fertilização e a socioafetividade.

O artigo 1.593 do Código Civil, ao dispor que “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”, estabelece uma cláusula geral e aberta, que comporta o reconhecimento da modalidade socioafetiva de parentesco, por intermédio da

qual a existência de laços de afetividade pode dar origem ao vínculo parental, com todos os seus efeitos (MALUF, 2014).

Os avanços das técnicas médicas, associados à valorização da afetividade e da dignidade pelo Direito de Família, permitiram a desbiologização do instituto jurídico da filiação, dando lugar ao reconhecimento de outras fontes, além da origem genética ou gestacional, permitindo a aplicação do critério da vontade procriacional para os nascimentos resultantes de reprodução assistida (DINIZ, 2009).

A expressão “outra origem” oferece amparo a diversas situações em que não exista relação biológica ou consanguínea entre as partes, mas, em face do tratamento dado por um homem ou mulher a uma criança e da afetividade existente entre eles, podem defluir direitos e deveres oriundos dessa forma de relação parental.

Na gestação por substituição, independentemente do material genético ou do ventre utilizado para o desenvolvimento do novo ser, o vínculo de parentalidade com a criança será estabelecido com quem teve a vontade de conceber, dando início ao processo de filiação, movimentando familiares, gestante e os médicos, ou seja, alterando a realidade jurídica para permitir a concretização do seu direito de descendência (SCALQUETE, 2009).

Para evitar disputas pela companhia da criança gerada, com eventual recusa de sua entrega pela parturiente, é necessária a formalização do termo de compromisso entre as partes envolvidos, nos quais serão estabelecidas as questões relativas à filiação da criança.

E nos termos da tese fixada no julgamento do recurso extraordinário nº 898.060, pelo Supremo Tribunal Federal, é possível que os participantes estabeleçam entre si, uma relação de multiparentalidade, para que além da filiação sócio-afetiva estabelecida com os beneficiários da técnica de reprodução assistida, também seja viabilizada a filiação de origem biológica, com a gestante ou com eventual doador do material genético utilizado na concepção.

Por esta tese, podem ser igualmente reconhecidos os vínculos construídos pela relação afetiva entre os envolvidos, e os vínculos originados da ascendência biológica, sem a necessidade de decidir entre um ou outro, quando o melhor interesse do descendente for o reconhecimento jurídico de ambos.

Neste sentido, as considerações prévias do Provimento nº 63 de 2017 do Conselho Nacional de Justiça fazem expressa referência a este julgamento e a esta tese, o que indica

possibilidade de que o eventual ajuste de multiparentalidade possa ingressar diretamente no registro civil de nascimento, sem a necessidade de autorização judicial.

Embora o conjunto normativo formado pela resolução nº 2.168 do Conselho Federal de Medicina, o Provimento nº 63 de 2017 do Conselho Nacional de Justiça e cláusulas gerais sobre a disposição altruística do corpo e o planejamento familiar, ofereçam relativa segurança e simplicidade para a gestante e beneficiários da gestação por substituição, é possível vislumbrar repercussões que extrapolam o âmbito das relações familiares e que reclamam disciplina legal.

Ainda inexistem parâmetros legais para operacionalizar, por exemplo, a cobertura do plano de saúde de titularidade dos pais, para os atos relacionados à gestação. Também inexistente direcionamento legal, para responder se somente a gestante ou se também a mãe socioafetiva poderia ter acesso ao benefício da licença maternidade.

5. Conclusão.

Decorridos dezoito anos da primeira resolução do Conselho Federal de Medicina, disciplinando a atividade médica nos procedimentos de reprodução assistida, inclusive da gestação de substituição, inexistente no ordenamento jurídico vigente, disciplina legal especialmente destinada ao assunto.

A avaliação do panorama normativo vigente, permite afirmar que a estabilidade com a qual as famílias que recorrem a esta técnica contam, resulta de graduais contribuições de outras fontes de produção normativa.

É possível concluir que o exercício da disponibilidade do corpo pela mulher gestante, tem como limites básicos, a finalidade altruística, com possibilidade de ajustes sobre auxílio médico, ressarcimento de despesas e doação remuneratória, e o consentimento informado sobre os efeitos da técnica, inclusive sobre as relações de parentalidade criadas.

Considerando a seriedade da decisão de participar desta técnica de reprodução, para prevenir abusos e futuros litígios, a vontade dos participantes necessita estar bem documentada em termos de consentimento assinados pelos participantes.

Como a lei autoriza o reconhecimento de outras formas de filiação, a gestação por substituição, quando tomadas as precauções da correta documentação dos termos de

consentimento, permite identificar os titulares do projeto parental, inclusive para facilitar o registro de nascimento com correta indicação da filiação.

Neste sentido, a ausência de disciplina legal específica parece estar suprida, mas as disciplinas da deontologia médica e de registro civil, pelas características próprias da regulamentação administrativa, carece da força normativa e estabilidade oferecidas pela disciplina resultante do processo legislativo.

As técnicas de reprodução assistida já não são uma novidade. Elas já se generalizam a ponto de que uma disciplina legal deixou de ser conveniente, para se tornar necessária, para resolver as relações entre os participantes diretos da técnica, bem como de terceiros externos às relações familiares, como operadoras de plano de saúde, empregadores e a previdência social.

6. Referências.

ARAÚJO, André Eduardo Dorster. *A garantia provisória de emprego em razão da maternidade. Novos contornos*. Revista de Direito do Trabalho, vol. 172, 2016.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos e personalidade e autonomia privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL, Resolução nº 1.358 de 1992 do Conselho Federal de Medicina. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/1992/1358>, [21/06/2020].

BRASIL, Resolução nº 1.957 de 2010 do Conselho Federal de Medicina. Disponível em: Resolução nº http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.pdf, [21/06/2020].

BRASIL, Resolução nº 1.957 de 2010 do Conselho Federal de Medicina. Disponível em: Resolução nº http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf, [21/06/2020].

BRASIL, Resolução nº 52 de 2016 do Conselho Nacional de Justiça, disponível em <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2514>, [21/06/2020].

BRASIL, Resolução nº 63 de 2017 do Conselho Nacional de Justiça, disponível em <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=2525>, [21/06/2020].

Civilização Brasileira, 2014.

CREMESP, Consulta nº 126.750/05, disponível em: <http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Pareceres&dif=s&ficha=1&id=6391&tipo=PARECER&orgao=%20Conselho%20Regional%20de%20Medicina%20do%20Estado%20de%20S%20E3o%20Paulo&numero=126750&situacao=&data=17-04-2006>, [21/06/2020].

CREMESP, Consulta nº 133.827/10, disponível em: <http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Pareceres&dif=s&ficha=1&id=10462&tipo=PARECER&orgao=%20Conselho%20Regional%20de%20Medicina%20do%20Estado%20de%20S%20E3o%20Paulo&numero=133827&situacao=&data=17-05-2011>, [21/06/2020].

CREMESP, Consulta nº 43.765/01, disponível em: <http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Pareceres&dif=s&ficha=1&id=5196&tipo=PARECER&orgao=%20Conselho%20Regional%20de%20Medicina%20do%20Estado%20de%20S%20E3o%20Paulo&numero=43765&situacao=&data=00-00-2001>, [21/06/2020].

CREMESP, Consulta nº 58.437/02, disponível em: <http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Pareceres&dif=s&ficha=1&id=5564&tipo=PARECER&orgao=%20Conselho%20Regional%20de%20Medicina%20do%20Estado%20de%20S%20E3o%20Paulo&numero=58437&situacao=&data=00-00-2002>, [21/06/2020].

DELGADO, Mário Luiz. *Direitos da personalidade nas relações de família*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/img/congressos/anais/34.pdf>, [21/06/2020].

DINIZ, Maria Helena. *O atual estado do biodireito*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FOLHA DE SÃO PAULO. Estados Unidos se tornam meca da barriga de aluguel. 22.07.2014. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2014/07/1488286-estados-unidos-se-tornam-meca-da-barriga-de-aluguel.shtml>, [22/06/2020].

FRANÇA, Rubens Limongi. *Manual de direito civil*. vol. 1. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966.

G1. *Avó catarinense dá à luz neto gerado em barriga solidária*. Disponível em: <http://g1.globo.com/sc/santa-catarina/noticia/2015/02/avo-catarinense-da-luz-neto-gerado-em-barriga-solidaria.html>, [21/06/2020].

GAGLIANO, Pablo Stolze. *O contrato de doação*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GOZZO, Débora. Bioética, Direitos Fundamentais e a Reprodução Humana. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, vol. 30/2012, Jul – Dez / 2012.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: RT, 1998.

MATTIA, Fabio Maria. *Direitos da personalidade II. Enciclopédia Saraiva do Direito*. Coord. Rubens Limongi França. São Paulo: Saraiva, 1977, v. 28.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Trad. Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

RODOTÀ, Stefano. *Transformações do corpo*. *Revista Trimestral de Direito Civil* nº 19, vol. 5, jul-set de 2004.

SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. 13ª ed. Rio de Janeiro:

SCALQUETE, Ana Cláudia Silva. *Estatuto da reprodução assistida*. Tese de Doutorado apresentada na Faculdade de Direito da USP, 2009.

STF, ADI nº 3.510.

STF, ADI nº 3.512.

STF, RE 898060, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 21/09/2016, publicado em 24/08/2017.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TERRA, Aline de Miranda Valverde; PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos. *Considerações acerca do estatuto jurídico do corpo humano*. *Revista dos Tribunais*. Vol. 952, 2015.