

**XXX CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI FORTALEZA - CE**

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO

ELCIO NACUR REZENDE

MARIA CREUSA DE ARAÚJO BORGES

ALEXANDER PERAZO NUNES DE CARVALHO

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 - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU - São Paulo

Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

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 - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Fernando Passos - UNIARA - São Paulo

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

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná

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

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal

Comunicação:

Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina

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

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

Relações Internacionais para o Continente Americano:

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

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

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM - São Paulo

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI - Santa Catarina

Eventos:

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

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

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

D597

Direito Civil Contemporâneo [Recurso eletrônico on-line] Organização CONPEDI

Coordenadores: Alexander Perazo Nunes de Carvalho; Elcio Nacur Rezende; Maria Creusa De Araújo Borges. – Florianópolis: CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-849-3

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

Tema: Saúde: Acesso à justiça, Solução de litígios e Desenvolvimento

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito civil. 3. Contemporâneo. XXX Congresso Nacional do CONPEDI Fortaleza - Ceará (3; 2023; Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



XXX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI FORTALEZA - CE

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO

Apresentação

No quadro do XXX Congresso Nacional do CONPEDI (Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito), realizado entre os dias 15 e 17 de novembro de 2023 na cidade de Fortaleza/CE, teve lugar um profícuo debate no campo da pesquisa do Direito Civil Contemporâneo com a apresentação de trabalhos de professores, doutorandos e mestrandos. Destaca-se o avanço da pesquisa nesse campo com a inserção de temas que expressam a inovação e as articulações com os desafios da sociedade digital e os impactos da inteligência artificial. Esses novos temas impactam na produção da pesquisa desenvolvida na pós-graduação e demandam o posicionamento na seara do Direito Civil, como os temas da responsabilidade civil, das configurações do Direito de Propriedade e dos contratos. Enfatiza-se, também, as articulações interdisciplinares que tiveram lugar nas abordagens utilizadas nos textos, articulações entre o Direito Civil, o Direito Constitucional, o Direito Internacional dos Direitos Humanos, destacando os processos de humanização nessa seara. Nessa perspectiva, se inserem os textos aqui apresentados, os quais expressam essa inovação e as articulações interdisciplinares. É indiscutível a qualidade dos artigos apresentados por diversos autores dos mais diferentes estados do Brasil, fruto de profundas pesquisas realizadas no campo da pós-graduação em Direito no Brasil.

Nos textos, estimado(a) leitor(a), você encontrará trabalhos que representam, inexoravelmente, o melhor conhecimento sobre Direito Civil em todas as suas ramificações, como nas Obrigações, Contratos, Reais, Famílias, Sucessões e na sua Parte Geral.

Fica registrado o enorme prazer dos coordenadores do grupo de trabalho em apresentar este documento que, certamente, contém significativa contribuição para a Ciência Jurídica.

DA VIOLAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE DOS ENVOLVIDOS NA GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO

VIOLATION OF THE PERSONALITY RIGHTS OF THOSE INVOLVED IN THE REPLACEMENT PREGNANCY

Mylene Manfrinato Dos Reis Amaro ¹

Cleide Aparecida Gomes Rodrigues Fermentão ²

Resumo

A presente pesquisa, busca avaliar a violação dos direitos da personalidade dos envolvidos na gestação de substituição. O problema que orienta o estudo pode ser sintetizado na seguinte pergunta: Em que medida a reprodução humana por meio da técnica de gestação de substituição é capaz de violar os direitos da personalidade? Por meio desta técnica é possível que pessoas que possuam problemas relacionados à infertilidade e esterilidade possam concretizar o direito ao livre planejamento familiar. Contudo, é importante vislumbrar que nessa modalidade de reprodução assistida não será apenas o embrião e o nascituro que sofrerá tais violações mais todos os envolvidos na técnica. Isso porque, existe um mercado reprodutivo que não só causa danos como o abandono da prole, mas também ocasiona privação ao direito de liberdade e locomoção da mulher cedente do útero. O objetivo geral do texto consiste em avaliar como a gestação de substituição impacta os direitos da personalidade dos envolvidos na técnica. Os objetivos específicos do texto, que se refletem na sua estrutura em duas seções: a) avaliar, a partir do estudo já realizado no âmbito do Direito, se a gestão de substituição promove os direitos reprodutivos e a efetivação dos direitos da personalidade; b) investigar como ocorre as violações aos direitos da personalidade por meio de práticas oriundas da gestação de substituição. O método de pesquisa foi o hipotético-dedutivo, mediante o emprego de técnica de pesquisa bibliográfica e documental.

Palavras-chave: Direitos da personalidade, Gestação de substituição, Violação de direitos, Conselho federal de medicina, Reprodução assistida

Abstract/Resumen/Résumé

This research seeks to evaluate the violation of the personality rights of those involved in the replacement pregnancy. The problem that guides the study can be synthesized in the following question: To what extent is human reproduction through the substitution pregnancy technique capable of violating personality rights? Through this technique it is possible that

¹ Doutoranda em Direito pela Universidade Cesumar – Unicesumar. Mestra em Ciências Jurídicas pela Universidade Cesumar – Unicesumar, com enfoque nos Direitos da Personalidade e seu alcance na contemporaneidade.

² Doutora nas relações sociais – direito civil – pela UFPR Universidade Federal do Paraná, pós doutora pela UNISINOS – Universidade Vale do Rio dos Sinos-RS.

people who have problems related to infertility and sterility can realize the right to free family planning. However, it is important to envision that in this modality of assisted reproduction it will not only be the embryo and the unborn child who will suffer such violations plus all those involved in the technique. This is because there is a reproductive market that not only causes harm as the abandonment of offspring, but also causes deprivation to the right of freedom and locomotion of the woman who is in the womb. The general objective of the text is to evaluate how the replacement pregnancy impacts the personality rights of those involved in the technique. The specific objectives of the text, which are reflected in its structure in two sections: a) to evaluate, from the study already carried out under the law, whether substitution management promotes reproductive rights and the realization of personality rights; b) investigate how violations of personality rights occur through practices arising from the replacement pregnancy. The research method was the hypothetical-deductive, through the use of bibliographic and documentary research technique.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Personality rights, Violation of rights, Federal council of medicine, Surrogacy, Assisted reproduction

1 INTRODUÇÃO

O tema abordado nesta pesquisa tem por objetivo elucidar as inúmeras violações aos direitos da personalidade que derivam da prática da gestação de substituição, não se restringindo apenas ao embrião, mas contemplando todos os participantes envolvidos no complexo processo da procriação artificial.

Através da reprodução assistida, indivíduos que previamente enfrentavam questões de esterilidade e/ou infertilidade puderam realizar o anseio de serem pais, um direito protegido no ordenamento jurídico brasileiro pelo §7º do art. 226 da Constituição Federal e pela Lei nº 9.263/1996, também conhecida como Lei do Planejamento Familiar.

Para uma compreensão abrangente do tópico, a pesquisa empreenderá uma análise do conceito da gestação de substituição, tanto na ótica do Conselho Federal de Medicina quanto sob a visão dos doutrinadores. Em seguida, examinar-se-á a extensão das violações aos direitos da personalidade nesse contexto, considerando que a modalidade de gestação de substituição não apenas envolve os direitos inerentes ao embrião, mas também abarca todos os participantes ligados direta ou indiretamente a essa forma de reprodução assistida.

Para alcançar esses objetivos, será empregado o método hipotético-dedutivo, que compreende a análise de obras acadêmicas, artigos em periódicos, fontes eletrônicas e a legislação pertinente. A motivação subjacente a este estudo reside na necessidade de refletir sobre a gestação de substituição diante das múltiplas implicações que tal técnica pode gerar para o ser humano, incluindo a possibilidade de coisificação do embrião, do nascituro e da mulher cedente do útero.

O entendimento das complexidades éticas, legais e sociais relacionadas à gestação de substituição é crucial para a promoção de debates informados e embasados sobre o tema, bem como para a consideração adequada das implicações envolvidas, em prol da preservação dos direitos fundamentais de todas as partes envolvidas nesse processo tão delicado e impactante.

2 DA INFERTILIDADE E ESTERILIDADE HUMANA

A infertilidade e a esterilidade motivaram inúmeras mudanças nos paradigmas da biotecnologia, inclusive para a criação e o uso de inteligências artificiais nas técnicas de reprodução humana assistida. Para muitas pessoas com problemas de fecundidade, é um suplício, especialmente social, o fato de não poder ter filhos, cenário que pode gerar não apenas

problemas de ordem moral, mas também de ordem psicológica.

A situação de incapacidade procriativa é tão dramática que pode assolar a vida de uma pessoa ou de toda a sua família. Na visão de Mary Warnock (2004, p. 49) nem a adoção seria capaz de preencher a angústia sofrida por algumas pessoas inférteis/estéreis, pois para a autora “criar niños no genéticamente conectados em modo alguno com nos otros se há convertido em una empresa considerablemente diferente a la criar a um niño que comparte nuestros propios genes”.

Os problemas que impedem as pessoas de conceber filhos por meios naturais são tidos não raro para a sociedade como uma maldição da natureza e ocasionam pressão e condenação social, gerando tristes sentimentos a quem é rotulado como infértil e/ou estéril (ANÓN, 1999, p. 164-165). Isso porque, a incapacidade procriativa pode gerar problemáticas emocionais, tais como o dor, depressão, ansiedade, raiva, choque, negação, frustração, sentimentos de culpa - todos eles se entrelaçam em uma busca incansável por uma possível causa que traga conforto e faça sentido dentro de uma perspectiva racional. Já que a infertilidade está ligada à sensação de perda de controle sobre o corpo, sobre as ações e emoções, resultando em uma profunda incerteza e na incapacidade de antecipar e planejar o futuro, é reconfortante poder contar com alguns dados conhecidos como uma forma de trazer ordem a essa situação (LOPES; LEAL (2012).

Além disso, outras consequências seriam a perda de autoestima, problemas de identidade e a falta de relacionamentos, tendo em vista que a pessoa pode se sentir diferente/inferior, o que pode refletir também na vida conjugal e sexual (DUNKEL-SCHETTER; LOBEL, 1991). Para Ballester, “*tiene razón quien piense así, pero la solución de este problema no está em las istitución de la función reproductora ausente*”. Deste modo, em situações como essas, “*la terapia debe ir dirigida a restablecer el equilibrio emocional perdido por la persona*” (BALLESTER, 2011, p.27).

Os vocábulos infertilidade e esterilidade são expressões correlacionadas e sua distinção é realizada por aspectos meramente técnicos, com importância mais para a medicina do que propriamente para o sistema jurídico. A presente pesquisa utiliza as expressões infertilidade e esterilidade como sinônimos, diante do fato de que representam a situação de impedimento para a concepção natural do ser humano. Contudo, se faz necessária a definição em separado dos dois termos, até como forma de interpretação de normas técnicas de saúde.

Em 1992, a OMS definiu a infertilidade como a “exposição de dois anos ao risco de gravidez sem concepção”, que se diferencia da definição empregada pelas clínicas de reprodução humana assistida, que a entendem como a “incapacidade de gravidez após um ano

de intercursos regulares” (WHO, 1992, p. 2).

Anos depois, em 2004, a OMS apresentou um novo prazo, de cinco anos, para o indivíduo tentar concretizar o seu projeto parental de forma natural sem ser considerado infértil (WHO, 2004). Na concepção de Mário Antônio Sanches (2013, p. 83) “essa diferença de períodos – um ano, dois anos, cinco anos – certamente é apenas operacional”, pois “[...] cinco anos seria um tempo inaceitável de espera para um casal que deseja iniciar um tratamento” (SANCHES, 2013, p. 83).

Já para Resolução nº 2.320/2022 do Conselho Federal de Medicina (CFM), o conceito de infertilidade é traduzido como “um problema de saúde, com implicações médicas e psicológicas, e a legitimidade do anseio de superá-la” (CFM, 2017). Já segundo Raquel Alvarenga (2005, p. 229) a infertilidade consiste na incapacidade de um ou ambos os parceiros em alcançar uma gravidez ao longo de um período conjugal de pelo menos dois anos, sem o uso de métodos contraceptivos e mantendo uma atividade sexual regular, seja devido a fatores funcionais ou orgânicos.

Portanto, a infertilidade é atribuída àquela pessoa que consegue a fecundação, mas que não consegue levar a gravidez adiante, logo, trata-se de incapacidade de ter filhos quando a fecundação ocorrer, impedindo o nascimento da criança (FATHALA; ROSENFELD; INDRISO, 1990).

Já a esterilidade acontece quando a gravidez não ocorre, ou seja, a pessoa sequer consegue alcançar a fecundação. Considerando-se estéril o casal que, após um ano de prática sexual frequente sem uso de métodos contraceptivos, não alcança o resultado da gravidez (PESSINI, 1997, p. 217).

Ou seja, a esterilidade corresponde à incapacidade absoluta para engravidar depois de ter praticado regularmente o coito durante um ano (ROMEU; MONZÓ; RODRÍGUEZ, 2008). Já a Federação de Obstetrícia e Ginecologia (FIGO) define a esterilidade como “o procedimento que afeta os casais que não conseguem filhos de forma natural aos dois anos de relacionamento sexuais normais” (TARONGER *et al.*, 2008, p.165).

Dentro do cenário dos desafios reprodutivos, a vasta maioria daqueles que não conseguem alcançar a paternidade ou maternidade através de vias naturais se depara com questões relacionadas à infertilidade, reservando a designação de esterilidade para os casais que enfrentam uma total impossibilidade de concepção. No entanto, mesmo para esses últimos, abre-se a oportunidade de realizar o sonho da parentalidade através de abordagens médicas especializadas. Nesse contexto, uma série de considerações se revelam essenciais para compreender a complexidade dessas condições e as possibilidades de superá-las.

A distinção entre infertilidade e esterilidade reside na natureza da limitação reprodutiva enfrentada pelo casal. Enquanto a infertilidade indica dificuldades em alcançar uma gravidez por meios naturais, a esterilidade caracteriza uma incapacidade absoluta de conceber. Essa distinção é crucial, uma vez que a gama de tratamentos e intervenções disponíveis varia de acordo com a natureza do problema.

Para aqueles diagnosticados como estéreis, um cenário outrora desolador agora brilha com esperança graças aos avanços médicos. Tratamentos como a fertilização in vitro (FIV), inseminação artificial e doação de óvulos ou espermatozoides têm possibilitado a realização do sonho da parentalidade para muitos casais. A convergência entre tecnologia médica de ponta e a determinação dos indivíduos em busca da paternidade ou maternidade tem redefinido os limites da possibilidade reprodutiva.

Nesse contexto, é crucial reconhecer não apenas as dimensões físicas, mas também as emocionais e psicológicas envolvidas no enfrentamento da infertilidade e esterilidade. O desejo de ser pai ou mãe é profundamente enraizado na experiência humana, e o obstáculo da infertilidade pode desencadear uma gama de reações emocionais, incluindo ansiedade, tristeza e frustração. Da mesma forma, os tratamentos para superar esses obstáculos podem ser emocionalmente desgastantes, exigindo um forte apoio tanto médico quanto psicológico.

Enquanto os termos "infertilidade" e "esterilidade" podem se referir a desafios aparentemente intransponíveis, é essencial compreender que as fronteiras da possibilidade reprodutiva têm se expandido consideravelmente. Com a convergência da ciência médica e o espírito resiliente daqueles que anseiam por serem pais, a busca pela parentalidade se tornou uma jornada repleta de oportunidades, esperança e a possibilidade de realizar um dos mais profundos anseios humanos.

Tanto a infertilidade quanto a esterilidade podem surgir não somente do lado feminino, como muitas vezes é erroneamente presumido, mas também da perspectiva masculina, sendo resultado de uma variedade de fatores, incluindo causas físicas de origem biológica e genética, bem como problemas de natureza psicológica. Estes últimos podem, por exemplo, desencadear condições como a depressão, que afeta cerca de 77% dos casais que enfrentam desafios de infertilidade ou esterilidade (PINHEIRO; MITCHELL, 1998).

Maria Helena Machado (2003, s.p) ressalta que, no Brasil, metade das pessoas diagnosticadas com problemas reprodutivos enfrentam tais dificuldades devido a infecções ou doenças sexualmente transmissíveis. No âmbito masculino, destacam-se problemas como a varicocele, infecções no sistema genital e causas congênitas. No caso das mulheres, as doenças estão frequentemente associadas a distúrbios na ovulação, endometriose pélvica, disfunções nas

tubas uterinas e condições congênitas. Além dessas questões, a poluição também emerge como um fator que pode afetar negativamente a fertilidade, prejudicando o código genético e comprometendo a saúde reprodutiva tanto de homens quanto de mulheres (FERRAZ, 2011).

Através dos tempos, o valor da fertilidade não somente se revelou como uma manifestação natural de perpetuação da espécie, mas também como um elemento crucial para a continuidade do poder monárquico. Um exemplo ilustrativo é encontrado na figura de Henrique VIII, que governou a Inglaterra de 1491 a 1547. Ao se casar com a viúva de seu irmão, Henrique VIII encontrou-se diante de um dilema: ele tinha apenas uma filha, o que o excluía da sucessão ao trono. Motivado por um desejo urgente de assegurar um herdeiro masculino, ele desafiou as leis eclesiásticas ao unir-se em matrimônio com Ana Bolena, uma mulher fértil que oferecia a promessa de descendência (MOURA; SOUZA; SCHFFER, 2009).

Pedrosa Neto e Franco Junior (1998, p. 113) debatem de maneira convincente acerca da viabilidade da adoção da reprodução humana assistida como um meio para efetivar o desejo parental. Eles sustentam que a relevância da influência biológica na reprodução e a realização profunda que um casal vivencia ao dar as boas-vindas a um filho fundamentam de maneira plena a utilização das técnicas de reprodução humana.

Assim, ao proporcionar às pessoas que enfrentam questões de infertilidade ou esterilidade a oportunidade de acessar tratamentos avançados de reprodução humana assistida, o Estado não somente assegura o pleno exercício do direito à saúde, mas também consolida os direitos reprodutivos individuais. Além disso, ao fomentar a concretização dos direitos fundamentais da personalidade, como o direito à formação familiar e à busca da felicidade pessoal, tais intervenções se tornam um pilar essencial na promoção da autonomia e da dignidade das pessoas envolvidas.

3 DA GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO E DA VIOLAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

A prática da gestação de substituição emerge quando uma terceira mulher é envolvida para gerar e trazer ao mundo o filho de outros indivíduos. Esse complexo processo é viabilizado quando a mulher que idealiza a formação da família enfrenta obstáculos que a impedem de conceber uma criança por si mesma, seja devido a razões médicas ou outras circunstâncias particulares. Além disso, a gestação de substituição também surge como uma opção viável quando homens solteiros ou casais homossexuais almejam ter um filho, mas necessitam de um útero onde o embrião possa se desenvolver e crescer.

No cerne desse processo, estão as aspirações parentais e a noção abrangente de família. Para algumas mulheres, a impossibilidade de conceber e dar à luz pode ser uma jornada emocionalmente desafiadora, repleta de expectativas culturais, pressões sociais e anseios pessoais. A gestação de substituição surge então como uma alternativa, oferecendo a chance de experimentar a maternidade de maneira única e significativa.

Além disso, a gestação de substituição também amplia a concepção tradicional de parentalidade, reconhecendo a necessidade de um ambiente uterino para que o embrião possa se desenvolver até a maturidade. Essa técnica permite que homens solteiros ou casais homossexuais masculinos concretizem seu desejo de paternidade de maneira tangível, recorrendo a uma mulher disposta a colaborar nesse processo. Isso não apenas enfatiza a evolução das estruturas familiares, mas também a diversidade de caminhos que levam à formação de uma família amorosa e dedicada.

Contudo, é crucial notar que a gestação de substituição também traz à tona questões éticas, legais e emocionais complexas. A necessidade de delinear acordos claros e contratuais entre todas as partes envolvidas é imperativa para assegurar a proteção dos direitos de todos os envolvidos, incluindo o bem-estar da mulher gestante, a mulher que almeja ser mãe e os futuros pais. O processo também exige um nível profundo de compreensão e comunicação, não apenas entre as partes envolvidas, mas também com os profissionais de saúde que desempenham um papel crucial em guiar essa jornada.

Contudo, a gestação de substituição pode ser uma encruzilhada de expectativas, desafios e possibilidades. Ela transcende as noções convencionais de parentalidade, abrindo espaço para configurações familiares diversificadas e proporcionando um caminho para a realização dos sonhos parentais, independentemente das barreiras iniciais que possam surgir. Como em todas as decisões ligadas à formação de uma família, a escolha de recorrer à gestação de substituição é profundamente pessoal, refletindo os valores, aspirações e prioridades dos indivíduos envolvidos.

O item VII da Resolução nº 2.320/2022, do Conselho Federal de Medicina dispõe que a gestação de substituição “não pode estar condicionada a uma contraprestação pecuniária ou negociação/comercial, sendo que a cedente deve pertencer à família de um dos parceiros em parentesco consanguíneo até o quarto grau” (CARDIN; AMARO; CAZELATTO, 2019, p. 636-659).

Nessa técnica, o que se evidencia é “[...] a gestação, relaciona com o útero e não com a barriga”, o que já desclassifica o termo “barriga de aluguel”. Além disso, a expressão sub-rogação também é inequívoca, pois “sub-rogação, originária do latim *subrogatio*, trata-se de

forma extinta da obrigação e significa a substituição de uma pessoa por outra em relação de crédito e débito”, o que não se aplica à técnica (CARDIN; LOPES, 2019, p. 31).

No contexto brasileiro, observa-se a ausência de uma legislação dedicada a abordar o tema da gestação de substituição de maneira específica. Apesar dessa lacuna legal, o Conselho Federal de Medicina (CFM) desempenha um papel importante ao fornecer orientações éticas através de uma resolução administrativa. Esta resolução tem como objetivo estabelecer diretrizes que norteiem os profissionais de saúde envolvidos na condução dessa modalidade de procriação.

No entanto, essa abordagem com base em resoluções administrativas levanta questões sobre a abrangência e a aplicabilidade das regras definidas pelo CFM. A ausência de uma legislação formal pode resultar em um quadro de incerteza jurídica, uma vez que a interpretação e a aplicação das diretrizes podem variar. Além disso, o caráter dinâmico e em constante evolução da medicina reprodutiva pode desafiar a capacidade das resoluções atuais em se manterem atualizadas e adaptadas às inovações técnicas e éticas.

A lacuna legislativa também pode afetar os direitos e proteções das partes envolvidas nesse processo, incluindo a mulher gestante, a mulher que almeja ser mãe e os futuros pais. A ausência de um arcabouço legal específico pode resultar em situações complexas e ambíguas em termos de autoridade legal e responsabilidades em caso de conflitos ou questões emergentes.

A discussão em torno da gestação de substituição também engloba uma variedade de aspectos, desde as preocupações éticas até as questões socioeconômicas e psicossociais envolvidas. A falta de uma legislação clara pode limitar a capacidade de abordar todas essas facetas de maneira adequada e coordenada.

Sendo assim, a busca por um quadro legal mais abrangente que regule a gestação de substituição no Brasil permanece uma pauta relevante. Uma legislação cuidadosamente elaborada e abrangente poderia fornecer um terreno mais estável e previsível para todos os envolvidos, garantindo direitos, responsabilidades e proteções claras, bem como considerando os diversos aspectos envolvidos nesse delicado processo de formação de famílias.

No contexto internacional tal prática é regulada pela legislação estrangeira. Nem todos os países são permissíveis para a gestação de substituição, entre eles, França, Alemanha¹, Portugal, Suécia e Itália². Já entre os que permitem a prática destacam-se Bulgária, Índia, Nova Zelândia, Espanha e Ucrânia (MACHADO, 2009).

Em contrapartida, a Austrália, a Alemanha e alguns estados dos Estados Unidos

¹Lei Protetora dos Embriões (Embryonenschutzgesetz, ESchG) de 13 dez. 1990, § 1, (1), 6. e7.

²Lei de Procriação Assistida italiana (Legge n. 40 del 19 febbraio 2004).

incriminam quem utilizar a gestação de substituição para auferir lucro (LEITE, 1995). Letícia Carla Baptista Rosa (2013, p. 142) enfatiza que a gestação de substituição pode acontecer de forma tradicional ou gestacional. Na primeira forma, a mulher que gerar a criança será a mãe genética, uma vez que o material genético feminino é proveniente da mulher “barriga de aluguel”. Já na segunda, não existe qualquer laço consanguíneo entre a pessoa que cede o útero e a criança, pois o material genético utilizado foi da mulher que gerou o embrião.

No Brasil, a Resolução nº 2.320/2022 emitida pelo CFM desempenha um papel decidido ao estabelecer regras de natureza administrativa que regulamentam a prática da gestação de substituição. A referida resolução enfatiza que as doadoras de útero para esse propósito devem possuir vínculo familiar com um dos idealizadores do projeto parental, mantendo um parentesco consanguíneo de até quarto grau e excluindo qualquer caráter de compensação financeira. Dessa forma, essa técnica é reconhecida como um instrumento que viabiliza a concretização do planejamento familiar para aqueles que não podem conceber seus próprios filhos.

A adoção dessa prática de procriação em um útero alheio remonta a 1992, quando a primeira resolução sobre reprodução assistida do CFM a permitiu. Desde então, tem sido objeto de ajustes e refinamentos, respondendo às mudanças nas perspectivas sociais e científicas. Um marco significativo ocorreu em 2013, quando a técnica foi estendida aos casais homoafetivos. Esse avanço representou uma ruptura paradigmática e, em última análise, permitiu que indivíduos antes desprovidos desses direitos fundamentais pudessem agora exercer o planejamento familiar, a filiação e a parentalidade responsável.

Essa evolução na regulamentação e na aplicação da gestação de substituição reflete a busca contínua por um equilíbrio entre considerações éticas, científicas e jurídicas. Ao mesmo tempo, destaca o papel dinâmico da medicina reprodutiva e do direito em se adaptar às necessidades cambiantes da sociedade. O progresso na abordagem legal da gestação de substituição também sublinha a importância da inclusão e do reconhecimento dos direitos de personalidade de diversos grupos, garantindo a todos a oportunidade de construir famílias em conformidade com suas aspirações e identidades.

Logo, pessoas solteiras e casais homoafetivos podem-se utilizar da gestação de substituição para o nascimento de seus filhos. Isso porque, tal técnica de reprodução humana assistida é empregada tanto para casais do sexo masculino, em razão da inexistência do útero, quanto para casais femininos, que possuem impedimento de ordem biológica (esterilidade/infertilidade) e não conseguem a gestação por meio do próprio aparelho reprodutor.

Para além dos benefícios oferecidos às pessoas com dificuldades de procriação, a técnica

de gestação de substituição também traz consigo um aspecto sombrio, que progressivamente pode violar os direitos fundamentais daqueles que se submetem a essa abordagem artificial. Isso decorre do fato de que há relatos alarmantes de situações que beiram um sistema assemelhado à escravidão, assim como práticas eugênicas relacionadas às crianças concebidas por meio dessa técnica.

Um caso emblemático que evidencia essa complexidade ocorreu em 2011 na Tailândia. A mídia revelou a existência de um empreendimento comercial denominado "Baby 101", que atraía mulheres estrangeiras, principalmente do Vietnã, por meio de anúncios atraentes que prometiam lucros significativos de até 32 mil dólares por bebê gerado. No entanto, ao chegarem ao país, essas mulheres eram submetidas a uma espécie de prisão dentro do estabelecimento, sendo forçadas a permanecerem confinadas até darem à luz. Esse cenário se tornava possível graças ao confisco de seus passaportes, que eram retidos como forma de coerção para garantir a continuidade da gestação (MORAES, 2019).

Outro relato chocante ilustra o descarte de um filho concebido por meio da gestação de substituição. Um casal australiano tomou a decisão de abandonar o bebê gerado dessa maneira, uma vez que a criança necessitava de cuidados especiais ao longo da vida. Esse comportamento evidencia a presença de uma eugenia seletiva, na qual apenas aqueles considerados "perfeitos" são escolhidos para sobreviver, enquanto aqueles que possuem algum mal congênito ou qualquer característica que não atenda às expectativas dos pais são condenados ao abandono (MORAES, 2019).

No contexto das complexidades associadas à gestação de substituição, um caso notório que reverberou internacionalmente envolveu a famosa comediantes Sherri Shepherd e seu então marido, o roteirista Lamar Sally. O casal recorreu à técnica de gestação de substituição para dar à luz seu filho. Entretanto, o desenrolar da gestação foi marcado por um divórcio, o que resultou na recusa da criança por parte da humorista. A rejeição ocorreu devido ao fato de que o filho havia sido concebido a partir do material genético de uma doadora anônima e do esperma do então cônjuge (MORAES, 2019).

Outra situação que ilustra os desafios dessa técnica é a recusa de uma mulher em entregar a criança nascida de seu útero aos que idealizaram o projeto parental. Nesse caso, a concepção se deu através da combinação do material genético do pai biológico com os óvulos da mulher que carregou o bebê. Após o nascimento, a mãe biológica solicitou que a mulher que gestou a criança a alimentasse, o que estabeleceu um vínculo afetivo entre ela e o bebê, resultando em sua recusa em entregar a criança aos supostos pais biológicos.

O desenrolar dessas situações nos tribunais evidencia a complexidade legal e ética

envolvida. No caso mencionado, o Tribunal do Estado do Tennessee determinou que os indivíduos que contribuíram com o material genético para a concepção da criança têm o direito de pleitear sua guarda, enquanto pouco foi mencionado em relação à mulher que a gestou (MORAES, 2019).

Essas histórias são apenas um vislumbre das preocupações mais amplas relacionadas à gestação de substituição. A ausência de uma legislação clara e abrangente permite a ocorrência de diversas condutas antiéticas por parte dos envolvidos no processo de gestação de substituição. Situações como abortos seletivos solicitados pelos pais que não desejam um filho com anomalias, bem como o abandono de crianças após o divórcio, ilustram a desumanização que pode emergir.

Esse quadro complexo também revela a vulnerabilidade de pessoas em estágios iniciais da vida humana e a falta de responsabilidade de alguns que buscam apenas satisfazer desejos momentâneos e egoístas. No processo, os direitos fundamentais das mulheres gestantes também podem ser violados, destacando questões de liberdade e autonomia.

Diante dessas reflexões, fica evidente que a gestação de substituição envolve não apenas os benefícios esperados, mas também um vasto espectro de desafios éticos, legais e sociais que precisam ser cuidadosamente considerados para proteger os direitos de todas as partes envolvidas e garantir a dignidade e bem-estar de todos os seres humanos envolvidos nesse processo complexo.

Esses exemplos destacam a complexidade ética e moral associada à gestação de substituição. Enquanto a técnica oferece a esperança de realização dos desejos parentais para muitos, ela também abre a porta para abusos e dilemas preocupantes. O equilíbrio entre os benefícios e os riscos, bem como a proteção dos direitos das partes envolvidas, emerge como um desafio constante na busca por regulamentação adequada e conscientização sobre essa prática.

Mas como solucionar essas questões que violam os direitos da personalidade? Existe mesmo um direito a ter uma prole a todo custo? E, em caso de arrependimento, é possível abandonar o filho, sendo considerado uma coisa? Diante da omissão legislativa, o Conselho Federal de Medicina também não é capaz de suprir todas as indagações relacionadas ao tema, isso porque, as resoluções editadas por esse conselho não são vinculantes, apenas orientam em esfera administrativa, o que reforça ainda mais as chances de os genitores usarem a reprodução humana assistida de modo indiscriminado.

Logo, todos os exemplos citados são violações que podem acontecer diante do uso dessa técnica artificial, cenário que o direito deve tutelar para que haja limites éticos na gestação de

substituição. Talvez a solução seja tratar a técnica como um contrato existencial, diante do alcance dos mais diversos direitos da personalidade, como o direito à vida, à saúde, à integridade física, à liberdade, à autonomia e ao próprio planejamento familiar.

A ausência de uma regulamentação específica torna o contrato existencial uma abordagem adequada para estabelecer os direitos e deveres relacionados à gestação de substituição, dada a natureza pessoal e extrapatrimonial dessa prática. Os contratos existenciais ganham essa designação porque não visam lucro monetário, mas sim direitos extrapatrimoniais, como o direito à vida do novo ser que emerge da gestação de substituição.

De acordo com a definição de Paulo Nalin (2010, s.p), contratos existenciais são relações jurídicas subjetivas que se fundamentam na solidariedade constitucional, buscando gerar efeitos jurídicos tanto existenciais quanto patrimoniais, não somente entre as partes envolvidas, mas também em relação a terceiros. Assim, a motivação puramente mercantilista cede espaço para um contrato que almeja a negociação de bens extrapatrimoniais, visando assegurar a preservação dos direitos de personalidade (NALIN, 2010), o que, por sua vez, fundamenta uma abordagem humanitária em relação ao bem em questão.

O cerne desse contrato repousa na prestação de um bem essencial para a subsistência da pessoa, com a salvaguarda dos valores inerentes à sua dignidade, conforme delineado pela Constituição da República (AGUIAR, 2011, p. 91-110). Nesse contexto, na gestação de substituição, o bem existencial é o nascimento de uma criança em um útero alheio, que deverá ser entregue aos genitores após o parto.

Adicionalmente, todas as circunstâncias pertinentes a essa técnica devem ser estipuladas, incluindo a cláusula de não abandono da criança em caso de doenças ou anomalias. Isso é crucial, pois nos casos de concepção natural, os genitores não têm a prerrogativa de desistir da gravidez quando o filho apresenta necessidades especiais, como é o caso da Síndrome de Down. Infelizmente, tal conduta é possível no contexto da reprodução humana assistida.

Nesse cenário, destaca-se a importância de salvaguardar os direitos de personalidade da mulher que cede o útero, uma vez que proibir sua locomoção e outras atividades constitui uma clara violação de sua personalidade individual. Diante do estado atual de indefinição legislativa, a adoção de contratos existenciais parece ser uma medida eficaz para regulamentar a gestação de substituição, a fim de garantir o exercício dos direitos de personalidade e a preservação da dignidade humana, especialmente no contexto do embrião.

4 CONCLUSÃO

A presente pesquisa se debruçou sobre a complexa questão da gestação de substituição à luz dos direitos da personalidade. Para isso, primeiramente, foi essencial compreender a dinâmica dessa técnica e sua terminologia, que varia entre os doutrinadores e países.

O escopo desta pesquisa delimitou a abordagem da gestação de substituição, explorando as diversas perspectivas sob o prisma dos direitos da personalidade. Especial destaque foi dado ao embrião, uma fase altamente vulnerável do ser humano, identificando-se assimetrias e conflitos que emergem no contexto do planejamento familiar por meio das técnicas de reprodução assistida, abarcando a manipulação genética, a gestação e o nascimento da prole.

As práticas que orbitam em torno dessa técnica muitas vezes não servem aos interesses genuínos da humanidade, revelando-se violadoras da dignidade humana em todas as fases do desenvolvimento. Por meio desta pesquisa, emergiram diversas condutas com potencial para transgredir os direitos de personalidade do embrião e das partes envolvidas na gestação de substituição.

O descarte e o abandono de embriões, que muitas vezes ocorre, representam uma evidente objetificação do embrião. Ao permitir que profissionais criem mais embriões do que o necessário, conforme autorizado pela Resolução nº 2.320/2022 do Conselho Federal de Medicina, os idealizadores do projeto parental frequentemente descartam ou abandonam os excedentes. Esse comportamento causa danos inquestionáveis aos direitos de personalidade desses embriões, que têm vida e dignidade.

A eugenia positiva é outro problema explorado nesta pesquisa, demonstrando como pode haver violação da saúde e da integridade física dos futuros filhos. Ao escolher características pré-determinadas para os filhos, os idealizadores do projeto parental podem inadvertidamente escolher traços prejudiciais ao desenvolvimento saudável da prole.

Quanto à cedente do útero, a violação ocorre quando sua liberdade de locomoção é restrita até o nascimento da criança, como evidenciado no caso da clínica da Tailândia, que manteve mulheres contratadas como "barrigas de aluguel" em cárcere privado. Elas eram forçadas a abortar independentemente da fase de desenvolvimento do embrião quando os idealizadores do projeto parental abandonavam o filho. Para prevenir tais abusos aos direitos da personalidade, surge a necessidade de um contrato existencial, desprovido de caráter econômico e lucrativo, visto que a gestação de substituição deve ser realizada de maneira altruística. Esse contrato seria fundamental para estabelecer todos os direitos e obrigações dos genitores e da cedente do útero.

Assim, conclui-se que a melhor abordagem para combater os problemas identificados ao longo desta pesquisa reside na observância das normas administrativas do Conselho Federal de Medicina e na celebração de contratos existenciais. Essas medidas servem para impor direitos e deveres aos idealizadores do projeto parental, com o intuito de evitar violações aos direitos pessoais dos envolvidos na gestação de substituição. A implementação de tais salvaguardas é essencial para assegurar que a complexa jornada da gestação de substituição seja conduzida com respeito aos valores humanos fundamentais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. Contratos relacionais, existenciais e de lucro. RTDC: **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, ano 12, v. 45, p. 91-110, jan./mar. 2011. Disponível em: http://www.ruyrosado.com/upload/site_producao intelectual/141.pdf. Acesso em: 4 jul. 2023.

ALVARENGA, Raquel de Lima Leite Soares. Considerações sobre o congelamento de embriões. In: CASABONA, Carlos María Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (coords.). **Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 229-247.

ANÓN, Carlos Lema. **Reproducción, Poder y Derecho**. Madrid: Trotta, 1999.
BALLESTER, Francisco José Ballesta. El equívoco de la esterilidad: ¿enfermedad o manipulación? *Revista de Bioética y Derecho*, Madrid, n. 23, p. 21-34, set. 2011. Disponível em: <https://revistes.ub.edu/index.php/RBD/article/view/7660/9564>. Acesso em: 4 jul. 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [1988]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 5 jul. 2023.

CARDIN, Valéria Silva Galdino; AMARO, Mylene Manfrinato dos Reis; CAZELATTO, Caio Eduardo Costa. Da inseminação artificial homóloga *post mortem* sob a ótica do direito à filiação e à sucessão. **Revista Quaestio Iuris**, v. 12, n. 3, p. 636- 659, 2019. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/39070/32707>. Acesso em: 25 jul. 2023.

CARDIN, Valéria Silva Galdino; CAMILO, Andryelle Vanessa. Dos aspectos controvertidos da reprodução assistida *post mortem*. **Revista de Ciências Jurídicas- UEM**, Maringá, v. 7, n. 1, p. 119-138, jan./jun. 2009. Disponível em: <https://direitouem1.files.wordpress.com/2011/09/aspectos-controvertidos-da-rep-assistida-pos-mortem.pdf>. Acesso em: 4 ago. 2023.

CARDIN, Valéria Silva Galdino; LOPES, Claudia Aparecida Costa. **Do contrato da gestação de substituição como instrumento de minimização da vulnerabilidade do embrião humano**, cit., p. 31.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Resolução CFM nº 2.320/2022**. Adota as

normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida – sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudam a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos, tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM nº 2.168, publicada no D.O.U. de 10 de novembro de 2021, Seção I, p. 73. Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2021/2294_2021.pdf. Acesso em: 25 jul. 2023.

DUNKEL-SCHETTER, C.; LOBEL, M. Psychological reaction to infertility. In: STANTON, A. L.; DUNKEL-SCHETTER, C. (eds.). **Infertility: Perspectives from Stresse and Coping Research**. New York: Plenum Press, 1991. p. 29-57.

FATHALA, M. F.; ROSENFELD, A. R.; INDRISO, C. Infertility. In: ROSENFELD, A. R.; FATHALA, M. F. (eds.). **The FIGO Manual of Human reproduction: Reproductive Health: Global Issues**. Park Ridge: NJ Parthenon Publishing Group, 1990. v. 3.

FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros correia. **Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da personalização**. Curitiba: Juruá, 2011.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato: os novos princípios contratuais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

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

LOPES, Vânia; LEAL, Isabel. **Ajustamento Emocional na Infertilidade**. Lisboa: Placebo, LDA., 2012.

MACHADO, Maria Helena. **Reprodução humana assistida: aspectos éticos e jurídicos**. Curitiba: Juruá, 2003.

MOURA, Marisa Decat de; SOUZA, Maria do Carmo Borges de; SCHEFFER, Bruno Brum. Reprodução assistida: Um pouco de história. Revista da SBPH, Rio de Janeiro, v. 12, n. 2, p. 23-42, dez. 2009. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S151608582009000200004&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 13 abr. 2023.

MORAES, Carlos Alexandre. **Responsabilidade civil dos pais na reprodução humana assistida**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.

NALIN, Paulo. **Do Contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional**. Curitiba: Juruá, 2010. Disponível em: <http://direito-ufpr.blogspot.com/2010/12/141210.html>. Acesso em: 25 jun. 2023.

PESSINI, Léo. **Problemas atuais de bioética**. São Paulo: Loyola, 1997.

ROMEU, A.; MONZÓ, A.; RODRÍGUEZ, L. Epidemiologia de la esterilidad. In: MATORRAS, R.; HERNÁNDEZ, J.; MOLERO, M. D. (eds.). **Tratado de reproducción humana para enfermería**. Buenos Aires: Médica Panamericana, 2008.

SANCHES, Mário Antonio. **Reprodução assistida e bioética: metaparentalidade**. São Paulo: Ave-Maria, 2013.

TARONGER, R. *et al.* Tratamientos no asistidos da esterilidad. *In*: MATORRAS, R.; HERNÁNDEZ, L.; MOLERO, M. D. (eds.). **Tratado de reproducción humana para enfermería**. Buenos Aires: Médica Panamericana, 2008.

WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO). **Infecundity, infertility, and childless ness in developing countries**. Geneva: WHO, 2004. Disponível em: WWW.who.int/reproductivehealth/topics/infertility/DHS-CR9.pdf. Acesso em: 25 ago. 2023.

WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO). The epidemiology of infertility: report of a WHO scientific group. Geneva: WHO, 1975. Disponível em: <https://apps.who.int/iris/handle/10665/37422>. Acesso em: 4 jul. 2023.