

II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

BIODIREITO E DIREITOS DOS ANIMAIS II

JANAÍNA MACHADO STURZA

HERON JOSÉ DE SANTANA GORDILHO

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

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 Naspolini - 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 - UNIVEM - São Paulo

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 (UFSC - 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 II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Heron José de Santana Gordilho; Janaína Machado Sturza – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-241-5

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

Tema: Direito, pandemia e transformação digital: novos tempos, novos desafios?

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Biodireito. 3. Animais. II Encontro Virtual do CONPEDI (2: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

BIODIREITO E DIREITOS DOS ANIMAIS II

Apresentação

A presente obra é fruto dos artigos apresentados no Grupo de Trabalho (GT) "Biodireito e Direito dos Animais II", do II Encontro Virtual do CONPEDI, realizado na modalidade virtual (online), entre os dias 02 e 08 de dezembro de 2020.

No dia 04 de dezembro de 2020, os treze artigos selecionados selecionados, após avaliação feita por pares, pelo método double blind review, foram apresentados oralmente por seus autores e, como forma de dar publicidade ao conhecimento científico, compõem o presente livro. Os professores ora signatários ficaram responsáveis pela Coordenação do Grupo de Trabalho intitulado "Biodireito e Direito dos Animais II" e pela organização desta obra.

No âmbito desse Grupo de Trabalho (GT) foram discutidas questões referentes: aos embriões híbridos; à manipulação genética; à bioética e bioimpressão de órgãos; à doação de órgãos; aos direitos da personalidade; à descriminalização do aborto; à morte encefálica; ao multiculturalismo e o dress code; à dignidade animal; à descoisificação do animal; ao direito à agroindústria e o bem-estar animal e, por fim, o direito à saúde e o bem-estar animal.

Com efeito, os trabalhos apresentados e debatidos, pelos pesquisadores e pelas pesquisadoras do GT, demonstram a complexidade das questões referentes ao tema Biodireito e Direito dos Animais. Portanto, com grande satisfação, apresentamos à comunidade jurídica a presente obra. Desejamos a todos uma ótima leitura.

Janaína Machado Sturza - Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul

Heron José de Santana Gordilho - Universidade Federal da Bahia

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Biodireito e Direitos dos Animais II apresentados no II Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no item 7.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista de Biodireito e Direito dos Animais. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

DA GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO: UMA ANÁLISE SOBRE O CONTRATO GESTACIONAL E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

SUBSTITUTION GESTATION: AN ANALYSIS ABOUT THE GESTATIONAL CONTRACT AND PERSONALITY RIGHTS

Carlos Alexandre Moraes ¹
Geiseli Mariany Bonini ²

Resumo

O artigo tem objeto realizar um estudo acerca da gestação por substituição, fazendo uma abordagem do direito à vida e dos direitos reprodutivos no contexto atual das técnicas de reprodução humana assistida. Demonstrar-se-á a necessidade de tutela legal de tal relação, pois, o nosso ordenamento jurídico, não regulamenta, ficando a mercê da resolução n.º 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina, que atua no sentido de fiscalizar a atividade na área médica, sendo, portanto, somente normas de caráter ético. Chega-se à conclusão que os problemas que surgem, oriundos das técnicas de reprodução humana são em decorrência da carência de legislação específica.

Palavras-chave: Contrato gestacional, Direitos da personalidade, Gestação por substituição, Reprodução humana assistida

Abstract/Resumen/Résumé

The article aims to conduct a study about pregnancy by substitution, taking an approach the right to life and reproductive rights in the current context of assisted human reproduction techniques. The need for legal protection of such a relationship will be demonstrated, since our legal system does not regulate, being at the mercy of Resolution N°2,168/2017 of Federal Council of Medicine, which acts to inspect the activity in the medical field, and therefore are only standards of an ethical nature. Concludes that the problems that arise, arising from the techniques of human reproduction are due to lack of specific legislation.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Gestational contract, Personality rights, Substitution gestation, Assisted human reproduction, Surrogacy

¹ Professor Permanente Programa Doutorado/Mestrado Direito da Universidade Cesumar UniCesumar; Pós-Doutor Direito UniCesumar, Doutor Direito FADISP; Mestre Direito UniCesumar; Pesquisador Bolsista Modalidade Produtividade Pesquisa Doutor Instituto Cesumar Ciência, Tecnologia Inovação ICETI

² Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas pela Universidade Cesumar – UniCesumar. Pós-graduanda Direito do Agronegócio Unicesumar; Pós-Graduanda Docência Ensino Superior Faculdade São Brás. Graduada em Direito Unicesumar; Advogada.

INTRODUÇÃO

Com o crescente avanço e desenvolvimento da humanidade, novos e peculiares fatos sociais foram sendo incorporados na sociedade e com o forte desenvolvimento da tecnologia, da ciência, e principalmente da medicina, houve o advento de técnicas singulares que possuem a capacidade de solucionar problemas de pessoas inférteis e assim, realizarem o seu projeto parental.

Desta maneira, as técnicas de reprodução humana assistida são o conjunto de técnicas, que proporciona a união artificial do gameta feminino e gameta masculino, resultando na formação de uma nova vida. O principal intuito deste método é viabilizar o auxílio para a fecundação humana, seja para casos de infertilidade e esterilidade ou por simples ato opcional.

Nesse sentido, este estudo, tem por escopo propor uma análise sobre a gestação por substituição, como uma forma de reprodução humana, que popularmente é conhecida por “barriga de aluguel”, no qual, se configura pela cessão do útero de uma terceira pessoa, para que um casal desejante de um filho e que não possui condições de tê-lo da maneira convencional, possa realizar seu desejo e vir a “conceber” através de outrem o tão almejado filho.

A ausência legislativa acerca da matéria propicia o seguinte problema: seria lícita a realização do contrato gestacional no ordenamento jurídico brasileiro? Se realizado, com o intuito de solucionar questões atinentes à filiação decorrentes da gestação por substituição?

A vista disso, com a intenção de responder os presentes questionamentos foram elaborados três tópicos. Assim, inicialmente, no primeiro tópico, serão abordados os aspectos gerais das técnicas de reprodução humana assistida, bem como o direito ao planejamento familiar, este, por sua vez, consagrado na Constituição Federal de 1988 e de intensa relevância para a entidade familiar.

Em seguida, no segundo tópico, será analisado, o que se configura a gestação por substituição, e a sua reverberação na realidade prática, examinando sob a ótica do ordenamento constitucional vigente, bem como a Resolução n.º 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina.

Posteriormente, no terceiro tópico, passa-se a análise do contrato de gestação por substituição, para verificar se o mesmo preenche todos os requisitos do negócio jurídico, e se assim, poderá ser dotado de eficácia. Por fim, será apresentada a conclusão obtida com a presente pesquisa.

Importante enfatizar, que a presente pesquisa pautou-se no método hipotético dedutivo por intermédio de uma análise qualitativa, bem como em pesquisa bibliográfica e documental, observando a literatura e a legislação nacionais que versam sobre o tema, tendo por objetivo demonstrar de forma compreensível os aspectos envolvendo a gestação por substituição no Brasil.

1. ASPECTOS GERAIS DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

Primeiramente, observa-se que com o crescente avanço científico no âmbito da genética, originaram inúmeras dúvidas em diversas áreas, como por exemplo, na ética, na política, na religião e consequentemente no âmbito jurídico, deste modo, surgiram diversos questionamentos na esfera do direito de família.

Dessarte, é evidente que o Direito, não tenha acompanhado a evolução da medicina na área genética. Desta maneira, nota-se que “a evolução da medicina é responsável pelo desempenho cada vez mais intenso no campo reprodutivo”, (MACHADO; PASSARINI, 2019, p. 1) que por sua vez, tem ocorrido de forma muito rápida e a legislação neste quesito, não tem acompanhado na mesma velocidade tais mudanças.

Neste sentido, as técnicas de reprodução humana assistida constituem um grande desafio para o direito e para a ciência jurídica, contudo, é cristalino que tais técnicas ultrapassam os obstáculos de saúde relacionados a questões de esterilidade ou infertilidade do casal. Desta maneira, as técnicas de reprodução humana assistida, proporcionam a união artificial dos gametas feminino e masculino, oportunizando ao casal estéril de exercer seu projeto parental, logo, verifica-se que tais técnicas humanizam todo planejamento familiar (MORAES, 2019, p. 67).

A doutrina apresenta alguns conceitos para a expressão “reprodução humana assistida”, entre eles 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” (RODRIGUES JUNIOR, 2008, p. 228), que pode ser tratada como concepção artificial, fertilização artificial ou fecundação assistida.

Desta Forma, Carlos Alexandre Moraes, sustenta que:

Os casais que forem diagnosticados estéreis podem ser beneficiados pelas técnicas de reprodução humana assistida, inclusive gerar filhos com seu próprio material genético, conseguindo realizar o projeto parental, sem a necessidade de utilizar as gametas ou de se utilizar do processo de adoção. (MORAES, 2019, p. 70)

Neste contexto, evidencia-se a nossa Carta Magna de 1988, especificamente, nos artigos 5.º, caput e incisos VI e XI, e artigos 218 e 226, parágrafo 7.º, que dispõe sobre o direito à procriação, quando disciplina a inviolabilidade do direito à vida, a liberdade de expressão, o incentivo à pesquisa e desenvolvimento científico e a liberdade de consciência e crença, dedicando ainda um capítulo inteiramente à família, no qual prevê o planejamento familiar como de livre decisão do casal.

A autora, Maria Berenice Dias sustenta que o Código Civil em seu artigo 1.565, § 2º, assegura a todo cidadão, o planejamento familiar, que inclui métodos e técnicas de concepção e de contracepção:

[...] Trata-se de legislação mais voltada à implementação de políticas públicas de controle de natalidade. O planejamento familiar de origem governamental é dotado de natureza promocional, não coercitiva, orientado por ações preventivas e educativas e por garantia de acesso igualitário a informações, meios, métodos e técnicas disponíveis para a realização da fecundidade. Os planos de saúde estão obrigados a darem cobertura aos casos de planejamento familiar (2011, p. 360)

Diante o exposto, verifica-se que no Brasil existe o livre arbítrio para ter um planejamento familiar, por sua vez, não podendo o Estado interferir impondo limites e condições para a sociedade, pois, trata-se de direito da personalidade constitucionalmente garantido.

A vista disso, Brauner destaca:

A inserção dos direitos sexuais e reprodutivos, incorporados ao elenco dos Direitos Humanos, assegura às pessoas o direito ao planejamento familiar para a organização da vida reprodutiva, incluindo-se o recurso a toda descoberta científica que possa vir a garantir o tratamento de patologias ligadas à função reprodutiva, desde que considerados seguros e não causadores de riscos aos usuários e usuárias (BRAUNER, 2003, p.50).

Portanto, como forma de planejamento familiar, o Estado deve fornecer os meios adequados para que se assegure uma vida com dignidade à prole que será gerada ou adotada (CHAGAS; LEMOS, 2013, p. 16).

Desta maneira, é importante frisar que, ao se tratar das técnicas de reprodução humana assistida, não se pode deixar de considerar um dos princípios básicos, que é o da Dignidade da pessoa humana, “e que deverá sempre servir de paradigma para a utilização de qualquer das técnicas de reprodução artificial atualmente disponíveis” (SILVA, 2011, p. 2).

Assim, é possível se conceber o entendimento de que a dignidade da pessoa humana é um elemento essencial para o desenvolvimento integral da personalidade, pois, é inerente a todo ser humano.

Nas palavras de Carlos Alexandre Moraes:

A dignidade da pessoa humana é um direito fundamental, garantida a todas as pessoas de forma geral e individualmente, que tem início na concepção e se estende até depois da morte do indivíduo; trata-se de direitos invioláveis inatos e que tem por fim preservar a pessoa humana da violação e da brutalidade. (MORAES, 2019, p. 19)

A vista disso, a dignidade da pessoa humana deve servir de parâmetro, especialmente no que concerne da utilização das técnicas de reprodução humana assistida, devendo sempre ser preservado a integridade física do embrião. O maior fundamento da dignidade humana da pessoa humana encontra sua base principal em Kant, que considera a dignidade humana um “princípio moral segundo o qual o ser humano deve ser tratado como um fim (Zweck) em si, e jamais meramente como um meio que visa a um fim distinto e externo a ele mesmo” (KANT, 2003, p. 29).

No que diz respeito às técnicas de Reprodução humana, as opções são: inseminação artificial homóloga ou heteróloga, fecundação *in vitro*, inseminação *post mortem*, maternidade por substituição, entre outras (LEITE, 1995, p. 26). Por sua vez, há de se observar que no Brasil tais técnicas não possuem uma legislação própria, tendo tratamento unicamente na Resolução nº 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina (CFM), e que atuam no sentido de normatizar e fiscalizar a atividade na área médica, sendo, portanto, normas de caráter ético.

Conforme exposto até o presente momento, o que se entende é que a medicina sofreu grandes avanços referentes às técnicas de reprodução humana assistida, e que posteriormente o Direito precisa valorar e normatizar tais práticas, no intuito de regulamentá-las sob o manto da justiça, já que as mesmas não possuem um amparo legal. Contudo, há de se observar que a Constituição Federal instituiu ao patamar de dignidade humana o planejamento familiar, pois, é um direito fundamental a ser assegurado pelo Estado, bem como, a sua preservação.

Portanto, enfatiza que o ordenamento jurídico não possui qualquer lei específica sobre as técnicas de reprodução assistida, logo, não havendo que se falar, desta forma, de proibição ou restrição ao uso da Gestaçã o de Substituição, entretanto, deverá seguir os respaldos éticos estabelecidos pela Resolução do Conselho Federal de Medicina.

2. DA GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO: INSTITUTO DA FILIAÇÃO E O CONFLITO DE MATERNIDADE

Como mencionado, são inúmeras as transformações trazidas pela evolução das ciências, desta maneira, uma das maiores polemicas no meio social e jurídico, concerne à gestação por substituição. Tal fato ocorre, pois não há um consenso nesta doação temporária de útero.

Inicialmente, observa-se que a “gravidez de Substituição não chega a ser uma técnica científica de reprodução, mas apenas, na utilização do útero de uma terceira pessoa para assegurar a gestação. É indicado para os casos de impossibilidade física da mulher em carregar e gestar o embrião. As indicações para gestação em ventre alheio são essencialmente médicas, podendo-se mencionar como exemplos: a ausência de útero, congênita ou adquirida, e riscos com a gravidez, como nos casos de mães diabéticas” (HOLANDA; SILVA, 2009, p. 6). Desta forma, faz-se uma pertinente discussão acerca da determinação da maternidade ao nascer da criança.

Assim, nota-se que “os conflitos de maternidade já ocorreram ao redor do mundo, ocasionando impasses jurídicos de difícil solução” (DIAS; OLIVEIRA, 2019, p. 10). Logo, observa-se que necessita-se de uma maior regulamentação, e posteriormente, uma maior proteção dos direitos do nascituro.

No Brasil, sob a ótica do ordenamento constitucional vigente, a reprodução humana assistida está introduzida na classe dos direitos fundamentais, mais especificadamente no direito fundamental à vida (CASTILHO, 2005, p. 319). No mais, ainda considera que, tem-se entendido que há um direito a procriar com base nos seguintes fundamentos:

Declaração Universal dos Direitos do Homem, em que se disciplina o direito à igualdade e à dignidade da pessoa humana, prevendo ainda o direito de fundar uma família, nos arts. III, VII e XVI; b) a Constituição Brasileira de 1988, donde extrai-se o direito à procriação das normas de inviolabilidade do direito à vida (caput do art. 5º), do incentivo e da liberdade de expressão à pesquisa e ao desenvolvimento científico (art. 218), da liberdade de consciência e de crença (inc. VI do art. 5º) e ainda da previsão do planejamento familiar como livre decisão do casal (§7º do art. 226) (CASTILHO, 2005, p. 319).

Deste modo, para harmonizar o direito de reprodução a casais inférteis, foram inculcáveis as inovações surgidas nas últimas décadas, destacando, sobretudo, a gestação por substituição, objeto do presente artigo.

A vista disso, a Maternidade por Substituição consiste em um “processo mediante o qual uma mulher gesta embriões não relacionados geneticamente com ela, gerados através de técnicas de fecundação *in vitro*, com gametas de um casal que serão os pais biológicos”, (FINI; DA MOTA, 2003, p. 147), ou seja, “é compreendido como a prática na qual uma mulher gesta o filho de outra pessoa, a quem a criança é entregue após o nascimento” (VELASCO, 2016, p. 23). Desta maneira, trata-se de um empréstimo voluntário do útero de uma terceira, meramente solidária, sem fins lucrativos, a fim de gerar um filho para determinado casal.

Logo, a referida técnica “é conhecida por diversas denominações, tais como útero de empréstimo, útero de aluguel, gestação de substituição, gestação sub-rogada, mãe sub-rogada, mãe de empréstimo, mãe substituta, mãe hospedeira, mãe por procuração, barriga de aluguel, cessão temporária de útero” (SILVA, 2011, p. 3). Portanto, trata-se da cessão temporária de um útero devido a mulher ou o casal não conseguir levar a termo uma gravidez.

Carlos Alexandre Moraes destaca: “essa técnica garante a realização do casal ou da pessoa solteira de ter um filho, todavia, a gestação ocorre no útero de uma terceira pessoa” (MORAES, 2019, p. 79). Portanto, “diante das técnicas de procriação assistida, pai e mãe serão aqueles que expressaram sua vontade de procriar e que tomaram as medidas necessárias para que sua vontade parental fosse projetada e realizada com a ajuda altruísta e desinteressada de uma mãe gestacional, podendo ocorrer ou não, a doação anônima de óvulo” (BUENO; MENEZES, 2015, p. 19)

Neste ínterim, Conrado Paulino da Rosa, gera várias dúvidas que são explanadas:

Será que a mulher que cede temporariamente o seu útero para um casal que sonha em ter o seu filho, sendo que essa gestante vai passar por todas as circunstâncias de uma gravidez e não pode ser remunerada pela cessão do útero? Será que uma mulher que “alugue” sua barriga está se coisificando e assim afrontando o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana? (2016, p. 194).

Logo, nota-se que essas questões polêmicas não possuem respostas concretas, portanto, cabe aos operadores do direito, o debate e elaborarem as respostas sobre tal questão. Desta maneira, há de se observar que a gestação por sub-rogação não foi claramente definido no Brasil, e o que temos a esse respeito é a Resolução n.º 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina, que regulamenta que as doadoras temporárias de útero devem pertencer à família da doadora genética, num parentesco até quarto grau, sendo os demais casos sujeitos a autorização do Conselho Regional de Medicina; ainda, estabelece que a cessão temporária do útero não poderá ter fins lucrativos ou comercial.

Para GAMA, a gestação por substituição poderá ocorrer em três possibilidades:

(a) A ‘maternidade de substituição’, que envolve o embrião resultante de óvulo e de espermatozoide do casal, com sua implantação no corpo de outra mulher que não aquela que deseja a maternidade e forneceu seu óvulo; (b) A ‘maternidade de substituição’ que se relaciona ao óvulo e à gravidez da mulher que não quer ser mãe da criança, mas empresta seu corpo gratuitamente para gestar o embrião, e se compromete a entregar a criança ao casal solicitante, sendo que o sêmen utilizado na procriação foi o do marido que resolveu, juntamente com sua esposa, efetivar o projeto parental; (c) A ‘maternidade de substituição’ que consiste no embrião formado a partir da união de óvulo da própria mulher que engravida e de espermatozoide de doador, com o compromisso da mulher de entregar a criança ao casal que não contribuiu, por sua vez, com material fecundante (GAMA, 2008, p. 374).

Há de se observar uma das maiores discussões referente à gestação por substituição, que se trata do conflito de maternidade, desta maneira, no entendimento de Taisa Maria Macena de Lima: “a maternidade jurídica deve amoldar-se à maternidade de intenção, de modo que, para todos os efeitos legais, mãe é a receptora do material genético e não a doadora”. (LIMA, 2004, p. 252). Já nas palavras de Maria Helena Diniz, “independentemente da origem genética ou gestacional, mãe seria aquela que manifestou a vontade procriacional, recorrendo a estranho para que ela se concretizasse” (DINIZ, 2009, p. 580).

Tycho Brahe Fernandes, ao tratar da possibilidade de conflito da maternidade, traduz seu entendimento em trecho que abaixo transcrevemos:

Ante a possibilidade de um conflito de maternidade, é fundamental estabelecer juridicamente que a maternidade deverá cair sempre naquela que será a mãe socioafetiva, até porque o projeto de maternidade partiu dela, ao escrever o seu direito constitucional do planejamento familiar. (FERNANDES, 2000, p. 114)

Deste modo, a gestação por substituição “vai contra o conceito de ser a mãe apenas quem gera a criança. Tempos, acredita-se que tanto mãe, quanto pai é quem cria e tenta garantir melhores condições de vida” (BATISTA; JUNIOR, 2017, p. 14). O autor Carlos Alexandre Moraes destaca: “na maternidade de substituição, a mãe é aquela que planejou e forneceu o material genético” (MORAES, 2019, p. 80). Maria Berenice Dias aponta que:

Nas hipóteses de gravidez por substituição, ainda que seja a mãe gestacional quem recebe a declaração de nascido vivo, imperioso é assegurar à mãe – e que não necessariamente é a mãe genética – o direito de o filho ser registrado diretamente em seu nome. Tal possibilidade cadê ser buscada em juízo, mesmo antes do nascimento, para que, ao nascer, seja-lhe assegurado o direito a identidade (DIAS, 2015, p. 404)

Ante o exposto, resta-se esclarecido que na gestação por substituição, os pais são aqueles que idealizaram e doaram o material genético. “Logo, é conferida filiação aos autores ou o (a) autor(a) do projeto parental”. (VELASCO, 2016, p. 123). A vista disso verifica-se que, “a maternidade e a paternidade foram atribuídas, nesse momento, as pessoas que colaboraram com o material genético” (ALENCAR, 2013, p. 8). Assim sendo, no presente momento deve ser a filiação fixada pela afetividade, já que o fator biológico deixou de ser seu determinante.

Portanto, partindo desta premissa, podemos delimitar que o instituto da filiação, bem como o da maternidade, não se limita somente ao campo genético. Desta forma, podemos definir a filiação do nascituro concebido por técnicas reprodutivas artificiais, tanto pelo aspecto biológico quanto pelo aspecto afetivo, levando-se em consideração sempre o melhor interesse da criança.

3. DO CONTRATO DE GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Em regra, a noção de contrato estava ligada à celebração de um negócio jurídico bilateral, por meio do qual as partes regulavam as questões patrimoniais. O autor, Caio Mário da Silva Pereira, conceitua o contrato de forma mais ampla: “Contrato é um acordo de vontades, na conformidade da lei, e com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos” (PERAIRA, 2004, p.7).

Inicialmente, observa-se que o nosso Código Civil de 2002, dispõe que para que o contrato seja considerado válido é necessário que o objeto seja lícito, possível, determinado ou determinável. Ainda, o artigo 5º, caput da Constituição Federal, assegura a todos a inviolabilidade do direito à vida, assim sendo, a vida humana é abrangida como um direito indisponível e, portanto, não pode ser objeto de contrato. Ademais, a Magna Carta coíbe expressamente a comercialização do corpo, conforme exposto no art. 199, § 4º.

Nota-se que a gestação por substituição, sobrevém quando um casal que deseja ter um filho e por questões de infertilidade não possa, e, motivados pelo desejo de realização parental, procuram uma terceira pessoa que anseia ceder temporariamente o seu útero.

Tal procedimento ocorre “com a transferência de embriões ao útero de uma mulher que o alugue ou o empreste, ou através de uma inseminação artificial ou FIV em que a mulher ponha seu óvulo, além do útero” (BADALOTTI, PETRACCO, ARENT, 2004, p.7).

Logo, há de se observar, que por previsão da Resolução n.º 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina, as partes devem preencher determinados requisitos, ou seja, a mulher que procura outrem para ser “mãe substituta” de seu filho, deve possuir problema biológico que a impossibilite de gestar uma criança, e, ainda, a cedente do útero deverá ser parente em até o quarto grau da solicitante do procedimento.

Portanto, constata-se que, a gestação por substituição faz parte do grande avanço da Biotecnologia, logo, possibilita a consecução de um filho por meio de uma técnica de reprodução humana assistida. Contudo, a questão que merece uma minuciosa análise, e, é o objeto deste estudo, corresponde ao contrato gestacional e a sua validade jurídica.

Nota-se que não há posicionamento pacífico na doutrina quanto a este tema, entretanto, existem diversos estudos a respeito. Desta maneira, destaca-se que em um possível contrato de gestação por substituição, o objeto seria a vida humana, logo, poderia considerar ilícito, por se tratar da vida humana? Verifica-se que, “todas essas interrogações servem para demonstrar, a grave e profunda dimensão do problema, tendo em vista, os vários aspectos decisivos para a vida do homem concernentes à personalidade” (MACHADO, 2003, p. 55).

Nos dizeres de Carlos Alexandre Moraes, “algumas crianças provenientes da técnica de “barriga de aluguel” estão sendo encomendadas e descartadas como meros objetos de satisfação” (MORAES, 2019, p. 83). Diante disso, nota-se que, o objeto contratual deste possível contrato, seria a criança a ser gerada e concebida, e assim, encontraria obstáculos constitucionais, visto que, nossa Carta Magna, consagra em seu art. 199, § 4º 5, a proibição de comercialização da vida humana, em toda sua dimensão.

Portanto, é indiscutível que “o contrato de gestação por substituição quando firmado seria considerado inválido, pois não atenderia ao requisito mínimo previsto no plano da validade que é a licitude do objeto contratual” (ALENCAR, 2013, p. 4).

Desta forma, considerando o contrato gestacional, sustenta-se:

Analisando o contrato de gestação por substituição, entende-se que o negócio jurídico estabelecido com o objeto a própria criança a ser gerada não é autorizado no direito brasileiro, justificando-se, sobretudo, pela clara violação à inviolabilidade do direito à vida, bem como ao princípio da dignidade humana ao transformar o bebê em mero objeto de desejo dos pais solicitantes do procedimento, implicando na coisificação do homem (ALENCAR, 2013, p. 16).

E complementa a mencionada Autora:

Outro argumento relevante utilizado na defesa da invalidade do contrato gestacional é de que a gestação por substituição seria um atentado ao princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, III da CF/88, tendo em vista que a fixação de um preço por uma criança através de um negócio jurídico ensejaria na coisificação do homem, pois os atributos objetos do contrato são ínsitos à personalidade da criança que nascerá (ALENCAR, 2013, p. 4).

Nesta perspectiva, Pontes de Miranda explana que, a contratação de gestação tem como principal objeto a comercialização de parte do corpo humano, visto que no negócio jurídico será utilizado o útero da mãe substituta, não será admitido qualquer negociação. (MIRANDA, 2000, p. 40). Neste interim, “uma vez que, no aluguel de útero, podemos perceber a comercialização do homem (do útero), está-se a ferir a dignidade humana, sendo, por isso, inconstitucional”. (HOLANDA; SILVA, 2009, p. 9). As autoras ainda explanam:

O contrato de maternidade por substituição ou por sub-rogação ou contrato de gestação por conta de outrem – contraria a Constituição Federal, os artigos 69 e 145, II do Código Civil, bem como a doutrina dos Direitos de Personalidade, lembrando-se que a Doutrina também é forma de expressão do Direito. (HOLANDA; SILVA, 2009, p. 9).

Portanto, como já demonstrado previamente, é vedada toda e qualquer comercialização de partes do corpo humano, logo, tal contrato contraria não só Constituição Federal e o Código Civil, bem como a doutrina dos Direitos de Personalidade.

Nos dizeres de Mylene Manfrinato dos Reis Amaro e Carlos Alexandre de Moraes:

Nessa concepção, os direitos de personalidade correspondem à aptidão das pessoas para exigirem os demais direitos consagrados na ordem constitucional, visto que os direitos de personalidade compreendem uma categoria de direitos que possui valoração ao exigir outros direitos, como exemplo o direito fundamental ao livre planejamento familiar, o direito de reprodução (AMARO; MORAES, 2019, p. 37).

Consequentemente, nota-se que tendo em vista que a vida humana é um direito, e, mesmo que o contrato gestacional seja celebrado a título gratuito, não é consonante com o ordenamento pátrio a disposição da vida humana desta forma, o que, certamente, viola a dignidade da pessoa humana, bem como os direitos da personalidade.

Pois, constata-se que, “a personalidade civil começa com o nascimento com vida, mas o nascituro já é um ser individual desde a sua concepção, pois de outra forma o Direito não teria a preocupação em considerá-lo objeto de tutela do Estado (MACHADO; PASSARINI, 2019, p. 6). Portanto, os direitos da personalidade são direitos capazes de garantir o mínimo e fundamental à uma vida com dignidade. Para França (1998, p. 265):

[...] não há dúvida: o feto concebido é sujeito de Direitos, vale dizer, não se pode negar ao nascituro a condição de sujeito de Direitos, de pessoa natural. [...] a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 ou, pelo menos, a partir da vigência da Lei 8.069/90; só se pode sustentar a existência de uma única teoria para disciplinar o tema: a teoria da personalidade jurídica do nascituro, ou seja, a teoria da concepção para designar o início da personalidade. A personalidade não começa com o nascimento com vida, mas sim no momento da concepção.

Por conseguinte, há de se fazer uma distinção entre o contrato – pais jurídicos e clínica médica – pais jurídicos e gestante – pois, o contrato de prestação de serviços médicos deverão ser observadas as solenidades previstas na Resolução n. 2168/2017 do Conselho Federal de Medicina, a saber (Item VII):

3.1. Termo de consentimento livre e esclarecido informado assinado pelos pacientes e pela doadora temporária do útero, contemplando aspectos biopsicossociais e riscos envolvidos no ciclo gravídico-puerperal, bem como aspectos legais da filiação; 3.2. Relatório médico com o perfil psicológico, atestando adequação clínica e emocional de todos os envolvidos; 3.3. Termo de Compromisso entre o(s) paciente(s) e a cedente temporária do útero (que receberá o embrião em seu útero), estabelecendo claramente a questão da filiação da criança; 3.4. Compromisso, por parte do(s) paciente(s) contratante(s) de serviços de RA, de tratamento e acompanhamento médico, inclusive por equipes multidisciplinares, se necessário, à mãe que cederá temporariamente o útero, até o puerpério; 3.5. Compromisso do registro civil da criança pelos pacientes (pai, mãe ou pais genéticos), devendo esta documentação ser providenciada durante a gravidez; 3.6. Aprovação do cônjuge ou companheiro, apresentada por escrito, se a cedente temporária do útero for casada ou viver em união estável.

Desta forma, é evidente que “diferentemente do contrato entre a gestante e os pais jurídicos, não há dúvida de que o contrato de prestação de serviços médicos é contrato oneroso e comutativo, no qual os pais jurídicos, além de arcar com todo o custo do procedimento, deverão pagar os honorários ajustados com o profissional médico/clínica” (LIMA; SÁ; 2018, p. 29).

A vista disso percebe-se que, as técnicas de reprodução humana assistida, principalmente a gestação por substituição, detém da necessidade de instituírem regras para coibir qualquer abuso, e posteriormente, para que as pessoas possam usufruir desses avanços da ciência da melhor maneira possível.

Portanto, diante o exposto conclui-se que, por não haver no Direito brasileiro qualquer norma limitadora ou reguladora da Gestação de Substituição, sua prática é permitida, entretanto, sem fins lucrativos.

CONCLUSÃO

É incontestável que, diante da ausência de regulamentação específica sobre as técnicas de reprodução humana assistida, principalmente sobre a gestação por substituição, inúmeros conflitos passam a surgir, logo, os mesmo vão ser solucionados através das jurisprudências e aplicação dos princípios correlacionados às técnicas de procriação artificial, e seguindo os preceitos éticos da Resolução n.º 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina.

Como aludido anteriormente, a nossa Carta Magna, expandiu o conceito de família, bem como, consagrou o direito ao planejamento familiar, sem interferência do Estado, conforme estabelece o art. 226, § 7º, no qual, verifica-se que o direito ao planejamento familiar está inteiramente atrelado aos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável.

Nota-se que ao abordar sobre as técnicas de reprodução humana assistida, não se pode deixar de considerar um dos princípios básicos, que é o da dignidade da pessoa humana, e que deverá sempre servir de paradigma para a utilização de qualquer das técnicas de reprodução humana disponível no mercado.

Neste âmbito, o presente artigo buscou trazer elementos em relação à gestação por substituição, que, por sua vez, é método de reprodução humana assistida que consiste na cessão temporária do útero de uma terceira pessoa, para conceber uma criança a outrem. Trata-se, portanto, de uma forma de garantir o direito de reprodução daqueles que por questões biológicas não o podem exercer.

No que lhe concerne ao contrato de gestação por substituição, entende-se que o negócio jurídico estabelecido, tendo como o objeto a criança a ser gerada, o mesmo não é autorizado, pois desrespeita o direito à vida, bem como ao princípio da dignidade humana ao transformar o bebê em mero objeto de desejo dos pais solicitantes do procedimento, implicando na coisificação da pessoa.

Logo, é nítido que a gestação por substituição ou, popularmente conhecida como “Barriga de Aluguel”, necessita de um maior amparo jurídico, pois os tribunais vêm enfrentando, cada vez em maior número, os conflitos gerados pela falta de regras legais para a realização da técnica, devendo se pautar na analogia, costumes e princípios norteadores do Direito.

Por fim, resta-se esclarecido que, a prática da gestação por substituição é permitida, contudo, sem fins lucrativos, e que posteriormente, todo e qualquer contrato oneroso viola a dignidade da pessoa humana, bem como os direitos da personalidade. Logo, devendo o ordenamento jurídico buscar uma maior adequação às novas realidades postas diante da evolução no campo da biotecnologia, que caracteriza, assim, a necessidade de regulamentação jurídica do contrato de gestação por substituição, eis que, o ser humano não pode ser considerado uma mercadoria.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Isadora Caldas Nunes de. **A gestação por substituição à luz do ordenamento jurídico brasileiro.** Revista Eletronica – Direito Unifacs. N. 151 (2013). Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/2452/1798>. Acesso em: 31 ago. 2020.

AMARO, Mylene Manfrinato dos Reis Amaro; MORAES, Carlos Alexandre. Políticas públicas e os direitos reprodutivos por reprodução humana assistida: pela efetivação dos direitos da personalidade. **Revista Direitos Sociais e políticas públicas.** Vol. 7, n. 3, 2019. Disponível em: <http://www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/679>. Acesso em: 04 set. 2020.

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.

BATISTA, Lorraine Andrade; FREIRE JUNIOR, Aluer Baptista. **A Cessão Temporária de Útero: Possibilidade Legal.** Revista Educação, Meio Ambiente e saúde. V.7 N 4 OUT/DEZ-2017. Disponível em: <http://www.faculdedofuturo.edu.br/revista1/index.php/remas/article/view/153/243>. Acesso em: 29 ago. 2020.

BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil.** Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 01 set. 2020.

BRAUNER, Maria Claudia Crespo. Direito. **Sexualidade e Reprodução Humana**. Rio de Janeiro. Renovar. 2003. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/1300959.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2020.

CASTILHO, Fernanda Pascoal Valle Bueno de. **A reprodução medicamente assistida e seus aspectos bioéticos e jurídicos-legais**. In: CASTRO, José Antônio Lima. Temas atuais de direito civil: um enfoque constitucional. Belo Horizonte: IEC, 2005.

CHAGAS, Márcia Correia; LEMOS, Mariana Oliveira. **O direito ao planejamento familiar como direito humano fundamental autônomo e absoluto?**. Publica Direito. 2013. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/publicacao/uninove/livro.php?gt=78>. Acesso em: 04 set. 2020.

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: 01 set. 2020.

CORRÊA, Marilena C. D. V. **Ética e Reprodução Assistida: a medicalização do desejo de ter filhos**. Revista Bioética, Brasília, v. 9, n. 2, 2001.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias** / Maria Berenice Dias. – 8. ed. rev. e atual.– São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. Maria Berenice Dias. – 10 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

DIAS, Maxuel Pereira; OLIVEIRA, Kênia Rodrigues de. **Determinação da maternidade na gestação por substituição**. Vol. 06 n. 2. 2019. Disponível em: <https://sistemas.uft.edu.br/periodicos/index.php/direito/article/view/7086>. Acesso em: 02 set. 2020.

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

FERNANDES, Tycho Brahe. **A reprodução assistida em face da bioética e do biodireito: aspectos do direito de família e do direito das sucessões**. Florianópolis: Diploma Legal, 2000.

FINI, Paulo ; DA MOTA, Eduardo Leme Alves. **Útero de Substituição**. In: SCHEFFER, Brum Bruno et alli. Reprodução Humana Assistida. São Paulo: Atheneu, 2003.

FRANÇA, Limongi. **Instituições de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 1998.

Caroline Sátiro de, HOLANDA; Jana Maria Brito, SILVA. **Aspectos polêmicos sobre a gestação de substituição**. 2009. Disponível em: https://www.uni7.edu.br/recursos/imagens/File/direito/ic/v_encontro/aspectospolemicosobreag estacao.pdf. Acesso em: 25 set. 2020.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Bauru, SP: Edipro, 2003. 335p. (Série Clássicos Edipro).

LEITE, Eduardo de oliveira. **Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos.** São Paulo: RT, 1995.

LIMA, Taisa Maria Macena de. **Filiação e biodireito: uma análise das presunções em matéria de filiação em face da evolução das ciências biomédicas.** In: SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coords.). *Bioética, biodireito e o Código Civil de 2002.* Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

MACHADO, Wilton; PASSARINI, Diego Hernandes. **A gestação por substituição à luz do ordenamento jurídico brasileiro.** Revista *Judicare.* Disponível em: http://www.ienomat.com.br/revistas/judicare_arquivos/journals/1/articles/103/public/1035041. Acesso em: 27 ago 2020.

MACHADO, Maria Helena. **Reprodução humana assistida: aspectos éticos e jurídicos.** 1 ed. Curitiba: Juruá, 2008.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **A propósito do regime jurídico envolvendo questões existenciais, autonomia privada e dignidade humana.** São Paulo: Renovar, 2009.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. **Gestão por outrem e determinação da maternidade (mãe de aluguel).** Curitiba: Gênese, 1998.

MORAES, Carlos Alexandre. **Responsabilidade Civil dos Pais na Reprodução Humana Assistida.** 1. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado. Parte geral. Bens. Fatos jurídicos.** Atualizado por: Vilson Rodrigues Alves. Tomo II. Campinas – SP: Bookseller, 2000.

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

RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson Rodrigues; BORGES, Janice Silveira. Alteração da vontade na utilização das técnicas de reprodução assistida. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coord.). **Manual de direito das famílias e das sucessões,** 2008.

SILVA, Flavia Alessandra Naves. **Gestação por substituição: o direito de ter um filho.** Revista *Ciências Jurídicas e Sociais – UNG – SER.* v.1, n.1, 2011. Disponível em: <http://revistas.ung.br/index.php/cienciasjuridicasocias/article/view/914/894>. Acesso: 27 ago. 2020.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito de família – v. 5 / Flávio Tartuce.** – 14. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Lei de Introdução e Parte Geral.** 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

VELASCO, Carolina Altoé. **O objeto no contrato de gestação de substituição: na fronteira das relações jurídicas patrimoniais e existenciais.** Tese de doutorado – PUC- Rio de Janeiro. 2016. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.pucRio.br/colecao.php?strSecao=resultado&nrSeq=32573@1>. Acesso em: 25 set. 2020.

BUENO, José Geraldo Romanello. MENEZES, Daniel Francisco Nagao. **Os limites da gestação por substituição na reprodução assistida**. Revista Paradigma, Ribeirão Preto-SP, a. XX, n. 24, p. 17-33. Jan./Dez. 2015. Disponível em: <http://revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/536>. Acesso em: 25 set. 2020.