



CENTRO UNIVERSITÁRIO – UNIFANAP
CAMPUS BELA MORADA BACHARELADO EM DIREITO
COORDENAÇÃO DO CURSO DE DIREITO

RAQUEL ALVES PEREIRA REIS

CONDIÇÕES E OBRIGAÇÕES DA GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO

APARECIDA DE GOIÂNIA

2020

RAQUEL ALVES PEREIRA REIS

CONDIÇÕES E OBRIGAÇÕES DA GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO

Trabalho de Monografia Jurídica apresentado à Banca Examinadora do Centro Universitário Faculdade Nossa Senhora Aparecida (UniFANAP) como exigência parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito, sob a orientação da prof.^a orientadora – Doutora Niúra Silva Bettim

APARECIDA DE GOIÂNIA

2020

Reis, Raquel Alves Pereira

R375c Condições e obrigações na gestação por substituição. / Raquel Alves Pereira Reis. – Aparecida de Goiânia-GO, 2020.

xi, 55 f. ; 29 cm

Trabalho de conclusão de curso (Graduação em Direito) – Centro Universitário Nossa Senhora Aparecida - UniFANAP, Campus Bela Morada, Aparecida de Goiânia, 2020.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Niúra Silva Bettim.

1. Gestação de Substituição. 2. Direitos do Nascituro. 3. Contrato. I. Título. II. Centro Universitário Nossa Senhora Aparecida.

CDU 347.44:612.63

RAQUEL ALVES PEREIRA REIS

CONDIÇÕES E OBRIGAÇÕES DA GESTÃO POR SUBSTITUIÇÃO

Aparecida de Goiânia. ____/____/2020.

Banca Examinadora

Orientadora Professora: Doutora Niúra Silva Bettim

Prof. (titulação e nome do professor orientador)

APARECIDA DE GOIÂNIA

2020

Dedico este trabalho a todos que contribuíram direta ou indiretamente em minha formação acadêmica e especialmente ao meu esposo e meus filhos que foram condiscípulos de todas as horas, e a minha orientadora pela benevolência de sempre.

AGRADECIMENTO

Agradeço primeiro a Deus por ter me mantido na caminhada certa durante este projeto de pesquisa com saúde e forças para chegar até o final.

Sou grata à minha família por sempre me incentivarem e acreditarem que eu seria capaz de superar os obstáculos que a vida me apresentou.

Não poderia deixar de agradecer as minhas colegas de trabalho, por sempre ver em mim uma inspiração pra estudar e vencer na vida com o estudo. E aos duradouros colegas de sala.

Sou grata a minha professora Doutora Niúra Silva Bettim e orientadora do meu trabalho, pela confiança depositada na minha proposta de projeto. Obrigada por me manter motivada durante todo esse tempo.

Não menos especial agradecer a instituição de ensino, na qual durante todo o meu percurso acadêmico estive me proporcionando as mais diversas experiências e aulas com os melhores mestres.

‘Sonhos determinam o que você quer. Ação determina o que você conquista’

(ALDO NOVAK)

RESUMO

Tem como objeto de pesquisa o contrato de gestação por substituição, com o intuito de averiguar probabilidade de sua validade no ordenamento jurídico brasileiro, tendo como pilar, as condições do negócio jurídico, assim como a teoria contratual vigente, observando ainda os direitos reprodutivos e bem como os do nascituro tendo como base principiológica a autonomia da vontade e a dignidade humana. Demonstrar a imposição de tutela legal da relação privada tendo como garantia o direito à vida e ainda uma análise sobre questões que envolve a filiação dos bebês gerados pela técnica de reprodução assistida em especial a cessão temporária de útero.

Palavras-chave: Gestação de substituição. Direitos do nascituro. Autonomia da vontade. Contrato. Filiação.

ABSTRACT

Its research object is the pregnancy contract by substitution, in order to ascertain the probability of its validity in the Brazilian legal system, having as a pillar, the conditions of the legal business, as well as the current contractual theory, observing also the reproductive rights and well as those of the unborn child having as a principle the autonomy of the will and human dignity. Demonstrate the imposition of legal protection of the private relationship with the guarantee of the right to life and also an analysis on issues involving the affiliation of babies generated by the assisted reproduction technique, especially the temporary transfer of uterus.

Keywords: Replacement pregnancy; Rights of the unborn child; Autonomy of the will. Existence. Shelf life. Efficiency; Affiliation.

LISTA DE ABREVEATURAS

a.C	Antes de Cristo
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
Art.	Artigo
CC	Código Civil
CCJC	Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania
CF	Constituição Federal
CFM	Conselho Federal de Medicina
CP	Código Penal
CPC	Código de Processo Civil
DF	Distrito Federal
DNA	Ácido desoxirribonucleico
FIV	Fertilização in vitro
HIV	Imunodeficiência humana
IAD	Inseminação com Sêmen de Doador
IAP	Inseminação com o Sêmen do Parceiro
PL	Projeto de Lei
PMA	Procriação Medicamente Assistida
REsp	Recurso Especial
STF	Superior Tribunal de Justiça
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TRF	Tribunal Regional Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA FAMÍLIA E O SIGNIFICADO DA PROLE	14
1.1 Das famílias explicitamente conjeturadas na Constituição Federal brasileira	16
1.2 Breve histórico da gestação por substituição na humanidade	18
1.3 Reprodução assistida	20
1.4 Inseminação artificial	21
1.5 Fertilização in vitro	22
1.6 Concepção homóloga e a inseminação post mortem	22
1.7 Concepção heteróloga	23
1.8 Concepção bisseminal	24
2. A GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO NO DIREITO COMPARADO	25
2.1 Países que consentem a gestação por substituição	26
2.2 Países que coíbem a gestação por substituição	28
2.3 Sistemas mistos	29
3. GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO NO BRASIL	31
3.1 Histórico	31
3.2 Resolução do Conselho Federal de Medicina	32
3.3 Diligências legislativas	37
3.4 Da teoria dos contratos	41
3.4.1 Da possibilidade do contrato oneroso na gestação por substituição	45
3.5 Da filiação na gestação por substituição	52
CONSIDERAÇÕES FINAIS	60
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	

INTRODUÇÃO

Com a inovação da biotecnologia, os avanços da medicina têm ajudado, no desenvolvimento familiar, sendo substancial, com o surgimento dos métodos de reprodução assistida. Em contrapartida, é essencial para os indivíduos que sofrem de alguma disfunção do sistema reprodutor ou mesmo de esterilidade, seja ela biológica ou social como de casais homoafetivos ou produção independente.

Com a inovação no sistema de reprodução, as famílias podem levar o projeto parental adiante, a algum tempo as mulheres que não geravam filhos eram consideradas amaldiçoadas e davam ao seu marido o direito de troca-las, a um registro antigo e conhecido, descrito na Bíblia, foi o caso da esposa de Abrão, infértil, Sarai pediu que seu esposo se envolvesse sexualmente com sua serva Agar, afim de gerar descendência própria.

A gestação por substituição, ou popularmente versada como, “barriga de aluguel”, “barriga solidária”, “cessão temporária de útero”, “maternidade por sub-rogação”, entre outras nomenclaturas é um acordo em que uma mulher aceita utilizar seu útero como hospedeiro para um material genético. Gestação em útero alheio é a técnica empregada pela Ciência Medica para admitir que uma paciente, biologicamente incapaz de gestar ou de levar a gravidez até o final, possa ter um filho, resultante de fecundação com seu óvulo, gestado em útero de terceiro.

A maternidade por sub-rogação, pode ser reproduzida de várias formas dentre as quais, citamos três: a maternidade de substituição que consiste no embrião formado da união de óvulo da mulher que engravida e de espermatozoide de um doador, fica acordado da mulher entregar a criança ao casal que não teve contribuição genética; a gestação de substituição, em que a mulher empresta seu corpo e doa seu óvulo gratuitamente para gestar o embrião, e se compromete a entregar a criança ao casal solicitante, sendo que o sêmen utilizado na procriação foi do consorte que resolveu, juntamente com seu cônjuge, concretizar o plano parental; e por último a gestação de substituição que utiliza o óvulo e o espermatozoide do casal em que o embrião é implantado no útero de uma terceira pessoa, que tem o compromisso de entregar o bebê, ao fim da gestação.

A gestação por substituição ainda é um assunto que gera conflitos, pois alguns países não permitem a maternidade por substituição como a França, Alemanha e a Itália; conhecidos por reconhecerem a nacionalidade apenas por *ius sanguinis*, ou seja, o que interessa para aquisição da nacionalidade é o sangue, isto é a filiação; pouco importando o local onde o indivíduo nasceu.

Para que, uma gestação por substituição seja desenvolvida, em um determinado país, depende da liberalidade e garantias, que este ente propõe aos seus cidadãos, como acontece nos Estados Unidos da América, se destaca pela legislação favorável, cobertura de seguro adequado e um extenso processo de seleção, faz com o país, seja um local ideal para seleção de gestação por substituição. No país é possível a cessão temporária de útero de duas formas: por fertilização homóloga, que se dá, quando, o material genético pertence ao casal, pais da criança; há possibilidade de forma heteróloga onde o material fertilizado, é de uma terceira pessoa.

No Brasil não há uma lei específica para a gestação por substituição, são seguidas resoluções do Conselho Federal de Medicina, elaboradas em 2015, acompanhadas pelo Conselho Nacional de Justiça, contendo conteúdos de que os contratos não podem ter caráter lucrativos, ou seja, a mulher que abdica transitoriamente seu útero, não pode arrecadar ou auferir nenhuma quantia ou até mesmo benefício em troca; a doadora da barriga solidaria deve ser familiar de um dos parceiros, em até quarto grau.

A Constituição Federal de 1988, deixa a livre arbítrio das famílias para programar e projetar sua família, e está ligado a vários princípios regulamentados pela Carta Magna, entre eles, o da autonomia da vontade, o da solidariedade e o da dignidade da pessoa humana, entre outros; o planejamento familiar tem previsão legal no artigo 226, § 7º, e é regulamentado pelo Código Civil no artigo 1.565, § 2º e pela Lei nº 9.263/96, que trata do planejamento familiar.

Sendo a família, a base da sociedade, compete ao Direito estabelecer limites ao seu exercício; com base nisso, prescreve o artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal de 1988 que, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Diante do dispositivo citado é possível observar que o livre-arbítrio, ou seja, o planejamento da concepção familiar, fica a critério de cada grupo familiar; havendo a omissão da lei, a respeito da gestação por substituição, dar-se a entender que, o que não é proibido é permitido. A liberdade é a regra geral enquanto que a proibição, deve estar expressamente descrita em lei.

1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA FAMÍLIA E O SIGNIFICADO DA PROLEE

Para entender melhor sobre família, nada melhor que retroceder a alguns séculos e descobrir experiências das proles que nos antecederam. Assim, faremos uma análise da família através dos tempos, tendo como alicerce a obra de Fustel de Coulanges 2009, “A Cidade Antiga”. Observa-se que família escrita de maneira singular, expressa que apenas esposo e esposa e filhos naturais eram reconhecidos como família, diferentemente dos dias atuais onde existe diversos conceitos e nomenclaturas de “famílias”.

A família antiga não sofria influência externas, havia uma privação em relação a interferências familiar, de tal modo que cabia apenas aquele grupo familiar a coordenação autônoma de todos seus conflitos por meio do patriarca da instituição. Depois desse período arcaico é plausível contemplarmos a crescente intervenção governamental na vida privada, e assim verificar se essa interferência tem ligação às mais variadas modificações nessas relações. Sem mais delongas, passamos a explorar um dos modelos mais antigos de família, a greco-romana.

Analisando a família greco-romana, instituída em torno de 754 a.C, é possível compreender a performances das instituições familiares ao longo dos séculos. A família antiga tinha como base a religião, não uma religiosidade influenciada pelo cristianismo, mas uma religião doméstica, onde a adoração não se convertia unicamente a um ser específico, mas todos os seus ancestrais, e realizavam os sacrifícios em rituais restritos apenas aos seus membros. Segundo Fustel de Coulanges (2009), a família grega era qualificada através da expressão *eístion*, que consiste em “aquilo que está junto ao fogo sagrado”, desse modo a religião permitia com esses rituais que as pessoas que ali estavam poderiam invocar seus ancestrais e oferecer-lhes um festim fúnebre.

Nestes grupos familiares, que correspondiam a legítimas harmonizações políticas, religiosas e sociais, a esposa, os descendentes e demais agregados, estavam sujeitos ao domínio irrestrito do seu instituidor, desenvolvendo dentre eles o designado parentesco, não essencialmente com ligações cognaticios ou natural, isto é um parentesco que independia do vínculo consanguíneo (CARVALHO, 2015).

Possuía como alicerce o domínio paterno amparado pelo culto religioso. O defunto que não tinha descendentes era “condenado a fome perpétua”. A indestrutível relação das entidades parentais traz como preceito essa tradição, visto que “havia troca perpétua de favores entre os vivos e os mortos de cada família”. O ascendente auferia dos seus descendentes uma sequência de banquetes fúnebres, inusitados prazeres desfrutados na

segunda vida. O descendente conseguia do ancestral a ajuda e o entusiasmo de que precisava nesta vida. O vivo não podia galgar sem o defunto, nem este sem aquele. Por esses pretextos, o influente laço se constituía, conectando todas as gerações de uma mesma família, estabelecendo ela um corpo eternamente inseparável.

É indiscutível, que logo após esses fatos históricos, entende-se que a parentalidade não se estabelecia naquela ocasião presente durante o livre planejamento familiar, mas na realidade, o que acontecia ali era necessário para que aquela família alcançassem os ápices, de todo os caminhos percorridos, isso lhes dariam a garantia da continuidade da família e, ainda a vida eterna por intermédio da descendência. Nesse tempo, qualquer casa tinha seu altar e, “em volta desse altar, a família reunida”. Assim sendo, logo ao amanhecer, a família ali se reunia para apresentar ao fogo sagrado as suas primeiras preces, e todo entardecer, no mesmo altar, invocava-o mais uma vez e no decorrer do dia comparecia diante do altar para entoar hinos que seus pais lhe legaram.

Como prova desses cultos aos seus ancestrais, é em tempos remotos os túmulos de seus mortos ficavam no meio da casa. Deste modo, “o ancestral convivia no seio dos seus familiares; invisível, mas sempre presente, favorável, divino”. Tempos depois, a catacumba passa a ser do lado de fora da casa, em um trajeto não muito distante, tendo como segunda moradia da família, nesse lugar eram sepultadas várias gerações em que a morte não separou, pois continuava o vínculo entre si nesta segunda existência (CARVALHO, 2015).

Não era o afeto nem mesmo o nascimento que unia a família antiga, era algo mais profundo e poderoso, toda essa harmonia se encontrava na “religião do lar dos antepassados”, essa devoção fez com que a família se tornasse apenas em um só corpo e alma, assim a família antiga se tornaria não uma associação natural, mas uma associação religiosa. Essa fé passava de pai para filho, era absolvida pelas novas gerações em cada detalhe. Quem tinha a responsabilidade de praticar os rituais era o homem, esse possuía poderes intermináveis, que poderiam ser revelados por uma série de costumes, essa função sacerdotal era ao mesmo tempo, uma função legislativa: o *pater familias* era o Ministro da Religião e o Legislador da Casa.

Essa crença doméstica constituiu como primeira instituição o casamento, por meio do qual poderia eternizar o culto aos antepassados, por meio da prole que dele adviesse. Nesse momento, a mulher ostenta um papel importante como mãe daqueles que manteriam o fogo aceso, repetiriam as orações e cultuariam os mortos, apenas essa responsabilidade lhe era

imposta, e careceria despenhá-la com eficácia. A família antiga, não tinha como limitação à descendência, mas à condição, pois irmã, na família jamais se igualava com irmão e filho.

1.1 DAS FAMÍLIAS EXPLICITAMENTE CONJECTURADAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA

Observando os debates filosóficos, antropológicos e sociológicos acerca do casamento e analisando um ponto de vista jurídico, chegamos ao entendimento de que o casamento nada mais é do que, uma sociedade entre homem e mulher que se juntam para gerar sua espécie, com intuito de deixar um descendente, mas também como fonte de suporte, para levar o peso da vida e partilhar os seus destinos. Assim, no ponto de vista do jurista Pontes de Miranda expressa que o casamento é “a regulamentação social do instinto de reprodução” (PONTES DE MIRANDA, 2004), logo dar-se-á entender que o matrimônio é uma forma legal da união entre dois indivíduos em igualdade de direitos e deveres. Baseando-se em uma definição de casamento a luz da Constituição Federal, preconiza a diversidade das entidades familiares e o dever de proteção do Estado, em seu artigo 226, *caput*. “à família, base da sociedade, tem total proteção do Estado”, a equidade entre as pessoas humanas, expresso no artigo 5º, *caput* e inciso I da Carta Magna:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros no País a inviolabilidade do direito à vida, a liberdade, a igualdade, a segurança e a propriedade, nos termos seguintes:

I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

Logo o texto da Lei Maior, resume que como direito fundamental, homem e mulher tem os mesmos direitos, é através dos direitos fundamentais que o texto constitucional, do mesmo modo reconhece a igualdade entre os filhos:

Art. 227, *caput*. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar a criança, ao discriminatórias adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, a saúde, a alimentação, a educação, ao lazer, a profissionalização, a cultura, a dignidade, ao respeito, a liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de coloca-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações relativas à filiação.

A definição do relacionamento no sentido de casamento tradicional “homem e mulher” é uma visão contemporânea, observando que, ainda em tempos atuais, a legislação dispõe de conceito de enlace matrimonial as relações entre heterossexuais é o que diz a Constituição Federal de 1988: *in verbis* “para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão”(BRASIL, 1988, art.226. § 3º), assim, união estável equipara-se ao casamento advertindo que a Constituição de 1988 não pretende igualar união estável e casamento, mas respeitar as peculiaridades de cada instituições. Não obstante, levando em consideração os crescimentos jurisprudenciais, em 2013, o Conselho Nacional de Justiça por intermédio do decreto 175 impôs quaisquer Cartórios de Registro Civil de Pessoas Naturais do Brasil a celebrar a união entre casais do mesmo sexo, da mesma forma, na VII Jornada de Direito Civil houve a aprovação da redação do Enunciado 601 na seguinte percepção: “é existente e válido o casamento entre pessoas do mesmo sexo”.

Na concepção dos doutrinados Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2019), a mudança maior em relação ao casamento incidiu da interpretação pela jurisprudência dos nossos Tribunais Superiores. Observando as doutrinas majoritárias as Cortes extinguiram a condição da diferença de sexos para a constituir o casamento, como já dito admite-se o casamento homoafetivo em nosso ordenamento jurídico. A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI. 4277/DF), reconheceu a natureza familiar das uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo, o Superior Tribunal de Justiça com o mesmo fundamento de respeito à liberdade, à igualdade substancial, à dignidade e à solidariedade. Em julgamento extraordinário, a Corte Superior de Justiça admitiu a probabilidade de habilitação para o matrimônio de duas mulheres. Declarou que:

[...] a dignidade da pessoa humana, consagrada pela Constituição, não é aumentada nem diminuída em razão do uso da sexualidade, e que a orientação sexual não pode servir de pretexto para excluir família da proteção jurídica representada pelo casamento [...]. (STJ, Ac. 4ª T., REsp 1.183.378/RS, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, J. 25/10/2011).

Deliberada, esse moderno entendimento a respeito do assunto aqui tratado, pode-se entender que o casamento é uma:

[...] entidade familiar estabelecida entre pessoas humanas, merecedora de especial proteção estatal, constituída, formal e solenemente, formando uma comunhão de afetos e produzindo diferentes efeitos no âmbito pessoal, social e patrimonial [...]. (PEREIRA, 2004. P. 53).

Dessa maneira, fica claro que mesmo que a Lei Maior expressa apenas um tipo de família, a tradicional homem e mulher, a mesma não abandonou juridicamente os outros tipos de famílias que em nosso ordenamento jurídico podemos destacar: família Monoparental formada por apenas um genitor; família Anaparental, constituída por parentes ou conviventes do descendente; família Eudenomista composta por laços afetivos; família Unipessoal integrada por apenas uma única pessoa não necessariamente o genitor; família Homoafetiva constituída por casais do mesmo sexo, todas esses tipos de famílias são amparadas pela legislação brasileira

1.2 BREVE HISTÓRICO DA GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO NA HUMANIDADE

O termo gestação por substituição, não é um termo recente e nem tão pouco moderno quanto aparenta. O Algoritmo de Hamurabi continha disposições referentes à maternidade de substituição e era bastante explícito na aceção dos direitos e deveres dos sujeitos envolvidos (BOUZON, 1987).

Outro registro notável e antigo da gestação por substituição, foi redigido na Bíblia sagrada, no Antigo Testamento, no livro do Gêneses, onde, Sarai era estéril e havia recebido uma promessa de que a geração de Abraão não acabaria. Porém Sarai não esperou o cumprimento da promessa e ordenou que sua serva Agar, se deitasse com seu esposo para que estes lhe gerassem a descendência de Abrão filho e assim, haveria a continuidade a sua descendência (BÍBLIA, Gêneses 2004).

Em um tempo diferente, mas no mesmo livro histórico, Raquel teve inveja de sua irmã gêmea Lia, pois esta já havia gerado vários filhos ao seu também esposo Jacó, por esse motivo Raquel exigiu que sua serva Bila, coabitasse com seu esposo, afim de realizar o desejo de ser mãe e estes tiveram um filho (BÍBLIA, Gêneses 2004)

Coulangues (1864), dizia que em Roma, Grécia, e na Babilônia, o casamento existia apenas para vincular a família e o culto íntimo, onde a esterilidade da mulher era motivo vital para a anulação do casamento, e se caso a infertilidade fosse associada ao homem este era substituído por um irmão ou um parente.

Até o século XV, alguns povos, mais especialmente os da fé cristã, catalogavam a esterilidade tão-somente ao sexo feminino, pois até então não se falava da infertilidade masculina, a considerando demoníaca. (VIEGAS e POLI, 2015).

Em 1985, o casal norte-americano Willian e Elizabeth Stern, (SILVA, 2016) entraram em contato e contrataram com um centro de fertilidade que intermediava a gravidez de

aluguel, ambos eram profissionais liberais, ele bioquímico e ela pediatra, por conta de uma doença chamada de esclerose múltipla Elizabeth não poderia gerar um filho e se gerasse, a gestação traria risco eminente a sua saúde.

O casal contratou a empresa, que por sua vez fez anúncios em busca de uma barriga de aluguel, fizeram algumas entrevistas e uma senhora chamada, Mary Beth Whitehead respondeu ao anúncio e foi aceita pelo casal Stern para ser a futura mãe de aluguel de seu descendente.

No mesmo ano foi assinado o contrato entre o casal e a futura mãe de aluguel, onde Mary iria gerar o bebê e entregá-lo ao casal contratante, Mary receberia a inseminação artificial com o esperma de Willian. Contudo Mary abriria mão de seus direitos maternos e em troca o casal lhe pagaria uma quantia de US\$ 10.000,00 (dez mil dólares) e arcar com todas as despesas medicas.

Em março de 1986, Mary Beth deu à luz a uma menina, logo o casal acreditou que a mãe de aluguel cumpriria o acordo, no entanto, após o nascimento do bebê, Mary recusou entregar a criança, descumprindo o combinado. Com o não cumprimento do contrato por eles pactuado, o casal procurou a justiça américa, para fazer valer seus direitos, a questão é que não havia até então, nem um caso que fosse similar a esse, contudo não desistiram buscaram a justiça pra dirimir esse conflito, logo o casal saiu vitorioso em primeira instância, sentença que determinou a entrega da criança aos autores da ação e o afastamento afetivo da ré para com a criança. O juiz Harvey R. Sorkow de Nova Jersey que recebeu o caso em segunda instância, entendeu que o contrato deveria ser cumprido, e que a mãe que gerou a criança não tinha direito de rescindir um acordo por simplesmente ter mudado de ideia.

O caso acima citado foi um dos primeiros a contribuir para um conceito moderno de gestação por substituição, episódio inusitado para a época. A sentença judiciaria foi favorável ao casal, porém, Mary recorreu à Suprema Corte Superior de Nova Jersey, mais uma vez a sentença foi favorável ao casal, que obteve a custódia da criança, pois eles teriam melhores condições de criar a criança, a corte restituiu a condição de mãe a Beth e determinou o direito de visita a Mary.

Mas isso só foi possível porque havia material genético de Willian, hoje em dia, não precisa do material genético do casal, podendo ser de terceiros, tanto o óvulo quanto o espermatozoide, basta contratarem o útero nos Estados Unidos.

É notório o avanço, quando o assunto é procriação, evolução essa que teve influência religiosa, geográfica e demográfica. O desenvolvimento das técnicas de reprodução assistida,

não foram acompanhadas pelo Direito, que vem se aperfeiçoando lentamente, principalmente no Brasil. Tendo em vista, que não temos ainda legislação específicas em relação ao assunto, temos apenas nesse sentido resoluções do Conselho Federal de Medicina e em alguns casos o Código Civil de 2002, prevê a fecundação artificial homóloga .

1.3 REPRODUÇÃO ASSISTIDA

Os registros de reprodução assistida são antigos, há quem faz referências mitológicas em relação a procriação, diz nesse sentido que o nascimento do semideus Perseu não foi obtido por meios naturais. Perseu teria sido o primeiro homem a nascer por meio artificial, pois Zeus seu pai, que sob a forma de uma chuva de ouro, introduziu-se na torre e engravidou Dânae, a filha de Aerísio pois não poderia ter filho, segundo seu pai seria uma ameaça ao trono, o qual tempos depois nasceu então Perseu depois assassinou o avô e conquistou o trono. (SCALQUETTE, 2010).

Da mesma forma, o Código de Manu que constitui uma legislação indiana, em seu formato poético evidenciava a importância da procriação para continuação da descendência, a muitos e muitos anos atrás, era evidente a seriedade, que a norma trazia sobre a matéria , pois diante de uma esterilidade do marido, consentia que, seu irmão se relacionasse sexualmente com a esposa do infértil, que estes, teria à incumbência de dar continuidade à descendência e tinha como missão gerar um filho.

Hoje não necessitamos mais de recorrer absurdas manobras para realizar o desejo de constituir uma entidade familiar. Nesse sentido, temos as técnicas da reprodução assistida com meios inovadores, sem a necessidade de relacionamentos extraconjugais e nem tão pouco intrafamiliar. Indivíduos com problemas de infertilidades entre outras dificuldades, conta com um conjunto de meios artificiais para viabilizar uma gestação.

A reprodução assistida divide-se em dois grupos: o da inseminação artificial e o da fertilização in vitro. Quando, estes casais optam por esses meios, logo buscam ajuda de um profissional para este fim. Ao chegar em uma clínica de reprodução humana, são orientados, e o médico vai estudar o melhor procedimento para cada caso. Essa assistência, pode ocorrer de duas maneiras a primeira apenas por aconselhamentos de como programar a relação sexual, para o dia mais fértil da mulher, afim de que resulte em uma gravidez; ou pelo o emprego de procedimentos médicos avançados, como já citados no decorrer da pesquisa, com a intensão de interferir diretamente no sistema reprodutivo, e viabilizar uma fecundação.

À reprodução humana assistida, manifesta-se no Brasil, no regulamento ético vigente na Resolução nº 1.957/2010, do Conselho Federal de Medicina e ainda no Código de Ética Médico, há proibições que consiste na não divulgação do doador do sêmen ou do ovulo como também a não utilização para a escolha do sexo do embrião, mas são assuntos para o próximo capítulo.

1.4 INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL

Inseminação artificial, é um dos métodos mais antigos de reprodução assistida, é um método singelo, constitui-se na catequização do sêmen no canal reprodutivo feminino, podendo ocorrer na própria vagina, no interior do colo uterino ou nas proximidades deste, tendo sincronização ou não com a ovulação, em um ciclo natural ou estimulado (PASSOS, 2017).

Esse método, pode ser classificado de acordo com a origem do sêmen: Inseminação com Sêmen do Parceiro (IAP) e Inseminação com Sêmen de Doador (IAD). Para casais sem causa de infertilidade aparente é indicado a inseminação do sêmen do parceiro, com mulheres com disfunções ovulatórias preservadas e que apresenta pelo menos uma trompa pèrvia e não obstruída e com o sistema reprodutivo íntegro. A inseminação com sêmen de doador tem restrições em alguns casos, quanto a casais homoafetivos e produção independente.

O congelamento do sêmen recolhido é possível quando este não é automaticamente implantado no corpo da mulher. Na atualidade existem técnicas de crioconservação, que pode manter o sêmen por até vinte anos sem alterar suas características.

Segundo Vera Raposo (2005), na atualidade a inseminação artificial já não provoca sérios problemas, ao contrário do que ocorreria anos atrás, a religião tinha uma predominância na vida dos indivíduos, na ocasião se a inseminação artificial fosse, com esperma de uma terceira pessoa, era considerado pela igreja como adultério com destaque, a igreja Católica que até nos dias atuais condena a pratica de reprodução assistida e até mesmo a doação de óvulos.

É permitido no Brasil a inseminação artificial, mas como em outros métodos tem restrições, em casa de morte de um dos consortes precisa de autorização prévia do cônjuge sobrevivente, se houver material genético crio conservado, expresso no Código Civil no artigo 1597, inciso V e ainda no Código de Ética Medico.

V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido. (CÓDIGO CIVIL, 2002).

1.5 FERTILIZAÇÃO *IN VITRO*

Inicialmente a fertilização *in vitro*, tinha restrições somente para casos de lesões graves ou irreparáveis tubária. Entretanto ao longo do tempo as técnicas vem sendo cada dia melhor, e a expectativa de indicações também cresce, em seguida é muito utilizado por casais ou quando apenas o homem é, soro discordante para o Vírus da Imunodeficiência Humana (HIV). Ocorre de forma diferente da inseminação artificial, uma vez que a fertilização *in vitro* é realizada fora do sistema reprodutor feminino, dar-se-á esse nome porque o instrumento utilizado pelos geneticistas é uma Placa de Petri, que é um recipiente de vidro. Onde o ovulo é fecundado e transplantado para o útero hospedeiro (PASSOS, 2017).

Planejar um filho por meio da técnica de fertilização *in vitro* é um direito fundamental instituído pela Constituição Federal de 1988, em decorrência do planejamento familiar e ainda está expresso na Lei Federal nº 9.263/1996, artigo 9º, que determina:

Art. 9º Para o exercício do direito ao planejamento familiar, serão oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção.

Parágrafo único. A prescrição a que se refere o caput só poderá ocorrer mediante avaliação e acompanhamento clínico e com informação sobre os seus riscos, vantagens, desvantagens e eficácia.

O planejamento familiar dá a autonomia ao casal de planejar o início de uma prole, logo quando o casal toma essa decisão o Estado tem o dever de garantir o acesso de políticas de informações apropriadas às técnicas de reprodução, garantindo um tratamento igual e humano a todos.

1.6 CONCEPÇÃO HOMÓLOGA E A INSEMINAÇÃO *POST MORTEM*

A concepção homóloga, é a técnica mais antiga e tradicional de fertilização assistida. A fecundação homóloga é aquela que usa somente o material genético dos pais, ou seja, não existe uma doação de terceiro.

O Código Civil de 2002, harmonizando-se com a atual tecnologia trazida pela ciência da procriação, estabelece o reconhecimento da inseminação artificial, seja ela no âmbito da

concepção homóloga, seja na heteróloga, desde de que essa reprodução seja na constância do casamento ou união estável. *In verbis*:

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

III- havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido.

VI- havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de fecundação artificial homóloga. (CÓDIGO CIVIL, 2002)

A fecundação artificial homóloga, utiliza material genético do próprio casal, diante disso o Código Civil trouxe expresso as duas possibilidades de inseminação artificial homóloga, a do embrião excedentário proveniente da aplicação genética do casal, se caso não houver a implantação desse material genético no processo de fecundação poderá este ser armazenado em um banco de criopreservação ou ser encaminhado para doação em pesquisas científicas de células troco embrionárias, ou a do embrião que já se encontrava fecundado, antes da morte do marido mas este embrião tem que ser concebido através da mesma técnica de procriação a homóloga.

Observa-se que no mesmo dispositivo legal, em seu inciso III, procede a fertilização na concepção homóloga *post mortem*, ou seja, de maneira análoga a concepção homóloga tradicional, inclui apenas o fator relevante da morte do pai.

1.7 CONCEPÇÃO HETERÓLOGA

A concepção heteróloga ocorre de maneira diversa da homóloga, existe a participação de um terceiro no procedimento de fertilização, pois neste caso os autores, não tem condições biológicas de participar do processo de fertilização, ou quando o casal é homoafetivo, o material genético encontra-se disponível, em um banco de sêmen, onde em princípio a identidade dos doadores é reservada . Acompanhando este raciocínio, é fundamental que uma terceira pessoa doe o material genético, no entanto há a necessidade de concordância de ambos para realizar o procedimento de inseminação artificial, vale expressar, que uma vez implantado o gameta não caberá as partes retratação (VIEGAS e POLI, 2015).

Toda via, cabe salientar que a inseminação artificial heteróloga tem previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro, na Constituição Federal no artigo 227, § 6º, exterioriza que independentemente da carga genética, os filhos tem igualdade de direitos (BRASIL), no artigo 1.597, V do Código Civil de 2002, em conformidade com os enunciados 258, da III jornada e

129 da IV Jornada de Direito Civil (BRASIL). Apesar de não existir uma lei específica que trate a respeito do presente assunto.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988).

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido. (CÓDIGO CIVIL, 2002).

1.8 CONCEPÇÃO BISSEMINAL

Na concepção bisseminal, há a participação do espermatozoide do pai combinado com material seminal de um terceiro em um mesmo processo de fertilização (*nomen est omen*). Esse procedimento é indicado quando há insuficiência de espermatozoides do companheiro ou marido (VIEGAS e POLI, 2015). No caso de paternidade *in casu*, ou seja, quando a paternidade é incerta precisará de um exame mais preciso de DNA, se a família assim desejar verificar com precisão a paternidade genética.

Compreende-se, que como o legislador não estabeleceu nenhuma norma em relação da prole concebida em inseminação bisseminal, recomenda-se utilizar as hipóteses do artigo 1597, incisos III e IV, do Código Civil brasileiro por analogia, (GOMES, 2005).

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV -havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; (CÓDIGO CIVIL, 2002).

Neste contexto, o direito à origem biológica não deve ser compreendido como um irrestrito, mas como uma demonstração da dignidade humana.

2. A GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO MO DIREITO COMPARADO

Existindo normas legais e variados sistemas jurídicos, que conduzem as relações entre os seres humanos, não é diferente quando falamos de negócio jurídico, no caso dos contratos de gestação, cada país tem suas normas relacionadas ao assunto aqui pesquisado, alguns com leis específicas e outros usam da analogia para resolver conflitos referentes a procriação. Porém, o Estado vem cada vez mais assumindo papéis que outrora era exclusivos da família como o planejamento familiar, a educação a alimentação entre outros. O Estado interfere na vida privada do cidadão, nas relações humanas, na relação familiar e claro na forma de constituir a prole, são inúmeras as intervenções como: a proibição de casamento homoafetivo a adoção entre casais do mesmo sexo e ainda a proibição da barriga de aluguel, claro não são todos os países que interfere dessa maneira na vida privada dos cidadãos (CERUTTI, 2016).

São inúmeras as variáveis, em alguns países são extremamente proibidos estrangeiros compactuar contrato de gestação por substituição, seja ele oneroso ou não, e ainda há vedação de casais homossexuais para utilização das técnicas de reprodução, há países que permitem de forma retraída a gestação por outrem, como é o caso do Brasil.

Tendo em visto, a riqueza do direito comparado, diversos sistemas jurídicos que reagem a situações análogas de maneira diferente, cada um, cria soluções diversas para os mesmos problemas. De tal modo, este capítulo visa a identificar e criar um pequeno panorama do esboço jurídico existente sobre a matéria, com a finalidade de aprender com o direito estrangeiro os aspectos jurídicos da gestação por substituição.

A metodologia utilizada para a escolha dos países que iremos confrontar, varia de acordo com o nível de desenvolvimento de legislação e analogias adotadas em relação ao assunto estudado. Como objeto de estudo, escolheu-se os Estados Unidos da América para representar países que permitem a gestação por substituição ou barriga de aluguel, com ressalva no que tange a viabilidade desta permissão de acordo com o estado da federação.

Por sua vez, Rússia e Ucrânia tem uma peculiaridade em relação, a controversa proveniente dos quesitos de orientação sexual e nacionalidade dos requerentes do projeto de parentalidade, essa é a razão desses países serem citados neste capítulo.

A respeito dos países que proíbem, a escolha se deu de acordo com peculiaridades a tradição e religiosidade, é o caso do Brasil que por falta de legislação específica fica com a nomenclatura de proibido, mas existem aspectos que se assemelham com países mistos, ou seja, liberam a gestação por outrem, mas com requisitos a serem cumprido.

Os países como, Alemanha, Itália e França, são países que proíbem totalmente a barriga de aluguel, isso não é o suficiente para impossibilitar que seus cidadãos recorram a indicada técnica, ultrapassando barreiras geográficas de seus países em busca da conquista do projeto parental.

Finalizo, com os sistemas mistos, foram escolhidos em virtude da particularidade dos seus sistemas, por oferecerem características singulares, como é o caso de Israel, país que vem de uma tradição religiosa, mas houve um rompimento com esse arcabouço, tendo estabelecido a elaboração de lei em sentido estrito, já o Reino Unido vem de um sistema *common law*, sistema este que tem como característica a não codificação de suas leis, são normas vão se desenvolvendo de acordo com conflitos gerados em sociedade (DAVID, 1998).

2.1 PAÍSES QUE CONSENTEM A GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO

A barriga de aluguel, existe nos Estados Unidos há algum tempo, logo depois do nascimento do primeiro bebê, gerado por meio da fertilização in vitro a quase trinta anos atrás. Nem todos estados da federação tem leis que regulam a pratica, há uma estimativa de vinte estados norte-americanos que permitem a “barriga de aluguel” de forma comercial, enquanto outros dez a reconhecem na sua forma altruísta, ou seja, aquela mulher que aceita engravidar e entregar a criança para outra família criar (SURROGACY SOLUTIONS, 2020).

Em todo caso, a aplicação da lei em qualquer estado é determinada em sua máxima parte na interpretação jurisprudencial, ou seja, utiliza-se de litígios anteriores para resolver questões similares no presente, pois os Estados Unidos da América têm um sistema chamado de *Common Law*, neste sistema as decisões judiciais são fontes imediatas do direito, gerando efeitos vinculantes.

A norma de direito é extraída a partir de uma decisão concreta, sendo aplicada por meio de um processo indutivo, em casos futuros, logo dá a possibilidade ao magistrado ter como fulcro os elementos de fato e de direito que tarja o julgamento, designar uma regra geral para decisões cognominada de precedente judicial.

Quando é permitida, há regulamentação que adjudica segurança jurídica é pequena tanto para mãe gestacional, quanto para os pais genéticos e/ou socioafetivos. As legislações são tendentes a promover a lavratura do registro da criança, de forma que os pais contratantes constem como seus progenitores.

Além disso, é liberado esse serviço para estrangeiros, o que fez crescer um grande número de agências e clínicas individualizadas em assessorar nacionais e estrangeiros interessados no procedimento, amparando desde a escolha da mãe gestacional, até com questões burocráticas e jurídicas.

Dentre os países que aceitam a gestação por outrem na forma comercial, os Estados Unidos tendem a ter o valor total do procedimento o mais elevado, incluindo o pagamento das custas da fertilização *in vitro* da mãe gestacional até o pós-parto (BHOWMICK, 2016).

Em 1995, na Rússia iniciou-se o primeiro programa de gestação por outrem, no centro de fertilização *in vitro* (FIV), vinculado ao Instituto de Obstetrícia e Ginecologia de São Petersburgo. O Código da Família russo e a Lei de Atos de Estado Civil são preceitos, que rege como condição para estabelecer o registro dos bebês gerados de barriga de aluguel que por sua vez a criança será registrada no nome dos titulares do projeto parental, se existir o consentimento da doadora do útero, não é obrigatório a mãe de aluguel dar o consentimento pra registrar o bebê, se ela negar e voltar atrás a filiação será concedida a ela prevalecendo a presunção *mater semper certa est* (CERUTTI, 2016).

O estado civil dos usuários é irrelevante, acolhe casais ou não casais, companheiros, e acima de tudo, é legal e acessível a todos maiores de idade que desejam ser pais, para tanto, há a necessidade de preencher alguns requisitos para utilizar a barriga de aluguel tais como: a malformação uterina ou a falta deste, inúmeras FIV sem resultados, doenças somáticas em que a gravidez é contraindicada.

Em relação mãe de aluguel russa, só as mulheres entre 29 e 35 anos de idade e que tenha pelo menos um filho próprio saudável, com boa saúde mental e que tenha dado sua aceitação de forma voluntária.

Já na Ucrânia, a situação difere um pouco da Rússia, enquanto que no país russo pessoas solteiras tem acesso a técnica de reprodução, e não há a necessidade de os autores do projeto parental utilizar seu material genético, logo na Ucrânia apenas pessoas casadas, e ao menos um dos detentores do projeto parental necessita de seu próprio material genético utilizado na fecundação. O registro da criança será feito, imediatamente em nome daquele que utilizou seu próprio material genético, por ter um baixo custo em todo o procedimento e uma segurança jurídica, alguns denominados e “turistas reprodutivos” procuram esse país em busca desses serviços os de procriação.

2.2 PAÍSES QUE COÍBEM A GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO

A França, por sua tradição católica tem dificuldade de aceitar esse tipo de tecnologia reprodutiva, quanto as questões relacionadas a comercialização do corpo da mulher, e concepção em uma atividade lucrativa tudo isso gera um desconforto aos costumes e crenças deste país (UOAL,2019).

É extremamente proibido esse tipo de serviço, mas o país vem de certa forma cultivando novos avanços como o casamento de homossexuais. Recentemente foi colocado em debate um projeto de lei que, permite qualquer mulher utilizar de métodos de procriação, até então a pratica era lícita apenas para casais heterossexuais, mas com o advento dessa nova norma, as mulheres solteiras, casadas e casais de lésbicas, poderão ter acesso a procriação medicamente assistida (PMA) e mais, poderão recorrer aos serviços públicos de saúde.

O projeto de lei tem algumas vedações como: a utilização sêmen de consorte já falecido e também a doação de óvulos entre mulheres, com toda evolução jurídica ainda continua proibido o acesso aos homens transsexuais. Também, é vedado a gravidez sub-rogada e a fecundação pós morte.

A Lei nº 94-654 de 29 de julho de 1994 do ordenamento jurídico francês, norma essa que tem como característica a limitação em relação a procriação e especificamente a cessão temporária de útero, não é admitido mulheres solteiras e casais homossexuais utilizar-se do procedimento, pois a fecundação medicamentosa é considerada naquele país como remédio artificial contra a infertilidade patológica.

O projeto de lei francês, tem algumas vedações como: a utilização sêmen de consorte já falecido e também a doação de óvulos entre mulheres, continua proibida a ascensão aos homens trans. Também, é vedado a gravidez sub-rogada e a fecundação pós morte.

Na Itália, de forma geral a pratica de ventre de locação é controlada, seja ela altruísta ou comercial, além de ser proibido quem desobedecer recebe sanções como: multa e até prisão de dois anos. A maternidade sub-rogada “ofende de forma intolerável a dignidade da mulher e debilita profundamente as relações humanas”. Manifestou assim a Corte Constitucional na Itália em relação às barrigas de aluguel, que considera a prática como ato ilegal no país (ACTUALL, 2017).

As normas em matéria de procriação assistida estão disciplinadas pela Lei nº 40 de 25 de fevereiro de 2004 e diretrizes do Ministério da Saúde, somente casais heteros, maiores de idade, e em idade fértil e casados ou conviventes e todos vivos podem utilizar dos métodos de procriação.

É permanentemente, vedado a utilização da fecundação heteróloga e post mortem, admite apenas a fecundação homóloga, são limitados apenas a casais com infertilidade ou esterilidade, estes, deverão estar totalmente a par das possíveis consequências sanitárias, psicológicas e efeitos colaterais, o médico que assiste essas pessoas deverá esclarecer que os nascidos após a fecundação artificial, terão status de filhos naturais e legítimos.

Enfim, a Itália como em outros países que, tem tradição católica está em eficácia a vedação da maternidade sub-rogada.

2.3 SISTEMAS MISTOS

Especificadamente em Israel a religião, tem um papel fundamental no processo de gestação por substituição no Estado de Israel, pois a mãe substituta tem que declarar simpatizante da mesma religião dos autores do plano parental, exceto se nenhum deles for judeu, é um dos critérios (CERUTTI, 2016).

É um país, integralmente religioso tendo a crença como um requisito para utilização da barriga de aluguel, mas é perfeitamente compreensível olhando o contexto histórico e de religiosidade, a civilização judaica preza pela reverência às ascendências, e isso se manifesta de sobremaneira no aspecto jurídico do país.

O sistema constituído em Israel, no que diz respeito a cessão temporária de útero, é muito peculiar. A autorização do ajuste de gestação por substituição é precedente, exercida por um comitê e homologado por ordem judicial. Este comitê é integrado por dois obstetras e dois ginecologistas, um técnico em medicina interna, um assistente social, um psicólogo, um jurista e um representante da religião das partes, ainda entre esses técnicos deverá conter três homens e três mulheres.

A Lei nº5756 de 1996 (ISRAEL), que rege todo o processo de gestação sub-rogada, há a permissão porem sob algumas restrições triviais, quais sejam o altruísmo acordado, a inaptidão de gestar e a heterossexualidade dos envolvidos. Há uma peculiaridade, de que os gametas masculinos incidam do pai agente do projeto parental, é obrigatório; o óvulo poderá ser doado por mulher em que a gestante não tenha vinculo de parentesco.

No Reino Unido, o direito demonstra intensa distinção entre a juridicidade e o acordo da cessão temporária de útero, que presume a gratuidade, ou ao menos, o pagamento das custas que serão gastos pela gestante e a responsabilidade da junção parental, realizado subsequente mediante o despenho de alguns quesitos, dentre os quais, a inaptidão de gestar,

independentemente se os possuidores do projeto parental, serem casados ou viverem em união estável, independe da sua orientação sexual, mas ao menos, um dos autores tem que ter vínculo genético com o bebê.

Em 16 de julho de 1985, a Rainha Elizabeth II, promulgou o *Surrogacy Arrangements Act. 22*, norma que propõe a regulamentar “*certain activities in connection with arrangements made with a view to women carrying children as surrogate mothers*” (REINO UNIDO, 1985). “*certas atividades que tem vinculação com acordos com mulheres carregando crianças como mães de aluguel*”.

De acordo, com essa norma jurídica somente cidadãos britânicos poderão ter acesso as técnicas de reprodução assistida, apontando a gestação por outrem, isso acontece com várias federações para impedir que seu país não receba turistas reprodutivos.

O contrato de gestação, deverá ser gratuito, sendo desse modo solidaria a gestação e a atribuição da filiação também. Em um primeiro instante a oportunidade de registrar o bebê é imposta à parturiente, sendo imprescindível um processo judicial futuro para alocação da filiação, para que estes gerem o vínculo parental com a criança. Além de exigir que os pais sejam casados ou em união estável deverá estes ter junção genética com a criança, ou seja, o bebê a ser gerado precisará ter material genético, óvulo ou espermatozoides dos pais, ainda pode-se observar que inexiste qualquer exclusão no que se refere à orientação sexual dos pais (CERUTTI,2016).

3 GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO NO BRASIL

O progresso científico, cresce cada dia mais em ritmo estonteante, impondo regras e elementos instigadores, buscando a cura do câncer ou a forma mais eficaz de constituir família, não cabe aqui discutir se esses avanços tecnológicos são éticos ou não, somente de ponderar as delicadas situações que surgem a cada dia, gerando conflitos antes inadmissíveis. Desse modo a reprodução assistida, deu um salto de um simples correjimento de fracassas no processo natural da reprodução, para questões como mistura genéticas, manipulações e até a produção de clones (SEGRE, SCHRAMM, 2001).

Aproximadamente há cinquenta anos, não se falavam em tais situações, foram trazidos ao conhecimento do público de forma tímida, na ficção científica literária e na cinematografia tornando-se hoje parte do dia-a-dia das pessoas, porem virando casos concretos a serem dirimidos pelas ponderações da bioética. O direito brasileiro vem ostentando uma nova postura diante do desenvolvimento da biotecnologia, orientando e limitando a forma de desempenho, utilizando de princípios para regulamentar as relações originadas pelas melhorias da medicina com o intuito de ajudar os indivíduos.

O Brasil por sua vez, sofre por não ter uma norma especifica para tratar do assunto aqui em comento, os tribunais utilizam para suprir as demandas de gestação por substituição as Resoluções do Conselho Federal de Medicina, a Resolução nº 1.358/1992, que logo em seguida foi superada por outras resoluções, mas estabelecendo limites ao uso da cessão temporária de útero, permitindo pessoas com límpidas carências biológicas, limitando o grau de parentesco, a cedente temporária deverá pertencer até o quarto grau consanguíneo de um dos parceiros, em outros casos estão sujeitos a autorização do Conselho Federal de Medicina.

Desta forma dedico estes próximos tópicos, há questões históricas, resoluções e futuras legislações que tramitam no congresso nacional, da possibilidade do contrato oneroso, a filiação e ainda a visão da religião sobre o assunto aqui tratado e por fim questões dúbias.

3.1 HISTÓRICO

No ano de 1984, precisamente no dia 07 de outubro nascia o primeiro bebê de proveta no Brasil e tornou-se um marco na ciência brasileira, abrindo caminhos para o desenvolvimento de técnicas cada vez mais avançadas de reprodução assistida (NOROESTEONLINE.2019).

A mãe da jovem Anna Paula, procurou o médico Milton Nakamura, em São Paulo com indicação de sua ginecologista. Com um novo relacionamento a administradora Ilza Caldeira, demonstrou o interesse de ter mais um filho agora de um novo casamento, mãe de cinco filhos e sem as trompas por causa de uma doença, não mediu esforços e foi além do que se podia imaginar em termos de tecnologias para época para realizar o desejo de ser mãe novamente.

O percurso da gestação ocorreu normalmente, foi realizada uma cesariana em Curitiba no estado do Paraná, seu nascimento foi resultado de treze anos de pesquisa da equipe do médico responsável pela gestação de Anna Paula, o ilustre cientista morreu em 1997. Anna Paula veio ao mundo seis anos depois da inglesa Louise Brown, a primeira criança no mundo a ser arquitetada em laboratório.

Logo podemos observar que o Brasil em termos de tecnologias de procriação, não ficam a atrás de grandes nomes como: Estados Unidos da América, Inglaterra entre outros. Contudo, ainda esbarramos em situações de cunho moral, ético e social, em que o Direito brasileiro não abarcou e que faz jus a atenção específica do legislador.

3.2 RESOLUÇÕES DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

A Resolução nº 1.358, de 1992 do Conselho Federal de Medicina, surge sendo revigorada ao longo dos anos e aborda as Normas Éticas para Reprodução Assistida, mantidas por novas resoluções, estabelecendo os princípios a serem adotados pelos procedimentos de reprodução assistida e para a cessão de útero no Brasil. Entre essas normas, destacar-se -a os seguintes: a Reprodução Assistida, deve ser utilizada somente quando os métodos convencionais de reprodução frustrarem, ou não serem biologicamente viáveis; as doadoras temporárias de útero devem ser parte da família em um parentesco de até segundo grau, a cessão temporária de útero não poderá ter caráter comercial ou lucrativo, por entender que o contrato oneroso da gestação sub-rogada, fere princípios éticos fundamentais da sociedade brasileira (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 1992).

Em síntese, a primeira resolução coligida pelo Conselho Federal de Medicina, os princípios gerais que orientam, problemas de infertilidades, da possibilidade eficaz de sucesso e que não incorra risco eminente a saúde do paciente do possível descendente, da autonomia e consentimento informado, não deve utilizar do mecanismo para selecionar o sexo do embrião, fica proibido a fecundação ovócitos humanos que seja apenas para procriação e ainda a

doação temporária do útero. Esses paradigmas continuam embasando as resoluções posteriores.

Em 2010, houve a primeira revisão realizada pelo CFM, a Resolução de nº 1957, inovando em temas já aclamados pela sociedade daquela época como: a permissão da utilização do procedimento para qualquer pessoa, independentemente do estado civil; limitando a quantidade de embriões transferidos que vai depender da idade da cliente; estabeleceu regras para reprodução *post mortem* e a probabilidade de criopreservar os embriões profícuos.

Anos depois da revisão de 2010, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a união homoafetiva, motivada pela Ação Direta de Inconstitucionalidade nº4277/DF, que tem como relator o Ministro Carlos Ayres de Britto, assim em 2013 publicou-se a Resolução nº 2.013/2013, com modificações importantes em especial a autorização, de que a técnica de reprodução assistida poderia ser usada inclusive por casais homoafetivos. Além do mais, a probabilidade da execução do procedimento sem a imposição meticulosa do Conselho Federal de Medicina (CFM), houve uma abertura maior em casos em que a doadora temporária do útero, poderá ser parente consanguínea de um dos favorecidos em até quarto grau de parentesco. Isto é, a Resolução de 2013, entrou em concordância com aspectos constitucionais e civilistas aplicáveis ao tema, ainda só não ampliou o grau de parentesco que antes era de até segundo grau (Resolução nº 1.358/92), que agora, passou a ser de até quarto grau de parentesco, limitou-se ainda a idade da gestante substituta para cinquenta anos por questões de segurança gestacional (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2013).

Ainda com o advento da Resolução de 2013, iniciou-se exigências de documentos, com o objetivo de oferecer o máximo de segurança aos envolvidos. Transcreve:

3 – Nas clínicas de reprodução os seguintes documentos e observações deverão constar no portuário do paciente:

- Termo de Consentimento Informado assinado pelos pacientes (pais genéticos) e pela doadora temporária de útero, consignando. (...)
- Relatório médico com perfil psicológico, atestando adequação clínica e emocional da doadora temporária de útero;
- Descrição pelo médico assistente, pormenorizada e por escrito, dos aspectos médicos envolvendo todas as circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA, com dados de caráter biológico, jurídico, ético e econômico, bem como os resultados obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta;
- Contrato entre os pacientes (pais genéticos) e a doadora temporária do útero (que recebeu o embrião em seu útero e deu à luz), estabelecendo claramente a questão da filiação da criança;
- Os aspectos biopsicossociais envolvidos no ciclo gravídico-puerperal;
- Os riscos inerentes à maternidade;

- A impossibilidade de interrupção da gravidez após iniciado o processo gestacional, salvo em casos previstos em lei ou autorizados judicialmente
- A garantia de tratamento e acompanhamento médico, inclusive por equipe multidisciplinares, se necessário, à mãe que doará temporariamente o útero, até o puerpério;
- A garantia do registro civil da criança pelos pacientes (pais genéticos), devendo esta documentação ser providenciada durante a gravidez;
- Se a doadora temporária do útero for casada ou viver em união estável, deverá apresentar, por escrito, a aprovação do cônjuge ou companheiro (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2013).

Seguidamente, em setembro de 2015, revogando a norma anterior foi editada a Resolução nº 2.121/2015, ocasionando algumas alterações. Tal como, a nomenclatura “contrato” que existia na Resolução de 2013 foi substituído para “termo de compromisso” termo este ajustado entre os favorecidos e a doadora temporária de útero, outra alteração de terminologia foi a do “termo de consentimento informado” para “termo de consentimento livre e esclarecido” que deverá ser subscrito por todos envolvidos no projeto parental, observando as questões psicossociais, e risco iminente e aspectos envolvendo termos legais da filiação e ainda o relatório médico atestando psicologicamente todos os envolvidos do qual na norma anterior só tinha parecer psicológico era apenas a doadora temporária de útero. O Conselho Federal de Medicina, manteve a postura de autorização apenas para a gestação por substituição altruísta, ou seja, sem fins lucrativos (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2015).

A Resolução de nº 2.168/2017, revogou a norma de 2015, a idade para as candidatas para as técnicas de reprodução assistida continua de cinquenta anos, porém, exceções são admissíveis com fundamentação médica, sobre os riscos eminentes que o paciente possa correr; consentiu as mulheres a concessão de óvulos ainda que não seja por doação compartilhada, dispondo que “a permissão da doação de ovócitos além dos casos compartilhados contempla a questão da isonomia de gênero”; acrescentou a quantidade de mulheres que são capazes de ocupar-se como doadoras de cessão temporária de útero, sem a utilidade de homologação minuciosa do Conselho Federal de Medicina, abrangendo também filhas dos favorecidos e sobrinhas (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2017).

Diante do exposto, é possível concluir que, no Brasil, o único tipo de regulamentação peculiar nos dias atuais relacionados a gestação de substituição como técnica de reprodução humana é a Resolução nº 2.168 de 2017 do Conselho Federal de Medicina, conduta deontológica publicada por uma instituição profissional, corporativa e não representativa de um corpo social, com a finalidade de apenas regulamentar a atuação médica, não para uso de

toda população brasileira. Por não haver lei que regulamenta sobre essa temática a doutrina manifesta sobre um “vazio legislativo” (TEIXEIRA, 2004, p.313).

O artigo 199 § 4º da Constituição Federal, traz regulamentações para transplante de órgãos, na qual diz que “a lei disporá sobre condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplantes, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado qualquer tipo de comercialização”; não é aplicável à cessão temporária de útero, seja porque o elemento do procedimento não é a retirada de alguma parte do corpo humano, se limita apenas ao uso temporário do útero e da disposição de gestar, seja ainda porque não é alvo de transplante, pesquisa ou tratamento. Desse modo, possa ser possível o uso da expressão “vazio de legislação” para exposição da normativa atual brasileira, é fundamental constatar que nosso ordenamento jurídico já proporciona fundamentos para a questão da ausência específica de lei, mas ainda carecem de sistematização, a fim de que estas soluções oferecidas apesar de legítima e existente, não fiquem sem segurança jurídica.

É possível afirmar, que o ordenamento jurídico brasileiro contém lacunas de direito e de não direito, visto que, por vezes, um “vazio de direito” pode deliberar um sistema jurídico muito mais do que as omissões que se encontram “preenchidos” (RODATÁ, 2010, p.29). Conforme a terminologia do autor, espaço de direito seria aquele regulamentado por normas jurídicas, e espaço de não direito significa que este não tem regulamentação jurídica, tendo como exemplo, as preferências políticas, ou seja, o famoso jeitinho brasileiro. Assegura o autor, que entretanto, “o esquema analítico sobre o que é jurídico não pode ser binário, um esquema de tipo cheio/vazio (...) porque o vazio, para sê-lo realmente, deve ser acompanhado de regras que assegurem essa condição” (RODATÁ, 2010, p.38). Ou seja, a permanência de espaços de não direito é estabelecida por diretrizes jurídicas existentes, o direito não regulamenta os espaços de não direito, mas sim busca garantir que esses espaços com efeitos políticos não venham a existir.

Um exemplo claro de espaço de não direito, é o princípio da legalidade do qual garante que: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” expresso no artigo 5º, II da Constituição Federal de 1988, a norma constitucional assegura aos indivíduos, o que não tiver proibição ou comando legislativo em relação à alguma conduta, há espaço guardado pelo direito, para que instantaneamente determinam sobre normas aplicáveis e as restrinjam por si próprias. “A vontade dos figurantes do negócio jurídico, segundo a amplitude do poder de autor regramento que lhes assegura o sistema

jurídico constitui o elemento que mais influir no surgimento, modificações e duração da eficácia jurídica” (MELLO, 2010, p.47).

A ausência específica de lei sobre a matéria aqui tratada, não influencia diretamente a segurança dos jurisdicionados, logo a norma deontológica, aplicada pelo Conselho Federal de Medicina, é considerada como norma subjetiva, portanto, o que o direito em si não protege diretamente a legislação deontológica traz a garantia dos direitos para seus usuários. A Resolução nº 2.168/2017, impossibilita a realização do procedimento fora dos ditames elencados no corpo da norma, caso um profissional não habilitado realizar o procedimento sofrerá sanções profissionais, o profissional que é devidamente competente para despenhar a função este não poderá agir com negligência ou imperícia, ainda, o artigo 4º da Lei nº 12.842/2013, abarca por impedir o ingresso dos indivíduos a prática da gestação por substituição que não são reprimidas pela solenidade da legislação brasileira:

Já de início note-se que essa Resolução, bem restritiva, viola o princípio constitucional da legalidade, vez que cria proibições mediante ato normativo infralegal (...). A Resolução do CFM, que não passou pelo processo legislativo no Congresso Nacional, não pode estabelecer proibições. Assim, ausente vedações em lei, a “barriga de aluguel” seria permitida sem as restrições impostas pelo CFM. Todavia, o procedimento não é livremente realizado no Brasil, em razão dessa resolução (LARA, 2014, p.87).

Observa-se que o Conselho Federal de Medicina, não é uma instituição que representa o corpo social, como apresentado, suas diretrizes em muito transcende o vínculo da esfera médica e sua atuação, como por exemplo, a determinação do impedimento de permuta monetária com a gestante, ou do requisito, de que a gestante doadora temporária de útero seja parente consanguínea até quarto grau do usufruidor, necessitando de sobremaneira nos demais casos, a homologação explícita do Conselho Federal de Medicina.

Ainda no que tange as questões médicas, a restrição de idade da gestante interina para cinquenta anos, motivada pela Resolução 2.168/2017, manifesta-se semelhantemente controverso, na discricção em que “impõe limitações ao direito fundamental à procriação, extrapolando a competência do órgão, visto que “ a colocação de norma geral e abstrata desconhece as particularidades do cada cliente. Se as partes, com pleno discernimento, consentirem no procedimento, e os exames indicarem a possibilidade efetiva de sucesso do tratamento” (SÁ; NAVES, 2015, p.153), porquanto não há a congruência de nega-lhes esse benefício.

Por esse motivo, a afirmativa presente em doutrina de que a Resolução de 2017, pode não ser contemplada de eficácia (GAMA, 2001), visto que no Brasil não é reconhecido o

costume contra legem (GAMA, 2014, p.543). A probabilidade do processo no incentivo da gestação por substituição, afastado das referências estabelecidas na Resolução nº 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina, ainda é uma situação muito distante, da mesma forma em que há à circunstancial necessidade de análise de inconstitucionalidade e/ou ilegitimidade desse preceito, tais assuntos serão tratados, nos tópicos a seguir observando projetos de leis estabelecidos no Congresso Nacional.

3.3 DILIGÊNCIAS LEGISLATIVAS

Na atualidade, a gestação por substituição necessita de diligências determinadas por lei em sentido estrito, ainda que a Resolução nº 2.168/2017, do Conselho Federal de Medicina e como complemento, o Provimento nº 63, de 2017, da Corregedoria Nacional de Justiça, tem a atribuição de regulamentar a aplicação da gestação por substituição no Brasil. Em proporcionalidade de normatização do tema, o Brasil tem mais posicionamento que países que não possui nenhum tipo de regulamentação, ou onde há proibição de qualquer modalidade de gestação por substituição, no entanto, a conduta em relação à gestação por substituição no Brasil é compreendida como mitigada, quer seja pelo impedimento da forma comercial, ou pela quantidade de restrições posta à especificidade da gestação altruísta.

Considerando a perspectiva internacional, o Brasil não é um destino de preferência para quem tem o desejo de projetar uma família por intermédio da gestação por substituição. A propósito, o Brasil tem características de casais contratantes: há uma considerável busca, de residentes brasileiros, pela concretização da prole em país estrangeiro (GUIMARÃES, 2014). Percebe-se que as vedações postas pela vigente Resolução do Conselho Federal de Medicina prejudicam a atividade da gestação por substituição no Brasil, o que acarreta, de certa forma, a clandestinidade na prática da gestação por substituição.

Logo, para que tenha alterações relevantes na norma da gestação por substituição, como a autorização da modalidade lucrativa, será necessário a regulamentação de diretrizes em sentido estrito, ou seja, leis aprovada pelo Congresso Nacional, mesmo que as normas do Conselho Federal de Medicina seja satisfatória, observa-se que não há uma tendência de resolver a questão, acredita-se que as Resoluções são consideráveis autossuficientes, claro, se não as fossem já seriam extirpadas do nosso ordenamento jurídico. Uma circunstancial licença da atividade, por intermédio de uma determinação jurídica, da mesma forma garantiria uma

restrição inteligível, as existentes pretensões de paternidade e maternidade certas, ao originar uma conceituação planejada, não uma filiação biologicamente definida (MARTINS,2014).

No entanto, o desenvolvimento de uma norma jurídica a respeito da matéria no Brasil até então é algo retraído. Não se pode menosprezar questões religiosas e morais que transpõe a um contexto social brasileiro, e as que impulsionam a demanda da reprodução assistida e a do biodireito. Tais questões manifestam-se de forma complexa para que o Congresso Nacional regulamente, mediante lei. De fato, não ocorre uma incumbência legislativa significativa para aspectos da reprodução assistida, em específico a gestação por substituição. Os projetos de lei que incidem o assunto foram insuficientes e pouco expandido e se estabeleceram em reapresentar redações de resoluções do Conselho Federal de Medicina.

Foram constituídos alguns projetos de lei tais como: Projeto de Lei nº 3.638/1993 de autoria do Deputado Luiz Moreira, que trata “De questões relativas a fertilização in vitro, inseminação artificial e barriga de aluguel – gestação por substituição ou doação temporária do útero”; o Projeto de Lei nº 2.855/1997, elaboração do Deputado Confúcio Moura, que “Inclui a fecundação in vitro, transferência de pré-embriões, transferência intratubária de gametas, a criopreservação de embriões e a gestação de substituição, a conhecida barriga de aluguel”; o Projeto de Lei nº 90/1999 - Senador Lúcio Alcântara, que “Dispõe sobre a Procriação Medicamente Assistida”; o Projeto de Lei nº 120/2003 - Deputado Roberto Pessoa, que “Dispõe sobre a investigação de paternidade de pessoas nascidas de técnicas de reprodução assistida”; o Projeto de Lei nº 2.061/2003 - Deputada Maninha, abordam “Elementos de contribuição no método de reprodução com ligação aos serviços de saúde prestados”; o Projeto de Lei nº 7.701/2010 - Deputada Dalva Figueiredo, que “Dispõe sobre a utilização post mortem do sêmen do marido ou companheiro”.

O Projeto de Lei nº 1.184 de 2003, o qual foi apresentado pelo Senador Lúcio Alcântara, que “Define normas para realização de inseminação artificial e fertilização in vitro; proibindo a gestação de substituição (barriga de aluguel) e os experimentos de clonagem radical”, este foi o projeto de lei mais elaborado em termos de abrangências a respeito da reprodução humana assistida em um todo, em relação a gestação por substituição esse projeto de lei constou expressamente a proibição da cessão temporária de útero inserindo a prática como crime, estipulando ainda, o vínculo da maternidade e da paternidade. Transcreve:

Art. 3º É proibida a gestação de substituição.

Art. 19 Constituem crimes:

III – participar do procedimento de gestação de substituição, na condição de beneficiário, intermediário ou executor da técnica:
Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

O texto do Projeto de Lei nº 1.184/2003 estipula ainda, o vínculo da maternidade e da paternidade em relação ao preceito de casais socioafetivo, no que se refere a deliberação da filiação dos filhos gerados por práticas de reprodução assistida.

Art. 17 O doador e seus parentes biológicos não terão qualquer espécie de direito ou vínculo, quanto à paternidade ou maternidade, em relação à pessoa nascida a partir do emprego das técnicas de Reprodução Assistida, salvo os impedimentos matrimoniais elencados na legislação civil.

O Projeto de Lei aqui em comento, se encontra na Mesa Diretora de Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC), na espera de integração de convidados para compor a mesa de audiência pública no sentido de discutir a proposta de lei do médico e Senador Lúcio Alcântara, logo se aprovado, ingressa no direito brasileiro, a vedação da gestação de substituição, seja a título oneroso ou gratuito.

O Poder Legislativo ao longo dos anos tem se demonstrado obstinado, em trazer uma resposta a sociedade, de tal modo, a regimentar as técnicas de reprodução e pôr fim a gestação por substituição. Nos dias que correm, prossegue um novo projeto de lei o de nº 5.768/2019 de autoria do Deputado Afonso Motta, que “Acrescenta dispositivos à Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil) para estabelecer as hipóteses de presunção de maternidade pela gestação na utilização de técnicas de reprodução assistida e autoriza a gestação de substituição”, ou seja, introduz novos artigos no Código Civil. Transcreve-se a redação do projeto de lei de 2019:

Art. 2º Acrescenta-se os artigos 1.597-A e 1597-B à lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002:

Art. 1.597-A. A maternidade será presumida pela gestação.

Parágrafo único. Nos casos de utilização de técnica de reprodução assistida, a maternidade será estabelecida em favor daquele que forneceu o material genético ou que, tendo planejado a gestação, valeu-se da técnica de reprodução assistida heteróloga.

Art. 1.597-B. fica autorizada a gestação de substituição.

§ 1º Gestão de substituição é uma técnica de reprodução assistida segundo a qual uma mulher aceita, de forma gratuita e voluntaria, gestar filho de outros pais biológicos e desde que sejam preenchidos cumulativamente os seguintes requisitos: Somente será permitida se houver problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doação genética;

II – A doadora temporária do útero deve pertencer à família da doadora genética ou de seu cônjuge ou companheiro;

III A doadora temporária de útero deve ser plenamente capaz”.

§ 2º A técnica só poderá ser realizada mediante laudo médico que demonstre o impedimento ou contraindique a gestação na doadora genética.

O Deputado Afonso Motta, argumenta que será considerada como mãe a mulher que usou seu útero como hospedeiro da gestação, ou seja, a maternidade será presumida somente pela gestação, mas logo fica a dúvida, e a mulher que não gestou, mas teve seu material genético usado no processo de gestação, nessas hipóteses ele propõe a redação do parágrafo único do artigo 1.597-A, artigo este que se o projeto de lei for aprovado pelo Congresso Nacional passará ser parte do Código Civil de 2002. Nas circunstâncias de utilização das técnicas de reprodução assistida, quem terá o direito sobre a criança não é a mãe que forneceu temporariamente seu útero, mas a que forneceu o material genético, melhor dizendo, se o conteúdo genético de uma mulher foi introduzido em útero diverso mediante “barriga solidária” esta não será considerada mãe, mas, sim a que forneceu o conteúdo genético.

Este prenúncio encontra-se preexistente do parágrafo único do artigo 1.597-A do Projeto de Lei nº 5.768/2019. Consequentemente a mulher que utilizou da técnica de reprodução assistida heteróloga, em outras palavras, utilizou-se de conteúdo genético de uma terceira pessoa, a mulher que teve o planejamento da gestação que será a mãe da criança para fins legais, mesmo que tenha se valido de “barriga de aluguel”. Além de estabelecer quem será a mãe nas possibilidades de concepção assistida pelos métodos acima indicados, ainda o projeto de lei introduz no Código Civil a gestação de substituição, ou ainda gestação por outrem ou também “barriga de alguém”, assim popularmente conhecida, por fim o projeto lei define que “ a gestação de substituição é a técnica de reprodução assistida segundo o qual uma mulher aceita, de forma gratuita e voluntaria, gestar filho de outros pais biológicos” (PROJETO DE LEI nº 5.768/2019).

Há ainda requisitos a serem seguidos para a utilização das técnicas de reprodução, tais como: “a técnica só poderá ser aceita mediante aludo médico que demonstre o impedimento ou que contraindique a gestação na doadora genética” e “a doadora temporária do útero deve pertencer à família da doadora genética ou de seu cônjuge ou companheiro e ainda, que a doadora temporária do útero seja plenamente capaz”. O projeto ainda se encontra para votação no Congresso Nacional.

3.4 DA TEORIA DOS CONTRATOS

O homem diariamente, na sua vida em sociedade compactua inúmeros acordos, com seus congêneres a fim de prosseguir com seus objetivos e estreitar as relações sociais. O contrato tem sua origem histórica no Direito Romano, aparece para legitimar esses acordos de vontade e deste modo, custodiar significativos elos jurídicos. Os contratos tem sua forma dinâmica, através desse dinamismo que buscamos realizar nossos desejos, é isso faz nos impulsionar e satisfazer nossa vontade, e de resto, vem o equilíbrio para ambas as partes contratantes, é o que ensina Caio Mário da Silva Pereira, “o contrato é um acordo de vontade, na conformidade da lei, e com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos” (PEREIRA, 2009, p.7). Refere-se, portanto de um acordo de vontades com objetivo de provocar efeitos jurídicos.

O contrato, é um mecanismo que tem como finalidade funções sociais e também econômicas, logo por ser um negócio jurídico, requisita para sua validade, o cumprimento das condições do artigo 104 do Código Civil de 2002. Transcreve:

Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:

- I – agente capaz;
- II – objeto lícito, possível, determinado ou determinável;
- III – forma prescrita ou não defesa em lei.

Expondo sobre o assunto, o doutrinador Caio Mário da Silva Pereira classifica os elementos de validade elencados no artigo 104 do Código Civil de 2002, em três grupos: objetivos, formais e subjetivos. O elemento subjetivo pode ser exposto como o elemento de consentir (PEREIRA, 2009, p.27). O consentimento, originador do contrato, decorre de três aspectos:

- A – Acordo sobre a existência e natureza do contrato; se um dos contratantes quer aceitar uma doação e o outro quer vender, contrato não há.
- B – Acordo sobre o objeto do contrato; se as partes divergem a seu respeito, não pode haver contrato válido.
- C – Acordo sobre as cláusulas que o compõem; se a divergência campeia em ponto substancial, não poderá ter eficácia o contrato (PEREIRA, 2009 p.27).

Agora os elementos de validade objetivos, correspondem ao objeto do contrato, em outras palavras, a obrigação estabelecida tem por finalidade a modificação ou a extinção do contrato, constando a licitude, a determinação e a viabilidade do objeto. Portanto, objeto possível é aquele que compreende na esfera material e judicial. Objeto lícito é aquele permitido por lei, ainda o objeto tem que ser determinável ou determinado, ou seja, que em

um primeiro instante não seja determinado, mas o objeto deverá conter referências para uma determinação futura (FIUZA, 2010, p.211).

No que diz respeito, ao quesito formal de validade dos contratos, a jurista Maria Helena Diniz ensina: “a regra é a liberdade de forma, celebrando-se o contrato pelo livre consentimento das partes contratantes, pois apenas excepcionalmente a lei requer obediência aos requisitos de forma” (DINIZ, 2010). Cita o artigo 107 do Código Civil, que: “A validade de declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei exigir expressamente”. Em outras palavras, alguns contratos necessitaram de obedecer à forma preordenada quando a lei assim exigir, sob pena de nulidade, e não existindo forma específica, o contrato poderá ser acordado por escrito, tacitamente e até verbal. No entanto, o contrato se forma quando os contratantes fazem ajustar suas vontades em igualdade, com o intuito de lograrem efeitos jurídicos. Dessa forma, o contrato mostra como desfecho final uma sequência de fases: negociações introdutórias, proposta e aceitação, feito a proposta, sendo aceita pelo oblato, está estabelecido o contrato, se respeitados os requisitos de validade, este produzirá efeitos jurídicos

De resto, os contratos são regidos por uma afluência de princípios, que se tornam pilares do Direito Contratual, entre tais o princípio da autonomia da vontade, a função social dos contratos, e o da boa-fé objetiva. Cabe aqui um destaque sobre o princípio sustentáculo dos contratos, o princípio da autonomia da vontade. Tal princípio, é conceituado como um dos percussores da teoria contratual, é ele que traz a liberdade das partes de compactuar ou não, em um contrato. Para Maria Helena Diniz, “a autonomia da vontade consiste no poder de estipular livremente, como melhor lhes convier, mediante acordo de vontades, a disciplina de seus interesses, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica” (DINIZ, 2010, p.21). Ainda, para César Fiuza, a autonomia da vontade representa quatro esferas:

- 1º - Contratar ou não contratar. Ninguém pode ser obrigado a contratar, apesar de ser impossível uma pessoa viver sem celebrar contrato.
- 2º - Com quem e o que contratar. As pessoas devem ser livres para escolher seu parceiro contratual e o objeto do contrato.
- 3º - Estabelecer as cláusulas contratuais, respeitando os limites da Lei.
- 4º - Mobilizar ou não o Poder Judiciário para fazer respeitar o contrato, que, uma vez celebrado, torna-se fonte de Direito (FIUZA, 2010, p.406).

O Código Civil de 2002, trouxe os princípios contratuais como a função social dos contratos e o da boa-fé objetiva, desse modo os contratos devem ser direcionados pelo princípio da boa-fé, uma responsabilidade exigida das partes contratantes, com o intuito de

manter um equilíbrio de lealdade e probidade, ou seja, o princípio da boa-fé traz em seu bojo o dever das partes de agir de forma justa, e com princípios morais aceitos em sociedade, durante as negociações preliminares, a oblação e por fim o contrato em definitivo. Já o princípio da função social dos contratos, instiga o conceito clássico de que os contratantes podem fazer o quiserem, visto que se encontram na prática da autonomia da vontade, à vista disso o contrato precisa ter alguma utilidade social, de maneira que os interesses dos contratadores convenham com o interesse da coletividade.

Com a Constituição Federal de 1988, aconteceram importantes modificações na órbita das relações privadas, sendo que estas passaram a ser direcionadas através dos princípios substanciais da nossa Constituição Federal, evidenciando assim, como princípio contratual a dignidade humana. A respeito César Fiuza ensina:

Os contratos, enquanto meio de geração e de circulação de riquezas, de movimentação da cadeia de produção, devem ser instrumento de promoção do ser humano e de sua dignidade. Em outras palavras, os contratos não devem ser vistos apenas como meio de enriquecimento das partes contratantes. É fundamental que se diga que as pessoas celebram contratos para se promover, para galgar novos e melhores caminhos. Os contratos têm que ser interpretados como instrumentos de promoção da dignidade humana (FIUZA, 2010, p.411).

Há uma exorbitância de princípios que norteiam o Direito Contratual, que tem como finalidade equilibrar os interesses privados, e de certo modo, os coletivos, com o propósito de direcionar na formação dos contratos, com isso fica cada vez mais equilibrado e justo e com equidade em relação aos princípios de um Estado Democrático de Direito. Entende-se assim, que o contrato é um elemento social, que determina as relações jurídicas na sociedade, moldando o interesse dos indivíduos, e expandindo à formação de propósitos jurídicos que necessitam ser amparados pelo Direito, para assegurar ao indivíduo a obtenção de seus objetivos e a satisfação da sua vontade.

3.4.1 DA POSSIBILIDADE DO CONTRATO ONEROSO NA GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO

O indivíduo é munido de autonomia, em outras palavras, é livre para traçar seus objetivos, preferências e decidir como proceder, se comportar e realizar suas pretensões da forma que lhes convém. Logo, o domínio jurídico deve propiciar o eixo para que os indivíduos obtenham seus desígnios, tornando o contrato, a fonte de instrumento posto à

serviço da vontade humana. Deste modo, a vontade é efetiva pra a determinação da autonomia do ser humano. Para Immanuel Kant, “a vontade é a faculdade do desejo considerada não em relação à ação, porém a relação ao fundamento que determina a escolha para a ação” (KANT, 2003, p.63). Logo, a vontade é o último fundamento da ação humana, ela é o fruto da razão dos indivíduos manterem um ponto de equilíbrio, por esse motivo são dotados de autonomia. Para o direito privado a dicção “última da autonomia”, é o contrato, para que, um contrato seja válido, e desta forma, apresentar efeitos, há a necessidade de obedecer aos requisitos estabelecidos. Deverá conter agente capaz de cumprir como o negócio jurídico, deve ser lícito o objeto da relação.

O contrato de gestação de substituição, decorre quando um casal deseja ter filhos sendo assim, idealizam um projeto de parental, de um lado o casal idealizador, e de outro a terceira pessoa que deseja ceder temporariamente seu útero. Por determinação do órgão que regula a gestação por substituição no Brasil, o Conselho Federal de Medicina, as partes contratantes devem cumprir dados requisitos, ou seja, a mulher que decide procurar uma doadora temporária de útero, deve possuir disfunções biológicas que a inviabiliza de gestar uma criança, e, além do mais, a doadora temporária do útero deverá pertencer a família de um dos parceiros em até quarto grau de parentesco, e se a doadora não for da família dos beneficiários, para esta, deverá solicitar autorização do Conselho Federal de Medicina,

Nesses termos, temos o primeiro pressuposto de validade de um negócio jurídico: agentes capazes e com legitimidade para ser parte de um contrato, o segundo elemento merece uma análise mais cuidadosa, que se trata da validade do negócio jurídico, em outras palavras, o objeto do contrato de cessão temporária de útero. Ainda não há um posicionamento irrefutável na doutrina quanto em relação ao contrato de gestação de substituição, deve ser estudado com cautela seus aspectos, para chegar a um posicionamento que condiz com a atual legislação cível ou melhor, um direito civil constitucionalizado. Persiste dois pontos de vista que versa a respeito do assunto. O primeiro, acredita que o objeto da cessão temporária de útero seria ilícito, por ter a vida humana como objeto, logo quem adota essa posição, entende que o objeto contratual seria a criança a ser gerada, desse modo, encontraria impedimento constitucionais, visto que, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 199, § 4º, deixa claro a proibição e comercialização da vida humana, de forma geral.

Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

§ 4º A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e

tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.

Assim, os considera, inválidos os contratos de cessão temporária de útero, por não considerarem o objeto contratual como lícito. A determinação de requisitos para validade de um negócio (e por consequência será dito como inválido, ou melhor, anulável ou nulo) está relacionada exclusivamente ao seu “momento patológico”, no qual consiste no instante da aplicação da nulidade do negócio, mencionadas no ordenamento jurídico, isto para os acordos que não utilizam os critérios estabelecidos em lei. A exemplo disso, Rose Melo Vencelau Meireles, fala da incapacidade do agente que formaliza um negócio jurídico:

A lógica utilizada pela codificação civil é a seguinte: se o incapaz pratica o ato de autonomia privada ou negócio jurídico, se assim preferir, sem representação ou assistência, este ato é nulo ou anulável, respectivamente; se o incapaz é representado na celebração de um negócio jurídico e a representação é conflituosa com os interesses do incapaz, resta-lhe o caminho da anulação. Mas quando se trata de situações existenciais não parece suficiente a tutela das incapacidades nestes termos. Assim como a reparação do dano causado pelo ilícito, a nulidade e anulabilidade cuidam apenas do momento patológico da situação (MEIRELES, 2009, p.135).

Entretanto, compreende-se que a estipulação da invalidade como medida punitiva pelo ordenamento jurídico, não se dá apenas a imputar reveses após a formação de um negócio jurídico com vício, não são critérios desse plano. Ao contrário, compreende-se que as normas de validade se adequam apenas sobre as disposições de validade, de maneira imperativa em período anterior ao desenvolvimento do negócio, na medida em que os contratantes dispõem da ciência sobre essas importantes regras, passam a obedecer-las afim de evitar as sanções impostas pelo ordenamento jurídico. No contrato de gestação por substituição, os contratantes deverão se atentar as regras elencadas na norma brasileira, para garantia de proteção de todos envolvidos, desde os beneficiários até a criança a ser concebida, ainda, certificar-se, de que tenham um assessoramento jurídico adequado, com intuito de redigir um contrato com cláusulas com termos negociais admitidos em lei, para que futuramente não venham frustrar-se pela presença de algum tipo de falha ou irregularidade.

Ademais, o Código de Processo Civil fala da solução de um possível conflito, traz em seu artigo 3º, § 3º, diz a seguinte redação: “ A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”, são estas pessoas que podem estimular a solução de conflitos, daí a importância de um contrato válido. Ainda, neste caso de contrato por gestação por substituição, o advogado deverá se voltar

apenas à prestação de assessoria e consultoria jurídica satisfatória, pra evitar a configuração de litígios, estes serviços são privativos do advogado é o que diz o artigo 1º, II do Estatuto da Advocacia. O negócio jurídico tem suas personalidades, e tem quer ser o claro possível é o que ensina Roxana Cardoso Brasileiro Borges.

O negócio jurídico que tem como objeto o uso de certos direitos de personalidade deve ser o mais específico e detalhado possível. A permissão para o uso do direito de personalidade deve ser expressa. O negócio deve conter todos os detalhes sobre como aquele direito de personalidade será empregado, qual é a finalidade do uso negociado, durante quanto tempo o uso estará permitido, que lugares essa permissão alcança. Além disso, todas essas disposições terão, necessariamente, interpretação restritiva. Deve-se estabelecer, ainda, a remuneração pelo uso do direito de personalidade em questão, se se tratar de negócio jurídico bilateral quando aos efeitos. Com a delimitação detalhada do uso do direito da personalidade, permite-se à pessoa a fruição econômica do uso desses direitos e, ao mesmo tempo, garante-se a proteção dos direitos de personalidade, que não saem de sua esfera jurídica (BORGES, 2005, p.122).

Tratando-se de momento patológico do negócio, o Código Civil prevê em seu artigo 182, que quando houver a invalidade do negócio, as partes serão restituídas a condição anterior, ou não sendo possível, “indenizadas com o equivalente” a essa condição anterior, Rose Melo Vencelau Meireles, alega que essa condição não deve ser utilizada a negócios efetivos, no qual “não funciona a lógica da restituição ao estado anterior ou indenização pelo equivalente, porque a primeira opção é quase sempre inviável e a segunda simplesmente não existe. (...) Como indenizar esta pessoa pelo equivalente?” (MEIRELES, 2009, p. 52). Sendo de fato impossível, compensar os contratantes com valor que tenha equivalência a condição anterior, o artigo 182 do Código Civil, é cabível desde que por intermédio de uma compreensão operante a finalidade existencial concernente ao negócio pactuado entre as partes – isto é, na incapacidade de concessão do correspondente, impossibilita a atribuição do contorno disponibilizado pela ordem jurídica, para no caso de eventuais situações, no caso dessas condições anteriores poderá ser convertidas em dano moral, por aquele que em plena consciência tenha dado causa ao vício.

O agente capaz do contrato de cessão temporária de útero, por si só já induz quem pode fazer parte do contrato, deverão ter capacidade plena, logo já excluídos os absolutamente incapazes que pelo Código Civil, são os menores de dezesseis anos, que neste caso precisariam ser representados, mas não poderão ser parte pois, o exercício de direito é personalíssimo e deve partir inteiramente do seu titular. No caso das partes beneficiadas, o reconhecimento de filiação é intrasferível, e ainda em relação a doadora de útero, é a única detentora da autonomia corporal.

Ainda a legislação cível, apresenta os relativamente incapazes são eles: são os maiores de dezesseis e menores de dezoito; os viciados em tóxicos; ébrios habituais e ainda os pródigos e aqueles por causa permanente ou transitória não poderão exprimir sua vontade, estes a princípio poderiam ser parte desde de que assistidos, no entanto, por se tratar de assunto com característica existencial, pode-se indagar se nesses casos seria possível a presença de um curador. Além do mais, em ambos questionamentos sobre a capacidade, a execução de circunstâncias jurídicas subjetivas existenciais, de uma perspectiva funcional, poderá ultrapassar o entendimento do que configura capacidade em definições puramente legais. No entanto, a escolha pela atuação em um negócio de gestação por substituição não envolve pontos em que a vida do agente corre risco eminente, não é o que ocorreria em casos de tratamentos ou medicações, para uma segurança jurídica as partes deverão ter capacidade jurídica.

Ainda, é preciso averiguar requisitos para a existência do objeto lícito, possível, determinado ou determinável, presume-se que o objeto jurídico aqui em questão, é o exercício do direito de personalidade da mulher gestante, uma vez que, em volta desse objeto é que gira os demais elementos para compor um negócio jurídico, assim esclarece Ana Carolina Brochado Teixeira:

(...) verificam-se inúmeros negócios jurídicos que, pelo seu objeto e função que exercem, determinam que a normativa aplicável seja a das situações existenciais. Isso ocorre a priori, quando sua função está ligada, de forma direta, a algum aspecto ensejador do livre desenvolvimento da personalidade, como por exemplo, a cessão gratuita de útero, de serviços educacionais ou médicos, de depósito de embriões criopreservados. Todos esses casos se referem, de forma inegável, a aspectos da personalidade, cujo objetivo negocial é prioritariamente efetivá-los, de modo a potencializá-los, proporcionando o livre desenvolvimento da personalidade da(s) parte(s) envolvida(s) (TEIXEIRA, 2010, p.165).

Observa-se que, o objeto do negócio jurídico da cessão temporária de útero não é, a criança a ser gerada tampouco o útero da gestante ou o corpo da mesma, mas sim o direito da personalidade exercido por ela, além do mais à possibilidade de limitação ou renúncia voluntária diante do personalidade, poderá ocorrer nas duas modalidades de gestação por substituição (remunerada e altruísta), sem que ocorra a violação impostos pela ordem jurídica tais como: “bons costumes” e “ordem pública”, é o que diz Roxana Cardoso Brasileiro Borges.

Quando tratamos da autonomia privada, vimos que, no direito civil, as principais limitações são relacionadas ao conteúdo ou objeto do negócio jurídico, uma vez que ele deve ser lícito e possível, além de determinável. Quanto a isso, um dos maiores problemas está em que muitos autores incluem no conceito de licitude não apenas a

contrariedade à lei, mas a contrariedade à moral, à ordem pública e aos bons costumes. (...) Quanto à ilicitude propriamente dita, ou seja, a contrariedade a dispositivo de lei, consideramos que, em si mesma, não é fator determinante, uma vez que o dispositivo pode ser considerado inconstitucional. (...) há dúvidas acerca da constitucionalidade de artigos do Código Civil de 2002, principalmente dos que se referem à disposição do próprio corpo, assim como há dúvidas sobre a constitucionalidade de artigos da Lei n. 9.434/97, dentre outros, por considerarmos que, em alguns desses casos, o Estado, por meio da atividade legiferante restritiva, intromete-se, inconstitucionalmente, em esferas de vida das pessoas que são protegidas, pela Constituição Federal (BORGES, 2005, p.135).

Adotando primeiramente a análise em contrariedade à lei pelo negócio de gestação por substituição, percebe-se que os artigos do Código Civil de 2002, não podem ser inconstitucionais, desde que submetidos a uma interpretação à luz da Constituição de 1988, assim tendo o respaldo garantido pelo constituinte a respeito da vida humana, como acima exposto por Roxana Cardoso Brasileiro Borges (2005). Nas entrelinhas, o Código Civil constitui que direitos da personalidade não podem ser renunciados, ainda há a vedação da disposição do próprio corpo que custe a depreciação permanente da integridade física ou que possa contrariar os bons costumes, salvo se houver exigência médica, mas nada impede de dispor do seu corpo gratuitamente após a morte com objetivo altruístico ou científico.

Transcreve:

Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária. (CÓDIGO CIVIL,2002).

Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.

Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial. (CÓDIGO CIVIL,2002).

Art. 14. É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte.

Parágrafo único. O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo (CÓDIGO CIVIL, 2002).

É inquestionável que a vida humana é um bem intangível, é a base que sustenta todos os demais direitos, por essa razão, não pode ser objeto de negócio, e muito menos de comércio. A defesa aqui é a proteção da vida, visto que a procriação é uma forma de garantir a conservação da vida. É um direito de todo ser humano reproduzir, construir família, se assim quiser. E quando há uma barreira biológica que o impeça de realizar tal desejo, deverá este procurar de certa maneira a satisfazê-la, ainda assim terá seu direito tutelado em toda sua

plenitude, trata-se do resguardo à dignidade humana, que deve ser observada apenas em sentido estrito, mas de a contemplar todos os anseios do indivíduo, pois dotados de autonomia, e assim, tem a capacidade de definir o que é melhor. Assim o homem busca incessantemente meios para viabilizar um aprimoramento das técnicas, e assim, colocar em prática seus projetos.

Salienta que, o projeto parental tem que acontecer de acordo com os princípios que regem o mesmo, como a dignidade da pessoa humana sem deixar de lado questões morais e éticas. Tercílio Carlini Sobrinho, citado por CONTI, a Ética possui: *“a) a consciência individual, que redundando na moral, que é um conjunto de ideias ou princípios que nos leva a fazer o bem e evitar o mal; b) consciência coletiva, que redundando no direito”*(CONTI, 2004, p.4). É notório que aqueles que buscam a gestação por substituição, encontram-se a procura de um bem, em outras palavras de gerar um filho, e tirar a angústia de não poder gerar.

A defesa é que seja reconhecido o acordo de gestação por substituição, como um contrato válido e lícito, reverenciando as resoluções do Conselho Federal de Medicina, ocorrendo este de forma gratuita, pois se assegurada a relação afetiva entre os contratantes poderá inibir o comércio nesta relação. Fernandes ensina que, *“a obrigatoriedade da exigência de uma relação de parentesco foi estabelecida com o fim de evitar a comercialização já que nestas circunstâncias as pessoas estão ligadas por laços familiares”* (FERNANDES, 2005, p. 100). A obrigação da gratuidade do contrato de gestação ocorre do fato que *“o corpo humano e suas substâncias são objetos fora do comércio, sendo a gratuidade pressuposto da legalidade do ajuste entre as partes, imposta constitucionalmente”* (OLIVEIRA; BORGES, 2000, p. 48). Diana Poppe, traz quatro elementos para fundamentar a proibição do contrato oneroso da gestação por substituição:

- 1) Se teme a criação de uma indústria global da ‘barriga de aluguel’.
- 2) Se teme que a gestante, ao confirmar o contrato, ainda não estando grávida, não tenha condição psicológica de obrigar-se a entregar o bebê que gerou porque é durante a gravidez que podem ser criados vínculos afetivos entre gestante e feto.
- 3) Se teme a coisificação da criança.
- 4) Se teme a mercantilização do corpo. (POPPE, 2013, p.3).

Assim, apresentada a vontade de firmar o contrato de gestação por substituição, que terá por objeto o útero de uma terceira pessoa com a finalidade de gestar uma criança para outrem que não possa gestar, sendo os agentes capazes de expressar seu desejo, e ajustando o acordo de livre espontânea vontade, assim estará formado o contrato, e mais deverá ainda este, respeitar os requisitos do negócio jurídico, para que esteja apto a produzir efeitos. Desta maneira, faz-se fundamental a normatização desta relação privada, uma vez que, está

estabelece a manifestação da autonomia dos indivíduos e está em concordância com a ordem jurídica vigente. Além do mais, é indiscutível que no momento que se depara as ciências humanas (abrangendo aqui a Ciência do Direito), é fundamental que seja assegurado aos indivíduos a esperança de conquistar seus objetivos, e no momento em que a Biotecnologia disponibilizada técnica para favorecer a casais inférteis a idealidade de ter um filho, não compete a nenhuma outra ciência vir a dificultar, mas sim, apresentar meios de executar tal expectativa, sem provocar ou ferir nenhum valor essencial do ser humano.

Torna-se notório, que a gestação por substituição sobrechegou como um instrumento para proporcionar a reprodução, atravessando barreiras biológicas com o propósito de realizar o desejo daqueles incapazes de se reproduzir. Sendo assim, é imprescindível desmistificar a interpretação hostil que tal técnica infringe o direito à vida e a dignidade humana. Na verdade, o que temos, é o fruto da persistência forte do ser humano, que busca a todo momento o aperfeiçoamento de métodos para produzir uma melhor qualidade de vida. A vida deve ser observada como o centro de tudo, uma vez que, só é possível procriar por meio da reprodução. Negar esta liberdade a casais inférteis é negar a própria vida, fazendo isto é ter um pensamento fixo ao positivismo exagerado, que bloqueia compreender o indivíduo e suas relações.

Inúmeros países já superaram essa visão tradicionalista, e passaram a autorizar o contrato de gestação por substituição, como por exemplo a Espanha, com a Lei espanhola de 1988, e os Estados Unidos, no qual além de permitir a prática, estimula a mesma (VENOSA, 2009). Ainda no Brasil, quando há divergências relacionados ao tema alcançam os tribunais, há juízes que consideram os acordos válidos, e assim, reconhecem a paternidade da criança ao casal solicitante da gestação por substituição, ou ainda o direito da licença parental (novo conceito de licença maternidade), a inexistência de legislação expressa não impede que o magistrado utilize de analogia para suprir as lacunas deixadas por um direito arcaico. O direito moderno tem a tendência de proteger as mais diversas formas de famílias e ainda o interesse das crianças e adolescentes, com princípios constitucionais. Observa a jurisprudência que trata de um pai solteiro que utilizou das técnicas de reprodução assistida, mais precisamente a gestação por substituição, e entrou na justiça com pedido de licença parental, e o juiz deferiu o pedido sem fundamento expresso, mas utilizou-se da analogia para dirimir o caso. *In verbis*:

DIREITO ADMINISTRATIVO. SERVIDORES PÚBLICOS. DIREITO DE EXTENSÃO DO SALÁRIO-MATERNIDADE AO PAI SOLTEIRO CUJA PROLE FOI CONCEBIDA POR MEIO DE TÉCNICA DE FERTILIZAÇÃO IN

VITRO E GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO. 1 - A inexistência de disposições legais expressas não impede que o magistrado supra lacunas por meio da analogia. 2 - Tendência do direito moderno de proteger as variadas formas de famílias e os interesses das crianças e adolescentes. Princípios com sede constitucional. Estatuto da Criança e do Adolescente. Estatuto da Primeira Infância. 3 - Ao pai solteiro, cuja prole foi concebida por meio de técnicas modernas de fertilização in vitro e gestação por substituição, deve ser estendido o direito ao salário-maternidade. 4 - A presença do genitor na primeira infância é essencial ao desenvolvimento do recém-nascido. Negar a este o direito da presença de seu pai neste crucial momento da vida é violar o princípio da isonomia material, tendo em vista que outras crianças, concebidas pelos meios naturais, têm-no. 5 - A finalidade dos institutos das licenças parentais é privilegiar o desenvolvimento do infante, tendo prevalente a natureza extrapatrimonial. 6 - A jurisprudência caminha no sentido de favorecer os interesses da família e da criança ao interpretar a aplicação, na prática, dos referidos institutos. Precedentes. 7 - Atendimento dos princípios da dignidade da pessoa humana, da isonomia material e da vedação à proteção deficiente. 8 - Apelação improvida. (TRF-3 - Ap: 00159013120144036100 SP, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA RIBEIRO, Data de Julgamento: 07/05/2019, SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: e-DJF3 Judicial 1 DATA:16/05/2019)

Questões polêmicas, como o caso da gestação por substituição é importante buscar soluções afastadas de atitudes radicais, motivo esse que é defendido aqui a normatização da gestação por substituição, na modalidade altruísta, tendo como doadora temporária de útero alguém da família dos beneficiários, levando em consideração que o objeto do contrato é o útero doado, e não a criança. Tal posicionamento é o que chega mais próximo de valores éticos que orientam a sociedade e o ordenamento jurídico brasileiro, com equilíbrio, em outras palavras regulamenta a gestação de substituição com restrições, isso vai evitar um novo problema a comercialização de óvulos, espermatozoides e ainda o aluguel de um útero, dificultando ainda a coisificação do ser humano.

Há quem defenda o contrato de gestação na sua modalidade onerosa, sobretudo, assegurando que existiria mais seguridade no caso de inadimplência do mesmo, e, além disto, acreditam que seria justo aquela que disponibiliza seu útero para gestar uma criança receber por isso. Contudo, levando em consideração os valores éticos que preponderam em nossa sociedade, assim como os princípios constitucionais presentes, como a dignidade humana, reconhece-se como forma mais viável e em concordância com nosso ordenamento jurídico. Desse modo, é evidente a necessidade da regulamentação do contrato para que se torne um negócio jurídico apto a produzir efeito.

3.5 DA FILIAÇÃO NA GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO

No Direito Civil brasileiro, pelos preceitos do artigo 1.593 do Código Civil, a filiação pode ocorrer de forma natural, ou seja, pelo grau de parentesco por consanguinidade ou ainda pelo parentesco civil, isto é, de “outra origem”, proveniente de uma adoção: artigo 1.593 do Código Civil, “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou de outra origem”. Neste sentido, é fácil de compreender que a gestação por substituição, por si só, é uma atividade que desconstrói a definição de filiação, uma vez que é uma prática que altera as fases naturais da reprodução, quais sejam, procriar, gerar e transformar-se em mãe.

É oportuno destacar, que o Código Civil se atentou em constituir um pressuposto para a filiação, provenientes das concepções por inseminação homóloga, são aquelas que o elemento genético provém tão-somente do casal pretendente, transcorrendo a inseminação na própria mulher que igualmente projetou a gestação. Fatos como estes, a lei assegura que a criança é presumidamente filho do companheiro ou marido. Do mesmo modo, há previsão legal para o caso em que a mulher utiliza da inseminação heteróloga, usando o espermatozoide de um doador inanimado, desde que a mulher tenha a previa autorização do marido ou companheiro para valer-se da prática, do qual este passa a ser o genitor jurídico do nascituro.

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido. (CÓDIGO CIVIL,2002).

No entanto, há no ordenamento jurídico brasileiro nenhuma alusão à presunção da filiação que provém do emprego da prática do uso útero por substituição. neste caso há uma diferença dos demais, já que tem a existência de duas mães, uma que pretendeu e planejou a reprodução, utilizando ou não seu material genético, e por outro lado, a mãe que cedeu seu corpo temporariamente, para gestar o bebê.

É importante ressaltar, que no Brasil é permitida o uso da barriga solidária por casal homoafetivo formado por homens, veja que não há a figura da mulher ou da mãe, mas sim de dois pais que organizaram e adimpliram o projeto parental por intermédio de uma terceira pessoa, sendo esta última se ofertado voluntariamente para gestar em seu útero o

ambicionado filho. Observa-se, que a concepção e a geração desta criança são totalmente distintas daquelas em que há a utilização das técnicas de reprodução humana assistida por meio de casais pretendentes, sem a indigência de utilizar do corpo de outrem para materializar seu projeto parental, visto que esta seria a razão pela qual gera indagações de ordem moral, ética e, sobretudo como definir a filiação. Ademais, o Código Civil de 2002 destaca de maneira explicada que toda criança gerada na constância da união estável ou do casamento é presumidamente do casal, se foi de forma natural ou não, o que envolve as técnicas de reprodução assistida heteróloga e homóloga. Transcreve artigo 1.597 do Código Civil:

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV- havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Nesta lógica, o autêntico Código Civil, fica negligente quanto à cessão temporária de útero, faz clara diferenciação entre filhos gerados do mesmo casal, e filhos gestados em um útero solidário, quando não são considerados descendentes do casal solicitante, mas sim pressupõe que sejam descontentes da gestante e de seu companheiro ou esposo, o que uma inexistência jurídica. Adverte-se, ainda, que a legislação brasileira estabelece a maternidade pelo parto ou pela gestação, artigo 1.593 “O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem” (CÓDIGO CIVIL, 2002), ainda Constituição Federal de 1988, assegura a gestante a licença maternidade, sobretudo, quanto ao critério socioafetivo, o Código Penal traz uma redação de que registrar uma criança de outrem como se fosse seu é crime, ainda assim é uma realidade de omissão e confusão, quando encontramos diante da utilização da técnica de gestação por substituição, da qual se tornará mãe não aquela que deu a luz, mas sim a que planejou e desejou o filho. Assim transcreve, artigo 7º, XVIII, da Constituição Federal e artigo 242 do Código Penal, a lei que alterou o artigo 242 da legislação penal é de 1981, está arcaico, mas continua surgindo efeitos já que teve alteração.

Art. 7º - São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias; (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988).

Art. 242 - Dar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil:

Pena - reclusão, de dois a seis anos.

Parágrafo único - Se o crime é praticado por motivo de reconhecida nobreza:

Pena - detenção, de um a dois anos, podendo o juiz deixar de aplicar a pena. (CÓDIGO PENAL, LEI, 1940), (Redação dada pela Lei nº 6.898, de 1981)

Observa-se, que no ordenamento jurídico brasileiro existe uma incessante e aproximação do formato de filiação a uma diversidade de elos, várias vezes concomitantes, e, não esporadicamente, controversos, refletidos sobre um mesmo indivíduo, contudo estas relações jurídica e socialmente aceitas, legitimadas e válidas. Por certo, os Tribunais brasileiros ratificaram a probabilidade de uma criança ter mais de uma mãe e um pai, a denominada multiparentalidade, que ocorre somente quando há vínculos afetivos evidentes, onde não poderá sobrepor uns aos outros, também não podem serem juridicamente excluídos ou ignorados, uma vez que é evidente a existências de novas famílias. Para os Tribunais brasileiros, relacionar a filiação à socioafetividade tem sido a melhor opção de encaixar o parentesco de filiação ao interesse do menor, não são raros os casos em os juízes admitem a parentalidade do casal impetrante e não dona do útero solidário que gestou o bebê, levando em consideração os aspectos da socioafetividade.

O juiz Marcelo Lopes de Jesus, da comarca se Santa Helena de Goiás, apresentou relatos em uma entrevista televisiva, após ordenar a inserção dos nomes dos pais biológicos na declaração de nascidos vivos das gêmeas geradas no útero da avó, “biologicamente, as crianças nascidas desse evento são filhas dos autores e netos da doadora do útero, não tendo havido a doação do material genético, mas sim a doação temporária do útero, a gestação por substituição” (CONJUR, 2013). Observa-se, que não há maiores demandas nos casos de se utiliza da inseminação homóloga, os impetrantes procuram os Tribunais brasileiros apenas para legalizar e registrar os filhos gestados em útero solidário, logo havendo um acordo entre os interessados, o Poder Judiciário não tem outra alternativa e dever se não reconhecer o laço biológico presente entre o casal beneficiário e o nascituro gestado por uma terceira pessoa a doadora de útero, efetivando assim, que essa realidade gere resultados no mundo jurídico. A

Constituição da República de 1988 produziu um extraordinário avanço ao sancionar o princípio da igualdade na esfera da filiação, impedindo qualquer diferença entre os filhos, e vedando terminologias discriminatórias, como filho incestuoso, ilegítimo, bastardo entre outros. Veja a redação:

Art. 227, §6º, da Constituição da República de 1988: Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

A legislação civil de 2002, ao instruir a respeito da filiação, procurou relacionar a verdade jurídica à verdade biológica, em seu artigo 1.597, assevera que:

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II - nascido nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV- havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V- havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido (CÓDIGO CIVIL, 2002).

Como garante Sílvio de Salvo Venosa, “o legislador procura o possível no sentido de fazer coincidir a verdade jurídica com a verdade biológica, levando em conta as implicações de ordem sociológica e afetiva que envolvem essa problemática” (VENOSA, 2009, p.372).

Portanto, os parâmetros para determinar a filiação, e observando ainda os parâmetros biológicos, ou seja, cedendo a qualidade de pais ao que forneceram o material genético para a concepção, mesmo assim necessita observar os critérios socioafetivos, e direcionando inteiramente ao interesse da criança. Logo, tornou-se importante a análise de outros critérios para estabelecer a filiação de um indivíduo, ficando assim em destaque a filiação afetiva, a qual Sílvio de Salvo Venosa, define como “aquela na qual o amor e o carinho recíprocos entre os membros suplantam qualquer grau genético, biológico ou social” (VENOSA, 2009). Em

outras palavras, é aquela resultante da conduta e vontade dos indivíduos, com isso vem a estabelecer vínculos de afetividade. Ainda, Maria Helena Diniz menciona que:

A verdade real da filiação pode ser biológica ou socioafetiva; o que importa é a vontade procriacional conscientemente assumida e a afetividade. O laço que une pais e filhos funda-se no amor e na convivência familiar. Enfim, ser pai e ser mãe requer um ato de amor, e o amor não conhece fronteiras (DINIZ, 2009, p. 515).

Referindo-se da gestação por substituição, constatamos que a mesma poderá acontecer de maneira homóloga, em outros termos, a fecundação acontece quando o material genético do casal, é introduzido em um útero solidário, ou ainda de forma heteróloga, quando o material genético usado na fertilização não é do casal solicitante e sim de um terceiro doador. Quando a gestação por substituição for de maneira homóloga, não gera confusão na hora de comprovar a genética, pois o material genético usado é do próprio casal e um simples exame de DNA consegue confirmar a verdadeira genética. Por outro lado, quando se trata de gestação por substituição na forma heteróloga, gera um pouco de polêmica, pois o processo de avaliação biológica pode não ser suficiente, como se sabe, a fertilização é realizada com material genético de outrem, a vista disso, não será possível provar biologicamente que o casal metido no processo de fertilização são os pais da criança, assim entra em cena, o critério socioafetivo. Observa o que diz César Fiuza a respeito:

Que fazer se houver disputa entre a "mãe de aluguel", que doou seu útero e seus óvulos para gerar um filho encomendado por uma outra mulher ou por um casal? Deve prevalecer a parentalidade socioafetiva ou a parentalidade biológica? A tendência moderna é no sentido de se atribuir maiores importância e valor à paternidade socioafetiva (FIUZA, 2010, p.999).

Destarte, o estabelece a filiação na gestação por substituição em sua forma heteróloga, é a determinação de procriar, de conceber um filho e de instituir vínculos afetivos. Constatase, que na concepção heteróloga há uma preocupação maior ao interesse da criança, ao atribuir sua descendência aqueles que almejaram e alimentaram o sonho de ser pais. Guilherme Calmon Nogueira da Gama deixa ensinar que:

No Direito brasileiro, com base na noção do melhor interesse da criança, tem-se considerado a prevalência do critério socioafetivo para fins de assegurar a primazia da tutela à pessoa dos filhos, no resguardo de seus direitos fundamentais, notadamente o direito à convivência familiar (GAMA, 2003, p.483).

Diante de várias questões aqui apontadas, fica claro a precisão da normatização do contrato de gestação por substituição em nosso sistema jurídico. A gestação por substituição é uma forma de trazer a esperança, à incontáveis casais impossibilitados de gerar um filho, estes continuarão a recorrer a ela, e convém ao Direito, proteger os efeitos resultantes da citada técnica. Desta forma, muitas objeções poderiam ser legisladas evitando a indigência de apelar ao Poder judiciário, pois ao regularizar o contrato da cessão temporária de útero o médico já emitia a certidão de nascidos vivos no nome da mãe que solicitou o procedimento. Com essa regulamentação do registro do nascimento, no nome do casal que idealizou a prole, seria uma maneira de garantir o direito do casal de no registro de nascimento constarem seus nomes como pais, e além disso, seria uma maneira de assegurar ao nascituro, o direito fundamental de ser reconhecido como pessoa natural no mundo jurídico, com parâmetro de igualdade às outras crianças geradas de formas natural.

Outro assunto que dever ser abordado minuciosamente, é em relação da “mãe substituta” se agarrar afetivamente à criança que está sendo constituída em seu ventre, e rejeitar a entrega-la, sem a constatação da licitude do contrato em nosso sistema jurídico, sem resposta ficará a cargo do discernimento do juiz diante do caso concreto, que este observará o melhor para a criança respeitando o contraditório e ampla defesa. Ora, se o contrato adquirir tutela jurídica, este será dotado de poderes, poderá ser exigido judicialmente, para ser adimplido, isto significa, que o nascituro gerado será entregue ao casal, observando assim, o princípio da *pacta sunt servanda*, em outras palavras os pactos devem ser cumpridos.

Desta maneira, ao reconhecer a normatização do contrato de gestação de substituição como eficaz e válido, e, portanto, produzir força jurídica, a maior parte das consequências poderá ser previamente tuteladas, reprimindo assim conflitos, e assegurando o direito de todos os envolvidos do casal contratante ao nascituro ainda que este último terá sua personalidade e existência asseguradas pelo Direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Perante o exposto, compreende-se que, no presente cenário brasileiro, faz-se fundamental a legalização do contrato de gestação de substituição como um negócio de vontade válido, e hábil a produzir efeitos jurídicos, isso com a finalidade de proteger os direitos de reprodução dos indivíduos aos que são impossibilitados de gestar, além do mais resguardar de maneira eficaz os direitos do nascituro, com ênfase no repercute à filiação. Certamente, diante do cenário que vivemos hoje, sobre as novas famílias, se deve aos avanços da biotecnologia e da medicina. Neste contexto, para dirimir eventuais conflitos concernentes à reprodução assistida no Brasil, a regulamentação se dá pelo Conselho Federal de Medicina, através da Resolução 2.168 de 2017. Se faz, necessário uma análise sobre o tema ora aqui tratado, a falta de legislação específica sobre a gestação por substituição, leva-nos a uma falta de igualdade entre os casos, pois nem todos irão recorrer a um tribunal, seja por questões psicológicas ou econômica, mesmo se recorressem não serão apreciados pelo mesmo entendimento, e assim ficaram à mercê da justiça arbitrária.

Sem normas, que o regule, a oposição entre o progresso científico, a sociedade e o direito ficam evidente, que as questões como: os deveres das partes, a exploração econômica da mulher e do procedimento em si, a filiação, a compensação financeira entre outras, merecem de certa forma resposta e uma posição jurídica e determinante. O fica evidente, que se trona mais acertado considerar o contrato de gestação válido, pois como se vê o objeto não é a vida do nascituro, mas sim onde a criança vai ser gerada no caso o útero, o que alcança ainda os direitos fundamentais, como o direito de procriação e o direito à vida, no mais corresponde com a dignidade humana em sentido amplo, pois é uma maneira de realizar os sonhos de constituir uma prole. Tal posicionamento, leva em apreciação os pré-requisitos do negócio jurídico, em outras palavras, o contrato de gestação por substituição terá validade e consequentemente efeitos jurídicos.

É válido os requisitos implementados pelo Conselho Federal de Medicina, como a condição de ser doadora temporária do útero tem que pertencer a família de um dos contratantes, isto traz uma segurança aos envolvidos, visto, que tem o mesmo laço consanguíneo, a idade da doadora, tudo isso gera a segurança de todos. Tal instrumento, proporciona a expressão da autonomia da vontade, a isonomia entre os seres humanos, ou seja, a igualdade de procriar, e com isso envolve os direitos fundamentais expressos na Constituição Federal, como o direito da personalidade, à vida e o direito de reproduzir

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARRIGA DE ALUGUEL. **ANÁLISE DO CASO “BABY M” E A ÓTICA NA JUSTIÇA BRASILEIRA.** Disponível em: <https://dvasconceloss.jusbrasil.com.br/artigos/426179697/barriga-de-aluguel?ref=serp>. Acesso em: 04/05/2020 às 16:37.
- BHOWMICK, Nilanjana. **After Nepal, Indian surrogacy clinics move to Cambodia.** Al Jazeera. Nova Délhi, Índia. 28 jun. 2016. Acesso em: 26/07/2020.
- BÍBLIA SAGRADA. **Edição Pastoral**, São Paulo, Paulus, 2004.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **A disponibilidade relativa dos direitos da personalidade.** In: BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada. São Paulo: Saraiva, 2005.
- BOUZON, Emanuel. **O Código de Hamurabi, introdução, tradução do texto cuneiforme e comentários.** 4ª edição, totalmente revista e melhorada. Vozes. Petrópolis 1987.
- BRASIL. **Código Civil, Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002.** Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil>>. Acesso em 13/03/2020. 19:59.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil>>. Acesso em 13/03/2020. 18:56.
- BRASIL. **Enunciado nº 129 e 258 do CJF/ da I, III e IV Jornada de Direito Civil.** Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej>. Acesso 02/11/2020. 16:35.
- BRASIL. **Projeto de Lei nº 1.184, de 03 de junho de 2003.** Dispõe sobre a Reprodução Assistida. Disponível em: http://www.ghente.org/doc_juridicos/pl1184.htm. Acesso em 11/11/2020. 6:10.
- BRASIL. **Projeto de Lei nº 120, de 2003.** Dispõe sobre a investigação de paternidade de pessoas nascida de técnicas de reprodução assistida. Disponível em: http://www.ghente.org/doc_juridicos/pl120.htm. Acesso em 11/11/2020. 14:51.
- BRASIL. **Projeto de Lei nº 2.061, de 2003.** Disciplina o uso de técnica de Reprodução Humana Assistida como um dos componentes auxiliares no processo de procriação, em serviços de saúde, estabelece penalidades e dá outras providências. Disponível em: http://www.ghente.org/doc_juridicos/pl2061.htm. Acesso em 12/11/2020. 10:40
- BRASIL. **Projeto de Lei nº 2.855, de 13 de mar. de 1997.** Dispõe sobre a utilização de técnicas de reprodução humana assistida e dá outras providências. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=18719>. Acesso em 10/11/2020. 6:30.
- BRASIL. **Projeto de Lei nº 3.638, de 29 de mar. de 1993.** Institui normas para a utilização de técnicas de reprodução assistida. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=19976>. Acesso em 10/11/2020. 4:30.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 5.768, de 30 de outubro de 2019.** Acrescenta dispositivos à lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil) para estabelecer as hipóteses de presunção de maternidade pela gestação na utilização de técnicas de reprodução assistida e autoriza a gestão de substituição. Disponível em:

https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1828256&filenome=PL+5768/2019. Acesso em 11/11/2020. 15:50.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 90, de 1999.** Dispõe sobre a Procriação Medicamente Assistida. Disponível em:

http://www.ghente.org/doc_juridicos/pls90subst.htm. Acesso em 11/11/2020. 14:45.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça.** Recurso Especial nº 1.183.378/RS – Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Luiz Felipe Salomão. 25/10/2010. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21285514/recurso-especial-resp-1183378-rs-2010-0036663-8-stj>>. Acesso em 01/11/2020. 4:53.

BRASIL. **Superior Tribunal Federal.** Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Ayres Britto. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 05 de maio 2011. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarjurisprudencia.asp>>. Acesso em 01/11/2020. 03:50.

BRASIL.TRF-3 - **Ap: 00159013120144036100 SP, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA RIBEIRO,** Data de Julgamento: 07/05/2019, SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: e-DJF3 Judicial1 DATA:16/05/2019) <https://trf3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/709319882/apelacaocivelap159013120144036100sp> Acesso em 25/11/2020. As 14:24.

BURNETT, Victoria. **Las nuevas restricciones a la gestación sub-rogada en México dejan a decenas de familias en el limbo.** The New York Times. Villahermosa, México, 27 mar. 2017. Acesso em: 10/07/2020.

CANEZIN, Claudete Carvalho. **O direito dos pais biológicos em registrar seu filho gerado por mãe hospedeira.** In: Revista IOB de Direito de Família, v. 9, n. 50, out./nov. 2008. Porto Alegre: Síntese, 2008.

CARVALHO, Luiz Pulo Vieira de. **Direito das sucessões.** 2ª ed. São Paulo. Atlas, 2015.

CERUTTI, Eliza. **Gestação por substituição: o que o Brasil pode aprender com a experiência estrangeira.** In: Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões, v.2, n. 12, p. 14-30, maio/jun. 2016. Porto Alegre: Magister, 2016.

CÓDIGO DE HAMURABI, **Família e Incesto na Babilônia antiga.** Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/10797/10797_3.PDF>. Acesso em: 04/05/2020 às 14:12.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 1.358/1992,** que adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/CFM/1992/1358-1992.htm>. Acesso em: 07/11/2020. As 15:32.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 1.957/2010**, que recebeu modificações relativas à reprodução assistida. Disponível em :<http://www.portalmedico.org.br/CFM/2010/1957-2010.htm>. Acesso em: 07/11/2020. As 16:07.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 2.013/2013**, que adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida disponível em: <<http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013-2013.pdf>>. Acesso em:08/11/2020. As 06:27.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 2.121/2015**, que adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida. Disponível em: <<http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2015-2015.pdf>>. Acesso em 08/11/2020. As 8:30.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 2.18/2017**, que adota as normas éticas para utilização das técnicas de reprodução assistida. Disponível em: <<http://www.sistemas.cfm.org.br/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>>. Acesso em: 08/11/2020. As 14:55.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Labasse c. France** (App. 65941/11). Acesso em: 15/08/2020 às 17:35.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Mennesson v. France** (App. 65192/11). Acesso em: 19/08/2020 às 3:54.

COULANGES, Fustel, DENIS. Numa, 1830-1889. **A CIDADE ANTIGA**: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma/Fustel de Coulanges; tradução de Roberto Leal Ferreira – São Paulo: Martin Claret, 2009 (coleção obra prima do autor).

CRUZ, Vítor, 1984-**Constituição Federal anotada para concursos/ Vítor Cruz** – 8ª. ed. – Rio de Janeiro: Ed. Ferreira, 2016.

DÁ-ME LICENÇA QUE TENHA FILHOS? **Restrições legais no acesso às técnicas de reprodução assistida.** Disponível em :https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322019000200202. Acesso em:08/09/2020 às 3:15.

DAVID, René. **Os grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. 3. Ed. São Paulo: Martins Fontes. 1998.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 5.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v.3.

FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson – **Manual de Direito Civil** – Volume Único, 4ª. Edição – Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

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 repersonalização**. Curitiba: Juruá, 2016.

FIUZA, César. **Direito Civil: curso completo**. 14. ed. rev. e. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

FRANÇA: **Oposição a barriga solidária coloca feministas e conservantes no mesmo lado**. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/rfi/2019/09/13/franca-oposicao-a-barrigasolidaria-coloca-feministas-e-conservadores-no-mesmo>. Acesso em 27/08/2020. Às 24:15.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Filiação e reprodução assistida: introdução ao tema sob a perspectiva civil-constitucional**. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Reprodução humana assistida e a Resolução 2.013 do CFM**. In: BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; SILVA, Michael César (org.). *Direito Privado e contemporaneidade: desafios e perspectivas do direito privado no século XXI*. E-book. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2014.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **A nova filiação: o Biodireito e as relações parentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

Gêmeas geradas pela avó serão registradas por pais biológicos. <https://www.conjur.com.br/2013-jan-18/pais-biologicos-gemeas-geradas-avo-registra-las>. Acesso 25/11/2020. Às 15:12.

GOMES, José Jairo. **Reprodução Humana Assistida e Filiação na Perspectiva dos Direitos da Personalidade**. Revista de Direito Privado. São Paulo, n.22, abr./jun. 2005.

GUIMARÃES, Claudia Maria Resende Neves. **perspectivas globais, diversidade cultural e mercado reprodutivo transnacional**. Disponível em:

HÁ 35 ANOS. Nascia o primeirobebê de proveta do Brasil. Disponível em: <https://www.noroesteonline.com/ha-35-anos-nascia-primeiro-bebe-de-proveta-do-brasil/>. Acesso em 20/10/2020. Às 08:23.

<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=1908ffe453edcfd0>. Acesso em 12/11/2020. 16:12.

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

LARA, Mariana. **O direito à liberdade de uso e (auto) manipulação do corpo**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2014.

Legalidades da barriga de aluguel nos EUA. Disponível em: <https://www.surrogacysolutionsinc.com/pt/pais-pretendidos/legalities-of-surrogacy-in-us/>. Acesso em 20/08/2020. Às 15:30.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado-20**. Ed. ver., atual e ampliada. São Paulo; Saraiva, 2016.

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus – **Direito de Família**; 2º ed. rev. e atual – São Paulo: Saraiva, 2016.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato Jurídico: plano da eficácia**, 1ª parte. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010b. 299p.

MELO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato Jurídico: plano da existência**. 17. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 328p.

MELO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato Jurídico: plano da validade**. 10. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010a. 355p.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Relação médico-paciente e dados do paciente**. In: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Direitos da personalidade*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.

PASSOS, Eduardo Pandolfi. et. al. (Orgs.). **Rotinas em ginecologia**, 7ª Ed. Porto Alegre: Artmed, 2017.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **A margem do direito: ensaio de psicologia jurídica**. 2 ed. Campinas: Bookseller, 2004.

Quem tem medo das (BIO) tecnologias de Reprodução Assistida? Disponível em: https://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/244/244. Revista pdf. Acesso em 15/10/2020. Às 15:35.

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

RODOTÁ, Stefano. **La vida y las reglas: entre el derecho e el no derecho**. Madrid: Trotta, 2010.

SCALQUETTE, Ana Cláudia S. **Estatuto da reprodução assistida/ Ana Cláudia S. Scalquette**. – São Paulo: Saraiva, 2010.

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

Tribunal Constitucional da Itália. Disponível em: <https://www.acidigital.com/noticias/tribunal-constitucional-da-italia-barrigas-de-aluguel-ofendem-a-dignidade-das-mulheres-79967>. Acesso em 15/09/2020. Às 06:53.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009, v.6.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012, v.2.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. POLI, Leonardo Macedo. **A legislação do contrato de “barriga de aluguel”, sob a ótica do princípio da autonomia privada.** *In:* Revista Síntese de Direito de Família, v. 16, n. 89, abr/maio 2015. São Paulo: Síntese, 2015.