

**XXVII CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI PORTO ALEGRE – RS**

BIODIREITO E DIREITOS DOS ANIMAIS

VALÉRIA SILVA GALDINO CARDIN

HERON JOSÉ DE SANTANA GORDILHO

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal 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

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

Vice-presidente **Sudeste** - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente **Nordeste** - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

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

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

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

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

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

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

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

Relações Internacionais para os demais Continentes

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

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

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

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho Unifor – Ceará

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

Comunicação:

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

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

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

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

B615

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

Coordenadores: Valéria Silva Galdino Cardin; Heron José de Santana Gordilho. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-685-7

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

Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34



XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

BIODIREITO E DIREITOS DOS ANIMAIS

Apresentação

O XXVII Congresso do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (Conpedi), realizado na cidade de Porto Alegre/RS, entre os dias 14, 15 e 16 de novembro de 2018, proporcionou o intercâmbio de conhecimento científico entre os pesquisadores e as instituições de pesquisas na seara jurídica acerca de temas correlatos, sobretudo, com a tecnologia, a comunicação e a inovação no Direito.

Considerado como um dos mais relevantes eventos de cunho científico na área jurídica, o Conpedi é responsável por viabilizar a discussão, em elevado nível de profundidade, de questões controvertidas e originais que permeiam o ambiente acadêmico e o meio jurídico, além de possibilitar a integração e a divulgação das linhas de pesquisa e dos trabalhos desenvolvidos nos programas de mestrado e doutorado.

O grupo de trabalho “Biodireito e Direito dos Animais I”, ao qual honrosamente participamos como coordenadores da mesa, contou com a participação de dedicados e experientes pesquisadores, os quais levantaram inúmeras indagações acerca de temáticas ainda pouco exploradas.

A respeito disso, Bruno Fraga Pistinzi, doutorando em Ciências Sociais pela PUC/SP, analisou os conflitos e consequências econômicas decorrentes das inovações tecnológicas na área da saúde, com o seu artigo “A avaliação das tecnologias em saúde e a possibilidade de execução do controle sobre os corpos: a necessidade de valoração do princípio da dignidade da pessoa humana”.

Por sua vez, Fernando Augusto Melo Calusi e Tomlyta Luz Velasquez dos Santos, mestrandos em Direito pela PUC/RS, com o artigo “Novas tecnologias e liberdade de expressão na pesquisa científica: uma análise sobre a proteção de dados genéticos e de saúde”, examinaram a possibilidade da coexistência entre a efetiva proteção de dados genéticos e de saúde e o incentivo às pesquisas científicas genéticas, desde que garantidos o anonimato e o consentimento do indivíduo.

O trabalho intitulado “As capivaras da Lagoa da Pampulha em Belo Horizonte: uma questão de saúde pública e proteção dos direitos dos animais”, de autoria de Sebastien Kiwonghi

Bizawu, professor doutor do PPGD da Escola Superior Dom Helder Câmara, apresentou os efeitos da expansão urbana acerca dos animais, especialmente o habitat das capivaras que vivem às margens da Lagoa da Pampulha, em Belo Horizonte/MG.

No artigo “O Direito A Partes Separadas Do Corpo Humano: Questões Legais E Éticas”, Luciano Ferreira Rodrigues Filho, professor da UNIESP, e Ana Paula Pavanini Navas, mestranda em Direito da UENP, abordaram as questões legais e éticas do direito de personalidade envolvido na utilização de partes separadas do próprio corpo, voluntária ou involuntariamente.

Já a doutoranda em Direito na UFPR, Lygia Maria Copi, em seu artigo “As crianças e os adolescentes como autores de testamento vital: uma análise a partir da capacidade para consentir”, examinou, a partir da categoria da capacidade para consentir, a possibilidade de crianças e adolescentes formularem testamento vital.

Nadjanine Galindo de Freitas Farias, mestranda em Direito da UFSC, discutiu, por intermédio das teorias de Félix Guatarri e Leonardo Boff, os cuidados paliativos com os idosos enquanto parte do processo de ecologização individual, a partir de seu trabalho intitulado “O direito humano aos cuidados paliativos: um processo de ecologização consagrado pela convenção interamericana sobre a proteção dos direitos humanos dos idosos”.

O professor doutor Heron José de Santana Gordilho, coordenador do PPGD/UFBA, juntamente com a mestranda do mesmo programa Marines Ribeiro de Souza, apresentaram o artigo “Ecofeminismo e Direito Animal” avaliando as divergências entre a proposta ecofeminista de substituição da ética da justiça, baseada em princípios e regras universais e abstratas, pela ética feminina do cuidado, mais preocupada com o caso concreto e com as relações afetivas entre os envolvidos.

Por seu turno, Elaine Julliane Chielle e Edenilza Gobbo discutiram, por meio do artigo “Gestação por substituição: direito ao planejamento familiar versus a autodeterminação corporal”, o conflito do direito ao planejamento familiar e a autodeterminação corporal que decorre da Resolução n. 2.168/2017, através das técnicas de ponderação de Robert Alexy.

Bruno Terra de Moraes investigou, a partir de seu trabalho “A relação custo-efetividade como critério para a concessão judicial de medicamentos”, como a judicialização das

políticas públicas de saúde, se não levar em consideração a relação custo-efetividade das tecnologias de saúde, pode acarretar prejuízos e disfunções ao Sistema Único de Saúde (SUS).

Em “Do contrato de gestação e suas implicações jurídicas”, Valéria Silva Galdino Cardin, professora doutora da UNICESUMAR-PR e da Universidade Estadual de Maringá (UEM), juntamente com Caio de Moraes Lago, analisaram o direito às técnicas de reprodução humana assistida que decorre do direito ao planejamento familiar, a questão da disposição do próprio corpo, a possibilidade ou não da formação de um vínculo contratual para a maternidade substitutiva, de ser algo contrário aos bons costumes, da remuneração da gestante e da coisificação do ser humano, o que dá origem a inúmeros conflitos jurídicos, especialmente em nosso país, onde não há uma legislação específica acerca desta prática.

Em “A virtude cívica como mecanismo de eficácia ao direito dos animais”, a professora doutora do PPGD da UEL-PR Rita de Cassia Resquetti Tarifa Espolador, juntamente com a sua orientanda de mestrado Bianca da Rosa Bittencourt, estudaram o papel do ser humano na proteção dos animais e a virtude cívica de igualar os desiguais.

O artigo “A evolução do pensamento humano a partir do biocentrismo: uma forma de preservação do direito natural à vida”, de Lara Maia Silva Gabrich e Flávio Henrique Rosa, mestrando em Direito pela ESDHC, buscou levantar críticas acerca da bioética e da macrobioética como instrumentos de desconstrução do antropocentrismo e preservação do meio ambiente e do direito à vida, em direção à mudança da ética ambiental.

Em “A filiação socioafetiva e o direito ao conhecimento da identidade biológica”, de Vivian Gerstler Zalcman, mestre em direito pela PUC/SP e Gleidson Roger de Paula Coêlho, especialista pela UFMT, exploraram o direito de cada criança em conhecer a sua origem genética face ao direito à intimidade dos pais biológicos.

Por sua vez, o trabalho intitulado “Direito à morte digna : uma análise da evolução legislativa francesa a partir dos casos Vincent Humbert, Chantal Sebire E Nicolas Bonnemaison”, de Pollyana Thays Zanetti, mestranda em Direito da PUC-MG, discutira a legislação francesa sobre o fim da vida a partir de casos concretos, buscando verificar se esta legislação se encontra em acordo com os princípios que regem o direito francês.

Em “Morte digna como direito fundamental”, de Carolina Bombonato Borchart e Amanda Juncal Prudente, mestradas em Direito pela UENP/PR, foi questionado o direito a uma morte digna como um direito constitucional fundamental, com fundamento na autonomia da vontade no princípio da dignidade da pessoa humana.

Já as pesquisas de Jerônimo Siqueira Tybusch Professor doutor do PPGD da UFSM-RS e Luis Marcelo Mendes UBRA-RS, apresentadas no artigo “O constructo do axioma científico-tecnológico moderno: um diagnóstico sobre a atuação da biotecnologia no processo de dominação do natural”, discorreram acerca do paradigma técnico-científico da modernidade e seus reflexos nas estratégias de venda, consumo e comercialização relativos à biotecnologia.

Em “O processo de objetificação do paciente frente ao imperativo categórico kantiano”, o doutorando em Ciências Humanas pela UFSC, Murilo Ramalho Procópio, e a mestranda em Direito e Inovação pela UFJF-MG, Fernanda Teixeira Saches, indagaram, a partir da ética kantiana, o descompasso entre a bioética principiológica e o processo de objetificação do paciente no Brasil.

Ao que diz respeito à viabilidade jurídica da descolonização e da inclusão da natureza como sujeito e direito, Luis Gustavo Gomes Flores, professor doutor do PPGD/UNIJUÍ-RS e Bruna Medeiros Bolzani, mestranda em Direito pela UNIJUÍ-RS, trouxeram relevantes contribuições no trabalho “Direito da natureza como movimento fundamental na estratégia de descolonização”.

A partir das pesquisas concretizadas no artigo “Uma outra racionalidade jurídica para um outro futuro: da razão antropocêntrica à hipótese de Gaia”, Fernando Goya Maldonado, doutorando pela Universidade de Coimbra-Portugal e Camila Belinaso de Oliveira, mestranda em Direito do PPGD da Unilasalle-RS, enfrentaram o problema da influência e da limitação epistemológica do conceito moderno de racionalidade e de direito, tendo em vista a redução dos impactos futuros sobre o meio ambiente.

Em “Justiça para animais não humanos: diretrizes iniciais a partir do estudo de caso nas turmas recursais do Rio Grande do Sul”, Paloma Rolhano Cabral, mestranda em Direito da Unilasalle, analisou a aplicação de teorias de justiça para animais não-humanos nas turmas recursais do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

A partir da seleção dos mais qualificados trabalhos acima elencados, o referido congresso científico demonstrou, assim, a preocupação com as mazelas que acometem o ser humano e o espaço ao qual está inserido, especialmente ao que diz respeito a evolução e a inovação da

tecnologia, para que se consolide a efetiva proteção, respeito e proteção dos direitos fundamentais e de personalidade.

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA

Profa. Dra. Valéria Silva Galdino Cardin - UNICESUMAR/PR e UEM/PR

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

DO CONTRATO DE GESTAÇÃO E SUAS IMPLICAÇÕES JURÍDICAS

GESTATIONAL AGREEMENT AND ITS LEGAL IMPLICATIONS

Caio de Moraes Lago ¹
Valéria Silva Galdino Cardin ²

Resumo

A presente pesquisa analisou, por meio do método teórico, o contrato de gestação e suas implicações no campo da bioética e do biodireito. Em um primeiro momento, realizou-se uma abordagem histórica e conceitual das técnicas de reprodução humana assistida. Em sequência, discutiu-se os limites bioéticos e jurídicos desta, baseados no ordenamento jurídico brasileiro e estrangeiro, como também nas Resoluções do Conselho Federal de Medicina. Posteriormente, investigou-se a possibilidade do contrato de gestação no direito brasileiro em comparação com o direito alienígena, bem como suas consequências no direito de filiação.

Palavras-chave: Cessão de útero, Contrato de gestação, Filiação

Abstract/Resumen/Résumé

The present study analyzed, using the theoretical method, the gestational agreement and its implications in the fields of bioethics and biolaw. First, a historical and conceptual approach of assisted reproductive techniques was carried out. Subsequently, bioethics and its legal limitations were discussed, based on the Brazilian and foreign legal systems, as well as on the Resolutions of the Federal Medical Council. Subsequently, the possibility of the surrogacy in Brazilian law was investigated, compared to other foreign laws, and its consequences in the field of the right of affiliation.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Surrogacy, Affiliation, Gestational agreement

¹ Mestrando em Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário de Maringá (Unicesumar); Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (UEM). E-mail: <caiomoraes-lago@hotmail.com>.

² Pós-Doutora em Direito pela Universidade de Lisboa. Docente da UEM e do Mestrado em Ciências Jurídicas no Unicesumar. Pesquisadora pelo ICETI. Advogada no Paraná. Email: <valeria@galdino.adv.br>.

1 INTRODUÇÃO

Desde as mais distantes origens, a história das sociedades revelou uma preocupação com a fecundidade e, principalmente, com a ausência dela. Um dos mais fortes desejos das pessoas é o de perpetuar a espécie por meio de seus filhos. A experiência da parentalidade é tida culturalmente como uma dádiva. Trata-se de um sentimento forte e inerente à maioria dos seres humanos, que os conduzem aos mais nobres atos de vida.

O direito às técnicas de reprodução humana assistida decorre do direito ao planejamento familiar, previsto no § 7º do art. 226 da Constituição Federal, englobando o direito da pessoa em formar uma família, decidir o número de filhos que deseja ter, o espaço de tempo entre as gestações e o meio que será utilizado para concretizar esse projeto.

Trata-se a reprodução humana assistida de uma técnica que auxilia as pessoas estéreis a terem filhos. Nessa perspectiva, a pesquisa analisou o contrato de gestação na reprodução humana assistida, sobretudo suas implicações no campo da bioética e do biodireito.

A Resolução CFM n. 2.168/2017 é norma regulamentadora dos atos dos médicos que se submetem à fiscalização do próprio Conselho Federal de Medicina. Assim, as normas previstas na referida Resolução não vinculam pacientes e demais profissionais não inscritos nos quadros do referido Conselho.

Mesmo com a ausência de lei acerca do tema, inúmeros casos chegam a justiça anualmente, que versam sobre a utilização das técnicas de reprodução humana assistida. Dessa forma, faz-se necessário analisar os casos ocorridos no direito estrangeiro, como meio para encontrar um caminho para eventuais conflitos em nosso país.

Em um primeiro momento é realizada uma análise acerca das técnicas de reprodução humana assistida e os limites bioéticos e jurídicos da cessão de útero. Em sequência, tratando especificamente do envolvimento de terceiro na cessão de útero, analisa-se a legalidade da prática do contrato de gestação no direito brasileiro e alienígena, bem como as resoluções do Conselho Federal de Medicina do nosso país e de algumas leis de outros países que tratam especificamente acerca do tema.

A doutrina brasileira não é unânime quanto à possibilidade da formação de um vínculo contratual para a maternidade substitutiva.¹ As principais discussões tratam acerca da disposição do próprio corpo, de ser algo contrário aos bons costumes, da possibilidade de

¹ Os doutrinadores utilizados nessa pesquisa foram Aline Mignon Almeida, Maria Berenice Dias, Eduardo de Oliveira Leite, Paulo Lobo, Bruno Torquato de Oliveira Naves, Ana Cláudia Scalquete, Robert Veatch e Silvio de Salvo Venosa.

remuneração da gestante e da coisificação do ser humano, dando origem a inúmeros conflitos jurídicos, especialmente no Brasil, onde não há uma legislação específica acerca da prática do contrato de gestação embora ocorra. Diante disso, a pesquisa buscará esclarecer os limites jurídicos e bioéticos que permeiam a reprodução humana assistida, sob o enfoque da cessão de útero, bem como a fundamentação jurídica para a elaboração do contrato de gestação e seus impactos perante o instituto da filiação.

Para tanto, o presente trabalho utilizou do método teórico, com uma abordagem interdisciplinar, especialmente vinculado à área médica, por meio do exame de conteúdos de livros, jurisprudência, periódicos e reportagens acerca da reprodução humana assistida, da cessão de útero e da filiação.

2 DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E DOS LIMITES JURÍDICOS E BIOÉTCOS DA CESSÃO DE ÚTERO

No final do século XX, várias transformações e avanços biotecnológicos possibilitaram o surgimento de inúmeras técnicas relacionadas a reprodução humana assistida e com as experiências genéticas com embriões humanos, auxiliando casais e pessoas sozinhas a terem filhos, dando margem a ocorrência de embriões excedentes.

A reprodução humana assistida é definida como 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 (NAVES; SÁ, 2011).

Entre os vários métodos de reprodução humana assistida pode-se citar a transferência de gametas para dentro da trompa (GIFT); a transferência do zigoto para dentro da trompa (ZIFT); a injeção intracitoplasmática de espermatozoide (ICSI) e a fertilização *in vitro* (FIV) (MENDES, 2007).

A técnica GIFT é usada para mulheres com infertilidade sem causa aparente ou com leve endometriose. O óvulo e os espermatozoides selecionados são reunidos em um mesmo cateter e transferidos imediatamente para a trompa. No ZIFT, a primeira divisão do zigoto acontece já dentro da trompa, onde as células passam a se multiplicar, enquanto o embrião em formação caminhará em direção ao útero (NAVES; SÁ, 2011).

Na ICSI o espermatozoide é introduzido diretamente no óvulo por meio de uma agulha. E a Fertilização *in vitro* promove o encontro entre espermatozoides e um óvulo colhido após tratamento com indutores, tudo feito em laboratório. Após a fertilização ocorre a transferência

do embrião para o útero. Esta última técnica é a mais invasiva, devendo ser utilizada apenas se as outras não forem mais possíveis (MENDES, 2007). No entanto, nessa técnica, os embriões em excesso são congelados, doados para pesquisa ou para outros casos, mas também muitas vezes descartados, levantando questões acerca da ética quanto a tal procedimento.

Pode ocorrer a fertilização homóloga, em que são utilizados gametas do casal que contratou a “barriga de aluguel”, ou seja, dos próprios cônjuges, que seriam os pais contratantes. Ou também a fertilização heteróloga, em que há a doação do gameta masculino ou feminino por um terceiro desconhecido do casal (CARDIN, 2016, p. 45-47).

Na reprodução humana assistida, as técnicas de reprodução podem beneficiar casais e pessoas solteiras. A chamada cessão de útero pode ser usada para gestar o embrião, sendo que ao passo que a complexidade dessas relações aumenta, suas discussões morais e éticas também se desenvolvem (CARDIN, 2016, p. 30). Com o envolvimento de um terceiro na cessão de útero, surge a questão da compensação para motivar o seu auxílio.

A questão principal acerca dos contratos de cessão de útero é se as mulheres que concordam em participar desse processo estão vinculadas legalmente com o compromisso de abrir mão da criança em nome dos futuros genitores da prole.

Pode-se dizer que a gestação de substituição é a técnica de reprodução humana medicamente assistida na qual uma mulher se compromete em gestar uma criança e a entregá-la, após o parto, à pessoa ou casal idealizador do projeto parental do qual a criança faz parte. O emprego desta técnica pode se dar de várias maneiras distintas: O óvulo da cedente do útero pode ser fecundado com espermatozoides do membro masculino do casal contratante. Também é realizada a fecundação de óvulo da cedente do útero com espermatozoides do doador anônimo. Mostra-se corriqueiro na gestação de substituição ambos os gametas provirem de doadores anônimos, ou seja, nem do casal idealizador nem da cedente do útero. Há a possibilidade, ainda, de ambos os gametas advirem do casal contratante. Desta forma, a cedente do útero contribui apenas com o processo gestacional (MENDES, 2007).

Nas duas primeiras situações, a gestante tem vínculo biológico com a criança, ou seja, a mulher contratada exerce a função de substituição genética e gestacional. Na terceira situação, a criança não tem vínculo genético com a gestante e nem com os pais. Na última situação a criança tem vínculo biológico somente com o casal. Nestes dois últimos casos a gestante presta-se apenas a substituir a gestação da verdadeira mãe.

A realização da técnica de gestação de substituição pode se dar de maneira homóloga - com material genético do próprio casal que se submeteu à reprodução assistida - ou heteróloga, quando o material genético de um ou dos dois interessados na reprodução vem de uma terceira

pessoa, doador anônimo ou da própria cedente de útero. Será reprodução heteróloga parcial quando o sêmen ou o óvulo forem de terceira pessoa, e total sempre que ambos os materiais advierem de doadores.

No Brasil, as Resoluções n. 1.358/1992², 2.013/2013³, 2.121/2015 e, mais recentemente, a 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina, são as únicas disposições que tratam administrativamente do assunto. A última resolução dispõe que a cessão de útero apenas é permitida desde que haja um problema médico que impeça ou contraindique a gestação da doadora genética. E também que a cessão de útero não pode ter finalidade lucrativa ou comercial, determinando que as doadoras devem pertencer a família de um dos parceiros, num parentesco consanguíneo até o quarto grau, com a idade máxima de 50 anos. (NAVES; SÁ, 2011)

Em âmbito internacional, verifica-se que, na Alemanha, os contratos de gestação de substituição não são permitidos, proibindo-se também o procedimento médico que leva à essa gestação. Caso nasça uma criança mesmo com a proibição, é considerada mãe a mulher que deu à luz. Na Inglaterra, não há proibição para a prática, mas a mulher que deu a luz é considerada mãe e a que forneceu material genético mãe por adoção. A Espanha regulamentou o assunto por meio da Lei 35/98, que considera nulo de pleno direito o contrato de gestação, sendo a filiação dos filhos nascidos por essa gestação da mãe que fez o parto. Na Austrália, é proibido o contrato de gestação, considerado ilegal e nulo. A Lei 57/95 prescreve que a mulher que engravidou e concebeu é a mãe. A Finlândia, Suíça, Suécia, Dinamarca, Áustria e Holanda também proíbem o contrato de gestação de substituição. (DANTAS, 2017)

Nos Estados Unidos, cada um de seus estados tem regulamentação específica acerca da questão. No Texas, Estado com melhor ordenamento quanto ao assunto, por meio da formulação de acordos próprios, doadores não são considerados pais legais de uma eventual criança gerada. Quanto ao acordo de gravidez de substituição, este deve ser aprovado pela justiça. Os pais solicitantes devem ser casados, a mãe deve ser incapaz de carregar uma gestação a termo, a mãe de substituição deve ter passado por pelo menos uma outra gestação prévia, e os

² 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 contra-indique 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 (BRASIL, 1992).

³ 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 ou em caso de união homoafetiva. 1 - As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família de um dos parceiros num parentesco consanguíneo até o quarto grau (primeiro grau – mãe; segundo grau – irmã/avó; terceiro grau – tia; quarto grau – prima), em todos os casos respeitada a idade limite de até 50 anos. 2 - A doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial (BRASIL, 2013).

óvulos da mãe de substituição não podem ser usados no processo. Deve haver também um relatório médico, que assegura que os envolvidos estão cientes dos riscos envolvidos, incluindo responsabilidade por despesas com a gestação e medidas de proteção à saúde da mãe substitutiva (LEITE, 1995).

A Rússia, Ucrânia e Índia permitem a prática da gestação substitutiva. A Índia é o grande polo mundial para essa prática. Tecnologias médicas estão disponíveis, o custo é relativamente baixo, se comparado a outros locais, e a situação legal também é favorável. Casais de várias localidades do mundo contratam o serviço de indianas locais, geralmente com uma situação financeira desfavorável, que recebem seus embriões e os carregam durante os nove meses de gestação. O custo por casal, quando o resultado é um nascimento bem-sucedido, gira em torno de 28 mil dólares, sendo que a “indústria” de barrigas de aluguel gera em torno de 1 bilhão de dólares para a economia indiana por ano (LOPES, 2008).

Em Portugal, há uma lei específica que dispõe sobre a maternidade de substituição, qual seja: a Lei n. 32/2006. Nela se considera ilegal a prática, constituindo crime com pena fixada em lei, tanto de prisão quanto de multa (ROSA; CARDIN, 2017, p. 132).

O Brasil tem sido considerado “rota do turismo reprodutivo”, em decorrência do baixo custo dos procedimentos em relação aos preços praticados na Europa e nos Estados Unidos, e pela maior tolerância à realização de técnicas proibidas em outros países. Existem circunstâncias em que o procedimento ocorre independentemente de interesses pecuniários, envolvendo mãe, sogra, irmã, cunhada, ou uma pessoa amiga. São ditados pela amizade, pela compaixão ou pela mera intenção de aliviar o sofrimento humano de quem não pode gestacionar.

Na prática, a história é outra. Dos 170 centros brasileiros de medicina reprodutiva, 10% oferecem aos seus clientes um cadastro de mulheres dispostas a locar seu útero e serem remuneradas por isso. Uma única clínica de São Paulo, só no ano passado, intermediou doze transações do gênero. As incubadoras humanas também podem ser facilmente encontradas na internet, em sites gratuitos de classificados (LOPES, 2008).

Quando o assunto trata dos direitos da personalidade, questiona-se sobre quais os limites que a pessoa natural tem na disponibilidade do seu corpo. O sistema jurídico brasileiro, de longa data, já demonstra que a indisponibilidade do corpo não é absoluta. A pessoa poderá dispor, gratuitamente, para o objetivo de transplante terapêutico.

O Código Civil, em seu art. 13, preceitua que, “[...] 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”. Observe-se que a gravidez não suprime a saúde da

gestante, tampouco onera sua integridade física. Acrescente-se também que não contraria os bons costumes, porque, ainda que a gestante tenha interesses pecuniários, o fim é humanitário.

Logo, não se pode utilizar como argumento o art. 15, da Lei nº 9.434/1997, que prescreve: “Comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humano”, ou ainda o § 4º do art. 199 da Constituição Federal que estabelece 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. No caso de maternidade substitutiva, não há que se falar em compra ou venda de tecidos, órgãos ou parte do corpo humano. A gestante apenas presta um serviço, cede o “invólucro” para que o feto se desenvolva (SANTOS; GUERRA; CARDIN, 2015).

Não há nenhuma semelhança entre a maternidade substitutiva e a venda de órgãos. Esta é uma cessão mercenária, em que se abre mão de sua própria saúde, de sua compleição física, por dinheiro. Naquela se fornece apenas o abrigo ao bebê, sendo que após o seu nascimento restará somente a lembrança de que esteve ali, a não ser que a gestante tenha algum tipo de problema no decorrer dos 9 meses ou do parto (CARDIN, 2017).

Nem mesmo a remuneração pode ser considerada ilegal, pois a paga não é pelo bebê, mas pelo serviço, uma contraprestação pelo tempo e cuidados despendidos, pelos inconvenientes hormonais, pelos deslocamentos a fim de implantar o embrião, pelo parto, pós-parto etc. (SCALQUETE, 2010)

Portanto, o procedimento não deveria ser proibido em decorrência das razões acima expostas. Mas, deve haver uma legislação que fixe os requisitos para a validade do ato, determinando as obrigações e os deveres do casal e da mãe gestacional e observando o planejamento familiar e a parentalidade responsável.

Diante disso, é imprescindível analisar referida técnica sob três perspectivas: do casal idealizador, da gestante e do nascituro ou nascido.

Em relação ao casal idealizador do projeto parental, depreende-se que o ordenamento jurídico brasileiro estabeleceu de forma simplificada o direito do casal ao livre exercício do planejamento familiar na Constituição Federal e na Lei n. 9.263/1996, impondo como limite o respeito à dignidade da pessoa humana daquele que está para nascer (DANTAS, 2017).

Assim, a princípio, o ato de se utilizar da cessão do útero para alcançar a efetivação do direito ao planejamento familiar, por si só, não pode ser considerado como atentatório aos princípios da dignidade da pessoa humana, da parentalidade responsável e os princípios da bioética, por parte do casal idealizador, na medida em que se busca o nascimento de um filho,

que, presumidamente, terá todos os cuidados para o desenvolvimento de sua personalidade (SCALQUET, 2010).

Em relação à doadora do útero, de acordo com o art. 13, *caput*, do Código Civil Brasileiro "[...] é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes".

Na medida em que não há direito absoluto, assim como a integridade do corpo humano, é lícito e possível o ato de disposição do próprio corpo, desde que seja respeitado o núcleo essencial deste direito. O núcleo essencial, nada mais é do que a própria dignidade da pessoa humana.

O ato de gerar uma criança, em hipótese alguma pode ser considerado contra o núcleo de dignidade do direito de disposição do próprio corpo, pois se está diante de um ato capaz de gerar a vida de um novo ser humano, igualmente dotado de dignidade como qualquer outra pessoa (SANTOS; GUERRA; CARDIN, 2015).

Além disso, não há que se falar também que a gravidez suprime a saúde da gestante. A cessão do útero não importa numa diminuição do próprio corpo da mulher, uma vez que se trata da cessão do invólucro para que o feto se desenvolva. De mesma forma, a placenta não faz parte do corpo da gestante, pois se trata de anexo embrionário, oriundo do folheto germinativo do embrião, e por isso, não pode ser confundida como órgão ou tecido, para fins de aplicação do art. 14 da Lei 9.434/1997 brasileira que criminaliza a conduta de compra e venda de tecidos (SCALQUET, 2010).

Por outro lado, ressalta-se também que a maternidade substitutiva, ainda com interesses pecuniários pela gestante, não contraria os bons costumes, visto que o fim não deixa de ter o caráter preponderante de altruísmo e humanitário.

De fato, a indenização monetária da gestante, por si só, não pode afastar o fim maior da cessão do útero que é o nascimento de um novo ser humano. Não se pode dizer que atenta à dignidade da pessoa humana desta criança recém-nascida, pois sem a vida, inexiste a própria dignidade.

Neste sentido, a maternidade substitutiva é uma prática fundada na livre decisão de adultos, que exercem seus direitos e prerrogativas, liberdade e autonomia, sem prejudicar a si ou terceiros:

Além disso, a indenização da gestante se justificaria em face da série de cuidados e posturas a qual esta se obriga. A alimentação adequada, exames e visitas médicas, perda de agilidade e de capacidade para desempenhar determinadas atividades profissionais, ensejando, em

algumas oportunidades a paralização de atividade laboral, cuidados específicos com a saúde, todas são circunstâncias que dão o enfoque justificativo desta indenização (SANTOS; GUERRA; CARDIN, 2015).

Porém, existe uma preocupação em relação à coisificação da pessoa humana, pois o "objeto" deste acordo seria a entrega do bebê, promovendo uma espécie de "comércio" de crianças.

No entanto, sobre tais alegações, em 20 de maio de 1993, a Suprema Corte da Califórnia, no julgamento do caso conhecido como Johnson vs. Calvert, a qual a doadora do útero Anna Johnson pleiteava a guarda e a maternidade da criança nascida em face do casal idealizador do projeto parental Mark e Crispina Calvert, entendeu que não há nenhuma evidência de que a maternidade de substituição fomenta um tratamento pejorativo às crianças. A ideia que prevalece é a filantrópica, mesmo que por trás desta cessão de útero exista qualquer valor monetário, afinal, o ato é de colaborar com o nascimento de um novo ser, singularmente considerado (SANTOS; GUERRA; CARDIN, 2015).

No caso em apreço, a Suprema Corte também refutou a tese de vício de consentimento da doadora do útero, no sentido de que jamais poderia aceitar, de forma consciente e voluntária, a gestar e depois entregar o bebê para o casal. O entendimento partiu do pressuposto de que a gestante detinha os meios intelectuais ou de experiência de vida suficiente para tomar uma decisão informada, tendo em vista que possuía uma formação de enfermeira e já havia sido mãe de um filho.

Sob o ponto de vista do nascituro/nascido, visto que a técnica irá possibilitar o seu nascimento, tudo irá depender da forma que o Direito está preparado para solucionar eventuais conflitos de filiação e parentalidade, a fim de observar sempre o melhor interesse para a criança.

Por todos os argumentos expostos, a maternidade substitutiva com a indenização da gestante pode ser plenamente validada e legitimada.

Cita-se os casos mais famosos acerca da cessão de útero: Caso Whitehead: o casal Stern não podia engravidar, devido à uma condição médica que acreditavam ser perigosamente agravada pela gravidez. Assinaram então um contrato de "barriga de aluguel" com Mary Beth Whitehead, em que receberia 10 mil dólares para ser inseminada artificialmente com o esperma do Sr. Stern, e levar a gravidez até o fim (DA SILVA, 2017).

Uma menina nasceu em 27 de março de 1986. A srta. Whitehead a chamou de Sara; os Stern de Melissa; e por fim a Justiça a chamou de Bebê M. Após o nascimento, a srta. Whitehead recusou-se a abrir mão dos direitos de mãe. Por vários meses, o casal Stern e a srta. Whitehead brigaram nos tribunais pela criança, que estava sob a guarda dos Stern. A srta. Whitehead após

alguns meses do nascimento da criança, levou a criança para sua casa, passando semanas como fugitiva, até a polícia pegar a criança e a devolver aos Stern (DA SILVA, 2017).

A Suprema Corte do Estado de Nova Jersey acabou por conceder a custódia aos Stern, atribuindo direitos de parentesco a srta. Whitehead, permitindo a ela visitas não supervisionadas à criança. Isto abriu precedente quanto ao compromisso da mãe de aluguel em abrir mão dos direitos de maternidade (DA SILVA, 2017).

Há casos como o da engenheira Veridiana Meneses, de Belo Horizonte, que viu a sogra, de 53 anos, dar à luz a sua filha Bianca, como do casal de paulistanos Sandra Lopez e Maurício, em que a irmã de Maurício se ofereceu para ser barriga de aluguel para o irmão e a cunhada, que havia retirado o útero, e de Rozinete Palmeira, de 51 anos, que deu à luz aos gêmeos da própria filha, Michelle (GUIA DA SEMANA, 2012).

Em países como a Índia, cresce rapidamente a prática de terceirização reprodutiva, como vem chamando, pela fama indiana de médicos habilidosos, leis relativamente liberais e preços baixos. O custo fica em torno de 25 mil dólares, bem abaixo do que é cobrado nos Estados Unidos, que tem a prática proibida em alguns de seus estados. Esse preço inclui os procedimentos médicos, pagamento à mãe de aluguel, bilhetes aéreos e hotel para duas viagens à Índia (uma para fertilização e a segunda para pegar o bebê) (GUIA DA SEMANA, 2012).

O próprio Brasil atrai pessoas de outros países, pelo baixo custo dos procedimentos e uma maior permissividade à realização de técnicas proibidas em outros países, como Itália, Alemanha e Reino Unido.

3 DO CONTRATO DE GESTAÇÃO E SEUS REFLEXOS NO INSTITUTO DA FILIAÇÃO

Os artigos 104 e 185 do Código Civil brasileiro preveem que o objeto de contrato deve ser de coisas móveis ou imóveis lícitas e possíveis. Considerando que a vida é um direito indisponível, logo não pode ser objeto de contrato.

Há um Projeto de Lei n. 4892/12, em trâmite no Congresso Nacional, determina em seu artigo 24 que “[...] a cessão temporária de útero será formalizada por pacto de gestação de substituição, homologado judicialmente antes do início dos procedimentos médicos de implantação”. Já o Projeto de Lei n. 115/15 visa instituir o Estatuto da Reprodução Assistida, para regular a aplicação e utilização das técnicas de reprodução humana assistida e seus efeitos no âmbito das relações civis e sociais.

Aline Mignon de Almeida defende a ideia de um contrato de gestação, em que deveriam estar estipuladas as obrigações da mãe de aluguel e, caso haja a quebra de alguma cláusula deste contrato, os pais biológicos teriam direito a perdas e danos. Diz ela que a remuneração do útero de aluguel deve conter as despesas com alimentação e vestuário da mulher, e uma indenização por seu desgaste físico. O casal deve pagar também as despesas médicas, o parto e os eventuais remédios que a mãe de aluguel possa vir tomar durante ou após a gravidez (ALMEIDA, 2000).

Maria Berenice Dias afirma ser válido o pagamento a mulher que cede seu útero: “nada justifica negar a possibilidade de ser remunerada quem, ao fim e a 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” (DIAS, 2013).

O termo mais apropriado para definir esse vínculo entre a mãe genética à mãe gestante seria um pacto de gestação de substituição. Esse pacto não leva consigo a ideia de economicidade do objeto, que as palavras contrato ou até mesmo aluguel levariam. E o termo gestação de substituição seria usada para não se referir a mãe substituta, pois a palavra mãe é privativa daquela que dá a luz a criança. Sendo assim, não seria mãe substituta, mas, sim, a própria mãe.

No Direito comparado, a principal crítica quanto ao contrato de gestação é quanto a coisificação da pessoa, por estar pagando um preço pela criança. Há também a alegação de que fere princípios constitucionais, bem como a dignidade da pessoa humana. Outro argumento é o de que pode implicar na exploração de mulheres pobres que se expõem a tal ato pela necessidade de dinheiro (DIAS, 2013).

Um terceiro argumento é de que a locatária não se preocuparia em respeitar prescrições médicas e tomar outros cuidados quanto à gestação, por estar apenas interessada no dinheiro. Como quarto argumento, cita-se o caso de rejeição e abandono, caso a criança nasça com alguma deficiência (DIAS, 2013).

Em relação aos defensores da prática, estes alegam que não se trata de venda de criança, mas de remuneração por serviços prestados. Quanto à exploração das mulheres pobres, defendem que essa exploração se dá em qualquer esfera humana. Já se tratando da falta de cuidado das mães substitutas, respondem afirmando que falta de cuidado é comum também em mães que geram para si mesmas (SCALQUET, 2010).

E em caso de alguma deficiência, entende-se que por estar previsto no contrato, os locatários são obrigados a assumir a criança, sendo o abandono de crianças fenômeno não exclusivo da maternidade substitutiva.

Em relação aos contratos de gestação voluntária, estes são vistos com mais simpatia no meio jurídico e social. Na Inglaterra, o *Human Fertilisation and Embriology Act*, de 1990, é favorável aos contratos de gestação gratuita. A lei Americana, o *Uniform Status of Children of Assisted Conception Act*, segue o mesmo caminho. (NAVES; SÁ, 2011)

Ao que se refere ao instituto da filiação, verifica-se que o artigo 27 do ECA dispõe que “[...] o reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição”.

Tal técnica põe em dúvida algumas certezas com relação à família e a filiação, como a necessidade de um casal para gerar um filho, ou mesmo de um relacionamento prévio entre um homem e uma mulher.

A maternidade de substituição, por sua vez, tem o condão de desestruturar o conceito de filiação, no sentido que permite uma total dissociação das etapas do processo de procriar, que engloba: conceber, gerar e ser mãe (MALUF, 2010, p. 169).

Adriana Caldas ao tratar sobre a cessão temporária de útero esclarece que “envolve, outrossim, questões bastante delicadas acerca da determinação de questões atinentes à maternidade e a paternidade do novo ser gerado, gerando conflitos em relação aos papéis familiares além de conflitos bioéticos e religiosos” (MALUF, 2010, p. 164). Além dessa dissociação, e como consequência dela, outra questão controvertida, decorrente da gestação de substituição, refere-se ao registro da criança.

A Lei dos Registros Públicos, n.º 6.015/73, de acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 10, inciso IV, impõe a exigência da emissão de uma certidão chamada de Declaração de Nascido Vivo (DNV) que serve para a lavratura do assento de nascimento da criança no cartório de registro competente.

A DNV é um documento regulado pela lei n.º 12.662, de 5 de junho de 2012. Deve ser emitida pelo profissional de saúde responsável pelo acompanhamento do parto ou da criança em todos os nascimentos com vida ocorridos no País, indicando o nome da parturiente. Somente com esta certidão, e com base na declaração feita nela, é possível realizar o registro da criança junto a um cartório, que anotará o nome da paciente como mãe da criança. Isso se dá porque na lei supracitada continua prevalecendo o critério gestacional para determinar a maternidade. Assim, a certidão só pode ser feita em nome da pessoa que gestou a criança, a gestatriz.

Ocorre que nos casos de cessão de útero, o nome da mãe não é coincidente com o nome da parturiente que deu à luz no hospital. Situação essa que tem gerado complicações no processo de cessão de útero.

Paulo Lôbo esclarece que diante do ordenamento posto, na gestação de substituição, independentemente de existir a mãe geratriz, a maternidade decorre do parto e, portanto, da mãe gestatriz, ou seja, “na hipótese de mãe de substituição, não se poderá contestar a maternidade, ainda que prove não ser geneticamente dela o nascido” (LOBO, 2009, p. 227).

Acresce-se, ainda, que o art. 242 do Código Penal Brasileiro considera crime contra o estado de filiação, dar como próprio o parto alheio, bem como, suprimir ou alterar direito inerente ao estado civil. De modo que, se o hospital colocasse o nome da mãe intencional, no lugar da gestacional, estaria incorrendo em atitude ilícita perante a ordem criminal.

O Conselho Federal de Medicina estabelece que o registro civil da criança deve ser providenciado pelos pacientes - pais genéticos ou intencionais - durante a gravidez. Desta forma, os idealizadores do projeto parental têm ajuizado pedido junto à Vara de Família na tentativa de regularizar a situação do registro civil, antes mesmo do nascimento da criança, solicitando que a certidão de nascido vivo do hospital seja expedida já em nome da mãe intencional e não da parturiente, já que a ordem judicial teria o condão de retirar a ilicitude do art. 242 do Código Penal.

Diante da ausência de regulamentação que preveja, especificamente, nos casos de gestação de substituição, qual deve ser a conduta dos idealizadores da filiação, do hospital e do cartório, diferentes soluções têm sido apresentadas pelos magistrados diante dos casos concretos.

Quando a solicitação de regularização da filiação é feita após a expedição do documento do hospital, alguns juízes têm conferido o registro da filiação à parentalidade de intenção, ainda que na Declaração de Nascido Vivo conste o nome da parturiente. Como no caso do Julgado da 2ª vara de registro público de SP, nº 66/00, que determinou o registro de trigêmeos em nome da doadora do óvulo (BRASIL, 2000).

Tratava-se, o caso, de gestação por substituição homóloga. Nesta, a questão se mostra menos controversa, pois por meio do exame de DNA comprova-se que o casal solicitante tem vínculo genético com a criança, o que corrobora para que a determinação da parentalidade recaia sobre os pais intencionais e conseqüentemente seu registro civil.

Igualmente à decisão relatada anteriormente, foi a de Ângela Gimenez, em outubro do corrente ano, juíza da primeira vara especializada em famílias e sucessões de Cuiabá, que resolveu que a Declaração de Nascido Vivo deveria ser feita em nome da gestante hospedeira, mas, autorizou que o casal registrasse a filha em cartório (BRASIL, 2015) em nome do pai e mãe biológicos.

O contrato de cessão de útero implica o entrelaçamento de questões ligadas aos direitos da personalidade, ao próprio direito de contratação e os direitos de família. Significa, portanto, tratar multidisciplinarmente de vários direitos. Desta forma, diversas são as classificações admissíveis para o contrato desta natureza, em atenção à multiplicidade de questões envolvidas.

A primeira classificação a que se submete o contrato de cessão de útero é a que se refere à matéria de que tratam. Pode, ele, ser entendido como contrato de direito privado porque regulamenta a relação particular entre as partes contratantes, já que o interesse vislumbrado nele se circunscreve, em regra, às partes e aos terceiros sobre os quais repercutem os efeitos da relação jurídica. Contudo, caracteriza-se por possuir um forte cunho social, haja vista tratar de direitos eminentemente sociais.

Para Roberto Senise Lisboa o direito de contratar, o direito de família, os direitos de personalidade, assim como o direito das crianças, dentre outros, são direitos subjetivos sociais, que tem como fim a satisfação das necessidades dos membros da sociedade.

Neste sentido o autor afirma que:

O reconhecimento dos interesses sociais, por parte do Estado [...] constitui-se no asseguramento dos direitos tidos como direitos sociais fundamentais subjetivos, entre eles os previstos na Constituição Federal: os direitos da personalidade e liberdades públicas em geral (art. 5º); o direito de contratar, bem como o da propriedade individual ou coletiva, observando-se as suas funções sociais; os direitos sociais do trabalho, da saúde, da previdência, e da assistência social (art. 194 a 204); o direito à Educação e à cultura (arts. 205 a 216); os direitos de família e da entidade familiar, assim como os do idoso, da criança e do adolescente (arts. 226 a 230) (LISBOA, 1997, p. 67).

Acrescenta, ainda, ao tratar especificamente do direito subjetivo de contratar, que não se concentra apenas em um interesse privado, que é a sua finalidade imediata, mas também em um interesse público, ou seja, todo direito subjetivo oriundo de cláusulas contratuais acaba por subsistir não apenas em razão de interesses privados, como também em decorrência de um interesse público que levou à edição de uma norma legal (*fattispecie*), que aceita a contratação nos moldes firmados pelas partes. Os direitos da personalidade são direitos sociais, pelo simples fato de que o asseguramento dos direitos físicos, psíquicos e morais de uma pessoa interessa a toda à sociedade, e não apenas a ela (aliás, é por esse fato que tais direitos têm, como tônica a indisponibilidade) (LISBOA, 1997, p. 67).

A Corregedoria Geral de Justiça de São Paulo apresentou o parecer 82/201 nos autos nº 2009/104323, em que havia sido negado pelo Cartório de Registro Civil a lavratura de

nascimento da criança aos pais biológicos, em um caso de cessão de útero, em que a mulher que cedeu o útero não era a doadora do óvulo (SCALQUET, 2010).

O Corregedor afirmou que não poderia haver vedação ao procedimento de fertilização *in vitro* em terceira pessoa, como no caso, sendo que os pais biológicos deveriam ter seus nomes lavrados no registro de nascimento da criança, respeitando o princípio da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da criança.

Acerca da temática, Silvio Venosa sustenta que:

Quanto à maternidade, deve ser considerada mãe aquela que teve o óvulo fecundado, não se admitindo outra solução, uma vez que o estado de família é irrenunciável e não admite transação. Nem sempre será essa, porém, uma solução eticamente justa e moralmente aceita por todos. A discussão permanece em aberto. Muito difícil poderá ser a decisão do juiz ao deparar com um caso concreto. Tantos são os problemas, das mais variadas ordens, inclusive de natureza psicológica na mãe de aluguel, que o mesmo projeto de lei sobre reprodução assistida citado, em tramitação legislativa, proíbe a cessão do útero de uma mulher para gestação de filho alheio, tipificando inclusive essa conduta como crime. Sem dúvida, essa é a melhor solução. No entanto, a proibição não impedirá que a sociedade e os tribunais defrontem com casos consumados, ou seja, nascimentos que ocorreram dessa forma, impondo-se uma solução quanto à titularidade da maternidade. Sob o ponto de vista do filho assim gerado, contudo, é inafastável que nessa situação inconveniente terá ele duas mães, uma biológica e outra geratriz. Não bastassem os conflitos sociológicos e psicológicos, os conflitos jurídicos serão inevitáveis na ausência de norma expressa. (VENOSA, 2007).

Nesse sentido, pelo princípio da dignidade da pessoa humana e da igualdade entre os filhos, aos nascidos por reprodução humana assistida não pode ser negado o direito à filiação, tampouco o direito sucessório.

Ressalta-se que no contrato várias questões de ordem prática devem ser previamente estabelecidas como: quem fará o acompanhamento médico da parturiente, na ausência do médico escolhido, quem poderá substituí-lo, qual hospital fará o atendimento, qual o tipo de parto, em caso de emergência a quem caberá a tomada de decisões, a previsão de (im)possibilidade de práticas esportivas durante a gestação, o uso de medicamento para dor durante o trabalho de parto, bem como, o de qualquer substância que possa prejudicar o feto, como fumo e álcool. E por fim, a legislação que pretenda regulamentar tal prática, deve enfatizar o caráter residual desta forma de reprodução, já retratado na Resolução CFM n. 2.168/2017 (BRASIL, 2017).

Portanto, a adoção desses requisitos, bem como a atenção aos princípios gerais do contrato e as determinações do Conselho Federal de Medicina formariam o arcabouço legal

capaz de conferir proteção ao contrato dos entes envolvidos nele, contra eventuais conflitos, e a validade deste instrumento perante o ordenamento jurídico vigente.

4 CONCLUSÃO

As inovações biotecnológicas contribuíram para as alterações estruturais ocorridas na família contemporânea. Acrescente-se, que em decorrência do progresso das ciências biomédicas, a procriação dissociou-se do ato sexual, o que acarretou a desvinculação do critério biológico como único elemento definidor da parentalidade existente entre pais e filhos.

Principalmente na técnica de reprodução humana assistida de gestação de substituição, passou-se a vislumbrar um desentranhamento entre a vontade procriacional e o vínculo biológico. Ocorreu, então, a necessidade de esvaziamento do princípio do parto, bem como, da herança genética, como definidores da maternidade e a imperiosa adoção de um critério mais adequado à realidade trazida por tal inovação.

A gestação de substituição tem ocorrido sem controle legal, ficando restrita a verificação de eticidade do procedimento pelo conselho médico. Mesmo não havendo registros expressos de contratos celebrados de maternidade de substituição, a realidade apresenta-se independentemente da legalidade ou ilegalidade destas práticas, devendo o legislador se atentar para este fato e regulamentar esta prática, o que pode trazer maior segurança as partes envolvidas, bem como a minimização da vulnerabilidade a que está exposto o ser humano em estágio embrionário.

A falta de legalização não é capaz de desestimular a prática, mas, sim, de conduzi-la a sua realização de maneira precária e atentatória à dignidade das partes envolvidas. A crescente facilidade de deslocamento internacional, por si só, já se mostra como elemento suficiente para frustrar a tentativa de proibição da realização da técnica assistida medicamente.

Em relação aos principais pontos controvertidos quanto à cessão de útero, tem-se que a indisponibilidade do corpo não é absoluta, podendo a pessoa dispor dele, já que a prática não prejudica a integridade física da pessoa, suprime a sua saúde, tampouco contraria os bons costumes. Além disso, não há que se falar em compra e venda, mas sim em prestação de serviços, não havendo o comércio da criança. Além do mais, a remuneração não é paga pelo bebê, mas sim pelo serviço, pelo tempo e cuidados dedicados na gestação.

Foi possível visualizar que nem todas as regras atinentes aos contratos em geral poderão ser aplicadas ao pacto de cessão de útero. Do mesmo modo que, se faz necessário um

regramento específico para versar sobre as peculiaridades não previstas no ordenamento genérico.

Portanto, o ordenamento jurídico brasileiro deveria passar a tratar do tema, estabelecendo limites para a prática, mas permitindo o contrato de cessão de útero, respeitando-se os limites da Bioética e do Biodireito, para a efetivação do direito ao planejamento familiar do casal que eventualmente não possa exercê-lo por outros meios.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Aline Mignon. **Bioética e biodireito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

ARAÚJO, Nádia; VARGAS, Daniela; MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Gestação de Substituição: Regramento no Direito Brasileiro e seus aspectos de Direito Internacional Privado*. In: PEREIRA, Rodrigo Cunha. **Família: entre o público e o privado**. Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2012.

BRASIL, 2ª Vara de Registros Públicos de São Paulo. **Processo nº 66/00**. 2000. Disponível em: <<http://www.irib.org.br/boletins/detalhes/3610>>. Acesso em: 23 nov. 2017.

_____, Conselho Federal de Medicina. **Resolução CFM n. 2.168/2017**. 2017. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>>. Acesso em: 24 nov. 2017.

_____. **Resolução CFM nº 1.358/1992**: Adota normas éticas para utilização das técnicas de reprodução assistida. 1992. Disponível em: <www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/1992/1358_1992.htm>. Acesso em: 26 mar. 2018.

_____. **Resolução CFM nº 2.013/2013**: Adota normas éticas para utilização das técnicas de reprodução assistida. 2013. Disponível em: <<https://portal.cfm.org.br/images/PDF/resoluocfm%202013.2013.pdf>>. Acesso em: 26 mar. 2018.

_____, Poder Judiciário do Mato Grosso. **Mãe pode registrar bebê gerado por outra mulher**. 2015. Disponível em: <<http://www.tjmt.jus.br/noticias/41501#.VINCzt6FPIU>>. Acesso em: 23 nov. 2017.

CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Reprodução humana assistida e parentalidade responsável**. Birigui: Boreal, 2016.

_____; GUERRA, Marcela Gorete Rosa Maia; SANTOS, Andréia Colhado Gallo Grego. *Dos limites da disposição do próprio corpo: uma análise da cessão do útero como efetivação do direito ao planejamento familiar à luz da teoria geral dos contratos*. **Rev. Bioética y Derecho, Barcelona**, n. 35, p. 79-93, 2015. Disponível em: <http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1886-58872015000300008&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 26 mar. 2018.

_____; WINCKLER, Cristiane Gehlen. Da vulnerabilidade do Embrião emergente da reprodução humana assistida. In: SANCHES, Mário Antonio; GUBERT Ida Cristina (Org.). **Bioética e Vulnerabilidades**. Curitiba: UFPR: Champagnat, 2012.

DA SILVA, Daniel Vasconcelos. "Barriga de Aluguel" - Análise do caso "Baby M" e a ótica na Justiça brasileira. **LinkedIn**, 2017. Disponível em: <<https://pt.linkedin.com/pulse/barriga-de-aluguel-análise-do-caso-baby-m-e-ótica-daniel>>. Acesso em 25 mar. 2018.

DANTAS, Eduardo. **Aspectos jurídicos da reprodução humana assistida**: comentários à Resolução 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina. Rio de Janeiro: GZ, 2017.

DIAS, Maria Berenice. **Filhos do afeto**: questões jurídicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GUIA DA SEMANA. **Barriga de aluguel**: Saiba como funciona a lei e o tratamento para dar à luz um bebê que está dentro de outra barriga. 2012. Disponível em: <<https://www.guiadasemana.com.br/compras/noticia/barriga-de-aluguel>>. Acesso em 25 mar. 2018.

<http://presidencia.governo.it/bioetica/testi/170694.html>. Acesso em: 18 maio 2017.

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

LISBOA, Roberto Senise. **Contratos difusos e coletivos**: consumidor, meio ambiente, trabalho, agrário, locação, autor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

LÔBO, Paulo. **Direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2009.

LOPES, Adriana Dias. **Gravidez a soldo**: a barriga de aluguel tornou-se um negócio bem rentável no Brasil, apesar de proibido. Revista *Veja*, edição 2059, ano 41, n. 18, 7 de maio de 2008, p. 140.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Dabus. **Curso de Bioética e Biodireito**. São Paulo: Atlas, 2010.

MENDES, Christine Keler de Lima. Mães substitutas e a determinação da maternidade: implicações da reprodução medicamente assistida na fertilização *in vitro* heteróloga. **Revista brasileira de direito de famílias e sucessões**, Porto Alegre, IBDFAM, 2007.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; Sá, Maria de Fátima Freire. Manual de Biodireito. Belo Horizonte: Editora Del Rey. 2011.

OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão. **Mãe Há Só (uma) Duas**: Contrato de Gestação. Coimbra: Coimbra Ed., 1992.

OTERO, Marcelo Truzzi. **Contratação da barriga de aluguel gratuita e onerosa**: legalidade, efeitos e o melhor interesse da criança. 2010. Disponível em:

<http://www.pasquali.adv.br/public/uploads/downloads/microsoft_word_contratosgestacionais_27_01_2010.pdf>. Acesso em: 10 set. 2017.

RAPOSO, Vera Lúcia. **De mãe para mãe**: questões legais e éticas suscitadas pela maternidade de substituição. Coimbra: Coimbra, 2005.

ROSA, Letícia Carla Baptista; CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Homoparentalidade na Reprodução Assistida**. Curitiba: Prismas, 2017.

SCALQUETE, Ana Cláudia S. **Estatuto da reprodução assistida**. São Paulo: Saraiva, 2010.

VEATCH, Robert. **Bioética**. 3. ed. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2014.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**: direito de família. São Paulo: Atlas, 2007.