V ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

BIODIREITO E DIREITOS DOS ANIMAIS

JANAÍNA MACHADO STURZA

HERON JOSÉ DE SANTANA GORDILHO

JOSÉ SÉRGIO SARAIVA

Copyright © 2022 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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 Naspolini - 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 [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Heron José de Santana Gordilho; Janaína Machado Sturza; José Sérgio Saraiva – Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-502-7
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Inovação, Direito e Sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2.Biodireito. 3. Direitos dos animais. V Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2022 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

V ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

BIODIREITO E DIREITOS DOS ANIMAIS

Apresentação

BIODIREITO E DIREITO DOS ANIMAIS I

Considerado neófito o tema com tal conjugação para efeitos de encontros do COMPEDI, foi selecionado 21 textos da área do Biodireito e Direito dos Animais. Entretanto, apresentados 19 deles de maneira surpreendente e inovadora, diante da qualidade preparatória de alguns para qualificação profissional e outros, direcionados a pesquisa, considerando as finalidades dos programas de pós-graduação, nível mestrado stricto sensu e de doutoramento.

São eles, com destaque para "A ALTERIDADE COMO INSTRUMENTO PARA REDUÇÃO DA ASSIMETRIA DA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE: UMA ANÁLISE À LUZ DA PERSPECTIVA DAS VULNERABILIDADES" (de Adriana Bandeira Cerqueira Zollinger, Ana Thereza Meireles Araújo), "A BIOÉTICA E OS PILARES DO DIREITO: UM NOVO PENSAMENTO COLETIVO JURÍDICO" (de Eloy Pereira Lemos Junior, Artemis Dias Santos), "A LIMITAÇÃO DA GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO: IMPACTOS ÀS FAMÍLIAS HOMOAFETIVAS E HETEROSSEXUAIS IMPOSSIBILITADAS DE REPRODUZIR NO BRASIL" (de Maria José Carvalho de Sousa Milhomem, Ana Paula Galvão Mello , Yuri Silva Cardoso), "DIREITOS REPRODUTIVOS E INTERRUPÇÃO VOLUNTÁRIA DA GRAVIDEZ NO BRASIL: HIPERJUDICIALIZAÇÃO E EFEITO BACKLASH" (de Mariana Carolina Lemes, Cinthya Sander Carbonera Zauhy), "DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE E A TUTELA DOS DIREITOS DO NASCITURO NO ÂMBITO FAMILIAR" (de Heloisa Fernanda Premebida Bordini, José Sebastião de Oliveira), "DILEMAS BIOÉTICOS E TECNOLOGIAS DE MELHORAMENTO HUMANO: UMA DISCUSSÃO SOBRE PATERNALISMO JURÍDICO E A AUTONOMIA PRIVADA SOB A ÓTICA DO DIREITO DE PERSONALIDADE" (de Claudia Regina de Oliveira Magalhães da Silva Loureiro, Evandro Luan de Mattos Alencar , Evander Dayan de Mattos Alencar), "PARADIGMA DA PÓS MODERNIDADE: DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DA PERSONALIDADE HUMANA" (de Beatriz Vieira Muchon Crivilim, Júlia Gaioso Nascimento, Rita de Cassia Resquetti Tarifa Espolador), "O TRANSGÊNERO NO CONTEXTO NORMATIVO BRASILEIRO: UM DEBATE SOBRE SAÚDE E DIREITO" (de Janaína Machado Sturza, Paula Fabíola Cigana), "RESPONSABILIDADE CIVIL PELA UTILIZAÇÃO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NA MANIPULAÇÃO GENÉTICA" (de Temis Chenso da Silva Rabelo

Pedroso, Rita de Cassia Resquetti Tarifa Espolador , Stéphany Freiberger Gonzales), "ENTRE A AUTONOMIA E A VEDAÇÃO DAS PRÁTICAS DE EUTANÁSIA E SUICÍDIO ASSISTIDO NO DIREITO BRASILEIRO" (de Indyanara Cristina Pini), "O CASO ALAIN COCQ: LIBERDADE DE EXPRESSÃO, PRIVACIDADE E AUTONOMIA DECISÓRIA NO PROCESSO DE MORTE À LUZ DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO" (de Daniela Zilio, Riva Sobrado De Freitas), "POSSÍVEIS ELOS ENTRE A FILOSOFIA DE ESPINOSA E O DIREITO À MORTE DIGNA" (de Sergio Luís Tavares), "MEIO AMBIENTE E SAÚDE: REFLEXÕES SOB A ÓTICA DA BIOÉTICA LATINO-AMERICANA" (de Tagore Trajano de Almeida Silva, Henrique Costa Princhak), "A CONSCIÊNCIA AMBIENTAL E O CONSUMO CONSCIENTE: AÇÕES, TECNOLOGIA DE BEA E SUA LEGISLAÇÃO NO BRASIL" (de Ricardo Alexandre Costa, Carlos Renato Cunha), "LEVANTAMENTO POPULACIONAL DE EQUÍDEOS NO MUNICÍPIO DE BELO HORIZONTE: UM SUBSÍDIO PARA TOMADAS DE DECISÕES PÚBLICAS".

(de Barbara Goloubeff), "A COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL EM MATÉRIA PENAL COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DOS ANIMAIS" (de Rafael Siegel Barcellos, Rogério Raymundo Guimarães Filho), "OS ANIMAIS COMO SUJEITOS DE DIREITOS E O AVANÇO TECNOLÓGICO A CONTRIBUIR COM A PROTEÇÃO ANIMAL" (de Jéssica Amanda Fachin , Hassan Hajj, Marina Grothge de Lima), "A PERSONALIDADE DOS ANIMAIS MEDIANTE AS VERTENTES DO BEM-ESTAR ANIMAL E DO ABOLICIONISMO ANIMAL" (de Isabela Furlan Rigolin, Alexander Rodrigues de Castro), "INTRODUÇÃO DE ESPÉCIES ANIMAIS INVASORAS EM AMBIENTES NATIVOS E OS IMPACTOS GERADOS NO ECOSSISTEMA BRASILEIRO" (de Samuel Soares Chaves, Sébastien Kiwonghi Bizawu, Ivone Oliveira Soares), e "O CRIME DE MAUS TRATOS CONTRA ANIMAIS E O CONFLITO DE NORMAS ENVOLVENDO ANIMAIS EM QUESTÕES CULTURAIS" (de Luís Henrique Suzin), que demonstram por si só a importância capital de cada um para pesquisa e a pós-graduação em direito, mesmo àqueles sem conteúdo econômico, mas atrelados na busca de consciência plena do individuo para o exercício do viver e da cidadania, sustentabilidade e binaridade: vontade-escolha e Direito e saúde.

Em apertada síntese é possível extrair dos textos apresentados, dois grupos ou linhas para o direito, embora interdisciplinarmente estende-se a outros ramos da ciência e do conhecimento.

O Biodireito como uma área do Direito Público que objetiva a preservação da dignidade humana e da bioética, cujas normas deontológicas e cientificas recebem os avanços da medicina e da biotecnologia. E o Direito dos animais, que a partir de suas espécies vinculam

naturalmente ao meio ambiente do homem, têm direito de viver e crescer de acordo com as suas condições, inerente a vida e a liberdade que lhes são próprias, cujos cuidados e proteção vinculam ao homem, por meio de normas universais e leis específicas, inclusive princípios morais e éticos.

O primeiro grupo, com atuação na pós-graduação, parte significativa dos textos se dirigem à pesquisa, sem excluir alguns, que aperfeiçoados seus temas, objetivos e finalidades, estão em condições de serem alocados para a área da profissionalização, segundo pode ser abstraído do resumo de cada texto, salvo melhor compreensão e interpretação diversa, como exemplo o primeiro trabalho, que busca demonstrar a necessidade de "reduzir as diferenças existentes na relação médico-paciente", diante das vulnerabilidades decorrentes dos serviços médicos prestados, apontados pelas suas autoras. O quarto e quinto textos, por sua vez, ainda que em zona cinzenta entre a profissionalização e a pesquisa, têm condições de fazer parte de políticas públicas efetivas, para serem aprovadas e posteriormente, colocadas em prática, visando promover o processo consciente de inclusão daquelas famílias, por meio de regulamentação jurídica da "gestação por substituição", bem como as hipóteses claras e objetivas do "Direito Reprodutivo e a Interrupção Voluntária", capazes de minimizar a hiperjudicialização, permitindo maiores esclarecimentos e conscientização da população e racionalizar os movimentos e partidos políticos acerca da gravidez no Brasil, muito bem propostos pelos autores.

Ainda na mesma linha do Biodireito, os textos de número dois, três, seis a quinze, por meio de uma leitura atenta, capacita uma compreensão dos direitos, mesmo sem um conteúdo econômico, porém ancorados nas garantias constitucionais de liberdade de pensamento individual e coletivo, de expressão, privacidade e autonomia de decisão, a utilização concreta e efetiva de princípios jurídicos como o da fraternidade nas pesquisas, o da personalidade e proteção ao nascituro, bem como os dilemas deles acarretados, bem como as responsabilidades advindas pela utilização das ferramentas próprias da pós-modernidade, ou seja, as tecnologias na sua mais ampla acepção do termo, em especial a inteligência artificial na interferência genética e no direito de viver e de morrer, por meio da eutanásia, ortotanásia e suicídio assistido, para concluir por um direito digno de viver conscientemente, num meio ambiente equilibrado e de plena saúde, no dizer de seus autores.

O segundo grupo ou linha do direito, com atuação na pós-graduação e maior incidência na área da profissionalização, sem excluir alguns, que estão em condições de pesquisa, desde que aprimorados seus temas, objetivos e finalidades, também extraídos do resumo de cada texto, repita-se, salvo melhor compreensão e interpretação diversa, os trabalhos vinculados aos Direitos dos Animais, que vêm se agigantando nos trabalhos de pós-graduação e de

pesquisa dos nossos encontros do “COMPEDI”, se destacam pelas características, predominantemente empírico-analítico, segundo seus responsáveis, como vê dos textos dezesseis a vinte um, por meio de “levantamento populacional de equídeos”, destinado a tomada de decisões públicas, passando pelos “riscos e impactos ao ecossistema gerados pela introdução de espécies de animais invasores em ambientes nativos”, destacando os crimes ambientais de “maus tratos contra animais” diante de “normas envolvendo animais em questões culturais”, que por sua vez, perpassa pelas situações de “animais sujeitos de direitos e o avanço tecnológico contribuir com a proteção animal”, e a “personalidade dos animais” de acordo com o bem-estar destes, até a “cooperação jurídica internacional em matéria penal, como instrumento de efetivação dos direitos dos animais”, tudo em prol da prática de proteção e garantias dos Direitos dos Animais.

Finalmente, não poderíamos deixar de registrar a evolução e importância dos trabalhos na atualidade e para o futuro do Direito, por meio do ensino-aprendizagem, dos programas da pós-gradução e da pesquisa.

Profa. Dra. Janaina Machado Sturza (UNIJUI)

Profº. Dr. Heron José de Santana Gordilho (UFB)

Profº. Dr. José Sérgio Saraiva (FDF – Faculdade de Direito de Franca)

A LIMITAÇÃO DA GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO: IMPACTOS ÀS FAMÍLIAS HOMOAFETIVAS E HETEROSSEXUAIS IMPOSSIBILITADAS DE REPRODUZIR NO BRASIL.

LIMITATION OF PREGNANCY BY SUBSTITUTION: IMPACTS ON HOMOAFFECTIVE AND HETEROSEXUAL FAMILIES UNABLE TO REPRODUCE IN BRAZIL.

Maria José Carvalho de Sousa Milhomem [1]
Ana Paula Galvão Mello [2]
Yuri Silva Cardoso [3]

Resumo

O presente artigo objetiva evidenciar a omissão legiferante acerca do acompanhamento e enquadramento da gestação por substituição de forma remunerada, popularmente conhecida como “barriga de aluguel”. A gestação por substituição é um mecanismo reprodutivo humano artificial, que permite àqueles que são incapazes de se reproduzir naturalmente por razões físicas e médicas sejam possibilitados de gerar sua prole. Essa tecnologia tem sido cada vez mais utilizada, entretanto, a falta de legislação sobre o assunto pode gerar incertezas, divergências, instabilidades e insegurança. O método utilizado será a revisão bibliográfica como técnica de pesquisa.

Palavras-chave: Gestação, Remuneração, Omissão, Família, Barriga de aluguel

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to highlight the legislative omission about the monitoring and framing of pregnancy through paid replacement, popularly known as "surrogacy". Surrogacy is an artificial human reproductive mechanism that allows those who are unable to reproduce naturally for physical and medical reasons to be able to generate their offspring. This technology has been increasingly used, however, the lack of legislation on the subject can generate uncertainties, divergences, instabilities and insecurity. The method used will be the literature review as a research technique.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Gestation, Remuneration, Omission, Family, Rent belly

---

[1] Mestre em Direito pela UFMA. Doutora. Pós Doutora pela Universidade de Salamanca. Professora da Universidade Ceuma. Ex- Presidente da Comissão de Educação Jurídica da OAB/MA por 6 anos. Advogada

[2] Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Autônoma de Lisboa. Coordenadora do Curso de Direito do Instituto Florence. Professora do Uniceuma. Membro do Tribunal de Ética e Disciplina da OAB/MA. Advogada.

[3] Graduado em Direito da Universidade CEUMA. Pós-graduando em Advocacia Cível pela ESA Nacional através da Fundação Escola Superior do Ministério Público e em Direito e Prática Previdenciária pelo Instituto IMADEC

1 INTRODUÇÃO

As mudanças tecnológicas contemporâneas, o progresso científico e o uso da biotecnologia, especialmente tecnologias relacionadas à genética humana, permitem que os humanos se reproduzam sem necessariamente haver o contato físico. Assim, a tecnologia das técnicas médicas de reprodução assistida se tornou uma saída para muitos casais, inclusive, os solteiros, para darem à luz e planejarem suas famílias.

Nessa perspectiva, averígua-se que a gestação por substituição está se tornando cada vez mais comum e uma solução alternativa muito buscada no Brasil. Isto se dá, sobretudo, pelo reconhecimento de que a união homossexual é uma entidade familiar, bem como pela afirmação de famílias monoparentais, maternidades tardias e a recorrência de problemas de fertilidade.

Contudo, muito embora em países como os Estados Unidos a gestação por substituição já esteja regulamentada e ocorra com frequência, no Brasil, apesar do desenvolvimento bioético e da tecnologia, bem como o avançado desenvolvimento do direito e das normas jurídicas contemporâneas, como o reconhecimento da união homoafetiva e o processo judicial eletrônico, ainda não se encontra regulamentada a gestação por substituição no âmbito do judiciário brasileiro.

À vista disso, busca-se fornecer uma visão jurídica e factual sobre a gestação por substituição no Brasil, evidenciando a falta de legislação específica sobre o assunto que permita o levantamento de questões jurídicas e éticas.

Nesse passo, diante do cenário brasileiro, no âmbito do Direito de Família, considerando-se a falta de regulamentação da gestação por substituição de forma remunerada no Brasil, mas que vários países já dispõem expressamente sobre tal matéria, objetiva-se com o presente artigo científico, demonstrar quais são os reflexos dessa omissão legislativa específica para as famílias homoafetivas e heterossexuais que são impossibilitadas de gerar vida de forma natural.

Assim, em face do cenário hodierno do País, com acelerados avanços sociais e tecnológicos em prol da melhor qualidade de vida, procura-se destacar a omissão legiferante referente ao acompanhamento e enquadramento da gestação por substituição de forma remunerada, popularmente conhecida como “barriga de aluguel”, bem como alçar esclarecimentos que (in)justifiquem tal lacuna no ordenamento jurídico pátrio.

Destaca-se, ainda, que até mesmo a gestação por substituição de forma não onerosa, ou melhor dizendo, de forma voluntária, é apenas prevista pela Resolução 2.294/2021, que recentemente revogou a Resolução 2.168/2017, mantendo a limitação que deve haver pessoas com vínculo familiar de até quarto grau de parentesco, contudo, inovando ao trazer a condição de que a cessionária tenha um filho biológico vivo, bem como prevendo que a idade máxima para as candidatas à gestação é de 50 anos.

Noutro vértice, aclara-se que o presente trabalho se divide em 5 (cinco) capítulos, abordando-se inicialmente a evolução histórica e conceitual do instituto familiar. Posteriormente, no terceiro capítulo, buscar-se-á analisar a evolução histórica da gestação por substituição, bem como trazer a lume seu conceito e analisar o englobo histórico do instituto da reprodução humana assistida e todas suas nuances.

Suplementando a questão jurídica, o quarto capítulo dirige-se à falta de regulamentação da gestação por substituição no âmbito brasileiro, além das soluções alternativas adotadas por famílias homoafetivas e/ou inférteis, decorrentes dessa omissão, ao passo que esmiuça-se a Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.294/2021 que recentemente revogou a Resolução 2.168/2017 do referido Conselho.

Concluída tal abordagem, o quinto capítulo trata de especular a possibilidade de inclusão da celebração de contrato de gestação por substituição a título oneroso, isto é, apreciar-se-á a possibilidade de celebração de um contrato oneroso através da organização das ideias abordadas alhures, finalizando o trabalho com as considerações finais.

De outro bordo, frisa-se que o método de abordagem será o dedutivo, fundamentado em uma cadeia de raciocínio descendente, isto é, passando de uma análise geral para uma particular, verificando-se, portanto, as dificuldades da omissão regulamentar referente a gestação por substituição no Brasil que atinge diretamente a realidade das famílias homoafetivas e as heterossexuais inférteis.

Ressalta-se que é um método racionalista que assume que a razão é a única forma de obter o conhecimento verdadeiro, ou seja, usa o raciocínio lógico para tirar conclusões mais específicas com base em princípios e preposições gerais.

Somado ao acima exposto, salienta-se que além dos dados obtidos na Resolução 2.294/2021 do Conselho Federal de Medicina, que atualmente é o único órgão que regulamenta a problemática, isto é, a gestação por substituição, também são utilizados trechos das doutrinas mais recentes sobre o assunto, de modo a expor a visão geral acerca da temática.

Por fim, realça-se que a presente pesquisa irá propiciar uma análise e um desenvolvimento de conhecimentos fundamentais acerca da gestação por substituição, com foco na falta de legislação específica e na insegurança jurídica decorrente de tal omissão, de maneira a contribuir com estudos relacionados ao tema abordado.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA E CONCEITUAL DO INSTITUTO FAMILIAR

No passado, o conceito de família estava relacionado à ideia de coexistência e sobrevivência. Os humanos habitavam em grupos (bandos), e seu único propósito era se reproduzir, bem como de se proteger, com base em instintos selvagens. Nessa estrada, não se vislumbrava o conceito de afeto.

Nessa esteira, a principal função dos grupos formados e desenvolvidos na fase primitiva era garantir a perpétua existência das espécies para que sua manutenção biológica e social ao longo da história pudesse ter continuidade (GARCIA; OLIVEIRA, 2018).

Nessa ótica, ensina o professor Venosa (2011, p. 03):

> No curso das primeiras civilizações de importância, tais como a assíria, hindu, egípcia, grega e romana, o conceito de família foi de uma entidade ampla e hierarquizada, retraindo-se hoje, fundamentalmente, para o âmbito quase exclusivo de pais e filhos menores, que vivem no mesmo lar.

À vista disso, destaca-se que a família se constituía e se formava pelo casamento, sendo sua origem um ato puramente religioso e sacramental. Desta forma, frisa-se que a relação sexual entre marido e mulher só era permitida após o casamento ser realizado, e seu principal objetivo era produzir a prole.

Impende destacar, que no direito romano, a família era estruturada e organizada em torno do poder exercido pelo patriarcado, sendo exercido inteiramente pelos homens. Portanto, a linha patriarcal exercia poder sobre todas as pessoas que moravam em sua casa, máxime filhos e esposa.

No entanto, no caminhar dos séculos, essa estrutura fora abalada e submetida a profundas mudanças em sua constituição. Deve-se, inclusive, mencionar o quão grande e impactante foi o direito canônico no que se refere à formação da família, que fora se formando apenas por meio de cerimônias religiosas desde então.

A propósito, após esse momento histórico, se formara um novo conceito de família, não pautado no sacramento imposto pela Igreja, mas pelo elo do afeto, nascendo a família moderna. Nesse desiderato, com a evolução da sociedade e a busca por novos caminhos de

desenvolvimento e crescimento, o modelo de família também passou por transformações e por fortes influências econômicas, sociais, culturais e políticas, levando a profundas mudanças nos papéis desempenhados pelos homens e mulheres.

Nessa perspectiva, consigna-se que a família contemporânea é datada posteriormente ao século XIX, sendo precedida pelas Revoluções Francesa e Industrial, quando no mundo subsistia constantes processos de crise e renovação. Desde então, se passou a dar importância à convivência entre os membros familiares e idealizou-se um lugar onde os sentimentos e a esperança se integram. Ademais, cativou-se uma ideia de que todos pudessem sentir-se no caminho para a concretização do seu plano de realizações pessoais, sendo este o significado da família hoje (BARRETO, 2013).

Ainda, evidencia-se que família contemporânea é definida pela diversidade, sendo razoável a busca constante pela felicidade e pelo amor. Portanto, a filiação também tem supedâneo no afeto familiar e na convivência, tornando-se claramente possível a forma de filiação para além do vínculo sanguíneo, mas também considerando o afeto e a afeição, como se tem na conexão socioafetiva.

Corroborando com o acima explanado, Dias (2007, p. 39) esclarece que:

> O pluralismo das relações familiares – outro vértice da nova ordem jurídica – ocasionou mudanças na própria estrutura da sociedade. Rompeu-se o aprisionamento da família nos moldes restritos do casamento, mudando profundamente o conceito de família. A consagração da igualdade, o reconhecimento da existência de outras estruturas de convívio, a liberdade de reconhecer filhos havidos fora do casamento operaram verdadeira transformação na família.

De outro bordo, urge aclarar que, devido a essas mudanças repentinas, várias são as situações que requerem amparo jurídico, como união estável, adoção, investigação de paternidade, tutela, bem como o direito de visitação.

Assim sendo, enfatiza-se que, atualmente, considera-se como família pessoas que se unificam por meio de casamento ou união estável; os casais heterossexuais ou homossexuais; aqueles que foram gerados por um casal divorciado ou separado e estejam com eles convivendo; pessoas com ou sem filhos, quer sejam os filhos concebidos naturalmente, por adoção ou por meio da tecnologia de reprodução assistida, máxime a gestação por substituição (GARCIA; OLIVEIRA, 2018).

Desta feita, neste novo ambiente familiar, evidencia-se que a tecnologia de reprodução assistida tem se destacado, haja vista que os casais querem construir uma família com filhos, porém, não podem possuí-los naturalmente devido a alguns problemas de

esterilidade e/ou infertilidade. Em vista disso, procuram realizar esse sonho sob a égide da ciência e da tecnologia, mas visando um amparo jurídico.

3 GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO: EVOLUÇÃO HISTÓRICA, CONCEITO E AS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

No decorrer dos anos, as técnicas de reprodução assistida foram se desenvolvendo, se aprimorando e sendo aperfeiçoadas pelos cientistas, o que possibilitou a ocorrência, no ano de 1978, na Inglaterra, do nascimento de Louise Joy Brown, o primeiro "bebê de proveta" da história humana (LEITE, 1995).

A partir de então, em 1982, houve a primeira gravidez obtida por meio da reprodução artificial nos EUA e, dois anos após, em 1984, esse fato ocorreu também no Brasil (CARNEIRO; EMERICK, 2000).

Nesta ocorrência, os avanços tecnológicos retromencionados permitiram que os casais considerados inférteis ou que apresentassem algum problema reprodutivo renovassem suas esperanças de gerarem filhos através de seu próprio patrimônio genético.

Nessa vereda, leciona Corrêa (2001, p. 72):

> O estabelecimento dessas técnicas veio responder a um desejo de reprodução de homens e mulheres. Esse desejo – de ter filhos, de família, de reprodução, de continuidade, entre outros significados simbólicos colados, à procriação de seres humanos – é aquilo que vem legitimando, em última instância a proposição da série de inovações biotecnológicas, surgidas no campo da medicina reprodutiva.

Sob esse prisma, identifica-se que as técnicas de Reprodução Humana Assistida podem ser consideradas como o "conjunto de procedimentos que visa obter uma gestação substituindo ou facilitando uma etapa deficiente no processo reprodutivo" (BADALOTTI; PETRACCO; ARENT, 2004), através da união dos gametas masculino e feminino (SGRECCIA, 1990).

Entrementes, acentua-se que a gestação por substituição é uma técnica reprodutiva muito antiga, havendo notícias e informações de que, por exemplo, os babilônios, hebreus, romanos e indianos a usavam como forma de superar a infertilidade em casais que não podiam ter filhos (ARAÚJO, 2019).

Com efeito, para os romanos, devido às exigências sociais para garantir uma prole masculina, um cidadão cedia a sua mulher a outro cidadão, caso este se casasse com uma mulher infértil (TEIXEIRA, 2004). Ademais, entre os antigos hindus retromencionados, a

infertilidade do marido obrigava a esposa a conceber e criar juntamente com o irmão ou parentes deste, e a criança era considerada filha do marido (COULANGES, 1995).

Por seu turno, o Código de Hamurabi indicava que, se uma mulher fosse infértil, seu marido poderia ter relações sexuais para fins reprodutivos, podendo sua esposa fornecer escravas para tanto (LIMA NETO, 2001).

Constata-se, portanto, que a gestação por substituição somente adquiriu os moldes atuais, isto é, deixando a conjunção carnal em segundo plano, no Século XX, quando houve os primeiros casos do uso da técnica no Japão, no ano de 1963, e nos Estados Unidos da América, já em 1975 (LEITE, 1995).

Na época, o método em comento se amoldava em situações clínicas em que a gravidez não poderia ser natural, como ausência de útero, alterações morfológicas uterinas, patologia uterina devido a tratamento cirúrgico ou contraindicações médicas a uma suposta gravidez.

No entanto, na contemporaneidade, além das situações retrocitadas, a gravidez por substituição também é usufruída por casais do mesmo sexo, solteiros ou quaisquer indivíduos ou casais que queiram usar o método em questão, ainda que não haja fatores que impeçam a gravidez, dependendo do caso.

A par disso, no cenário atual, com as diversas inovações cientificas, a reprodução humana artificial tem se tornado uma realidade cada vez mais presente nas famílias modernas. Isso ocorre, como já dito, pelo fato de as partes envolvidas não terem condições físicas ou genéticas para gerarem seus filhos naturalmente, ou até mesmo por conta das novas modalidades de família, que podem se formar por pessoas do mesmo sexo.

Nessa esteira, observa-se que os solteiros, de igual forma, estão usando cada vez mais essa tecnologia. Eles esperam ter filhos sem ter que estabelecer uma relação familiar com outras pessoas, formando a celebre família monoparental, composta por um dos genitores ou ascendente e seus descendentes.

Nesse diapasão, pode-se dizer que a reprodução humana assistida (RHA) caracteriza-se como uma intervenção médica no processo reprodutivo natural, dividindo-se em homóloga e heteróloga. A homóloga é caracterizada pelo uso de material genético do próprio casal, ao passo em que a heteróloga utiliza-se de material genético de terceiros, podendo ser através de doação de sêmen, óvulos ou embriões congelados (OLIVEIRA, 1999).

Por seu turno, a gestação por substituição indica uma ocasião particular, haja vista que, na seara da reprodução artificial, não se enquadra nem na heteróloga, tampouco na homóloga. Isto se dá, sobretudo, porque uma mulher está grávida do filho biológico de outra

mulher ou de outro casal. Isto é, a mulher que está grávida do filho que nascerá, não será a mãe biológica.

Essa tecnologia só foi possível com o desenvolvimento da medicina e conhecimento da fertilização *in vitro*. Ou seja, para viabilizar essa tecnologia, profissionais da área de reprodução humana assistida procedem com a fertilização embrionária em laboratório (tubo de ensaio), utilizando material genético diferente da mulher que carregará o embrião no útero.

Ou seja, primeiro o embrião é fertilizado em laboratório para posteriormente ser transferido para o útero da mulher, que é responsável pela gravidez e posterior parto do embrião. Nesse caso, a parturiente não é a mãe biológica e o recém-nascido deve ser entregue à mãe biológica ou à mãe que a contratou para tanto.

Nessa senda, faz-se mister trazer à baila as lições doutrinárias de Goldim (2007, p. 01):

> A maternidade substitutiva ocorre quando uma mulher concorda em ser inseminada artificialmente ou receber embriões transferidos, com a compreensão de que a criança que irá gestar, ao nascer, será criada pelas pessoas que propuserem esse procedimento. Algumas pessoas propõem que esse procedimento é semelhante a uma adoção pré-natal.

Noutro giro, no que tange à terminologia, é importante enfatizar que a palavra "barriga de aluguel", como termo bem conhecido, não é a denominação mais adequada para o ordenamento jurídico pátrio, vez que nos dá uma ideia de negócio oneroso.

Em outras palavras, usar o termo "barriga de aluguel" pode fazer alusão no sentido de que alguém esteja alugando uma barriga, ou mais precisamente, o útero, para que haja possibilidade de dar à luz a outra pessoa. Ocorre que, no Brasil, é expressamente vedada a possiblidade de comercialização de qualquer parte do corpo humano, nos termos do artigo 199, § 4º da CRFB/88.

In casu, face a omissão na legislação brasileira no que tange a gestação por substituição, sobretudo de forma onerosa, o Conselho Federal de Medicina – CFM vem editando resoluções com o objetivo de regulamentar o campo da reprodução assistida no Brasil, de acordo com os valores éticos e se adequando às normas da sociedade.

Desse modo, as regras trazidas pelo Conselho Federal de Medicina não possuem efeito de lei, porém os médicos ficam submetidos a elas, podendo sofrer processos internos caso as descumpram (PAINS; GAMBA, 2018).

A *fortiori*, nota-se que o ordenamento jurídico pátrio não acompanhou o compasso dos desenvolvimentos decorrentes da ciência e, por ser a técnica de reprodução assistida um

instituto recente, a gestação por substituição não tem lei específica no Brasil, seja para proibir ou para regrar seu uso, o que se mostra ser um desafio para o operador jurídico.

4 A REGULAMENTAÇÃO DA GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO NO BRASIL

Tal como ocorre com outras questões que envolvem a tecnologia, a reprodução assistida está sujeita a omissão legislativa por parte do Estado, tendo em vista o seu desenvolvimento dinâmico. Por exemplo, basta saber que o primeiro bebê do Brasil nascido por fertilização *in vitro* nasceu em 1984 e que, somente em 2017, estima-se que cerca de 8.000 (oito mil) crianças brasileiras foram concebidas artificialmente a cada ano.

Nesse contexto, oportuno enfatizar que, no Brasil, não existe uma legislação específica sobre a reprodução assistida, tampouco leis que regulem a gravidez por substituição. O que há, em verdade, são as resoluções do Conselho Federal de Medicina (CFM) que estabelecem padrões morais para que os profissionais médicos possam atuar de acordo com as orientações do Conselho, dentro dos padrões éticos.

Além disso, existem os aspectos éticos e morais que cercam a reprodução humana, sobretudo no que tange ao papel da mulher nesse processo. Às vezes, essa situação dificulta o diálogo sobre o tratamento legal dos métodos de reprodução artificial, máxime a tecnologia de gestação por substituição.

Desse modo, face a omissão legislativa brasileira sobre a maternidade por substituição, o Conselho Federal de Medicina – CFM vem publicando, a cada dois anos, resoluções que visam regular a área da reprodução assistida no Brasil, de acordo os valores éticos, adaptando as normas da sociedade. Contudo, as regras trazidas pelo CFM não possuem efeito de lei, porém, os médicos ficam submetidos a elas, podendo sofrer processos internos caso as descumpram (PAINS; GAMBA, 2018).

Nessa conjuntura, diante da falta de regulamentação e para a realização da gravidez por substituição, bem como outros métodos de reprodução medicamente assistida, o CFM procurou aprovar resoluções para padronizar tais tecnologias. Isto é, foram editadas as resoluções nº 1.358 em 1992, 1.957 em 2010, 2.121 em 2013, 2015, 2.168 em 2017 e, finalmente, a nº 2.294/2021, as quais vem adotando padrões éticos para a utilização desses métodos.

Nessa seara, imperioso destacar que a primeira resolução sobre reprodução humana assistida no Brasil foi aprovada em 1992, como mencionado retro, tratando-se da Resolução 1.358 do CFM. Nesta resolução, somente quando a gestante tivesse parentesco de segundo

grau com a linha materna, uma gravidez substituta era reconhecida e permitida, devendo o CRM (Conselho Regional de Medicina) ser responsável por apurar os casos que não atenda aos requisitos deste tipo de parentesco, frisando-se que não é permitido o exercício na forma onerosa.

Por conseguinte, tal resolução fora revogada pela nº 1.957 de 2010, permanecendo igual em termos de reprodução assistida, não havendo alterações nas diretrizes anteriores. Em 2013, através da Resolução nº 2.013/2013, o Conselho revisou novamente as diretrizes para reprodução assistida e editou uma resolução mais minuciosa sobre a gravidez por substituição, determinando que o procedimento pode ser realizado quando a doadora temporária de útero for uma parente consanguínea até o 4º grau, em vez de até o 2º grau, como estipulava a resolução pretérita.

Ainda neste sentido, o parentesco não se limitava mais às mães genéticas, mas também se estende aos pais genéticos, isto é, parentesco consanguíneo de "pais biológicos". Em qualquer caso, a idade da “doadora uterina temporária” não deveria ultrapassar 50 (cinquenta) anos.

Ademais, foi decidido que a clínica reprodutiva deveria fornecer alguns documentos, a saber: termo de consentimento assinado pelos pais genéticos e doadora uterina temporária; um laudo médico atestando a condição física e mental da doadora temporária de útero; um relatório médico atestando seu conhecimento técnico da técnica utilizada e, por fim, um contrato entre as partes.

Nessa toada, a respeito da reprodução assistida, faz-se mister destacar a Resolução nº 2.121/2015, que regulamentou a técnica da gestação de substituição com mudanças significativas em relação à Resolução de 2013, quais sejam: permissão do uso da técnica para uniões homoafetivas; inclusão da orientação de que se a doadora temporária de útero não for parente consanguínea de uma das partes, a gestação por substituição não estaria proibida, devendo, contudo, o CRM avaliar e autorizar o procedimento; retirada do limite de idade da doadora temporária de útero que antes deveria ter, no máximo, 50 (cinquenta) anos, além de não mais se referir a Contrato de Gestação por Substituição, mas limitando-se a dizer “Termo de Compromisso” entre os pacientes, estabelecendo claramente a filiação.

Por sua vez, com a edição da Resolução nº 2.168/2017, algumas normas sobre o assunto foram ampliadas, acrescentando filhas e sobrinhas à lista de doadoras de útero temporárias. Posto isso, essa mudança tornou-se necessária justamente para ampliar a relação da mulher com a família para que ela participe voluntariamente do processo reprodutivo

esperado. Além disso, de acordo com os novos regulamentos, homens e mulheres solteiros também poderiam usar o procedimento em apreço.

Pari passu, importante salientar o que o abalizado médico Paulo Gallo, professor de Ginecologia da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e vice-presidente da Sociedade Brasileira de Reprodução Humana (SBRH), veementiza sobre os importantes pontos da nova Resolução:

> [...] além da ampliação das opções de "barriga solidária", a possibilidade de homens sem parceira terem filhos. Antes da resolução, não estava claro que homens solteiros poderiam ter uma produção independente. Para mulheres solteiras capazes de engravidar era simples: elas recebiam espermatozoides de um doador e realizavam a fertilização. Mas para homens sem companheira que querem ter filhos é necessária uma barriga solidária. Agora a resolução deixa claro que isso é permitido: eles podem pegar óvulos de uma doadora e utilizar o útero de uma "barriga solidária" — destaca. (GAMBA; PAINS, 2017, p.54).

De mais a mais, destaca-se ainda que o CFM só aprova técnicas de gravidez por substituição quando não há lucro ou natureza comercial da doação uterina temporária e quando há problemas clínicos que impedem ou proíbem a gravidez de doadoras genéticas ou, até mesmo, nas uniões homoafetivas.

Demais disso, cumpre patentear que, embora a resolução em comento estipule um limite máximo de idade para mulheres que desejam usar certas tecnologias de reprodução assistida para o parto, ela permite uma exceção importante, autorizando que esta prática também se aplique nas mulheres com mais de 50 anos, devido à autonomia da paciente.

Nestes casos específicos, deverá ser realizada previamente uma avaliação técnica e científica pautada em um parecer médico devidamente fundamentado, com o devido esclarecimento à candidata sobre os riscos que envolvem o procedimento (JÚNIOR, 2018).

De outra maneira, compete evocar a mais atualizada Resolução editada pelo CFM, ou seja, a Resolução nº 2.294/2021, publicada em junho de 2021, trazendo inovações no que tange aos limites de idade para as gestantes, requisitos para que se possa desempenhar a gestação por substituição, exigências para realizar inseminação com material genético deixado por falecido, bem como disciplinando sobre a garantia dos direitos às pessoas transgêneros.

Nesse caminhar, reforça-se que a nova resolução tratou de garantir que heterossexuais, homossexuais e pessoas transgêneros usem tais tecnologias - nas regulamentações anteriores, não havia menção a pessoas trans. Também traz a permissão de "gravidez compartilhada" para as uniões femininas homoafetivas, onde os embriões obtidos da fecundação de um óvulo feminino são transferidos para o útero de sua parceira. Para além,

se permite, ainda, a reprodução assistida *post mortem*, desde que haja autorização específica do falecido para o uso do material biológico, nos moldes da legislação em vigor.

Em relação à transferência uterina, prática popularmente conhecida como "barriga de aluguel", o CFM mantém a versão anterior, limitando essa possibilidade às pessoas com parentesco acima de quarto grau, acrescentando, ainda, mais uma condição: que a cessionária tenha um filho vivo, que seja biológico.

Para mais, permanecem proibidas a doação de material genético e a barriga de aluguel para obter benefícios econômicos ou lucrativos. Também continua garantida, inclusive, a assistência à mulher que empresta o útero antes do puerpério, que seja a ela garantida o acompanhamento e as despesas médicas necessárias à paciente.

Outrossim, a resolução em epígrafe também regulamenta que a idade máxima das candidatas grávidas é de 50 anos, mas poderá haver exceções dependendo dos padrões técnicos e científicos da situação específica. Ou seja, mulheres com menos de 37 anos podem ter até dois óvulos fertilizados, ao passo que as mulheres com mais de 37 anos podem implantar até três.

Por derradeiro, percebe-se que partir da evolução e das possibilidades trazidas por essas tecnologias específicas, torna-se indispensável a necessidade de um projeto de lei para tratar de casos conflituosos. Sendo assim, notadamente uma legislação específica pode fornecer proteção legal para casais que não podem recorrer a clínicas profissionais e acabam optando pela inseminação informal em um ambiente familiar. Normalmente, por não haver acompanhamento médico e registro do procedimento, esses casos terminam sendo judicializados no momento do registro da criança.

Prima facie, em que pese a gravidez por substituição seja uma decisão extremamente complicada, seja do ponto de vista ético, seja do ponto de vista psicológico e jurídico, é claro que uma única norma deontológica não pode resolver todos os problemas que se referem ao uso de tecnologia de reprodução assistida.

Ex positis, é de clareza solar que o ordenamento jurídico brasileiro precisa propor soluções razoáveis que nos permitam enfrentar ou pelo menos mitigar as consequências éticas e jurídicas da gestação por substituição, bem como acerca da proibição/liberação da barriga de aluguel.

5 DA POSSIBILIDADE DA IMPLEMENTAÇÃO DE CONTRATO DE GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO A TÍTULO ONEROSO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.

O contrato de gravidez por substituição está relacionado com o planejamento familiar. Isso significa que esse método em si é uma expressão afirmativa da dignidade humana, alicerçada no direito à autodeterminação, podendo permitir o livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo por meio dos procedimentos reprodutivos acima mencionados.

Quando o assunto é reprodução assistida, não há como escolher o ponto mais polêmico, mas, notadamente, um tema que está em constante discussão e encontra defesa de ambas as partes é a questão do contrato da gravidez por substituição, sobretudo a título oneroso.

Boa parte da doutrina acredita que os acordos firmados com o objetivo de contrair o útero são ilegais e, portanto, não têm efeito jurídico. O objeto almejado pelas mães de aluguel é a concepção humana e o parto futuro. A vida humana, em conformidade com o art. 5º da Constituição Federal, é um bem inviolável e indisponível. Logo, a vida humana é um pré-requisito absoluto para a dignidade humana e, por isso, não pode ser comercializada (AGUIAR, 2005). Portanto, entendem que o objeto do contrato é humano e, por isso, torna-se nulo.

Mas há divergência desse pensar, posto que outra corrente doutrinária, defende que o acordo de gravidez é totalmente legal e elenca os requisitos que o contrato deve seguir para ser considerado legalmente eficaz.

Noutro contexto, acredita-se que a proteção da autonomia da vontade no domínio da existência é muito mais forte, porque as decisões neste sentido estão num domínio que deve ser protegido de intervenções externas (SARMENTO, 2012).

Nesse compêndio, têm-se que a validade de um negócio jurídico é exigida nos termos do artigo 104 do Código Civil, em atenção a alguns requisitos formais, quais sejam: capacidade das partes, objeto lícito, possível, definido ou determinável e a forma prescrita e não defesa por lei. Além disso, o objeto do contrato não deve violar a ordem pública e os bons costumes, tendo uma função social inerente.

Em linhas gerais, uma vez que a lei não estipula a forma do contrato, a barriga de aluguel baseia-se no princípio do consensualismo, cabendo às partes a responsabilidade de adotar a forma que melhor atenda aos seus próprios interesses, podendo, inclusive, chegar a um acordo verbal. Porém, por razões de segurança jurídica, recomenda-se a adoção da forma

escrita para facilitar a comprovação do contrato e seus termos, bem como os possíveis problemas de filiação.

No que tange a capacidade das partes, a efetivação da Gestação por Substituição requer que o consentimento seja “pleno, efetivo, nunca presumido, atual, espontâneo, consciente e informado" (MEIRELES, 2009).

Tal fato ocorre porque é uma tecnologia médica que trará riscos físicos (devido a gravidez) e psicológicos às pessoas envolvidas. Os profissionais, portanto, são responsáveis de informar todas as consequências éticas, médicas e legais relacionadas à sua prática, a fim de obter o consentimento expresso do paciente.

Também é oportuno ressaltar que, por se tratar de uma conjuntura existencial, se um processo reprodutivo claro não tiver sido realizado, ambas as partes podem retirar o consentimento para a realização de uma gravidez por substituição. Ou melhor dizendo, deve ser garantida a retirada do consentimento até o momento em que a restituição se torne inexequível, e que prejudique o propósito originário do negócio jurídico pactuado.

Quanto à licitude do objeto do contrato, importa elucidar que, ao contrário do ditado popular da “Barriga de Aluguel”, o negócio jurídico não pertence à modalidade de arrendamento ou comodato. Isso porque, nesse negócio, o dono do imóvel entregará a terceiros o uso e gozo do bem insubstituível em determinado prazo, pago ou não, o que não acontecerá no caso de cessão do útero, permanecendo em posse da mulher grávida.

Por conseguinte, a prestação de serviços é a configuração que melhor se amolda às funções desempenhadas pela gestante que cederá o útero, haja vista que propõe uma série de compromissos, posturas e deveres que a mulher assume com os pais do filho que se está gerando e entre esses com a criança (RIZZARDO, 2005).

Nesse diapasão, cumpre consignar o que reza o art. 594 do Código Civil, estipulando que “todos os tipos de serviços ou trabalhos jurídicos, materiais ou imateriais, podem ser empregados e remunerados”. Portanto, desde que a finalidade do serviço e seu objeto sejam legítimos, a compensação monetária é permitida pela prestação de qualquer serviço.

Sob outra perspectiva, para apreciar a legalidade do objeto do contrato, é necessário averiguar a legislação brasileira e buscar normas que regulem, restrinjam ou até mesmo proíbam.

No caso da gestação por substituição, conforme frisado alhures, não existe uma lei geral sobre o tema da reprodução humana assistida e, portanto, não existe matéria que regule a gravidez alternativa.

Em verdade, o único mecanismo normativo que trata do assunto é a Resolução do CFM nº 2.294/2021, que efetivamente determinou que o procedimento somente seria realizado de forma não onerosa. Acontece que a norma só é obrigatória para profissionais médicos que exerçam sua profissão, não podendo ser utilizada para regulamentar contratos pactuados entre particulares que não exerçam a profissão médica.

Nesse ínterim, vale pôr em evidência que a gravidez substitutiva não significa declínio permanente da integridade física da gestante, apenas dos riscos peculiares da própria gravidez. Por isso, dadas as condições clínicas apropriadas, constatada a segurança às gestantes, pode-se implementar projetos parentais para aquelas que não os podem realizar.

À guisa de exemplo, não se observa quaisquer restrições constitucionais à prática da gestação por substituição em comento, tendo o Estado, a propósito, o dever de fornecer recursos educacionais e científicos para o exercício dos direitos de planejamento familiar, nos moldes do artigo art. 226, § 7º da Constituição Federal.

O consentimento da pessoa que se propõe à qualidade de gestante por substituição, subordinando-se às desvantagens impostas pela gravidez, mesmo que de forma onerosa, manifesta-se como uma real ação altruísta e solidária, devendo ser amparada pelo sistema jurídico.

De fato, a prática em questão não pode ser considerada uma violação da moral ou da ordem jurídica nacional, pois, juntamente com outras tecnologias de reprodução assistida, é outro benefício trazido pelo desenvolvimento da biotecnologia, que visa proporcionar um desenvolvimento pleno e efetivo, em atenção aos que não conseguem fazê-la através de um método autônomo por motivos naturais (esterilidade ou infertilidade) ou sociais (casais homoafetivos ou solteiros), e de quem vê a possibilidade de ajudar outras pessoas por meio das transferências uterinas.

Nesse contexto, verifica-se que o desenvolvimento da tecnologia reprodutiva humana assistida criou uma insegurança, por falta de regulamentação, que precisa ser resolvido por meio de leis e pelo ordenamento jurídico. Isto é, nos campos da bioética e do direito biológico, que são ciências contemporâneas, a vida e os sistemas jurídicos entrelaçam, mostrando que sua relação é claramente inseparável.

Contudo, não há proibição em nosso ordenamento jurídico que se aplica às partes contratantes, no qual vede a celebração do referido negócio de forma remuneratória, máxime pela falta de competência do Conselho Federal de Medicina para normatizar negócios jurídicos celebrados por particulares que não exerçam a profissão médica.

Nessa mesma linha de pensamento, Dias (2016, p. 426) assevera que “nada justifica negar a possibilidade de ser remunerada quem, ao fim e ao cabo, presta um serviço a outrem. Aliás, um serviço em tempo integral por longos nove meses e que acarreta dificuldades”.

Ainda nesta toada, é importante salientar que os responsáveis pela idealização parental são obrigados a arcar com as despesas naturais incorridas em decorrência da gravidez, tais como despesas com internação, despesas com exames médicos, medicamentos, alimentação e roupas adequadas à gestante. Assim, o pagamento da gestante se dará, verdadeiramente, pelo cumprimento dos cuidados necessários visando o desenvolvimento de uma criança de maneira saudável durante os nove meses de gravidez - prestação de serviços, não se tratando apenas de uma compensação pelos custos da gravidez.

Em consequência, acreditar que não há a famigerada "barriga de aluguel" no Brasil é vendar os olhos ao passo que se acata a ignorância. Basta apenas um clique e identifica-se facilmente anúncios nas redes sociais de pessoas que oferecem cessão temporária de útero, na forma onerosa.

Noutro bordo, torna-se mister avultar a redação ventilada pelo art. 5º, II da CRFB/88 que trata do princípio da legalidade, *ipsis litteris*: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (BRASIL, 1988).

Relativamente ao tema, portanto, Paulo e Alexandrino (2017, p. 120) preconizam que “no que respeita aos particulares, tem ele como corolário a afirmação de que somente a lei pode criar obrigações e, por outro lado, a asserção de que a inexistência de lei proibitiva de determinada conduta implica ser ela permitida”.

Somado ao acima externado, imperioso constatar-se que, em momento algum, a lei brasileira apresenta expressamente, em seu ordenamento jurídico pátrio, a vedação ao ato de cessão temporária do útero de uma mulher, na forma remunerada. Ainda, frisa-se que é previsto no Carta Constitucional, em seu artigo 5º, inciso XXXIX, que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (BRASIL, 1988).

Urge realçar o que Paulo e Alexandrino (2017, p. 121) complementam acerca da temática, sustentando que “é exigido que a própria lei formal defina todos os elementos necessários à tipificação da conduta como crime e que a própria lei estabeleça, ela mesma, as penas aplicáveis”.

Já no que concerne à atual resolução do CFM, que regulamenta a reprodução humana assistida e a gravidez por substituição, mostra-se incoerente que tal resolução venha a ferir o planejamento familiar, sendo apenas um documento estipulado por médicos, especialmente considerando-se que o Direito é matéria interdisciplinar, que se baseia em diversas fontes.

Deveria, na verdade, haver uma lei organizada por um comitê diversificado de profissionais tanto da saúde, quanto do direito.

À guisa de arremate, afere-se que a autonomia das mulheres sobre seus corpos não deve ser ignorada. Contanto que a pessoa possa, se mostre capaz e demonstre uma vontade nítida e expressa de ceder temporariamente seu útero de maneira onerosa, por que o Estado deveria restringir seu livre arbítrio, haja vista que isso não afetará os direitos dos outros?

Externados tais aspectos, anota-se, por derradeiro, que, para a regularização adequada deste assunto, evidenciando os direitos e obrigações das partes relevantes, bem como aclarando pesquisas e os requisitos legais que uma cessão uterina onerosa requer, além de esclarecer os padrões de saúde prescritos, a fim de atender aos melhores interesses da criança que se gerará, seria fundamental uma norma jurídica para estabelecer as precauções adequadas para esse tipo de negócio.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A gravidez por substituição é uma tecnologia de reprodução assistida que visa realizar programas parentais para aquelas que não podem dar à luz seus próprios filhos através de meios naturais. De todo modo, sua abordagem é implantar o material genético do chamado pai (ou doador) no útero da pessoa que pretende gestar a prole alheia. Para efeito, as duas partes firmam um acordo que estipula os direitos e obrigações das pessoas envolvidas, bem como os requisitos formais do procedimento.

Como se observou, a liberdade é um direito básico garantido pela Constituição e só pode ser restringida, nos moldes do art. 5º, II, da Carta Magna, por lei, especialmente em termos de liberdade contratual, para garantir a possibilidade de partes privadas chegarem a um acordo sobre qualquer assunto. Para isso, basta que cumpram as disposições constitucionais e demais restrições estipuladas pela legislação brasileira, podendo, assim, serem atendidos seus interesses comuns, de acordo com sua vontade, e nas condições que escolherem.

Neste aspecto, constatou-se que essas restrições estão relacionadas à forma válida e às condições materiais do contrato. Além do mais, o negócio jurídico deve ter uma função social, e ambas as partes devem ser guiadas pela boa-fé na implementação e execução do contrato.

Nesta mesma seara, aferiu-se que o direito ao próprio corpo é uma espécie de direito da personalidade, logo, é uma manifestação da dignidade humana, incluindo não só a integridade do corpo, mas também a saúde mental. E embora a princípio a instituição fosse

protegida por lei apenas em razão da esfera criminal, atualmente está claramente protegida na Constituição Federal e no Código Civil.

Nesta senda, averiguou-se que a vedação decorrente da ausência legiferante de uma justa lei, viola claramente o princípio da legalidade, garantia dada pela Lei Maior, onde se prevê que somente a lei poderá criar direitos, deveres e vedações. Além disso, o Estado, que deve proporcionar a dignidade humana, garantindo o mínimo existencial, bem como providenciar os recursos educacionais e financeiros para o livre planejamento familiar, em verdade, acaba marginalizando indivíduos que querem praticar o instituto da gestação por substituição.

Demais disso, verificou-se que as mudanças constantes de regras, leis e comportamento são comuns nos cenários de globalização, mas, infelizmente, as leis e seus legisladores não conseguem acompanhar o novo cenário social, bem como as mudanças culturais e científicas, ou mesmo ignorá-las. Assim, em que pese o Brasil seja o país da América Latina com o maior número de nascimentos por reprodução assistida, a tecnologia de reprodução assistida não possui amparo legal na legislação brasileira.

Não obstante a ausência de normas que regulamentem tais métodos, a matéria é tratada pela Resolução 2.294/2021 do Conselho Federal de Medicina, entretanto, este instrumento se volta para normas e aspectos éticos e profissionais. Dessa maneira, diante da quase inexistência de regulamentação, a mais polêmica tecnologia de reprodução assistida - a gravidez por substituição - é proibida pela citada resolução, desde que seja de maneira onerosa, ou seja, desde que envolva remuneração para quem cederá o útero de forma temporária.

Como notou-se, do ponto de vista jurídico, os futuros projetos de lei acerca da reprodução assistida e a gestação por substituição devem respeitar os princípios propostos, como a dignidade da pessoa humana, direito à liberdade e a igualdade, tudo de maneira clara e objetiva, de modo a sanar a omissão legiferante tão retrógrada.

Por tais razões, concluiu-se que, pelo fato de a legislação brasileira não restringir ou regulamentar a gravidez alternativa, sua prática é totalmente possível, ainda que na forma onerosa. Na realidade, esta tecnologia permite o livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo e a realização do direito de dispor livremente do próprio corpo, do planejamento familiar e de um projeto parental responsável.

Ressalta-se, contudo, como demonstrado neste artigo, que o ordenamento jurídico contemporâneo carece de disciplinas jurídicas que regulamentem a gravidez alternativa, bem como outras tecnologias de reprodução assistida, tendo em vista que já são amplamente

utilizadas, mas não regulamentadas pela legislação, de modo a evitar conflitos jurídicos e sociais dos mais diversos.

Conclui-se, portanto, pela necessidade de uma legislação especifica sobre a temática abordada, de forma a regulamentar e complementar a Resolução 2.294/2021 do Conselho Federal de Medicina, tendo em vista a farta utilização pela sociedade das técnicas de reprodução assistida e do uso da gestação por substituição, pois, como é de conhecimento, o direito e a legislação não podem deixar de acompanhar os avanços sociais.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Mônica. **Direito à filiação e bioética**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ARAÚJO, Débora Medeiros Teixeira de. **O contrato internacional de gestação por substituição e sua eficácia no ordenamento jurídico brasileiro**. 2019. Dissertação de Mestrado. Brasil.

BADALOTTI, Mariângela; PETRACCO, Álvaro, ARENT, Adriana Cristine. Bioética e reprodução assistida, In: LEITE, Eduardo de Oliveira (coord.). **Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito.** Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BARRETO, LUCIANO SILVA. **Evolução histórica e legislativa da família**. In: 10 anos do Código Civil: aplicação, acertos, desacertos e novos rumos. Rio de Janeiro: EMERJ, 2013.

BRASIL, **Código Civil**. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 14 de outubro de 2021.

BRASIL, **Constituição Federal**. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 14 de outubro de 2021

CARNEIRO, Fernanda; EMERICK, Maria Celeste. **A ética e o debate jurídico sobre o acesso e uso do genoma humano**. Rio de Janeiro: Fundação Oswaldo Cruz, 2000.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução n° 2.294 de 2021**. Disponível em: < https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-cfm-n-2.294-de-27-de-maio-de-2021-325671317>. Acesso em: 24 de março de 2022.

CORREA, Marilena Cordeiro Dias Vilela. **Ética e reprodução assistida: a medicalização do desejo de ter filhos**. Bioética, Brasília, v. 9, n. 2, 2001.

COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga.** São Paulo: Editora Martin Claret, 2005.

COULANGES, Fustel de. **Cidade antiga**. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. 9. Ed. Lisboa: Almedina, 1958.

DIAS, Maria Berenice. **Direito das famílias**. 4. Ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2016.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 4ª ed., 2007

GAMBA, Karla; PAINS, Clarissa. **Especialistas comemoram novas regras para reprodução assistida no Brasil: Atualização de normas foi divulgada pelo Conselho Federal de Medicina**. O Globo, v. 10, 2017. Disponível em: < https://oglobo.globo.com/saude/especialistas-comemoram-novas-regras-para-reproducao-assistida-no-brasil-22052114 >. Acesso em: 14 de abril de 2022.

GARCIA, Cristiano Pereira Moraes; OLIVEIRA, Tatiane Regina. Requisitos e deveres da gestação por substituição. **Ensaios USF**, v. 2, n. 1, p. 98-117, 2018.

GARCIA, Cristiano Pereira Moraes. Requisitos e deveres da gestação por substituição. **Ensaios USF**, v. 2, n. 1, p. 98-117, 2018.

GOLDIM, José Roberto (org); SALGUEIRO, Jennifer Braathen; RAIMUNDO, Márcia Mocellin; MATTE, Ursula; BÔER, Ana Paula Kurz. **Bioética e Espiritualidade**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2007.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações Artificiais e o Direito**. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1995.

LIMA NETO, Francisco Vieira. **A maternidade de substituição e o contrato de gestação por outrem.** In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (Coord.). Biodireito: ciência da vida, os novos desafios. São Paulo: Revista do Tribunais, 2001. p. 129.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia Privada e Dignidade Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

OLIVEIRA, Guilherme de. **Temas de direito da medicina.** Coimbra: Coimbra Editora, 1999. p. 16.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional descomplicado.** 16. Ed. Rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família.** 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SARMENTO, Daniel. Apud ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. Curso de direito civil: **Contratos (Teoria Geral e Contratos em espécie).** 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2012. v.4. p. 149

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Conflito positivo de maternidade e a utilização de útero de substituição.** In: CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Coord.). Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 309-323. p. 313.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: Direito de Família. 11. Ed.. V. 6. São Paulo: Atlas, 2011.